

ANAIS DO III CPCRIM

III CONGRESSO DE PESQUISA EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

De 28 a 30 de agosto de 2019
São Paulo - SP



CPCRIM
CONGRESSO DE PESQUISA
EM CIÊNCIAS CRIMINAIS



INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
DIRETORIA DA GESTÃO 2019/2020

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTA

Eleonora Rangel Nacif

1º VICE-PRESIDENTE

Bruno Shimizu

2º VICE-PRESIDENTE

Helios Alejandro Nogués Moyano

1º SECRETÁRIA

Andrea D'Angelo

2º SECRETÁRIO

Luís Carlos Valois

1º TESOUREIRO

Gabriel Queiroz

2º TESOUREIRO

Yuri Felix

**DIRETOR NACIONAL DAS
COORDENADORIAS REGIONAIS E
ESTADUAIS**

Carla Silene Gomes

ASSESSORA DA PRESIDÊNCIA

Jacqueline Sinhoretto

CONSELHO CONSULTIVO

MEMBROS

Cristiano Maronna

Sérgio Salomão Shecaira

Alvino Augusto de Sá

Ela Wiecko

Geraldo Prado

OUVIDORA

Fabiana Zanatta Viana

**COORDENADORES-CHEFES DOS
DEPARTAMENTOS**

AÇÕES ANTIDISCRIMINATÓRIAS

Thayná Yaredy

AMICUS CURIAE

Maurício Stegmann Dieter

**ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO
BÁSICO CONTROLADO**

Roberto Portugal de Biazzi

BIBLIOTECA

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

BOLETIM

Luigi Barbieri Ferrarini

COMUNICAÇÃO

Roberto Tardelli

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

Juliana Souza Pereira

CONVÊNIOS

Gustavo Brito

**COOPERAÇÃO JURÍDICA
INTERNACIONAL**

Ilana Müller

CURSOS

Clara Masiero

CURSOS IBCCRIM – COIMBRA

Claudia Barrilari

DIREITO PENAL ECONÔMICO E COMPLIANCE

Priscila Beltrame

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS

Carolina Costa Ferreira

ESTUDOS SOBRE HABEAS CORPUS

Alberto Zacharias Toron

INFÂNCIA E JUVENTUDE

Mariana Chies Santiago Santos

INICIAÇÃO CIENTÍFICA

André Lozano

JORNAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Maria Carolina Amorim

JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA

Dina Alves

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES

Renato Watanabe

MONOGRAFIAS

Eduardo Saad Diniz

NÚCLEO DE PESQUISAS

Riccardo Cappi

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS

Luciana Boiteux

RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Silvio Luiz de Almeida

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Leandro Ayres França

REVISTA LIBERDADES

Paula Mamede

SISTEMA PRISIONAL

Patrick Lemos Cacicedo

22º CONCURSO DE MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM

Eduardo Saad Diniz

25º SEMINÁRIO INTERNACIONAL

Yuri Felix

GRUPO DE ESTUDOS

GRUPO DE ESTUDOS SOBRE CIÊNCIAS CRIMINAIS E DIREITOS HUMANOS

Milene Cristina Santos

GRUPO DE ESTUDOS SOBRE ESCOLAS PENAIS

Alice Quintela

EQUIPE DO IBCCRIM

SUPERVISÃO GERAL

Paulo Cesar Malvezzi Filho

EQUIPE

Fernanda M. Barbosa Euflauzino

NÚCLEO ADMINISTRATIVO SUPERVISÃO

Fernanda Barreto

EQUIPE

Alexandre Soledade de Oliveira

Eliane Yanikian

Nadir Fernandes Almeida Silva

NÚCLEO FINANCEIRO SUPERVISÃO

Roberto Seracinskis

EQUIPE

Andrea Pereira dos Santos

Bruna Vargas

Vanessa dos Santos Lima

Victor de Souza Nogueira

**NÚCLEO DE ATUAÇÃO POLÍTICA
SUPERVISÃO**

Lorraine Carvalho Silva

EQUIPE

Jonas Santos

**NÚCLEO DE BIBLIOTECA
SUPERVISÃO**

Helena Curvello

EQUIPE

Anderson Fernandes Campos

Natalí de Lima Santos

Simone Camargo Nogueira

**NÚCLEO DE COMUNICAÇÃO
SUPERVISÃO**

Douglas Calixto

EQUIPE

Adriana Peres Almeida Santos

Harumi Visconti

Rodrigo Pastore

Vitor Munis da Silva

**NÚCLEO DE EDUCAÇÃO
SUPERVISÃO**

Andreza Martiniano da Silva

EQUIPE

Ana Paula da Silva

Andreia da Silva Rocha

Hegle Borges da Silva

Tânia Andrade

**NÚCLEO DE PUBLICAÇÕES
SUPERVISÃO**

Willians Meneses

EQUIPE

Rafael Vieira

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 III CONGRESSO DE PESQUISAS EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

COORDENAÇÃO GERAL

Caroline Proner
Yuri Felix

COORDENAÇÃO EXECUTIVA

Lorraine Carvalho Silva

COORDENAÇÃO POR ÁREA

GT 1 – DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL: TEORIAS CONTEMPORÂNEAS

Beatriz Corrêa Camargo

GT 2 – DIREITO PENAL ECONÔMICO

Claudia Cristina Barrilari

GT 3 – PROCESSO PENAL: DEFESA DAS GARANTIAS E LIBERDADES DEMOCRÁTICAS

Ilana Müller

GT 4 – ENFRENTAMENTO AO GENOCÍDIO DA JUVENTUDE NEGRA

Dina Alves

GT 5 – DIREITOS HUMANOS: DIÁLOGOS TRANSVERSAIS

Alice Quintela

GT 6 – CRIMINOLOGIA DEMOCRATIZAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA

Simone Henrique

PRODUÇÃO EDITORIAL

Willians Meneses da Silva
Harumi Visconti
Rafael Vieira

A551

Seminário Internacional de Ciências Criminais (25. : 2019: São Paulo, SP)

Anais do III Congresso de Pesquisas em Ciências Criminais, de 27 a 31 de agosto de 2019, São Paulo, SP [recurso eletrônico] / Organizado por Caroline Proner e Yuri Felix. – São Paulo: IBCCRIM, 2019.

573 p. (Anais; III)

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

ISSN 2594-9527

1. Dogmática jurídico-penal -teorias contemporâneas 2. Direito Penal Econômico 3. Processo Penal – defesa das garantias e liberdades democráticas 4. Enfrentamento ao Genocídio da Juventude Negra 5. Direito penal econômico 6. Direitos Humanos – diálogos transversais 7. Criminologia – democratização do sistema de justiça I. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. III. Título. III. Série.

CDD: 345

CDU: 343.2

APRESENTAÇÃO

A terceira edição do Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais (CPCRIM) aconteceu entre os dias 28 a 30 de agosto, buscando incentivar discussões sobre 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 III CPCRIM foi a continuidade de um espaço para a difusão de conhecimentos com apresentação de pesquisas recentes no campo do Direito e das Ciências Sociais.

Este ano, o CPCRIM foi dividido em 06 (seis) Grupos de Trabalho (GT): 1. Dogmática jurídico-penal: teorias contemporâneas; 2. Direito Penal Econômico; 3. Processo Penal: defesa das garantias e liberdades democráticas; 4. Enfrentamento ao Genocídio da Juventude Negra; 5. Direitos Humanos: diálogos transversais; 6. Criminologia: democratização do sistema de justiça.

A redução dos grupos de trabalho e ampliação dos temas de cada grupo em relação às duas primeiras edições refletem uma avaliação da coordenação a partir das sugestões e críticas construtivas que recebemos de participantes e coordenadoras/es, assim como 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 Caroline Proner e Yuri Felix e a Coordenação Executiva por Lorraine Carvalho.

Após aprovadas em processo seletivo, as produções científicas foram apresentadas no III CPCRIM em cada um dos seis Grupos de Trabalho, seguidas de discussões facilitadas pelas coordenadoras, especializadas nos temas de cada GT.

O Grupo de Trabalho 1, intitulado Dogmática jurídico-penal: teorias contemporâneas, foi coordenado pela professora Beatriz Camargo. 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, que a política criminal democrática de *ultima ratio* deve restringir a aplicação do direito penal e de seus institutos aos casos excepcionais.

Coordenado pela doutora Claudia Barrilari, 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 inovações ou testar soluções conhecidas por uma análise dogmática de casos concretos.

O Grupo de Trabalho 3, denominado Processo Penal: defesa das garantias e liberdades democráticas, foi coordenado pela doutora Ilana Müller. Os trabalhos versaram sobre estudos constitucionais penais, reformas controversas do Código de Processo Penal, formas consensuais de solução do conflito penal, criminalização de movimentos sociais, manifestações, ameaças aos direitos à liberdade de expressão e reunião, fossem em estudos sobre os institutos do direito nacional ou em estudos comparados.

A feminista negra e abolicionista Dina Alves coordenou o GT 4 Enfrentamento ao Genocídio da Juventude Negra que reuniu produções sobre a interdisciplinaridade de estruturas que sustentam o extermínio da juventude negra no Brasil. Análises sobre políticas de segurança pública, como políticas públicas, práticas institucionais, resultados da atuação policial, resultados do judiciário e a inter relação com a ausência de acesso a direitos fundamentais, trabalhos que buscaram investigar práticas, concepções e resultados de políticas públicas em face de marcadores sociais de diferença (gênero, relações raciais, grupos etários, grupos de renda, territórios) foram o foco dos debates.

O Grupo de Trabalho 5 denominado Direitos Humanos: diálogos transversais abordou 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. Coordenado pela mestra Alice Quintela, o GT analisou pesquisas sobre políticas de enfrentamento à violência, machismo, homofobia e transfobia, que abordaram políticas públicas, decisões judiciais ou ativismo por direitos.

Por fim, a coordenadora Simone Henrique no GT 6 Criminologia: democratização do sistema de justiça promoveu debates sobre trabalhos que abordaram 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 propõem reflexões sobre o sistema de justiça e estruturas

do Estado, trazendo inovações e questionamentos de diferentes áreas do conhecimento. Os anais do III Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais, de natureza científica, consolidam as discussões de um Instituto empenhado 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 III 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 espaços de fortalecimento da produção acadêmica no país, em consonância com a história, a atuação e os ideais do IBCCRIM.

As opiniões expressas nos artigos, bem como a correção ortográfica e gramatical de cada trabalho, são de inteira responsabilidade dos(as) autores(as).
www.ibccrim.org.br



SUMÁRIO

Apresentação	7
---------------------------	----------

GT 1 – DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL: TEORIAS CONTEMPORÂNEAS

- A legítima defesa e a nociva ampliação do poder de atuação dos agentes policiais
Gutemberg Macedo Júnior e Amanda Gabriela Galindo 15
- A legítima defesa em casos de violência doméstica que não há confronto
Juliana Pinheiro Damasceno e Santos e Livia Cardoso Louzada..... 33
- Teoria agnóstica da pena: a (im) possibilidade de sua aplicação no sistema penal brasileiro
Álvaro Homero Huertas dos Santos, Ana Luiza Miranda Araújo e Giselle Batista Leite 60
- Reflexões sobre o favorecimento na autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida
Felipe Pessoa Fontana..... 80
- O princípio da legalidade em face da interpretação da norma penal por analogia
Lauricio Alves Carvalho Pedrosa, Rebeca Barros de Miranda e Marina Amaral Leoni 109
- Finalidades da pena no ordenamento jurídico brasileiro: notas sobre a formatação de um modelo justificacionista democrático
Rafael Barros Bernardes da Silveira..... 128
- Teoria do domínio do fato e a aplicação equivocada na Ação Penal 470-MG
Frederico Silveira e Silva, Rafael Sousa Azevedo Cruz e Victória Lima Lacerda Paes Leme 158

GT 2 – DIREITO PENAL ECONÔMICO

- Os limites das investigações internas no âmbito do *criminal compliance*: uma análise sob a ótica do direito dos trabalhadores e as garantias do processo penal
Anna Carolina Canestraro..... 176
- A obrigatoriedade da comprovação do dolo como condição para a sanção penal no crime de pirâmide financeira
Carlos Adalberto Ferreira de Abreu e Jean de Andrade Fontes 196
- Das especificidades dos programas de compliance no setor desportivo e seus possíveis reflexos na responsabilidade penal pelos crimes da Lei 10.671/03
Túlio Felipe Xavier Januário 218

GT 3 – PROCESSO PENAL: DEFESA DAS GARANTIAS E LIBERDADES DEMOCRÁTICAS

- A expansão do consenso no processo penal a partir da colaboração com a justiça: estudo a partir da atenuação especial da pena como prêmio na legislação portuguesa
Marina Oliveira Teixeira dos Santos..... 241
- O guardião do autoritarismo processual penal: uma análise da categoria jurídica – verdade real, no Supremo Tribunal Federal
Ricardo Jacobsen Gloeckner e Juliano de Oliveira Leonel..... 269

GT4 – ENFRENTAMENTO AO GENOCÍDIO DA JUVENTUDE NEGRA

- Uso da força, controle externo da polícia pelo ministério público e vitimização da juventude negra: uma leitura do racismo estrutural na cidade do Recife
Érica Babini Lapa do Amaral Machado, Maria Adélia Gomes Correia de Melo e Fabiana Barros e Silva 301

- O que nos resta de polícia
Yanahê Fendeler Höelz 330
- Interdisciplinaridade entre o direito penal e a criminologia para compreensão do genocídio da juventude negra na atualidade brasileira
Isadora Costa Saraiva..... 357
- Da escravização ao encarceramento de mulheres negras no Brasil: contribuições para a produção acadêmica no Brasil
Luanna Tomaz de Souza, Lucas Morgado dos Santos e Nilvya Cidade de Souza 381
- Uso da força estatal à luz da criminologia do sul – mortes de jovens negros no Brasil
Regina Célia Lopes Lustosa Roriz, Carolina Braga Cavalcanti da Cunha e Hugo Matheus de Castro Silva 402

GT 5 – DIREITOS HUMANOS: DIÁLOGOS TRANSVERSAIS

- Direito à saúde e cárcere: situação da mulher apenada no Maranhão
Renata Caroline Pereira Reis Mendes, Viviane Freitas Perdigão Lima e Juana Caroline Carvalho Silva..... 424
- Maternidades em disputa nas audiências de custódia
Mariângela Gama de Magalhães Gomes e Luisa Mozetic Plastino 444
- A declaração de inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto pelo Supremo Tribunal Federal (HC N° 124.306/RJ) e o PL 2574/2019, como efeito Backlash
Eduardo Bruno Avellar Milhomens, Nádia de Castro Alves e Izabela de Almeida Guimarães Lisboa..... 476

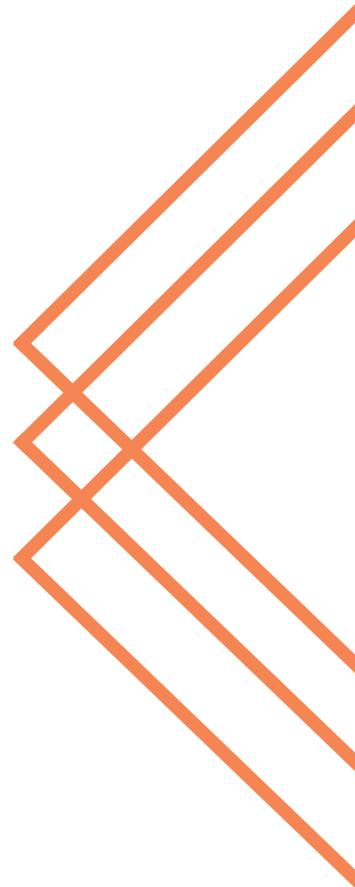
GT 6 – CRIMINOLOGIA: DEMOCRATIZAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA

- Maus-tratos aos animais: perfil dos agentes agressores, tipologia das violências e formas de controle
Gisele Kronhardt Scheffer e Nina Trícia Disconzi Rodrigues..... 502

- **Mulheres matáveis: um olhar interseccional do crime de feminicídio**
Jéssica Santiago Cury e Ana Carolina de Sá Juzo 535
- **Dificuldades da mulher infratora com problemas mentais no processo penal**
**Isabel Bezerra de Lima Franca e Maria Gabriela da Silva Martins da
Cunha Marinho..... 548**

GT 1

Dogmática Jurídico-Penal: Teorias Contemporâneas



**A LEGÍTIMA DEFESA E A NOCIVA AMPLIAÇÃO DO PODER DE
ATUAÇÃO DOS AGENTES POLICIAIS**

*THE LEGITIMATE DEFENSE AND HARMFUL EXPANSION OF
POWER OF ACTION OF AGENT POLICE OFFICERS*

Gutemberg Macedo Júnior

Especialista graduado em Direito Penal pela UCSal

E-mail: gutomjr@gmail.com

Amanda Gabriela Galindo

Graduanda em Direito (FAINOR)

E-mail: agabrielagalindo@hotmail.com

Resumo: Segundo noticiaram os meios de comunicação, em maio de 2019, o atual governador do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, liderou uma operação em conjunto com a Polícia Civil. Na ocasião, do helicóptero em que o político estava uma rajada de tiros foi disparada contra uma tenda; o local é habitualmente utilizado por religiosos, por casualidade, estava vazio no momento dos disparos. O projeto de Lei Anticrime, apresentado em fevereiro de 2019, expôs propostas de modificações para o Código Penal vigente, uma das mais danosas regula o instituto da legítima defesa e amplifica o poder de atuação dos agentes estatais, tendo em vista essa proposta, ações como a do caso acima narrado, terão precedentes para justificação, assim coloca-se em risco a proteção ao bem jurídico vida e a preservação do ordenamento jurídico. Na esfera metodológica, trata-se de uma análise crítico-dogmática do instituto da legítima defesa, através do método exploratório de doutrinas, teses e artigos científicos. A inclusão do inciso I, ao Art. 25, do Código Penal, determina que agirá em legítima defesa “o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco de iminente conflito armado, previne injusta agressão a direito seu ou de outrem”. O objetivo da inclusão é isentar agentes policiais ou de segurança pública de pena, ou se responsabilizados, as circunstâncias certamente apontarão para uma responsabilização culposa (GRECO, 2019). É bastante previsível, portanto, que os excessos, por consequência, serão interpretados e justificados como

ações preventivas. Isso quer dizer, que uma possível inserção desse dispositivo amplia, demasiada e desproporcionalmente, os requisitos objetivos da legítima defesa, pois atribuirá aos agentes estatais, de forma exclusiva, a permissão para atirar. Dessa forma, o que antes era um dever legal, e, portanto, uma exceção do Estado de Direito para agir, agora figura como uma concessão para disparar fatalmente. Há várias razões para objetar a essa proposta de inovação. Primeiro, a proposta de redação do mencionado inciso contraria o princípio constitucional da proporcionalidade, que é um valioso instrumento de proteção aos direitos fundamentais e do interesse público (BARROSO, 2018); por fim, a proposta também estabelece um tratamento desigual entre o cidadão e os policiais, uma vez que somente os agentes estatais poderão agir sob o manto da causa justificante. De acordo com os apontamentos presentes nessa proposta, o Projeto Anticrime não deverá prosperar, tendo em vista as contrariedades constitucionais e por ampliar, de maneira nociva e irracional, o instituto da legítima defesa. Conceder comando para matar não é apenas um retrocesso, mas é também colocar a vida de todos os cidadãos na mira de um fuzil, todos os dias.

Palavras-chave: Projeto Anticrime; Legítima defesa; Inclusão nociva; ilegitimidade.

Abstract: According to the media, May 2019, the current governor of Rio de Janeiro, Wilson Witzel, led an operation in conjunction with the civil police. On the occasion, from the helicopter in which the politician was, happened an explosion of shots struck against a tent; the place is usually used by religious, by chance, was empty to the time of the shooting. The Anticrime Project law, presented in February 2019, proposed modifications to the current penal code, one of the most harmful regulates the institute of legitimate defense amplifies the power of action of state agents, in view of this proposal, actions such as that of the above-mentioned case, will have precedents for justification, thus, the protection of the legal right of life and the preservation of the legal order is harmed. In the methodological sphere, it is a critical-dogmatic analysis of the institute of legitimate defense, through the exploratory method of doctrines, theses and scientific articles. The inclusion of item I, to Art. 25, of the penal code, determines that it will act in legitimate defense “the police or public security officer who, in armed conflict or at risk of imminent armed conflict, prevents unfair aggression to his or her own right”. The purpose of inclusion is to exempt police officers or public security from punishment, or if held liable,

the circumstances will certainly point to a guilty wrongful (GRECO, 2019). It is quite predictable, therefore, that the excesses, as a consequence, can be interpreted and justified as preventive actions. This means that possible insertion of the device extends, too and disproportionately, the objective requirements of legitimate defense, as it will assign to state agents, in an exclusive way, permission to shoot. In this way, what was once a legal duty, and therefore an exception of the rule of law to act, now figures as concession to shoot fatally. There are several reasons for objectionating this innovation proposal. First, the drafting proposal of the aforementioned paragraph contradicts the constitutional principle of proportionality, which is a valuable instrument for the protection of fundamental rights and of the public interest (BARROSO, 2018); finally, the proposal also establishes an unequal treatment between the citizen and the police, since only state agents can act under the mantle of the justifying cause. According to the notes present in this proposal, the Anticrime Project should not prosper, in view of the constitutional countermeasures and by expanding, in a harmful and irrational way, the institute of legitimate defense. Granting command to kill is not just a setback, but it is also putting the lives of all citizens in the crosshairs of a rifle, every day.

Keywords: Anticrime Project; Legitimate Defense; Harmful inclusion; Illegitimacy.

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve contexto histórico do instituto da legítima defesa. 3. Os requisitos da legítima defesa. 3.1. Quanto ao autor. 3.2. Quanto ao contexto e ao tempo da ação. 3.3. Quanto aos meios necessários. 4. O caso: Operação Angra dos Reis/RJ. 5. A legítima defesa no projeto de lei 882/2019 – análise da inclusão do parágrafo único, inciso I, ao art. 25, do Código Penal e aplicação ao caso concreto. 5.1. Tratamento desigual entre cidadão e policiais. 5.2. Apontamentos contrários ao princípio constitucional da proporcionalidade. 5.3. Interpretação da redação proposta. 6. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Tramita no Congresso Nacional¹ o Projeto de Lei 882/2019, popularmente conhecido como Pacote Anticrime. Apresentado em fevereiro de 2019 pelo Ministro da Justiça e da Segurança Sérgio Moro, propõe ampliar e modificar o sistema de justiça criminal brasileiro por meio de propostas que alterarão, em especial, o Código Penal (CP) e o Código de Processo Penal.

Este estudo analisará, em particular, as possíveis consequências da inclusão do parágrafo único, inciso I, ao art. 25, do Código Penal, que regula e amplia as possibilidades de legítima defesa nas atividades correspondentes à segurança pública.

Em um primeiro momento, a redação apresenta apontamentos que parecem desnecessários, tendo em vista repetições que sugerem a releitura do *caput*, entretanto, esta não é a maior objeção encontrada na proposta, e sim, especificidades quanto a quem se destina a atuação em legítima defesa, ou seja, aos agentes policiais e de segurança pública.

A proposta de redação do mencionado inciso contraria o princípio constitucional da proporcionalidade, pois não indica os meios a serem usados; há ainda excessos que poderão ser identificados pela interpretação da redação proposta; e, por fim, o projeto também estabelece um tratamento desigual entre cidadãos e policiais, uma vez que somente os agentes estatais poderão agir sob o manto da causa justificante.

Através da análise do caso concreto e dos apontamentos presentes nesse estudo, mostraremos que o Projeto de Lei apresenta uma redação sujeita a contrariedades que servirão como causa justificante para excessos, tendo em vista as contrariedades constitucionais e por ampliar, de maneira nociva e irracional, o instituto da legítima defesa ao especificar a quem se destina, esquecendo os demais indivíduos tão cheios de direitos quanto aqueles a quem a lei atribuiu tamanha láurea.

O presente artigo é fruto de demasiadas discussões e indignações quanto ao que se tem visto propagar pelas vozes do Poder Executivo e ao proferir cada uma dessas palavras o ordenamento se contorce, e tudo por consequência da insegurança jurídica que se alastra. Garantias constitucionais foram tomadas do cidadão e agora cada um faz o que pode para se defender.

¹ Apensada ao PL 10372/2018 a proposta tramita em regime prioritário. Data da última verificação: 28 de setembro de 2019.

2. BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DO INSTITUTO DA LEGÍTIMA DEFESA

Inicialmente, cabe ressaltar que a legítima defesa surge no momento em que o Estado não mais se satisfaz com a instintiva e ilimitada resposta da força contra a força (HUNGRIA, 1978, p. 281). Assim, surgiu a necessidade de empoderar determinadas ações e, a partir de então, estas deixaram de ser caracterizados como crimes, para que se tornassem condutas objetivamente lícitas.

Jeschek² pontua que, na antiguidade, a legítima defesa era vista como um direito primordial do indivíduo e que, portanto, não seria necessário qualquer fundamento adicional para que se reconhecesse a legitimidade do instituto.

Os estudos atentos e valiosos de Nelson Hungria apontam que o Direito Romano já registrava elementos que encontramos no direito moderno, quando o assunto é legítima defesa: “A legítima agressão (*aggressio injusta*) e a atualidade desta (*periculum praesens*), a necessidade da reação violenta (se outro recurso não podia ser empregado *sine periculo*) e a moderação do contra-ataque (*moderatio tutelæ*) já eram, como hoje, condições à ilicitude da defesa privada³. O direito canônico, por sua vez, seguiu a mesma linha de pensamento do direito romano, reconhecendo também a legítima defesa de terceiro (HUNGRIA, 1978, p. 282)”.

Nas palavras de Jeschek⁴, a legítima defesa possui duas vertentes: I. Pode concentrar-se na esfera jurídico individual, e assim concluir que é, por natureza, um direito disponível e necessário para qualquer indivíduo, que poderá concretizar-se com a defesa de um sujeito frente ao ataque antijurídico de outro; II. Por outro lado, a legítima defesa poderá ser vista através de perspectiva jurídico social, assim o ordenamento jurídico não deverá ceder ao injusto, dessa forma a legítima defesa deverá manifestar-se quando necessário.

No Brasil, a redação originária de 1940 do Código Penal indicava a legítima defesa no art. 19, inciso II, considerando que os atos praticados sob essa esfera teriam justificativa, e portanto, exclusão de criminalidade. O art. 21, por conseguinte, descrevia a situação adequada ao instituto, ou seja, *entende-se em legítima defesa quem, usando*

² JESCHEK, 1996, P. 361.

³ HUNGRIA, 1978, p. 281-282.

⁴ JESCHEK, 1996, P. 361.

*moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem*⁵ (grifo nosso).

Com a reforma da parte geral do Código Penal de 1984⁶, o instituto da legítima defesa foi deslocado para o art. 23, inciso II, e art. 25, mas a redação não sofreu modificações, portanto, permaneceu como uma causa manifesta de exclusão de ilicitude, destacando como requisitos: agressão injusta, atual ou iminente; proteção a direito próprio ou de outrem; utilização moderada dos meios necessários para garantir a defesa.

3. OS REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA

3.1. Quanto ao autor

A legítima defesa é uma garantia expressamente constitucional, assim, direito de todo e qualquer cidadão. As considerações do professor e jurista Adilson Dallari expõem que as garantias constitucionais não são declarações românticas de algo que seria desejável por todos, mas, sim, configuram deveres para o Estado e direitos para os cidadãos. Nesse contexto exemplifica que, dadas as limitações inevitáveis da segurança pública, não é juridicamente possível privar o cidadão dos meios para o exercício da autodefesa, da legítima defesa⁷.

A redação do art. 25, do Código Penal, não especifica quem deverá agir em legítima defesa, apenas particulariza o contexto e o tempo da ação, bem como os meios que poderão ser usados (cada um desses apontamentos será analisado ao longo deste estudo). Assim, se não existem tipificações quanto a quem deverá agir, compreende-se que poderá agir em legítima defesa qualquer indivíduo para assegurar direito próprio ou de terceiro.

3.2. Quanto ao contexto e ao tempo da ação

Para que haja possibilidade de agir em legítima defesa é necessário que exista agressão injusta (contexto). Primeiramente, agressão poderá ser definida como qualquer comportamento (ação ou omissão) que coloque em risco a integridade de um bem jurídico. Para Hungria, agressão é toda atividade tendente a uma ofensa, sendo esta violenta ou não.

⁵ Decreto Lei nº 2.848: Redação originária do Código Penal Brasileiro de 1940.

⁶ Parte geral com redação determinada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984.

⁷ DALLARI, 2018.

Destaca ainda, que se atual ou iminente, em qualquer dessas duas hipóteses, já está-se na órbita de legitimidade da reação⁸. A agressão será injusta quando não estiver amparada por uma norma jurídica⁹.

Nas palavras de Porciúncula: costuma-se dizer que atual é a agressão que está em realização ou em continuação, e iminente aquela que é imediata, é dizer, que está prestes a ocorrer. A noção de atualidade não apresenta maiores dificuldades, ao contrário do que ocorre com a noção de iminência. Na Alemanha, por exemplo, a doutrina mais moderna traça um paralelo entre a iminência da agressão e as fases do *iter criminis*.¹⁰

O termo repelir aponta para um limite temporal que servirá de medida para a reação, nas palavras de Greco, toda legítima defesa é em certo sentido, preventiva, pelo simples fato de que ela nunca poderá ser repressiva¹¹. Hungria destaca sabiamente que, a reação para garantir a proteção de direitos é, em qualquer hipótese, preventiva: preventiva do começo da ofensa ou preventiva de maior ofensa. Não é, assim, admissível legítima defesa contra uma agressão que já cessou, ou contra uma agressão futura¹².

3.3. Quanto aos meios necessários

é requisito da legítima defesa a moderação para utilização dos meios necessários para conter o risco de dano a determinado bem jurídico. É intrínseco a esse quesito o apontamento do princípio da proporcionalidade, tendo em face que deverá haver proporcionalidade entre o bem ofendido e o bem sacrificado, assim como, os meios que estavam à disposição do indivíduo e os que ele utilizou para reprimir a ação.

É a partir da verificação do meio utilizado que se observará se a conduta do agredido foi ou não precedida de excessos. Dessa forma, não se exige, todavia, uma

⁸ HUNGRIA, 1978, p. 290.

⁹ SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 273.

¹⁰ PORCIÚNCULA, 2018.

¹¹ GRECO, 2019.

¹² HUNGRIA, 1978, p. 291. Importa destacar as observações seguintes de Hungria: “Na legítima defesa não que se indagar se a agressão era evitável e, muito menos, se era prevenível. Cumpre distinguir entre necessidade da defesa (correspondente à só presença do perigo) e inevitabilidade do perigo (impossibilidade de socorro alheio ou de afastamento para eximir-se à agressão). Esta última é alheia ao conceito de legítima defesa. Desde que se apresente o perigo, a defesa é necessária, pouco importando, por exemplo, se podia, ou não, ter sido invocado oportuno e eficaz socorro de terceiros (civis ou policiais) ou se era ou não possível a fuga, ainda que não humilhante.” (HUNGRIA, 1978, p. 292).

proporcionalidade perfeita entre ataque e defesa, visto que a reação, na legítima defesa, é quase sempre feita de improviso, ante o inusitado da agressão injusta.¹³

Hungria ilustra a proporcionalidade da seguinte maneira: A apreciação – do meio utilizado – deve ser feita objetivamente, mas sempre de caso em caso, segundo um critério de relatividade ou um cálculo aproximativo. Não se trata de pesagem em balança, mas de uma aferição ajustada às condições de fato do caso vertente¹⁴.

4. O CASO: OPERAÇÃO ANGRA DOS REIS/RJ

Segundo noticiaram os meios de comunicação, em maio de 2019, o atual governador do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, liderou uma operação em conjunto com a Coordenadoria de Recursos Especiais, o CORE, da Polícia Civil. O objetivo da ação é reconhecer localidades atingidas pela criminalidade e, dessa forma, encontrar meios para combater esses índices e preservar a ordem.

Durante a operação, ao sobrevoar uma comunidade na cidade de Angra dos Reis, franco-atiradores foram autorizados a disparar contra uma tenda, sob a suspeita de que o local destinava-se ao tráfico de drogas. Entretanto, o local é habitualmente utilizado por religiosos, segundo noticiaram os veículos de comunicação; por casualidade, estava vazio no momento dos disparos.

A questão que será analisada aqui, então, trata exatamente dos poderes que serão concedidos aos agentes policiais ou de segurança pública, frente a inclusão do parágrafo único e incisos, ao artigo que regula a legítima defesa.

5. A LEGÍTIMA DEFESA NO PROJETO DE LEI 882/2019 – ANÁLISE DA INCLUSÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, AO ART. 25, DO CÓDIGO PENAL E APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO

O CP vigente, à altura do seu art. 25, dispõe que, *entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem*. O projeto sugere a permanência do caput, que

¹³ SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 274.

¹⁴ HUNGRIA, 1978, p. 302.

receberá a inclusão de um parágrafo, acompanhado de dois incisos que apresentam características específicas.

A redação proposta prevê a seguinte inclusão ao artigo: *Parágrafo único. Observados os requisitos do caput, considera-se em legítima defesa: I – o agente policial ou de segurança que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem. II – o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática e crimes.*

O inciso I coloca em evidência quatro elementos: (I) quanto ao autor, esses devem ser agentes policiais ou de segurança pública; (II) quanto ao contexto, esse se dá em situações de conflito armado ou risco iminente de conflito armado; (III) a utilização do termo “prevenir” que sugere o tempo da ação; e, por fim, (IV) outro elemento já apresentado no *caput*, que se refere à qualidade da ação a ser repelida: injusta ou iminente agressão a direito seu ou de outrem. O inciso II, por sua vez, transfere o autor para outro contexto, onde a ação deverá prevenir agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes (GRECO, 2019).

Este estudo analisará, em particular, as consequências da inclusão do parágrafo único, inciso I, ao art. 25, do CP. Inicialmente, sinalizaremos três problemas¹⁵ identificados na redação e que se tornarão frequentes caso a proposta de inclusão prospere: apontamentos que ferem o princípio constitucional da proporcionalidade; excessos que poderão ser interpretados de maneira equivocada; e tratamento desigual entre cidadãos e policiais.

A ampliação do poder de atuação dos agentes policiais contraria o princípio constitucional da proporcionalidade, tendo em vista que a proposta não aponta o uso dos meios necessários que os autores deverão utilizar.

Este problema conduz as argumentações aos preceitos do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, onde se processa a ponderação propriamente dita, ou seja, a verificação de se a medida, embora adequada e exigível, é mesmo proporcional e preserva uma relação de “justa medida” entre os meios utilizados e o fim almejado (CANOTILHO, 1986, p. 554).

¹⁵ Nota dos autores: O projeto apresenta outros problemas, basta adentrarmos no estudo do inciso II e do §2º, que poderá ser acrescido ao art. 23, do Código Penal; entretanto, optamos por focar e analisar apenas o inciso I, tendo em vista os problemas de ordem constitucional e de interpretação que a redação propõe.

O segundo problema é quanto à redação do inciso I que sugere também a utilização do termo *prevenir*, enquanto o caput do art. 25 emprega o termo *repelir*. Toda legítima defesa é, em certo sentido, preventiva, pelo simples fato de que ela nunca pode ser repressiva (GRECO, 2019).

Por fim, vale ressaltar a ampliação do conceito de legítima defesa trazida com a propositura do Ministro da Justiça, que engloba e beneficia diretamente os agentes policiais ou de segurança pública.

Além disso, o discurso do governador alcança sempre as mesmas proporções, se refere à legítima defesa como regra que permite tiros fatais de policias contra criminosos portando fuzis. A legítima defesa é uma permissão legal, e não um dever, como afirmado por Witzel, para que cidadãos, em algumas situações, pratiquem um ato que a lei define como crime (GLEIZER; MONTENEGRO, 2019).

5.1. Tratamento desigual entre cidadãos e agentes policiais

Inicialmente, verificaremos a análise do inciso com apontamentos referentes à especificidade atribuída aos agentes policiais e de segurança pública. Não poderíamos começar esse item sem antes citar a redação do art. 5º da Constituição Federal, onde “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Nesse mesmo entendimento: Nos países que levam sua tradição liberal a sério, a legítima defesa regula apenas a ação de cidadãos, e não de agentes estatais. O Estado dispõe de pessoas treinadas, de muita força e tem o dever de maximizar a proteção dos direitos em jogo. A legítima defesa, ao contrário, é uma garantia do cidadão que, não dispondo desses recursos estatais e não tendo dever de proteger terceiros, precisa atuar como pode para se defender. Intervenção estatal em direitos fundamentais exige autorização expressa da lei.¹⁶

O projeto de lei anticrime estabeleceu verdadeira casta de beneficiários para que possam usufruir de uma garantia constitucional destinada a todo e qualquer indivíduo. A legítima defesa é um direito do ser humano, não devem existir especificações. Hungria a

¹⁶ GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas, 2019.

descreve da seguinte forma: a legítima defesa representa um direito e um dever, posto que o homem existe para si mesmo e para o mundo.¹⁷

Ao utilizar o termo “homem”, Hungria satisfaz as dúvidas sobre para quem destina-se a legítima defesa. Julgo que a especificação não é necessária, tampouco útil. A força policial já age pelo pleno exercício da função, para que possam garantir a segurança do Estado. Atribuir determinadas especificações dará margem à justificativas e desproporções para que atuem em desconformidade com o ordenamento jurídico.

5.2. Apontamentos contrários ao princípio constitucional da proporcionalidade

Para que compreendamos a importância do mencionado princípio, devemos destacar os seus pressupostos e, por consequência, como ocorrerá a aplicação no caso concreto. A estrutura racional do princípio da proporcionalidade divide-se em três sub-regras que devem ser analisadas obedecendo a seguinte sequência: I. Adequação; II. Necessidade; III. Proporcionalidade em sentido estrito (FERNANDES, 2011, p. 187).

A doutrina brasileira conceitua adequação como a aptidão para alcançar o resultado almejado¹⁸. Por sua vez, necessário se faz que o Poder Público adote a medida menos gravosa para alcançar o resultado pretendido. Nas palavras de Alexy (1998, p. 30) enquanto a adequação exige uma verificação completa do ato, a necessidade demanda uma análise comparativa dos atos.

Depois de examinado se o ato é adequado e necessário, o último passo da estrutura desse princípio é a proporcionalidade em sentido estrito. Esta etapa, no entendimento de Virgílio Afonso da Silva, é um raciocínio de balanceamento que se dá entre a intensidade da restrição que o direito fundamental irá sofrer e a importância da realização do outro direito fundamental que lhe é colidente e que, por isso, parece fundamentar a adoção da medida restritiva¹⁹. A proporcionalidade em sentido estrito deve observar os benefícios e

¹⁷ HUNGRIA, 1978, p. 285.

¹⁸ O autor Bernardo Gonçalves Fernandes conceitua que, tratar a adequação dessa forma é equivocado, porém presente na doutrina majoritária e utiliza as palavras de Virgílio Afonso da Silva para justificar tal afirmação: adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a rejeição de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja claramente realizado (SILVA, O Proporcional e o Razoável, p. 36-37).

¹⁹ SILVA, 2002, p. 40.

suas consequências, ou seja, a onerosidade deverá ser menor, enquanto que os benefícios deveram se sobressair.

Ao usar os métodos adotados no princípio da proporcionalidade, seríamos capazes de assegurar decisões dotadas de racionalidade, evitando-se assim, o decisionismo, bem como a incerteza e a insegurança (FERNANDES, 2011, p. 191).

O instituto da legítima defesa acentua a redação do atual Art. 25, o indivíduo que, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente a direito seu ou de outrem.

Ao elaborar o projeto e fomentar a inclusão do inciso I, ao Art. 25, do Código Penal, verifico o primeiro problema: a ampliação do poder de atuação dos agentes policiais e de segurança pública contraria o princípio constitucional da proporcionalidade, por não apontar quais os meios adequados e necessários no momento de atuação e, se não há ponderação entre atuação e situação, a redação dará margem a excessos, e estes serão justificados, por não haver balanceamento entre a estrutura do princípio da proporcionalidade.

Tomemos como base o caso concreto apresentado acima. Ao liderar a operação no município de Angra dos Reis/RJ, o Governador Wilson Witzel, objetivava reconhecer localidades atingidas pela criminalidade, tal reconhecimento seria feito de dentro do helicóptero em que estava, dessa forma, ao avistar uma tenda julgou que esta localidade servia como ponto de apoio ao tráfico, por consequência, concedeu comando para o atirador de elite ‘abrir fogo’. Como noticiado pelos meios de comunicação, a tenda funcionava como suporte para religiosos que subiam o morro para orar e que no momento dos disparos estava vazio.

Antes de analisar o caso, usaremos os ensinamentos de Hungria: O Estado, para evitar a violação de direitos, não tem necessidade de ir ao extremo da cruenta violência, como a defesa privada, de modo que esta redundaria num ilegítimo excesso de mandato (HUNGRIA, 1978, p. 288).

No mesmo sentido, Porciúncula: A eliminação seletiva de indivíduos armados não guarda qualquer relação com o instituto da legítima defesa (artigo 25 do CP). A sua natureza é a de um jogo astuto e furtivo, que em tudo se assemelha a uma caçada (silenciosa e camuflada!) a um animal selvagem.²⁰

²⁰ PORCIÚNCULA, 2018.

A atuação descrita no parágrafo acima poderá ser caracterizada como proporcional? Não houve ponderação sobre os meios utilizados para executar a operação, fez-se sem sequer saber se existiam pessoas no local, a ação seguiu e utilizou-se o meio mais extremo, contrariando os preceitos até aqui levantados sobre o instituto da legítima defesa.

Greco, em sua distinta análise sobre a possível inclusão, faz uma grande observação sobre o conteúdo, pois defende que esse é um dos maiores problemas encontrados, tendo em vista que a atuação dos agentes policiais carece de meticulosa atenção e de regras previamente impostas individualmente e não sob a égide de uma garantia constitucional. Conclui que uma reforma que necessita dos preceitos da legítima defesa para justificar a atividade dos agentes policiais é, sem dúvidas, uma reforma que quer conceder poderes à margem da lei²¹.

A atividade dos agentes estatais e de segurança pública, como por nós já colocado, deve estar sob a égide da proporcionalidade, se não há ponderação, haverá excessos. Se o projeto prosperar, o caso narrado poderá ser julgado sob o manto da legítima defesa, desvirtuando não apenas o instituto, mas os princípios e as garantias constitucionais.

5.3. Interpretação da redação proposta

Por fim, o terceiro apontamento é ainda mais problemático, tendo em vista que envolve a interpretação do texto legal. A proposta, na tentativa de impor modificações que pudessem soar benéficas, apresentou uma troca verbal que nos faz pensar no momento adequado para agir em legítima defesa.

Por nós já foi destacado – aprendido ao longo dos componentes curriculares acadêmicos – que o termo REPELIR, usado no art. 25, do Código Penal, aponta para um limite temporal, que nas colocações de Greco²², deverá ser uma ação de caráter PREVENTIVO. Além da indicação verbal, dois outros elementos agregam para a confirmação dessa hipótese: (agressão injusta) atual e iminente.

A redação proposta foi contrária a permanência do verbo repelir, optando pela utilização do verbo prevenir. Para justificar o problema que aqui existe, usarei novamente

²¹ GRECO, 2019. Nota dos autores: Greco aponta que a atividade policial necessita de fundamentos e limites que devem ser previamente organizados por ente administrativo. Exemplifica mencionando que na Alemanha, a atividade policial é regulada pelo Direito de Polícia, setor do Direito Administrativo, que impõe uma bateria de regras individuais para averiguar a atuação dos agentes.

²² GRECO, 2019.

as colocações de Greco, sobre a matéria analisada: O termo prevenir – ao contrário de repelir – não aponta para qualquer limite temporal inicial. Dito metaforicamente, ele é aberto para frente.²³

A inclusão contraria o princípio da lesividade ou da ofensividade, tendo em vista que, uma norma penal, deverá proteger um interesse jurídico fundamental contra danos ou risco de danos. Assim, veda-se o estabelecimento de delitos que sejam meras infrações de obrigações ou de deveres, o que significaria uma excessiva intervenção estatal, que não pode ser aceita (SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 273).

Vejam os o impacto que essa redação poderá trazer ao ordenamento jurídico, aplicada ao caso concreto e a uma variável que ilustrará a problemática. No momento em que sobrevoavam a localidade e foi dado o comando para efetuar os disparos contra a tenda, claramente os agentes optaram por uma ação preventiva (mas para prevenir o que?). O helicóptero não estava sob ataque, mas, ainda assim, a ação foi afirmativa. Felizmente, a local estava vazia.

Uma segunda variável consegue ilustrar melhor a situação. Suponhamos que em determinado local de uma grande cidade, comprovados altos índices de criminalidade, estejam alguns agentes policiais em serviço, parados em uma calçada, e em sua direção dois indivíduos se aproximam. Um dos policiais prontamente saca a arma de fogo e dispara contra eles. Qual a justificativa? Para responder usaremos a redação proposta: prevenir²⁴ injusta e iminente agressão.

Outros meios poderiam ter sido utilizados para averiguar se aqueles indivíduos eram criminosos habituais, ou mesmo para comprovar que aquela tenda realmente era um ponto de apoio para o tráfico de drogas, mas, em ambas as situações, não houve proporcionalidade do meio utilizado e ainda assim caberia (ou caberá) justificação, tendo

²³ GRECO, 2019. Greco complementa a análise fazendo a seguinte comparação: Mulheres e homens submetem-se a exames, em especial a partir dos 40 anos de idade, para prevenir câncer de mama ou de próstata, não para repeli-lo, independentemente da ocorrência de sinais da existência desses males. A prevenção do câncer não tem sequer de começar aos quarenta anos de idade. O interessado pode submeter-se aos exames anos antes. Parece evidente que uma expansão da legítima defesa em termos análogos não pode ser o que o reformador tem em mente.

²⁴ Nota dos autores: Necessário destacar, novamente, a brilhante colocação feita por Luís Greco, ao ilustrar que toda legítima defesa serve para prevenir, no sentido de que a legítima defesa não é uma reação *post facto*. Ela só pode ocorrer em momento imediatamente anterior (agressão iminente) ou concomitante (agressão atual) à agressão, nunca depois; não existe legítima defesa punitiva. (GRECO, 2019.)

em vista o verbo utilizado na redação apresentada no Projeto anticrime, percebe-se, portanto, que o resultado da ação será justificado sob o manto da legítima defesa.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ordem dos problemas é extremamente proposital, nos faz compreender as verdadeiras intenções do momento de sua criação: I. Tratamento desigual entre cidadãos e policiais; II. Violação ao princípio da proporcionalidade; III. Interpretação da redação proposta.

Primeiro, a proposta propõe tratamento desigual entre cidadãos e policiais, por atribuir exclusividade ao poder de polícia. O dispositivo, portanto, atribui individualidade, quando não deveria apontá-la.

Além disso, a proposta contraria princípios constitucionais, excluindo a ponderação entre necessidade e adequação para agir em situações que configuram legítima defesa. A legítima defesa é um direito do ser humano que o permite agir justificadamente, assim, será para todos e nas situações que envolvam agressão injusta atual ou iminente, não cabendo especificações. Dessa maneira, destaco um dos pontos mais nocivos, se não há ponderação entre atuação e situação, essa abertura, possivelmente, dará margem a excessos no momento de ação dos agentes estatais, e tais excessos serão justificados, pois a própria lei não arbitrou medidas.

Por fim, os excessos cometidos poderão ser interpretados e justificados como ações preventivas; por fim, Isso quer dizer que, uma possível inserção desse dispositivo amplia, de forma demasiada e desigual, os requisitos objetivos da legítima defesa, pois atribuirá aos agentes estatais, de forma exclusiva, a permissão para atirar.

O caso exposto aponta o quão nociva será a inclusão do inciso I, pois não foram estabelecidos limites para atuação dos agentes que fizeram parte da operação, e que sequer houve ponderação sobre a necessidade e adequação para disparar no devido momento, tendo em vista que o helicóptero não estava sob mira de ataque. A aprovação da proposta dará margem para justificativa, de maneira equivocada, a casos semelhantes ao narrado nesse estudo, assim alcança-se uma política de extermínio e não de legítima defesa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. V. 1, parte geral, 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 20 de jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Redação originária do código penal brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em 27 Mai 2019.

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 22 jul. 2019.

BRASIL. **Projeto de lei 882/2019**. Disciplina sobre o Projeto de Lei “Anticrime”, proposto pelo Poder Executivo, em fevereiro de 2019. Atualmente a proposta foi Apensada ao PL 10372/2018, a proposta tramita em regime prioritário. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2192353>. Acesso em 27 mai. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986.

DALLARI, Adilson. **Lei do Desarmamento estabelece terrível distinção entre brasileiros**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-17/interesse-publico-lei-desarmamento-fixou-terrivel-distincao-entre-brasileiros>. Acesso em 20 jul. 2019.

DALLARI, Adilson. **O direito constitucional do cidadão à legítima defesa**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-04/interesse-publico-direito-constitucional-cidadao-legitima-defesa>. Acesso em 20 jul. 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas. **Um tiro no próprio pé**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-um-tiro-no-proprio-pe-23409400>. Acesso em 14 jul. 2019.

GRECO, Luís. **Análise sobre propostas relativas à legítima defesa no ‘Projeto de Lei Anticrime’**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columas/penal-em-foco/analise-sobre-propostas-relativas-a-legitima-defesa-no-projeto-de-lei-anticrime-07022019>. Acesso em 18 abr. 2019.

GOMES, Luís Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal – Parte Geral**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Princípio da proporcionalidade e teoria do direito**. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JESCHEK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal – parte general**. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

JAKOBS, Gunther. **Derecho penal – parte general. Fundamentos e y teoría de la imputación**. 2. Ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JUSTIÇA. **Elaboração legislativa: Projeto anticrime**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/projetos/anticrime-1>. Acesso em 25 ago. 2019.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal, Volume I, tomo II: arts. 11 ao 27**. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

MASI, Carlo Velho. **Comentários ao projeto de lei anticrime do Ministro Sérgio Moro**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/677053735/comentarios-ao-projeto-de-lei-anticrime-do-min-sergio-moro>. Acesso em 10 ago. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**/Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRABETTE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. Vol. I. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 17ª ed. São Paulo, RT, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2009.

PALUDO, Januário. **Forças-tarefas: direito comparado e legislação aplicável – MPF/** Januário Paludo (Coordenador), Carlos Fernando dos Santos Lima, Vladimir Aras. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

POMPEU, Ana. **Governo apresenta “projeto anticrime”, um pacote de reformas em 14 leis penais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-04/sergio-moro-anuncia-projeto-lei-anticrime-altera-14-leis>. Acesso em 22 jun. 2019.

PORCIÚNCULA, José Carlos. **Abate de indivíduo armado não guarda relação com a legítima defesa**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-21/porciuncula-abater-individuo-armado-nao-legitima-defesa>. Acesso em 20 abr. 2019.

PRADO, Luís Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Vol. I. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. 2. ed. Trad. Luzón Peña et ali. Madrid: Civitas, 2006.

SANCHES, Rogério. **Projeto de lei anticrime/**Coordenadores: Antonio Henrique Graciano Suxberger, Renee do Ó Souza, Rogério Sanches. Salvador: Juspodivm, 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 3ª ed., Curitiba: Forense, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. 2. Ed. Montevideo: B de F, 2010.

VELOSO, Carlos Mário da Silva. **A evolução da interpretação dos direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – Parte geral**. Vol. 1. 8. ed. São Paulo: RT, 2009.

A LEGÍTIMA DEFESA EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA QUE NÃO HÁ CONFRONTO

*SELF-DEFENSE IN CASES OF DOMESTIC VIOLENCE THAT THERE IS
NO CONFRONTATION*

Juliana Pinheiro Damasceno e Santos

Doutora em Direito e Mestra em Direito Público pelo Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Federal da Bahia-UFBA. Professora Adjunta de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFBA. Advogada criminalista

Email: julianadamascenoadv@gmail.com

Lívia Cardoso Louzada

Graduanda em Direito (FAINOR)

E-mail: czlivia@outlook.com

Resumo: A presente pesquisa tem por objetivo examinar a aplicação da legítima defesa em situações de violência doméstica, precisamente naqueles casos em que não há agressão atual ou iminente. O problema a ser enfrentado é saber se esses casos são abarcados, ou não, pela excludente de ilicitude. Para examinar o problema proposto, adota-se a metodologia crítico-dogmática. Em regra, a jurisprudência brasileira, nos casos analisados, não reconhece a situação de legítima defesa, afastando a excludente de ilicitude. Do ponto de vista fenomenológico, a solução não parece tão simples quanto os tribunais sugerem. E não o é pelo seguinte: a vítima está submetida à coabitação com o seu próprio agressor; os ataques se dão de forma sistemática, reiterada e habitual; e, ainda, trata-se de situações em que, muitas vezes, a mulher não consegue ter reação ou possibilidade de defesa no momento da agressão. Com esta investigação, portanto, pretende-se destacar a importância de uma análise dogmática correta para aplicação dos requisitos de configuração da autodefesa nos casos agudos de violência contra mulheres em um contexto doméstico de tirania.

Palavras-chave: Direito Penal. Legítima defesa. Violência doméstica.

Abstract: The present research aims to examine the application of self-defense in situations of domestic violence, accurately in those cases where there is no current or imminent aggression. The problem to be faced is to know whether these cases are covered (or not) by the exclusion of unlawfulness. To examine the proposed problem, we will adopt the critical-dogmatic methodology. As a rule, Brazilian jurisprudence in the cases analyzed, does not recognize the situation of self-defense, removing the exclusion of unlawfulness. From a phenomenological point of view, the solution is not as simple as the courts make it seem. Assume the following facts: the victim is subjected to cohabitation with his or her own aggressor; the attacks occur in a systematic, repeated and habitual way, and it also happens in situations in which, often, the woman has no possibility of reaction or defense at the moment of the aggression. This research, therefore, intends to highlight the importance of a correct dogmatic analysis for the application in requirements of self-defense in the acute cases of violence against women in a domestic context of tyranny.

Keywords: Criminal law. Legitimate defense. Domestic violence.

Sumário: Introdução. 1. Caso modelo. 2. Legítima defesa: notas generalíssimas sobre os seus requisitos legais. 3. Aplicabilidade da legítima defesa ao caso modelo. 3.1 Argumentos contrários. 3.2 Argumentos favoráveis. 4. A tese de Correa Flórez. 5. Outras perspectivas de considerações dogmáticas para o problema. Conclusões.

INTRODUÇÃO

No Brasil, quem mata outra pessoa, usando moderadamente dos meios necessários, para repelir injusta agressão, atual ou iminente, age, a princípio, acobertado pela legítima defesa. Todavia, nos casos de mulheres, vítimas de violência doméstica, que matam os seus agressores enquanto estão em alguma circunstância fática incapaz de oferecer resistência, por exemplo, dormindo, o reconhecimento da excludente de ilicitude é, geralmente, afastado, sem maior esforço argumentativo, em virtude da ausência dos requisitos legais caracterizadores.

O presente trabalho tem por objetivo examinar a aplicação do instituto da legítima defesa em situações de violência doméstica, precisamente, nos casos em que não há confronto entre a vítima e o agressor. O problema a ser enfrentado é saber se tais situações estão justificadas, ou não, pela referida excludente de ilicitude.

Do ponto de vista fenomenológico, a solução não é tão simples. E não é pelo seguinte: a vítima de violência doméstica está, em geral, submetida à coabitação com o seu agressor. Deve-se ter em linha de consideração, portanto, que, em tais contextos, as agressões a que a mulher está submetida são, frequentemente, sistemáticas e ininterruptas.

Além disso, na generalidade dos casos, a vítima não consegue reagir ou ter possibilidade de defesa no momento exato da agressão em virtude da tirania privada a que está submetida. Esclareça-se, inicialmente, que, no contexto do presente trabalho, entende-se por violência doméstica como uma das manifestações da violência de gênero¹.

Para examinar a situação concreta posta à discussão, adota-se a metodologia crítico-dogmática, procedendo-se da seguinte forma: projeta-se um caso modelo, com as suas específicas circunstâncias fáticas, para analisar as possíveis implicações práticas e as questões dogmáticas relevantes que o problema suscita. Demais disso, analisam-se os institutos jurídicos do Direito Penal para verificar em que medida podem ou não ser manejados para resolver o problema deduzido.

Particulariza-se a presente investigação em derredor das considerações sobre a legítima defesa para fins de exequibilidade do artigo, todavia, apresentam-se, ainda, de modo lateral, outras possíveis soluções teóricas para a resolução do caso dado, em outros modelos jurídicos.

1. CASO MODELO

A vítima X era maltratada pelo marido Y, com quem estava casada há 15 (quinze) anos e tinha 03 (três) filhos. Sua história conjugal foi traumática pela prodigalidade de formas de violência doméstica e familiar praticadas contra os direitos da sua personalidade, que marcaram toda a história do seu relacionamento abusivo com o agressor e do qual não podia se desvencilhar, pelo contexto pela subjugação física, psíquica, espiritual, moral e sexual, a que injustamente submetida, por longos anos.

Para além de controlar a vida da vítima e ameaçá-la de morte; diariamente, o agressor a castigava com penitências cruéis, esbofeteava o rosto e esmurrava o seu corpo, chutava-a, empurrava-a, jogava-a no chão, além de força-la, diariamente, a prática de atos sexuais diversos da conjunção carnal, especialmente, traumáticos episódios em que introduzia

¹ CORREA FLÓREZ, 2016, p. 12.

na sua vagina e no seu ânus diversos objetos sem o seu consentimento, agudizando-lhe, assim, a humilhação decorrente do rebaixamento moral atentatório à sua dignidade sexual a que já estava continuamente submetida.

A vítima X tentou, por diversas vezes, recorrer à autoridade policial, não obtendo qualquer resposta efetiva. As agressões sofridas, diariamente, intensificaram-se. A vítima X tentou sair de casa, levando os seus filhos, inclusive, recorrendo ao auxílio da família, que a amparou, por um curto lapso temporal. Entretanto, Y, através de perseguições obsessivas e inúmeras ameaças reiteradas à sua vida e dos seus filhos, conseguiu fazer com que retornassem ao lar, mantendo-a em regime de cárcere privado.

Um dia, enquanto as crianças estavam na escola, o agressor Y, após ter estuprado a vítima X, dormiu durante a tarde, o que não costumava fazer. Dada a manifesta diferença de compleição física entre X e Y, X sem condições psicológicas de reagir no exato momento em que sofreu o último estupro, X aproveitou a circunstância de Y estar dormindo e atirou na sua cabeça, matando-o

3. LEGÍTIMA DEFESA: NOTAS GENERALÍSSIMAS SOBRE OS SEUS REQUISITOS LEGAIS.

Faz-se necessário, a princípio, assentar os requisitos legais para a configuração da legítima defesa, no ordenamento jurídico pátrio, apresentando-se diferentes interpretações sobre os seus elementos, a fim de identificar a análise dogmática correta para aplicação dos requisitos de configuração da autodefesa no contexto doméstico de violência.

Uma advertência inicial merece ser feita: não se tratará da legítima defesa com a extensão e profundidade merecidas se o instituto jurídico-penal fosse objeto específico de investigação em suas teorias e evolução histórica; mas, tão somente, serão abordados os elementos conceituais imprescindíveis à compreensão e resolução do caso proposto.

No ordenamento jurídico pátrio, a legítima defesa é uma causa de justificação cujos requisitos estão descritos no art. 25 do Código Penal: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Um dos principais fundamentos da excludente de ilicitude é o princípio da afirmação do direito, que se pode resumir na assertiva segundo a qual “o justo não precisa

se reder ao injusto.”² Ou, ainda, como bem assevera Eugenio Cuello Calón: “a defesa privada vem a ser um substituto da defesa pública quando a necessidade exige.”³

Segundo Dreher & Trondle, a defesa vale não apenas para o bem jurídico ameaçado, mas, simultaneamente, para a afirmação da ordem jurídica⁴.

A legítima defesa está fundamentada, enquanto causa de justificação (exclusão de ilicitude), numa “preponderância de interesses” já que o bem jurídico do agredido considera-se preferível ao interesse bastardo do agressor, conforme preceitua Luis Jiménez de Asúa.⁵

A referida excludente, por se tratar de uma ação justificada, ostenta características de uma dupla ação: diante de um conflito de interesses, existe, de um lado, a preservação de certos direitos legais de um indivíduo (a vítima da agressão), e, em contrapartida, a desproteção dos bens jurídicos do agressor.⁶

No Brasil, os requisitos legais para sua configuração, são, como se verificou acima: repulsa a uma agressão injusta, atual ou iminente; defesa de bem jurídico próprio ou de terceiro, emprego moderado dos meios necessários e a intenção do defendente para praticar atos defensivos.

A existência de uma injusta agressão proveniente de conduta humana é elemento essencial da excludente de ilicitude examinada. Entende-se como agressão o comportamento humano capaz de causar perigo ou lesão ao bem jurídico protegido; sendo de assinalar, inclusive, a possibilidade de agressão, que resulta, em tese, de uma conduta omissiva imprópria, quando o garantidor, por exemplo, deixar de cumprir o dever de impedir o resultado. (omissão imprópria).⁷

Identifica-se, doutrinariamente, a agressão injusta como uma conduta antijurídica, isto é, contrária ao ordenamento jurídico vigente⁸. Nesse sentido, não cabe falar em legítima defesa contra quem age amparado por legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito porque seria uma

² HILGENDORF; VALERIUS, 2019, p.127.

³ CUELLO CALÓN, 1951, p. 358.

⁴ DREHER & TRONDLE, 1978, p. 32.

⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1954, p. 312.

⁶ BALDÓ LAVILLA, 1994, p. 17.

⁷ Cf. TAVARES, 2018, p. 332.

⁸ MOLINA FERNANDEZ, 2016, p. 25.

contradictio in terminis já que em tais hipóteses as condutas são dotadas de juridicidade e, portanto, são lícitas.

Adverte Asúa que ocorre estado de necessidade -e não legítima defesa- quando se repelem, por exemplo, os ataques de um animal, exceto quando incitado por seu dono⁹ porque em tal caso o animal estaria sendo instrumentalizado pelo ser humano. Igualmente, não cabe legítima defesa contra situações caracterizadas por ausência de ação, por exemplo, movimentos reflexos ou estado de sonambulismo; tampouco contra quem atua sob coação física irresistível.

A agressão injusta caracteriza-se, então, pela conduta humana direcionada (“vontade agressiva”) para causar lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico juridicamente não autorizada pelo sistema jurídico.

Nesse mesmo sentido, Álvaro Mayrink da Costa entende que a agressão pressupõe consciência e vontade de lesionar um bem jurídico, não decorrendo de “ação cega, puramente causal, produto da ausência do cuidado devido”¹⁰. Em sentido contrário, Juarez Tavares compreende que a agressão pode ser realizada tanto por dolo quanto por culpa.¹¹

Particularmente, para compreender o caso proposto para estado, deve-se ter em consideração, principalmente, os limites temporais da ação defensiva e os âmbitos possíveis de sua interpretação. Para que uma conduta justificada pela legítima defesa face à necessidade de preservação de bens jurídicos, exige-se, legalmente, uma reação contra injusta agressão “atual” ou “imminente” (art. 25, CP), isto é, aquela que está ocorrendo ou que está prestes a acontecer.

A delimitação exata do momento inicial é, entretanto, um ponto de conflito entre a doutrina, afinal, a agressão pode se desenvolver em uma progressão linear em que não é fácil estabelecer etapas que respondam a saltos qualitativos. A agressão repreendida é, tradicionalmente, aquela atual, ou seja, não é suficiente que tenha existido em algum momento no passado tampouco que venha a existir no futuro. Do contrário, abre-se espaço para um excesso extensivo, o qual não permite apreciar exclusão da ilicitude¹².

⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1954, p. 317.

¹⁰ COSTA, 2009, p. 1098.

¹¹ TAVARES, 2018, p. 332.

¹² MOLINA FERNANDEZ, 2016, p. 29.

Ensina Luis Jiménez de Asúa que não se admite, a rigor, legítima defesa contra ataques passados porque, em tal situação, a reação seria vingativa e não acautelatória. Arremata, ainda, o autor citando as Partidas, que embora “escritas em épocas tão duras”, continham “sábias palavras”, que transcreve, nos seguintes termos: o agredido “não deve esperar que o outro o fira, primeiramente, porque poderia acontecer que no primeiro golpe que lhe desse poderia morrer aquele que fosse acometido e depois não se poderia amparar.”¹³

O Código Penal espanhol admite, também, a legítima defesa contra “agressão iminente”. Neste último, a lei apresenta três requisitos para sua configuração: 1) a agressão ilegítima, representada pelo ataque aos bens jurídicos que constitua crime e os coloque em grave perigo de deterioração ou de perda iminente; 2) necessidade racional do meio empregado para impedi-la ou repeli-la e 3) a falta de provocação suficiente por parte de quem se defende. Confira-se, *in verbis*:

4.º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.¹⁴

Veja-se que a própria lei refere, literalmente, ao perigo da deterioração aos bens jurídicos ou “*pérdida inminentes*”. Desta forma, a legítima defesa acoberta a situação jurídica de quem repele a agressão e de quem impede o que está prestes a acontecer.

No Brasil, a doutrina mais conservadora, não admite a discriminante em face de ameaça de perigo concreto: “Não ocorre a discriminante contra a agressão presente em futuro remoto, ou que já tenha cessado. Nem mesmo se pode defender legitimamente de mera ameaça de perigo concreto, pois só se legitima a defesa em decorrência de perigo causado pela agressão atual ou iminente.”¹⁵

¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1954, p. 317.

¹⁴ ESPAÑA, 2019, .

¹⁵ MIRABETE, FABBRINI, 2015, p. 140.

Em tal sentido, preleciona, também, Álvaro Mayrink da Costa que “não há legítima defesa contra situações previsíveis a prazo pois isto é tarefa preventiva do Estado.”¹⁶

Essa aferição não parece que possa ser feita, categoricamente, em caráter milimétrico ou com solução matemática, como se extrai de alguns posicionamentos doutrinários.

Eugênio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista *et al*, por exemplo, asseveram que não é correto identificar a iminência com a proximidade cronológica entre a agressão e a defesa, isto é, a agressão iminente não precisa ser “cronologicamente imediata”. Definem, assim, a agressão iminente como “a existência de um sinal de perigo imediato para o bem jurídico, a presença concreta do perigo.”¹⁷

Ao fundamentarem a posição doutrinária os autores citados, malgrado não se refiram, especificamente, à questão da legítima defesa no âmbito da “tirania doméstica”, compreendem que é possível legítima defesa “desde que o agressor torna manifesta por palavras ou atos, sua vontade de agredir tendo à sua disposição meios idôneos para fazê-lo. O decisivo é a iminência de um perigo imediato para o bem jurídico titularizado pelo agredido”.¹⁸

Rememoram, ainda, que, por vezes, “a agressão iminente já implica, em si mesma, uma lesão à tranquilidade do defendente, introduzindo sempre, por essa perspectiva, uma agressão, na verdade, atual.”¹⁹ Tal prisma de análise voltará a ser, oportunamente, problematizado.

Também, Juarez Tavares, ao analisar o requisito da “iminência” da agressão, leva em consideração o risco concreto ao bem jurídico, a que o defendente está submetido. Assinala, ainda, que não é necessário para sua caracterização que o agressor já tenha iniciado a execução do delito, podendo ocorrer, por exemplo, quando o fato se encontre nos atos preparatórios, “desde que, segundo uma observação objetiva, guarde uma relação de conexão com a suposta lesão.”²⁰

¹⁶ COSTA, 2009, p. 1113.

¹⁷ ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, 2017, p. 100; No mesmo sentido: Cf. TOLEDO, 1991, 195.

¹⁸ Op. cit., p. 99-100.

¹⁹ Op. cit., p. 100.

²⁰ TAVARES, 2018, p. 334.

Deve-se destacar, a necessidade da defesa tem de ser valorada numa perspectiva *ex ante* e nunca *ex post*, ou seja, do “ponto de vista do sujeito que se defende.”²¹

O elemento subjetivo da defesa necessária, também, deve estar presente. O agredido deve atuar com a consciência que está agindo para repelir a agressão injusta e com a intenção de se defender (*animus defendendi*).²²

A necessidade -ou racionalidade da defesa- está ligada, diretamente, ao emprego do meio menos prejudicial ou que cause menor dano aos bens jurídicos do agressor, dentro daqueles disponíveis no momento da agressão. A defesa deve ser moderada e necessária. A moderação importa em ausência de excesso (*moderamen inculpatae tutelae*), isto é, não pode ir além do limite adequado para afastar a ação agressiva. Desta forma, o excesso elimina a legítima defesa.

Deve-se observar, sob uma perspectiva *ex ante*, a proporcionalidade dos meios ou instrumentos utilizados, a qualidade do autor e do ofendido, a possibilidade de ajuda com a qual a vítima poderia contar, o maior ou menor desamparo da vítima e, em geral, suas condições pessoais²³. Não há como desconsiderar, ainda, os aspectos subjetivos, a exemplo do distúrbio psíquico provocado pela agressão ilegítima, afinal, o indivíduo não pode ser obrigado a refletir ou escolher friamente esses meios de defesa proporcionais no momento do ataque.²⁴

Não há maiores controvérsias doutrinárias quanto ao cabimento da legítima defesa “a direito seu ou de outrem” (art. 25, CP), requisito mantido, nesses termos, pela Reforma da Parte Geral de 1984. Apesar da referência do Código Penal de 1940 à palavra “direito”, prefere-se aludir, por sua atualidade, ao “bem jurídico” protegido pela reação defensiva, que pode ser em próprio favor do agente ou de terceiro. Destaque-se, ainda, que não devem ser feitas exclusões apriorísticas dos bens jurídicos dignos da proteção penal através da legítima defesa.

Sendo a ação de defesa conforme o direito, não é ilícita nem constitui injusto. Trata-se, portanto, de causa de justificação ou de exclusão de ilicitude (ou antijuridicidade).

²¹ ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, 2017, p. 81.

²² No mesmo sentido, Álvaro Mayrink da Costa, Jescheck e Gimbernat Ordeig.

²³ JIMÉNEZ DÍAZ, 2007, p. 56.

²⁴ CORREA FLÓREZ, 2016, p. 269.

3.1 APLICABILIDADE DA LEGÍTIMA DEFESA AO CASO MODELO

Sob a perspectiva dogmática jurídico penal, identificar uma resposta penal adequada para solucionar o problema proposto no caso modelo acima descrito não é uma tarefa tão fácil como se poderia imaginar com um breve relancear de vistas.

O controvertido tema sobre a responsabilidade penal das mulheres que matam o seu agressor em momento que não há confronto são passíveis de calorosas discussões doutrinárias que, na maioria dos casos, não condizem com uma análise juridicamente fundamentada quanto aos pressupostos legais dos institutos jurídicos invocados.

3.1 Argumentos contrários

Uma primeira resposta, a partir de uma leitura estritamente literal dos seus requisitos legais, conduz a uma resposta negativa de aplicabilidade de legítima defesa em tal caso com fundamento nos argumentos de que não existia atualidade na agressão, uma vez que não havia confronto pois o agressor estava dormindo no momento em que a vítima o mata; e, ainda, de que a defesa não era necessária ou racional, pois a vítima teria outros meios para se proteger.

Ressalta-se, ainda, que, em tal perspectiva, mesmo que houvesse indicativos que gerassem a convicção segundo a qual, provavelmente, a vítima seria agredida novamente, não seria possível aplicar a excludente, pois a legítima defesa não pode ser antecipada (preventiva) já que não cabe contra agressão futura.

Jacson Zilio entende que os casos de legítima defesa preventiva nunca devem ser tolerados. Para Zilio, se alguém imagina que no futuro será vítima de uma agressão antijurídica deve “simplesmente pedir ajuda a autoridade estatal antes de fazer uso ilegal e precipitado da violência”. Acrescenta, ainda, que em situações como essa, não existe sequer estado de necessidade já que não há perigo atual.²⁵

Juarez Tavares, por sua vez, recorda que uma situação semelhante à “tirania doméstica” é apresentada pela doutrina alemã a partir de um caso em que o marido bêbado mantém um estado de agressão permanente contra sua mulher e esta, aproveitando-se da sua condição de sobriedade o envenena no café da manhã, causando-lhe a morte.

²⁵ ZILIO, 2012, 141.

Ensina que, com fundamento na permanência do perigo e da situação jurídica persistente, a doutrina alemã resolve o caso a partir do estado de necessidade justificante²⁶.

No que tange a legítima defesa, a maior parte da doutrina nega a sua aplicação ao caso em estudo, com fundamento na ideia de que para que a morte de uma pessoa pelas mãos de outra possa ser justificada, é imprescindível a presença de maneira clara de todos os requisitos de uma causa de ausência de antijuridicidade²⁷.

No caso analisado havia uma agressão injusta prévia, porém, esta não era atual, tendo em vista que o marido Y, ainda que todos os dias durante 15 (quinze) anos de convivência atacasse a vítima, estava dormindo no momento em que ela o matou e, portanto, não exista confronto, muito menos uma agressão.

Outro ponto debatido se refere à falta de racionalidade ou de necessidade na ação defensiva. Isso porque, em tese, a mulher teria outros meios para se proteger, diferente da morte do seu agressor. Cumpre lembrar que a vítima X tentou buscar ajuda estatal, bem como sair de casa levando os seus filhos, mas nenhuma dessas medidas foi efetiva. Em tal perspectiva, a mulher poderia recorrer a outros meios menos lesivos, mas se valeu de uma arma de fogo ceifando definitivamente a vida do companheiro enquanto este dormia.

Mercedes Pérez Manzano recorda que um dos obstáculos dogmáticos opostos à aplicação da legítima defesa nos casos em estudo são as chamadas “restrições ético sociais da legítima defesa”, que obriga os cônjuges²⁸ e, nesse sentido, resulta numa exclusão ao direito de defesa diante de ataques entre cônjuges em virtude dos deveres específicos de solidariedade que geram deveres de garante de proteção um do outro ou, numa versão menos drástica, importaria na busca de meios de defesas menos lesivos. Para Pérez Manzano, todavia, os deveres de solidariedade e de garante desaparecem nos casos de conflitos permanentes entre o casal e não existe obrigação de suportar sequer maus tratos leves ou ataques.²⁹

3.2 Argumentos favoráveis

Na Espanha, María Camila Correa Flórez refere que solução doutrinária como essa, que descarta o emprego da legítima defesa, ocorre em virtude da ideia errada,

²⁶ TAVARES, 2018, p.335; Cf. HEINRICH, 2014, p. 174.

²⁷ CORREA FLÓREZ, 2016, p.269.

²⁸ Cf. BACIGALUPO ZAPATER, 1998, p. 257; JAKOBS, 1995, p. 488-48

²⁹ PÉREZ MANZANO, 2017, p.60. No mesmo sentido, ver ROXIN, 1997, p. 652.

segundo a qual não pode haver agressão sem confronto. Isto porque, no momento em que a mulher exerce a sua reação defensiva não estaria diante de uma agressão atual e que a ação defensiva não é necessária, pois a vítima poderia recorrer a outros meios para se defender, tais como auxílio estatal, auxílio de terceiro, ou, ainda, sair de casa.

A autora refere, em tal contexto, para compreensão ampla da matéria, a relação de “tirania privada” como um dos requisitos autorizadores da legítima defesa, que, em apertada síntese, é caracterizada pela dominação do tirano sobre sua mulher e/ou seus filhos mediante comportamentos sistemáticos e reiterados, impondo, inclusive, o isolamento feminino e suprimindo a possibilidade de concurso externo para favorecer a ruptura do vínculo³⁰.

Do ponto de vista fenomenológico a solução não é tão simples. E não é pelo seguinte: a vítima está submetida à coabitação com o seu agressor; as agressões são sistemáticas e ininterruptas; e, ainda, essa vítima não consegue, na generalidade dos casos, reagir ou ter possibilidade de defesa no momento da agressão.

No caso modelo, a agressão repelida era injusta porque não estava autorizada no ordenamento jurídico. Deve-se recordar que X era, sistematicamente, vitimizada por subjugação física, psíquica, espiritual, moral e sexual. Existe um estado de agressão permanente aos seus bens jurídicos fundamentais.

Indaga-se, então, se X estava diante de uma agressão atual. A atualidade em uma ação defensiva, no âmbito de tal excludente, é reconhecida quando a agressão repelida é atual ou iminente.

Para compreender o caso, deve-se recordar o contexto da relação de tirania privada. Em tais contextos, as agressões são sistemáticas e ininterruptas.

Considerando-se uma concepção estrita do âmbito de abrangência do “iminente” e da não pertinência de cabimento de legítima defesa quanto à agressão passada ou futura, seria impossível a resolução do caso a partir da legítima defesa.

Há posicionamento doutrinário, cuja fundamentação importaria no reconhecimento da possibilidade de autodefesa, pois no contexto em que a vítima está inserida caracteriza-se um estado de agressão permanente aos seus bens jurídicos, ou seja, o perigo continuado a que submetida deve ser considerado atual já que o dano ao bem jurídico pode ocorrer a qualquer momento.

³⁰ CORREA FLÓREZ, 2016, p.27-28.

Willian Douglas, por exemplo, tratando da legítima defesa antecipada, refere que a iminência da agressão não pode ser “pesada friamente, ou contada apenas no cronômetro”, deve ser pensada numa perspectiva de razoabilidade, como um aspecto do *due process of law* (art. 5º, LIV, CF).³¹

Assim, considera o autor que, o evento é futuro e certo na legítima defesa preventiva, diante das circunstâncias particulares do caso e propõe algumas diretrizes interpretativas, a saber: “termo inicial a ameaça (suficientemente idônea, ou seja, mais atrevido aviso que ameaça), como termo final o início da agressão (quando os meios de defesa do agredido, por sua inferioridade, não poderão alcançar êxito). Além disso, considera um prazo “onde a agressão já deve ser tida como iminente (ao menos psicologicamente) e o exercício da defesa antecipada um meio absolutamente necessário”³².

Como adverte, ponderadamente, Marcela Roa Avella, a referência a critérios pretensamente objetivos, como aqueles relacionados a “modelos médios”, por sua amplitude e imprecisão, são insuficientes e, por isso, devem levar em consideração as circunstâncias particulares do caso, a situação do sujeito concreto para atribuir conteúdo às categorias abstratas. Destaca, ainda, que é necessário valorar os meios que o sujeito tinha à sua disposição para defender seus bens jurídicos, as suas condições particulares, inclusive, as circunstâncias especiais que afetam a sua percepção, suas emoções e reações.³³

Tal compreensão, mais flexível quanto à reinterpretação dos requisitos da legítima defesa, amoldam-se às circunstâncias fáticas do caso apresentado, no contexto de violência de gênero.

Cumprir verificar, ainda, se a defesa é necessária. No primeiro momento, vulgarmente se presume que a vítima teria outros meios para proteger os seus bens jurídicos: recorrer ao auxílio estatal, ao socorro de pessoas próximas ou simplesmente sair da casa onde convive com o agressor. Entretanto, deve-se atentar que tais alternativas, aparentemente simples de serem adotadas, não são compatíveis, na maioria dos casos, com a realidade opressiva na qual são originadas os contextos de violência doméstica³⁴, como no caso modelo apresentado.

³¹ DOUGLAS, 2003, p. 2.

³² DOUGLAS, 2003, p. 2.

³³ ROA AVELLA, 2012, p. 53-54.

³⁴ CORREA FLÓREZ, 2016, p. 2.

Em tal perspectiva, defende-se que, para além de uma agressão injusta, existe uma agressão atual, assim como uma defesa necessária por parte da vítima. No caso estudado, a vítima X vivia em um cenário de violência que consistia em ataques rotineiros à sua integridade física, moral, psíquica e sexual. Desse modo, verifica-se que existe uma conduta por parte do marido Y que causa lesão e perigo de lesão aos bens jurídicos de X e essas condutas são proibidas pelo ordenamento jurídico atual, não estando a vítima obrigada a suportá-las. Verifica-se a presença do primeiro elemento constitutivo da excludente de ilicitude estudada, qual seja a injusta agressão.

As agressões sofridas pela vítima X ocorriam, ainda, de forma reiterada e sistemática, e marcada, especialmente, por uma série de ameaças a sua vida e de seus filhos. Nesse contexto, em relação ao segundo requisito, isto é, a atualidade da agressão, uma pequena parcela da doutrina se posiciona no sentido de que, existindo uma agressão continuada, estas são atuais, possibilitando uma ação defensiva a qualquer momento prévio à que se materialize a lesão ao bem jurídico, que é o momento que cessa a agressão.³⁵

Correa Flórez compreende que quando existem agressões contínuas que se prolongam no tempo, num contexto de tirania privada, gera-se uma situação de perigo latente aos bens jurídicos da vítima, que autorizam uma ação defensiva. Argumenta-se, ainda, que em tais situações, consolida-se uma detenção ilegal, em virtude das constantes ameaças, ataques e do controle físico e emocional que o agressor exerce sobre a vítima.³⁶ Essa agressão permanente à liberdade (detenção ilegal) potencializará o perigo contínuo (*Dauergefahr*).³⁷

Em caso com pressupostos fáticos semelhantes ao narrado no caso modelo, no Rio Grande do Sul, em decisão nos autos do processo n 0002262-31.2010.8.21.0124, no qual mulher vítima de violência privada foi acusada de matar o marido enquanto dormia, em circunstâncias particulares do contexto de violência doméstico, o juízo entendeu que, embora fosse compreensível a tentativa da defesa técnica de caracterizar a inimputabilidade como única tese defensiva, constituía direito da acusada que sua tese de defesa pessoal fosse submetida a plenário, “seja sob a configuração de legítima defesa,

³⁵ CORREA FLÓREZ, 2016, p. 352-357.

³⁶ Op. cit., p. 354.

³⁷ Op. cit., p. 355.

ou até mesmo sob eventual caracterização da excludente supralegal de inexibibilidade de conduta diversa, situações em que sequer estaria sujeita a medida de segurança”.³⁸

No que se refere ao terceiro pressuposto da excludente de ilicitude, sustenta-se, em tal perspectiva, a noção de uma ação defensiva necessária e racional por parte da vítima, com base na análise fática do caso concreto. Argumenta-se que a mulher não teria opções diferentes de salvação ou, pelo menos, alternativas efetivas, já que frustradas as tentativas de auxílio estatal. E foram empregados os meios disponíveis à sua disposição. Além disso, deve-se ser levadas em consideração que a situação exigia o uso da legítima defesa para proteção dos direitos da personalidade da vítima, cotidianamente aviltados.

Rememora-se que no caso modelo, a vítima X recorre à ajuda estatal, mas não obtém resposta. Procura então o auxílio familiar, saindo de casa com os seus três filhos. Contudo, por questões financeiras graves e inúmeras ameaças e coações do seu ex-companheiro, acaba retornando ao lar.

Argui-se, no que concerne a racionalidade da defesa, que esta seria proporcional, no sentido de racionalmente necessária.³⁹ Nesse sentido, a avaliação do conflito deve observar certos critérios já mencionados: a qualidade do autor e o ofendido, a desproporcionalidade de forças físicas, as circunstâncias do evento, o desamparado da vítima, não se podendo analisar o caso, numa perspectiva, abstrata e objetiva.

Uma vez obstaculizadas as possibilidades de salvação da vítima pelo próprio agressor, bem como entendendo, devido à conjuntura fática existente, que a defesa da mulher no momento do ataque impediria ou diminuiria consideravelmente a eficácia de sua conduta, poder-se-ia afirmar que o meio utilizado foi racionalmente necessário naquele contexto específico e, portanto, proporcional.

O elemento anímico da legítima defesa (intenção de defende-se) merece uma consideração especial naqueles casos em que a reação defensiva ocorre quando o confronto não é atual, pois, acertadamente, preleciona Roa Avella que seria exagerado exigir uma “expressa e precisa” intencionalidade de defesa pois além da dificuldade probatória, o conteúdo da reação aparece mais atrelado à vontade de proteger-se, isto é, a simples vontade de atuar com finalidade de repelir a um ataque ilegítimo.⁴⁰

³⁸ BRASIL. TJ-RS. Sentença n. 0002262-31.2010.8.21.0124. Juiz prolator: Roberto Laux Junior. DJ: 22/11/2012, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/11/2012.

³⁹ CORREA FLÓREZ, 2016, p. 357.

⁴⁰ ROA AVELLA, 2012, p. 55.

Deve prevalecer, nesse particular aspecto, a posição doutrinária de Claus Roxin, para quem não é correto considerar que só ocorra legítima defesa, se o agredido atua para defender-se. Isto porque, a ideia de “prevalência do direito”, sobre a qual repousa a ideia de legítima defesa, deve ser considerada cumprida, tanto objetiva como subjetivamente, se o sujeito, por qualquer motivo, atua com consciência de que está impondo o direito frente ao injusto.⁴¹

Também, por tal prisma de análise, a legítima defesa tem cabimento no caso modelo.

Nessa perspectiva, tem-se em linha de consideração, que nos casos de violência doméstica essa é a realidade de grande parte das mulheres. Em pesquisa realizada por Vera Regina P. de Andrade, com base teórica da Criminologia crítica e feminista, concluiu-se que o sistema penal é ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência porque, entre outras razões, não previne novas violências, não escuta os distintos interesses das vítimas, não contribui para a compreensão da própria violência e da gestão do conflito tampouco para a transformação das relações de gênero.⁴² Nesse sentido, o sistema penal, enquanto subsistema de controle social, não é apenas um meio ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência, como, também, duplica a violência exercida contra elas em virtude da sua seletividade.⁴³

Arremata, ainda, Vera Regina P. de Andrade que o espaço privado-familiar é um *locus* de incidência majoritária da violência física e sexual porque, historicamente, na sociedade patriarcal a família tem sido um dos lugares nobres, embora não exclusivo, de controle social informal sobre a mulher. E a violência contra a fêmea no lar pode ser vista como expressão de poder e domínio, como violência controladora.⁴⁴

Merece referência, a pesquisa levada a efeito por Correa Flórez, quando destaca as estatísticas extraídas entre o ano de 2011 a 2015 na Espanha. A pesquisadora demonstra que a instauração de notícia crime pelas mulheres vítimas da violência privada não é capaz de impedir que o marido volte a agredi-las ou, até mesmo, que sejam assassinadas. Por meio das pesquisas realizadas, constatou-se que cerca de 22.5% das mulheres assassinadas naquele período tinham procurado auxílio estatal noticiando a violência e

⁴¹ ROXIN, 1997, p. 667

⁴² ANDRADE, 2012, p. 245.

⁴³ *Idem, ibidem.*

⁴⁴ *Idem, ibidem.*

que 8,57% tinham medidas protetivas fixadas em seu favor. Os dados confirmam que a notícia crime ou eventuais medidas protetivas, por si mesmas, não viabilizam a proteção da vida e da integridade física da mulher agredida, bem como dos seus filhos.⁴⁵

Cumprе ressaltar que existem ainda os casos de vítimas que simplesmente não conseguem buscar nenhum tipo de ajuda, por medo da reação do seu companheiro. O agressor, por vez, implementa medidas coercitivas que dificultam que a vítima recorra à ajuda estatal ou a qualquer outro mecanismo de proteção.

Registre-se, inicialmente, que diante do grave cenário de violência moral, psicológica, patrimonial, sexual, espiritual que, em geral, vitimizam as mulheres que sofrem violência doméstica, o estado de “aparente passividade” ao não noticiar imediatamente às autoridades públicas os fatos não pode jamais se confundir com aquiescência. Como de todos sabido, “a passividade (paralisação) nasce do pânico frente ao agressor e ao medo da morte”.⁴⁶

Ludmila Azcue defende compreende a legítima defesa como um instituto penal pensado a partir de uma ótica do gênero dominante. Nesse sentido, para a autora, a aplicação igualitária da excludente demanda que as características, as necessidades e experiências femininas sejam ponderadas nos casos em que mulheres, em contexto de violência doméstica matam seus companheiros, permitindo-se, assim, romper a interpretação tradicional, que tende a afastar os seus requisitos configuradores, quando quem a invoca não pertence ao gênero dominante.⁴⁷

Na mesma linha de princípio, Valentina Carvajal Canelo e Isabella Menéndez Cereceda defendem que o contexto é o elemento essencial para compreender o comportamento da mulher violentada e, através dele, buscar legitimar suas reações que desencadeiam a morte do agressor. Desconsiderar as situações que condicionam o atuar feminino importará, segundo as autoras, numa análise errática quanto aos requisitos que levam à procedência da legítima defesa. Assim, apontam a necessidade peremptória de incorporar considerações de gênero para que a mulher tenha uma defesa apropriada, sob pena de se afetar, diretamente, o princípio da igualdade.⁴⁸

⁴⁵ CORREA FLÓREZ, 2016, p. 361-365.

⁴⁶ ZUWICK et al, 2001, p. 86.

⁴⁷ TAMARA AZCUE, 2019, p. 119-120.

⁴⁸ CARVAJAL CANELO, Valentina; MENÉNDEZ CERECEDA, 2007, p. 100-102.

Na esteira do pensamento precedente, Elena Larrauri, por sua vez, compreende que a “aplicação objetiva do direito tende a reproduzir a versão socialmente dominante”, que responde à ótica do mundo masculino, “representativa de certa subjetividade”.⁴⁹

Em crítica severa à “aplicação masculina do Direito Penal” recorda que nos casos em que a mulher mata o marido, no contexto de violência doméstica, os tribunais devem considerar que o ataque estava apenas, circunstancialmente, interrompido por ter o agressor dormido ou encontrar-se; momentaneamente, desarmado; além de dar razão ao Supremo Tribunal norte americano que declarou que exigir a atualidade do ataque equivale a condenar a mulher maltratada a uma morte à prazo.⁵⁰

4. A TESE DE CORREA FLÓREZ

Em tese de doutorado, intitulada *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa*, María Camila Correa Flórez apresenta seis requisitos para que uma mulher tiranizada possa alegar legítima defesa, quando mata o seu agressor numa situação em que não há confronto. Os requisitos são divididos em essenciais e acidentais.⁵¹

No sentir de Correa Flórez, os requisitos essenciais são aqueles que embasam a existência de uma “grande agressão” e a necessidade de ação defensiva e, portanto, da legítima defesa, quais sejam: 1) dentro da relação devem estar presentes todas as características de uma tirania privada, a saber: a) prevenção de coalizão; b) supressão de possibilidade de saída por outras vias através de ameaças, intimidação e violência e c) ações dirigidas a anular a vontade e a autonomia da mulher; 2) presença de maus-tratos físicos, psíquicos e/ou agressões sexuais contra a mulher, realizados de maneira sistemática e reiterada (situação de perigo latente aos bens jurídicos) e 3) deve restar configurada uma detenção ilegal (agressão permanente à liberdade) através de ameaças e violência, fundamentada na relação de tirania privada.⁵²

Os requisitos acidentais, por sua vez, são os seguintes: o agressor e a vítima devem ser um casal, de fato ou de direito (ainda que em alguns casos a tiranizada possa ser filha ou enteada do tirano); devem viver juntos e a mulher deve matar o seu agressor numa

⁴⁹ LARRAURI, 1994, p. 1.

⁵⁰ LARRAURI, 1994, p. 1.

⁵¹ CORREA FLÓREZ, 2016, p. 402-403.

⁵² *Idem, ibidem.*

situação onde não haja confronto, como, por exemplo, quando ele está bêbado, dormindo ou distraído.⁵³

Os pressupostos fáticos delineados no caso modelo amoldam-se aos requisitos essenciais e circunstanciais descritos na tese; admitindo, portanto, em tal perspectiva a legítima defesa em caso em que não há confronto.

5. OUTRAS PERSPECTIVAS DE ANÁLISE DOGMÁTICAS PARA O PROBLEMA

A questão posta em discussão pode ser abordada, em diversas perspectivas de análise à luz das teses defensivas presentes na dogmática penal, no âmbito das causas que excluem a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade.

Neste trabalho, particularizou-se a investigação, por razões metodológicas, nos aspectos mais relevante que envolve a legítima defesa nos casos em que não há confronto. Todavia, não se ignora a importância de resolução do caso à luz de discussões em torno da tipicidade e da culpabilidade, por exemplo, que não serão desenvolvidas no presente artigo pelas limitações ínsitas ao corte epistemológico adotado.

A legítima defesa putativa está positivada no art. 20, §1º do Código Penal Pátrio e dá-se quando alguém, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de agressão atual e injusta, que se, de fato existisse, tornaria a reação legítima. Conforme consta no item n. 17 da Exposição de Motivos da Reforma de 1984, o Brasil adotou a teoria limitada da culpabilidade.

A hipótese de legítima defesa putativa não configura excludente de ilicitude. A doutrina majoritária trata a questão o erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação como erro de tipo, embora haja controvérsias doutrinárias quando ao erro de proibição. Considerando que o erro, nesses casos, incide sobre o conhecimento do fato e não sobre a valoração jurídica, Molina Fernández, defende o acerto da posição majoritária.⁵⁴

Luis Jiménez de Asúa afirma no tocante à “presunção de legítima defesa” que, com rigorosa exigência dogmática, não se pode afirmar que essa defesa dos bens e da

⁵³ *Idem, ibidem.*

⁵⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, 2012, 45-46.

segurança seja, realmente, legítima. Trata-se, precisamente, de uma “ficção de legítima defesa”.⁵⁵

Particularmente, em relação à defesa putativa, como o próprio nome indica, há uma crença do sujeito que será atacado e, subjetivamente, faz pensar que a defesa é necessária e racional, quando, de fato, não é. Para a correta compreensão da possibilidade de aplicação da norma citada ao caso narrado, indaga-se o seguinte: a vítima X estava diante de uma errônea percepção de perigo de uma agressão no caso modelo? A resposta é, indubitavelmente, negativa.

Antes, contudo, deve-se rememorar o seguinte: a vítima X não age em um erro quanto à existência de uma agressão já que a violência doméstica, a que está submetida é sistemática, permanente e real. Demais disso, a vítima não possui condições de salvar-se por outro meio e a probabilidade novas agressões é grande. A vítima X não erra quanto aos pressupostos fáticos, tendo em vista que o marido Y, no momento em que ela dispara a arma de fogo em sua cabeça, estava dormindo. Situação diversa seria se X, ao avistar Y escondendo algo detrás das costas ao chegar a casa, imagina que seria uma faca para alvejá-la e, assim, dispara o gatilho e o mata, entretanto; descobre-se, posteriormente, que Y, na verdade, trazia uma singela caixa de bombons como pedido de desculpas.

É possível, assim, chegar à conclusão que a legítima defesa putativa não resolve o problema em questão.

Merece destaque na literatura espanhola, a posição de Francisco Muñoz Conde, no tocante à legítima defesa putativa, enquanto “um caso limite entre a justificação e exculpação”. Para o autor, quando há uma “crença racional e bem fundada” sobre a existência de um ataque ilegítimo, deve a legítima defesa ser considerada uma verdadeira causa de justificação, com todas as consequências aplicáveis, mesmo quando se comprova, posteriormente, que não houve agressão: “a crença subjetiva do autor na existência da agressão se objetiva por meio do processo judicial, de tal maneira que se transforma num fato legal.”⁵⁶

Sob essa perspectiva, no caso das mulheres vítima de tirania privada que matam os seus maridos quando não há confronto, a agressão pode ser presumida *ex ante*, em virtude das agressões contínuas a que submetida pelo agressor. A solução estaria em face

⁵⁵ JIMÉNEZ DE ASUA, 1954, p. 322.

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, 2009, p. 132.

de um erro quanto aos pressupostos fáticos da legítima defesa, no sentido de que a vítima X, ao ser agredida diariamente e conhecendo, assim, a rotina dos ataques, imaginava, racionalmente e com fundadas razões, estar diante de um perigo de agressão, matando o seu agressor para evitar que este a agredisse novamente; ainda que, posteriormente, descobrisse inexistir a agressão esperada.

O posicionamento predominante na doutrina e jurisprudência espanholas para os casos narrados é a utilização de uma causa de isenção de responsabilidade criminal descrita no artigo 20.6 do Código Penal da Espanha, qual seja o medo insuperável⁵⁷, que está fundamentado na impossibilidade de exigir conduta diversa daquele que age motivado pelo medo.⁵⁸

Os elementos para sua configuração, segundo María Camila Correa Flórez, são os seguintes: “1) existência de uma ameaça de um mal ilícito real e iminente; 2) que a ameaça cause a pessoa um estado psicológico de medo que a faça responder de maneira desproporcional; 3) que o medo seja insuperável de outro modo.”⁵⁹

Essa proposta de solução dogmática, também, não é a mais adequada para o caso posto. Se a premissa é que o medo deve ser insuperável, questionam-se os critérios para a compreensão do que é, exatamente, “medo insuperável”, bem como fato da maior parte da doutrina valer-se do conceito do homem médio para avaliar a insuperabilidade do medo⁶⁰, razão pela qual se torna evidente que nos casos de mulheres que vivem em um contexto opressivo de violência doméstica, essa interpretação não permite levar em consideração as suas características definitoriais.

A análise individualizada de cada um dos requisitos importa considerar, a inadequação da solução dogmática do “medo insuperável”, no contexto da violência doméstica. Isto porque, entre outros problemas, pode ensejar concepções deterministas e generalizações redutoras sobre as alterações de estado psicológicos inibidores da capacidade de raciocínio feminino.

Segundo Varona Gómez para configuração dessa norma, faz-se necessário que a pessoa atue pressionada por circunstâncias externas de perigo ou agressões que ocasionem uma anulação de suas faculdades mentais, coagindo-a a agir de determinada maneira.⁶¹

⁵⁷ CORREA FLÓREZ, 2016, p.187.

⁵⁸ MUNÓZ CONDE, GARCIA ARÁN, 2004, p. 395.

⁵⁹ CORREA FLÓREZ, 2016, p. 188.

⁶⁰ Op. cit., p. 189.

⁶¹ VARONA GÓMEZ, 2000, p. 56.

As vivências traumáticas dos maus-tratos no âmbito familiar podem descortinar o desenvolvimento de comportamento agressivo, até mesmo, por pessoas pacíficas, como, também, aduz Mayordomo Rodrigo.⁶²

Em análise exaustiva sobre o tema, Correa Flórez refere, ainda, que parte da literatura compreende as alterações psíquicas geradas pela submissão contínua aos maus-tratos como um transtorno de estresse pós-traumático (TEPT), que fundamenta a inexigibilidade de conduta diversa e outros, referem-se, ainda, à Síndrome da Mulher Maltratada (SMM).⁶³

Essa síndrome consiste em uma padronização de sinais e sintomas que apresentam as mulheres vítimas de violência privada.⁶⁴

Existem alguns critérios para diagnosticar a SMM elencados por Walker e sintetizados por Flórez: “recordações recorrentes dos eventos traumáticos; hiperexcitação e altos níveis de ansiedade; comportamentos evasivos e embotamento emocional, que se manifesta como depressão, dissociação, minimização, repressão e negação; interrupção das relações pessoais como medida de controle e domínio do agressor; distorção de sua própria imagem e/ou manifestações físicas e somáticas e problemas relativos à intimidade sexual”.⁶⁵

Além disso, o Correa Flórez revisitando a pesquisa de Walker acrescenta que mulheres vítimas dessa síndrome apresentam uma condição denominada de “*indefensión aprendida*”⁶⁶, o que justifica o fato de não conseguirem, na maioria dos casos, sair de casa ou não encerrar a relação com o seu agressor.⁶⁷ Nesse sentido, entende-se que essas mulheres vivem em um estado intenso de medo⁶⁸, criados por uma situação real de perigo, gerando um transtorno psíquico capaz de moldar a sua (re) ação.

A literatura espanhola defende que, em casos semelhantes ao modelo apresentado, a vítima X não poderia adotar outros meios de salvação por conta do estado de medo insuperável em que se encontrava, justificando, também, um possível excesso na ação defensiva, tendo em vista que a mulher sofre reiteradas agressões capazes de gerar alterações psíquicas que comprometem a sua reação.

⁶² MAYORDOMO RODRIGO, p. 2003, p. 149.

⁶³ Op. cit., p. 191.

⁶⁴ WALKER, 2009, p. 952-955.

⁶⁵ Cf. WALKER, 2009, p. 952-955; CORREA FLÓREZ, 2016, p. 40-41.

⁶⁶ JIMÉNEZ DIAZ, 2002, p. 298.

⁶⁷ CORREA FLÓREZ, 2016, p. 41.

⁶⁸ Op.cit., p.298.

Outra tese defensiva aplicada, com invulgar frequência, nos estudos de casos de mulheres que matam seus maridos no contexto de tirania doméstica, é o estado de necessidade exculpante. O assunto recebe especial tratamento na dogmática e jurisprudências alemãs e merece consideração aprofundada em objeto de investigação específico, incompatível com os limites deste artigo.

Apesar da análise dogmática particularizada em derredor dos requisitos legais configuradores da legítima defesa, assim como a menção a outras teses defensivas, deve-se rememorar que, no Brasil, a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é do Tribunal do Júri Popular, por expressa determinação constitucional (art.5, XXXVIII, a, b, c e d, CRFB, 1988), sendo garantida a plenitude da defesa e a soberania dos veredictos, além do sigilo das votações.

Como os jurados julgam por íntima convicção e considerando que o quesito sobre a absolvição do réu (art. 483,§ 2º, CPP), desde a reforma promovida pela Lei n. 11.689, de 2008, é genérico (O jurado absolve o acusado?), o acolhimento da tese da legítima defesa antecipada, na prática, pode ser uma realidade, a depender da habilidade da defesa técnica em demonstrar as particulares circunstâncias do caso que a justificam no contexto da tirania privada.

CONCLUSÕES

Conclui-se pela importância de uma criteriosa análise dogmática para correta interpretação dos requisitos jurídicos para caracterização da legítima defesa nos casos de violência contra mulheres em contexto doméstico tirano.

No específico caso modelo apresentado para estudo, os pressupostos fáticos adequam-se aos requisitos essenciais e circunstanciais descritos na tese de Correa Flórez, notadamente, a presença do agressor enquanto tirano de casa (*haustyrann*); admitindo-se, portanto, em tal perspectiva teórica, a legítima defesa em caso em que não há confronto.

Restaram caracterizadas condutas criminosas antecedentes praticadas, sistematicamente, pelo agressor que importaram em atentados contínuos à dignidade da vítima, bem como à sua integridade física, sexual, moral, liberdade e segurança pessoal (e de seus filhos).

O contexto de violência doméstica, portanto, materializou, ao longo de 15 (quinze) anos de convivência marital, dolorosas e persistentes vivências de humilhações de todos os tipos, controle emocional e restrição permanente à liberdade ambulatoria, que, por certo, deterioraram a saúde psíquica da vítima, agudizando o desamparo existencial,

também, experimentado, nesse cenário, decorrente da ineficiência das instâncias de controle formal.

Danos irreversíveis foram causados aos direitos da personalidade da vítima em decorrência das continuadas formas de agressão a que injustamente submetida. A gravidade concreta dos fatos criminosos revelou uma profunda indiferença do agressor à vida humana. Em virtude da debilidade da vítima diante do seu algoz culminou, no caso narrado, com o emprego da necessária legítima defesa dos seus bens jurídicos; não podendo a sua conduta, nesse contexto singular, ser qualificada como antijurídica.

Tratou-se da única forma de defesa efetiva encontrada, diante dos escassos meios disponíveis para por freios às sistemáticas violações aos direitos da personalidade da vítima materializados através da prodigalidade de formas de violência doméstica, que marcaram toda a história do seu relacionamento abusivo com o agressor e da qual só pode se desvencilhar, da forma narrada. O emprego de meio menos gravoso (golpear o agressor com as mãos, por exemplo) não existia como alternativa disponível, pois face as ameaças de morte pretéritas importaria, com fundadas razões, no comprometimento da própria vida da defendente, cuja desproporcionalidade de compleição física com o agressor era manifesta.

Verificou-se que, em caso de agressões sistemáticas contra as quais a vítima não consegue proteger-se ou fugir, por empecilhos opostos pelo próprio agressor, a legítima defesa da mulher pode ser justificada, doutrinariamente, em casos onde não há confronto; como solução racionalmente idônea para cessar o estado de agressão contínua aos seus bens jurídicos.

Tal perspectiva de análise dogmática pressupõe o reconhecimento das singularidades das condições fática e psicológicas da mulher no contexto de violência doméstica, numa concepção substancialmente igualitária do Direito Penal, que afasta interpretações mecanicistas e restritivas dos requisitos da legítima defesa no contexto de tirania privada.

REFERÊNCIAS

BACIGALUPO ZAPATER, E. **Principios de Derecho Penal**. Parte General, 5ª ed., Madrid: Akal, 1998.

BALDÓ LAVILLA, Francisco. **Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que derivan facultades y deberes de salvaguardia**. Barcelona: JM Bosch, 1994.

BRASIL. TJ-RS. **Sentença n. 0002262-31.2010.8.21.0124**. Juiz prolator: Roberto Laux Junior. DJ: 22/11/2012, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/11/2012.

CARVAJAL CANELO, Valentina; MENÉNDEZ CERECEDA, Isabella. **Legítima defensa y estado de necesidad exculpante en casos de mujeres parricidas víctimas de violencia intrafamiliar**. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. 2017. Disponível em: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/167950/Leg%C3%ADtima-defensa-y-estado-de-necesidad-exculpante-en-casos-de-mujeres-parricidas-v%C3%ADctimas-de-violencia-intrafamiliar.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21.08.2019.

CORREAFLÓREZ, María Camila. **Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa**. Disponível em: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/673003>. Acesso em 29 de abril de 2019.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal: parte geral**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal conforme al Código Penal: parte general, texto refundido de 1944**. 10 ed. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1951.

DOUGLAS, Willian. **Jurados são corajosos na aplicação de legítima defesa antecipada**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2003-out-27/juri_corajoso_aplicacao_legitima_defesa_antecipada. 2003. Acesso em: 26 de set de 2019.

DREHER & TRONDLE. **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**. 38. Aufl. Munchen: C.H.Beck, 1978.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Introducción a la parte general del derecho penal español**. Universidad Complutense de Madrid. España, 1979.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 10/1995**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 25 set. 2019.

HEINRICH, Bernd. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, Stuttgart: Kohlhammer, 2014.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito Penal: parte geral**. Tradução de Orlandino Gleizer. São Paulo, Marcial Pons, 2019.

JAKOBS, Gunter. **Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación**, Madrid: Marcial Pons, 1995.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **La ley y el delito**: principios de derecho penal. 2 ed. México, Buenos Aires: Editorial Hermes, 1954.

JIMÉNEZ DÍAZ, **El exceso intensivo en la legítima defensa**, Comare: Granada, 2007

LARRAURI, Elena. Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal. In: **Jueces para la democracia**, nº 23, 1994, p. 22-23. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2552598>. Acesso em: 25.08.2019.

MAYORDOMO RODRIGO, Virginia. **Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar**. Universidad del país Vasco. Bilbao, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Código Penal interpretado**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas S. A, 2015. p.

MOLINA FERNANDÉZ, Fernando. **La legítima defensa del derecho penal**. 2016. Disponível em: file:///C:/Users/livin/Downloads/RJ25_3%20(1). pdf Acesso em: 20 de maio de 2019.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIAARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. Sexta edición. Tirant lo Blanch: Valencia, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Legítima defensa” putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación.” En: **Revista Penal**, no. 24. Julio de 2009. pp. 122 – 134.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción. **Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid**, [S.l.], n. 34, may. 2017. ISSN 2174-0844. Disponível em: <<https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/7731>>. Acesso em: 23.08.2019

ROA AVELLA, Marcela. Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante. In: **Nova et Vetera** 21 (65). 2012. p. 49-70. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6481679>. Acesso em: 30.08.2019

ROXIN, Claus. **Strafrecht**. A.T. 4. Aufl. C.H. Beck. München, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997.

TAMARA AZCUE, Ludmila. **(Re)pensando la legítima defensa desde una perspectiva de género.** In: **Revista Nueva Crítica Penal.** Año 1 – Número 1 – enero-junio 2019. p. 90-121. Disponível em: <http://revista.criticapenal.com.ar/index.php/nuevacriticapenal/article/view/33>. Acesso em: 28.08.2019.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito.** Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TOLEDO, Francisco. **Princípios básicos de Direito Penal.** 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991, 195

VARONA GÓMEZ, Daniel. La posición jurisprudencial acerca de la eximente de miedo insuperable en las situaciones de violencia doméstica. En: LARRAURI, Elena; VARONA, Daniel. **Violencia doméstica y legítima defensa.** EUB. Barcelona, 1995. p. 89 -144.

WALKER, Leonore E. **The battered woman syndrome** (with research associates). 3. Ed. Springer.

USA: Kindle Edition, 2009.

WILLIAN, Douglas. **Jurados são corajosos na aplicação de legítima defesa antecipada.** 2003. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2003-out-27/juri_corajoso_aplicacao_legitima_defesa_antecipada. Acesso em: 26 set. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Renavan, 2017. v. 2.

ZILIO, Jacson. **Legítima Defensa:** las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos y garantísticos del derecho penal. Argentina: Ediciones Didot., 2012.

JIMÉNEZ DIAZ, María José. Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable. En: **Estudios penales sobre violencia doméstica.** (Lorenzo Morillas Cueva. Coord.) Madrid: ER., 2002.

ZUWICK, A.N. O corpo violado. In: P. K. Grossi, J. G. C. Werba (Orgs). **Violências e gênero: coisas que a gente não gostaria de saber.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

**TEORIA AGNÓSTICA DA PENA: A (IM) POSSIBILIDADE DE SUA
APLICAÇÃO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

*AGNOSTIC THEORY OF PUNISHMENT: THE (IN) POSSIBILITY OF
APPLICATION IN THE BRAZILIAN PENAL SYSTEM*

Álvaro Homero Huertas dos Santos

Mestrando em Direito Penal pela PUC Minas. Especialista em Ciências Penais e
Criminologia pela PUC Minas. Delegado de Polícia

E-mail: alvarohomero@yahoo.com.br

Ana Luiza Miranda Araújo

Mestranda em Direito Penal pela PUC Minas. Especialista em Direito Penal e
Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes. Bolsista PUC Minas. Advogada

E-mail: analuiza.m.araujo@gmail.com

Giselle Batista Leite

Mestranda em Direito Penal pela PUC Minas. Especialista em Direito Público pela
ANAMAGES. Bolsista FAPEMIG. Advogada

E-mail: gisellebatista@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho realizará a análise crítica concernente a problemática da legitimidade da pena na contemporaneidade e, a partir deste ponto, discorrer sobre a possibilidade da aplicação da teoria agnóstica no sistema penal brasileiro. O ponto de partida do presente estudo são as reflexões que permeiam este discurso, o que revela o problema de legitimação das teorias de fundamentação e justificação da pena, de modo a demonstrar a construção de um modelo deslegitimante ou agnóstico. Percebe-se que ainda está sendo trabalhado pela doutrina pátria a recepção desta teoria. Este ensaio propõe, ao final, que não é possível a aplicação da teoria agnóstica forte, mas a denominada moderada, de modo a buscar a redução de danos e meios alternativos de resolução de conflitos.

Palavras-chave: Teoria agnóstica da pena; deslegitimação do sistema penal; teoria da pena; Zaffaroni.

Abstract: This paper will make a critical analysis concerning the issue of the legitimacy of punishment in contemporary times and, from this point, discuss the possibility of applying the agnostic theory in the Brazilian penal system. The starting point of the present study is the reflections that permeate this discourse, which reveals the problem of legitimizing the theories of justification and justification of punishment, in order to demonstrate the construction of a delegitimizing or agnostic model. It is noticed that the reception of this theory is still being worked by the motherland doctrine. This essay proposes, in the end, that it is not possible to apply strong agnostic theory, but so-called moderate theory, in order to seek harm reduction and alternative means of conflict resolution.

Keywords: Agnostic theory of punishment; delegitimation of the penal system; feather theory; Zaffaroni

Sumário: 1. Introdução; 2. Teorias da pena; 2.1. Teorias absolutas; 2.2. Teorias Relativas; 2.3. Teoria agnóstica da pena; 2.3.1. Teoria agnóstica da pena forte ou radical; 2.3.2. Teoria agnóstica da pena fraca ou moderada; 3. Da (im) possibilidade da aplicação da teoria agnóstica da pena no sistema penal brasileiro; 4. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, tem-se deparado o discurso jurídico-penal com problematizações sobre a penologia, apontamentos críticos estão paulatinamente ganhando espaço e as reflexões sobre o por que punir?, quando punir? e como punir? estão se mostrando indispensáveis para o cenário do sistema penal atual.

O ensaio tem por escopo, na dimensão que se propõe, trazer à tona alguns aspectos acerca de um horizonte crítico sobre a pena e a responsabilidade correlata do discurso jurídico neste contexto. Estas discussões se fazem indispensáveis, à medida em que se tem um cenário de completo caos, com índices de reincidência alarmantes, fazendo necessário que a comunidade científica se debruce acerca de reflexões e apontamentos sobre possíveis alternativas para a melhora do cenário atual.

Para isso, o presente trabalho começará sua análise sobre as teorias da pena, onde a reação pelo fato danoso causado por um indivíduo deixa as mãos do ente privado e é

monopolizado pelo Estado, o qual lançará mão de uma sanção como retribuição. Este primeiro cenário é diagnosticado a partir do Iluminismo.

Posteriormente, passar-se-á pelas teorias da pena, que se dividem em teorias absolutas, e teorias relativas da pena. No que tange às absolutas, menciona-se que estas são entendidas como fim em si mesmas, ou seja, representa a reação do Estado diante do mal causado, sendo justificadas tão somente pelo seu valor axiológico intrínseco e metajurídico. Estas teorias não possuem mais grandes adeptos na atualidade. Já no que se refere às teorias relativas, saliente-se que seu surgimento se deu com a crescente preocupação de que a pena deve também ocupar-se de tentar evitar o cometimento de novos delitos, isto é, as teorias relativas são utilitaristas, não só voltando-se para o fato passado, mas também agindo diante de uma prognose de futuro. Estas teorias relativas se dividem em prevenção geral e prevenção especial.

O presente trabalho, após as devidas reflexões alcançará seu objetivo, qual seja, o estudo da teoria agnóstica e a análise de sua aplicação no Brasil atualmente. Como o próprio nome aduz, agnóstico vem de não cognoscível, ou seja, para esta teoria, a pena não é justificada, é uma necessidade sem racionalidade, uma manifestação de poder estatal. Após, serão trabalhadas as divisões da teoria agnóstica, de modo a demonstrar que há a possibilidade de aplicação apenas da teoria agnóstica fraca ou moderada, tendo em vista que no contexto atual de crise do sistema penal, necessário se faz aplicação de mecanismos que promovam a redução de danos, conforme se verá no presente ensaio.

2. TEORIAS DA PENA

Para Masson (2016, p. 610), a pena é a reação que uma comunidade politicamente organizada opõe a um fato que viola uma das normas fundamentais da sua estrutura e, assim, é definido na lei como crime.

As penas são aplicadas pelos homens desde o início do convívio em sociedade, criando regras a serem obedecidas por todos os sujeitos e penas para aqueles que descumpriram tal regramento.

As legislações sofreram várias modificações, ocorrendo avanços e retrocessos frente à dignidade da pessoa humana, diferenciando a aplicação conforme a região territorial da sociedade, tempo cronológico, regime político e até mesmo religião.

Verifica-se que nas sociedades mais antigas as penas tinham características aflitivas, visto que o corpo humano do agente era utilizado como instrumento para retribuir o mal praticado. As primeiras penas demonstraram a característica violenta e impulsiva das sociedades primitivas, exprimindo o sentimento natural de vingança das vítimas e/ou da sociedade.

Bittencourt (2015, p. 578) esclarece que durante longos períodos históricos, fundamentalmente, à pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infames eram utilizadas como formas de punições.

Conforme a sociedade foi evoluindo nas relações humanas, as penas iniciam o abandono a ideia de vingança privada e institucionaliza o direito nas mãos do poder público, que modifica a finalidade e intensidade das penas. De acordo Rogério Greco (2019, p. 473):

O período iluminista, principalmente no século XVII, foi o marco inicial para as mudanças de mentalidade no que dizia respeito à cominação das penas. Por intermédio das ideias de Beccaria, em sua obra intitulada *Dos delitos e das penas*, publicada em 1764, começou-se a ecoar a voz da indignação com relação a como os seres humanos estavam sendo tratados pelos seus próprios semelhantes, sob a falsa bandeira da legalidade.

Bitencourt (2015, p. 589) defende que seria ingênuo acreditar que as penas deixaram de ser aflitivas e passaram a serem privativas de liberdade somente porque houve um processo geral de humanização ou que o Estado teria o poder de ressocializar o agente de crime. O autor descreve três motivos para a mudança no paradigma da penalização no mundo moderno.

O primeiro foi o surgimento do Iluminismo que valorizava a imposição racionalizada da pena através da liberdade; o segundo foi à substituição de alguns castigos pela vergonha, a pena privativa de liberdade seria apta a esconder os castigos e esquecer as pessoas que impuseram a sanção e por fim as mudanças macroeconômicas que ocorreram na Europa, levando grande parte da população a miséria absoluta, aumentando a mendicância e os crimes, caindo a pena de morte em desprestígio.

Melossi e Pavarini (1985, p. 41-42) fazem uma relação entre o surgimento do capitalismo e o surgimento das penas privativas de liberdade. Para os autores as prisões passaram a ter a finalidade de obter mão de obra a baixo custo, pessoas dóceis e aptas para o mercado produtor, valorizando o capital. Como exemplo citam as casas de trabalho que

surgiram na Holanda e Inglaterra, que tinham como princípio a educação, o controle da força de trabalho, e a domesticação do trabalhador.

A evolução na penologia, além das questões “de como punir”, também iniciaram os questionamentos de “por que punir?” Partindo do pressuposto de que o Estado não é a expressão da vingança privada ou do clamor popular e que as penas devem ter uma lógica racional, uma finalidade, passou-se a desenvolver as teorias das penas.

As teorias das penas se subdividem em teorias absolutas, teorias relativas e mistas (Brandão. 2010. p.317).

Segundo Luigi Ferrajoli (2012, p.204):

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concedem a pena como um fim em si própria, ou seja, como castigo reação, reparação ou, ainda retribuição do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não em meio, e tampouco um custo, mas sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, relativas todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos.

As teorias mistas têm por finalidade a retribuição ao crime e a prevenção de futuros delitos, somando-as. O código penal brasileiro, através do art. 59, prevê a teoria mista da pena, quando descreve que a pena será aplicada “*conforme o necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*”.

Por fim, Zaffaroni (2011, p. 98-99) ao fazer críticas contundentes às teorias absolutas e relativas da pena, considera que as penas não têm finalidade e adota uma concepção negativa da pena. O fracasso das teorias positivas e a impossibilidade de encontrar uma finalidade para a pena faz dela Agnóstica.

Em seguida apresentaremos uma análise mais detalhada sobre as teorias da pena.

2.1 Teorias Absolutas

As teorias absolutas consideram as penas como os fins em si mesmas, sem considerar os meios para fins posteriores. As teorias foram sustentadas por Kant e Hegel, mas na atualidade possuem poucos adeptos.

Kant e Hegel partiram da ideia do contratualismo penal, no qual as regras impostas decorrem de um contrato social entre os cidadãos e o descumprimento consiste em uma

violação deste contrato. Seu pressuposto é a racionalidade das pessoas e a violação das leis uma decisão pessoal.

Pierangeli e Zafaroni (2015, p.242) esclarecem que:

Quando Kant faz a aplicação dos princípios do direito penal, conclui que a pena não pode ser imoral, ou seja, não pode tomar o homem como um meio. Afirma que a pena nunca poder ser um meio, porque se assim for, mediatiza o apenado. Nem sequer aceita que seja um meio para melhorar o próprio delinquente. Daí que conceba a pena como um fim em si mesmo, derivado da simples violação do dever jurídico. Qual seja, pois a medida da pena? Não poder outra além do mal imerecido infligido à vítima, isto é, o talião, que Kant entende como a devolução da mesma quantidade de dor injustamente causada. Tal é a teoria absoluta da pena em Kant.

Os autores complementam (2015, p.260):

O hegelianismo permitia que a classe hegemônica urbana fizesse uma classificação dos homens, pondo de um lado aqueles que participavam de seu racionalismo produtivo, ainda que eventualmente cometesse delitos, podendo ser apenados com garantias e defender-se legitimamente, e aqueles que não compartilhavam de tal raciocínio, aos quais reservava apenas medidas neutralizantes, sem limites algum. Ao mesmo tempo, esta ideologia permite castigar gravemente os traidores da própria classe, quando cometerem um delito muito grave, mediante a retribuição, o que não sucede quando o delito é leve, porque a retribuição indicará uma pena leve, mas permite castigar exemplarmente os desclassificados ainda quando o delito é leve: pouco importa que aquele que fica fora da comunidade cometa um delito leve ou grave.

Apesar de terem contribuído para a evolução do direito, no que se refere à aplicação de pena, esse entendimento não prospera, visto que contem vícios não aceitos para os padrões atuais do direito penal e da penologia.

A pena somente como retribuição significa o Estado agir com frieza, violência e insensatez, ainda sendo legitimado por leis permissivas e violadoras da dignidade da pessoa humana. Se o Estado procura legitimidade em uma punição, que se mostra (quase) impossível, ela não deve ter o foco exclusivamente na retribuição, mas sim, na possibilidade de reparação de danos, tendo como linha de apreciação a culpabilidade.

Para Brandão (2010, p. 318) os autores acertaram ao esclarecerem que a pena é um mal, porque ocasiona a perda de bens jurídicos, mas as teorias absolutas ferem o princípio da legalidade ao atingirem a dignidade da pessoa humana. O mal da pena não pode desvalorizar o homem que é destinatário da normal penal.

Apesar da ideia de retribuição das penas ser conhecido pela humanidade desde a antiguidade, demonstrando inapropriada a sua aplicação. A ideia permanece viva na consciência da população atual. Contudo, a pena por ser “um mal necessário” tem que ser aplicada nos seus patamares mínimos e somente nos casos de maior gravidade para a sociedade contemporânea.

2.2 Teorias Relativas

As penas no modelo atual de direito penal se justificam pelas finalidades de prevenção. Esse modelo justificacionista tem o foco contrário às teorias absolutas das penas, tendo como objetivo evitar novas infrações penais e não mais impor o castigo ao agente que praticou a conduta ilícita. Não se preocupa com a realização da justiça através da pena, tampouco retribuir o mal praticado, mas somente em proteger a sociedade.

A pena deixa de ser concebida como um fim em si mesma, sua justificação deixa de estar baseada no fato passado, e passa a ser concebida como meio para o alcance de fins futuros. São também conhecidas como teorias utilitaristas ou preventivas (Bitencourt, 2015, p. 142).

As teorias relativas se dividem em prevenção geral e prevenção especial. Quando se trata de prevenção geral ela tem como destinatário a sociedade, à generalidade dos cidadãos, quando se trata de prevenção especial o destinatário será o agente que praticou a atividade criminosa. A primeira visa impedir que a coletividade pratique crimes e a segunda que não ocorra à reincidência do violador da lei.

As prevenções também se subdividem em negativas e positivas, assim, teremos a prevenção especial positiva e negativa, e a prevenção geral positiva e negativa.

A prevenção geral negativa é considerada pelo Estado como forma de intimidar a população que ainda não praticou crimes a não praticá-los, a condenação aplicada ao agente infrator é utilizada como exemplo para os demais membros da sociedade.

Para essa teoria o ser humano é livre e racional, utilizando o seu livre arbítrio para escolher as ações a serem feitas, podendo ser legais ou não. A intimidação através da pena causa o medo para ponderar a racionalidade do ser humano. De acordo com Bitencourt (2015, 143-144) Feuerbach foi o formulador da “teoria da coação psicológica”, uma das primeiras representações da prevenção geral:

A teoria defendida por Feuerbach sustenta que é através do Direito Penal que se pode dar uma solução ao problema da criminalidade. Isto se consegue, de

um lado, com a cominação penal, isto é, com a ameaça de pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá; e, por outro lado, com a aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada. A elaboração do iniciador da moderna ciência do Direito Penal significou, em seu tempo, a mais inteligente fundamentação do direito punitivo. Para Feuerbach, a pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos; e por uma coação psicológica com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo. Já não se observa somente a parte, muitas vezes cruel, da execução da pena (que neste caso serve somente para configurar a ameaça), mas se antepõe à sua execução a cominação penal.

A pena perde a característica de mal e se sustenta em ser um bom exemplo para evitar o crime. Passa a ter um discurso humanitário a partir da ideia de prevenção. A publicidade das punições faz o papel de envolver a sociedade em um alerta constante, para que as ações sejam controladas.

O desafio reside em encontrar o exato ponto geométrico em que a ameaça da força é suficiente e não mais que a suficiente, sob pena de, insensibilizando os criminosos e escandalizando os súditos, incorrer-se em excesso contraproducente e ineficácia dissuasora. (Andrade e Siqueira *apud* Alves, 2014, p. 21). Somente existirá o medo se a pena for útil.

Existem severas críticas a esse modelo justificacionista. O primeiro ponto verificado é que a pena em si não tem mais valia, abrindo espaço para o aumento constante e progressivo, visto que somente o crescimento da mesma poderá atingir o objetivo intimidatório. O segundo ponto é que a pena reduz o ser humano à condição de meio, partindo de uma visão utilitarista, ferindo a dignidade da pessoa humana. O excesso de dor ao agente condenado é primordial para que a sociedade se sinta atemorizada. E por fim, que os efeitos esperados são duvidosos, visto que se fundamentam em motivações imprecisas, como considerar que o cidadão tem conhecimento de todas as legislações e as condenações.

A prevenção geral positiva visa reafirmar a existência e validade da norma penal geral, em que a eficiência do direito penal está na vigência da norma. A intimidação, também presente, é exercida através da cominação de preceitos primários e secundários, utilizando a pena em abstrato como forma de controle. A pena passa a ser a expoente do respeito aos valores “exercitando a fidelidade ao direito, promovendo, em última análise, a integração social”. (Greco, 2013, p. 476).

Os três principais efeitos desta teoria são a função pedagógica da pena, o efeito de reafirmação da confiança no Direito Penal, e o efeito de pacificação social quando a pena aplicada é vista como solução ao conflito gerado pelo delito (Roxin, 1997, p.91-92).

A violação da norma, para essa teoria, gera uma ameaça à confiança do cidadão, ocasionando a instabilidade da própria norma, e a punição tem como objetivo o reestabelecimento desta confiança e impedir os efeitos negativos da violação na integração social. “Pune-se, portanto, porque através da pena se exercita a função primária que é a de produzir o reconhecimento das normas e a fidelidade ao direito por parte da maioria dos seus seguidores” (Giamberardino e Pavarini, 2018, p. 132).

Para Zaffaroni (2011, p. 131):

Na prevenção geral positiva as consequências sociais desastrosas da lógica em comento: a permanência ou crescimento dos conflitos, embora ligada a fatores estruturais, implicará exasperação das reprimendas, fruto da crença ingênua na produção artificial de consenso. E a fixação da pena in concreto, aqui voltada a reafirmar a vigência da norma e não mais à justa retribuição, perde seu mais importante referencial limitativo: vai a óbito a culpabilidade ligada ao fato.

As teorias da prevenção especial negativa consistem em teorias incapacitantes ou neutralizadora do ser humano, impedindo a reincidência criminosa com o isolamento do sujeito em sistemas prisionais de segurança máxima, controle por câmeras, regimes disciplinares diferenciados e outras formas de controle. O Estado, a princípio, não se preocupa com a reinserção social ou ressocialização, mas sim com a exclusão do agente. Neste contexto, a pena privativa de liberdade é considerada instrumento jurídico eficaz para tal prática.

A vontade de neutralização do sujeito ganhou força no positivismo jurídico, concebendo a ideia de que o crime é ocasionado por uma inferioridade intelectual, moral ou biológica. A periculosidade se torna, nesta teoria, fator preponderante para a definição de sua pena, quanto mais perigoso é o agente, maior será o controle sobre ele. A dogmática deixa de lado a análise da culpabilidade do agente e se preocupa com a “máxima da defesa social”, tendo como foco o direito penal do autor.

Neste ponto, a seletividade do Direito Penal se verifica quando se verifica que a parcela da sociedade que é estigmatizada e neutralizada são aquelas fora do sistema produtivo de um capitalismo agressivo e controlador, com um exército de desempregados, e a excessiva mão de obra, se fazendo necessário o controle e a exclusão.

Pensa-se no plano da efetividade, as críticas se tornam ainda mais severas, visto que os efeitos negativos do cárcere sobre o agente refletem inevitavelmente na ocorrência da reincidência criminosa. Então a tão esperada proteção dos bens jurídicos através da exclusão dos seres humanos, ocorrerá provisoriamente, contudo, em seguida, será rechaçada com o retorno do agente a sociedade.

Por fim, os parâmetros de aplicação de pena, que tem como referência a periculosidade do agente, incorrem em penas desproporcionais, baseado em análises futuristas de reincidência criminal, inserindo pessoas em “masmorras medievais e campo de concentração onde se morre sem perder a vida, tornando absolutamente ilegítimo, in concreto o fim neutralizador” (Andrade e Siqueira, 2014, p.122).

A prevenção especial positiva visa convencer o autor, através de uma modificação de personalidade e meditação, a não praticar outros crimes, tendo um viés ressocializador. A integração do agente ao meio social é feito de forma progressiva, verificando a sua disponibilidade em respeitar as normas sociais impostas pelo direito, legitimando a aplicação da pena. A prevenção especial positiva não é excludente da prevenção especial negativa, elas se complementam a fim de alcançar a prevenção criminosa através da correção da personalidade de agente.

O Estado parte do princípio de que o agente não pode ser abandonado e romantiza a pena privativa de liberdade. “Aos bons, sadios e cultuadores da lei contrapõem-se os desviantes disfuncionais, para os quais, num Estado (pseudo) altruisticamente voltado para o indivíduo defeituoso, está reservada a medida profilática por excelência: a pena” (Andrade e Siqueira, 2014, p.123).

As teorias mistas ou unificadoras combinam a retribuição penal e a reabilitação do sujeito, somando então os aspectos de retribuição, de prevenção geral e de prevenção especial. A pena visa castigar o agente como também evitar novos crimes. Foram as teorias adotadas pelo código penal brasileiro e pela jurisprudência majoritária nacional.

2.3 Teoria Agnóstica

Durante a evolução da sociedade o Estado e os estudiosos procuraram justificativas do porque punir. As várias teorias, sendo elas absolutas, relativas ou mistas visam legitimar o poder punitivo do Estado de formas diferentes.

Contudo, percebeu-se que na mesma proporção em que se construía as teorias justificantes, as críticas eram desenvolvidas, demonstrando que a aplicação da pena como retribuição ao crime ou visando prevenir futuros crimes esbarrava sempre nas violentas agressões na dignidade da pessoa humana, desfigurando a legitimidade da pena.

Discussões sobre o que posteriormente é denominado como teoria agnóstica da pena surge, sobretudo, do malogro de suas teorias positivas que pretendem atribuir alguma função manifesta a ela. Necessário se faz mencionar as importantes contribuições de Tobias Barreto. Escritos produzidos por ele ainda no século XIX são capazes de comprovar os importantes estudos deste teórico para a construção do que, posteriormente ele, denominou-se teoria agnóstica da pena.

Em seus estudos extrai-se temas como uma visão do direito penal radicalmente realista, ou seja, comprometida com a realidade dos fatos, uma imagem conflituosa entre direito e sociedade e, por fim, uma distinção precisa entre pena e as demais sanções ou soluções de conflito. No que concerne o primeiro, Hamilton Ferraz (2018) aduz que já naquela época, Tobias Barreto entendia que a pena advém da uma necessidade e não de uma racionalidade.

No que tange seus estudos sobre a característica conflitiva direito e sociedade, Ferraz entende que:

Barreto também aderiu a concepções orgânicas de sociedade. Ao contrário das formas tradicionais de organicismo social, no qual devem vigor a harmonia e o consenso entre os membros da sociedade em torno de princípios ou valores sociais comuns e compartilhados, Barreto manejava um organicismo historicista intrinsecamente conflitivo, desarmônico, informado pela ideia iheringiana de “luta” e pela concepção de “seleção natural darwiniana”, isto é, o Direito – e, por conseguinte, a pena – são percebidos como construções sociais históricas, que, ao custo do embate de forças em oposição, preservam e defendem a sociedade. (FERRAZ, 2018, p. 09)

Tobias Barreto dedicou-se ainda ao estudo sobre uma tênue distinção entre a pena, as demais sanções e as soluções de conflito, sendo neste ponto, Hamilton Ferraz é categórico ao afirmar que:

Uma indagação comum sobre Barreto é se ele teria ou não, afinal, sustentado uma teoria legitimante ou deslegitimante da pena e se, dessa forma, ostentaria “legítima” paternidade da teoria agnóstica. Propõe-se uma abordagem distinta: qual a relevância desta pergunta? Qual a necessidade de se saber se Barreto teria sido ou não deslegitimante em suas considerações sobre a pena? As respostas que esta pergunta levanta parecem ser dispensáveis, seja para o

debate das teorias da pena, seja para a construção da teoria agnóstica: se ele foi deslegitimante, isto pouco acrescenta em conteúdo, e ainda suscita a possibilidade de sua citação como argumento de autoridade histórico (“a teoria agnóstica é correta, justa, ou válida, uma vez que Tobias Barreto, no século XIX, já a defendia”); porém, se ele não foi deslegitimante e, ao contrário, tomou partido de uma teoria preventivo-geral, de defesa social²⁴, este fato suscitaria a possibilidade de rejeição de suas ideias por não ser filiado a esta ou aquela concepção de pena e de Direito Penal. (FERRAZ, 2018, p. 10)

Infere-se com estas exposições que Tobias Barreto foi um expoente ao realizar estes estudos em um país ainda fraco no que tange desenvolvimento acadêmico à época, realizando estudos sobre o tema e adiantando em cem anos importantes reflexões. Por este motivo, atrelado às características de seus ensinamentos, que Tobias Barretos é tido como uma dos pais da teoria agnóstica da pena.

No desenrolar do cenário dos estudos sobre a teoria agnóstica, importante se faz destacar que o maior expoente foi Eugênio Raúl Zaffaroni, no qual existe uma grande dificuldade em acreditar que a pena possa cumprir, na grande maioria dos casos, como legitimadora do poder punitivo. Então a teoria é encontrada pela exclusão, a função da pena é agnóstica justamente por não ter outra função identificada.

Hamilton Ferraz aduz que:

A esta compreensão do poder punitivo (que opera seletiva e irracionalmente), corresponde uma nova teoria capaz de, ao menos, compreendê-lo: a teoria negativa ou agnóstica da pena, construção que parte do fracasso de todas as teorias positivas (por falsas ou não generalizáveis) em torno de funções manifestas. Atualizando suas contribuições até então, Zaffaroni sustenta, em um marco agnósticonegativo, ser a pena “(a) uma coerção, (b) que impõe uma privação de direitos ou uma dor, (c) que não repara nem restitui (d) nem tampouco detém lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes”. É um conceito obtido por exclusão, uma vez que a pena figura como um exercício de poder que não dispõe de função reparadora ou restitutiva, e tampouco como coação administrativa direta (esta sim, que detém lesões em curso ou perigos iminentes, a partir do modelo de legítima defesa ou estado de necessidade). “O conceito é negativo porque (a) não atribui nenhuma função positiva à pena e (b) se obtém por exclusão; e é agnóstico em relação à sua função, porque parte de seu desconhecimento” (FERRAZ, 2018, p. 11)

Se for superada a pretensão legitimante da pena, e chegada à constatação de que esta sanção penal é inábil para a resolução dos conflitos, chegará à conclusão que a aplicação da penal nada mais é que a manifestação concreta do poder do Estado. Tobias Barreto (1996, p. 650) “esclarece que para se achar os fundamentos da pena, também

deverá procurar os fundamentos da guerra”. A guerra é um poder sem legitimação que procura no direito humanitário a possibilidade de reduzir a sua inevitável violência.

Os estudos sobre teoria agnóstica da pena tem sido recepcionada, refletida e atualizada por diversos estudiosos brasileiros, como é o exemplo de Salo de Carvalho, Nilo Batista, Rodrigo Roig e Davi Tangerino. Estes teóricos têm direcionado seus estudos no sentido crítico do discurso penológico e da dogmática penal.

Para Andrade e Siqueira (2014, p.134) somente com o reconhecimento da pena como manifestação de poder do Estado será possível a diminuição de seu poder de incidência e utilização do modelo de redução de danos como forma de minimizar a agressividade e seletividade do direito penal.

A pena somente seria justificada em casos excepcionais, quando todas as outras formas de controle social fracassassem, excluindo tanto a superincidência do direito penal ou o abolicionismo radical.

Segundo Ferraz:

É importante notar que, a bem da verdade, nenhuma teoria de justificação oferece resposta satisfatória para casos extremos, uma vez que, nos domínios legitimantes da racionalidade punitiva, todas as respostas inevitavelmente conduzem o intérprete à punição. Seja porque se pretenda retribuir, seja porque se pretenda prevenir, o “oficial torturador de um regime militar”, o “estuprador que arruinou vidas”, o “latrocida”, e todo e qualquer “tipo ideal” de desviante extremo terminam punidos (de uma ou outra forma) e, por isso, as razões de punir, por mais fundadas que possam ser, não dizem muito sobre a consistência desta ou daquela teoria de justificação. Entretanto, a situação muda radicalmente quando o justificacionismo se vê diante de casos igualmente extremos, mas que, ao contrário, não necessitam de pena para uma solução satisfatória às partes envolvidas: são os casos da Justiça Restaurativa, os quais forçam a teoria da pena a novos olhares e modelos teóricos distintos. (FERRAZ, 2018, p. 16)

Carvalho (2013, p.147-149) esclarece que a teoria agnóstica é composta por quatro pressupostos:

1) Fundamentos políticos da pena: em que a sanção penal passa ao âmbito da política, e verifica-se uma relação tensa e desarmônica entre o direito e sanção criminal (distinção entre poder de punir e pretensão de punir, que não se verificaria). 2) Função de Controle Social da Pena: no sentido de que a sanção criminal, como instrumento político destina-se a controlar a violação da ordem social interna. 3) Incancelabilidade do fenômeno punitivo nas sociedades contemporâneas, o que se relaciona à constatação do avanço do punitivismo mundialmente, inobservação à resistência e os avanços proporcionais pelos discursos abolicionistas, e 4) A pena como fenômeno da realidade, ou seja, é a violência que se observa empiricamente, e não o que o legislador considere que seja, e, por isso, trata-se de fenômeno que deve ser contido pelo Direito (teleologias redutoras) em razão de sua pulsão violenta (tendência ao excesso).

Conforme se verá adiante, a teoria agnóstica se subdivide em teoria forte ou radical ou teoria fraca ou moderada. A primeira atribui a pena uma função de dor, um instituto de política criminal que serve exclusivamente para a manifestação de poder, sendo ilegítima a sua utilização no direito penal, devendo ser abolida. A segunda que continua a criticar a pena, mas modifica o foco para a desnecessidade de vinculação entre delito e sanção. Ela defende a pena, mas assume seus limites, imperfeições e críticas, visando minimizar suas consequências graves.

Entre os autores que criticam a teoria agnóstica, Luiz Greco (2016, p. 4) afirma que a defesa desta teoria perpassa pela ingenuidade da abstração e o incomodo frente ao caso concreto. A utilização da teoria agnóstica é um olhar para a pena somente como instituição, sem preocupar-se com qualquer caso individual.

Assim, com o desenvolvimento desta teoria, os operadores do direito passam a ter três possibilidades. A primeira utiliza as teorias justificadoras das penas para defender o ideal de punir, a segunda, a defesa de uma teoria minimalista segundo o qual as funções de delito e pena estão separadas (teoria agnóstica fraca). E por fim, o abolicionismo penal, onde outros ramos do direito irão resolver os problemas dos conflitos sociais (teoria agnóstica forte).

2.3.1 Teoria Agnóstica da Pena Forte ou Radical

No V Congresso da AIDEF, em Fortaleza-CE, em 2012, Zaffaroni destacou em uma de suas palestras que

“ (...) a fé na pena, é a fé em um falso Deus. Existem pessoas que acreditam que tudo na vida podem ser resolvido através da pena e, como não o sabemos, sabemos sim que temos que conter o poder punitivo”. A limitação do poder punitivo é indispensável como meio de contenção dos genocídios e de outras injustiças. A defesa de limites para o poder punitivo se faz necessária. Acredito que o poder punitivo é um fato político e não jurídico”.¹

Das palavras de Zaffaroni, facilmente percebe-se que para a teoria agnóstica da pena forte ou radical, a pena tem uma função de dor além de ser um instituto de política criminal que serve exclusivamente para a manifestação de poder. Como manifestação do poder, a pena nada mais é do que um ato político, e, o Direito, conseqüentemente, o limite da política, o parâmetro negativo da sancionabilidade, que tem se fundamentado ao longo dos anos sob a negação das teorias da pena e nos critérios de limitação da sanção.

¹ www.anadep.org.br. Consulta em 24.08.2019.

O ponto central da teoria agnóstica da pena forte ou radical é o modelo ideal de Estado de Polícia² e Estado de Direito³. O posicionamento adotado por Zaffaroni passa pela ideia de que a pena não cumpri as suas funções mesmo estando expressa em lei, pois tanto a pena quanto o sistema são ilegítimos desde o seu início (CARDOSO, 2016).

O Estado de Polícia tem fundamento no exercício do poder de forma vertical e autoritário, solucionando os litígios existentes na sua base de incidência através de aplicação dos pressupostos declaradamente justificadores do discurso da penologia clássica (teorias absolutas e relativas), pelos detentores da classe hegemônica no poder.

Já o Estado de Direito tem termo e base no exercício horizontal e democrático de poder, ocasionando a resolução dos conflitos mediante as regras do jogo já dispostas, (CALAMANDREI, 2003), sendo a proteção dos Direitos Humanos, considerando estes sempre em perfeita evolução, sendo garantidos através da máxima limitação ao *jus puniendi*.

Resumindo, a teoria agnóstica da pena defendida por Zaffaroni,

(...) rompe com os fundamentos tradicionais da pena de prisão, considerando-se uma negativa às teorias tradicionais, entendendo que a pena é um ato político sem fundamento jurídico. A teoria defende a adoção de um realismo jurídico penal marginal, isto é a posição de que houve uma perda de legitimidade do sistema penal, sobretudo nos países subdesenvolvidos à percepção prática de que os objetivos perseguidos pelo discurso jurídico penal e pelas normas penais, são inalcançáveis e acabam por produzir justamente o efeito contrário daquele declarado. (CARVALHO, 2013)

Enfim, o Estado não possui mecanismos para proporcionar uma ressocialização e reintegração do (a) preso (a) à sociedade como promete (ilegítima desde o início), por isso, a penalidade atribuída ao (à) criminoso (a) tem uma visão deturpada de ordem, portanto, a pena deve ser abolida.

2.3.2 Teoria agnóstica da pena fraca ou moderada

A teoria agnóstica da pena fraca ou moderada também critica a pena e os litígios existentes na sua base de incidência através de aplicação dos pressupostos

² A grosso modo o Estado de Polícia é um modelo de organização estatal fortemente baseado no controle total da população por meio, principalmente, da polícia política, das forças armadas e outros órgãos de controle ideológico e de repressão.

³ Resumidamente, Estado de Direito é um sistema institucional no qual todos (do mais simples indivíduo ao Poder Público) são submetidos ao Direito. O Estado de Direito é ligado ao respeito às normas e aos Direitos Fundamentais, é aquele no qual onde todos estão submissos à legislação vigente.

declaradamente justificadores do discurso da penologia clássica (teorias absolutas e relativas) pelos detentores da classe hegemônica no poder; entretanto modifica seu foco para a desnecessidade de vinculação entre delito⁴ e sanção⁵.

Como visto Zaffaroni entende

(...) ser absolutamente dispensável qualquer teoria da pena e visualiza uma possibilidade de reconstruir o Direito Penal com a finalidade de redução da violência do exercício do poder punitivo, pois na medida em que enxerga a pena como mero ato de poder político, alicerçado em Tobias Barreto, credita ao Direito Penal a possibilidade de contenção do arbítrio do poder punitivo, eis que entendida a pena como realidade política, (...) não encontra esta sustentação no direito, pelo contrário, simboliza a própria negação do jurídico. (CARVALHO, 2013).

Diferentemente, a teoria agnóstica da pena fraca ou moderada não nega as finalidades racionalizadoras dadas às penas, ela começa a tentar perceber os efeitos infundáveis que o cárcere produz na pessoa humana e declara a total falência do discurso ressocializador da pena; por isso, se baseia em analisar o bem afetado⁶, para tentar buscar outros meios de punição, não só a privação de liberdade.

Por isso que a teoria agnóstica remonta a construção de um novo conceito de culpabilidade; ao abandono do recurso à ficção jurídica do livre-arbítrio; às funções da pena; à relação entre a função negativa da pena e o minimalismo penal (não se quer eliminar a pena, mas fazer com que produza o mínimo de sofrimento); ao deslocamento do centro de discussão da teoria da pena dos fins aos meios; bem como ao filtro dos institutos jurídico-penais existentes no ordenamento jurídico, que encontram legitimidade amparada em algumas funções da pena, como a possibilidade de fixar pena-base tendo como sustentáculo a personalidade e a conduta social, entre outros (GLOECKNER e AMARAL, 2013).

⁴ Quaisquer ações e/ou comportamentos que infrinjam uma lei já estabelecida; ação punível pela lei penal; crime.

⁵ Resumidamente e rapidamente, sanção é um termo com dois significados diferentes, pode significar tanto a **punição pela violação de uma lei (pena)**, como também o **ato de aprovação de algo por vias formais**. O termo “sanção” está relacionado com o Direito e a Justiça, seja no sentido de “ação punitiva”, como no de “aprovação.” Em regra, A sanção penal é a condenação dada à um indivíduo que infringiu alguma norma estabelecida na legislação da sociedade em que se encontra, ou seja, cometeu um ato ilícito. Para que seja determinada a sanção penal, o infrator deve passar por um processo de julgamento (devido processo legal).

⁶ (...) os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os [direitos humanos](#) e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. (ROXIN, 2018)

A teoria agnóstica da pena fraca ou moderada continua a criticar a pena, mas modifica o foco para a desnecessidade de vinculação entre delito e sanção defendendo a aplicação da pena, entretanto, assume seus limites, imperfeições e críticas, visando minimizar suas consequências graves.

3. DA (IM) POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA AGNÓSTICA DA PENA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Como demonstrado pode-se entender, atualmente, que existem duas correntes da teoria agnóstica da pena. Uma primeira, na qual é denominada teoria agnóstica da pena forte ou radical defendendo que houve uma perda de legitimidade do sistema penal e com isso, os objetivos perseguidos pelo discurso jurídico penal e pelas normas penais são inalcançáveis e acabam por produzir o efeito contrário daquele desejado. Por isso, toda a pena, e, conseqüentemente, o sistema penal devem ser abolidos.

Entretanto, existe, uma segunda corrente da teoria agnóstica da pena, a fraca ou moderada, defendida, principalmente por Salo de Carvalho (2013), que argumenta que a nossa própria Constituição da República de 1988, na medida em que não traz em seu texto qualquer referência à justificativa da pena, teria adotado a perspectiva agnóstica, apenas delimitando os seus meios e formas.

(...) na medida em que a Constituição Federal de 1988 não se alicerça em nenhuma teoria da pena, agnosticamente apenas instituindo os meios e as formas de pena, tendo por fundamento da República Federativa do Brasil, no entanto, em seu art. 1º, a dignidade da pessoa humana; (...) porque reduzir o sofrimento seria a única justificativa válida para a atuação dos operadores do direito nas atuais condições em que a punição é exercida, principalmente na realidade latino-americana. (CARVALHO, 2013)

Assim, para Salo de Carvalho (2013), além de fundamentos constitucionais, aderir a uma teoria agnóstica da pena fraca ou moderada daria um novo olhar no controle da aplicação da pena, dos bens jurídicos tutelados, do decreto de prisão provisória, da condução da execução penal, da audiência de custódia, entre outros tantos institutos do direito penal, processo penal e execução penal, portanto, esta seria uma teoria mais do que aceita e aplicável no nosso sistema penal.

4. CONCLUSÃO

Durante a evolução da sociedade o Estado e os juristas procuraram justificativas do porquê punir. As várias teorias justificacionistas, sendo elas absolutas, relativas ou mistas visam legitimar o poder punitivo do Estado de formas diferentes. Contudo, na mesma proporção em que se construía as teorias justificantes, críticas as mesmas eram desenvolvidas, as quais demonstravam, ou tentavam demonstrar, que a aplicação da pena como retribuição ao crime ou visando prevenir futuros crimes esbarrava sempre nas violentas agressões da dignidade da pessoa humana, desfigurando, assim, a legitimidade da pena.

Neste cenário, iniciou-se a discussão sobre a teoria agnóstica da pena, tendo como maior expoente Eugênio Raúl Zaffaroni. Porém, como observado, a teoria agnóstica da pena se divide em duas correntes: uma considerada forte ou radical (Teoria abolicionista), na qual se consideram tanto a pena quanto o sistema penal ilegítimos desde a raiz; a outra, seria uma versão mais fraca ou moderada, na qual a pena e a sanção são fenômenos distintos e dissociáveis, e para ela ser aplicada o que se deve analisar é o bem afetado.

Acredita-se que no modelo de Estado pós-moderno é impossível à aplicação da teoria agnóstica forte ou radical, o abolicionismo. Não é possível manter o controle mínimo do Estado sem a aplicação de pena àquelas pessoas que ferem as leis. Por outro lado, a pena é expressão do poder punitivo do Estado, não podendo ser somente justificada, pela ressocialização, exclusão do ser humano, proteção da norma ou controle psicológico das pessoas, restando somente à aplicação da teoria agnóstica fraca ou moderada, onde o Estado utiliza o direito penal como fim de redução de danos.

Assim sendo, é possível no sistema penal brasileiro aplicar a corrente da teoria agnóstica da pena fraca ou moderada em determinados casos, devemos caso a caso, analisar o bem jurídico afetado pela conduta ofensiva e a constatação de ineficácia de outras formas de controle social desta afetação. Isso, inclusive, poderá trazer alguns benefícios e pontos positivos para o direito penal e o processo penal, tais como: uma maior aproximação de sanção criminal de outras sanções aflictivas da pena oriundas de sistemas de controle social paralelos (como as medidas de segurança, fazendo assim um maior controle paralelo), o que favorece o desenvolvimento de modelos dogmáticos redutores para inimputáveis etários e inimputáveis por sofrimento psíquico; na execução penal, trazer maior controle de proteção dos Direitos Humanos, uma vez que poderá ter um maior controle judicial sobre a violência exercida no meio penitenciário; no processo penal, vislumbrar um sentido político criminal uma vez que poderá ter uma contenção

do poder punitivo; e ainda, maior incentivo e inspiração em modelos restaurativos de solução de conflitos (FERRAZ, 2018).

REFERÊNCIAS

- ANADEP- Associação Nacional dos Defensores Públicos. **Raul Zaffaroni encerra V Congresso da AIDEF em Fortaleza**. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=15048>. Acesso em: 24 ago 2019
- ANDRADE, Camila; SIQUEIRA, Leonardo. **Teorias das Penas: das correntes funcionalizantes à perspectiva negativa**. Revista Delictae. Vol 1. Nº 1. Jul-dez. 2016. Pag. 96/138.
- BARRETO, Tobias. **Fundamentos do direito de punir**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão. Causas e Alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 21ª. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2015.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do crime**. 4ª ed. – São Paulo: Alas, 2015. – (Coleção ciência criminal contemporânea; v.1).
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CALAMANDREI, Piero. **A crise da Justiça**. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- CARDOSO, Isidoro. **Um olhar crítico sobre a teoria agnóstica da pena**. Disponível em: <https://izidoriocardoso.jusbrasil.com.br/artigos/395430960/um-olhar-critico-sobre-a-teoria-agnostica-da-pena-zaffaroni>. Acesso em: 28 de jul 2019
- CARVALHO, Salo de. **Anti-manual de Criminologia**. 2 ed- Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CARVALHO, Salo de. **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

- COPPELLARI, Mariana. **Teoria agnóstica da pena.** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/teoria-agnostica-da-pena/>. Acesso em: 26 de ago 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal.** – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **Direito Penal sem pena? Uma introdução à teoria agnóstica da pena.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 148. 2018
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(m) crítica.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.
- GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos.** 7ª. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral.** Vol. 1. 15ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro. Impetus, 2013.
- GRECO, Luís. **Hacia la superación de viejas certezas: la ciencia latinoamericana del derecho penal entre revelación y desconstrucción.** En Letra: Derecho Penal, ano 1, n. 2, , 2016.
- MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – parte geral.** Vol.1. 10ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.
- PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de penologia e execução penal.** 1ª ed. – Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- PAVARINI, Massimo; MELOSSI, Dario. **Cárcel y fábrica – los orígenes del sistema penitenciarios. Siglos XVI-XIX.** 2ª ed. México, 1985.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal – fundamentos. La estructura da la teoría de la delito.** Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Concello y Javier de Vicente Remensal. Madrid, Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. **A Proteção de bens jurídicos como proteção do Direito Penal.** São Paulo: Livraria do Advogado, 2018.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral.** 11ª ed. rev e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

**REFLEXÕES SOBRE O FAVORECIMENTO NA AUTOCOLOCAÇÃO
EM PERIGO E A HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO
CONSENTIDA**

*REFLEXIONS ABOUT THE COLLABORATION IN SELF-ENDANGERMENT
AND THE CONSENTED HETERO-ENDANGERMENT*

Felipe Pessoa Fontana

Especialista em Direito Penal (Teoria do Delito) pela Universidade de Salamanca (Espanha). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Bacharel em Direito pela mesma instituição. Coordenador-Adjunto do Grupo de Estudos Avançados (GEA) “Escolas Penais” do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Advogado Criminalista.
E-mail: fpfontana@gmail.com.

Resumo: O presente trabalho tem por escopo analisar o favorecimento na autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida, temas intensamente debatidos pela doutrina estrangeira na atualidade. Partindo-se de breves considerações sobre a moderna teoria da imputação objetiva, o intuito é fornecer um panorama sobre os institutos e algumas concepções tidas por relevantes sobre os critérios de imputação nos casos em que a vítima, ao se colocar em risco conscientemente, tem bens jurídicos de sua titularidade lesados a partir da interação com um terceiro.

Palavras-chave: Direito Penal. Imputação objetiva. Autocolocação em perigo. Heterocolocação em perigo consentida. Responsabilidade penal. Autorresponsabilidade. Conduta da vítima.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the collaboration in self-endangerment and the consented hetero-endangerment, subjects intensely debated by the foreign doctrine nowadays. Based on brief considerations on the modern objective imputation theory, this work aims to provide an overview of the mentioned institutes and expose some conceptions considered relevant about the imputation criterions in cases where the victim, consciously, put herself at risk and causes herself damage through the interaction with a third party.

Keywords: Criminal law. Objective imputation. Self-endangering. Consented hetero-endangerment. Criminal liability. Self-responsibility. Conduct of the victim.

Sumário: Introdução. 1. Breves considerações sobre a imputação objetiva. 1.1. Aspectos preliminares. 1.2. Níveis de imputação. 2. Ponderações sobre o favorecimento na autocolocação em perigo. 2.1. Delimitação conceitual. 2.2. Base fundamentadora e critérios de imputação. 3. Da heterocolocação em perigo consentida. 3.1. Delimitação conceitual. 3.2. Posições doutrinárias acerca da heterocolocação em perigo consentida. 3.2.1. Punição incondicional do terceiro na heterocolocação em perigo consentida. 3.2.2. Distinção da heterocolocação em perigo consentida em relação ao favorecimento na autocolocação em perigo. 3.2.3. Princípio de alteridade ou de não identidade como fundamento de imputação na heterocolocação em perigo consentida. 3.2.4. O princípio das autorresponsabilidade e imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima. 3.2.5. A heterocolocação em perigo como consentimento. 3.3. Tomada de posição. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal se presta à tutela subsidiária de bens jurídicos, com a finalidade precípua de assegurar aos cidadãos uma convivência social pacífica, livre e igualitária¹. Em observância aos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade, diz-se que tal proteção é subsidiária porque a intervenção penal deve existir apenas quando os meios estatais menos gravosos forem absolutamente insuficientes para tanto².

Sob o ponto de vista político-criminal, essa concepção do Direito Penal como *ultima ratio* fornece ao legislador e aos aplicadores do direito alguns critérios sobre o que se deve ou não punir ou mesmo se há, no caso concreto, a efetiva necessidade de acionamento do aparato repressivo estatal. Dentre eles, pode-se afirmar ser inadmissível, ao menos em regra, que a intervenção penal se ampare em tutelas puramente paternalistas, ou seja, que protejam o indivíduo contra si próprio³. A razão de tal inadmissibilidade é

¹ ROXIN, 2016, p. 243.

² PRADO, 2014, p. 86.

³ ROXIN, 2008, p. 45.

que não se verifica nessas hipóteses um efetivo risco à convivência social e à liberdade de terceiros, pois não há lesões a qualquer bem jurídico alheio contra a vontade de seu titular.

Embora a vítima tenha sido afastada e neutralizada decisivamente no âmbito da resolução de conflitos no Direito Penal moderno, é certo que as questões afeitas ao ofendido também dizem respeito à tutela de bens jurídicos, porque, em última análise, é ele um dos beneficiários dessa proteção⁴.

Nessa toada, tem-se compreendido de forma cada vez mais clara que a postura da vítima não deve ser ignorada, já que há diversas situações nas quais essa, ao interagir com outrem, acaba por se colocar conscientemente em uma situação arriscada que lhe ocasiona um dano. Questiona-se, assim, como, porque e a quem se deve imputar tal resultado.

Um dos grandes feitos da moderna teoria da imputação objetiva foi justamente atribuir relevância ao comportamento do ofendido na análise da tipicidade nos casos em que esse, por sua atuação, menoscaba a proteção conferida a bens jurídicos de sua titularidade⁵. Passou a ser fundamental que tal agir seja valorado na eventual atribuição de responsabilidade do terceiro envolvido, principalmente para que se tenha uma dimensão completa dos fatos e para que a questão da imputação seja analisada com cautela. Sobre o assunto, assumem especial importância as figuras do favorecimento na autocolocação em perigo e da heterocolocação em perigo consentida, inicialmente trabalhadas por Roxin em 1973 e ainda hoje debatidas intensamente pela doutrina, notadamente na Alemanha e na Espanha.

Diante dessa breve exposição, o objetivo do presente trabalho é apresentar os principais elementos extraídos do debate sobre os aludidos institutos. Na segunda sessão expõe-se brevemente os fundamentos da moderna teoria da imputação objetiva. Na terceira sessão são abordados os aspectos essenciais acerca do favorecimento na autocolocação em perigo, desde seus fundamentos até os critérios de imputação que podem ser utilizados na resolução destes casos. Por fim, na quarta sessão, é fornecida a base teórica da heterocolocação em perigo consentida e suas peculiaridades em relação à autocolocação em perigo, expondo-se, ainda, as posições doutrinárias de um seleto grupo de autores sobre o tratamento e os fundamentos utilizados.

⁴ HASSEMER, 2005, p. 122.

⁵ GRECO, 2014, p. 71.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A IMPUTAÇÃO OBJETIVA

1.1. Aspectos preliminares

Entre os anos de 1940 e 1950 verificou-se um intenso debate envolvendo as proposições e resoluções dogmáticas afeitas às teorias clássicas da causalidade e o conceito de ação⁶. De acordo com Alexis Couto de Brito, a partir destas discussões demonstrou-se que determinados problemas “não poderiam ser satisfatoriamente resolvidos meramente através da diretriz naturalística ou somente com a ajuda de conceitos descritivos, pois as reais decisões e também seus critérios diretivos são muito mais formas normativas”⁷.

Atualmente, relevante parcela da doutrina na Alemanha, na Espanha e até mesmo no Brasil reconhece que a verificação de um nexos causal naturalístico entre conduta e resultado resta insuficiente à configuração do tipo objetivo e, conseqüentemente, à imputação ao agente que supostamente deu causa ao evento⁸. Complementarmente aos fatores causais (relação causa-efeito), defende-se a utilização de critérios e parâmetros normativos para se aferir a relevância jurídico-penal de uma conduta e, conseqüentemente, sua tipicidade⁹.

A moderna teoria da imputação objetiva, cujo artífice e um dos principais expoentes é o penalista alemão Claus Roxin¹⁰, consiste justamente em uma tentativa de abandonar “a orientação empírica do problema da seleção da causa que gera um resultado

⁶ Ao se partir da teoria da equivalência dos antecedentes (*sine qua non*), a fundamentação do tipo na causalidade ocasionou a criação de um extenso âmbito de responsabilidade penal, pois a tipicidade se configurava todas as vezes em que o agente criava uma condição para a configuração do resultado previsto. Por meio do método eliminatório próprio à teoria, toda ação é hábil a ser causa, podendo se falar em um possível regresso ao infinito na busca de circunstâncias ensejadoras do resultado. As teorias da adequação e da relevância, ao intentarem corrigir os diversos problemas da *sine qua non*, também se mostraram insuficientes, seja por não abarcarem certas hipóteses de cursos causais ou por terem suas bases teóricas questionadas (ROXIN, 2009, p. 361-362).

⁷ BRITO, 2015, p. 177.

⁸ O termo “imputar” refere-se à ideia de declaração de responsabilidade a alguém, aferindo-se, para tanto, se um resultado produzido a partir de uma conduta pode ser atribuído ao agente que a praticou. Nessa toada, “o termo imputação como atribuição (*Zurechnung*) deve ser analisado como a vinculação – dentro do tipo penal – da conduta humana (ou sua ausência – na omissão) a uma consequência emanada de tal conduta, considerando-se sempre que essa relação típica pode levar à ausência de responsabilidade penal” (OLIVÉ, 2017, p. 277).

⁹ RODRÍGUEZ, 2011, p. 99.

¹⁰ Claus Roxin foi o responsável por reformular, na década de 1970, a teoria da imputação objetiva desenvolvida inicialmente pelos juristas alemães Karl Larenz (1903 – 1993) e Richard Honig (1890 – 1981)

descrito no tipo”¹¹, normatizando a atividade da imputação mediante a introdução de critérios valorativos de resultados tendo por base o chamado “princípio do risco”¹².

Com a formulação de uma série de teorias oriundas das Ciências Sociais que têm por objeto a sociedade moderna, passou-se a compreender que o Direito Penal se insere em um contexto social no qual o desenvolvimento científico, tecnológico, industrial e econômico tem por resultado a criação de infindáveis fontes de riscos¹³.

O constante crescimento e desenvolvimento de condutas perigosas geram a necessidade de se mensurar os riscos e seu efetivo grau de tolerância. É a partir dessa análise de permissividade, apropriada pela teoria da imputação objetiva, que são fixados os limites “dentro dos quais se aceita que estas atividades sejam exercidas e cuja superação deve gerar consequências jurídicas e eventualmente jurídico-penais”¹⁴.

O paradigma normativo do risco permitiu, portanto, que a análise da tipicidade também valore a realidade social ao se discutir a imputação. O conteúdo e a extensão dos tipos não mais se encontram adstritos à lógica formalista dos sistemas jurídico-penais ontologicamente fundados, sendo determinados por fatores sociais. Por isso diz-se que a imputação objetiva adota filtros normativos e abandona a perspectiva exclusivamente causalista, pautada por critérios naturalísticos¹⁵.

Esta concepção também se alinha a uma diretriz preventiva do Direito Penal, pois a ideia central é a de que certos riscos sejam contidos, evitando-se a configuração de resultados danosos¹⁶. O princípio da lesividade preceitua que as condutas típicas constituam efetivas lesões a bens jurídicos. Assim, ao se partir da premissa de que a

(GRECO, 2002, p. 16-17). No entanto, na atualidade, Roxin não é o único teórico a discorrer sobre o tema. Pode-se citar os modelos de destaque criados por outros juristas, como Günter Jakobs, Wolfgang Frisch, Ingeborg Puppe e outros. Optou-se no presente trabalho por partir do “modelo clássico” proposto por Roxin com o fim de abordar os aspectos essenciais da teoria para analisar a questão da imputação em casos de autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida.

¹¹ RODRÍGUEZ, 2011, p. 99. Tradução nossa.

¹² RODRÍGUEZ, 2011, p. 91.

¹³ BRITO, 2015, p. 36.

¹⁴ RODRÍGUEZ, 2011, p. 99-100. Tradução nossa.

¹⁵ SALVADOR NETTO, 2006, p. 128.

¹⁶ Os sistemas jurídico-penais funcionalistas – dentre eles o formulado por Roxin – propõem que toda a estrutura sistêmica se guie exclusivamente por fins sociais, assumindo especial importância a finalidade do Direito Penal (ROXIN, 2009, p. 203). Estas vertentes buscaram desenvolver um sistema baseado na função da pena, de modo que todas as categorias sistêmicas integrantes do delito são reformuladas, sendo dotadas de novos fundamentos e conteúdo, pautadas pelo escopo visado pelo Estado a partir da

ação típica diz respeito à criação de um risco não permitido, deduz-se o “comportamento jurídico penalmente relevante da tarefa do Direito Penal, de defender o indivíduo e a sociedade contra riscos sócio politicamente intoleráveis”¹⁷.

1.2. Níveis de imputação

Não se nega que a relação de causalidade clássica seja fundamental em toda imputação ao tipo objetivo, pois seu primeiro pressuposto é o de que o agente tenha causado o resultado em termos empíricos e naturalísticos. Ocorre que a presença do nexo de causalidade não é, por si, suficiente para a imputação, sendo necessários outros pressupostos normativos.

Além do nexo causal naturalístico, a fórmula primária da moderna teoria da imputação objetiva institui que o resultado causado por um agente pode ser imputado ao tipo objetivo caso sua conduta tenha criado um risco a determinado bem jurídico, bem como que tal risco seja classificado como proibido e que tenha se verificado concretamente no resultado¹⁸.

Mesmo que o resultado lesivo se verifique, ele não será imputado ao agente caso sua conduta não tenha criado um risco ou quando esse tenha se dado dentro de parâmetros de permissão. Para se aferir se houve a criação de um risco proibido, deve-se analisar se havia, minimamente, uma previsibilidade objetiva da realização do resultado típico no momento da conduta do agente: trata-se do método da prognose póstuma objetiva.

Sobre o assunto, explana Luís Greco que o termo “prognose” se refere a um “juízo formal formulado de uma perspectiva *ex ante*, levando em conta apenas dados conhecidos no momento da prática da ação”¹⁹. Já o termo “objetiva” relaciona-se à ideia de um observador objetivo sobre o qual recairá a análise. A prognose se baseia nos conhecimentos desse observador, considerado como “um homem prudente e cuidadoso – e não apenas por um homem médio – pertencente ao círculo social em que se encontra

intervenção penal (ANTÓN, 2011, p. 443). Compreende-se aqui que a função do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos. Partindo desta premissa, Roxin defende que a função da pena sob a ótica de um Estado democrático de direito só pode ser preventiva, protegendo bens jurídicos por meio do evitamento de delitos futuros (ROXIN, 2017, p. 55).

¹⁷ ROXIN, 2008, p. 80.

¹⁸ ROXIN, 2009, p. 363.

¹⁹ GRECO, 2014, p. 39.

o autor”²⁰. Por fim, o vocábulo “póstuma” se refere ao momento da análise, já que a valoração da prognose é realizada pelo juiz após o fato.

Nesses termos, determinada conduta será considerada perigosa ou ensejadora de um risco quando objetivamente, baseando-se nas concepções de um homem prudente no momento de ocorrência do fato, se puder aferir que a conduta era apta a gerar “uma possibilidade real de lesão a determinado bem jurídico”²¹.

Partindo-se da referida metodologia, há outros critérios normativos a serem valorados. O risco criado deve ser penalmente relevante, excluindo-se da imputação as condutas que, embora eventualmente perigosas, mostram-se adequadas socialmente. Ainda que se verifique uma relação de causalidade entre ação e resultado, considera-se que tais situações não são abarcadas pelo tipo objetivo. A permissividade decorre sobretudo da utilidade social de tais práticas, o que impede sua desvalorização pelo Direito Penal²².

Caso a conduta gere uma diminuição do risco proibido, tampouco haverá imputação do resultado. Não se pode falar em ação típica quando a conduta gera uma diminuição significativa do perigo em face de um risco maior preexistente²³. Não faria sentido que imputasse o resultado àquele que não piora, mas sim reduz o risco de lesão ao bem jurídico tutelado, ainda que para isto vulnere outro bem jurídico²⁴. Imagine-se o agente que empurra a vítima fortemente para que o objeto pesado em queda não atinja e cause sua morte. Mesmo se a vítima sofrer lesões corporais geradas pelo empurrão, tal resultado não poderá ser imputado ao autor do fato, pois sua conduta diminuiu drasticamente o risco de que a ofendida morresse²⁵.

O mesmo ocorre caso se verifique que um perigo já existente não é incrementado de modo mensurável, como no seguinte exemplo: um sujeito verte um copo de água nas águas turbulentas que estão a ponto de romper a barragem e, em razão disso, ocasiona o rompimento, o que causa danos de grandes proporções. Sua conduta não poderia ser imputada ao tipo como provocação de uma inundação (delito de estrago), pois o perigo

²⁰ GRECO, 2014, p. 39.

²¹ GRECO, 2014, p. 39.

²² RODRÍGUEZ, 2011, p. 102.

²³ RODRÍGUEZ, 2011, p. 103.

²⁴ ROXIN, 2009, p. 365.

²⁵ RAMÍREZ, 1998, p. 18.

que esse conceito penal quer prevenir não foi aumentado ao se adicionar uma quantidade tão pequena de água²⁶.

Além da criação de um risco não permitido e juridicamente relevante, é necessário que ele se realize concretamente no resultado, devendo-se aferir se esse é derivado diretamente do risco gerado pela conduta²⁷. Em outras palavras, a criação de um risco não permitido e juridicamente relevante deve ser “a exata realização do risco criado e o evento que se queria evitar com sua proibição”²⁸. A isso se dá o nome de “âmbito de proteção da norma de cuidado”.

Como exemplo tem-se o sujeito baleado por outrem com dolo homicida, que, sendo colocado em uma ambulância e em rumo ao hospital, morre em razão de um acidente automobilístico. Nessa hipótese o resultado morte não poderia ser imputado ao agente, ainda que tenha sido por ele causado dolosamente. Por meio do disparo “criou o autor um perigo imediato de vida, o que é suficiente para a punição por tentativa”²⁹. No entanto, o perigo ocasionado pelos tiros não se verificou concretamente, haja vista que a vítima não morreu em razão dos ferimentos, mas sim pelo acidente de trânsito ocorrido.

Em outro caso conhecido tem-se o diretor de uma fábrica de pincéis que determina que os funcionários manuseiem pelos de cabras ainda não desinfetados, conforme regulamentação sanitária então vigente. Em razão da atividade desempenhada os trabalhadores morrem. Todavia, posteriormente verifica-se que mesmo com a desinfecção dos pelos os trabalhadores teriam morrido, pois o bacilo que causou a morte era totalmente desconhecido mesmo pela medicina moderna, de modo que o procedimento seria ineficaz. Assim, o resultado não poderia ser imputado ao diretor da fábrica, já que o risco criado não se realizou concretamente no resultado. Roxin trata o exemplo da fábrica de pincéis como um “comportamento alternativo conforme o direito”. Nesse caso, a imputação é excluída, já que a conduta conduziria com segurança ao mesmo resultado, não sendo possível afirmar, portanto, que seria resultado de um risco proibido³⁰.

O terceiro nível de imputação na teoria de Roxin, cumulativo à criação do risco e sua realização, diz respeito ao alcance do tipo penal. Seu objetivo é impedir que haja a

²⁶ ROXIN, 2009, p. 367.

²⁷ RODRÍGUEZ, 2011, p. 104.

²⁸ OLIVÉ, 2017, p. 286-287.

²⁹ ROXIN, 2008, p. 106.

³⁰ ROXIN, 2009, p. 379.

imputação do resultado ao agente “em casos de risco proibido porque o tipo penal não se destina a impedir certos resultados”³¹. Trata-se de um critério interpretativo mais amplo e abstrato do que os demais, que visa eliminar a imputação de resultados decorrentes de ações que não dizem respeito às condutas que o legislador intentava evitar por meio de sua tipificação³².

2. PONDERAÇÕES SOBRE O FAVORECIMENTO NA AUTOLOCOCAÇÃO EM PERIGO

2.1. Delimitação conceitual

A autocolocação em perigo diz respeito a situações nas quais se verifica a autorresponsabilidade da vítima na produção do resultado que lhe é desfavorável. O ofendido se insere consciente e voluntariamente em um contexto temerário e acaba por lesionar bens jurídicos próprios. Nesse contexto, o favorecimento ou contribuição de um terceiro em uma autocolocação em perigo poderia se configurar de diversas maneiras, a exemplo de quando o agente facilita à vítima o acesso a instrumentos com os quais ela lesiona a si mesma ou quando a motiva a realizar determinada empreitada arriscada³³.

Nesses casos, além da consciência dos riscos envolvidos na empreitada, é necessário que a vítima seja responsável por seus atos³⁴. Nessas situações não há anuência do ofendido em relação à realização do resultado, já que a suposição inicial é a de que ele

³¹ OLIVÉ, 2017, p. 288.

³² RODRÍGUEZ, 2011, p. 106.

³³ FRISCH, 2015, p. 70-71.

³⁴ Assevera Luis Greco que a questão da responsabilidade da vítima trouxe consigo um acalorado debate da doutrina. Há autores que defendem que os critérios para sua configuração devem ser os da capacidade para consentir, ao passo que outros sustentam que os critérios da culpabilidade devem ser adotados. Ao se tratar de uma vítima criança, ambos os posicionamentos concluem, da mesma maneira, que a cooperação do agente deve ser punida. No entanto, as soluções são contrárias ao se imaginar uma vítima que se coloca em perigo porque seu chefe a ameaça de demissão caso não lhe acompanhe em uma escalada perigosa. Neste caso, o consentimento é invalidado por se tratar de um constrangimento ilegal, tornando a cooperação na autocolocação em perigo para aqueles que defendem o primeiro posicionamento. Por outro lado, ao se analisar a segunda posição, não há a configuração de coação mora irresistível capaz de excluir a culpabilidade do ofendido, havendo a impunidade do chefe da vítima (GRECO, 2014, p. 75).

obterá êxito na tarefa arriscada³⁵. Pode-se dizer que nem a vítima e nem o terceiro que com ela interage projetam ou desejam o resultado danoso.

Ressalte-se ainda que a autocolocação da vítima em risco também só se verifica quando o bem jurídico envolvido seja individual, “pois os interesses difusos não permitem uma margem de discricionariedade”³⁶. Não faria qualquer sentido que o instituto abarcasse hipóteses nas quais o lesionado intenta dispor de um bem jurídico coletivo ou difuso, porque tais interesses não afetam ou dizem respeito apenas a ele.

Como exemplo de favorecimento na autocolocação em perigo, imagine-se que o agente “A” vende certa quantidade de heroína a “B”. Ambos têm pleno conhecimento de que determinada dose da droga pode gerar perigo de vida, mas ainda assim assumem o risco de que a morte ocorra, embora não desejem o resultado: “A” é motivado pelo dinheiro; já “B” está interessado em seu entorpecimento. Se “B”, após a transação, injetar droga em si e morrer por uma overdose, questiona-se se “A” deveria responder por homicídio, seja a título de culpa ou dolo eventual³⁷.

Luís Greco defende que o ato da vítima de se autocolocar em perigo esteja ligado ao seu domínio do fato³⁸, sendo imprescindível que o ofendido tenha este domínio e não o terceiro. Assim, o fato de o agente possuir conhecimentos superiores aos da vítima sobre as circunstâncias da situação arriscada resultaria em um menor poder de avaliação do ofendido, que desconhece o efetivo risco da empreitada.

Partindo-se do exemplo acima citado, imagine-se que o “sujeito que compra a seringa sabe que a droga tem teor de pureza diverso e bem mais perigoso do que supõe a vítima”³⁹. Nessa hipótese haveria uma instrumentalização do ofendido, configurando uma autoria mediata. O que importa, portanto, é que a vítima tenha conhecimento suficiente e equivalente ao colaborador ao se inserir na situação perigosa.

³⁵ MINAHIM, 2015, p. 305.

³⁶ GRECO, 2004, p. 105.

³⁷ ROXIN, 2008, p. 103.

³⁸ O termo “domínio do fato” nesse caso está ligado ao domínio da ação de se autocolocar em risco, havendo uma equiparação da conduta da vítima aos critérios da autoria imediata. Explanam Luís Greco e Alaor Leite que “o domínio sobre realização do tipo pode manifestar-se, primeiramente, como um domínio sobre a própria ação (*Handlungsherrschaft*), que é o domínio de quem realiza, em sua própria pessoa, todos os elementos de um tipo, isto é, do autor imediato” (GRECO, LEITE, 2014, p. 25).

³⁹ GRECO, 2014, p. 74.

2.2. Base fundamentadora e critérios de imputação

No exemplo citado, a utilização de uma lógica causalista e assentada em critérios naturalísticos possivelmente geraria a responsabilização dos agentes favorecedores de uma autocolocação em perigo, pois é inegável que suas atuações podem ser tidas como uma das causas do resultado.

No entanto, partindo-se notadamente dos postulados da imputação objetiva tem se admitido que “quem se limita a participar de um comportamento perigoso realizado pela própria vítima não pode ser punido caso as coisas acabem mal”⁴⁰. Há notável consenso de que em casos similares não haja imputação do resultado àquele que interagiu com o lesionado que se coloca de maneira consciente e autorresponsável em uma situação arriscada⁴¹.

Diversos são os argumentos utilizados, inexistindo uma justificativa uníssona. Para fundamentar a ausência de imputação, alguns penalistas alemães, como Roxin, se valem do ordenamento jurídico de seu país, no qual é impune a participação no suicídio e também na autolesão, concluindo que tampouco deveria ser punível uma autocolocação em perigo dolosa pela vítima. O raciocínio é simplificado da seguinte forma: se não se pode punir o mais (participação em suicídio) seria incongruente que se pudesse sancionar o menos (favorecimento na autocolocação em perigo).

Greco acertadamente discorda desta explicação, já que ela apenas “exclui a possibilidade de punir a participação culposa em uma autocolocação em perigo, e não a possibilidade de que se trate de verdadeira autoria”⁴². No entanto, o jurista considera correta a ausência de imputação ao agente que colabora em um contexto de autocolocação em perigo, porque do contrário se “transformaria o autor, de modo estranhamente paternalista, em tutor da integridade de uma pessoa adulta, o que contrariaria o que se convencionou chamar de ‘princípio da autorresponsabilidade’⁴³.

⁴⁰ GRECO, 2014, p. 71.

⁴¹ O tema passou a ganhar a atenção do Tribunal Supremo da Espanha em sentença proferida em 19 de setembro de 1999 (Relator Bagucigualpo Zapater). Na ocasião se pretendeu clarificar qual seria o papel e a relevância da teoria da imputação objetiva na jurisprudência da corte. Também foram utilizados critérios normativos com o fim de atribuir relevância à conduta da vítima para efeitos de imputação do resultado que lhe é desfavorável (EIJÓO SÁNCHEZ, 2000, p. 266).

⁴² GRECO, 2014, p. 73-74.

⁴³ GRECO, 2014, p. 72.

Tal concepção encontra ressonância em diversos adeptos da doutrina, que respaldam a ausência de imputação do resultado ao terceiro na autorresponsabilidade daquele que lesiona a si ou se coloca em uma situação perigosa⁴⁴. Alguns juristas “partem do princípio filosófico da liberdade humana com seu correlato de responsabilidade”⁴⁵, ao passo que outros se valem do modelo existente no ordenamento jurídico que considera o cidadão um sujeito autônomo ao qual é reconhecido um âmbito próprio de auto-organização⁴⁶.

Ressalte-se que a posição relativa à autorresponsabilidade de maior difusão se vale do reconhecimento constitucional da liberdade ou capacidade de todo cidadão de se autodeterminar e, principalmente, do asseguramento do livre desenvolvimento de sua personalidade. A Constituição Federal do Brasil, já em seu preâmbulo, menciona a necessidade de que o Estado assegure⁴⁷ o livre exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, o desenvolvimento e a própria justiça, tidos como valores essenciais. Além disso, o artigo 1º, inciso III, da Carta Magna brasileira consagra a dignidade da pessoa humana⁴⁸ como um dos fundamentos da República.⁴⁹

⁴⁴ ROXIN, 2012, p. 567.

⁴⁵ PEÑA, 2013, p. 64.

⁴⁶ PEÑA, 2011, p. 64.

⁴⁷ Vale anotar, neste contexto, os ensinamentos de José Afonso da Silva: “O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. ‘Assegurar’ tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, como objeto de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdos específicos” (SILVA, 2008, p. 23).

⁴⁸ Para a filosofia kantiana, a dignidade é um valor interno e intrínseco ao homem, incompatível com qualquer espécie de quantificação ou equivalência. De acordo com o autor, “o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem // a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim [...]. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objecto do respeito)” (KANT, 1995, p. 68). José Afonso da Silva, por sua vez, assevera que “[...] a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo sua existência e sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito” (SILVA, 2008, p. 38).

⁴⁹ RODRIGUES, ARRUDA, 2015, p. 105.

Verifica-se, assim, a autonomia do cidadão em sua esfera de organização, “que significa, por sua vez, que o sujeito tem uma responsabilidade primária ou preferencial na organização de sua vida e de seus bens jurídicos”⁵⁰.

Ao se inserir em uma situação de risco por conta própria, não pode o cidadão, portanto, exigir de terceiros um dever de proteção em relação ao seu bem jurídico lesionado. Por tal razão, diz-se que o Direito Penal não se presta à tutela de bens, interesses ou valores eventualmente lesionados em decorrência de comportamentos criados por seu titular, desde que esse atue por livre determinação e autorresponsabilidade, bem como que tenha pleno conhecimento dos riscos inerentes à sua conduta.

Luzón Peña, por sua vez, utiliza o princípio da alteridade como fundamento. A ideia é que o Direito Penal, para assegurar a convivência livre e pacífica dos cidadãos, institua normas que impeçam que alguém dane ou lesione outrem contra sua vontade. Dessa forma, inversamente, a lesão praticada por alguém em seu próprio desfavor, “como regra, não afeta a convivência externa e, portanto, o direito, mas apenas o âmbito interno da moral”⁵¹. É dessa concepção, inclusive, que se deduz o princípio da lesividade enquanto limitador da intervenção penal, pois modernamente se compreende que a conduta criminosa deve necessariamente acarretar um dano concreto a bem jurídico alheio, não bastando sua imoralidade⁵².

Salvo alguma exceção posta pelo ordenamento jurídico por notável interesse público (como na punição do auxílio ou induzimento ao suicídio), o princípio da alteridade abarcaria as hipóteses em que alguém lesiona ou expõe a risco bens jurídicos próprios. Portanto, ao se permitir a autolesão e a autocolocação em perigo (regra principal), não seria possível punir o favorecimento de um terceiro nestas situações⁵³.

Ainda que não se tome o princípio da autorresponsabilidade ou o princípio da alteridade como fundamentos, especificamente na Espanha pode-se dizer que o favorecimento em uma autocolocação é impune também a partir das regras de autoria e participação. O artigo 143 do Código Penal Espanhol⁵⁴ proíbe e sanciona apenas a

⁵⁰ PEÑA, 2011, p. 65.

⁵¹ PEÑA, 2011, p. 70. Tradução nossa.

⁵² PEÑA, 2011, p. 70-71.

⁵³ PEÑA, 2011, p. 71.

⁵⁴ “Artículo 143. 1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. 2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios

indução ou cooperação necessária ao suicídio quando forem dolosas, mas nunca por culpa do agente. Nessa hipótese, também não há que se falar em crime de homicídio (artigo 138 do Código Penal espanhol⁵⁵), pois é a vítima que causa a sua morte. Tampouco há punição a título de culpa, já que não se tem uma morte negligente ou imprudentemente causada pelo agente, mas sim uma conduta desse que favorece a morte da vítima ocasionada por ela própria⁵⁶. Aliás, o mesmo raciocínio pode ser transposto aos casos de lesões corporais.

Situação similar se verifica no ordenamento jurídico pátrio a partir da leitura dos artigos 121⁵⁷ e 122⁵⁸ do Código Penal brasileiro.

Sustenta Roxin que a ausência de imputação relativa a uma cooperação na autocolocação em risco diz respeito ao terceiro nível de imputação (falta de alcance do tipo penal). Compreende o jurista, portanto, que há a criação de um risco proibido no exemplo descrito (overdose por drogas), haja vista a vedação da conduta do agente “B” (traficância) pelo ordenamento jurídico. Além disso, o risco se verifica no resultado, pois o dano decorre diretamente da ação praticada. A ausência de imputação se dá porque o fim de proteção das normas que proíbem as condutas de matar ou lesionar outrem, por exemplo, não incidem nessa situação, de modo que o alcance destes tipos não se estenderia ao resultado gerado⁵⁹.

No entanto, há proposições mais modernas que compreendem que casos de favorecimento na autocolocação em perigo dizem respeito ao primeiro nível de imputação (criação do risco), pois o que se discute é a ausência de proibição do risco criado para o bem jurídico em razão da aceitação da vítima⁶⁰.

al suicidio de una persona. 3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte. 4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar; será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”.

⁵⁵ “Artículo 138. 1. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años. 2. Los hechos serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos: a) cuando concurra en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del artículo 140, o b) cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550”.

⁵⁶ ORDEIG, 2004, p. 86-87.

⁵⁷ “Art. 121 – Matar alguém”.

⁵⁸ “Art. 122 – Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça”.

⁵⁹ ROXIN, 2009, p. 387.

⁶⁰ OLIVÉ, 2017, p. 288.

Defendemos aqui que essa concepção se mostra acertada. O ato de vender drogas, utilizando-se o exemplo fornecido, de fato constitui um risco proibido, mas que diz respeito à tutela de outros bens jurídicos que não a vida ou a integridade física do lesionado. Objetivamente, o mero ato de entregar instrumentos e coisas ou mesmo interagir com a vítima autorresponsável que se coloca em perigo não gera um risco desaprovado pelo tipo de homicídio ou de lesão corporal⁶¹.

Não há sequer a configuração do tipo objetivo nestas hipóteses, ainda que o agente tenha instigado a vítima e/ou facilitado o fato de alguma maneira. Todavia, isso não se dá pela falta de alcance do tipo, mas sim porque a anuência do ofendido impede a intervenção penal, seja a partir do princípio da autorresponsabilidade, da alteridade ou mesmo pelas regras de autoria e participação.

3. DA HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA

3.1. Delimitação conceitual

Na heterocolocação em perigo consentida a vítima não se põe em perigo por uma ação própria, mas se permite colocar em um contexto arriscado por um terceiro de maneira consciente, deixando, portanto, de dominar o fato⁶². A principal peculiaridade é que nessa hipótese é o terceiro quem pratica a atividade arriscada, de modo que o ofendido assume sua colocação em perigo por outrem com pleno conhecimento dos riscos⁶³.

Um dos exemplos práticos de maior incidência nestas situações é o do ofendido, “A”, que após uma festa noturna toma carona com outro participante do evento, “B”, que se encontra embriagado e sem plenas condições de conduzir seu veículo de maneira segura⁶⁴. Questiona-se se o resultado danoso (morte ou lesões corporais) decorrentes de um acidente automobilístico causado pela embriaguez poderia ser imputado a “B”.

Outro caso concreto apresentado é o da mulher, “A”, que mantém relações sexuais com o parceiro, “B”, portador do vírus HIV. Mesmo sabendo da moléstia do companheiro, a vítima, conscientemente, deixa de adotar qualquer método de segurança, o que resulta

⁶¹ FRISCH, 2015, p. 73-74.

⁶² GRECO, 2014, p. 70-71.

⁶³ ROXIN, 2013, p. 04.

⁶⁴ ROXIN, 2013, p. 04.

em sua infecção⁶⁵. Caso similar é o do “teste de aceleração”, exemplo concreto debatido pela doutrina. Alguns jovens organizam habitualmente corridas clandestinas. Em um desses eventos, os carros envolvidos na disputa tentam ultrapassar, a 240 km/h, um terceiro veículo não participante, cujo condutor se encontra desprevenido em um trecho da via que tinha como velocidade máxima permitida 120 km/h. Durante a execução da manobra, em razão da movimentação brusca do volante, um dos veículos derrapa e capota, causando a morte dos passageiros que voluntariamente sempre participam dos eventos⁶⁶.

A mesma discussão acerca de qual seria o nível de imputação da autocolocação em perigo consentida pode ser transposta aos casos de heterocolocação em perigo consentida, motivo pelo qual se opta por não reiterar os argumentos já expostos⁶⁷. A questão aqui é saber em quais circunstâncias pode-se aferir com segurança que o risco ao bem jurídico é permitido e, ainda, quais são os critérios de imputação para tanto. Ao contrário dos casos de autocolocação em risco, não há um consenso na doutrina sobre a impunidade do terceiro que interage com a vítima na heterocolocação em perigo consentida, bem como em relação a quais requisitos permitiriam a ausência de imputação nesses casos.

3.2. Posições doutrinárias acerca da heterocolocação em perigo consentida

3.2.1. Punição incondicional do terceiro na heterocolocação em perigo consentida

Ao tomar por base o ordenamento jurídico espanhol, o jurista Enrique Gimbernat Ordeig defende que a imprudência da vítima ao aceitar se inserir em uma situação arriscada não exime de responsabilidade o terceiro que, também imprudentemente, lesiona bens jurídicos do ofendido. Para o autor esta posição coincide com a justificativa tradicional do Tribunal Supremo espanhol de que não há compensação de culpas no Direito Penal⁶⁸.

Seja no delito de homicídio ou de lesão corporal, a imprudência do terceiro em uma heterocolocação em perigo consentida sempre lhe deve ser imputada, pois nesses casos se verifica a infração de certas normas de cuidados que deveriam ter sido observadas. O fato

⁶⁵ ROXIN, 2013, p. 05.

⁶⁶ ROXIN, 2013, p. 05-06.

⁶⁷ Vide item 2.2.

⁶⁸ ORDEIG, 2004, p. 90.

culposos se configura independentemente do conhecimento ou não do ofendido sobre o perigo em que se insere, de modo que a atuação da vítima em nada afeta na solução desses casos, até porque a aceitação do risco não implica no consentimento para a ocorrência do resultado⁶⁹.

3.2.2. Distinção da heterocolocação em perigo consentida em relação ao favorecimento na autocolocação em perigo

Desde 1973, na formulação inicial de sua teoria, Roxin defende que a fundamentação da autorresponsabilidade da vítima e a não imputação do resultado ao terceiro não podem ser transpostas indiscriminadamente a situações de heterocolocação em perigo consentida, já que a exposição ao perigo nesses casos traz “algo imprevisível, que não pode mais ser controlado ou interrompido, tal como ainda é o caso na autocolocação em perigo”⁷⁰.

A justificativa é que o ofendido que consente em uma heterocolocação em perigo tem um poder de avaliação menor sobre a eventual produção do resultado, tendo em vista que seu consentimento não se dirige até este. Além disso, à vítima não é possível avaliar qual a capacidade do terceiro de dominar o risco tão bem quanto o faria em relação a si própria. Por fim, a capacidade de intervenção do lesionado no evento em curso é drasticamente diminuída, porque a situação de risco é controlada pelo terceiro, que acaba por interferir diretamente na esfera jurídica alheia⁷¹.

Diante disso, o reduzido poder de evitar o resultado do ofendido que se coloca em perigo por um terceiro – que, embora seja a regra, nem sempre se verifica –, bem como seu menor conhecimento acerca do risco não podem ser ignorados ao se propor uma solução para tais casos.

Roxin aceita que as situações de heterocolocação em perigo consentidas sejam equiparadas à autocolocação em perigo, desde que presentes dois requisitos essenciais: i) é imprescindível que a vítima tenha pleno conhecimento do risco e que anua com a conduta arriscada que produz o resultado danoso; ii) é indispensável que tanto a vítima quanto o terceiro que a coloca em perigo tenham a mesma responsabilidade pela ação conjunta empreendida. Em outros termos, diante do reduzido poder de interferência e conhecimento

⁶⁹ ORDEIG, 2004, p. 90.

⁷⁰ ROXIN, 2012. p. 567.

⁷¹ ROXIN, 2012. p. 568.

do ofendido, deve haver a compensação desse déficit por “uma responsabilidade de igual valor pela criação do risco”⁷².

O segundo critério referido é denominado pelo jurista de “responsabilidade equivalente”. A partir desse tem-se que a vítima que se expõe a risco por decisão livre e própria – sem que tenha sido pressionada ou se submetido à vontade do terceiro – possui a mesma responsabilidade que aquele que a insere na situação arriscada sempre que aquela decida. Intenta-se, assim, compensar o “menor poder de evitação” do resultado pelo ofendido por sua “incondicional vontade de realizar a ação”⁷³.

A responsabilidade equivalente é, portanto, o principal elemento de avaliação ao se tratar da imputação em uma heterocolocação em perigo consentida. Em termos práticos, a sua materialização se daria a partir de um contexto fático no qual o protagonismo pela inserção na situação arriscada é da própria vítima, que se evidencia plenamente ciente dos riscos ocasionados pelo terceiro.

Em suma, a formulação de Roxin pretende a exclusão da imputação nas situações em que a “heterocolocação em perigo equivaler a todos os aspectos relevantes a uma autocolocação em perigo”⁷⁴, que resulta na aplicação analógica das regras inerentes ao segundo instituto quanto à impunidade da contribuição de terceiros na produção do resultado lesivo.

3.2.3. Princípio de alteridade ou de não identidade como fundamento de imputação na heterocolocação em perigo consentida

Diego-Manuel Luzón Peña considera a concepção de Roxin um ponto de partida correto. No entanto, propõe critérios adicionais para a equiparação entre o favorecimento em uma autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida.

Como base fundamentadora, o jurista se vale do referido princípio da alteridade⁷⁵. Em relação aos critérios de imputação, Luzón Peña considera que a solução dos casos de favorecimento em perigo não se aplica aos casos de heterocolocação em perigo consentida, haja vista que nesses o ofendido, ao consentir com a situação temerária, tem um papel

⁷² ROXIN, 2012, p. 568.

⁷³ ROXIN, 2012, p. 579.

⁷⁴ ROXIN, 2013, p. 15.

⁷⁵ Vide item 3.2, folhas 15-16.

puramente passivo ao deixar que o terceiro controle o curso do fato. Assim, tais situações não seriam abrangidas pelo princípio da alteridade, pois o evento danoso ao bem jurídico da vítima não se dá com a atuação dessa, mas sim de outrem⁷⁶. O resultado deve, em regra, ser imputado ao terceiro. A exceção trazida pelo jurista se dá em situações nas quais a vítima controla a situação arriscada. Sua proposta é atribuir o fato à conduta da vítima apenas quando verificada a coautoria dessa com outro agente na produção do resultado⁷⁷.

O ponto fulcral é, portanto, aplicar as regras de autoria e participação para saber se a vítima tinha o controle do risco do fato perigoso, ainda que tal controle fosse compartilhado com outro agente. O que é relevante não é o exato conhecimento do perigo pelo ofendido ou seu consentimento em relação à empreitada, mas sim seu controle objetivo do fato. Em suas palavras, se “a vítima é coautora (ainda que involuntariamente quanto à lesão) de sua colocação em perigo e posterior lesão, parece mais adequado que a colocação em perigo ou a lesão sejam imputadas primariamente a ela e não ao outro coautor”⁷⁸. Em suma, o controle compartilhado do fato perigoso entre a vítima e o terceiro se converte uma simples participação secundária em uma autocolocação em perigo pela vítima, que resulta na atipicidade (ausência de imputação) da conduta do agente que com ela interage.

Por fim, Luzón Peña também insere como um dos critérios cumulativos a posição de garante do terceiro que interage com a vítima, que impossibilitaria a ausência de imputação ainda que verificada a coautoria entre ambos⁷⁹.

3.2.4. O princípio das autorresponsabilidade e imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima

Manuel Cancio Meliá sustenta que a distinção entre a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida carece de um fundamento suficiente ao se basear no comportamento da vítima como justificativa. Isso se dá porque o princípio da

⁷⁶ PEÑA, 2011, p. 71-72.

⁷⁷ PEÑA, 2011, p. 75.

⁷⁸ PEÑA, 2011, p. 75. Tradução nossa.

⁷⁹ PEÑA, 2011, p. 78.

autorresponsabilidade vedaria tal diferenciação, já que ambas as situações dizem respeito ao autogoverno de bens jurídicos próprios⁸⁰.

O jurista utiliza a autorresponsabilidade como base normativa prévia para o tratamento do comportamento do ofendido em sua construção. A ressalva é de que o desenvolvimento dogmático não pode estar plenamente predeterminado por um conceito prévio e ontológico de autorresponsabilidade. Assim, são extraídos pelo autor três critérios fundamentais do binômio “autonomia-responsabilidade” com o fim de delimitar normativamente o âmbito de responsabilidade da vítima.

Em primeiro lugar, a atribuição de responsabilidade ao ofendido pelo evento danoso não diz respeito à antijuridicidade da conduta – justificção de algo, em regra, proibido –, mas sim à tipicidade – discussão acerca do que está ou não proibido. Quanto ao segundo, a autorresponsabilidade só pode ser invocada quando o conceito normativo restar pautado pela garantia da liberdade e autonomia do ofendido em sua esfera de atuação. Por fim, só recairão sobre o terceiro as consequências jurídico-penais que efetivamente derivam de atividade que pode ser atribuída à vítima⁸¹.

Ao tratar da solução de imputação, Cancio Meliá sustenta que a imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima se configura quando o titular do bem jurídico empreende conjuntamente com um terceiro determinada atividade arriscada que é apta a produzir um resultado lesivo a esse mesmo bem jurídico⁸².

Nesses termos, a empreitada realizada deve necessariamente permanecer no âmbito de organização conjunta entre o terceiro e a vítima. Isso não implica em domínio comum do fato, mas simplesmente em uma atividade pré-ajustada entre ambos. Ademais, a atuação do ofendido também deve poder ser considerada como autorresponsável, ou seja, que não tenha sido instrumentalizada pelo agente que com ele interage, porque nessa hipótese haveria autoria mediata ou organizada. Deve-se averiguar, ainda, se o terceiro se encontrava em posição de garante face ao ofendido, pois fosse esse o caso não poderia haver exclusão da imputação do resultado⁸³.

⁸⁰ ROXIN, 2013, p. 06.

⁸¹ MELIÁ, 1997, p. 43.

⁸² MELIÁ, 1997, p. 43.

⁸³ OLIVÉ, 2017, p. 289.

A empreitada deve criar um “contexto comum de um mesmo significado objetivo”⁸⁴, instituído a partir de padrões normativos. Assim, só podem ser considerados “conjuntos” os aspectos organizacionais que se apresentem como elementos inerentes à atividade eleita pelo ofendido enquanto decorrência de sua autonomia.

Diante disso, não há “organização conjunta” quando: i) a conduta do terceiro traz um elemento adicional de risco aos fatores presentes no contexto comum ajustado; ii) a situação de fato contém outro fator de risco não abarcado pela organização conjunta da vítima e o terceiro; e iii) o contexto organizacional seja marcado por uma divisão de tarefas e o evento danoso à vítima é originado por fatores de risco que cabiam ao terceiro controlar por meio de suas atribuições⁸⁵.

Em síntese, o que propõe Cancio Meliá é que a vítima, dentro dos parâmetros expostos, tenha uma responsabilidade preferencial ao se inserir conscientemente em situações perigosas com um terceiro, já que o bem jurídico posto sob risco é de sua titularidade (princípio da autorresponsabilidade)⁸⁶.

3.2.5. A heterocolocação em perigo como consentimento

Outra parcela da doutrina pretende resolver os casos de heterocolocação em perigo consentida não a partir de critérios de imputação, mas pelas regras do consentimento. Diante disso, é fundamental, de antemão, que se tracem as linhas gerais do que é o consentimento em matéria penal.

O termo “consentir” implica a ideia de concordância, anuência ou permissão no seio de uma relação interpartes. Ao se tratar do Direito Penal, o consentimento relaciona-se à aquiescência na lesão a um bem jurídico individual, próprio e disponível, que implica na renúncia à proteção conferida pelo ordenamento jurídico-penal a esse mesmo bem⁸⁷.

O sustentáculo constitucional do consentimento é muito similar àquele utilizado pelo princípio da autorresponsabilidade, pois seu reconhecimento se encontra “nas bases de um Estado Social e Democrático de Direito, ancorado em um sistema penal

⁸⁴ MELIÁ, 1997, p. 44.

⁸⁵ MELIÁ, 1997, p. 44.

⁸⁶ CANCIO MELIÁ, 2004. p. 27-28.

⁸⁷ RODRIGUES, 2015. p. 103.

de responsabilidade subjetiva, de respeito à dignidade da pessoa humana, calcados em princípios como da liberdade e da justiça”⁸⁸.

Quanto à natureza jurídica, a doutrina majoritária defende que o consentimento tem uma dupla função: atuar como excludente de tipicidade em alguns casos e como causa justificante em outros. A ausência de tipicidade se daria nos casos em que a conduta prevista pelo tipo pressuponha a discordância da vítima, que não se verifica em razão de sua anuência. Já na segunda hipótese haveria uma causa de justificação que retira a antijuridicidade da conduta em razão da renúncia à proteção ao bem jurídico pelo titular lesado⁸⁹.

No entanto, sustentamos a posição minoritária de Roxin de que o consentimento, salvo disposição legal específica, deve ser considerado sempre como uma causa excludente da tipicidade. Tem-se que uma das funções do tipo penal é descrever quais condutas são proibidas e, portanto, que se pretendem evitar, com a finalidade precípua de se proteger bens jurídicos⁹⁰. Partindo-se de um aporte liberal, ao se entender que os bens jurídicos garantem o livre desenvolvimento do indivíduo, não há que se falar em lesão “quando uma ação se baseia em uma disposição do portador do bem jurídico que não menoscaba seu desenvolvimento, mas que, ao contrário, constitui sua expressão”⁹¹.

A consequente exclusão do tipo gerada pelo consentimento diz respeito, portanto, à já referida liberdade conferida constitucionalmente ao cidadão, de modo que sua anuência “impossibilita a lesão simultânea de um bem jurídico que lhe corresponde e com isto uma realização do tipo”⁹². Trata-se, portanto, da aferição de relevância jurídico-penal do fato.

Diversamente das duas correntes doutrinárias, a legislação espanhola, por exemplo, ao contrário da brasileira, instituiu o consentimento em matéria penal como uma causa de abrandamento punitivo, a exemplo do artigo 155 do Código Penal Espanhol⁹³. Observe-se que o instituto não é tratado na parte geral do diploma como uma causa de justificação ou

⁸⁸ RODRIGUES, 2015. p. 104.

⁸⁹ RODRIGUEZ, 2012, p. 34-35.

⁹⁰ ROXIN, 1979. p. 170.

⁹¹ ROXIN, 2009, p. 517. Tradução nossa.

⁹² ROXIN, 2009, p. 518. Tradução nossa.

⁹³ “*Artículo 155. En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección*”.

que exime o agente de responsabilidade penal, de modo que a sua aplicação se restringe à sua previsão em dispositivos da parte especial⁹⁴.

Em relação aos pressupostos de validade do consentimento, o primeiro elencado pela doutrina é que o consenciente seja efetivamente titular do bem jurídico em questão, bem como que tenha plena capacidade de dispô-lo (imputabilidade). Outro requisito é que a manifestação de aquiescência se dê impreterivelmente antes da prática do fato e que não tenha sido maculada por qualquer vício de vontade, a exemplo de fraude, coação ou violência⁹⁵.

O lesionado deve, ainda, ter plena consciência das possíveis implicações e desdobramentos de sua decisão ao aceitar a ofensa. Não se pode olvidar que o conhecimento do consentimento daquele que ofende o bem jurídico do lesado também é essencial, pois do contrário não haveria uma anuência interpartes⁹⁶. Diante desses fatores, conclui-se que “o consentimento para ser válido deverá ser claro, sério, livre e determinado, identificando de forma inequívoca uma manifestação de vontade do titular do bem jurídico”⁹⁷.

Há quem defenda, assim, que a vítima, ao se inserir em uma heterocolocação em perigo consentida, acaba por anuir com o resultado lesivo. A razão é que soaria distante da realidade a alegação de que aquele que consente em colocar seus bens jurídicos em risco não espera o resultado lesivo. Assim, a concordância em relação à empreitada se estenderia, implicitamente, à possível configuração do resultado lesivo⁹⁸.

Outros autores sustentam que o ofendido, ao intentar aproveitar os ganhos decorrentes da empreitada arriscada, deve também suportar os ônus ocasionados pela conduta. Nesses termos, caso o bem jurídico seja lesionado, não pode seu titular se valer de suas expectativas iniciais para sustentar que não desejava o resultado ocorrido⁹⁹.

Para Zaffaroni, é incompreensível que os casos de heterocolocação em perigo consentida não sejam considerados “como hipóteses de consentimento do ofendido, porque não existe perigo que não seja perigoso de certa consequência (o resultado

⁹⁴ RODRIGUEZ, 2012, p. 30.

⁹⁵ GRECO, 2004, p. 196.

⁹⁶ RODRIGUES, 2015, p. 119.

⁹⁷ GRECO, 2004, p. 196.

⁹⁸ ROXIN, 2012, p. 576.

⁹⁹ ROXIN, 2012, p. 576.

danoso); não se pode consentir no perigo sem estar em certa medida consentindo em sua consequência”¹⁰⁰.

3.3. Tomada de posição

Rechaçamos de plano a ideia da heterocolocação em perigo consentida como um caso de consentimento. Em última instância, nos parece que os autores que adotam tal posição compreendem que a anuência da vítima em relação ao resultado se daria por uma espécie de “dolo eventual”¹⁰¹, no qual o lesado, apesar não querer o resultado, acaba por aceitar a sua ocorrência em razão do contexto arriscado em que se insere.

Sobre isso, nos apoiamos, como Roxin¹⁰², na distinção entre dolo eventual e culpa consciente¹⁰³. A vítima que se deixa inserir em um contexto arriscado por outrem não deseja e nem anui com o resultado, pois ainda que a situação perigosa implique em uma relação de probabilidade de ocorrência de evento danoso, é certo que o ofendido não o espera.

Assim, concordamos com Luís Greco quando este afirma que a equiparação entre a heterocolocação em perigo por terceiros e o consentimento é inadequada, pois neste último a anuência do lesado diz respeito não apenas à conduta que implica no risco, mas também ao resultado dela decorrente, o que não ocorre naquela. Em suas palavras, “o fato de que a vítima aceite que outro participe de uma conduta perigosa não significa ter ela consentido no resultado, na lesão”¹⁰⁴.

¹⁰⁰ ZAFFARONI, 2010, p. 189.

¹⁰¹ Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, “haverá dolo eventual quando o agente não quiser diretamente a realização do tipo, mas aceita-la como possível ou até provável, assumindo o risco da produção do resultado [...]. No dolo eventual o agente prevê o resultado como provável ou, ao menos, como possível, mas, apesar de prevê-lo, age aceitando o risco de produzi-lo” (BITENCOURT, 2011, p. 362).

¹⁰² “Quem coloca um bem jurídico alheio em perigo age, caso algum dano ocorra, igualmente apenas na forma culposa se tiver confiado em um final de feliz. E quem realiza uma perigosa excursão na montanha, ainda assim, não conta com a própria morte. Distante da realidade não é a confiança de que a excursão na montanha acabará bem, mas sim contar com a própria morte” (ROXIN, 2012, p. 576).

¹⁰³ Luiz Régis Prado afirma que na culpa consciente o agente, “[...] ainda que saiba a realidade do perigo para o objeto da ação, confia, no entanto, que não realizará o tipo legal, seja por desconsiderar o grau de perigo, seja por superestimar seu próprio poder, seja por confiar indevidamente em sua sorte. [...] O autor prevê o resultado como possível, mas espera que não ocorra e especialmente, quando tem ciência de que com seu atuar lesa um dever objetivo de cuidado. Há efetiva previsão do resultado sem a aceitação do risco de sua produção (confia que o evento não sobreviverá) (PRADO, 2015, p. 309-310).

¹⁰⁴ GRECO, 2014, p. 76.

Nesse mesmo sentido se dão as críticas de Roxin, para quem é impossível que a anuência que recaia sobre uma conduta alheia que gera um risco para um bem jurídico possa se estender, implicitamente, à ocorrência do resultado, ou seja, à lesão ao bem jurídico¹⁰⁵. Note-se, inclusive, que essa é uma das diferenças basilares, tanto da autocolocação em risco quanto da heterocolocação em risco por terceiro, em relação ao consentimento, já que nas duas primeiras situações o ofendido não conta com a realização do evento lesivo¹⁰⁶.

Pontue-se que, ao se partir do Direito Penal brasileiro, a compreensão de que a heterocolocação em perigo consentida está adstrita às regras do consentimento não resultaria na ausência de imputação em hipóteses de morte e lesão do ofendido. No primeiro caso, o bem jurídico “vida” é posto pela doutrina como indisponível, o que impede a validade do consentimento. Já na hipótese de lesão, a aquiescência do titular do bem jurídico acarretaria no máximo a diminuição de pena do agente, mas não a ausência de sua responsabilidade.

Tampouco estamos de acordo com o posicionamento de Gimbernat. É inadequado justificar a punição na heterocolocação em perigo exclusivamente na infração de normas de cuidado, notadamente por se ignorar a autonomia da vontade do ofendido na análise. Compreendemos que a proposta de punição incondicional em casos de heterocolocação em perigo consentida não se coaduna com os postulados do moderno Direito Penal. A conduta da vítima é de extrema relevância na análise da tipicidade, de modo que o seu menoscabo a bens jurídicos de sua titularidade deve sempre ser valorado, sob pena de justificar intervenções penais fundadas em paternalismos.

Quanto às posições de Roxin, Luzón-Peña e Cancio Meliá, entendemos que as formulações deste último se mostram mais adequadas. Ao se tomar por base a interação entre o agente do fato e a vítima que se coloca juntamente com aquele em uma atividade arriscada, não é possível a fragmentação dessa organização conjunta em contribuições de maior ou menor relevância no momento da execução. Deve prevalecer, assim, a autonomia da vítima autorresponsável sobre a atuação do agente, ficando ao arbítrio

¹⁰⁵ ROXIN, 2012, p. 573.

¹⁰⁶ De acordo com Roxin, “deve-se considerar que o consentimento não é um caso de colocação em perigo, mas sim de disposição de um bem jurídico disponível. Não se pode falar entretanto, em disposição do próprio bem jurídico quando alguém quer mantê-lo para si e parte do pressuposto de que o risco a que se expõe não conduzirá a um dano” (ROXIN, 2012, p. 574).

daquela “configurar sua atividade vital de modo que gere ou não um risco para seus próprios bens”¹⁰⁷.

CONCLUSÕES

A moderna teoria da imputação objetiva instituiu critérios complementares para configuração da ação típica. A aferição da causalidade da conduta passa a ser submetida a um filtro normativo, não bastando a configuração do nexos causal empírico e naturalístico. A proposição é a de que a proteção subsidiária de bens jurídicos se efetive por critérios normativos, regidos pela ideia de criação de riscos socialmente intoleráveis. Tem-se, portanto, a criação um novo parâmetro interpretativo orientado a partir do injusto material e da lesividade social da conduta do agente em face de bens jurídicos.

O favorecimento na autocolocação em perigo deve ser resolvido a partir da teoria da imputação objetiva, especificamente em seu primeiro nível (criação de um risco proibido). A inserção consciente da vítima em sua situação arriscada, ainda que fruto de interação com um terceiro, não configura a criação de um risco proibido, pois sua conduta decorre exclusivamente de sua autorresponsabilidade. A doutrina da proteção subsidiária de bens jurídicos, orientada político-criminalmente, não permite a intervenção penal nesses casos, porque as infrações não decorrem de lesões a bens jurídicos alheios, devendo prevalecer a autonomia do ofendido.

A questão da imputação nos casos de heterocolocação em perigo consentida também deve se basear no princípio da autorresponsabilidade. Igualmente nesses casos a atuação da vítima deve ser dotada de relevância na responsabilização do terceiro que com ela interage, ainda que não haja domínio do fato pelo ofendido. Para a imputação, deve-se analisar se a atividade desenvolvida pela vítima e o terceiro se inserem no âmbito de responsabilidade, sendo este o parâmetro para a criação ou não do risco.

REFERÊNCIAS

- ANTÓN, Tomás S. Vives. **Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales**. 2. ed. Valência: Tirant lo blanch, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Volume 1, Parte Geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁰⁷ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al., 2017, p. 288.

BRITO, Alexis Couto de. **Imputação objetiva**: crimes de perigo abstrato e direito penal brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.

EIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Actuación de la víctima y imputación objetiva: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, n. 5, 2000, p. 265-333. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174140>>. Acesso em: 10 mar 2018.

FRISCH, Wolfgang. **La imputación objetiva del resultado**: desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas. Barcelona: Atelier, 2015.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 01-17.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato: Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GREGO, Luís et al. (Org). **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19-45.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005.

MELIÁ, Manuel Cancio. Aproximación a la teoría de la imputación objetiva. In: DÍAZ-ARANDA, Enrique; CANCIO MELIÁ, Manuel (Coord.). *La imputación normativa del resultado a la conducta*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2004, p. 15-43.

MELIÁ, Manuel Cancio. Conducta de la víctima e imputación objetiva. *ICADE: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 42, 1997, p. 31-47. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=100006>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Coleção Doutrinas Essenciais**: Direito Penal e Processo Penal, v. 2, parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 299-315.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. **Direito Penal Brasileiro, Parte Geral: Princípios fundamentais e sistema**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ORDEIG, Enrique Gimbernt. Imputación objetiva, participación em uma autopuesta en peligro y heteropuesta em peligro consentida. [Revista de Derecho Penal y Criminología](#), n. Extraordinario 2, 2004, p. 75-100. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2217112>>. Acesso em 08 mar. 2018.

PEÑA, Diego-Manuel Luzón. Principio de alteridade o de identidade vs. Principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta em peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el critério del control del riesgo. [Revista General de Derecho Penal](#), n. 15, 2011. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3769398.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2018, p. 58-80.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis et al. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RAMÍREZ, Juan Bustos; LARRAURI, Elena. **La imputación objetiva**. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1998.

RODRIGUES, Giselly Campelo; ARRUDA, Talita da Fonseca. Consentimento do ofendido. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Coleção Doutrinas Essenciais: Direito Penal e Processo Penal**, v. 3, Parte Especial, p. 99-142. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RODRIGUEZ, Camilo Iván Machado. El consentimiento em materia penal. **Revista Derecho Penal y Criminología**, vol. 33, n. 95, 2012, p. (29-49) Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4260748>>. Acesso em: 08 mar. 2018.

RODRÍGUEZ, Nuria Matellanes. La imputación objetiva del resultado. In: CRESPO, Eduardo Demetrio Crespo; MARTÍNEZ, Rosario de Vicente; RODRÍGUEZ, Nuria Matellanes (Org.). **Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal, Tomo II: Teoría del delito**. Madrid: Iustel, 2011, p. 89-108.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte general, Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 2009.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. **La polémica en torno a la heteropuesta em peligro consentida:** sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal. InDret, 2013. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/958.pdf>>. Acesso em 14 fev.2018.

ROXIN, Claus. Prefácio: reflexões sobre a construção do sistema jurídico-penal. In: OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. **Direito Penal Brasileiro, Parte Geral: Princípios fundamentais e sistema.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 45-68.

ROXIN, Claus. Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org.). **Direito penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º. Aniversário em 2 de setembro de 2012.** Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 563-586.

ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 233-376.

ROXIN, Claus. **Teoría del tipo penal:** tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et. al. **Direito penal brasileiro, Volume 2:** Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM FACE DA INTERPRETAÇÃO
DA NORMA PENAL POR ANALOGIA**

*THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN THE FACE OF THE INTERPRETATION
OF THE CRIMINAL STANDARD BY ANALOGY*

Lauricio Alves Carvalho Pedrosa

Doutor em Direito pela UFBA. Professor adjunto da UESC. E-mail: lauriciopedrosa@
yahoo.com.br

Rebeca Barros de Miranda

Graduanda em Direito pela Faculdade Independente do Nordeste – FAINOR. E-mail:
rebecabmiranda@outlook.com

Marina Amaral Leoni

Graduanda em Direito pela Faculdade Independente do Nordeste – FAINOR. E-mail:
marinaleoni030@gmail.com

Resumo: O presente trabalho se debruça sobre o julgamento do Mandado de Injunção (MI) n.º 4733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º 26, nos quais o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que, enquanto não houver lei específica, é de se considerar que ações realizadas no contexto de LGBTfobia se ajustem ao crime de Racismo. Desde logo, é necessário destacar que a pesquisa não pretende averiguar se a questão guarda relevância material, senão discutir o caminho seguido pela Corte Suprema, a partir de um exame mais cuidadoso sobre o tema, sob uma ótica crítica da dogmática penal, a fim de investigar se, para tipificar a discriminação contra grupos LGBT's, o STF ultrapassa os cânones da interpretação da lei penal, a ponto de se apresentar em manifesto voluntarismo jurisdicional.

Palavras-chave: Princípio da Legalidade; Analogia *in malan partem*; Interpretação extensiva; Racismo; LGBTfobia.

Abstract: This paper deals with the judgment of Injunction no. 4733 and Direct Action of Unconstitutionality for Omission no. 26, in which Federal Supreme Court (STF) has ruled that, while there is no specific law, actions taken in the context of LGBT phobia should be considered to fit crime of racism. Since then, it is necessary to highlight that the research does not intend to verify if the question has material relevance, but to discuss the path followed by Supreme Court, from a more careful examination on the subject, from a critical perspective of criminal dogmatic, in order to investigate whether to discriminate against LGBT groups, Supreme Court goes beyond the canons of interpretation of criminal law, to the point of presenting itself in manifest jurisdictional voluntarism.

Keywords: Principle of Legality; Analogy *in malam partem*; Extensive interpretation; Racism; LGBTphobia.

Sumário: Introdução – 1. Anotações acerca dos aspectos políticos-criminais da subsunção da homofobia à Lei de Racismo. 2. Breve descrição das justificativas sujeitas à análise. 3. Exposição crítico-dogmática: 3.1 Diagnóstico do argumento empírico; 3.2 Diagnóstico do argumento de ordem sociocultural. 4. Da cláusula pétrea da legalidade (art. 5º, XXXIX): 4.1 Essencialidade da Taxatividade da Lei Penal; 4.2 Da Tipicidade penal. 5. A interpretação da Lei Penal: 5.1 O sentido literal possível; 5.2 Anotações sobre a Analogia; 5.3 Aspectos da condição de reprovabilidade. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A defesa dos grupos denominados como minorias, no qual se incluem os LGBTI's¹, estão, mais do que nunca, na pauta das discussões de variadas esferas sociais. De tal maneira, não fica de fora desses debates alimentados por um senso comum² a possibilidade de efetivação da proteção de tais grupos por meio da repressão penal das condutas discriminatórias. Com isso, nos últimos anos o parlamento brasileiro se demonstrou mais aberto e flexível à aprovação de leis, com manifesta tendência à expansão penal.

¹ Sigla que representa as pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersex.

² O direito aflora daí como uma vegetação própria e se torna a sua linguagem correta e precisa, ou como o define DURKHEIM, — “o símbolo visível da solidariedade social” (MOTTA FILHO, 145, p. 150).

Em sentido contrário, por quê não dizer curioso, no tocante às demonstrações da política criminal brasileira, observa-se o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 122/2006, que tramitou sem obter respostas efetivas por mais de uma década no Congresso Nacional, com o desiderato de instituir novos instrumentos jurídico-normativos para reprimir e, conseqüentemente, evitar a realização de atentados em desfavor da comunidade LGBT. Em razão disso, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) e o Partido Popular Socialista (PPS) impetraram, respectivamente, o MI 4733/DF e a ADO 26/DF.

As duas ações pretendiam a declaração de omissão do Congresso Nacional na criminalização da homofobia e da transfobia. Com maioria dos votos, prevaleceu, como resposta às referidas ações, a tese sustentada pelo voto-condutor: a rigor, até que o legislativo elabore lei específica sobre o tema, o Judiciário está autorizado a aplicar às ações realizadas no contexto de LGBTfobia e Transfobia o mesmo tratamento dado ao racismo (Lei 7.716/1989).

Nesse contexto, este estudo não discutirá a questão de substância, isto é, se a criminalização das condutas homofóbicas se justificam materialmente, mas sim se a solução adotada pela Corte Suprema fere o princípio constitucional da legalidade. Para tanto, inicialmente elencaremos, de maneira descritiva, os argumentos manejados no voto-condutor.

Vencido este ponto, apresentaremos uma análise de cunho teórico e de ordem crítica, a fim de averiguar o seguinte problema: fere o princípio da legalidade ajustar ao racismo, por meio de interpretação, condutas praticadas no contexto de LGBTfobia? E, finalmente, apresentaremos algumas considerações sobre a posição adotada pela corte.

1. ANOTAÇÕES ACERCA DOS ASPECTOS POLÍTICOS-CRIMINAIS DA SUBSUNÇÃO DA HOMOFOBIA À LEI DE RACISMO

É pertinente, neste momento, em favor de uma compreensão sistemática, realizar uma digressão dos aspectos dogmáticos, a fim de analisar o viés político-criminal do tratamento conferido pela Corte Suprema às condutas no contexto de LGBTfobia.

Cumpre anotar que a política criminal aplicada no Brasil continua, fundamentalmente, numa concepção ideológica liberal, característica da Europa no século XVIII. É dizer que atribui ao Direito e ao Estado a consolidação e a garantia da segurança

a partir de um marco racional-formal de autonomia protegida, por meio, principalmente, do princípio da legalidade.³

Na prática, em contrapartida e de forma paralela, observa-se a demonstração de um Estado com características intervencionistas que consagra a sua segurança ao Direito positivo, amplamente legitimado por mandamentos constitucionais de ordem social, referentes à proteção dos direitos fundamentais.

Atualmente, diante das diversas situações de risco possíveis, as quais toda sociedade está submetida, insurgiu-se o que Winfried Hassemer (2008) define como necessidade de controle, isto é, uma crescente demanda popular por regulação estatal⁴, que fez com que, no Brasil, não somente o legislativo, mas também o judiciário passassem a atuar voltados a recuperar a credibilidade constitucional, desenvolvendo, desse modo, uma política criminal populista.

Veja que o que nos importa, neste momento, não é o fato dos anseios e demandas sociais resultarem consequências formais e materiais no plano legal e, em especial, penal – uma vez que, com a devido cuidado à ordem jurídica, isso é minimamente uma expressão democrática estatal -, senão a repercussão das respostas institucionais, instrumentalizadas em decisões e leis penais imprecisas, sem algum sustento científico e nenhuma relação sistemática⁵ em termos de metodologia jurídica.

Nesse quadro, adotamos o ensinamento de Morillas Cueva (1990, p. 263) quando se refere à importância da dogmática jurídica, entendendo-a como obstáculo ou limite que não pode ser ultrapassado na aplicação do direito positivo pelo jurista, sendo, portanto, necessária para que os órgãos jurisdicionais e o intérprete não lancem mão, em sua atividade, de elementos valorativos de ordem subjetiva. Vejamos:

La aceptación de dicha relevancia dogmática no quiere decir absolutismo dogmático en la Ciencia punitivista sino reconocimiento de su necesaria presencia en labor del jurista e imprescindible arranque para cualquier planteamiento metodológico que se precie y que se desarrolle sobre pautas y naturaleza jurídica (MORILLAS CUEVA, 1990, p. 263).

³ MASIERO, 2013, p. 174.

⁴ “El combate de peligros es timoneado por sensaciones tales como angustia por el riesgo, temor por el crimen y necesidades de control, en lugar de la tranquilidad de la experiencia –; ello hace crecer las posibilidades de una política criminal populista y, con ella, la probabilidad de liberar las fronteras de los intereses preventivos”. (HASSEMER, 2008, p. 56).

⁵ ELBERT, 2009 apud MASIERO, 2013, p. 174.

Dito isto e tendo em vista os breves aspectos apresentados neste tópico, pode-se apreender que a política criminal deve, imprescindivelmente, estar integrada à Dogmática para a concretização de uma Ciência Punitivista autenticamente realista⁶, que se realiza por meio da investigação científica do penalista. Enfim, é com base neste espectro que o movimento do STF e, conseqüentemente, a adequação típica da homofobia e transfobia à Lei de Racismo serão analisados a seguir.

2. BREVE DESCRIÇÃO DAS JUSTIFICATIVAS SUJEITAS À ANÁLISE

Como ponto de partida, com a finalidade de contextualizar as questões que serão averiguadas, é digno de nota expor brevemente a forma como esses argumentos foram manejados na tese ventilada pelo STF para adequar tipicamente a homofobia à Lei de Racismo.

Os relatores sustentaram que o Congresso Nacional agiu com preconceituosa indiferença em razão da manifesta inércia quanto à matéria analisada, permitindo a sujeição e exposição da comunidade LGBTQI a ofensas contra seus Direitos fundamentais essencialmente caracterizadas por atos de violência física e moral.

Aduzindo, ainda, que a punição contra atos discriminatórios em desfavor desse grupo, encontra-se legalmente prevista pela norma constitucional, na alçada dos Direitos fundamentais, o inciso XLI do artigo 5º da CRFB/88: “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”.

O legislador brasileiro, ao “(...) dispensar tutela penal em relação às práticas discriminatórias resultantes de preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei nº 7.716/89), teria realizado de maneira incompleta o que impõe o texto constitucional, vulnerando, por omissão, o que estabelece a Lei Fundamental da República (CF, art. 5º, XLII)..” (ADO nº 26, p. 02).

Entendeu a maioria, neste caso, ser oportuno não somente realizar sua função ordinária e pertinente às espécies de ações propostas, ou seja, julgar reconhecendo a mora do legislativa e impor prazo para a elaboração de uma norma específica, conforme foi demandado pelos impetrantes, mas sim fazer as vezes do legislador e suprir o silêncio da lei, argumentando da seguinte maneira:

⁶ Considera valores de ordem social e política, embasando-se no ponto de vista dogmático e concretizando-se em três dimensões: a interpretativa, a sistemática e crítica do direito positivo.

I – Empiricamente, que o Brasil é o país onde mais ocorrem relatos de violência contra a população LGBTQI. Para tanto, utilizou-se do relatório produzido e divulgado pelo Grupo Gay da Bahia, o qual apura as notícias de ocorrência de homofobia veiculadas pela mídia, coletadas da rede mundial de computadores, bem como por intermédio de voluntários que atuam em atividade de cooperação com o referido grupo, transformando-os em estatísticas que revelam altos índices quantitativos de homofobia e transfobia no país⁷;

II – Com base em questões de ordem sociológica, expôs que a criminalização da homofobia e da transfobia deve partir do pressuposto de que esses comportamentos são subsumíveis à noção de racismo, em razão de que o conceito de raça, presente no texto legal, deve ser enfrentado para além do viés biológico, e sim pelos vieses cultural e sociológico, a partir de um senso de agrupamento e autodeterminação, variando conforme tempo e local. Por fim, chegou à conclusão de que ações homofóbicas e transfóbicas, igualmente às racistas, decorrem de comportamentos discriminatórios voltados à inferiorização do ser humano e de seus grupos, motivo pelo qual merecem ser incluídas na tipificação da discriminação ou preconceito de raça⁸.

3. EXPOSIÇÃO CRÍTICO-DOGMÁTICA

3.1. Diagnóstico do argumento empírico

Considerando que está claro que aqui pretendemos tratar da aplicação dada à norma jurídica pela Corte Suprema, demonstraremos que essa atividade requer maior atenção aos critérios de ordem científico-dogmática. Assim, um dos pontos que merece destaque é o argumento de teor empírico trazido pelos julgadores.

Nesse caminho, cabe ressaltar também que o objetivo do presente artigo não consiste em refutar os resultados divulgados pelo Grupo Gay da Bahia, já que, para isso, seria necessário um estudo específico e profundo sobre o assunto ali tratado. O que se faz, na verdade, é apontar uma problemática ausência de rigor. A pesquisa é apresentada sem sequer indicar quais fontes específicas e qual metodologia foram utilizadas para obtenção dos resultados.

⁷ ADO 26, rel. Min. Celso De Mello, pág. 37-40.

⁸ ADO 26, rel. Min. Celso De Mello, pág. 71-72.

Tomando como ponto de partida que a confiabilidade atribuída à ciência habita, precisamente, na adoção de um método claro, parece evidente o quão duvidoso pode ser esse fundamento manejado no voto-condutor. Justamente por sua falta de confiabilidade e segurança, os dados colhidos do referido estudo devem ser considerados afirmações perigosas, motivo suficiente para que não fossem levados em conta no referido posicionamento.

3.2 Diagnóstico do argumento de ordem sociocultural

Argumentando, com base em conceitos socioculturais, a Corte Suprema reconheceu que o conceito de raça não deve ser enfrentado em sentido biológico, mas sim em uma dimensão de autoidentificação com um grupo específico por possuir determinados valores, ideais e condutas em comum⁹.

Se tal premissa é assumida como válida, seria possível alegar que é razoável a existência, por exemplo, de uma raça dos dogmáticos, uma vez que estes se reconhecem no ideal de que é possível e há meios, através da razão, para que o homem conheça a verdade; bem como uma raça dos católicos, já que se identificam por valores monoteístas, princípios de fé e regem-se com base em uma mesma doutrina ou, até mesmo, de Corintianos, dado que, bem na verdade, agrupam-se em torno de uma prática social praticamente de uma crença. Exemplos tais demonstram o alcance da fluidez e abrangência conceitual que foi atribuída à palavra “raça”.

Outrossim, o voto condutor afirma não somente que o legislador disse menos do que deveria dizer, mas que não pensou o que deveria pensar¹⁰. Há, aqui, ao menos duas questões que merecem ser destacadas: a) os julgadores permitiram-se ultrapassar os limites do sentido literal possível da palavra “raça”; b) o STF, com a sua posição, conferiu à norma jurídica fatos que não estão compreendidos no texto legal. É dizer que tomou uma posição criativa de norma incriminadora por meio da utilização de analogia *in malam partem*¹¹, violando, de tal maneira, o princípio da legalidade. Nessa linha, tomaremos como pano de fundo, para estudo da interpretação da lei penal, o princípio da legalidade, com base em dois conceitos, o *sentido literal possível* e a noção de culpabilidade.

⁹ ADO 26, rel. Min. Celso De Mello, p. 71-72.

¹⁰ PABLOS DE MOLINA, 2012, p. 149.

¹¹ MORILLAS CUEVA, 1990, p. 276.

4. DA CLÁUSULA PÉTREA DA LEGALIDADE (ART. 5º, XXXIX)

Princípio é aquele mecanismo em que os julgadores devem demarcar suas decisões e por meio do qual o poder legislativo, na elaboração das leis, em todos os ramos do direito, deve orientar-se. Igualmente, no campo penal e processual penal, os princípios, especialmente, os de ordem constitucional, sejam implícitos ou explícitos, possuem, também, demasiada importância, uma vez que serão eles os responsáveis pelas diretrizes de um Estado Democrático de Direito¹².

É, justamente, sob à luz da Democracia e sob este pretexto que o Legislador constitucional consolidou a ideia de legalidade, a qual está suficientemente demonstrada no texto da Carta Magna de 1988, no inciso II do seu artigo 5º, que diz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Já em uma compreensão jurídico-penal, este princípio encontra-se na alçada dos “direitos e garantias fundamentais”, escrito no art. 5º, inc. XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O princípio da legalidade constitui uma real limitação ao poder estatal e exerce a função garantidora do primado da liberdade do homem frente ao Estado, pois, a partir do momento em que alguém somente poderá ser punido pela prática de um crime previamente descrito pela lei penal como uma conduta delituosa, os membros da sociedade poderão sentir-se protegidos contra toda e qualquer invasão arbitrária do Estado em seu direito de liberdade.¹³

Desse ponto de vista, nos preocupa as consequências do raciocínio desenvolvido pela Corte Suprema, visto que admiti-lo, mesmo a pretexto de defender direitos fundamentais, representa prescindir a proteção de liberdades individuais, ao passo que se tornam ainda mais imprecisos os limites dos mandatários do Estado na tarefa de aplicar a justiça penal brasileira.

4.1 Essencialidade da Taxatividade da Lei Penal

O Princípio da Legalidade, do qual se inclui o subprincípio, da Taxatividade da Lei, juntamente com demais princípios traçam diretrizes genéricas que servem para

¹² NUCCI, 2015, p. 44.

¹³ FREITAS JUNIOR, 2016, p. 19.

estipular e definir os limites de elaboração e alcance das leis, bem como influenciar em sua interpretação e aplicação, tomando como ponto de arranque a ideia de que na atividade interpretativa o que primeiro se identifica é o aspecto semântico daquilo que se busca interpretar.

Assim, como desta NUCCI (2015, p. 44) acerca das observações de Nelson Hungria, a anterioridade e a taxatividade são imprescindíveis para a construção dos tipos penais incriminadores. Também anota o autor: “inexistiria o devido processo penal, caso se aceitasse a condenação de alguém, com base em tipo penal extremamente aberto, desrespeitoso ao princípio da taxatividade.” (2015, p. 44).

Como nos ensina Alaor Leite, “O direito penal opera com conceitos realísticos que devem guardar relação com o conteúdo do injusto da conduta que se quer proibir e com a redação escolhida pelo legislador” (2016, 267).

Desta feita, o Princípio da Taxatividade dos tipos penais tem o condão de tornar claro o objetivo de cada figura delituosa. Isso permite a exata captação do sentido dos modelos criminais, estabelecendo uma relação de confiança entre o *jus puniendi* do Estado e a legalidade referente ao indivíduo. Para tanto, as palavras não devem ser vistas isoladamente, mas interpretadas dentro de um contexto lógico.

4.2 Da Tipicidade penal

O Código Penal brasileiro em vigor não contém uma definição do conceito de crime, estabelecendo somente uma distinção entre este e a contravenção penal com relação às espécies de penas que poderiam ser aplicadas em cada caso. Essa diferença está prevista no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1941). Porém, se dentro de um conceito analítico de crime, adotarmos a denominada teoria tripartite, ele seria estruturado como um fato típico, antijurídico e culpável.¹⁴

A Tipicidade Penal pode ser definida como a subsunção do fato à norma penal. A perfeita moldagem do caso ao tipo penal descrito na lei. Por sua vez, o tipo penal é onde estão descritas as condutas consideradas lesivas aos bens jurídicos fundamentais, é dizer, um modelo de conduta criado única e exclusivamente por leis, garantido assim

¹⁴ NUCCI,2015,p.39

pelo princípio da reserva legal, estabelecido pelo artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, que preceitua: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Retomando nossa investigação, verifica-se que a lei a qual a Corte Suprema ajustou as condutas praticadas no contexto da homofobia e transfobia é bem clara: “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Trata-se, o ajuste típico realizado, em vista disso, da criminalização de uma conduta atípica.

Com isso, pretende-se destacar, que somente a lei, em seu sentido formal, pode estabelecer quais as condutas que devem ser consideradas puníveis com o peso e rigor de crime. Para isso, deverá a redação ser clara quanto à descrição da conduta, resguardando, dessa maneira, não só a instituição de uma norma penal incriminadora por lei, mas também a segurança jurídica no meio social. Esse procedimento evita que um tipo penal, possuidor de uma conduta objetiva genérica, acabe gerando certa insegurança em quem deva cumpri-la, por não saber ao certo se pode ou não ser responsabilizado criminalmente.

5. A INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL

5.1 O sentido literal possível

A interpretação é uma das dimensões da dogmática penal, tendo como seu objeto a letra do texto da lei, o que decorre, intrinsecamente, do princípio da legalidade, uma vez que somente a lei poderá servir de fonte direta para o Direito positivo. Sendo assim, desde logo, cumpre ressaltar que não pertence a atividade interpretativa da lei penal, tarefa do jurista, atos criativos de preceitos jurídicos.¹⁵

No entanto, diferentemente do que entendia os teóricos positivistas, a obtenção do Direito não se esgota na interpretação da lei.¹⁶ Aqui, também nos interessa a sua relação com a concretização dos princípios jurídicos, bem como em que passo encontra-se a relação entre os diferentes métodos interpretativos, também denominados cânones da interpretação¹⁷.

¹⁵ Ibid, p. 267.

¹⁶ SCHÜNEMANN, 2009, p. 84.

¹⁷ A fim de resguardar a coerência com objetivo deste trabalho serão apenas estes interesses mencionados. No entanto, SCHÜNEMANN (2009, p. 84) também aponta “la interpretación de la ley con respecto

Quanto aos critérios de interpretação, Schünemann (2009, p. 84) comenta que, segundo a opinião dominante na Alemanha, não existe hierarquia entre as formas de interpretação, a saber, gramatical, teleológica, histórica e sistemática. Vejamos como as define Morillas Cueva:

La interpretación gramatical es considerada por un sector de la doctrina la forma más elemental de aquélla, dado que todo acto interpretativo ha de empezar con el sentido literal de texto. [...] El elemento histórico interesa al intérprete en cuanto el Derecho es un producto histórico-cultural con lo que difícilmente una norma jurídica puede ser comprendida en su totalidad si no se conoce su formación y su evolución. [...] El tercer sentido de interpretación es el sistemático [...] Por medio de él se indaga el sentido de la norma jurídica atendiendo al emplazamiento sistemático y al contexto donde se encuentra ubicada, sacando las conclusiones lógicas oportunas. [...] El mecanismo teleológico se encamina a captar el fin o “telos” de la norma [...] indaga, ante todo, el contenido de la norma, representado por el fin que ésta persigue (1990, p. 269, 271-3 e 4).

Assim, é claro o caráter decisivo que possui a palavra, pois é dela que irá partir toda atividade interpretativa, devendo o intérprete, para a obtenção do Direito, caminhar sempre alinhado à todos os métodos de maneira recíproca e atento ao chamado *sentido literal possível*, sob pena de macular o princípio da legalidade.

Observar e proteger o *sentido literal possível* representa uma limitação, quando se trata de uma lei que impõe uma pena, à extensão e ao significado dos termos jurídicos e extrajurídicos nela empregados. Com efeito, é necessário destacar que quando tratamos de *sentido literal possível*, não pretendemos restringi-lo ou defini-lo estritamente ao caráter científico-semântico da palavra, ou seja, puramente gramatical, mas em sua significação usual, uma vez que há nisto repercussões na própria noção de culpabilidade essencial à Legalidade.¹⁸

Dispõe o artigo 1º da lei que define os crimes resultantes de preconceito de raça: “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (Lei nº 7.716). Para o tipo penal adequar-se aos comportamentos homofóbicos e transfóbico, a Suprema Corte

a outros procedimientos de aplicación del Derecho, o sea, por ejemplo, con relación a la tónica, a la discusión consecuencialista (...).”.
¹⁸ Não há que se falar em culpabilidade em um tipo penal que carece de preceito e sanção compreensivos. Ver HUNGRIA, 1978, p. 476,

os submeteu à noção do termo “Raça”. Vejamos o que diz o Ministro relator Celso de Mello em seu voto na ADO nº 26/DF, p. 71-2):

(...) constitucionalmente lícito proceder-se, mediante interpretação conforme, ao enquadramento dos atos homofóbicos e transfóbicos no conceito de racismo, em ordem a prevenir e a reprimir comportamentos que objetivam excluir e marginalizar, no contexto das práticas sociais e do sistema jurídico, um determinado grupo identificado não por sua configuração física ou étnica, mas, sim, por um conjunto de ideais, valores e condutas que se revelam comuns aos integrantes daquela mesma comunidade”.

Na verdade, o modo como o Supremo adotou um posicionamento ressignifica a palavra “raça” para fins penais, ultrapassando seu sentido comum, “que deve ser identificado pelo uso cotidiano da linguagem e também pelo contexto das palavras na redação típica como um todo (...)” (LEITE, 2016, p. 259). No caso em questão, em obediência ao sentido comum de “raça”, deve ser ela compreendida em seus vieses biológico e antropológico (como cor ou origem étnica).

No silêncio ou na lacuna do texto legal, onde o legislador deixou de regular, não está o julgador autorizado a entender a ausência de tutela legal, como liberdade para a seu critério eleger conclusões que achar oportunas e adequadas para solucionar os problemas. Assim como atuou a Suprema Corte nas decisões investigadas, justificando-se com base no argumento de que, enquanto intérpretes da Constituição, exige-se, uma posição de cumprimento do mandamento constitucional, originalmente direcionado ao poder legislativo, contido no inciso XLI, do artigo 5º, equiparando em termos criminais a homofobia e transfobia à discriminação em razão da raça.

Pode-se ler, o que diz o relator: “A omissão legislativa estaria a indicar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa homossexual ou transgênera é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade” (MI nº 47/33/DF, p. 23).

Indagamos, neste setor, que não pode o julgador, quando está em jogo a imposição de uma pena¹⁹, fazer as vezes do legislador, enquanto estivermos sob a vigência do *nullum crimen sine lege*, mesmo que exista uma determinação constitucional. Por consequência, “qualquer interpretação que destoe das linhas acima traçadas deve ser vista, no mínimo, sob o signo da suspeita. Afinal, estamos na fronteira entre analogia e interpretação.” (LEITE, 2016, p. 261).

¹⁹ ORDEIG, 2009 , p. 45.

Por mais que essa afirmação possa representar a ausência de regulação quanto à discriminação em razão da orientação sexual ou identidade de gênero, é preciso admitir que, neste caso, o legislador fracassou em seu labor regulatório. Em resumo, o teor literal possível marca o limite da interpretação, aquele, portanto, que é cognoscível à concepção do homem médio²⁰, permeando a noção de culpabilidade ou possibilidade de culpabilidade, outra premissa imprescindível ao princípio da legalidade, que não pode existir sem a consciência de violação de um dever jurídico²¹.

5.2 Anotações sobre a Analogia

Para alguns a obtenção do direito se desenvolve, por meio da interpretação, enquanto, para outros, ela representa apenas um passo, entre tantos na aplicação do direito.²² No Brasil, qualquer que seja a corrente adotada, vige a máxima do princípio constitucional da legalidade (art. 5º XXXIX, CF/88) do qual se extrai também, dentre tantos mandamentos, aquele que proíbe a analogia.

Interpretar pressupõe um ato de conhecimento, resultado lógico de um simples *silogismo*²³, que enseja dois objetivos, o primeiro, aplicar a norma no caso concreto, ou seja, subsumir a conduta ou fato à norma escrita e, segundo, a averiguação do sentido da norma. Nas palavras de LEITE (2016, p. 259) “deve-se partir da premissa de que cada palavra utilizada pelo legislador possui uma *intenção* e uma *extensão*, que demarcam o sentido literal possível”.

Ambas finalidades são fundamentais para a concretização de um sistema interpretativo, minimamente coeso que se adequa a função do direito penal, bem como para auxiliar o julgador na fronteira entre interpretação extensiva e a analogia.

Nos ensinamentos de PABLOS DE MOLINA (2012, p. 851) a analogia presume uma lacuna jurídica, isto é, opera sobre o silêncio da lei, ultrapassando o *sentido literal possível* ao subsumir em uma norma pressupostos não incluídos na mesma. Por sua vez,

²⁰ Conforme HUNGRIA, 1978, p. 25., referindo-se a capacidade de autodeterminação e entendimento ético-jurídico do *homo medius*.

²¹ HUNGRIA, 1978, p. 358.

²² SCHUNEMANN, p. 83

²³ diz que: “la premissa mayor la constituye la norma jurídica; la premissa menor, la inclusión de un caso concreto de la realidad en supuesto de hecho de dicha norma; y la conclusion, la aplicación a ese caso de la consecuencia jurídica prevista en la norma” (PABLOS DE MOLINA, 2012, p. 862).

a interpretação extensiva implica na existência de uma norma equivocada ou obscura, incluindo nela eixos compatíveis com seu *teor literal*.

A analogia, portanto, não diz respeito à uma forma de interpretação, mas sim, à um método de criação de uma norma incriminadora. Aqui, tomando como base os resultados para o réu, faz-se necessário distinguir analogia *in bonam partem* (que beneficia) e uma analogia *in malam partem* (que prejudica-o), diferenciadas nas anotações de Morillas Cueva (1990, p. 277) da seguinte forma:

La primeira es, en opinión de Sáinz Cantero, la que se aplica no para incriminar una conducta que no aparece sancionada en la ley [...], sino para eximir de responsabilidad criminal o para atenuar la pena, [...] aparándose en una norma que se refiere a conductas o a situaciones semejantes [...] La *in malam partem* actúa en sentido contrario, esto es, propiciando resultados desfavorables para el reo ya sean como creación delictiva ya como agravatoria.

Voltando à análise do objeto de estudo do presente trabalho, implica reconhecer que o voto condutor, face a omissão do legislador, interpretou a Lei de Racismo, criando uma figura criminosa, por similitude. Noutros termos, ultrapassou os limites do *sentido literal possível* da palavra “raça”, colocando-nos diante de analogia *in malam partem*.

Por fim, a vedação da utilização da analogia não representa um mero culto formalista e devoção à letra da lei,²⁴ mas uma especial preocupação com as consequências práticas que sua aplicação na atividade interpretativa pode projetar no plano das proteções das liberdades do individuais, da noção de culpabilidade e por quê não dizer na composição do Estado com bases democráticas.

De toda sorte, Morillas Cueva em seu estudo nos recorda o que significou o abandono do *teor literal possível* na Alemanha nazista, ao dispor expressamente em seu Código Penal a permissão para os juízes servissem-se da analogia, instituindo-se naquele Estado o chamado sano sentir del pueblo, “abrieron el paso a toda suerte de atropellos y calamidades (...)” (PABLOS DE MOLINA, 2012, p. 862), um verdadeiro caos e estado de insegurança jurídica.

Com efeito, nunca é demais recordar que, para além dos sentidos comuns das palavras, não há mais interpretação extensiva, mas ‘analogia’ (ENGISCH, 2010, p. 185). Assim observamos também neste ponto, a Corte Suprema se afastar dos caminhos

²⁴ PABLOS DE MOLINA, 2012, p. 861

metodológicos da dogmática, quando cria livremente novos crimes em desobediência ao que a lei estabelece, fundando-se em uma jurisprudência retórica que sofre de rigorosidade e poder de convencimento.²⁵

5.3 Aspectos da condição de reprovabilidade

O princípio da legalidade está internamente ligado à noção de culpabilidade, conceituada pela doutrina penal tradicional como o juízo de reprovação individual em face de determinada conduta típica, ilícita e, portanto, culpável²⁶. Dito isto, com norte na premissa de que sem lei não há crime, o presente tópico serve para expor, embora de forma não extensa, a relação que mantém os limites da interpretação da lei penal com este conceito.

Como visto acima, em tópico específico sobre o tema, quando o Juiz alarga o tipo penal incriminador, por interpretação, para abarcar determinada situação que não está compreendida no texto da lei, ultrapassa, *o teor literal possível*. Nesse momento, sistematicamente, o intérprete também atinge a compreensão que tem o indivíduo acerca daquele injusto penal, a chamada noção de culpabilidade.²⁷

Cumprе anotar que este princípio fornece diretrizes, não somente ao julgador, no sentido de limitá-lo à palavra escrita, bem como se dirige ao legislador quanto a necessidade deste preconizar a taxatividade no momento de determinar o âmbito da tipicidade, devendo fazê-la de forma clara, sem espaços ao arbítrio do juiz.

Nas palavras de Hungria: “A supressão do princípio da legalidade subverteria a própria noção da culpabilidade, que não pode existir sem a consciência da violação do dever jurídico, ou possibilidade dessa consciência” (HUNGRIA, 1955, p.13). Vejamos a seguinte situação: o sujeito que, antes concretizar determinada conduta, não pode ler na lei escrita que a ação que pretende realizar é penalmente punida, não pode tampouco ter conhecimento da sua proibição, é dizer, não há motivos para considerar-se culpado.

Quando a Suprema corte, por meio da utilização da analogia proibida, na resolução da ADO nº 26 e do MI nº 4733/DF, estabelece que serão assimilados à Lei 7.716 (Lei de

²⁵ SCHÜNEMANN, 2009, p. 88.

²⁶ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2018, p. 541.

²⁷ Não há que se falar em culpabilidade em um tipo penal que carece de preceito e sanção compreensivos. Ver HUNGRIA, 1978, p. 476,

Racismo), as práticas homofóbicas e transfóbicas, instantaneamente, fere o princípio da legalidade, deixando, assim, de existir a possibilidade de se exigir do seu destinatário, qualquer espécie de reprovação jurídica-penal acerca dela, uma vez que, bem na verdade, o que se vê é postura criativa de um injusto penal fora da lei escrita e uma significação atribuída à palavra “raça” distante daquela usualmente conhecida, isto é, cognoscível ao homem médio.

Por mais intolerável e reprovável socialmente que seja as atitudes e comportamentos que discriminam, segregam ou inferiorizam outras pessoas, em razão da sua orientação sexual ou identidade de gênero sejam, se estas ações estão não foram previstas pelo legislador e devidamente entabuladas em lei, “o agente não deve contas à justiça repressiva, não ultrapassou a esfera da licitude jurídico penal.” (HUNGRIA, 1955, p. 12)

Em igual sentido, neste caso, diz Zaffaroni e Pierangeli (2018, p. 342) que “(...) há uma situação em que somente exclui a reprovação, porque não se pode exigir do autor outra conduta, mas se reconhece, perfeitamente, que seu comportamento afetou a ordem jurídica.”

Aqui, o princípio da legalidade, assume seus contornos político-criminais, pois assim a culpabilidade do agente, também nos importa quanto limitação do poder do Estado frente às liberdades individuais, inibindo a tentação que permeia os tribunais, em tomarem para si a função de legisladores e realizaram sua própria justiça de forma arbitrária. Assim, neste caso, mais vale a impunidade de determinado indivíduo por sua inadequação às formas repressivas legais, do que uma sentença de morte às liberdades individuais.²⁸

O indivíduo passaria a viver em constante sobressalto, sempre na impaciência de ser ver sujeito à reação penal por fatos cuja anti-sociabilidade escapasse ao seu mediano senso de ajustamento à moral ambiente. Seria inevitável o conflito entre a apurada mentalidades dos juizes e a mentalidade média do homem do povo, ficando este subordinado a um juízo de reprovação muitas vez inacessível ao seu próprio entendimento. (HUNGRIA, 1955, p. xx)

Enxergar o horizonte dessas repercussões é muito fácil e a razão é clara: à medida que se relativiza critérios dogmáticos, abre-se uma porta com livre passagem aos preconceitos, sensibilidades ético-individuais e critérios próprios de cada juiz. Uma verdadeira contramarcha à segurança jurídica.

²⁸ HUNGRIA, 1955, p.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem dúvidas o legislador brasileiro omitiu-se ao deixar de dispensar a tutela penal do Estado no tocante à discriminação e ao preconceito por orientação sexual e identidade de gênero. Aqui, por tratar-se de uma questão de promoção de dignidade humana, além de sua relevância constitucional, para muitos, parece intuitivo aceitar o ajuste típico das condutas homofóbicas e transfóbicas à Lei de racismo, realizado pelo STF.

Entretanto, chegado à este ponto, com base em um discurso apoiado nos dogmas da ciência metodológica do direito, podemos afirmar que embora a discriminação e o preconceito sejam condutas reprováveis socialmente, sua criminalização não se admite pelo caminho percorrido pelo Supremo, por meio do julgamentos da ADO nº 26 e do MI 4733/DF.

A dinâmica adotada pela Suprema Corte, nos julgados em exame, expressam uma política criminal populista que sob o pretexto de aperfeiçoar o Direito, passa por cima da lei, criando um Direito contrário à norma. Verifica-se, portanto, que a turma julgadora assumiu postura negativa à existência dos critérios delimitadores da aplicação do Direito²⁹, para o qual o texto legal é somente um dos critérios que levam à obtenção do direito.

Frente à assistemática do legislador brasileiro, esse modelo de desenvolvimento metodológico, fundado na relativização da ciência jurídica tradicional por uma jurisprudência retórica, representa um símbolo de uma expressa renúncia à previsibilidade da aplicação do Direito,³⁰ com forte tendência a tornar a atividade interpretativa cada vez mais imprecisa, aberta à concepções próprias do intérprete e distante do princípio da legalidade.

Os juízes da Corte Suprema extrapolaram o sentido literal possível de “raça” à pretexto de atender à ordem constitucional. Assim, ao passo que isto se realiza de maneira desconexa à atividade dogmática e desatenta às consequências sistemáticas das suas decisões, automaticamente, desobedecem o princípio da legalidade e maculam a própria Constituição.

²⁹ Chamado por SCHUNEMANN de Direito Moderno, segundo o qual, por ausência de clareza semântica da lei não há critérios máximos capazes de distinguir a aplicação do Direito em favor e contra a lei. (2009, p. 84)

³⁰ SCHUNEMANN, 2009, p. 88

Em tempo, considerando-se plausível todo o exposto, é forçoso reconhecer que são reações jurídicas, como a ora analisada, que denunciam a atuação do Judiciário brasileiro em manifesto voluntarismo jurisdicional, à medida que ultrapassa os estreitos limites de sua função e nega premissas basilares por meio da escusa de atender o “sentimento popular” e recuperar o prestígio constitucional.

Chegamos à seguinte conclusão: é necessário que a aplicação da norma jurídica seja conduzida a um campo de discussões, antes de tudo, científicas e que levem em conta os obstáculos e cânones impostos pela Dogmática. É dizer: o julgador precisa considerar os reflexos sistêmicos que sua decisão efetivamente produzirá.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de nov de 2019. Diário de Justiça eletrônico nº. 242/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>>. Acesso em: 10 maio. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4733/DF. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 20 de fev de 2019. Diário de Justiça eletrônico nº 37/2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-celso-mello2.pdf>>. Acesso em: 10 maio. 2019.

BUENO ARÚS, F., La ciencia de Derecho Penal: un modelo de inseguridad jurídica, 1. ed., Thomson Civitas, 2005, p. 45.

ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. Stuttgart: Kohlhammer, 2010.

HASSEMER, Wilfried. Seguridad por intermedio del Derecho penal. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Director). Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María de Mar Diaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 56.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, v. I, tomo I, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955.

HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal, v. I, tomo II, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LEITE, Alaor. Interpretação, analogia e sentido literal possível: o exemplo da apropriação indébita de numerários. *In: Perspectiva das ciências criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do prof. Dr, René Ariel Dotti*. Rio de Janeiro: GZ, 2016 . p. 250-251.

MASIERO, Clara. Criminalização da homofobia e política-criminal brasileira: Análise-crítica do PLC 122/2006. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 171-186, jul. 20 13. Disponível em: <revistaseletronicaspucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/15243>. Acesso em: 02 ago. 2019.

MORILLAS CUEVA, L., Metodologia y Ciencia Penal, Universidad de Granada, 1990, p. 276.

MOTTA FILHO, C. O direito e o senso comum. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 40, p. 149-162, 1 jan. 1945. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66044>>. Acesso em: 02 ago. 2019.

PABLOS DE MOLINA, A., La interpretación de La Ley Penal, v. II, 5. ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, p. 851.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 32 e 33.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y metodo de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 2009.

PUPPE, Ingeborg. *Kleine Schule des juristischen Denkens*. 3. Aufl. Göttingen: Vanderhoeck & Ruprecht, 2008.

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Band I – Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. Aufl. Munique: C. H. Beck, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd Theodor. Colección autores de derecho penal, tomo I, Buenos Aires: Rubinzal, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

**FINALIDADES DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO: NOTAS SOBRE A FORMATAÇÃO DE UM MODELO
JUSTIFICIONISTA DEMOCRÁTICO**

*PURPOSES OF THE CRIMINAL SANCTION IN THE BRAZILIAN LEGAL
SYSTEM: NOTES ON THE FORMAT OF A JUSTIFYING DEMOCRATIC
MODEL*

Rafael Barros Bernardes da Silveira

Doutorando em Direito Penal pela UFMG. Mestre em Direito Penal pela UFMG.

Analista Executivo de Defesa Social na Secretaria de Estado
de Segurança Pública – SESP/MG.

E-mail: rafaelbarrosbs@gmail.com

Resumo: O primeiro objetivo deste estudo, dando concretude a um debate que costuma ocorrer em plano abstrato, é definir por meio de exame do ordenamento jurídico e de análise bibliográfica, quais seriam as finalidades atribuídas à pena no direito penal brasileiro. Numa análise preliminar se detecta uma atribuição de finalidades múltiplas, valendo destacar: a) o artigo 59 do Código Penal, que ao tratar da fixação da pena, estabelece que esta será definida pelo Juiz “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, disposição que mescla retribuição e prevenção, esta última, entendida “como exemplaridade (prevenção geral positiva) e, de maneira secundária, como intimidação (prevenção geral negativa)” (BOITEUX, 2007, p.188); b) o artigo 1º da Lei de Execução penal, que estabelece para a execução da pena o objetivo de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” – contemplando a prevenção especial positiva. Tratando-se de indicações que dizem respeito à legitimação do sistema punitivo, entende-se que estas devem guardar compatibilidade com o ordenamento jurídico, especialmente com postulados constitucionais. Neste sentido, a afirmação que inaugura a *Carta Magna*, de que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, revela a necessidade de que o modelo punitivo que se constitui no país se compatibilize com a natureza jurídico-democrática da República – ou seja, impõe que se constitua um modelo jusitificacionista democrático. Assim, surge

outra questão essencial, que representa o segundo objetivo deste trabalho: definir quais seriam as características essenciais do mencionado modelo jusitificacionista democrático. Para se chegar a uma solução, o presente estudo se debruçará, por meio de pesquisa bibliográfica, sobre três proposições teóricas, reconhecidas internacionalmente como modelos paradigmáticos de justificação da pena com bases democráticas: o modelo unificador de Roxin (1997), a teoria da intimidação de Feuerbach, revisitada e aprimorada por Greco (2015), e o “utilitarismo reformado” de Ferrajoli (2014, 2006). A análise das proposições referenciadas indicará a existência de uma diretriz fundamental preponderante (debatidas as divergências identificadas), a qual se defenderá que deva ser aplicada ao ordenamento jurídico brasileiro: a formatação essencial de um modelo punitivo de viés democrático representa a negação de qualquer dimensão justificacionista absoluta, de prevenção geral positiva, e de prevenção especial (pensada por uma lógica impositiva). Com isso, se concluirá pela necessidade de reformulação dos dispositivos que identificam as finalidades da pena no ordenamento jurídico brasileiro, de maneira a ajustá-los ao identificado modelo justificacionista.

Palavras-chave: Finalidades da pena; Modelo justificacionista democrático; Utilitarismo reformado; Teoria unificadora; Teoria da intimidação.

Abstract: The first objective of this study, giving concreteness to a debate that usually occurs in an abstract plan, is to define through legal analysis and bibliographic analysis, what would be the purposes attributed to the punishment in the brazilian punitive model. Specifically, in a preliminary analysis, an attribution of multiple purposes is detected, highlighting: a) Article 59 of the Brazilian Penal Code, which, when dealing with the determination of the sentence, establishes that it will be defined by the Judge “as necessary and sufficient for reprobation and crime prevention “, a provision that combines retribution and prevention, the latter, understood as” exemplary (general positive prevention) and, in a secondary way, as intimidation (negative general prevention) “(BOITEUX, 2007, p.188); b) Article 1 of the Criminal Execution Law, which establishes for the execution of the sentence the objective of “providing conditions for the harmonious social integration of the convicted and the interned” – contemplating positive special prevention. Understanding that these provisions deal with the legitimacy of the punitive system, it is also understood that they must be compatible with the legal system, in particular with constitutional provisions. In

this sense, the statement that inaugurates the *Magna Carta*, that the Federative Republic of Brazil constitutes a Democratic Legal State, reveals the need for the punitive model that the country constitutes to be compatible with the juridical-democratic nature of the Republic – which means that it imposes a democratic justificationist model. Thus, another essential question arises, which represents the second objective of this article: to define what would be the essential characteristics of the aforementioned justificationist democratic model. In order to arrive at a solution, the present study will examine, through a bibliographical research, three theoretical propositions, internationally recognized as paradigmatic models of justification of the criminal sanction, with democratic bases: Ferrajoli's "reformed utilitarianism" (2014, 2006, 2002); the unifying model of Roxin (1997); and Feuerbach's theory of intimidation, revisited and improved by Greco (2015). The analysis of the referenced propositions will indicate the existence of a preponderant fundamental guideline (discussed the divergences identified), which will be defended to be applied to the Brazilian legal system: the essential formatting of a punitive model of democratic nature represents the denial of any dimension of absolute justification, general positive prevention, and special prevention (understood by a compulsory logic). With this, this article will conclude by the necessity of reformulation of the legal devices that identify the purposes of the sentence in the Brazilian legal order, in order to adjust them to the identified justificationist model.

Keywords: Purpose of criminal sanction; Democratic justificationist model; Reformed utilitarianism; Unifying theory; Theory of intimidation.

Sumário: Introdução. 1. Por que punir? – Panorama geral dos modelos justificacionistas. 2. Finalidades da pena no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Em busca de um modelo justificacionista democrático – análise de proposições teóricas paradigmáticas. 3.1 Teoria Unificadora. 3.2. Teoria da Intimidação. 3.3. Utilitarismo Reformado. 4. Ainda sobre a formatação do modelo justificacionista democrático – confronto entre as dimensões justificacionistas. Conclusões.

INTRODUÇÃO

O problema da justificação da pena representa uma das mais importantes questões da filosofia do direito penal (FERRAJOLI, 2014, p.230). A centralidade do assunto

em questão se explica pelo fato de que é a pena (como sanção específica) aquilo que caracteriza e distingue o direito penal dos demais ramos jurídicos.

Estudar o que se pensa sobre a pena, em verdade, significa estudar o ponto de partida de um sistema punitivo. E mais do que isso: em última análise, quando se defende ou se justifica um modelo de sistema penal se está defendendo, por consequência, a aplicação da pena.

Apesar de se tratar de complexa problemática, a questão da justificação da pena pode ser resumida a partir seguinte ideia: a sanção penal representa uma violência. Ainda que executada pelo Estado e imposta ao indivíduo como consequência da prática do delito, uma violência. Contudo, trata-se de intervenção legítima, aceitável. E sua legitimidade reside na sua justificação. Em outras palavras: há “algo” que torna a pena, uma rigorosa modalidade de sanção, em medida tolerável e admissível. É justamente sobre esse “algo” que se debruçam as discussões sobre a legitimidade da pena, ou seja, o estudo de qual ou quais seriam as razões que justificariam a intervenção penal.

As lições de Ferrajoli ajudam a compreender a questão. Na visão do italiano, a justificativa da imposição da pena deve ser pensada pela ótica do cidadão. Partindo de uma noção contratualista, argumenta o autor que é o cidadão quem confere ao Estado o direito de puni-lo, de exercitar o monopólio do uso da força e impor a pena, e o faz por entender que a imposição desta medida se relaciona ao alcance de um objetivo ou finalidade desejada pelo cidadão.

Ao longo da história, várias proposições surgiram na tentativa de estabelecer qual seria esta finalidade capaz de justificar a imposição da pena. A doutrina consagra uma divisão classificatória entre estas proposições, bastante conhecida e repetida pelos manuais.

Não sendo o propósito deste estudo se aprofundar nos debates sobre a classificação em comento, vale trazer ao menos breves considerações sobre ela, com base especialmente nas lições de Ferrajoli.

1. POR QUE PUNIR? – PANORAMA GERAL DOS MODELOS JUSTIFICACIONISTAS.

A literatura jurídica tradicionalmente divide os modelos de justificação do direito penal em doutrinas absolutas e doutrinas relativas.

Os modelos absolutos (FERRAJOLI, 2006, p.235/240) seriam aqueles que justificariam a existência do direito penal e da pena como um fim em si mesmo. Haveria

neles manifesto caráter retributivo – a justificativa da pena estaria exatamente na relação de retribuição que se forma entre o crime (violência) e a pena (violência).

Por sua vez, sobre as doutrinas relativas (2006, p.240/244) – explica o autor que se tratam de proposições que se fundam na ideia de que a justificativa da imposição da pena não seria apenas a necessidade de punir o mal causado pelo crime, mas a perspectiva de que, por meio de tal punição, fosse possível prevenir a prática de delitos. A comentada prevenção, por sua vez, poderia ser contemplada por diversas dimensões – geral e especial, positiva e negativa.

Em termos sucintos, a prevenção especial se refere à ação da pena sobre o delincente individualmente considerado, enquanto que a prevenção geral diz respeito à ação da pena sobre toda a sociedade de maneira ampla.

A prevenção especial negativa estaria ligada à ideia de que o delincente precisa ser neutralizado e mantido à distância. Com efeito, para as doutrinas que se constroem com base nessa noção, a justificativa da pena estaria na necessidade de inocuidade do criminoso.

A prevenção especial positiva, lado outro, estaria ligada a noção de pena como reeducação, ressocialização ou cura.

A dimensão geral positiva da prevenção, em suma, estaria ligada à ideia de justificação diante da necessidade de integração social e do reforço da fidelidade do Estado e do conformismo das condutas. É dizer, quando o Estado estabelece uma pena para o crime de homicídio, por exemplo, está indicando para a sociedade que a vida é um atributo de extrema importância, já que sua violação desafiaria a intervenção penal. Com isso, o Estado quer comunicar para o cidadão os atributos sociais que seriam importantes e valorosos, e indicar que ele está comprometido com sua proteção. Ademais, a pena se imporia como necessária – caso contrário, não sendo ela aplicada, a comunicação do Estado estaria esvaziada, caindo o ente em descrédito.

Por fim, vale assinalar que a perspectiva da prevenção geral negativa é a de prevenir a prática delincente por meio da intimidação. A ideia é simples: a partir da previsão em abstrato da pena, o potencial delincente, temeroso pela reprimenda, decidiria por não praticar o crime. Daí a justificativa da imposição da sanção penal – a necessidade de se desestimular a prática delincente.

As proposições teóricas que se consolidaram ao longo dos últimos séculos se concentram na invocação de uma (as ditas doutrinas puras) ou mais de uma (as doutrinas

mistas) destas perspectivas, retributivas ou preventivas, como justificativa para a imposição da pena.

Não interessa ao presente trabalho promover uma análise exaustiva de todos os abundantes modelos justificacionistas, ou mesmo dos mais destacados, no campo abstrato. Este estudo representa uma incursão sobre um problema concreto, muito mais bem delimitado, que se resume em dois objetivos principais.

O primeiro deles é definir, a partir de exame do ordenamento jurídico e de análise bibliográfica, quais seriam as finalidades atribuídas à pena no direito penal brasileiro. A preocupação que orienta este estudo é a noção de que as disposições que dizem respeito à legitimação do sistema punitivo devem guardar compatibilidade com o ordenamento jurídico, especialmente com disposições constitucionais. Neste sentido, a afirmação que inaugura a *Carta Magna*, de que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, revela a necessidade de que o modelo punitivo que se constitui no país se compatibilize com a natureza jurídico-democrática da República – ou seja, impõe que se constitua um modelo jusitificacionista democrático.

Concluída a referida análise, este estudo prosseguirá em direção ao segundo objetivo: definir quais seriam as características essenciais do mencionado modelo jusitificacionista democrático.

Para se chegar a uma solução, se debruçará, por meio de pesquisa bibliográfica, sobre três proposições teóricas, reconhecidas internacionalmente como modelos paradigmáticos de justificação da pena com bases democráticas: o modelo unificador de Roxin (1997, 2008); a teoria da intimidação de Feuerbach, revisitada e aprimorada por Greco (2015), e o “utilitarismo reformado” de Ferrajoli (2014, 2006, 2002).

Da análise destes três modelos paradigmáticos se pretende extrair as diretrizes fundamentais para a formatação de um modelo punitivo de viés democrático, contrapondo-as ao modelo justificacionista adotado no Brasil.

Em suma: não se quer apenas saber qual o modelo adotamos, mas especialmente avaliar se trata-se de modelo compatível com um paradigma de direito penal democrático.

2. FINALIDADES DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Examinar os fins da pena no Direito Penal brasileiro é missão dificultosa, pois a legislação nacional, destacadamente a constitucional, não traçou, de maneira específica e

bem delimitada, quais seriam as finalidades a serem buscadas pelo sistema penal – e mais do que isso, que serviriam à justificação da intervenção punitiva.

No diploma em que mais se poderia esperar uma indicação – a Constituição de 1988 – é onde mais se nota sua ausência.

Em que pese a *Carta Magna* ter trazido disposições sobre a pena, como bem pontua Alamiro Velludo Salvador Netto, os comandos constitucionais sobre a matéria “destinam-se mais a conter excesso ou modalidades inaceitáveis de reprimenda, do que em postular de modo assertivo quais devem ser as reais finalidades alcançadas com as sanções” (2009, p. 249). Referimo-nos, especialmente, ao inciso XLVII do artigo 5º da Constituição, que prescreve a vedação quanto à pena a) de morte, salvo em caso de guerra declarada; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e e) cruéis.

Se o texto constitucional não resolve o problema sobre o qual aqui se debruça, uma alternativa seria recorrer à doutrina e à legislação infraconstitucional, a fim de precisar a finalidade (ou as finalidades) da pena invocadas para a justificação da imposição da comentada reprimenda no país.

Também nestas duas esferas, há grandes controvérsias.

No campo legislativo, vale assinalar que apenas em 1984, com a reforma da Parte Geral do Código Penal, é que as finalidades da pena passaram a ser minimamente traduzidas legalmente no país. Até então, nenhum dos códigos penais antecessores trazia qualquer disposição sobre o assunto.

Em concreto, o que fez a reforma de 84, no tocante à questão, foi prever no artigo 59 do Código Penal, ao tratar da fixação da pena, que esta seria definida pelo Juiz “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Efetivamente, o código diz muito pouco, mas entende a doutrina que, com tal redação se viram afirmados expressamente “os fins almejados pela punição e orientadores do procedimento de fixação [da pena]” (NETTO, 2009, p. 252).

Trata-se de disposição que mescla retribuição e prevenção. Contudo, a dimensão preventiva invocada pelo Código também não veio precisamente identificada. Coube mais uma vez à literatura jurídica delinear por qual acepção deve ser entendida a referenciada prevenção. Há controvérsias sobre o tema, mas prevalece a ideia de que a prevenção do código penal deve ser tomada “como exemplaridade (prevenção geral positiva) e, de maneira secundária, como intimidação (prevenção geral negativa)” (BOITEUX, 2007, p.188);

Por ter adotado considerações de cunho retributivo e preventivo, diz-se que a legislação brasileira assumiu um caráter misto (NETTO, 2009, p. 253).

Há, ademais, outro dispositivo tradicionalmente mencionado nos debates sobre finalidades da pena no Brasil – o artigo 1º da Lei de Execução Penal (LEP) – Lei 7210 de 11 de Julho de 1984, que estabelece para a execução da pena o objetivo de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

O comentado artigo estaria indicando, também segundo o entendimento doutrinário majoritário, a prevenção especial positiva como objetivo e fundamento da imposição da pena.

Haveria divergências, contudo, com relação à conjugação – entre o disposto no Código Penal e na LEP. Como esclarece Netto, há quem entenda que a prevenção estatuída pelo legislador no Código Penal não teria incluído a dimensão especial. A indicação do Código, como se destacou, se consolidaria na prevenção geral – positiva e negativa – e na retribuição, todas essas dimensões ligadas à *definição* da pena. Desta feita, a prevenção especial positiva representaria uma finalidade adicional – como critério da execução.

Outra interpretação possível, minoritária na literatura, é que a afirmação da LEP representaria apenas uma repetição do que o Código já havia descrito: o CP menciona prevenção e retribuição, tendo contemplado, com isso, todas as dimensões preventivas. A LEP, por sua vez, estaria apenas realçando uma destas dimensões preventivas já consagradas. De qualquer maneira, esse realce representaria a definição da ressocialização como objetivo “preponderante a ser buscado pelo Estado na fase executória” (NETTO, 2009, p. 255).

Em suma, a imprecisão da legislação dá ensejo a uma vastidão interpretativa e, como se percebe, a doutrina revela mais debates do que certezas.

Fica também evidente que esse panorama de indefinições se deve à falta de coerência normativa quanto à delimitação dos fins da pena (NETTO, 2009, p.266). Para além de todos os pontos já levantados, vale acrescentar que a própria LEP, que identifica a reintegração social do condenado como objetivo da execução da pena traz uma série de disposições que desafiam esta afirmação – a possibilidade de imposição do regime disciplinar diferenciado, por exemplo, “mecanismo notório de exclusão” (NETTO, 2006, p. 266) em nada se aproxima da prevenção especial positiva.

E mesmo que seja possível detectar nos dispositivos em análise a referência a uma dimensão preventiva para a pena, a maioria dos doutrinadores brasileiros – inclusive

alguns dos mais clássicos e prestigiados – sempre demonstrou uma aproximação com as doutrinas absolutas ou com doutrinas mistas de caráter preponderantemente retributivos.

Como destaca Netto (2009, p.251) dois grandes exemplos de defensores de uma clara visão retributiva – preponderante em relação à prevenção – seriam Nelson Hungria e Frederico Marques, consagrados autores das ciências penais brasileiras.

Haveria, ademais, autores que, identificando a pluralidade de perspectivas, e no intuito de compatibilizar a existência simultânea de todas elas, se propuseram a elaboração de um modelo que divide os fundamentos e finalidades da pena de acordo com o momento de sua realização – a cominação, a fixação e a execução. A proposição que mais repercutiu na literatura jurídica foi a de Heleno Fragoso, assim sintetizada por Netto (2009, p. 252):

- No momento da cominação, a sanção estaria fundamentada na preservação da ordem e da segurança social, como medida de dissuasão da prática delinvente;
- Na fase da aplicação da pena, a reprimenda se basearia na infração praticada e na demonstração, ao condenado, da efetividade da ameaça penal;
- Por fim, a ressocialização seria o fundamento da punição invocado para justificar a execução propriamente dita da pena.

Notadamente, a proposição de Fragoso, por mais que traga fortes indicativos, não estabelece de maneira direta a que dimensão retributiva ou preventiva estaria associado cada momento da realização da pena. Contudo, o modelo do autor serviu de base para que a doutrina trouxesse uma divisão mais pormenorizada – separação esta que se tornou consagrada nos manuais brasileiros, como bem exemplificam as lições de Sanches:

O Código Penal não se pronunciou sobre qual teoria adotou, mas modernamente entende-se que a pena tem tríplice finalidade (polifuncional):

(A) retributiva;

(B) preventiva;

(C) reeducativa, cada uma dessas identificada em um momento próprio, específico.

Quando o legislador cria o crime, cominando-lhe a sanção penal (pena em abstrato), revela-se o seu caráter preventivo geral.

Ao estabelecer os parâmetros mínimo e máximo da pena, afirma-se a validade da norma desafiada pela prática criminosa (prevenção geral positiva), buscando inibir o cidadão de delinquir (prevenção geral negativa);

Praticado o crime, no momento da sentença (aplicação da pena) o magistrado deve observar outras duas finalidades: a retributiva e a preventiva especial.

(...)

Por fim, na etapa da execução penal concretiza-se a retribuição e prevenção especial (disposições da sentença), ganhando relevo a prevenção especial positiva. SANCHEZ, 2016, p.396/398

Diante de todo o exposto, mesmo em face da significativa controvérsia detectada, faz-se necessário extrair um desfecho para o presente tópico, a fim de se prosseguir com o debate que será empreendido neste estudo. A solução será compilar os resultados da investigação obtidos até então, com acréscimo de algumas considerações críticas:

- a) Não há na Constituição de 1988 uma indicação de quais seriam as finalidades da pena adotadas para justificar a previsão ou a imposição da comentada reprimenda no sistema punitivo brasileiro;
- b) A legislação infraconstitucional, por sua vez, traz algumas indicações sobre o assunto, mas tratam-se de manifestações imprecisas;
- c) Há, contudo, uma referência a necessidades retributivas e preventivas;
- d) Quanto à retribuição, detectou-se que há grandes defensores desta dimensão, alguns que inclusive sustentam que ela seja tomada como justificativa preponderante para a pena;
- e) Sobre a prevenção, é somente pelo trabalho da doutrina que se define a qual dimensão preventiva estaria se referindo o Código Penal. Nesse campo, especialmente, haveria significativas divergências.
- f) Ao menos com relação à execução da pena, prevalece um entendimento de que o texto da LEP teria associado a referida fase de concretização da reprimenda com uma ideia de prevenção especial positiva;
- g) Sobre a prevenção geral negativa – ou intimidação – também parece haver um relativo consenso de que tal dimensão se encontra contemplada no ordenamento jurídico brasileiro, representando a justificação da cominação da pena. O raciocínio por trás de tal ideia estaria na noção de que a previsão em abstrato da reprimenda deveria ser tomada como medida de dissuasão da prática delincente.
- h) Também seria possível admitir a consagração de uma perspectiva de prevenção geral positiva no Brasil – a partir da noção de que a concretização da pena

representaria a confirmação da eficácia dos valores jurídicos e da fidelidade do Estado;

- i) E por fim, mesmo a prevenção especial negativa pode ser identificada em disposições da LEP como a possibilidade do estabelecimento do RDD.

Este trabalho partirá então da noção de que as finalidades da pena adotadas no Brasil para justificar a intervenção penal seriam a) retribuição; b) prevenção geral positiva; c) prevenção geral negativa; d) prevenção especial positiva; e) prevenção especial negativa.

Resta agora definir se estas representam justificativas aceitáveis para legitimar a pena, se pensadas pela ótica democrática.

3. EM BUSCA DE UM MODELO JUSTIFICACIONISTA DEMOCRÁTICO – ANÁLISE DE PROPOSIÇÕES TEÓRICAS PARADIGMÁTICAS.

3.1 Teoria Unificadora

O ponto de partida da construção de Claus Roxin é o entendimento de que o fim da pena só pode ser de tipo preventivo (1997, p.95).

Com isso, o autor rechaça as noções justificacionistas retributivas, apesar de admitir que a pena representa uma intervenção coercitiva do Estado, com evidente caráter represivo.

Notadamente, a proposição unificadora de Roxin contemplaria conjuntamente a prevenção geral e a especial. Para o autor, as duas dimensões preventivas seriam igualmente legítimas, posto que os delitos podem ser evitados tanto por meio da influência sobre o particular quanto sobre a coletividade.

Para apresentar sua proposta, Roxin evidencia a existência de um possível obstáculo: a questão da compatibilidade na defesa da perseguição simultânea do fim preventivo geral e do fim preventivo especial. No entendimento do autor, não haveria problema algum em se atribuir à pena simultaneamente fins preventivos das duas dimensões. Notadamente, nos casos em que a pena declarada na sentença fosse adequada para alcançar eficazmente ambos os fins, a inexistência de problemas seria evidente (ROXIN, 1997, p.95). Lado outro, haveria ocasiões em que o caso concreto não indicaria a existência de necessidades preventivas das duas dimensões. Para solucionar tais casos o autor assinala uma diretriz:

o fim preventivo persiste, mesmo que a situação não requeira uma prevenção desde todos os pontos de vista ao mesmo tempo. Pode a sanção se basear unicamente no fim preventivo geral, se o caso concreto não apresenta perigo algum de reincidência – o que afastaria a necessidade da prevenção especial positiva (ROXIN, 1997, p.95).

A mesma ideia – de que a legitimação da sanção não depende da existência simultânea das necessidades preventivas – tem especial importância nas ocasiões em que o condenado não colabora para uma execução ressocializadora da pena. Com efeito, como explica o professor alemão, uma pena que se proponha a compensar os defeitos de socialização do autor só poderá ser pedagogicamente eficaz quando se realizar a partir de uma relação de cooperação com o condenado. Uma socialização impositiva seria inadmissível e com poucas perspectivas de êxito (ROXIN, 1997, p.96). O condenado tem o direito de que o Estado o ajude na reinserção social que ele mesmo deseja (ROXIN, 1997, p.96). O Estado pode insistir para despertar o interesse de colaboração do apenado, mas jamais forçá-lo.

Ocorre que, nas ocasiões em que a dimensão preventiva especial positiva não se realiza – em face da não adesão do apenado – ainda assim a pena deve ser executada, diante da necessidade de prevenção geral, suficiente à justificação da reprimenda.

O conflito entre as dimensões preventivas geral e especial só existiria na ocasião em que ambos os fins exigissem quantidades distintas de pena.

Para explicar tal oposição – e apresentar sua solução – Roxin parte da análise de um hipotético caso concreto (1997, p.96/97): um jovem que provoca uma lesão com resultado morte em uma briga.

- a) Com base na prevenção geral, se definiria uma necessidade de imposição de três anos de reprimenda.
- b) Por outro lado, a apreciação da prevenção especial indicaria que um ano (com remissão condicional) seria o máximo possível de pena aplicável à situação – impor uma reprimenda maior do que essa representaria uma grave dessocialização do autor, podendo colaborar para sua eventual reincidência.

Debate o autor que escolher uma das opções indicadas seria privilegiar uma das dimensões preventivas em detrimento da outra. A solução deste conflito de finalidades estaria, para Roxin, num sopesamento entre ambas, com a definição de uma ordem de preferência: a prevenção especial deve prevalecer, de forma que, no caso analisado, a pena a ser aplicada seria a de um ano (com remissão condicional).

A eleição da prioridade da prevenção especial – em detrimento da geral – se deve a dois fatores elencados pelo autor: a) ao fato da ressocialização representar um imperativo constitucional que não poderia ser desobedecido nas ocasiões em que fosse possível o seu alcance; b) à percepção de que, se prevalecesse a prevenção geral, o efeito de prevenção especial poderia ser prejudicado – como no caso concreto avaliado, com aplicação de uma pena maior. Por outro lado, a preferência pela prevenção especial não exclui os efeitos de prevenção geral – mas se impõe como limitação a esta. Como bem esclarece o autor, trata-se de definir um *complexo equilibrio*: a prevenção especial indicando que a pena não pode se prolongar ao ponto de prejudicar a ressocialização do apenado; a prevenção geral exigindo que a pena alcance um patamar mínimo para que não seja completamente ignorada:

Es decir, por motivo de los efectos preventivos especiales, la pena no puede ser reducida hasta tal punto que la sanción ya no se tome en serio en la comunidad; pues esto quebrantaría la confianza en el ordenamiento jurídico y a través de ello se estimularía la limitación. En muchos casos, aunque so siempre, el límite inferior del marco penal atende ya a la consagración del “mínimo preventivo general” (ROXIN, 1997, p.97)

Ademais, em complemento à sua proposição, Roxin assinala que as dimensões preventivas teriam importâncias distintas ao longo do processo de aplicação do direito penal: a) a prevenção geral seria a finalidade ligada à cominação da pena em abstrato; b) a definição da pena em concreto na sentença deveria levar em conta as necessidades preventivas gerais e especiais (com a ressalva da situação de conflito entre ambas); c) na execução da pena, a prevenção especial assumiria papel de protagonista.

Resumindo suas considerações:

La teoría preventiva mixta, acoge, pues, en su sueño los enfoques preventivos especiales y generales, a cuyo respecto unas veces es este y otras aquel punto de vista el que pasa a primer plano: Es cierto que, donde ambos fines entren en contradicción el uno con el otro, el fin preventivo especial de resocialización se coloca en primer lugar. A cambio, la prevención general domina, sin embargo, las conminaciones penales, y justifica por sí sola la pena en caso de falta o fracaso de fines preventivos especiales, mientras que no se puede dar una pena preventiva especial sin intención preventivo general alguna, a pesar de la dominancia absoluta del fin de socialización en la ejecución. La teoría unificadora, tal y como aquí se defiende, no legitima, pues, cualquier utilización, sin orden no concierto, de los puntos de vista preventivos especiales y generales, sino que coloca a ambos en un sistema cuidadosamente equilibrado, que solo en el ensamblaje de sus elementos ofrece un fundamento teórico a la pena estatal. (ROXIN, 1997, p.98).

Como se destacou, Roxin se opõe à atribuição de finalidade retributiva para a pena. Contudo, invoca um elemento da teoria da retribuição, como componente de sua teoria preventiva mista: a saber, o princípio da culpabilidade como meio de limitação da pena (ROXIN, 1997, p. 99).

Esclarece o autor que, em atenção ao comentado princípio, a pena não poderia, em sua duração, ultrapassar a medida da culpabilidade do autor, ainda que as necessidades preventivas, de qualquer dimensão, recomendassem uma detenção mais prolongada

Serviria, contudo, o princípio da culpabilidade como postulado de contenção da intervenção estatal – e nunca como argumento para a acentuação punitiva. A pena não pode superar a medida da culpabilidade, mas não há necessidade de que tal medida seja completamente alcançada ao prejuízo das finalidades preventivas. É justamente neste ponto que retribuição e culpabilidade se distinguem: a primeira, também associa a definição do *quantum* de pena com a medida da culpabilidade, mas exige que em todo caso a pena correspondente à culpabilidade seja integralmente imposta, independente da necessidade preventiva (ROXIN, 1997, p.101)

3.2. Teoria da Intimidação

Muito já se escreveu sobre a teoria da pena de Feuerbach – a denominada teoria da coação psicológica. Observa Luís Greco (2015, p.26), contudo, que a maioria dos trabalhos dedicados à proposição do autor bávaro tratam-na como uma obra importante, porém um modelo do passado, superado. Por mais que seja revisitada frequentemente, não se considera a possibilidade de aproveitamento em concreto da teoria nos dias de hoje.

A visão de Greco se afasta desta percepção predominante na literatura jurídica. Em sua tese de doutorado – publicada em língua espanhola com o título “Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribucion al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal.” – o autor promove uma investigação profunda da comentada teoria, e avalia o que dela sobrevive nos dias de hoje, o que foi refutado e o que merece ser aprimorado.

Com efeito, a obra em comento traz minuciosa análise empreendida pelo brasileiro, que por si só mereceria uma investigação detalhada. Este estudo se concentrará apenas em destacar os pontos centrais da análise em questão, muitos deles compilados na parte

conclusiva da obra (GRECO, 2015, p.399/409), invocados para compor o debate que se realiza aqui, sobre a definição de diretrizes para a configuração de um modelo democrático de justificação do direito penal.

O que se quer destacar especialmente é sob qual ou quais dimensões justificacionistas – retributivas ou preventivas – se sustenta a teoria de Feuerbach revisitada por Greco.

O primeiro ponto a ser evidenciado na teoria do autor bávaro é que a formatação idealizada por ele contempla uma distinção entre o conceito de pena e seus pressupostos de justificação. O referido conceito vem resumidamente apresentado como um mal corporal, que se inflige ao sujeito pela comissão de ações contrárias a lei, e apenas por elas (GRECO, 2015, p. 55);

Ademais, quanto aos pressupostos de justificação, a teoria de Feuerbach apresenta uma separação que leva em conta a ideia de que a fundamentação da pena deve ser pensada sobre duas ações estatais: a cominação e a imposição. Os argumentos justificativos correspondentes a tais dimensões seriam, por sua vez, separados entre finalidades da pena e fundamentos jurídicos.

Haveria, nesse sentido, cinco afirmações na teoria da pena de Feuerbach: o já comentado conceito de pena, e quatro assertivas quanto à sua justificação, a saber (GRECO, 2015, p.55): a) A finalidade da cominação penal – que seria a prevenção de delitos por meio da coação psicológica; b) A finalidade da imposição da pena – que seria a confirmação da realidade da cominação penal; c) O fundamento jurídico da cominação penal – sustentado na noção de que a cominação da pena não representa lesão de nenhum direito; d) O fundamento jurídico da imposição da pena – que primeiro residiu numa noção de consentimento do autor, mas posteriormente deu lugar à afirmação de que seria, em verdade, a própria previsão legal da pena.

A obra de Greco analisa pormenorizadamente cada uma destas afirmações. Neste trabalho, como já se destacou, interessam mais as diretrizes extraídas por Greco do exame realizado sobre a teoria de Feuerbach do que um aprofundamento nas discussões trazidas pelo autor brasileiro.

É por isso que, apresentado o panorama geral da proposição de Feuerbach, o presente estudo se dedicará à análise das conclusões de Greco. A princípio, deve se destacar que o conteúdo das afirmações de Feuerbach foi revisitado e aprimorado por Greco, (2015, p.400). O conceito de pena do Bávaro, que se baseava na imposição de um mal corporal, foi complementado com a imposição de um mal comunicativo. A ideia de “Intimidação

psicológica” foi modificada funcionalmente, com referência às razões para atuar que se quer transmitir ao cidadão por meio da proibição. O conceito de culpabilidade, ligada ao consentimento, foi ressignificado com base na noção de falta de prudência relativa à pena.

No campo jurídico filosófico, duas questões fundamentais da construção de Feuerbach são levantadas por Greco (2015, p.406): a) a defesa de uma estrita separação entre direito e moral, da qual derivariam muitas de suas posições jurídico-penais, em especial, sua objeção à teoria da retribuição; b) a afirmação da natureza do homem, de ser um fim em si mesmo, impedindo sua instrumentalização, bem como vedando a aplicação da pena de morte e adoção de um modelo penal de autor.

O verdadeiro núcleo do trabalho trata da “teoria da pena”, entendida como o conjunto de condições para a pena legítima.

Como se destacou, a teoria da pena se dividiria em duas partes – a legitimação da cominação penal (I) e da imposição da pena (II), que precisariam ser justificadas por distintas considerações, de dois tipos: fins e fundamentos.

Quanto ao fim da cominação penal, se destacou que para Feuerbach este seria a prevenção de delitos por meio da intimidação – a causação de um temor – obtida através da coação psicológica. Há aqui uma manifesta adoção da perspectiva de prevenção geral negativa como *finalidade da cominação da pena*.

Greco, por sua vez – partindo do mesmo modelo preventivo – propõe a introdução de um conceito de intimidação de viés funcional, resumidamente (2015, p.407) uma noção que parte da intuição liberal, que proíbe o Estado de dirigir moralmente seus cidadãos através da pena. Intimidar, segundo tal visão, seria oferecer uma razão prudencial para que alguém se comporte de certa maneira. Em outras palavras: o Estado prevê a pena em abstrato, como consequência inevitável da prática do crime. O cidadão que decidir pela delinquência deve levar em conta a possibilidade de sofrer a sanção caso prossiga com sua empreitada criminosa. Se quiser evitar a pena, o recomendável – ou o que indicaria a prudência – é que não pratique o crime. O modelo proposto por Greco, a partir das ideias de Feuerbach, atribui à intimidação conteúdo psicológico extremamente reduzido. Não se propõe ao convencimento do cidadão – de que a conduta delincente é moralmente ruim e por isso intolerável – apenas ao oferecimento de razões para que ele não cometa o crime, nem que seja para simplesmente evitar a reprimenda.

Como consequência da adoção de um modelo justificacionista – quanto ao *fim da cominação* – centrado na ideia de intimidação funcional (prevenção geral negativa),

e da defesa da estrita separação entre Direito e Moral, Greco *rechaça* (2015, p.407) a *prevenção geral positiva* – entendida como uma forma de educação através da coação e da pena.

Relativamente ao fim da imposição da pena, Greco reafirma a construção de Feuerbach, assentando a noção de que este seria a confirmação da realidade da cominação, se impondo como consequência do princípio da legalidade.

A adoção de tal noção representa uma vigorosa oposição à qualquer justificação inspirada em ideais de *ressocialização* (prevenção especial positiva) e *inocuidade* (prevenção especial negativa). Com efeito, Greco assinala que estas ideias não podem representar legítimas finalidades para imposição da pena – a primeira por não ser compatível com a legalidade e com a autonomia do cidadão, a segunda por não ser adequada à legalidade e ao caráter reativo da pena (2015, p.407). No mesmo sentido, a prevenção geral positiva e as teorias retributivas são também tidas como alternativas inviáveis, já que incompatíveis com a noção adotada.

Quanto ao fundamento jurídico da imposição da pena – a teoria de que o delinquente consente com a própria punição – vale trazer considerações mais detalhadas, pois esta tem especial pertinência com o debate que aqui se realiza.

O núcleo da teoria de Feuerbach (2015, p.373) sobre o fundamento jurídico da imposição da pena é a ideia de que o cidadão que comete um fato cuja realização uma lei ameaça com a pena não apenas deseja o fato, como também a pena. Por isso, apontou o bávaro, a princípio, que haveria um *consentimento* do delinquente quanto à pena.

Tal construção foi objeto de críticas de seus contemporâneos – notadamente quanto ao efetivo consentimento do delinquente em ser punido, tido como mera ficção. Feuerbach se esforçou em rebater tais objeções, defendendo uma noção normativa de consentimento, necessário e condicionado pelo conhecimento da cominação penal. Contudo, já na primeira edição de seu tratado, abandonou a referênciada noção. Adotou, a partir de então, a ideia de que o fundamento jurídico da imposição da pena seria *sua prévia cominação mediante uma lei*.

Entende Greco (2015, p. 374) que a teoria do consentimento de Feuerbach se dedicaria ao que hoje se entende como um conceito material de culpabilidade – ou seja, à justificação da pena frente ao condenado e não frente à sociedade. Ainda que o autor bávaro não utilize a expressão *culpabilidade*, o paralelo parece possível, mesmo porque o uso do mencionado vocábulo não era corrente na época.

Contrariando as expectativas de que a mencionada teoria do consentimento estaria morta, já que não teve continuadores e foi abandonada muito cedo pelo próprio autor, Greco propõe sua revisitação e aprimoramento.

Entende o autor brasileiro que a construção de Feuerbach é uma tentativa de se opor à noção até hoje admitida, que identifica a culpabilidade como reprovação dirigida ao autor, que decide por fazer o incorreto.

Por tal noção, o fundamento de responsabilização estaria não na desobediência ao direito, mas no fato de que a conduta praticada foi errada. Em outras palavras: não importa ao Estado que o cidadão obedeça à lei, mas é necessário que ele o faça porque isso é o certo a se fazer.

Tal construção é tida como problemática – por representar um moralismo inadmissível (2015, p. 376). O objetivo da teoria do consentimento é renunciar a uma valoração moral sobre a conduta dos cidadãos. O indivíduo tem direito de ser egoísta, de se manter distante à ordem jurídica e de determinar por quais razões seguirá ou não a lei. Ao Estado não cabe exigir do cidadão que cumpra a lei porque isso é o correto – e de punir aquele que assim não o faz. Não interessa por qual razão o cidadão deixa de praticar o crime, basta que não o pratique, nem que seja pelo desejo de evitar a pena.

Em outras palavras: o Estado, segundo a teoria do consentimento, deve se limitar a impor, por meio da pena, razões referidas à prudência para que o indivíduo se comporte de acordo com o direito. Aquele que pratica o crime, ignorando tais razões, se sujeita à consequência previsível de suas próprias decisões. A responsabilização do autor não se ampara em seu desejo ou não de agir da maneira incorreta, mas se impõe como previsível – e neste sentido, desejada pelo próprio autor.

Por trás da construção de Feuerbach se encontra seu objetivo liberal de não exigir do autor uma conformidade com o direito por razões morais.

3.3. Utilitarismo Reformado

É de se observar que, para consolidar sua posição, Ferrajoli discute preliminarmente uma infinidade de doutrinas que se propõem a responder a questão da justificação do direito penal, evidenciando os pontos que seriam problemáticos em cada uma delas¹.

¹ Conforme já debatido em SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da. O caráter moralizante da medida socioeducativa de internação e sua incompatibilidade com o sistema garantista. In: II CONGRESSO DE PESQUISA EM CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2018, SÃO PAULO. Anais do II Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais (CPCRM). SÃO PAULO: IBCCRIM, 2018.

O autor assinala sua oposição aos modelos retributivos por entender que a pena não pode representar um fim em si mesmo. Com efeito, num sistema democrático, no qual o direito penal, e em grande medida, o próprio Estado, como idealizados por Ferrajoli, são concebidos para atender aos interesses dos cidadãos e tutelar seus direitos, a existência do sistema punitivo – que põe em jogo a liberdade dos indivíduos – não se mostra como auto-justificável. Ao contrário, sua legitimação se impõe como extremamente necessária.

Lado outro, as doutrinas da prevenção especial (FERRAJOLI, 2006, p.246/244) são também rechaçadas pelo autor italiano, pois nelas se identifica um uso moralizante do direito penal – não para prevenir a prática de crimes, mas para transformar as personalidades desviantes. Em concreto, tratam-se de perspectivas teóricas que confundem direito, moral e natureza, e se fundam numa noção de delito como mal em si próprio (2006, p. 255).

As doutrinas da prevenção especial negativa, por sua vez, ao tomarem o delincente como não merecedor do convívio social, revelariam manifesto caráter autoritário – em oposição a qualquer noção democrática e em flagrante ofensa à dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, as doutrinas da prevenção especial positiva, ao se ampararem no uso da pena como instrumento de ressocialização estariam exercendo uma função moralizante, também inadmissível.

Sobre a prevenção geral positiva, Ferrajoli também percebe nesta dimensão uma grande carga de moralização, operada por meio de um uso promocional do direito penal, instrumentalizado para 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 ela.

Finalmente Ferrajoli comenta a perspectiva da prevenção geral negativa, evidenciando sua característica mais importante: ela se dirige a todos os indivíduos de maneira ampla e não qualifica o potencial delincente com nenhuma carga moral. Com efeito, como se destacou, a recém mencionada dimensão preventiva estaria associada a uma ideia de “intimidação”. Esclarece o italiano que haveria duas perspectivas para o comentado instituto: a) a ameaça, em abstrato, que a previsão legal dos delitos e das penas realiza sobre os indivíduos, desincentivando-os a prática delincente; b) a ameaça em concreto, da aplicação de pena exemplar nas condenações criminais, que causam mais temor na população em geral.

Haveria, contudo, uma preocupação por parte do autor italiano, com relação à associação entre pena e intimidação – a ideia de que tal combinação pudesse conduzir

a raciocínios autoritários, no seguinte sentido: se a finalidade da pena é intimidar, e por meio desse temor desestimular a delinquência, seria lógico defender que quanto mais severa a pena, maior sua condição de prevenir os delitos. Ademais, se as condenações deveriam servir de exemplo para a sociedade, também se somando ao panorama de desestímulo à prática delinvente, em igual medida seria possível supor que condenações mais rigorosas teriam melhores condições de cumprir o comentado propósito.

Ocorre que a proposição justificacionista em análise não só leva em conta a preocupação com a comentada ideia de intimidação como constrói um modelo voltado à sua limitação.

Em concreto, a finalidade consolidada no modelo de direito penal garantista é de caráter preventivo. Contudo, cuida-se não só da prevenção de delitos, mas igualmente da prevenção das punições excessivas e arbitrárias.

A referência à perspectiva da prevenção geral negativa se dá em termos muito específicos – afirmando que esse paradigma deve servir como limite mínimo do direito penal. É neste ponto que se invoca a ideia da intimidação, como característica necessária à pena, para impedir que ela seja desconsiderada pela população em absoluto, o que daria origem a um cenário de respostas extra-penais. Lado outro, haveria também um limite máximo para a sanção penal, relacionado à “violência” que ela representa, sintetizado na ideia de que a reprimenda em questão não pode superar as violências que ela pretende prevenir.

Em outras palavras, a perspectiva garantista não revela uma preocupação com a potencialização do caráter intimidatório, mas justamente em impedir que tal raciocínio sirva à legitimação do arbítrio punitivo. Daí o uso da expressão utilitarismo reformado, que revela uma inspiração na construção clássica do utilitarismo – ligada à maximização da proteção social e da prevenção do injusto – mas repensada para contemplar também a proteção do indivíduo em face da atuação estatal.

Retomando a reflexão que inaugura o presente estudo, se a pena é uma violência, e haveria algo que a torna legítima, a resposta garantista ao que seria esse elemento justificador é definir a formatação de um modelo de direito penal que se ofereça como alternativa mais desejável à realidade que se apresentaria caso ele não existisse. E vale destacar: para Ferrajoli na ausência do Direito Penal, o que vigoraria é a “lei do mais forte” (FERRAJOLI, 2002, p.32). Daí a necessidade de se implementar o direito penal para impedir tal violência de ser perpetrada. Em outras palavras: é preferível ter um direito

penal mínimo, de viés garantista, que se debruça sobre a limitação do exercício punitivo, do que ter direito penal algum para limitar esta intervenção.

4. AINDA SOBRE A FORMATAÇÃO DO MODELO JUSTIFICACIONISTA DEMOCRÁTICO – CONFRONTO ENTRE AS DIMENSÕES JUSTIFICACIONISTAS

A análise dos três modelos paradigmáticos avaliados, ainda que breve, permite a extração de algumas considerações.

A pergunta que parece surgir instintivamente é, de todas as perspectivas justificacionistas levantadas – retribuição e prevenção (em todas as suas dimensões) – quais delas sobrevivem diante das ponderações dos autores analisados. Ou seja, quais as justificativas admissíveis num modelo de direito penal democrático.

A perspectiva retributiva parece ser a primeira a cair, pois vem duramente rechaçada por todos os autores. Trata-se, como se viu, de noção autoritária, que se propõe a justificar a pena como um fim em si mesmo. Em concreto, nem parece ser uma justificativa – mas uma resposta evasiva ao dever de justificar a reprimenda, uma mera afirmação da necessidade da pena, que se satisfaz na própria sanção.

A retribuição, como *legitimação* da pena, não parece ter qualquer compatibilidade com um modelo democrático de direito penal. Contudo, há um lugar para a adoção de uma lógica retributiva quanto à pena – e ele vem delineado na construção de Roxin quanto à culpabilidade. O que se invoca da retribuição é o uso de um *raciocínio retributivo* para a definição da sanção (a pena proporcional à medida da culpabilidade), apenas como medida de limitação da intervenção punitiva, nunca como argumento para a acentuação da reprimenda. É como se destacou: a pena não pode superar a medida da culpabilidade, mas não há necessidade de que tal medida seja completamente alcançada ao prejuízo das finalidades preventivas.

A segunda perspectiva que parece não ter sobrevivido ao confronto com os modelos paradigmáticos é a prevenção especial negativa. De fato, trata-se da dimensão cuja detecção no ordenamento jurídico brasileiro se mostra menos evidente. O que se mencionou brevemente neste trabalho foi apenas a existência de dispositivos da LEP que preveem medidas compatíveis com tal noção – mas não a afirmação propriamente dita de que ela representaria a justificativa para a imposição da pena. A bibliografia analisada,

como se vê, não traz qualquer manifestação admitindo tal dimensão como legítima à fundamentação da pena, o que já era esperado, tendo em vista o caráter manifestante autoritário e antidemocrático da ideia de neutralização do delincente.

A prevenção geral positiva, parece também não ter se saído muito bem. Os argumentos de Ferrajoli e Feuerbach (complementado por Greco), rechaçam a referida dimensão, notadamente diante da necessidade da separação entre direito e moral, sustentada pelos autores, que os leva a perceberem na referida perspectiva preventiva um exercício de moralização e de educação coativa, que se mostra mais preocupado com a conservação do Estado do que com a tutela dos interesses dos indivíduos.

Além disso, por mais que Roxin discuta a admissibilidade de uma dimensão preventiva positiva, indica uma preponderância da prevenção *especial* positiva – marcadamente ligada à execução da pena.

Esta última, a seu turno, seria objeto de controvérsia diante dos modelos analisados: se de um lado vem rejeitada – considerada como ofensiva à legalidade e a autonomia do cidadão (Feuerbach-Greco) ou como modelo de coação e moralização (Ferrajoli) – por outro vem afirmada, e mais do que isso, designada como dimensão prevalente em relação às demais perspectivas justificacionistas – na ocasião de haver confronto entre elas (Roxin).

Para dar solução à comentada controvérsia, será necessário confrontar as perspectivas em apreço. E, nesse embate, há um ponto essencial a ser considerado: a detecção de uma possível incoerência na proposição do professor alemão.

Com efeito, o caráter autoritário e moralizante da perspectiva preventivo-especial positiva não passou despercebido por Roxin. Verifica-se, todavia que, enquanto os demais modelos analisados, diante da detecção do mesmo óbice, optaram por rechaçar a mencionada dimensão preventiva, o modelo do autor alemão tenta contornar o problema, se concentrando em um de seus aspectos: o caráter *impositivo* do exercício de ressocialização.

Conforme apontado acima, na visão de Roxin, uma socialização *impositiva* seria, não apenas inadmissível, como também potencialmente pouco exitosa.

Ademais, para o comentado autor, a invocação da dimensão preventivo-especial positiva não representaria a autorização para que o Estado pudesse forçar o condenado a atuar em favor da sua ressocialização, apenas para que insistisse em despertar o interesse de colaboração do apenado.

Ocorre que, apesar de afirmar a centralidade da comentada dimensão preventiva, Roxin também esvazia significativamente o conteúdo desta mesma assertiva, ao definir, como já pontuado no presente estudo, que nas ocasiões em que a dimensão preventivo especial positiva não se realiza (em face da não adesão do apenado) ainda assim a pena deveria ser executada, diante da necessidade de prevenção geral, *suficiente à justificação da reprimenda*.

Além disso, assinala o comentado autor que a preferência pela prevenção especial não exclui os efeitos de prevenção geral – mas se impõe como limitação a esta. Trata-se do já referido complexo equilíbrio: a prevenção especial indicando que a pena não pode se prolongar ao ponto de prejudicar a ressocialização do apenado; a prevenção geral exigindo que a pena alcance um patamar mínimo para que não seja completamente ignorada.

Aí estaria a incoerência, que aqui quer se destacar, muito respeitosamente, a partir dos seguintes pontos: a) Cuida-se de modelo que invoca a prevenção especial positiva como justificativa da pena, ou seja, proposição que defende a necessidade de imposição da sanção penal como indispensável ao alcance de uma pretendida ressocialização do apenado; b) Apesar de manifestar a necessidade de que se efetive o comentado exercício ressocializante, a mesma proposição teórica indica que tal exercício não pode se realizar de maneira impositiva. Em outras palavras: é exercício necessário, mas não acontecerá *necessariamente*, depende da adesão voluntária do apenado; c) A prevenção especial positiva é ao mesmo tempo, não essencial para que se execute a pena, e a dimensão mais importante de justificação da reprimenda.

A breve análise da proposição de Roxin que aqui se realizou não permite chegar a conclusões definitivas, mas ao menos conduz à impressão de que a grande preocupação do alemão, ao invocar a referida dimensão preventiva, foi a de promover uma limitação para o exercício punitivo especialmente relacionada à definição do *quantum* de pena. Ao menos é o que indica a análise do caso sucintamente debatido (do autor da lesão corporal) e do abreviado exame da construção que se denominou “complexo equilíbrio” – nos dois tópicos a referência à prevenção especial serve ao propósito de impedir que a pena se prolongue ao ponto de prejudicar a ressocialização do apenado. Ocorre que a formatação proposta pelo autor alemão parece não ter sido bem-sucedida em tal empreitada, já que seu modelo impõe a aplicação da pena mesmo diante da ausência da necessidade preventivo-

especial positiva. Daí a dificuldade de se identificar qualquer função limitadora na comentada dimensão preventiva – tendo em vista sua dispensabilidade.

Ademais, não parece *coerente* afirmar que a prevenção especial positiva é finalidade que justifica a pena, mas também é dispensável à sua justificação – por mais sofisticado que seja o argumento de Roxin. Em suma, a pena se justifica a despeito da prevenção especial.

Aqui, não se está a defender que a execução da pena deva ignorar qualquer perspectiva de contribuição à reintegração social do apenado e à efetivação de seus direitos fundamentais. Em grande parte, se concorda com Roxin – entendendo que tal dimensão é sim necessária, e que é *dever* do Estado perseguí-la, oferecendo condições e insistindo para obter a colaboração do detento, mas nunca subjugando sua vontade. O que se quer afirmar neste estudo é que tal perspectiva, por mais desejável que seja *não representa a justificativa da pena*, mas um dever que se impõe ao Estado – como consequência da natureza democrática da República e em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, manifestamente consagrado na Constituição de 1988.

A derradeira dimensão preventiva – geral negativa – é a única que sobreviveu ao confronto com os modelos paradigmáticos analisados.

Em verdade, não é que não tenha sido refutada – foi verdadeiramente reconhecida como a única finalidade capaz de legitimar a intervenção punitiva.

Nas proposições de Ferrajoli e Feuerbach (acrescida pelas considerações de Greco), a eleição da comentada dimensão como fundante do modelo justificacionista adotado é evidente.

O modelo do autor italiano, conforme comentado, adotou a mencionada perspectiva preventiva – mas o fez com uma série de ressalvas. Sua adoção se deu quase que por eliminação, após o rechaço das demais dimensões, e diante da constatação de que apenas a prevenção geral negativa não traria consigo uma perspectiva moralizante, por se pretender somente a prevenção da prática delinquente a partir da intimidação.

A prevenção geral negativa seria tomada como uma das variáveis da equação que define as balizas da pena. Um limite máximo – que leva em conta que a pena é uma “violência” que não pode superar as violências que ela pretende prevenir; e um limite mínimo, voltado à impedir que a sanção penal fosse desconsiderada pela população em absoluto, o que daria origem a um cenário de respostas extra-penais. A única finalidade da pena capaz de legitimá-la seria a intimidação – mas uma intimidação específica, limitada

dos dois lados – não podendo servir nem ao aumento nem a diminuição extrema da reprimenda.

No modelo de Roxin, a afirmação sobre a adoção exclusiva da dimensão preventivo-geral negativa não se revela diretamente. Esta é admitida pelo autor, mas se soma à dimensão da prevenção especial positiva. Apenas com base no raciocínio que se desenvolveu aqui – de que a prevenção especial positiva não seria propriamente uma finalidade justificativa da pena, mas um dever imposto ao Estado – é que se pode consolidar o entendimento que também no modelo do autor alemão, somente a prevenção geral negativa restaria à fundamentação da pena.

Curioso notar que existe, em certa medida, um paralelo entre as construções de Roxin e Ferrajoli relativamente ao papel da prevenção geral – para a definição das divisas da pena. Nos dois modelos, se percebe uma preocupação com a ideia de intimidação. Isso porque, assumindo que a finalidade da pena é amedrontar o potencial delincente e dissuadi-lo da prática do ilícito, a efetivação da comentada finalidade poderia conduzir ao aumento rigoroso e extremado das penas, por meio do raciocínio de que quanto maior a ameaça da sanção, maior seria a intimidação. Ocorre que, como se destacou, as duas proposições teóricas trazem diretrizes para limitar tal raciocínio – e o conseqüente agravamento desmedido das sanções. Em ambos os modelos a perspectiva da intimidação é tomada em conta como limite mínimo, apenas para se evitar que a pena seja muito branda e por isso perca todo seu potencial de dissuasão, sendo ignorada.

O modelo de Feuerbach, complementado por Greco, também elege a prevenção geral negativa como única dimensão preventiva adequada a legitimar a intervenção penal.

Como se destacou, a proposição em comento divide a questão da justificação da pena em duas fases e em duas dimensões de argumentos – cominação e imposição, fins e fundamentos.

A prevenção geral negativa, conforme analisado, vem definida como o fim da cominação da pena – a ideia da prevenção de delitos por meio da intimidação.

Em defesa dessa escolha (pela comentada dimensão preventiva) Greco traz reflexões decisivas. É o que se observa ao se retomar o raciocínio que o autor desenvolve para consolidar seu conceito de intimidação. Como se viu, a definição proposta pelo autor se alicerça numa noção marcadamente limitadora do exercício punitivo: a proibição do Estado de dirigir moralmente seus cidadãos através da pena. E, vale repetir, não se propõe ao convencimento do cidadão – de que a conduta delincente é moralmente ruim e por

isso intolerável – apenas ao oferecimento de razões para que ele não cometa o crime, nem que seja para simplesmente evitar a reprimenda.

Também o debate realizado sobre a noção de consentimento, por mais que se trate de concepção ligada *ao fundamento da imposição* da pena, oferece elementos para sustentar a afirmação da prevenção geral negativa como finalidade legítima à justificação da pena. Reprisando o exposto, o objetivo da teoria do consentimento, é renunciar a uma valoração moral sobre a conduta dos cidadãos. O indivíduo tem direito de ser egoísta, de se manter distante à ordem jurídica e de determinar por quais razões seguirá ou não a lei. Ao Estado não cabe exigir do cidadão que cumpra a lei porque isso é o correto – e de punir aquele que assim não o faz. Não interessa por qual razão o cidadão deixa de praticar o crime, basta que não o pratique, nem que seja pelo desejo de evitar a pena.

A construção de Greco não só justifica a escolha da prevenção geral negativa como revela a inadmissibilidade das demais perspectivas preventivas ou retributivas. As ideias que aqui se destaca – a necessária limitação da intervenção do Estado, e a separação entre direito e moral – se apresentam como o *argumento definitivo* contra qualquer justificação da pena que se ampare na noção de educação moral, socialização impositiva, neutralização ou mesmo retribuição.

A comparação entre os modelos teóricos analisados teve como resultado a indicação da prevenção geral negativa como única finalidade adequada à legitimação da pena.

A análise aqui empreendida, como se destacou, não teve como objetivo promover uma comparação em abstrato de modelos teóricos. Se pretendeu, com este estudo, detectar qual seria a justificativa da pena adequada a um modelo democrático de direito penal.

Como se viu, o rechaço das demais perspectivas justificacionistas se deu pela constatação de problemas em todas elas – notadamente pela identificação de conteúdo moralizante, autoritário, ou mesmo desrespeitoso à dignidade da pessoa humana nas referidas dimensões.

Lado outro, a escolha da prevenção geral negativa levou em grande conta sua aproximação com as ideias de separação entre direito e moral e da vedação da ingerência estatal na esfera íntima e intelectual do cidadão.

Este breve estudo não tem a pretensão de definir com profundidade o que seria um modelo democrático de direito penal, questão que demandaria por si só prolongada deliberação. O alvo aqui almejado, já repetidamente assinalado, é mais modesto – apenas

indicar a finalidade da pena adequada a esse modelo. E tal objetivo parece ter se realizado, mesmo no sucinto debate que aqui se efetuou, e pode ser sintetizado em uma máxima: Um modelo democrático de direito penal *não pode* se justificar por argumentos autoritários, moralizantes e ofensivos à condição humana.

CONCLUSÕES

No início deste trabalho foram apresentados seus dois objetivos: Definir as finalidades da pena invocadas pelo ordenamento jurídico brasileiro para justificar a cominação e a imposição da sanção penal (I) e avaliar se tais finalidades seriam admissíveis se examinadas sob a ótica de sua adequação com um modelo democrático de direito penal (II). A inspeção da legislação e da produção doutrinária sobre o tema em apreço levou à conclusão de que haveria grandes controvérsias sobre as finalidades da pena adotadas no Brasil. Firmou-se, contudo, o entendimento de que, em grande medida, a celeuma se origina em face de uma omissão legislativa – a falta de uma indicação precisa da perspectiva justificacionista sobre o qual se sustentaria o modelo penal brasileiro.

Ademais, também ficou assentada a definição da prevenção geral negativa como perspectiva preventiva adequada a um modelo punitivo democrático – e este último resultado parece indicar uma possível solução para a controvérsia, que envolveria se debruçar novamente sobre o ordenamento jurídico brasileiro.

O raciocínio que se apresenta é simples: verificada a imprecisão legislativa em sinalizar qual seria a finalidade da pena adotada como justificativa para o sistema penal brasileiro, e tendo se assentado que a única finalidade admissível à referida justificação é a prevenção geral negativa, se impõe como inevitável a solução de *propor que o ordenamento jurídico passe a indicar explicitamente que é a comentada perspectiva que justifica a intervenção penal no país*.

O mais recomendável seria que tal indicação viesse no texto constitucional – para que ficasse consignada no mais importante diploma normativo do país, a fim de repercutir sobre todo o ordenamento jurídico. Ademais, um eventual *status* constitucional para a definição da finalidade da pena serviria para proteger a referida afirmação – o rigoroso processo de reforma constitucional dificultaria a sua eventual supressão.

Este breve estudo não se atreverá a trazer uma proposta de dispositivo a ser acrescido ao texto constitucional, a fim de contemplar a desejada modificação – mas

se contenta em servir como provocação para aqueles que desejarem fazê-lo. Aqui foi identificado um problema e sugerida uma solução, que demandaria a edição de uma norma constitucional. Mas a partir disso surge um problema autônomo de *como* deve ser a redação e a formatação deste dispositivo, que não será respondido neste curto espaço.

Lado outro, a manifestação sobre os dispositivos aqui já analisados – a fim de aprimorá-los – parece ser uma tarefa muito mais simples e, por isso mesmo, exequível.

Sobre o artigo 59 do Código, vale reprisar seu conteúdo:

Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, **conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (GRIFO NOSSO)**

A indicação da finalidade da pena estaria, como se viu, na parte final do dispositivo, acima em destaque. Percebeu-se, contudo, tratar-se de previsão imprecisa e geradora de controvérsias. Em concreto, o artigo em questão se mostra muito mais direcionado à definição de balizas para a *quantificação* da pena do que para a afirmação de sua finalidade. E, nesse sentido, parece ter contemplado a proposição de Roxin. Ao prever o estabelecimento da pena conforme “necessário e suficiente” ao alcance da “reprovação e prevenção”, se está, em verdade, afirmando a existência de limites mínimos (pena necessária) e máximos (pena suficiente) para a sanção penal, e adotando um raciocínio retributivo para a definição da reprimenda, no escopo de impedir que a pena ultrapasse a medida da culpabilidade do autor, ainda que as necessidades preventivas, de qualquer dimensão, recomendassem uma detenção mais prolongada. Ademais, se estaria contemplando a construção do *equilíbrio* delineada por Roxin: a prevenção especial indicando que a pena não pode se prolongar ao ponto de prejudicar a ressocialização do apenado; a prevenção geral exigindo que a pena alcance um patamar mínimo para que não seja completamente ignorada.

A atual configuração do comentado artigo, como indica o raciocínio recém desenvolvido, já permite a extração de todas essas diretrizes. Mas, de fato elas não se apresentam tão claramente. Daí a necessidade de enfatiza-las, por meio de uma proposição que defina com precisão o propósito do artigo 59 do Código Penal – estabelecer limites para a pena, não afirmar a finalidade por ela perseguida:

Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do

crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá:

(...)

Parágrafo único: na fixação da pena o juiz deverá levar em conta as seguintes diretrizes:

I – A pena não poderá ultrapassar a medida da culpabilidade do autor, ainda que a necessidade preventiva recomende uma detenção mais prolongada;

II – A pena não poderá ser definida em quantidade ou modalidade que possa prejudicar a ressocialização do apenado;

Sobre o artigo 1º da LEP, também há de se propor modificações. A redação atual do dispositivo contempla, conforme comentado, o seguinte conteúdo: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

O entendimento que se consolidou neste estudo foi que a prevenção especial positiva não constitui finalidade da pena adequada à sua justificação. Contudo, também se definiu que a ressocialização do apenado é objetivo que orienta a execução da reprimenda – que não pode ser perseguido de maneira impositiva, contra a vontade do detento, frise-se. É dever do Estado insistir, dotar o preso de opções e alternativas – ou, nos termos da lei “proporcionar condições” – para que se ele se envolva no processo de reintegração social, mas não cabe ao ente estatal exigir essa adesão. Em concreto, o disposto no analisado artigo parece indicar exatamente isso. Mas, se há quem interprete seu conteúdo por outros termos, uma possível solução seria tentar evidenciar mais tal ideia. Daí se apresenta uma sugestão de reforma do artigo:

A reintegração social do detento não constitui a finalidade que justifica a imposição da pena. Contudo, o objetivo da execução penal é colaborar para a harmônica integração social do condenado e do internado, proporcionando condições para que esta se realize – nunca de maneira impositiva e sempre levando em consideração a vontade do detento em se envolver em seu projeto de ressocialização.

As considerações conclusivas deste trabalho revelam também a sua justificativa.

A preocupação que orientou a escrita do presente texto foi a necessidade de se definir com clareza a perspectiva justificacionista adequada a um modelo democrático de direito penal, e propor medidas para que a adoção de tal perspectiva no país fosse incontestavelmente afirmada, *justamente para impedir que outras finalidades pudessem vir a ser invocadas e servissem à justificação de qualquer reprimenda.*

A reflexão que inaugurou este trabalho se resume à afirmação de que pena é violência, e apenas se justificada, a partir de sua associação ao alcance de uma finalidade, se tornaria legítima e tolerável. A asserção que traz o desfecho para esta reflexão também pode ser resumida numa máxima: *no nosso sistema penal, de natureza democrática, só se sustenta um modelo justificacionista de natureza preventivo-geral negativa*. A consequência final das reflexões aqui desenvolvidas é, portanto, uma intimação – para que se realize uma permanente vigília sob o ordenamento jurídico, impedindo que se implementem sanções amparadas por finalidades ilegítimas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BICUDO, Tatiana Viggiani. Por que punir? Teoria geral da pena. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOITEUX, Luciana. Uma visão crítica sobre as penas e seus fundamentos em direito penal econômico. In: TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes. **Direito penal tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- 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. A pena em uma sociedade democrática. In: Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev.– São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- GRECO, Luís. Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Finalidades da pena: conceito material do delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

**TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E A APLICAÇÃO EQUIVOCADA
NA AÇÃO PENAL 470-MG**

*CONTROL OVER THE ACT THEORY AND THE WRONG APPLICATION IN
CRIMINAL ACTION 470 – MG*

Frederico Silveira e Silva

Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES-SP);
pós-graduado em Direito pela Universidade Metropolitana Unidas (UNIFMU-SP);
Pós-graduado em Bioética pela Universidade de São Paulo (USP-SP); Professor de
Direito dos cursos de graduação da Faculdade Independente do Nordeste
(FAINOR-BA); Professor de Direito da Faculdade Santo Agostinho (FASA-BA);
Professor dos cursos de pós-graduação da Faculdade Independente do Nordeste
(FAINOR-BA) e outras Instituições. E-mail: fredericosilveira@terra.com.br

Rafael Sousa Azevedo Cruz

Graduando em Direito pela Faculdade Independente do Nordeste. (FAINOR-BA).
E-mail: sousacruz96@gmail.com

Victória Lima Lacerda Paes Leme

Graduanda em Direito pela Faculdade Independente do Nordeste. (FAINOR-BA).
E-mail: vickpaesleme@hotmail.com

Resumo: A teoria do domínio do fato objetiva identificar com mais precisão os limites e a distinção entre a autoria e a participação. Essa teoria ganhou especial interesse no Brasil em 2013, com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, AP n. 470-MG. Recorrendo à análise dogmático-crítica do julgamento é possível identificar as seguintes incoerências: i. utilização da tese para fundamentação da responsabilidade e para comprovação da punibilidade, e não para distinguir autor e partícipe; ii. ignorar que, a rigor, o *caput* do artigo 29, do Código Penal brasileiro, não realiza a distinção entre autor e partícipe, o que, isoladamente, já dispensaria o recurso do domínio do fato; iii. manejar inadequadamente o conceito de aparato organizado de poder, deixando de fundamentar, o que é pior, os

pressupostos de aplicação dessa figura, especialmente a desvinculação do direito pelo aparato de poder, a fungibilidade do executor direto e a disposição essencialmente elevada dos executores para o fato. Esse escrutínio científico do julgamento, finalmente, alerta para a importância que a *praxis* precisa dar à dogmática, especialmente, para a necessidade de se levar a sério o instrumental conceitual fornecido pela ciência jurídica. Pouco se pode exagerar essa importância quando a decisão que ora se põe em xeque é fruto da nossa Corte Suprema. Com o intuito de se minimizar as repercussões negativas dos equivocados parâmetros fixados pelo STF, é que se faz importante, antes, necessário, que ciência desempenhe o controle científico do julgado.

Palavras-chave: Domínio do fato; Mensalão; Supremo Tribunal Federal; APn 470.

Abstract: The theory the domain of the fact aims to identify the limits and distinction between authorship and participation. This theory gained special interest in Brazil in 2013, with the judgment, by the Federal Supreme Court, AP n. 470-MG. Reviewing the dogmatic-critical analysis of the judgment, it is possible to identify the following inconsistencies: i. use the thesis to grounding the responsibility and to prove punishability, and not to distinguish between author and participant; ii. to ignore that, strictly speaking, the caput of article 29 of the Brazilian Penal Code does not distinguish between the author and participant, which, in isolation, would already exempt the appeal from the domain of the fact; iii. has inadequately handled the concept of an organized apparatus of power, failing to substantiate, what is worse, the assumptions of application of this figure, especially the untying of the right by the apparatus of power, the fungibility of the direct executor and the essentially high disposition of the executors for the fact. This scientific scrutiny of the judgment finally warns of the importance that praxis must give to dogmatics, especially to the need to take seriously the conceptual tool provided by legal science. Little can be seen this importance when the decision now being challenged from our Supreme Court. In order to minimize the negative repercussions of the mistaken parameters established by the STF, it becomes important, rather, necessary, for science to perform the scientific control of the judgment.

Keywords: Domain of the fact; Mensalão; Federal Supreme Court; APn 470.

Sumário: Introdução. 1. Escândalos Políticos nas Últimas Décadas; 2. O caso “Mensalão”; 3. Concurso de Pessoas; 3.1 Teoria Unitária; 3.2 Teoria Extensiva; 3.3 Teoria Restritiva; 4. Historicidade Domínio do Fato; 5. Teoria do Domínio do Fato por Roxin; 5.1 Limites do Domínio do Fato; 5.1.1 Delitos de Dever; 5.1.2 Delitos de Mão Própria; 5.1.3 Delitos Culposos; 6. Utilização da Teoria nos Votos do STF; 6.1 Como Critério de Dosimetria da Pena; 6.2 Domínio do Fato x Domínio da Organização; 6.2.1 Domínio da Organização; 6.2.2 Requisitos do Domínio da Organização; 6.2.3 Equívoco entre as Teorias; 7. Considerações Finais

INTRODUÇÃO

O recente julgamento do “mensalão”, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, repercutiu a tese de Claus Roxin sobre a teoria do domínio do fato. A tese, escrita na década de sessenta do século passado, enfrentou um dos problemas mais candentes dentro da teoria do delito: a distinção de autor e partícipe.

Abordaremos não só o julgamento do mensalão e a aplicação da teoria, mas também sobre alguns escândalos políticos que ocorreram no Brasil, nas décadas anteriores, destacando o motivo do fato ocorrido.

Durante o julgamento ocorreu o uso dessa teoria por alguns ministros do STF, porém equivocadamente, como na utilização da tese para fundamentar a responsabilidade e comprovar a punibilidade, ignorando o caput do artigo 29 do Código Penal, além de aplicar inadequadamente o conceito, por Roxin, de aparato organizado de poder.

A presente pesquisa examinará a aplicação da teoria do domínio do fato no caso do “escândalo do mensalão”. Discutiremos, por meio de uma análise crítico-dogmática, se os ministros utilizaram adequadamente o aparato teórico sugerido pela teoria.

1. ESCÂNDALOS POLÍTICOS NAS ÚLTIMAS DÉCADAS

Para explicar sobre o mensalão, vamos expor um breve contexto sobre a corrupção no Brasil após a ditadura militar, momento em que o assunto ganhou destaque, com as eleições diretas em 1985 e a promulgação da Constituição da República Federativa em 1988.

Após esse processo de redemocratização, afloraram os escândalos políticos, essencialmente por três fatores: “maior liberdade de imprensa, em que fica possível

denunciar casos de corrupção sem censura dos governos; a destaque na sociedade do Ministério Público e de Promotores de Justiça; e a participação da população na política, pois passou a dar uma maior atenção à transparência das gestões públicas. ” (AIRES; MELO, 2015, p. 38).

É memorável os dois casos de impeachment que ocorreram nas últimas décadas, que foi o de Fernando Collor no ano de 1992, quando tomou posse, instituiu o Plano Collor, confiscando depósitos que ultrapassassem 50 mil cruzeiros. O intuito era controlar a inflação, em estava em índices altíssimos, porém o plano não foi bem-sucedido, ocasionando em fechamento de empresas e aumento do desemprego.

Tratando de Dilma Rouseff, em 2016, a abertura do processo de impeachment ocorreu com a alegação de que a presidente tinha o conhecimento do esquema de corrupção da Petrobras, além da criação de crédito suplementares, sem a autorização do Poder Legislativo, caracterizando crime de responsabilidade fiscal, e as pedaladas fiscais, que faziam com que bancos públicos pagassem débitos que pertencem ao governo.

Durante o processo de impeachment de Dilma foi citado o caso do Mensalão, objeto de estudo do artigo, onde houve a “tentativa do governo em comprar apoio parlamentar em um último esforço para livrar a presidente do impeachment. ” (ROCHA; GALLO, 2016, p.1)

2. O CASO “MENSALÃO”

O caso conhecido como “mensalão” foi um nome criado pela mídia para a denúncia de corrupção política em relação a um dos maiores esquemas de compra de votos por membros do Congresso Nacional Brasileiro no ano de 2005. O esquema foi divulgado pelo deputado federal Roberto Jefferson, o delator, em entrevista a uma revista. Com base na fala de Jefferson, os deputados aliados ao presidente recebiam aproximadamente trinta mil reais para votos indicados pelo governo.

Em 2007, o Supremo Tribunal Federal acatou a denúncia da Procuradoria-Geral da República, assim foi instituída a Ação Penal nº 470, que investigou o processo do Mensalão desde quando as ações criminosas foram denunciadas até o julgamento realizado, tendo como relator da ação o Ministro Joaquim Barbosa.

No julgamento do “Mensalão”, que ocorreu no ano de 2012, o STF condenou os 40 réus dessa ação penal, sendo políticos e empresários de instituições financeiras pelos

crimes de corrupção ativa e passiva, peculato, gestão fraudulenta, além das mais diversas formas de fraude. A teoria do domínio do fato foi utilizada como recurso teórico para fundamentar a autoria em alguns casos. Desde então, a teoria ganhou especial interesse da jurisprudência e doutrina pátrias.

3. CONCURSO DE PESSOAS

Para introduzir sobre a teoria do domínio do fato, devemos explicar sobre o concurso de agentes e qual a teoria utilizada no país. Encontra-se regulado nos artigos 29, 30 e 31 do Código Penal, compreendendo sobre o instituto da autoria e coautoria.

Denomina concurso de agentes como sendo a volitiva interveniência de várias pessoas no cometimento de um delito. Como se sabe, a grande maioria dos delitos pode ser praticada por uma só pessoa, mas, circunstancialmente, é possível que a sua realização decorra da intencional participação de mais de um agente. Quando isso ocorre, surge a figura do concurso de pessoas. (SOUZA, JAPIASSÚ, 2018, p. 253)

Além do conceito, deve-se diferenciar crimes unissubjetivos e crimes plurissubjetivos. No caso dos unissubjetivos, o tipo penal pressupõe o seu cometimento por um único agente, nada impede que atuem diversas pessoas nesse ato. Em crimes plurissubjetivos, é exigido a pluralidade de agentes, sob a pena de atipicidade do fato. (SOUZA, JAPIASSÚ, 2018, p. 254)

No direito penal, há diversas teorias para a classificação de autor e partícipe, sendo as de maior destaque: teoria unitária, teoria restritiva, teoria extensiva, e teoria do domínio do fato.

3.1. Teoria Unitária

Com base nessa teoria, há rejeição da distinção entre autor e partícipe. Segundo aqueles que aceitam, se o delito é único, todos que para ele convergem devem ser considerados seus responsáveis, havendo apenas a figura do autor e coautor. Em outras palavras, todos que tiverem participação no crime serão considerados autores e terão a mesma pena.

Apesar de criticada pelo seu excessivo rigor, “a teoria unitária revelou possuir inequívoco alcance prático até os dias atuais, não permitindo, amiúde, incongruências

ao aplicador, em particular na discussão entre as etapas tentada e consumada do crime”. (LYRA, 1958, p. 317)

Essa teoria era vigente no Código Penal de 1940, buscando unir o concurso de agentes ao conceito de causalidade. Porém não conseguiu obter rompimento com a teoria utilizada na época do império, pois em relação à aplicação de pena, “foi mantida como agravantes e atenuantes, hipóteses de maior ou menor reprovabilidade dos concorrentes” (SOUZA, JAPIASSÚ, 2018, p. 255), evidenciando a teoria dualística, onde puniria conforme os graus de contribuição ao fato delituoso.

Apenas em 1984, com a Reforma Penal, foi mitigada a teoria unitária, permitindo a punição dos coautores na medida das suas culpabilidades. Atualmente, essa é a teoria de concurso de agentes aceita no Brasil.

3.2. Teoria Extensiva

Essa teoria parte da “premissa da inexistência de distinção, por princípio, entre autor e partícipe, pois, do ponto de vista material, qualquer um que contribua para o fato delituoso deve ser considerado autor.” (SOUZA, JAPIASSÚ, 2018, p. 257)

Com base no fundamento de Roxin: “Quem realiza uma contribuição imprescindível ao fato, sem a qual este não se executaria, deve ser equiparado àquele que executa o fato com as próprias mãos.” (ROXIN, 2000, p. 58)

Portanto, todos que concorrem para o crime, contribuindo para o resultado típico, independente do seu comportamento, independente do seu comportamento estar ou não descrito no tipo penal, devem ser considerados autores.

3.3. Teoria Restritiva

Em relação a teoria restritiva, autor é aquele que realiza, o núcleo do tipo penal. “O partícipe, por sua vez, concorre de alguma forma para o delito, mas sem realizar a conduta típica, é quem realiza uma ação exterior ao tipo.” (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 693)

4. HISTORICIDADE DOMÍNIO DO FATO

Tratando do objeto de estudo do artigo, a expressão Domínio do Fato foi criada no ano de 1939, por Hans Welzel, inserida em concurso de pessoas, partindo da tese restritiva e aplicando o critério objetivo e ao mesmo tempo subjetivo. Segunda sua concepção, o

conceito de autor é o domínio final, “dono do fato é quem leva adiante, com finalidade consciente, sua decisão de vontade. Os partícipes têm domínio sobre sua participação, mas não sobre o fato em si.” (WELZEL, 1956, p. 104)

Em Welzel, a teoria tem limitado alcance, pois não aceitava que o homem de trás, aquele que possui o poder de mando, pudesse chegar a categoria de autor, e dessa forma, afirmava que “quem determina a um autor um fato, não é, se não indutor” (WELZEL, 1956, p. 105).

5. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO POR ROXIN

Em 1963, Claus Roxin publicou sua monografia sobre “Autoria e domínio do fato”, propondo uma perspectiva, ainda não abordada por Welzel, refutando alguns argumentos. Nesse estudo, o propósito não é apenas da resolução de um problema processual penal, e sim do seu objetivo primordial, que foi fornecer critérios para distinguir a autoria da participação. Autor, na nova sugestão teórica, é quem atua com o domínio do fato, é a figura central do acontecer típico. O partícipe é quem contribui para um fato típico em caráter secundário.

Então, para a aplicação da teoria, “só será possível mudar o critério de imputação do crime, se agente que, à luz das teorias tradicionais, responderia como partícipe, poderá, sob o prisma do domínio do fato, ser considerado autor”. (VIANA, 2013, p. 10).

Para que ocorra o objetivo principal da tese, que é distinguir autoria da mera participação, é preciso analisar os três tipos de domínio do fato, a saber: o domínio da ação, o domínio funcional e o domínio da vontade.

O domínio da ação expressa hipótese da autoria direta (ou imediata). Nela o autor é a figura central, realizando todos os elementos do fato típico com as próprias mãos. O sujeito ativo do crime de roubo (art. 157, *caput* do Código Penal Brasileiro), por exemplo, sendo este aquele que aponta a arma e subtrai coisa alheia móvel, pratica o crime de modo imediato, com as próprias mãos, pois foi ele quem obrigou a vítima a entregar os pertences. (GRECO, LEITE, 2013, p. 03)

O domínio funcional do fato, por sua vez, é caracterizado pela divisão de tarefas, ou seja, dentro de um planejamento em comum, todas as pessoas são indispensáveis para a realização do injusto penal, havendo a chamada imputação recíproca. Essa hipótese expressa os casos de coautoria, em que A aponta a arma para vítima e B subtrai a bolsa,

sendo os dois imputados pelo delito de roubo (art. 157, *caput* do Código Penal Brasileiro). (GRECO, LEITE, 2013, p. 05)

O domínio da vontade é a autoria mediata. Trata-se do domínio da vontade de um terceiro, este é reduzido a mero instrumento do verdadeiro autor, daí que se fala, nesse caso, no homem de trás. Podendo apresentar-se em situações como: coação/erro e por meio de um aparato organizado de poder. (GRECO, LEITE, 2013, p. 04)

O domínio da vontade pela coação ocorre quando o homem da frente é coagido, dessa forma, Roxin propõe o uso do princípio da responsabilidade, possibilitando o legislador responsabilizar o homem de trás e exculpar o homem da frente em certos casos de coação. Em situações de erro, cujo homem de trás também é dotado de conhecimento superior, permitindo-lhe controlar o homem da frente como se esse fosse uma marionete, induzindo-o ao erro. (GRECO, LEITE, 2013, p. 04)

A autoria mediata por meio de um aparato organizado de poder é aquela em que o autor tem o domínio da organização, sendo este a figura central das ordens em organizações criminosas, estruturadas de modo hierárquico, desvinculadas do ordenamento jurídico, e que serão cumpridas por executores fungíveis, significando que o executor direto é substituível, não interessa quem irá executar a ação, havendo assim o autor por trás do autor. (GRECO, LEITE, 2013, p. 04)

5.1. Limites do Domínio do Fato

O critério para a utilização da teoria não é proposto para atingir todos os casos, não é aplicável a todas as espécies de delitos. Existem atos típicos, ilícitos e culpáveis em que a autoria se determina baseados em outros critérios. Ocorrem em casos de delitos de dever, delitos de mão própria e em delitos propostos.

5.1.1. Delitos de Dever

Em relação aos delitos de dever, Roxin entende que “autor é quem viola um dever especial, pouco importando o domínio que tenha sobre o fato, quem concorre para o fato sem esse dever será mero partícipe” (ROXIN, 2006, p. 352 e ss.)

A parte essencial nos delitos de dever é a importância da descrição típica para determinar a autoria. Se o tipo penal descrever a ação e indicar qualidade pessoal do autor, será autor quem preencher esses dois requisitos, como por exemplo nos delitos

próprios e delitos omissivos impróprios. Nesses tipos de delito, não poderá utilizar a teoria do domínio do fato, pois pressupõe o controle do curso causal.

5.1.2. Delitos de Mão Própria

Nos delitos de mão própria, “autor é exclusivamente quem pratica em sua própria pessoa a ação típica, sendo impossível a autoria mediata e a coautoria” (ROXIN, 2006, p. 399). Para a dogmática da autoria e participação, diz que, em relação a esses delitos, autor será quem realiza, por si próprio, o núcleo do tipo penal.

Dessa forma, Roxin propõe que sejam diferenciados aqui três grupos de delitos de mão própria: “os delitos de comportamento vinculado, em que o injusto repousa na reprovabilidade de um determinado modo de se comportar sem que seja necessária a comprovação de uma lesão a bem jurídico; os delitos de direito penal do autor, que elegem como ratio da punição um modo de condução de vida, como rufianismo, ainda existente no nosso código penal; e os delitos de infração de um dever personalíssimo, como o delito de falso testemunho.” (GRECO, LEITE, 2013, p. 06).

5.1.3. Delitos Culposos

Inicialmente, Roxin considerava os delitos culposos como delitos de dever, e deveriam ser regidos pelo conceito unitário de autor, assim, “renunciando-se a uma distinção entre autor e outras formas de participação e igualando, em regra, todas as formas de contribuição causal para o resultado.” (ROXIN, 2006, p. 737).

Após a explicação sobre a Teoria do Domínio do Fato, trataremos doravante da argumentação utilizada pelo STF nos votos na Ação Penal de número 470 para justificar a aplicação dessa teoria.

6. UTILIZAÇÃO DA TEORIA NOS VOTOS DO STF

A lei penal brasileira, como abordado anteriormente, assume o conceito unitário de autor, entretanto, admite-se o emprego de teorias modernas sobre autoria e participação, a exemplo da teoria do domínio do fato (SOUZA, JAPIASSÚ, 2018, p. 263), para sua utilização, faz-se necessário que o autor tenha controle sobre o executor do fato, e não

apenas ostente uma posição de superioridade ou de representatividade institucional (BITENCOURT, CEZAR ROBERTO, 2018, p. 569).

Na ação penal, a primeira menção a teoria ocorreu na decisão que recebi a denúncia. Nessa oportunidade, foi demonstrado que “o núcleo político partidário teria interesse na compra de apoio político” (fls. 55.097), indicando uma expressão compatível com a “teoria subjetiva e a distinção entre autor e partícipe, segundo a qual autor é aquele que quer o fato com seu, possui interesse próprio (*animus auctori*) no fato. (LEITE, 2014, p. 55)

A teoria do domínio do fato, foi utilizada pelo STF no caso de grande repercussão, o escândalo do mensalão. Na época do fato, ocorre uma confusão entre doutrinadores, dando a entender que se tratava de uma nova teoria, porém era a tese de Roxin, equivocadamente, gerando discussões quanto a sua aplicabilidade e a mescla com a teoria do domínio de organização.

6.1. Como Critério de Dosimetria da Pena

O art. 29 *caput* do Código Penal Brasileiro trata do concurso de pessoas. Segundo o texto legal: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Desse modo, a rigor, o direito penal brasileiro não obriga a distinção de autor e partícipe, imputando como autor todo aquele que, de qualquer forma, concorre para o crime.

Os ministros que citaram a teoria do domínio do fato, utilizaram como meio fundamentador de responsabilidade sendo instrumento necessário para condenação dos denunciados. Entretanto, esta teoria deve ser utilizada apenas como limitadora de punibilidade, sendo a função dogmática a distinção de autor e partícipe e não como fundamentação da pena dos denunciados. Sendo notório que a utilização dessa teoria é desnecessária, diante do *caput* do art. 29 CP. (CAMARGO, 2018, p.77 e ss)

De acordo com parte do voto do Ministro Celso de Mello (fl. 56. 814)

“Há que se destacar, ainda, por necessário, que a adoção, pela legislação brasileira, da teoria unitária em matéria de concurso de pessoas não afasta a possibilidade de reconhecimento, em nosso sistema jurídico-penal, da teoria do domínio do fato. Na realidade, uma teoria não exclui a outra, pois o reconhecimento de uma ou de outra apenas poderá influenciar no “quantum” a ser definido na operação de dosimetria penal, nos termos do art. 29 do CP”

Além do Ministro Celso de Mello, a Ministra Rosa Weber (fl. 56.841) também traz em seu voto a justificativa da utilização da teoria como fundamentação na dosimetria de pena

“Artigo 29 do Código Penal, em sua literalidade, que nos leva – e, pelo menos, como digo, na minha visão e respeitando as compreensões contrárias – a um entendimento de que é plenamente consentânea com o nosso direito posto, a teoria do domínio do fato, quando diz na literalidade, se me permite: “Art. 29. Quem, de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas,” – claro – “na medida de sua culpabilidade.” O que, depois, vai se refletir na dosimetria da pena. ”

Entretanto, afirma acertadamente o Ministro Ricardo Lewandowski (fl. 56.841)

“Eu concordo plenamente, quer dizer, eu também adoto, no meu cotidiano de magistrado, o artigo 29, que diz respeito ao conluio de pessoas que cometem determinados crimes. Mas é que, se bastasse o artigo 29, não haveria a necessidade de invocação dessa Teoria do Domínio do Fato ou Domínio Funcional do Fato. ”

Apesar das menções entre a teoria e a compatibilidade com o art. 29, caput, do CP, esta torna-se desnecessária, tal como aludido pelo Ministro Lewandowski, sendo usada como recurso para fundamentar a punição do acusado, uma vez que o Código Penal não obriga a distinção entre autor e partícipe. (LEITE, 2014, p. 56)

Em outras palavras, restou-se a teoria um significado errado, elencados por alguns dos ministros do STF, pois a teoria do domínio do fato distingue autor de partícipe no plano do tipo, e não grau de reprovação ou no merecimento de pena dos intervenientes (LEITE, 2014, p. 59).

Nota-se o equívoco ao argumentar com a teoria do domínio do fato dentro da moldura da dosimetria da pena. O “quantum” a ser definido na operação de dosimetria penal não tem qualquer relação com a teoria do domínio do fato. Desconsiderar isso foi o primeiro equívoco da decisão. Vamos ao segundo.

6.2. Domínio do Fato x Domínio da Organização

As características para a utilização da teoria do domínio do fato, citadas anteriormente, são confundidas nos votos da AP nº 470, pois trata-se na realidade de domínio por meio de um aparato organizado de poder ou, domínio da organização, a qual

não se confunde com o domínio do fato. O domínio do fato é a ideia norteadora de que o autor do delito é a figura central do acontecer típico, enquanto o domínio da organização é “uma forma de aparição de domínio mediato do fato” (GRECO, LEITE, 2013, p. 05).

6.2.1. Domínio da Organização

Como citado anteriormente, o domínio da organização está vinculado ao domínio da vontade, sendo esta subcorrente teórica do domínio do fato, a qual deve ser considerado autor aquele que não executa o fato por si mesmo, isto é, o agente se vale de um “instrumento” (SOUZA, JAPIASSÚ, 2018, p. 264).

Certamente, o domínio dos aparatos organizados de poder serve de aporte doutrinário para fundamentar a punição a título de autor mediato, dos que se encontram no topo de uma estrutura organizada de poder à margem do Estado de Direito. (SOUZA, JAPIASSÚ, 2018, p.266).

6.2.2. Requisitos do Domínio da Organização

Os requisitos para o domínio da organização são: o poder de mando, só é autor mediato aquele que, dentro de uma organização (verticalmente estruturada), tem autoridade para dar ordens; que o aparato de poder esteja desvinculado do ordenamento jurídico e a fungibilidade (substitutividade) do executor imediato, onde muitos executores potenciais estão disponíveis para o aparato organizado de poder. (VIANA, 2013, p. 11) e a considerável disposição do executor para atuar (SOUZA, JAPIASSÚ, 2019, p. 267).

O poder de mando é o autor mediato que detém capacidade superior hierárquica, como posição de “autoridade para dar ordens e a exerce para causar realização do tipo. Disso decorre que podem ser encontrados nos distintos níveis da hierarquia de mando, vários autores mediatos atuando em cadeia.” (SOUZA, JAPIASSÚ, 2018, p. 267). (ROXIN, Claus, 2006, p.16). Por conseguinte, a ordem dada pelo autor mediato, ou autores, deve ser cumprida tal qual um mandato, sendo realizada por executores fungíveis subordinados à estrutura organizacional.

A organização verticalmente estruturada, desvinculada do ordenamento jurídico, inquestionavelmente refere-se Roxin a uma desvinculação com o direito, no marco de uma valoração atualizada dos tipos penais praticados por meio do aparato de poder. (VIANA, 2013, p.11). (ROXIN, Claus, 2006, p. 245), partindo do pressuposto que tais organizações

funcionem de forma clandestina, sendo que somente as de natureza criminosa integram essa categoria, a exemplo de máfias, grupos terroristas ou ditaduras.

A fungibilidade ou substitutividade do executor imediato, em suma, representa que o sujeito com capacidade superior hierárquica, com poder para dar ordens, ordena aos executores fungíveis que as cumprirá, estando diversos disponíveis para realizá-la, de modo que, caso um não cumpra, outro fará em seu lugar. Conforme Roxin: (ROXIN, 2006, p.17)

“A execução de ordens do homem de trás (...) é assegurada, em grande parte, precisamente, porque muitos executores potenciais estão disponíveis, de modo que a negativa ou a falha de um indivíduo não irá impedir a realização do tipo.”

A elevada predisposição para executar o fato consiste naquele que está na ponta final de um aparelho organizado de poder submetendo-se a ‘múltiplas influências criminológicas’, este requisito junto a fungibilidade do homem da frente faz com que as ordens dadas pelo homem de trás sejam executadas (SOUZA, JAPIASSÚ, 2018, p. 268).

6.2.3. Equívoco entre as Teorias

É notório que a utilização dessa teoria como fundamentação, fomenta a punição de determinados acusados que gozavam de posições hierárquicas de destaque (LEITE, 2014, p. 64). Entretanto, o domínio da organização versa somente sobre organizações de natureza criminosa que se encontrem dissociadas da ordem jurídica, não abarcando, até então, as sociedades ou pessoas jurídicas constituídas conforme o direito, como empresas e partidos políticos (LEITE, 2014, p. 64).

Decerto, a utilização da teoria nos votos do Mensalão é equívoca, sendo preciso especificar os votos de alguns ministros que a usaram, dentre eles os Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto, trazendo a confusão entre a teoria do domínio da organização e a teoria do domínio do fato, sendo usadas como sinônimos. (LEITE, 2014, p.65).

De acordo com o voto do Ministro Ricardo Lewandowski (fl. 56.816)

“(...) eu não disse que a Teoria do Domínio do Fato se aplicaria apenas em momentos de anormalidade institucional. O que eu disse é que ela se aplica a situações excepcionais. (...) o próprio Claus Roxin (...) diz, inclusive, que é preciso que os requisitos para aplicação dessa teoria estejam claramente

presentes; e um desses requisitos, dos vários que ele arrola, é exatamente o requisito da fungibilidade. O que é esse requisito da fungibilidade? Segundo este requisito, o agente final, o agente imediato que perpetra o crime deve ser fungível, como acontece nas grandes organizações criminosas.”

Observa-se indubitavelmente o equívoco no voto do Ministro Lewandowski, citando somente a teoria do domínio do fato, sem demonstrar suas derivações e requisitos excepcionais para cada uma delas, assim como o Ministro Carlos Ayres Britto, consignou em seu voto (fl. 56.180)

“Isto, em larga medida, pelo fundamento de que autor de um delito não é apenas o agente que realiza a figura típica, mas também aquele que detém o domínio da vontade e das ações daqueles que executam o núcleo objetivo do tipo penal.”

Também diz que:

“Agora, essa teoria do domínio do fato pode ser compreendida no plano da fungibilidade, que é da substituição do agente, como também da infungibilidade: o agente não pode ser substituído. Então, quem não podia ser substituído nesse esquema sob pena de fazer o esquema ruir? Quem era o regente da orquestra? O mais insubstituível ou infungível de todos. A Teoria do Domínio do Fato conduz, também, a esse raciocínio.” (fl. 56.585 e ss)

O equívoco frente a teoria permanece em outras passagens do voto do Ministro Ayres Britto (fl. 56.180- 56.183), como exemplificado a seguir

“(…) isto, em larga medida, pelo fundamento de que autor de um delito não é apenas o agente que realiza a figura típica, mas também aquele que detém o domínio da vontade e das ações daqueles que executam o núcleo objetivo do tipo penal. (...) ainda na fase pré-processual, consignei que a teoria do domínio do fato, na linha de votos que antecederam a minha manifestação, permitiria a compreensão da setorização das ações dos agentes listados na denúncia e a localização do divisor de águas entre aquelas condutas próprias do cargo e aquelas ilícitas, cometidas em razão do cargo (ou com o abuso dele). (...) acresce que não há dúvidas razoáveis de que José Dirceu concorreu (e tinha pleno conhecimento) para os delitos impulsionados pelos agentes do núcleo político. Na verdade, a meu aviso, este primeiro denunciado detinha o controle finalístico sobre a ação dos denunciados integrantes dos núcleos financeiro e publicitário. Com efeito, o que se tem dos autos é que o denunciado José Dirceu tinha mesmo o domínio intelectual das ações dos demais acusados, naquilo em que dirigidas para o levantamento de numerário para o pagamento de dívidas e de “mesadas” a parlamentares da base aliada.”

Apesar destes equívocos, o Ministro Celso de Mello (fl. 56.822) observa, de modo correto

“Essa orientação é consagrada pela doutrina e vem evoluindo no sentido de reconhecer, na discussão do tema pertinente ao concurso de pessoas, a noção de domínio da organização, que representa umas das vertentes em que se pluraliza a teoria do domínio do fato, notadamente como critério teórico, fundado no domínio da vontade, que permite formular o conceito de autor mediato, o qual, atuando na cúpula da organização criminosa, comanda a vontade do agente incumbido do cometimento direto da prática delituosa (...)”

Ante o exposto, é possível observar que, a teoria é utilizada para agravar a responsabilidade penal, entretanto, argumentada de forma errada e confusa inúmeras vezes, pois trata-se de domínio dos aparatos de poder e não domínio do fato, assim como afirma Alaor Leite (2014, p. 65)

“A teoria do domínio do fato foi usada como recurso para transformar em autores (mediatos) de delitos praticados no interior de estruturas organizacionais, aqueles que não cometem os fatos com as próprias mãos, mas por meio de outrem, ou (...), aqueles que tinham conhecimento dos fatos e deveriam, em razão disso, evita-los.”

Entende-se, portanto, além da equívoca conceituação, que os Ministros citados se referem que a teoria abarca estruturas organizacionais como partidos políticos e bancos, o que é negado pelo próprio Roxin, uma vez tratar-se de organizações desvinculadas do ordenamento jurídico.

A teoria não poderia ser estendida para as organizações empresariais estruturadas dentro da legalidade, porque faltariam três dos quatro requisitos apontados (SOUZA, JAPIASSÚ, 2018, p. 269). Conforme Roxin:

“... as empresas não trabalham, por regra geral, desvinculadas do Direito, na medida em que não se propõem, por princípio, a realizar atividades criminosas. Faltar-lhes-ia, também, a intercambialidade (Austauschbarkeit) dos que estão dispostos a ações criminais. Tampouco se pode falar de uma alta disponibilidade ao fato criminoso dos membros de uma empresa, porque, como mostra a realidade, a comissão de delitos econômicos ou contra o meio ambiente pressupõe um considerável risco de punibilidade e, igualmente, o risco da perda do emprego na empresa.”

Por consequência, ao aludirem a teoria do domínio do fato de modo errôneo, nota-se a carência de estudos aprofundados para fundamentação dogmática, não sendo

suficiente saber da existência de determinada teoria e sim sua exata aplicação para que não restem dúvidas quanto a sua conceituação e aplicabilidade no caso concreto.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria do domínio do fato foi utilizada por alguns Ministros como base para fundamentar a punição dos réus que gozavam de determinadas posições de comando, realizando interpretações equivocadas da teoria desenvolvida por Roxin, além de ser aplicada como termo vazio, de forma genérica, presumida e indistinta aos acusados dessa ação penal. Essa decisão é repleta de imprecisões técnicas e que representa uma vontade relevante de discutir da matéria sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal.

O Supremo Tribunal Federal utilizou de métodos, em que são conhecidos por jurisprudência dos interesses, que se entende pelo modo de alcance do direito não se dava pela procura de representantes gerais presentes desde sempre na sociedade, mas por uma ponderação dos interesses realizados pelos Ministros.

Pode-se extrair do julgamento a importância que deve ser dada à dogmática, com a seriedade dos conceitos fornecidos pela ciência jurídica, com a finalidade de minimizar as repercussões dos equivocados parâmetros do fixados na decisão do STF.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIRES, Hilton Boenos; MELO, Arquimedes Fernandes Monteiro de. **A corrupção política e o seu papel na formação da identidade política brasileira**. 2015 (Disponível em www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/6/2015_06_0567_0609.pdf. Acesso em 18 de junho de 2018).

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: 2018.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Penal n. 470/MG**. Relator, Ministro Joaquim Barbosa. Publicado no DJ de 22.04.2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ap470.pdf>>. Acesso em: 23 de mai. 2019.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas. Uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação.** São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRECO, Luís. LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal.** *Revistas dos Tribunais*, vol. 933, 2013.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general.** 5. Ed. Tradução de Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

LEITE. Alaor. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF.** *RBCCrim – Revista IBCCRIM* N° 106/2014.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1958.

ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho em derecho penal.** Tradução Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles Murillo. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, S. A., 2000.

ROXIN, Claus. **Taterschaft und Tatherrschaft.** Humburg: DeGruyter, 1963

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal: volume único.** São Paulo: Atlas, 2018.

ROCHA, Marcelo. GALLO, Mel Bleil. **O mensalão de Dilma.** São Paulo: IstoÉ, n° 2418, 2016.

VIANA, Eduardo. **Notas à teoria do domínio do fato.** – *BOLETIM IBCCRIM* N° 251/20, Outubro, 2013.

WELZEL, Hans. **Derecho penal.** Parte general. Trad. de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.

GT 2

DIREITO PENAL ECONÔMICO

**OS LIMITES DAS INVESTIGAÇÕES INTERNAS NO ÂMBITO
DO *CRIMINAL COMPLIANCE*: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA
DO DIREITO DOS TRABALHADORES E AS GARANTIAS DO
PROCESSO PENAL**

*THE LIMITS OF INTERNAL INVESTIGATIONS WITHIN CRIMINAL
COMPLIANCE: AN ANALYSIS UNDER THE EMPLOYEES' RIGHTS AND THE
GUARANTEES OF THE CRIMINAL PROCEEDINGS*

Anna Carolina Canestraro¹

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal Econômico e Teoria do Delito pela Universidad de Castilla-La Mancha. Especialista em Compliance e Direito Penal pelo IDPEE. Pós-Graduada em Direito Processual Penal pelo IDPEE/IBCCRIM. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisadora financiada pelo programa ERASMUS+ na Georg-August-Universität Göttingen. Advogada.
E-mail: carolina.canestraro@gmail.com

Resumo: Em face dos evidentes conflitos entre os interesses persecutórios da empresa em investigar atos ilícitos cometidos no âmbito de sua atuação e o direito dos trabalhadores à privacidade e sigilo de suas comunicações, o presente trabalho busca analisar, em primeiro lugar, os limites das investigações internas realizadas no âmbito dos programas de criminal compliance frente aos direitos e garantias dos trabalhadores para então, na sequência, averiguar se poderiam as informações obtidas serem transportadas para o processo penal e, em caso positivo, qual seria sua possível valoração.

Palavras-chave: *compliance*; investigações internas; direito dos trabalhadores; expectativa de privacidade; elementos de informação.

¹ O presente trabalho se trata de uma adaptação de pesquisa acadêmica realizada para obtenção do título de mestre em Ciências Jurídico-Criminais junto à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob o título: “AS INVESTIGAÇÕES INTERNAS NO ÂMBITO DO CRIMINAL COMPLIANCE E OS DIREITOS DOS TRABALHADORES: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal”. Defendido em outubro/2018.

Abstract: In view of the evident conflicts between the persecutory interests of the company in investigating illicit acts committed within the scope of its activities and the workers' right to privacy and confidentiality of their communications, this paper seeks to analyze, at first, the limits of internal investigations carried out in the context of criminal compliance programs regarding workers' rights and guarantees, and then to ascertain whether the information obtained could be conveyed to the criminal proceedings and, if so, what their possible valuation would be.

Keywords: compliance; internal investigations; employees' rights; privacy expectation; information elements.

Sumário: Introdução. 1. Compliance e Investigações Internas. 2. Direitos e garantias dos trabalhadores. 3. Possíveis respostas ao conflito entre as investigações internas e as garantias dos trabalhadores. 3.1. Regra da Proporcionalidade. 3.2. Recebimento no processo penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Diante dos limites fiscalizatórios do Estado, evidenciados pelas grandes crises financeiras dos últimos anos, ganhou força e grande notoriedade o conceito de *compliance* e, em especial aqui, o *criminal compliance*. Essa nova realidade surge a partir da convocação das entidades privadas para auxiliar na fiscalização e combate de eventuais atos ilícitos ou reprováveis ocorridos dentro de uma estrutura empresarial complexamente organizada, buscando-se estabelecer uma cultura de respeito às normas.

Ocorre, no entanto, que uma das frentes do *compliance*, podendo-se chamar de frente "repressiva", permite que a empresa, diante de uma conduta irregular do Estado, acabe realizando uma investigação própria, ao que muitos podem dizer que seria a empresa então um "braço investigativo do Estado"²; o que faz surgir a preocupação em como compatibilizar essa colaboração entre ente privado e ente estatal com as garantias e direitos dos investigados.

² Nesse sentido: CANESTRARO, Anna Carolina. *As investigações internas no âmbito do Criminal Compliance e os direitos dos trabalhadores: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018. p.92.

Nesse sentido, o presente trabalho visa abordar essencialmente duas questões, quais sejam: I. a possibilidade de se investigar frente a uma possível expectativa de privacidade do funcionário; e II. A possibilidade de se transferir informações para o processo penal.

E para que possa responder a tais perguntas, buscar-se-á, em primeiro lugar, trazer um panorama do que pode ser entendido por *compliance* e investigações internas, destacando-se a importância desses institutos diante do atual cenário de uma criminalidade global empresarialmente estruturada. Na sequência, pretende-se analisar a existência de eventual direito ou expectativa de privacidade dos empregados frente à tais investigações, utilizando-se, para tanto, análise de jurisprudência e direito comparado. E uma vez ultrapassada este primeiro questionamento, no que tange à possibilidade de transporte de informações para o processo penal, buscar-se-á realizar uma análise sobre a necessidade de serem também aqui observados os princípios do próprio processo penal para então analisarmos se, em caso de admissível transporte, qual seria a possível valoração sob a qual as informações poderiam ser recepcionadas nesse outro processo.

1. COMPLIANCE E INVESTIGAÇÕES INTERNAS

Apesar de a legislação americana sobre corrupção, o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) datar de 1977, foi com os megaescândalos financeiros, em especial o caso Enron em 2001, que as legislações anti-corrupção e anti-suborno no âmbito empresarial ganharam mais força. De fato, os megaescândalos evidenciaram aquilo que Edwin Sutherland já havia chamado atenção ainda década de 40/50, qual seja, o colarinho branco, os executivos, também delinquem³.

E um grande problema que se verifica nessa criminalidade empresarial é o fato de esta estar inserida em um contexto organizacional complexamente estruturado, com atividades e, principalmente, responsabilidades, distribuídas entre vários cargos que muitas vezes se confundem, fazendo-se então com que essa complexidade estrutural acabe de certo modo se tornando um escudo e facilitando a não-detecção ou dificultando a persecução de eventuais delitos que possam ocorrer em seu interior⁴, uma irresponsabilidade organizada⁵.

³ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia / Revan, 2015.

⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*: teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015. p. xi.

⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 41, n. 2, p. 529-558., mai./ago. 1988. p. 533.

E foi então diante desses limites fiscalizatórios do Estado frente às graves consequências dos escândalos financeiros que se fez surgir a necessidade da denominada autorregulação regulada. Deixando o Estado de impor condutas e passando, em seu lugar, a exigir deveres de organização, buscando-se instaurar uma cultura empresarial que incentive condutas tanto dos funcionários como dos dirigentes, pautadas na ética e respeito com o “entorno social”⁶, trazendo, assim, mais transparência e segurança para os investidores⁷ e para o mercado financeiro.

Chega-se então a um contexto de auto-organização corporativa, ou seja, com boas práticas de governança sustentadas nos denominados quatro pilares⁸: *fairness* (tratamento justo e equalitário entre acionistas), *disclosure* (transparência nas operações), *accountability* (confiança nos balanços da empresa) e *compliance*, sendo este último ligado à uma conformidade e cumprimento de normas regulatórias, administrativas ou mesmo regimento interno da empresa.

Na prática, pode-se dizer que o *compliance* tem essencialmente duas frentes, uma *preventiva*, na qual se é feita uma análise dos riscos decorrentes daquela atividade empresarial⁹ e, com base nele, são elaborados o código de ética e de conduta, além de

⁶ GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Peru: Palestra Editores, 2014. p.15-16.

⁷ Inclusive, no mesmo sentido de tal diretriz, foi editada nos Estados Unidos, em 2002, a Lei Sarbanes-Oxley (SOX) com o intuito de se trazer maior transparência das operações e do balanço financeiro das empresas para aqueles que nela investem, buscando assim trazer mais segurança e menor chance de fraudes. Sobre o tema, vide: BORGERTH, Vania Maria da Costa. *SOX: entendendo a Lei Sarbanes-Oxley: um caminho para a informação transparente*. São Paulo: Cengage Learning, 2011. p.XVI, 50 e ss.

⁸ Para um estudo mais aprofundado sobre os pilares, vide: ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. São Paulo: Atlas, 2011. p.140-141 e SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberrArs, 2016. p.43.

⁹ Em decorrência de terem sido a Lei de Lavagem de Dinheiro e Lei Anticorrupção, no Brasil, as que mencionam, a primeira os “deveres de compliance”, e a segunda que serão levados em consideração, quando no momento de aplicação de sanções, “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade”, é comum que as políticas empresariais internas se voltem mais à esses dois temas, no entanto, para que se tenha um efetivo programa de *compliance*, a empresa deve pensar em um sentido mais amplo, buscando abranger todos os riscos incidentes sobre sua específica atividade empresarial. Nesse sentido: VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 277 e ss.; PAMPEL, Jochen; GLAGE, Dietmar. *Unternehmensrisiken und Risikomanagement*. In: HAUSCHKA, Christoph E (Hrsg.). *Corporate compliance: handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*. München: Verlag C.H. Beck, 2007. p. 81-96. p. 83-84 e JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção no fenômeno desportivo: um*

políticas internas (tais como, por exemplo, políticas de contratação de terceiros, conflito de interesses, política de brindes, etc.), justamente para, além de reforçar as regras estatais (“oficiais”), dar ciência a seus colaboradores e terceiros de quais são os valores e o que é esperado que façam, sempre no intuito de se instaurar uma cultura empresarial ética e de cumprimento às normas.

No entanto, por mais aprofundado que seja essa análise de riscos, não há possibilidade de uma empresa se blindar de todos os riscos inerentes à sua atividade e, nesse sentido, o funcionário, a despeito de todos os mecanismos preventivos, poderá cometer uma conduta desviante; surgindo, assim, uma segunda frente do compliance, a frente repressiva.

Dentro dessa frente repressiva, a empresa, tendo conhecimento da ocorrência de uma conduta desviante, seja por canal de denúncias ou *whistleblowing* externos, seja por já ter uma investigação “oficial” em andamento poderá ter interesse em investigá-lo. Surgindo assim, as investigações internas, podendo ser estas realizadas pela própria empresa ou, em casos mais complexos, por escritórios especializados em investigação de *compliance*.

E cumpre dizer que as investigações podem ter os mais variados objetos e objetivos a depender da conduta desviante, podendo então ser desde uma investigação instaurada para verificar questões de segurança do trabalho, assédios morais ou sexuais com o objetivo de aplicar sanções trabalhistas ou mesmo questões, por exemplo, de lavagem de dinheiro ou corrupção, que podem ter por objetivo verificar, e aqui é o mais nos interessa no presente trabalho, eventuais responsabilidades criminais¹⁰.

Quando levado ao campo do processo penal, no entanto, esse novo cenário permitiu que as empresas se tornassem um braço investigativo do Estado e, por consequência, surge a preocupação em como compatibilizar essa colaboração privada com as garantias e direitos daquele funcionário que será investigado. De fato, é justamente aqui que nascem as duas questões fundantes do presente trabalho, sendo elas: I) a possibilidade

estudo com base nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.p. 91-98.

¹⁰ Sobre o tema: ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. p.197-228. p.201-203.

de se investigar frente a uma possível expectativa de privacidade do funcionário; e II) a possibilidade de se transferir informações para o processo penal.

2. DIREITOS E GARANTIAS DOS TRABALHADORES

Para que a empresa possa conduzir suas investigações, é de praxe que ela lance mão das informações de seus funcionários registradas nos aparelhos cedidos pela empresa, podendo ser dados retirados a partir do próprio *desktop*, tais como histórico de navegação e e-mails que passem pelo domínio da empresa, ou mesmo de aparelhos celulares corporativos (inclusive os decorrentes de aplicativos de mensagem instantânea baixados nesses dispositivos). E, nesse sentido, a primeira questão que aqui se coloca é no sentido de, uma vez que esses aparelhos, ainda que de propriedade da empresa, estão em posse 24 horas do funcionário, não teria ele uma expectativa de privacidade sobre as informações aqui trocadas?

E o entendimento da doutrina, ao que vem sendo seguido pela jurisprudência, é a de que há sim tal expectativa, sendo esta justificada a partir da própria prática comercial, isto é, uma vez que já se encontra enraizado no âmbito empresarial a ideia de certa tolerância a respeito de e-mails ou mensagens pessoais trocadas a partir desses aparelhos fora do horário de trabalho ou mesmo entre jornadas¹¹, inclusive com clientes da própria empresa, pois não é de se estranhar que, em decorrência de anos de negociações comerciais, tais pessoas tenham estabelecido vínculo de amizade¹².

Inclusive nesse sentido já se manifestou o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, que, em 2001, destacou que a realização de auditoria na estação de trabalho do empregado fere o direito ao seu sigilo de comunicação¹³; podendo ser o caso, em situações mais extremas, como bem entendeu o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região em

¹¹ GOMEZ MARTÍN, Víctor. Compliance y Derechos de los Trabajadores. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p.125-146. p.134-135.

¹² ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. p.197-228. p.207.

¹³ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO. TRT-PR-02822-2001-660-09-00-8 (RO-05568-2002) – Acórdão -06845-2003. Rel. Juíza Janete do Amarante. *Diário da Justiça Paraná*, XLIX, Edição digitalizada N.6343, Curitiba, 6ª feira, 04 de abril de 2003. p.397. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/diario-da-justica>>. Acesso em: 26 de setembro de 2019.

2015, de reversão de demissão por justa causa em razão de ser considerado o acesso às comunicações uma invasão de privacidade e, por consequência, ilícito para fundamentar a demissão¹⁴.

Levada a matéria ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) em 2007, este também reconheceu a expectativa de privacidade do funcionário, mas chama atenção para o fato da existência de expectativa em razão de ter a funcionária recebido qualquer aviso de que as suas chamadas seriam passíveis de monitoramento¹⁵.

E nesse sentido, apesar de tanto a doutrina como a jurisprudência entenderem pela existência de uma expectativa de privacidade, já é também entendimento de que tal direito não é absoluto, até tendo-se em vista também a necessidade ou mesmo direito-dever do empregado controlar e vigiar a atividade de seus empregados¹⁶. Sendo assim, a questão que aqui se coloca é: como afastar legitimamente tal expectativa?

Daí novamente a grande importância dos códigos internos de ética e de conduta e as políticas empresariais. Ou seja, a empresa poderá sim afastar legitimamente a

¹⁴ No supracitado caso, a empresa teria instalado programa no computador da funcionária para captar suas comunicações, conseguindo acesso a e-mails pessoais e mensagens trocadas em suas redes sociais e, com base nessas mensagens teria alegado justa causa por comportamento funcional irregular. Decisão esta mantida em 1ª instância, mas revertida em 2ª, por serem consideradas provas ilícitas de fundamentar justa causa. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. TRT- 0001614-90.2012.5.15.0094RO. Decisão: 009262/2015-PATR. Rel. Eleonora Bordini Coca. Assinatura digital em 25/02/2015. Disponível em: <http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:EP6Jz23R2-sJ:www.trt15.jus.br/voto/patr/2015/009/00926215.rtf+%22atitudes+patronais+irregulares%22&site=jurisp&client=dev_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 26 de setembro de 2019.

¹⁵ Destaca-se: “41. De acordo com a jurisprudência do Tribunal, as chamadas telefônicas das instalações de trabalho, à primeira vista, abrangidas pelas noções de ‘vida privada’ e ‘correspondência’ para os fins do Artigo 8 § 1 (ver Halford, citado acima, § 44 e Amann v. Suíça [GC], no. 27798/95, § 43, ECHR 2000-II). Segue logicamente que os e-mails enviados do trabalho devem ser similarmente protegido pelo Artigo 8, assim como as informações derivadas do monitoramento do uso pessoal da internet. 42. A recorrente no presente processo não recebeu qualquer aviso de que as suas chamadas seriam passíveis de monitoramento, por isso ela tinha uma expectativa quanto à privacidade das chamadas feitas de seu telefone de trabalho (ver Halford, § 45). Devendo a mesma expectativa deve ser aplicada em relação ao e-mail do candidato e uso da internet”, vide: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Copland V. The United Kingdom*. Application n.º 62617/00. Strasbourg, 03/04/2007. Disponível em: <<https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2016/07/1531450.pdf>>. Acesso em: 05 de julho de 2018. Tradução livre da autora.

¹⁶ No mesmo sentido: ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. p.197-228. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. p.205.

expectativa de privacidade de seu funcionário desde que, para isso, tenha o avisado prévia e expressamente da possibilidade de, em caso de eventuais investigações, todo o material poderá ser acessado e, principalmente, seu o conteúdo poderá ser visualizado e utilizado pela empresa.

Havendo de se ressaltar aqui, no entanto, que ao contrário do que se verifica em uma atividade de simples supervisão ou fiscalização do Estado¹⁷, a investigação corporativa deve ser essencialmente reativa. Significando dizer que não se permite aqui uma investigação sem um grau de suspeita mínimo que justifique o acesso à essas informações – que, ainda que agora legitimamente afastada, não deixa de ser uma quebra de sigilo, e, como tal, deve ser conduzida com cautela e como último recurso; evitando-se assim, uma busca genérica de todos os atos dos funcionários¹⁸.

Em outras palavras, defende-se aqui a necessidade de se ter uma suspeita suficientemente consistente sobre um fato determinado para que então se justifique a abertura de uma investigação interna¹⁹.

E existindo essa suspeita suficientemente consistente e sendo instaurada a investigação, uma vez afastada, legitimamente a expectativa de privacidade do funcionário, cumpre-nos agora trazer a resposta para um segundo questionamento, qual seja, o de saber se essas informações poderão ser levadas validamente para o processo penal e se, para tanto, deverão respeitar garantias também desse segundo sistema.

E tal questionamento tem lugar em razão de, uma vez ter sido o empregado muitas vezes obrigado a entregar tais informações em decorrência de um contrato de trabalho – e muitas vezes sob risco de afastamento de seu cargo –, não teria ele contribuído ativamente para a sua autoincriminação? Uma vez que agora se está pensando em um processo penal

¹⁷ Atividades em que apenas se objetiva realizar uma vistoria de documentos e/ou informações com o objetivo de manter o funcionamento regular do sistema social (vide: DIAS, Augusto Silva. O Direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários. *Revista de Concorrência e Regulação*, Lisboa, ano 01, n. 01, p.237-265, jan./mar.,2010. p. 254).

¹⁸ Neste sentido também: ANTUNES, Maria João. *Condução de investigações internas sob o ponto de vista da validade da prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRRM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2018. (I Curso de Compliance). Acesso em: 24 de setembro de 2019 e NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p.21-50. p.34

¹⁹ No mesmo sentido, BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p.60-61.

propriamente dito, não teria também o funcionário direito ao *nemo tenetur se detegere/se ipsum accusare*, ou seja, de não colaborar ativamente com a sua incriminação?

Ao que nos parece, a resposta é positiva. Havendo de se falar em direito de não colaborar e, inclusive, direito ao silêncio²⁰. E, de fato, este direito vem sendo reconhecido nas investigações de *compliance* principalmente no momento das denominadas “entrevistas”, oportunidade esta em que antes ou mesmo depois de terem sido avaliados os documentos do investigado, a empresa ou escritório contratado tem a oportunidade de conversar pessoalmente – e às vezes até mesmo confrontá-lo com documentos – com o investigado a partir de um *outline* de entrevista previamente preparado.

Antes dessas entrevistas, justamente para validar a utilização das informações que poderão ser ali obtidas, se tornou praxe a leitura do denominado *Upjohn Warning* ou também conhecido como *Miranda Warning*, que busca precisamente esclarecer ao investigado que os advogados ali representam a empresa e não o funcionário, sendo da empresa, portanto, o privilégio decorrente da comunicação cliente-advogado; podendo esta dispor do mesmo a qualquer tempo. E, nesse sentido, tem o funcionário a possibilidade de ser assistido por um advogado próprio e de ver respeitado o seu direito de silêncio²¹.

Caso assim não o fizer expressamente, importante destacar, e o funcionário acreditar que as informações que entregar nas entrevistas estavam cobertas por um privilégio direito-advogado entre ele e aquele que o entrevista, a empresa não poderia, sem seu consentimento, se utilizar dessas informações frente a terceiros²²⁻²³.

²⁰ RAMOS, Vânia Costa. Corpus Jurídus 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare* (parte I). *Revista do Ministério Público de Lisboa*, n. 108, Lisboa, v. 27, p. 125-149. out./dez., 2006. p.132.

²¹ Originariamente, o termo decorre do caso da empresa UpJohn (Upjohn Co. v. United States – 1981), que teria realizado uma investigação interna para verificar eventuais pagamentos a funcionários do governo e, apesar de terem entregue voluntariamente um relatório preliminar para a SEC (Securities and Exchange Commission – semelhante à CVM brasileira), a empresa citou o privilégio advogado-cliente para se recusar a entregar documentos e memorandos de entrevistas para o IRS (Internal Revenue Service – Receita Federal). Chegando o caso à Suprema Corte, entendeu-se que as comunicações entre os funcionários e os advogados da empresa estão protegidas pelo privilégio advogado-cliente. Vide: JUSTIA – US Supreme Court. *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/449/383/>>. Acesso em 26 de setembro de 2019.

²² Sobre o tema: MUNIZ, Luiz Roberto. *Upjohn Warning no Brasil?* Compliance Review. Jan/2017. Disponível em: <<http://compliancereview.com.br/upjohn-warning-no-brasil/>>. Acesso em: 26 de setembro de 2019.

²³ Havendo aqui de se deixar claro que não é uma exigência legal que as empresas, ao menos as empresas que não sejam estatais (considerando-se que estas últimas, em decorrência da Lei 13.303 de junho de 2016 seguem um regime todo especial com relação a esses “requisitos de transparência”), compartilhem

E para fins de responsabilidade penal, feito o Upjohn e esclarecido o direito ao silêncio e a um advogado, no caso de o funcionário trazer informações à empresa, esses esclarecimentos seriam suficientes para se levar validamente esses elementos obtidos pela investigação para o processo penal? Ou deveriam ser observados requisitos próprios do processo penal, tal como, por exemplo, o contraditório e ampla defesa ainda no momento da investigação?

3. POSSÍVEIS RESPOSTAS AO CONFLITO ENTRE AS INVESTIGAÇÕES INTERNAS E AS GARANTIAS DOS TRABALHADORES.

3.1 Regra da proporcionalidade²⁴

Tem-se agora um novo impasse entre garantismo e eficiência, pois, conforme visto, o *compliance* surge como um mecanismo criado em decorrência de uma real necessidade estatal em razão de limites fiscalizatórios quando na persecução de uma criminalidade complexamente estruturada. No entanto, trata-se, por certo, de um ambiente privado, uma investigação privada. Assim, como permitir que tais informações sejam usadas e, ainda assim, defender as garantias desses funcionários investigados?

Por outro lado, não permitir que essas informações sejam utilizadas, não seria um desincentivo para a implementação desses programas – que, diga-se, não são baratos para as empresas – e, por consequência, fadá-los ao fim? E a resposta aqui, ao que nos parece,

os resultados das investigações com os órgãos públicos. No entanto, em caso, por exemplo, de serem firmados eventuais acordos de leniência com as autoridades, é muito comum que, dentre os requisitos para concessão deste benefício, se verifique uma cláusula com tal exigência; até em razão de um eventual descumprimento do artigo 16, §1º, III da Lei 12.846 de 2013, que estipula como requisito para celebração do acordo que “III – a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento”. BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*: dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm>. Acesso em: 28 de setembro de 2019.

²⁴ Preferindo-se aqui o termo “regra” e não princípio em razão dos pontos levantados por Robert Alexy, a partir do qual, como afirma Virgílio Afonso da Silva, a regra da proporcionalidade não poderia ser considerada um princípio visto que “não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações”. Para uma análise mais aprofundada, vide: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, s.l, v.91, n.798, p.23-50, abr., 2002. p.24-27; ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p.151-179, jan./mar.,1999. p. 154 e ss.

pode ser alcançada olhando-se a partir da regra de proporcionalidade e seus requisitos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito²⁵.

Assim, quanto ao requisito de adequação, considera-se adequado o meio a partir do qual o objetivo é alcançado ou “o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”²⁶. Entendendo-se a persecução do ato criminoso como o bem coletivo tutelado, parece-nos que o compartilhamento das informações da empresa com as autoridades é um meio adequado para o seu fim, uma vez que permitem dar conhecimento às autoridades de atos criminosos e, por consequência, permitem que se inicie sua persecução.

Quanto ao requisito necessidade, entendendo-se necessária a medida que, dentre as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos²⁷, há de se falar que haveriam de fato outros meios menos prejudiciais aos direitos do empregado, tais como, por exemplo, permitir que essas informações fossem apenas alcançadas em sede de inquérito policial e apenas após análise e autorização judicial.

No entanto, uma vez que o requisito da necessidade traz como sub-elemento a eficácia e por ter a empresa melhores condições e mecanismos mais eficientes de detecção de eventuais delitos que ocorram em seu interior, não nos parece difícil defender que não haveria outro mecanismo tão eficaz quanto as informações derivarem da própria empresa²⁸.

²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, s.l, v.91, n.798, p.23-50, abr., 2002. p.34 e ss.

²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, s.l, v.91, n.798, p.23-50, abr., 2002. p.36. e ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p.151-179, jan./mar.,1999. p.172.

²⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p.151-179, jan./mar.,1999. p.172.

²⁸ Maiores considerações, no entanto, merecem as atas das entrevistas realizadas com os funcionários. E isto porque, tendo-se em vista que as perguntas são elaboradas a partir da documentação alcançada na investigação, justamente para se esclarecer algum ou outro ponto, em tendo as autoridade acesso aos mesmos documentos, não se vê necessário o compartilhamento também destas atas, uma vez que sua repetição em juízo não acarretaria qualquer prejuízo no sentido de sua eficácia. Sobre o tema: CANESTRARO, Anna Carolina. *As investigações internas no âmbito do Criminal Compliance e os direitos dos trabalhadores: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de

Por fim, há de considerar a proporcionalidade em sentido estrito, fazendo-se, para tanto, um “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”²⁹.

Nesse sentido, analisando-se a proporcionalidade das investigações internas e transferência de informações segundo este último elemento, realizando-se a ponderação entre finalidade pública (persecução da criminalidade) e direito de privacidade, parece-nos que a resposta aqui estaria em também ser analisada a gravidade do delito no caso concreto³⁰.

E isto porque não nos parece então proporcional restringir o direito de privacidade, ou mesmo exigir que o funcionário entregue documentações que levarão à implicações do ponto de vista da responsabilidade criminal quando o caso em questão, for, por exemplo, uma investigação instaurada a respeito de possíveis “presentes” de valores realmente simbólicos entregues à título de lembranças de final de ano³¹. Outro cenário é, no entanto, no caso de um funcionário desviar volumes de dinheiro da empresa para contas de pessoas físicas, abertas em seu nome ou em nome de “laranjas”, ou mesmo vender informações privilegiadas, podendo, dependendo do tamanho da empresa, causar prejuízos não só para os acionistas, mas para o mercado, para a concorrência e para a economia³².

Coimbra, 2018. p.95 e ss.

²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, s.l, v.91, n.798, p.23-50, abr., 2002. p.40.

³⁰ Neste sentido: BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p.67 e CANESTRARO, Anna Carolina. *As investigações internas no âmbito do Criminal Compliance e os direitos dos trabalhadores: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018. p.97 e ss.

³¹ Interessante citar, no entanto, que cada vez mais as empresas vem se preocupando em desenvolver e dar notoriedade à suas políticas de “presentes”, uma vez ser muito sutil a barreira do que seria de fato tolerável e visto apenas como uma “lembrancinha” e o que já poderia se enquadrar como algo ilícito e com intenções anticoncorrenciais, por exemplo. E fala-se aqui de algo que poderia ser questionável o suficiente para a empresa considerar necessária a instauração de uma investigação interna, mas não algo suficiente a ensejar uma ação penal.

³² CANESTRARO, Anna Carolina. *As investigações internas no âmbito do Criminal Compliance e os direitos dos trabalhadores: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018. p.97.

Assim, diante desses últimos casos, tamanha a proporção da gravidade do delito e os possíveis prejuízos causados pelos atos dos funcionários, nos parece proporcional que se permita uma análise mais aprofundada do caso, justificando-se eventuais restrições dos direitos e garantias supracitados em defesa da persecução dessa criminalidade.

Desta feita, concluindo-se pela proporcionalidade depois análise segundo todos os critérios da regra de proporcionalidade, defende-se que as informações poderão ser repassadas validamente ao processo penal. Devendo-se analisar ainda, no entanto, qual o peso que tais informações agora poderão ser recebidas pelo processo, de forma a continuar se observando, ao máximo, as garantias dos investigados.

3.1 Recebimento no processo penal

Importante desde já esclarecer que a possibilidade de se ter um advogado próprio acompanhando o funcionário em eventuais entrevistas³³ não garante o contraditório e a ampla defesa para este momento. Da mesma forma, considerando-se a investigação como um todo, abrangendo-se aqui também a coleta e análise das informações apreendidas a partir dos elementos de trabalho do funcionário, também não se verificam o cumprimento a tais garantias. Salientando-se que, por muitas vezes, a coleta e análise são realizadas por escritório terceirizados, não havendo, portanto, qualquer participação do funcionário e muito menos, por consequência, de seu advogado.

Neste sentido, inexistindo o contraditório no momento da investigação interna, a primeira questão que se coloca aqui é a de se verificar se seria suficiente um contraditório diferido, ou seja, se seria suficiente que no momento em que as informações fossem levadas para o processo penal se abrisse oportunidade para o contraditório; tal qual se fala, muitas vezes, no âmbito das provas emprestadas.

No entanto, há de se dizer que o contraditório não diz respeito a apenas provas já constituídas, mas também à oportunidade de se influenciar e fiscalizar a atividade desde o desenvolvimento da instrução e, nesse sentido, o procedimento diferido não seria o suficiente para se considerar todo o processo investigativo como respeitante do princípio³⁴.

³³ Valendo salientar aqui que o que se verifica na prática do *compliance* é que, normalmente, esta presença de um advogado no momento das entrevistas não se faz muito usual.

³⁴ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*. v. 35, n. 140, p.145-162, out./dez., 1998. p.149.

Não se podendo olvidar ainda do fato de que, uma vez que está se realizando uma investigação em um âmbito essencialmente trabalhista, fala-se de uma investigação de um empregador “contra” seu empregado. Em outras palavras, não se pode falar aqui de uma real paridade de armas e mesma possibilidade de se influenciar no processo. Lembrando sempre que ainda que se dê direitos ao funcionário a um advogado e ao silêncio, nada impede que este sofra represálias no âmbito trabalhista caso não coopere com a Companhia³⁵.

Cumpre-nos, então, responder ao seguinte questionamento, como então poderiam as informações serem recebidas pelo processo penal? E a resposta aqui, ao nosso ver, pode ser alcançada a partir de uma análise comparativa entre estas investigações e as próprias investigações oficiais.

Isto é, a partir dessa comparação verifica-se que, no âmbito das investigações “oficiais” conduzidas ao longo de um inquérito policial encontram-se os denominados “elementos de informação” que, por, por característica,

- a) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese; b) estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos; c) servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza; d) não exigem estrita observância da publicidade, *contradição* e imediação, pois podem ser restringidas; e) servem para a formação da *opinio delicti* do acusador; f) não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não processo (arquivamento); g) também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional; h) podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária³⁶

Nesse sentido, direcionadas à formação da opinião do órgão acusador, ainda que se possam ser tomadas algumas medidas interlocutórias que se demonstrem cabíveis, não se fala aqui de uma sentença no âmbito decisório. Sendo necessário, para tanto, que essa *opinio delicti* passe por um segundo momento, isto é, sendo analisada por um juiz imparcial e que respeite, agora sim integralmente, o devido processo, com todas as garantias que lhe são inerentes.

³⁵ ROXIN, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 114, p.321-339, mai./jun., 2015. p.335.

³⁶ RAMOS *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.p.323.

Assim, traçando-se um paralelo entre estes elementos de informação com as investigações internas, pode-se perceber que também aqui se fala em elementos de caráter informativo, obtidos em uma fase preliminar pelo próprio acusador (a empresa), com o objetivo de influenciar a formação de sua própria *opinio delicti* (fazendo-se aqui analogia ao Ministério Público); mas, da mesma forma que no cenário anterior, defende-se também aqui que essas informações só poderão estabelecer responsabilidades criminais quando analisadas por um terceiro imparcial e de acordo com o devido processo.

Desta feita, conclui-se que tal qual os elementos trazidos em fase de inquérito policial, uma vez que a investigação interna não busca originariamente produzir provas, mas apenas obter informações que poderiam levar a um juízo de probabilidade idôneo, o seu recebimento como elemento de informação para o processo penal não acarreta em irreparável prejuízo ao investigado (tal como seria se aqui falássemos, por exemplo, em elementos de prova – estes sim com “aptidão para serem por si mesmos fonte de conhecimento” e capazes de oferecer ao juízo resultados probatórios diretamente utilizáveis na decisão³⁷).

E a consequência prática de se permitir que tais informações sejam levadas ao processo como elementos de informação e não como elementos de prova é a de que também aqui se veria aplicado o artigo 155 do código de processo penal brasileiro

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão *exclusivamente* nos *elementos informativos colhidos na investigação*, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas³⁸.

Dito com outras palavras, ao serem assim consideradas, as informações provenientes do âmbito das investigações de *criminal compliance* poderão ser consideradas como suficientes indícios para instauração de um inquérito policial ou mesmo fundamentar uma denúncia, desde que alcançados os necessários indícios de autoria e materialidade.

³⁷ SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*, Vol.II. Lisboa: Verbo, 2011. p.280. e CO-MOGLIO *apud* GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Orgs.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. p.303-318.p.309 e TARUFFO, Michele. *La Prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2009.pp.59-60. Tradução livre da autora.

³⁸ BRASIL. *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/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 30 de setembro de 2019.

Contudo, por força do artigo 155 do código de processo brasileiro, essas informações não poderiam fundamentar uma decisão, vistos que não produzidas sob contraditório judicial e, nesse sentido, devem ser sua valoração limitada³⁹.

CONCLUSÃO

Diante dos limites fiscalizatórios estatais perante uma nova criminalidade global cada vez mais complexa e estruturada, o Estado encontrou, nas empresas, um forte aliado. Assim, passou a ser exigido destes entes uma autorregulação e uma autofiscalização que pudesse garantir e incentivar uma cultura de cumprimento às normas, buscando-se, com isso, desincentivar a criminalidade dos poderosos e evitar, assim, possíveis novas crises financeiras.

Chega-se então à governança corporativa e, como um de seus pilares, ao *compliance*. E dentre as vertentes do *compliance*, ganha destaque aqui a vertente repressiva, isto é, quando, a despeito de todos os esforços em se trazer um ambiente de cumprimento às normas, a empresa se vê diante de uma conduta irregular de seu funcionário. Em havendo tal conduta, a companhia poderá ter interesse em instaurar uma investigação interna, podendo ter esta os mais variados objetos e objetivos, indo desde investigações instauradas para verificar irregularidades no âmbito trabalhista ou mesmo investigações para apurar eventuais responsabilidades criminais.

E ao se permitir uma investigação interna com a finalidade de se apurar eventuais responsabilidades criminais, abre-se caminho para que a empresa se torne um braço investigativo do Estado e, nesse sentido, surgem questionamentos a respeito de um eventual conflito de interesses entre o investigador (o empregador) e o investigado (empregado).

De fato, considerando-se que, via de regra, a investigação tem origem a partir da análise de informações decorrentes dos meios de trabalho cedidos pela empresa a seu funcionário, a doutrina e jurisprudência, tanto brasileira como europeia, diante da realidade da cultura empresarial, já se manifestaram no sentido de ter aqui o funcionário uma expectativa de privacidade sobre suas correspondências.

³⁹ Também nesse sentido: CANESTRARO, Anna Carolina. *As investigações internas no âmbito do Criminal Compliance e os direitos dos trabalhadores*: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018. p.107 e ss.

Apesar de reconhecida sua expectativa, no entanto, não é este mais considerado um direito absoluto e, em sendo assim, o empregado poderá vê-lo ser afastado desde que – e somente se – tal possibilidade tenha sido prévia e expressamente informada por seu empregador no código interno de conduta da empresa (devendo, ainda assim, ser considerada como última medida).

Afastada legitimamente tal expectativa, em sendo caso de apuração de responsabilidade criminais, poderá a empresa objetivar levar essas informações a um processo penal contra o funcionário. E, nesse sentido, tem-se aqui um primeiro conflito entre as garantias do investigado e a eficiência ou necessidade dos programas de *compliance* para o Estado no quesito persecução criminal.

E a resposta para o aparente conflito poderá ser alcançada a partir de uma análise sob a visão da regra de proporcionalidade, ou seja, sendo a coleta e o compartilhamento adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, defende-se que as informações poderão e deverão ser levadas ao processo penal.

No entanto, uma vez que não se veem respeitados o contraditório e ampla defesa no ambiente das investigações corporativas, há de se defender que deverão estas informações serem recebidas com cautela e com uma valoração limitada. Nesse sentido, entende-se que deve ser aplicado também aqui o artigo 155 do Código de Processo Penal, ou seja, as informações decorrentes do *criminal compliance* devem ser vistas como elementos de informações e não como elementos de provas, valendo dizer que poderão ser consideradas suficientes para a instauração de um inquérito ou para fundamentar uma denúncia (desde que presentes os indícios de autoria e materialidade), mas frente a uma formação de juízo e decisão, deverão ter estas uma valoração limitada.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Maria João. *Condução de investigações internas sob o ponto de vista da validade da prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2018. (I Curso de Compliance). Acesso em: 24 de setembro de 2019.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, pp.151-179, jan./mar.,1999.

BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

BORGERTH, Vania Maria da Costa. *SOX: entendendo a Lei Sarbanes-Oxley: um caminho para a informação transparente*. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

BRASIL. *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/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 30 de setembro de 2019.

BRASIL. *Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013*: dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 28 de setembro de 2019.

CANESTRARO, Anna Carolina. *As investigações internas no âmbito do Criminal Compliance e os direitos dos trabalhadores*: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018.

DIAS, Augusto Silva. O Direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários. *Revista de Concorrência e Regulação*, Lisboa, ano 01, n. 01, p.237-265, jan./mar.,2010.

ESTRADAICUADRAS, Albert; LLOBETANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance*: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. pp.197-228.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Copland V. The United Kingdom*. Application n.º62617/00. Strasbourg, 03/04/2007. Disponível em: <<https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2016/07/1531450.pdf>>. Acesso em: 05 de julho de 2018.

GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Peru: Palestra Editores, 2014.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 43-61. ago., 2016.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de.

(Orgs.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. pp.303-318.p.309.

GOMEZ MARTÍN, Víctor. Compliance y Derechos de los Trabajadores. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*. São Paulo: Atlas, 2015.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção no fenômeno desportivo: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

JUSTIA – US Supreme Court. *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/449/383/>>. Acesso em 26 de setembro de 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MUNIZ, Luiz Roberto. *Upjohn Warning no Brasil?* Compliance Review. Jan/2017. Disponível em: <<http://compliancereview.com.br/upjohn-warning-no-brasil/>>. Acesso em: 26 de setembro de 2019.

NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50.

PAMPEL, Jochen; GLAGE, Dietmar. Unternehmensrisiken und Risikomanagement. In: HAUSCHKA, Christoph E (Hrsg.). *Corporate compliance: handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*. München: Verlag C.H. Beck, 2007.

RAMOS, Vânia Costa. Corpus Jurídus 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare (parte I). *Revista do Ministério Público de Lisboa*, n. 108, Lisboa, v. 27, pp. 125-149. out./dez., 2006.

ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. São Paulo: Atlas, 2011.

ROXIN, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 114, pp.321-339, mai./jun., 2015.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 41, n. 2, p. 529-558., mai./ago. 1988.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*, Vol.II. Lisboa: Verbo, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, s.l, v.91, n.798, pp.23-50, abr., 2002.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia / Revan, 2015.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*. v. 35, n. 140, pp.145-162, out./dez., 1998.

TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act handbook: a practical guide for multinational general counsel, transactional lawyers and white collar criminal practitioners*. Chicago: American Bar Association, 2010.

TARUFFO, Michele. *La Prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2009.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. TRT- 0001614-90.2012.5.15.0094RO. Decisão: 009262/2015-PATR. Rel. Eleonora Bordini Coca. Assinatura digital em 25/02/2015. Disponível em: <http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:EP6Jz23R2-sJ:www.trt15.jus.br/voto/patr/2015/009/00926215.rtf+%22atitudes+patronais+irregulares%22&site=jurisp&client=dev_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 26 de setembro de 2019.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO. TRT-PR-02822-2001-660-09-00-8 (RO-05568-2002) – Acórdão -06845-2003. Rel. Juíza Janete do Amarante. *Diário da Justiça Paraná*, XLIX, Edição digitalizada N.6343, Curitiba, 6ª feira, 04 de abril de 2003. p.397. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/diario-da-justica>>. Acesso em: 26 de setembro de 2019.

VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017.

**A OBRIGATORIEDADE DA COMPROVAÇÃO DO DOLO COMO
CONDIÇÃO PARA A SANÇÃO PENAL NO CRIME DE PIRÂMIDE
FINANCEIRA**

*THE OBLIGATION TO PROVE THE INTENT AS A CONDITION FOR THE
CRIMINAL SANCTION IN THE PYRAMID SCHEME CRIME*

Carlos Adalberto Ferreira de Abreu

Mestrando em Direito e Sociedade na Universidade La Salle. Especialista em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Direito pela Faculdade Estádio do RS. Advogado. Coordenador da Comissão Especial de Estudos em Execução Penal do Canal Ciências Criminais. Membro do Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas – GECC/POA. Associado IBCCRIM. Associado ABRACRIM E-mail: carlosabreu@carlosafabreu.com

Jean de Andrade Fontes

Graduando em Direito pela Universidade Feevale/RS. Realizou o curso de aperfeiçoamento em Temas Atuais de Direito Penal Econômico, promovido pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminas (IBCCRIM). Membro do Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas – GECC/POA. Membro do Grupo de Estudos Tópicos Avançados em Direitos Fundamentais – GETADF/Novo Hamburgo. E-mail: jeandeandradefontes@hotmail.com

Resumo: Esta pesquisa investiga o crime de Pirâmide Financeira, modalidade de crime contra a Economia Popular que necessita da comprovação do dolo para sua caracterização e processamento. A academia pouco ou nada produz a respeito deste tema, fazendo deste um artigo prospector. A investigação buscou seu conceito, confrontou-o com o crime de estelionato e o diferenciou dos crimes contra o sistema financeiro. A abordagem do tema foi através do método indutivo e para a procedimentalização a opção foi pelos métodos histórico e observacional se valendo do sincretismo metodológico permitido e, muitas vezes, necessário as investigações da ciência do Direito. Através da profícua pesquisa foi possível identificar *el primer caso* de pirâmide financeira, na Madrid do século XIX,

alinhar os *leading cases* (no exterior e no Brasil), traçar as principais características de uma pirâmide financeira, suas semelhanças e diferenças para com os crimes de estelionato e contra o sistema financeiro. Em resposta ao objeto da pesquisa se observou que a exigência de dolo específico para a caracterização do crime é inarredável e que nem todas as pessoas envolvidas em uma pirâmide financeira estarão imbuídas deste ânimo. Por fim, se avançou para uma análise das propostas legislativas em tramitação no Congresso Nacional, fazendo uma análise prévia do que é pretendido como forma de colaboração e participação na discussão.

Palavras-chave: Pirâmide financeira; características; crime; legislação aplicável; dolo.

Abstract: This paper examines the crime of pyramid scheme as a kind of crime against the Popular Economy that requires the evidence of the intent for its characterization and processing. There has been little or no academic interest in this issue, thus making this an avant-garde article. The investigation sought its concept, comparing it to the crime of fraud and distinguishing it from crimes against the financial system. The chosen scientific approach was the inductive method, and in order to do so historical and observational methods were the authors' options, drawing on the allowed, and often required to Law studies, methodological syncretism. Throughout the research it was possible to identify the first case of pyramid scheme in the nineteenth-century Madrid, to align the main cases (abroad and in Brazil), to trace the main characteristics of pyramid schemes, their similarities to and differences from fraud and crimes against the financial system. Answering the research problem, the authors argue that a specific intent is essential to characterize the crime, and that not everyone entailed in the scheme is imbued with this animus. Finally, the article advances to an analysis of the National Congress' bills, making a prior analysis of what is intended as a form of collaboration and participation in the discussion.

Keywords: Pyramid scheme crime; features; crime; applicable law; intent.

Sumário: 1. Introdução; 2. O que caracteriza uma Pirâmide Financeira; 2.1 *Modus Operandi* e modelos piramidais; 2.2 Piramideiros aliciadores (agentes ativos); 2.3 Piramideiros aliciados/aliciadores (agentes passivos/ativos e ou passivos); 3. Piramideiros famosos e seus métodos de ganhar dinheiro; 3.1 O italiano *Ponzi* e o *Ponzinismo*; 3.2

Madoff e seus clientes/investidores/vítimas (?) famosos; 3.3 As pirâmides *Brasiliiani*; 4. Pirâmide financeira ou marketing multinível; 5. Diploma legal antigo e obsoleto no enfrentamento de modelos renováveis de fraude: contrassenso e omissão legislativa; 5.1 Crime contra a Economia Popular ou crime de Estelionato; 5.2 Crime contra a Economia Popular ou contra o Sistema Financeiro?; 5.3 Tentativa e rol exemplificativo (?); 6. Análise do dolo na prática da pirâmide financeira; 7. Alterações legislativas em processamento: mais punição ao invés de mais educação; 8. Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Década de 1870, Madrid. Esse é o cenário da primeira ocorrência de crime de pirâmide financeira conhecido e atribuído a *Doña Baldomera*. Essa prática delituosa evoluiu muito desde aqueles tempos, mas se mantém como uma forma ilícita de arrecadar investimentos com promessas de ganhos espetaculares, sem qualquer viabilidade, e resultando em um número, geralmente, indefinível de vítimas lesadas.

No Brasil as pirâmides se tornaram conhecidas através das “correntes da prosperidade” na década de 30 do século XX. O legislador não demorou a diagnosticar a necessidade de enfrentamento e o fez através da Lei de Crimes contra a Economia Popular, de 1951.

Assim como a sociedade, a criminalidade também evolui e se modifica, o que não foi diferente com as pirâmides financeiras. Transmutando-se continuamente e adquirindo novas conformações, o estudo e o combate a este delito necessita de readequação e modernização. Os legisladores brasileiros, atentos a estas mudanças, propuseram projetos de lei, seja de criação de novo tipo penal, seja de modificação do texto já existente, objetivando aumentar o *quantum* punitivo.

Investigar os casos paradigmáticos e analisar, com olhar dogmático, o tipo penal posto, foi o caminho escolhido para trabalhar as premissas iniciais desta pesquisa. Prescrutar as iniciativas legislativas em busca novas proposições de enfrentamento resultaram na análise de três projetos de lei em tramitação.

A hipótese inicial é de que não basta a mera comprovação da participação de um agente em um esquema de pirâmide financeira para que ele esteja sujeito à uma sanção penal. É impositiva, pois, a comprovação dolo.

A utilização dos meios e métodos eleitos resultaram na coleta dos dados descritos no texto deste trabalho que pretende movimentar a discussão sobre o tema, diante de um cenário acadêmico carente de produção acerca das pirâmides financeiras.

2. O QUE CARACTERIZA UMA PIRÂMIDE FINANCEIRA

Por se tratar de tema pouco explorado no ambiente jurídico brasileiro, cabe, antes de iniciar uma discussão mais acurada sobre a necessidade da comprovação do dolo para configuração do crime de pirâmide financeira, investigar as características que a fazem um esquema criminoso.

Para que seja considerada uma pirâmide financeira e, por consequência, um crime contra a economia popular (adequação dada pelo ordenamento jurídico brasileiro) os valores envolvidos têm que ser vultosos, porquanto o bem jurídico a ser protegido ser a economia popular. Contrário senso, se os valores envolvidos não forem significativos e com potencial de colocar em risco de dano à economia popular, não conterà perigo ao bem jurídico, portanto não se configurará crime.

Ademais, verificar-se-á a existência de diversas linhas tênues que separam tanto uma conduta lícita de uma ilícita, quanto de um crime punido com pena severa à um crime punido com uma pena com uma pena menor. Diante deste cenário, não há como trabalhar com o dolo sem antes delimitar o que é e o que não é uma pirâmide financeira.

2.1 *Modus operandi* e modelos piramidais

A pirâmide financeira consiste, guardadas as devidas diferenças entre um golpe e outro, em um modelo que promete elevados rendimentos financeiros, mas que não é sustentável, considerando que depende essencialmente do recrutamento constante de novos participantes. Ademais, os rendimentos que, em tese, seriam auferidos pelos participantes da pirâmide financeira são extremamente destoantes dos investimentos legais costumeiros.

A chave do esquema piramidal consiste em cumprir, à risca, com os pagamentos da primeira parcela de clientes, o que possui o objetivo de obter a confiança dos colaboradores antigos e atrair novos colaboradores potenciais (ARANCIBIA, 2017).

Há dois modelos de pirâmide conhecidos: de corrente e o denominado 'ponzinismo'. O primeiro consiste, basicamente, no recrutamento de outros investidores, que ao contribuirão terão seus recursos destinados a pagar os investimentos dos seus anteriores.

O segundo, criado pelo italiano Carlo ‘Charles’ Ponzi¹, não exige dos investidores o recrutamento de novos participantes, porquanto trata-se de um típico investimento falso, onde as vítimas são levadas a aplicar capital em um determinado ativo que, na verdade, não existe, ao passo que é o dinheiro dos novos investidores que pagam os lucros dos antigos, até que o sistema colapse (ROVERI, 2013).

Cabe destacar os riscos não só financeiros, mas também sociais, que o esquema de pirâmide financeira pode causar. Vejamos, pois, o exemplo ocorrido na Albânia, entre 1996 e 1997, com escala sem precedentes. No seu auge, o valor nominal dos passivos de esquemas de pirâmide chegou a quase metade do PIB do país, porquanto cerca de dois terços dos albaneses investiram no esquema. Todavia, quando o colapso chegou, uma sequência de tumultos tomou conta do país, culminando na queda do governo e numa espécie de guerra civil, que teve aproximadamente 2.000 pessoas mortas (JARVIS, 2000).

Os agentes que idealizam as pirâmides financeiras se valem atualmente dos avanços tecnológicos tanto para difundir o negócio quanto para formar a proposta. Na Coreia do Sul, por exemplo, foi desmantelado um esquema piramidal de mais de \$24 milhões de dólares americanos, no qual era prometido aos investidores retornos estratosféricos que seriam, em tese, oriundos de capital investido em Bitcoins. O mesmo ocorreu no Vietnã, no entanto, com a oferta de um *Initial Coin Offering* (ICO), com a criação do “Pincoin” (ZECHMANN; PORTO, 2018).

O atrativo principal do esquema piramidal é, sem dúvida alguma, os humanos sentimentos da ambição e da ganância. A ambição em melhorar suas condições socioeconômicas e a ganância de obter o maior lucro em menor tempo e dispendendo o menor esforço possível. Por outro lado, há que se destacar que, por tratar-se de uma fraude, regiões em que há pouco investimento em educação financeira tornam-se os maiores pontos focais do golpe.

2.2 Piramideiros aliciadores (agentes ativos)

Irene Pajero-Pizarro (2017) aponta as características que fazem do esquema um golpe:

¹ Carlo Ponzi. Nascido na cidade de Lugo/Itália em 03 de março de 1882 e morto em 19 de janeiro de 1949 no Rio de Janeiro.

- a) o ápice da companhia (pirâmide) deve ser ocupado por uma pessoa que detenha conhecimentos financeiros e de economia que supostamente lhe atribua credibilidade e confiabilidade;
- b) o esquema se desenvolve à margem das atividades econômicas formais, transferindo o dinheiro arrecadado de um ao outro, atendendo a ordem de adesão à pirâmide;
- c) a rentabilidade oferecida é muito maior que a do mercado financeiro regular;
- d) necessita de ‘investidores’ que em busca de ter retorno de seu investimento captam novos investidores;
- e) há certa aparência de segurança no negócio, pois, os primeiros investidores sempre recebem o que lhes é prometido;
- f) deve existir a clara intenção de fraudar. O dolo é obrigatório;
- g) é muito difícil identificar e debelar uma prática de pirâmide financeira em virtude da semelhança que possui com negócios legais e regulares;
- h) mesmo que durem muitos anos, sempre terminará em fracasso, pois lida com recursos não renováveis: dinheiro e pessoas.

2.3 Piramideiros aliciados/aliciadores (agentes passivos/ativos e ou passivos)

Em um estudo realizado na Espanha, a partir dos preceitos da vitimologia, depois de analisados os depoimentos de vítimas de esquemas de pirâmides financeiras, foi concluído que os fatores que foram decisivos para as pessoas iniciarem no negócio foram, entre outros: a disponibilidade de um saldo econômico que se espera economizar para futuros imprevistos, o fato de pessoas conhecidas com experiências prévias positivas na empresa que aconselham a realizar o investimento, bem como as características do negócio, as quais foram, na época, percebidas como “uma oportunidade de investimento fantástico” (PAREJO-PIZARRO, 2017, p. 65).

Edmundo Roveri (2013) também trabalha com a perspectiva de quem vem a se tornar ‘vítima’ de uma pirâmide financeira:

- a) pessoa simples e com poucas posses que decide investir sua poupança em negócio que seja mais rentável;
- b) recebe todas as garantias de seriedade do investimento e da empresa, o que lhe torna seguro e confiante no aspecto psicológico;

c) para poder receber seus lucros é direcionado a fazer outro investimento, dobrando o valor do aporte inicial, após alguns meses;

d) ao final da curta trajetória do esquema, resta lesada em seu patrimônio.

Porém, não se pode limitar as características de quem investe em esquemas de pirâmide. Ainda que possam existir vítimas em potencial, como demonstram as referidas pesquisas, *Madoff*, por exemplo, tinha entre seus investidores/vítimas pessoas reconhecidas mundialmente, com grande patrimônio e munidas de alta capacitação educacional².

3. PIRAMIDEIROS FAMOSOS E SEUS MÉTODOS DE GANHAR DINHEIRO

As primeiras notícias da existência de conduta que hoje se define como crime de pirâmide financeira remontam aos anos 70 do século XIX na cidade de *Madrid*. *Baldomera Larra Wetoret*³, ou *Doña Baldomera*, como era conhecida, para prover o seu sustento e de seus filhos (abandonados pelo marido e pai que fugiu da Espanha por questões políticas) se viu obrigada a recorrer aos agiotas, para quem pagava pesados juros pelo dinheiro emprestado. Assim, lhe veio a ideia e passou a divulgar que quem deixasse consigo ‘uma onça de ouro’ teria, em um mês, o dobro de volta (TORRES, 2009).

Doña Baldomera usava o dinheiro dos novos investidores para pagar os anteriores, com ganhos de aproximadamente 30% (trinta por cento) ao mês. Estes ganhos abissais fizeram a fama de *Doña Baldomera* se espalhar por toda Europa, vindo a ser citada em diversos periódicos da época (TORRES, 2009).

Desta forma, e desta feita por absoluta necessidade, foi concebida a prática de criação de pirâmide financeira (nome contemporâneo e desconhecido para a criadora da prática) com o intuito de arrecadar rapidamente recursos que de outra forma não seria possível.

² A investigação apurou, dentre outros nomes: *Paul McCartney, Uma Thurman, Steven Spielberg, Fred Wilpon, Kobe Bryant, Elie Wiesel, Mortimer Zuckerman, Michael Geoghegan, Emilio Botín e Kenichi Watanabe* (ROVERI, 2013, p. 25).

³ *Baldomera Larra Wetoret*, nascida em Madrid em 1833 e morta em Havana no ano de 1915.

3.1 O italiano *ponzi* e o *ponzinismo*

No início da década de 20 do século XX, o imigrante italiano *Charles Ponzi* (*Carlo Ponzi*), que havia chegado aos Estados Unidos via Canadá, recebeu uma correspondência originária da Espanha e descobriu que os selos postais internacionais poderiam ser comercializados em solo americano e que a variação cambial nas moedas envolvidas na transação poderiam lhe render lucro (ROVERI, 2013).

Ponzi prometia aos investidores ganhos de até 40% em apenas três meses, em tempos que, neste período, em investimentos bancários regulares, poderiam auferir apenas 5% de juros. As investigações que se sucederam apuraram que o esquema chegou a arrecadar cerca de U\$ 1 milhão em apenas 3 horas. As mesmas investigações identificaram que *Ponzi* gastou com selos um total de U\$ 30,00 (ARANCIBIA, 2017).

3.2 *Madoff* e seus clientes/investidores/vítimas(?) Famosos

Bernard Lawrence Madoff cumpre pena de 150 anos em prisão federal americana por ter enganado milhares de investidores, entre as décadas de 1980, 1990 e 2000, sem, no entanto, se ter a exata dimensão de quanto tempo durou seu esquema (ARANCIBIA, 2017).

Tudo ia bem para *Madoff* até que a crise mundial de 2008 diminuísse o dinheiro em circulação o que fez com que diversos investidores pedissem resgate de seus investimentos junto ao fundo administrado por *Madoff*. Sem novos investidores (também em virtude da crise) e com os habituais diminuindo os investimentos e muitos pedindo resgate, o sistema ruiu. Não havia mais como captar investimentos para pagar investimentos (ROVERI, 2013).

3.3 As pirâmides *brasiliani*

Em terras *brasiliani* as primeiras ocorrências de esquemas semelhantes aos de pirâmide financeira remetem à década de 30 do século XX, com as ‘correntes da prosperidade’ que consistia na remessa de 5 cartas, com uma lista de 5 nomes, pedindo dinheiro. Quem atendesse o pedido, enviaria o dinheiro para o primeiro da lista, refaria a listagem retirando o nome deste e incluindo seu próprio em quinto lugar (PINHO;

CÉSAR, 2014). Outros casos mais recentes se tornaram mais conhecidos pela ampla divulgação da mídia:

- a) **Boi Gordo**: no final da década de 1990, com veiculação nos canais de televisão mais importantes do país e utilizando a credibilidade de um dos atores mais conhecidos e estimados, a Fazenda Reunidas Boi Gordo chamava investidores para incentivarem o processo e engorda de gado, através da aquisição de títulos financeiros específicos (na verdade meros empréstimos ao empreendimento). A promessa era de rendimentos muito superiores aos do mercado financeiro regular. Porém, a restituição dos valores prometidos se dava com o aporte de novos investidores. Após seduzir mais de 31 mil investidores o sistema entrou em colapso (pela falta de novos) e ruiu (PINHO; CÉSAR, 2014).
- b) **Avestruz Master**: mais de 40 mil pessoas foram lesadas pelo Grupo Avestruz Master. O grupo vendia títulos de investimentos com a suposta finalidade de fomentar a criação de avestruzes para abate e venda da carne. O lucro prometido era de 10% (dez por cento) em 18 meses. Foram poucos investidores que receberam seus lucros e os recursos utilizados eram provenientes de novas adesões (PINHO; CÉSAR, 2014).
- c) **Telexfree**: Carlos Wenzeler criou um sistema de ‘Disk à vontade’, no ano de 2009, convidava os investidores a desembolsarem entre US\$ 200 a US\$ 1.000. Estima-se que o negócio tenha envolvido mais de um milhão de pessoas e alcançado cifras em torno de R\$ 300 milhões.

Existiram muitas outras pirâmides financeiras, no mundo e no Brasil. Ainda existem e continuarão a existir.

4. PIRÂMIDE FINANCEIRA OU MARKETING MULTINÍVEL

De início é fundamental dizer que: pirâmide financeira é prática criminosa, ilícita; marketing multinível é prática comercial, lícita. O Governo Federal do Brasil, através do Ministério da Justiça editou o 2º Boletim de Proteção do Consumidor/Investidor, elaborado pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM, alertando os investidores sobre as diferenças entre um e outro modelo de negócio (BRASIL, 2013).

O documento explica que o marketing multinível se estrutura para a venda de produtos ‘reais’ que realmente são recebidos e podem ser utilizados pelos consumidores/

investidores e tendo como principal fonte de entrada de recursos a venda de produtos e não o aliciamento de novos consumidores/investidores. Como forma de prevenção, por mais que não tenha total eficácia na identificação de uma pirâmide financeira, são sugeridos os seguintes questionamentos:

- a) para a adesão ao esquema é necessário aporte financeiro mais elevado que o valor venal do produto ou serviço oferecido;
- b) a atividade exigida do investidor não é a de venda efetiva do produto e sim da chamada de novos investimentos;
- c) promessas de ganhos altos em pouco tempo e muito acima do oferecido pelo mercado financeiro regular (BRASIL, 2013).

No mesmo sentido, Edmundo Roveri (2013) preleciona que no caso das pirâmides financeiras não há produtos e, quando há, é somente para camuflar sua execução ilegal, porquanto o lucro se baseia no recrutamento de investidores e, como toda pirâmide, também paga bônus aos seus representantes, embora sua fonte seja o capital das pessoas que estão sendo inseridas. Já no marketing multinível, a lucratividade não advém dos investidores, mas dos distribuidores e revendedores que, por meio do seu trabalho, levam os produtos e/ou serviços ao consumidor final.

Mesmo estando muito atento, o consumidor/investidor poderá ter dificuldades em identificar e diferenciar um esquema lícito (marketing multinível) de um ilícito (pirâmide financeira) devendo procurar maiores informações sempre que estiver diante de uma proposta de negócio aparentemente irrecusável.

5. DIPLOMA LEGAL ANTIGO E OBSOLETO NO ENFRENTAMENTO DE MODELOS RENOVÁVEIS DE FRAUDE: CONTRASENSO E OMISSÃO LEGISLATIVA

O enfrentamento da prática ilícita da pirâmide financeiro possível no ordenamento jurídico brasileiro é a utilização do artigo 2º, inciso IX, da Lei 1.521/1951⁴, a Lei de

⁴ “Art. 2º. São crimes desta natureza: IX – obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos (“bola de neve”, “cadeias”, “pichardismo” e quaisquer outros equivalentes); Pena: – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de dois mil a cinquenta mil cruzeiros. (BRASIL, 1951).

Crimes contra a Economia Popular. O referido diploma legal previa, ainda, que os crimes nele elencados ensejariam o julgamento pelo Tribunal do Júri.

A crítica explicitada no título deste capítulo tem como uma de suas explicações ser este um dos poucos dispositivos da Lei mencionada que permaneceu inalterado após sucessivas alterações legislativas.

5.1 Crime contra economia popular ou crime de estelionato

Os crimes contra a economia popular têm por objeto a proteção do bem jurídico o “patrimônio coletivo” ou “do povo em geral”, ao contrário do estelionato que visa a proteção do patrimônio particular e individual (STOCO, 2017).

A prática conhecida como pirâmide financeira guarda semelhança com o tipo penal de estelionato, conforme explica Elias de Oliveira, se distinguindo por atingir um número indeterminado de pessoas. O autor além da distinção entre pirâmide e estelionato, tratou também de realçar a semelhança no ânimo dos agentes ativos em ambas práticas: “[...] o traço vivo de ambos os delitos é a burla, o ardil ou manobra fraudulenta, armados para captar a credulidade alheia. A atividade dos aliciadores e burlões pode assumir, em qualquer deles, variadíssimas formas fraudulentas” (OLIVEIRA, 1952, p. 95).

A mesma análise é feita por Carollina Tavares: “Porém, há entendimento de que são delitos autônomos, estando configurado o crime contra a economia popular quando é afetado um número indeterminado de pessoas, e o estelionato, se for possível identificar a vítima”.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ firmou posição quanto à diferenciação entre estelionato e pirâmide financeira no julgamento do *Habeas Corpus* nº 464608/PE justamente na impossibilidade de determinação do número de vítimas⁵.

⁵ PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO E PIRÂMIDE FINANCEIRA. DISTINÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 2º, IX, DA LEI N. 1.521/51. DIREITOS IMEDIADOS NÃO PASSÍVEIS DE POSTERGAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Tendo a denúncia imputado que o agente e a corré utilizavam de meios fraudulentos para a obtenção de vantagem indevida em chamamento público (de pessoas físicas ou jurídicas) pela internet (sítio www.priples.com), verifica-se convocação genérica, a vítimas indeterminadas – dano ao dinheiro popular. 2. Distingue-se o estelionato (art. 171 do Código Penal) do crime de ganhos fraudulentos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas (art. 2º, IX, da Lei n. 1.521/51) pelo direcionamento a vítimas determinadas ou indeterminadas. 3. Dando-se direcionamento genérico, pela internet, a pessoas físicas ou até jurídicas, a localização de algumas das vítimas não transmuta o crime contra a economia popular em estelionato, nem gera concurso de crimes, pois mero conflito aparente de normas.

Ademais, no referido julgado, o STJ afirmou categoricamente que dando-se direcionamento genérico, a identificação de algumas vítimas não muda o crime para estelionato, porquanto trata-se de mero concurso aparente entre normas, não havendo que se falar em concurso de crimes.

Neste ponto reside outra crítica ao dispositivo da Lei 1.521/1951: como deve agir a autoridade policial, o Ministério Público e a autoridade judiciária quando estiver diante de um caso concreto com inúmeras vítimas, algumas identificáveis e outras não identificáveis? Embora a incerteza criada e a surpreendente falta de propagação de informação, defendemos, acompanhados pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que ainda que existam algumas vítimas determináveis, mas dentro de um contexto de vítimas indetermináveis, trata-se tão somente do crime de pirâmide financeira e não de estelionato.

5.2 Crime contra a economia popular ou contra o sistema financeiro?

Há que ser rechaçada a possibilidade de configuração do delito descrito no artigo 16 c/c artigo 1º, ambos da Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/1986)⁶.

A impossibilidade de amoldar a pirâmide financeira à qualquer um dos crimes descritos na Lei nº 7.492/1986 decorre do fato de que a prática de pirâmide financeira não se trata de atividade financeira típica, como elenca o artigo 1º da referida Lei, ao passo que não se trata de captação, intermediação ou aplicação de recursos de terceiros com o fim de restituição do valor no futuro. Em verdade, se refere a golpe no qual pessoas são atraídas a participar do esquema, trazendo novos participantes e, assim, recebendo

4. A adequação típica a fatos constantes da denúncia não pode aguardar o momento da sentença, pelos direitos materiais e processuais decorrentes da classificação típica em crime de pequeno potencial ofensivo.

5. Habeas corpus concedido para corrigir a adequação típica dos fatos imputados para o crime do art. 2º, IX, da Lei n. 1.521/51, com as consequências processuais e materiais decorrentes, em decisão que se estende à corrê. (BRASIL, 2018, p.1)

⁶ Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. [...] Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio: Pena – Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (BRASIL, 1986).

recompensas. Diante deste cenário, comprovado o esquema piramidal, não há que se falar em aplicação da Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional.

5.3 Tentativa e rol exemplificativo (?)

Na análise dogmática do tipo penal previsto na Lei 1.521/1951 identificamos dois verbos nucleares do tipo – obter e tentar – o que basta para entendermos que o legislador tipificou tanto a conduta comissiva quanto a tentativa, da mesma forma, com a mesma intensidade. São delitos formais ou de perigo, não dependendo de concretizar o dano ou prejuízo, perfectibilizando-se mesmo que o resultado pretendido pelo agente ativo não seja atingido (STOCO, 2017).

Na leitura do dispositivo se observa que o legislador optou por utilizar os exemplos da “bola de neve”⁷, “cadeia”⁸ e “pichardismo”⁹ a fim de impor limites ao aplicador da lei, ou seja, para que seja possível a utilização deste dispositivo legal (artigo 2º, inciso IX da Lei 1.521/1951) se faz necessário que a prática analisada guarde verossimilhança com os exemplos positivados. Manter estas limitações do tipo penal em uma sociedade que se transmuta com impressionante velocidade, configura uma obsolescência omissiva do Poder Legislativo.

6. ANÁLISE DO DOLO NA PRÁTICA DA PIRÂMIDE FINANCEIRA

Ao criar uma pirâmide financeira o seu idealizador tem como objetivo principal a obtenção de ganho ou lucro indevido, assim demonstrando o elemento volitivo do dolo

⁷ “Bola de Neve é um sistema cooperativo de venda em que o povo será, sem sombra de dúvida ou exceção, sempre logrado, iludido na sua boa-fé e prejudicado, como, por exemplo, quando uma pessoa é induzida a acreditar que, com a aquisição de um bilhete de pequeno valor, poderá ganhar um rico prêmio, com a condição de que induza outras pessoas a adquirir bilhetes, resgatando parte do dinheiro que gastou na compra do próprio, de modo que, ao terminar sua cota de bilhetes, será premiado” (STOCO, 2017, p. 76).

⁸ “As ‘cadeias’ são uma espécie de capitalização captadora, em que os últimos sempre ficaram espoliados, semelhantes às chamadas ‘correntes da felicidade’, ‘corrente da sorte’, que frequentemente aparecem com nova roupagem prometendo ganhos altos e fáceis para quem ingressar na ‘cadeia’, colocando o seu nome em último lugar de uma lista, e enviando uma determinada importância em dinheiro (ou qualquer outro bem) para o primeiro nomeado na mesma lista, dando início a listas novas” (*Ibid.*, p. 76).

⁹ “[...] o *pichardismo*, deriva do nome do autor do golpe, um italiano chamado Manuel Severo Pichardo. É também comportamento fraudulento consistente em um sistema reintegrativo, no qual promete-se ao comprador fornecer-lhe determinada quantidade de mercadoria e, ao cabo de algum tempo, restituir-lhe o dinheiro que pagou” (*Ibid.*, p. 77).

que se caracteriza pelo agente ter agido comprometido em obter um resultado, pois, como afirma Paulo Busato (2018, p. 391): “quem quer, quer algo”.

Doutrinadores¹⁰ que estudam os crimes contra a economia popular comungam da posição de que para a configuração do crime de pirâmide financeira é necessária a comprovação do dolo específico, pois este é elemento especial subjetivo do tipo penal.

Alberto Silva Franco (2007, p. 168) diz que: “Dolo é o conhecimento e a vontade de realização do tipo. Em outras palavras, é a atitude subjetiva de decidir-se pela execução de uma ação lesiva a um bem jurídico, quer dizer, de uma ação que realiza um tipo penal”.

Neste caminho Rui Stoco (2017, p. 70) ensina que nos crimes contra a economia popular “exige-se a consciência da ilicitude do ato praticado” e “o objetivo do agente é o ganho ou lucro indevido”.

Stoco (2017, p. 65) diz que a doutrina, não de forma pacífica, mas como orientação, definiu que o sujeito ativo dos crimes contra a economia popular “será o proprietário, diretor ou gerente do estabelecimento industrial ou comercial”. Porém, não há perfeita adequação da estrutura de uma empresa regular para uma empresa criada para ser utilizada como fundo de uma pirâmide financeira.

Neste ponto da análise, a pesquisa se depara com uma circunstância bastante importante: quem deve ser denunciado pela prática do crime de pirâmide financeira? Toda pessoa que esteja participando de uma Pirâmide Financeira deverá responder pelo crime?

Ao contrário de como as pirâmides financeiras foram se reinventando, a doutrina pouco se dedica a estudar profundamente o tema.

Existem, basicamente, três espécies de pessoas que compõem uma pirâmide financeira:

- a) a que comanda o esquema criminoso;
- b) a que tem a consciência que está em uma pirâmide financeira e, mesmo assim, assume o risco do negócio e convida outras pessoas para participar do sistema e;
- c) aquele que não sabe que é uma fraude (PINHO; CÉSAR, 2014, p. 41).

Os comandantes (fundadores e administradores) do esquema ilícito praticam conduta considerada pirâmide financeira. No entanto, ainda assim, deverá ser demonstrado

¹⁰ Ver: STOCO, Rui (obra citada neste artigo); BACIGALUPO, Enrique (*Manual de Derecho Penal*); Alberto Silva Franco (obra citada neste artigo).

o dolo, porquanto não há que se falar em responsabilidade objetiva em direito penal. É bastante fácil exemplificar isso, porquanto, ao menos no Brasil, é corriqueiro que nomes estejam presentes em contratos sociais sem que a pessoa, efetivamente, tenha conhecimento do que está acontecendo na empresa ou exerça qualquer comando sob ela.

Outrossim, é válido dizer que existe também a possibilidade de um dos sócios ter sido enganado pelo outro quanto à legalidade do negócio, até porque, como demonstrado, é tênue a linha que separa o marketing multinível e a pirâmide financeira. Dessa feita, ainda que o agente seja sócio, ainda que o agente tenha implementado seus esforços para convidar mais investidores ao negócio, mantem-se firme a necessidade de comprovação do dolo em todas suas esferas, inclusive no elemento cognitivo.

Quanto àqueles investidores que fizeram aporte de valores e convidam outros, munidos consciência de que se está participando de uma pirâmide financeira, da mesma forma que os administradores, também devem ser responsabilizados e se condenados, punidos, porquanto a lei não os diferencia.

Porém, aqueles que se inserem no grupo 'c', tratam-se das vítimas, que, ao contrário de punição penal, ainda poderão buscar a devida reparação no âmbito civil. Ademais, vale dizer que o tipo penal não prevê a modalidade culposa, assim, ainda que a pessoa tenha sido imprudente ou negligente, não deverá ser responsabilizada criminalmente, o que seria, ao fim e ao cabo, uma dupla punição.

Nota-se que a investigação deverá analisar minuciosamente os casos concretos para que seja evitado um indiciamento genérico e irrestrito, ausente de análise da consciência de estar participando de um esquema criminoso e da vontade de fraudar.

O *Tribunal Supremo* da Espanha firmou entendimento, no julgamento da STS 324/2012¹¹ que, ainda que pareça óbvio, só há que se falar em crime de pirâmide financeira se existir o elemento fraudulento, ou seja, quando o agente, revestindo a proposta de verossimilhança, propõe à vítima que invista no negócio que, na verdade, é inexistente.

¹¹ “El autor de una estafa lesiona un deber de respeto de la organización del sujeto pasivo cuando le presenta una situación de hecho que induce a dicho sujeto a obtener falsas conclusiones. En los casos en que el actor propone a la víctima invertir en su negocio, le corresponde al actor ofrecer información veraz sobre los elementos básicos del negocio de que se trate, pues por la posición que ocupa en la relación, es el actor el único que dispone de esta información, que no es normativamente accesible a la víctima. Por ello considera la mejor doctrina que debe apreciarse estafa cuando el actor propone a la víctima un negocio inexistente, revistiendo esta propuesta de una puesta en escena que la dota de

O mesmo *Tribunal*, no julgamento criminal SAN 2738/2018, de 13 de julho de 2018, onde agentes da empresa Fórum Filatélico eram acusados de pirâmide financeira, estabeleceu que para a condenação por pirâmide financeira deverá ficar provado o dolo fraudulento e o ânimo de lucro. Para a caracterização do dolo fraudulento, deverá, por sua vez, restar evidenciado o elemento cognitivo, ou seja, os agentes deveriam ser conscientes da falta de racionalidade econômica do negócio, de que não poderiam responder aos compromissos contraídos com terceiros, ao passo que a empresa só se sustentava se fosse capaz de reter os participantes e atrair novos investidores. Por conseguinte, é impositiva a necessidade de comprovação também do elemento volitivo, isto é, comprovado o estado de consciência prévio, deve restar claro que os agentes atuaram dando sua energia, seus esforços e suas habilidades para captar dinheiro e seduzir novos participantes, manobrando para manter jurídica, financeira e contabilmente a trama. (ESPANHA, TSE, 2018, p. 103-104).

Portanto, não é toda pessoa que participa da pirâmide financeira que deverá ser punida criminalmente, porquanto a comprovação efetiva do dolo fraudulento e do *animus* de lucro se trata de condição para a sanção penal. Também, deverá restar demonstrado que o especial fim de agir foi o interesse em causar prejuízo à Economia Popular, não havendo que se falar em crime quando não demonstrado satisfatoriamente tal circunstância.

7. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS EM PROCESSAMENTO: MAIS PUNIÇÃO AO INVÉS DE MAIS EDUCAÇÃO

O Congresso Nacional, em suas duas casas legislativas, trabalha com projetos de lei que visam tratar do enfrentamento ao crime de pirâmide financeira. A pesquisa

verosimilitud, y obteniendo así que la víctima le entregue el dinero solicitado, efectuando un desplazamiento patrimonial destinado supuestamente a invertir en el negocio del actor, y recibir el beneficio correspondiente, cuando en realidad la intención del actor es apropiarse directamente del dinero recibido, sin invertirlo en negocio alguno, con notorio perjuicio de la víctima. Esto es lo que ha sucedido en el caso actual, en el que el recurrente ofrecía a los perjudicados invertir en su negocio elevadas sumas de dinero, a cambio de un interés importante, aparentando solvencia mediante la constitución de una entidad mercantil de inversiones, realizando su oferta con la garantía de un pagaré que supuestamente garantizaba la devolución íntegra del dinero y abonando durante un corto tiempo los intereses prometidos, lo que servía de anzuelo para captar nuevos clientes, con cuyo capital se abonaban los intereses. Este modelo piramidal de estafa conduce necesariamente a la frustración del negocio prometido, pues en la medida que se incrementa el capital recibido, aumentan exponencialmente las necesidades de nuevos ingresos para abonar los intereses, hasta que el actor cesa en el pago de los intereses y se apropia definitivamente de los capitales fraudulentamente recibidos". (ESPANHA, 2012).

analisou alguns destes, inclusive suas justificações, a fim de poder formar uma imagem do que pensam nossos legisladores.

No Senado Federal tramita o Projeto de Lei nº 4.233/2019 de autoria do Senador Flávio Arns (REDE/PR), enviado ao senador designado como relator (Senador Rodrigo Pacheco). Este projeto propõe a criação do artigo 171-A, revogando o inciso IX do artigo 2º da Lei 1.521/1951, com o seguinte texto:

Pirâmide financeira

Art. 171-A. Obter ou tentar obter ganho em detrimento de número indeterminado ou determinável de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos e indicação ou afirmação enganosa sobre a existência, a natureza, a qualidade, o retorno ou o risco de produto ou serviço: Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Parágrafo único. A pena do crime será de:

I – reclusão, de dois a seis anos, se a vantagem ou prejuízo total for igual ou superior a cem salários mínimos vigentes ao tempo do fato;

II – reclusão, de quatro a oito anos, se a vantagem ou prejuízo total for igual ou superior a mil salários mínimos vigentes ao tempo do fato;

III – reclusão, de seis a doze anos, se a vantagem ou prejuízo total for igual ou superior a dez mil salários mínimos vigentes ao tempo do fato.

A justificação contém explicação detalhada do que vem a ser o crime de pirâmide financeira, destaca a dificuldade em identificar a prática criminosa e considera o crime como gravíssimo. Crítica as penas previstas na Lei de Crimes contra a Economia Popular que considera “muito brandas”.

Sem adentrarmos no campo criminológico que consideraria a proposta inadequada no sentido de propor mais e maiores punições (o que já está fartamente demonstrado não ser a solução para a criminalidade) e ficando apenas no campo dogmático, de pronto se observa algumas incoerências que merecem relevo.

O tipo penal, novamente, prevê com a mesma pena o crime tentado e o consumado, no entanto, traz uma proposta de escalonamento dela em razão do tamanho do prejuízo causado. No entanto, questiona-se, se o agente estava com o esquema piramidal ativo e suas atividades foram encerradas por determinação judicial e constata-se que o esquema causou um prejuízo mínimo que faria jus à aplicação da pena em menor grau, no entanto, o dolo e todos seus esforços eram no sentido de causar um prejuízo que faria jus à maior pena, qual inciso aplicar-se-ia?

E mais: para identificar o valor total da vantagem auferida ou do prejuízo provocado é necessário que se identifique todas as vítimas do esquema, bem como o valor que cada um investiu; o que é extremamente difícil. Por cautela, é importante mencionar que ilações não caberiam para tentar aplicar uma pena mais severa aos agentes, porquanto o prejuízo deverá ficar comprovado, se assim aprovado o projeto.

Na Câmara dos Deputados tramitam dois projetos de lei: o PL 2060/2019 de autoria do Deputado Áureo Ribeiro (SOLIDARIEDADE/RJ) e o PL 2315/2019 de autoria do Deputado Célio Studart (PV/CE).

O PL 2060/2019 dispõe sobre o regime jurídico de Criptoativos. O artigo 7º do projeto prevê a adição do artigo 2º-A à Lei nº 1.521/1951, com a seguinte redação:

Art. 2º-A. Constitui crime da mesma natureza obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento de uma coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, mediante especulações ou processos fraudulentos (“bola de neve”, “cadeias”, “pichardismo”, “pirâmides” e quaisquer outros equivalentes”).

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Do ponto de observação dogmático nada pode ser obstado, porém, mantém-se a crítica criminológica ao recrudescimento punitivo.

O PL 2315/2019 foi motivado pela publicação pelo Ministério Público Federal, no ano de 2016, da obra ‘O MPF de olho nas pirâmides financeiras: saiba como distinguir um investimento financeiro de um golpe’. Propõe a adição à Lei nº 1.521/1951 do artigo 3º-A com a seguinte redação:

Art. 3º-A. É também crime desta natureza criar ou manter pirâmide financeira.

Pena – reclusão, de 5 (cinco) anos a 10 (dez) anos, e multa.

O aspecto que chama atenção nesta proposta é a pena em abstrato do crime que vai de 5 a 10 anos, caracterizando um exacerbado cunho punitivista.

Alguns autores indicam como positiva as atuais propostas de mudanças legislativas em andamento, que possuem o intuito de aplicar uma penalidade mais severa ao crime de pirâmide financeira, devido a suposta pena baixa aplicada atualmente (PINHO; CÉSAR, 2014).

No entanto, o que é defendido aqui é que, ao contrário, se o que se quer é a erradicação, ou então, o freio no cometimento desse crime, o mal deve ser cortado

pela raiz, ou seja, o Estado deve se preocupar em instituir políticas públicas efetivas de educação financeira (ARANCIBIA, 2017).

A criminalidade econômica moderna exige, por parte do Estado, mais uma atitude de prevenção do que uma atitude de repressão. Outrossim, seja a prevenção ou a repressão, deve-se estar pautado no arcabouço constitucional de um Estado Democrático de Direito, com respeito efetivo à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, contendo arbitrariedades estatais (ZINI, 2012).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finda a pesquisa, se verificou que o tema de pirâmides financeiras é pouquíssimo abordado no Brasil o que transforma o presente artigo em um desafio e em um convite à academia para que se debruce sob o tema, que possui importância ímpar.

A investigação identificou o primeiro registro de pirâmide financeira na remota década de 1870, em Madri, que se caracterizou por uma espécie de falso investimento financeiro. Já no Brasil, as primeiras pirâmides ficaram conhecidas através das “correntes de prosperidade”, na década de 30 do século XX. Não por outro motivo, o legislador não tardou em diagnosticar a necessidade do enfrentamento à prática e o fez através da Lei de Crimes contra à Economia Popular, de 1951.

A pirâmide financeira é um modelo de negócio ilícito que promete elevados rendimentos financeiros, mas, no entanto, não é sustentável, ao passo que depende essencialmente do recrutamento constante de novos participantes, ao contrário, os rendimentos oferecidos aos novos participantes são extremamente destoantes daqueles praticados pelo mercado.

Ainda que seja possível afirmar que considerável parcela das vítimas deste crime são pessoas com pouco conhecimento financeiro, há que se destacar que não é possível limitar as características das vítimas, porquanto os negócios, cada vez mais, adquirem roupagem de legalidade e alguns dos investidores são pessoas reconhecidas mundialmente, com grande patrimônio e munidos de alta capacitação educacional, assim como demonstrou a análise do *case Madoff*.

A pesquisa verificou ainda que as pirâmides financeiras se diferem do marketing multinível principalmente porque no segundo a lucratividade advém dos distribuidores e revendedores que, por meio do seu trabalho, levam os produtos e/ou serviços ao

consumidor final. Por outro lado, nos esquemas piramidais não há produto e, quando há, é somente para camuflar sua execução ilegal, sendo que o lucro decorre primordialmente do recrutamento de novos investidores. Ademais, marketing multinível é conduta lícita.

Ainda que seja conduta punível criminalmente, é possível afirmar que não é toda pessoa que participa da pirâmide financeira que deverá ser punida, porquanto a comprovação efetiva do dolo fraudulento e do *animus* de lucro é condição para a sanção penal.

Para a caracterização do dolo fraudulento deverá restar evidenciado o elemento cognitivo, ou seja, os agentes deveriam ser conscientes da falta de racionalidade econômica do negócio, de que não poderiam responder aos compromissos contraídos com terceiros, ao passo que a empresa só se sustentava se fosse capaz de reter os participantes e atrair novos investidores. Por conseguinte, é impositiva a necessidade de comprovação também do elemento volitivo, isto é, comprovado o estado de consciência prévio, deve restar claro que os agentes atuaram dando sua energia, seus esforços e suas habilidades para captar dinheiro e seduzir novos participantes, manobrando para manter jurídica, financeira e contabilmente a trama

É requisito também a demonstração que o especial fim de agir foi o interesse em causar prejuízo à Economia Popular, não havendo que se falar em crime quando não demonstrado satisfatoriamente tal circunstância.

Por fim, é válido mencionar que, ao contrário do que apontam alguns autores e ao contrário do que apresentam os atuais projetos de lei que visam apenas o recrudescimento penal, se o que se quer é a erradicação ou o freio no cometimento deste crime, o Estado deverá se ocupar de instituir políticas públicas efetivas de educação financeira. Nem todos os problemas se resolvem ou devem ser resolvidos pelo Direito Penal.

REFERÊNCIAS

ARANCIBIA, Felipe Gormaz. *Estafas piramidales y esquema Ponzi: análisis de equilibrio financiero y rentabilidad económica. Escuelas de contadores auditores de Santiago – Instituto Profesional*. Santiago: 30 mai. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2klJa2L>.

BRASIL. Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951. **Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular.** Rio de Janeiro: 1951. Disponível em: <https://bit.ly/2UAofq3>.

BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. **Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências.** Brasília: 1986. Disponível em: <https://bit.ly/2IVYQFm>. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 4.233/2019. **Acrescenta ao Código Penal o crime de pirâmide financeira.** Autor: Senador Flávio Arns (REDE/PR). Disponível em: <https://bit.ly/2kocG82>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.060/2019. **Dispõe sobre o regime jurídico de Criptoativos.** Autor: Áureo Ribeiro (SOLIDARIEDADE/RJ). Disponível em: <https://bit.ly/2VIQNDR>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.315/2019. **Tipifica o crime de criar ou manter pirâmide financeira.** Autor: Célio Studart (PV/CE). Disponível em: <https://bit.ly/2kW76Ku>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Sexta Turma. *Habeas Corpus* 464608/PE. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Acórdãos em: 27 nov. 2018. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: <https://bit.ly/2IVNDK0>. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional do Consumidor. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Comissão de Valores Mobiliários. **Boletim de Proteção do Consumidor/Investidor:** CVM/SENAICON. 6. ed. Brasília: 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2mj96g4>. Acesso em: 18 set. 2019.

BUSATO, Paulo. **Direito Penal:** parte geral – v.1. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala segunda de lo Penal. Recurso Casación STS 324/2012.* Madrid: 10 mai. 2012. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: <https://bit.ly/2m0p2ny>. Acesso em: 18 set. 2019.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sentencia SAN 2738/2018.* Madrid: 13 jul. 2018. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://bit.ly/2m2Tj4P>. Acesso em: 18 set. 2019.

JARVIS, Chris. *The rise and fall of the pyramid schemes in Albania.* Finance & development International monetary fund. nº 1. v. 37. 2000.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Elias de. **Crimes contra a economia popular e o júri tradicional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

PAREJO-PIZARRO, Irene. *La estafa piramidal: un estudio exploratorio de la víctima. Journal of negative and no positive results – JONNPR*. v.2, n. 2, p. 62-68. ISSN-e: 2529-850X. *Universidad de Sevilla*: 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2lWG2uA>. Acesso em: 16 set. 2019.

PINHO, Thais Leite Garcia de; CÉSAR, Ricardo Augusto Amorim. **Pirâmides Financeiras**. MPMG Jurídico: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2mrLG8u>. Acesso em: 12 jul. 2019.

ROVERI, Edmundo. **Pirâmides financeiras: mais de 100 anos de prejuízo para a sociedade**. São Paulo: [s.n.], 2013.

STOCO, Rui. **Crimes contra o sistema financeiro nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. ISBN: 978-85-203-7102-2.

TORRES, Rosana. *El arte de la estafa: la historia financiera del mundo contemporáneo sitúa a Doña Baldomera, hija de Mariano José de Larra, como la fundadora y creadora del fraude piramidal em los años setenta del siglo XIX*. Portal El País. Caderno: História. Madrid: 22 mar. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/2lYAtvF>. Acesso em: 16 set. 2019.

ZECHMANN, Gregory Nascimento; PORTO, Pedro Augusto Cruz. **O surgimento do bitcoin e sua análise à luz da legislação brasileira enquanto ativo financeiro**. Revista Tuiuti: Ciência e Cultura. n° 57, Curitiba, 2018.

ZINI, Júlio César Faria. **Apontamentos sobre o Direito Penal Econômico e suas especificidades**. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. n. 60, p. 147 – 207, jan./jun. 2012.

**DAS ESPECIFICIDADES DOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*
NO SETOR DESPORTIVO E SEUS POSSÍVEIS REFLEXOS NA
RESPONSABILIDADE PENAL PELOS CRIMES DA LEI 10.671/03¹**

*THE SPECIFICITIES OF COMPLIANCE PROGRAMS IN THE SPORTS
SECTOR AND THEIR POSSIBLE REPERCUSSIONS IN THE CRIMINAL
LIABILITY FOR THE CRIMES OF THE LAW 10.671/03*

Túlio Felipe Xavier Januário

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, com período de investigação financiado pelo Programa “ERASMUS+”, na Georg-August-Universität Göttingen. Especialista em Direito Penal Econômico e Teoria do Delito pela Universidad de Castilla-La Mancha. Pós-graduado em Direito do Desporto pelo IDET/IDPEE – Coimbra. Especialista em Compliance e Direito Penal pelo IDPEE/Coimbra. Pós-graduado em Direito Penal – Parte Geral pelo IBCCRIM/IDPEE – Coimbra. Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP Franca. Advogado. E-mail: tuliofxj@gmail.com

Resumo: O objetivo do presente trabalho é investigar as especificidades e eventuais implicações dos programas de *compliance* na aferição da responsabilidade penal pelos crimes de corrupção desportiva, previstos no Brasil pela Lei 10.671/03. Para tanto, averiguaremos a eventual compulsoriedade, ou outros instrumentos estatais de promoção da implementação destes mecanismos para entidades do setor, bem como analisaremos suas concretas fases de implantação. Demonstraremos ao fim, que a seara desportiva

¹ As ideias aqui desenvolvidas são frutos de parte das investigações levadas a cabo no âmbito do Programa de Mestrado em Direito – menção em Ciências Jurídico-Criminais – da Universidade de Coimbra, que resultaram na Dissertação devidamente defendida e aprovada pelo júri, intitulada “*Criminal compliance* e corrupção no fenómeno desportivo: particularidades e reflexos na responsabilidade penal em face da Lei 50/2007, de 31 de Agosto” e que após algumas necessárias alterações, resultou na obra “*Criminal compliance* e corrupção desportiva: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal”, publicada em 2019 pela Editora Lumen Juris. Para um tratamento mais detido, assim, dos temas aqui constantes, recomendamos a consulta destas obras, devidamente constantes nas referências bibliográficas.

apresenta particularidades que tornam os programas de *compliance* imperiosos em seu setor, podendo ter efetivos reflexos na aferição da responsabilidade penal de seus agentes.

Palavras-chave: direito penal desportivo; Estatuto do torcedor; corrupção desportiva; compliance desportivo;

Abstract: The aim of the present essay is to analyze the specificities and possible implications of compliance programs in the criminal liability for crimes of sports corruption, provided in Brazil by the Law 10.671/03. For this, we will investigate the possible compulsoriness or any other State instrument to promote the implementation of these mechanisms at entities of this sector, as well as analyze the concrete phases of their organization. It will be proved at the end of the article that the sporting field presents particularities that make compliance programs imperative and can have effective consequences on criminal liability of their agents.

Keywords: Sports criminal law; Law 10.671/03; sports corruption; sports compliance;

Sumário: Introdução – 1 Da eventual compulsoriedade dos programas de *compliance* para entidades desportivas – 2 Estruturação concreta dos programas de compliance no âmbito desportivo – 3 Do papel dos programas de compliance na aferição da responsabilidade penal por crimes de corrupção desportiva – Considerações finais. Referências

INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2013, um dos sócios do FC Barcelona, Jordi Cases, faz uma denúncia contra o então presidente do clube, Sandro Rosell, questionando a falta de informações relacionadas ao contrato celebrado com o jogador brasileiro Neymar. Ainda que posteriormente a queixa tenha sido retirada, o procedimento criminal continuou e foram imputados crimes fiscais ao presidente, seu sucessor, Josep Bertolomeu, ao clube, ao atleta e a alguns outros agentes (GARCÍA-HERRERA, 2017, p. 10). A suspeita seria a de que o valor declarado pela compra do jogador teria sido inferior ao realmente pago, com a finalidade de reduzir os tributos. O clube catalão celebrou um acordo de conformidade com a *fiscalía* espanhola, se comprometendo ao pagamento de uma multa de 5.500.000

€ (cinco milhões e quinhentos mil euros) (EUROPA PRESS, 2016), enquanto que ainda pende de julgamento definitivo o processo contra o atleta.

Esse caso é somente mais um dos que exemplificam que, muito embora o esporte ainda seja uma das principais atividades de lazer e entretenimento das pessoas em geral, trata-se de um setor que não mais pode ser analisado tão somente por um viés recreativo, consubstanciando-se, para além disso, em uma área de confluência de interesses econômicos de agentes provenientes dos mais variados ramos, tais como emissoras de televisão, empreiteiras, patrocinadores, empresários de atletas, governos interessados em sediar megaeventos, para além, é claro, dos jogadores, comissão técnica, dirigentes e torcedores (JANUÁRIO, 2018a, p. 15).

Aliás, conforme estudo promovido pela KPMG (2015, p. 12), constatou-se que somente no ano de 2013, o impacto do futebol profissional no produto interno bruto da Espanha ultrapassou a marca de 3.600.000.000,00 € (três bilhões e seiscentos milhões de Euros), o que equivale a cerca de 0,35 % (zero vírgula trinta e cinco por cento) do produto interno bruto espanhol daquele ano. Já no âmbito da FIFA, por sua vez, a entidade obteve uma receita bruta de US\$ 4.826.000,00 (quatro milhões, oitocentos e vinte e seis mil dólares) com a Copa do Mundo de 2014, sendo que destes, US\$ 2.428.000,00 (dois milhões, quatrocentos e vinte e oito mil dólares) foram provenientes da venda de direitos de transmissão das partidas (FIFA, 2015).

Esse aspecto econômico das atividades desportivas, somado ao fato de estas se encontrarem em um setor de relativa vulnerabilidade ante a condutas ilícitas², contribuiu para com que a divulgação de escândalos relacionados ao âmbito dos esportes fosse cada vez mais frequente. No Brasil, por exemplo, tornou-se notório o caso da “Máfia do Apito” em 2005, quando fora descoberto um esquema de manipulação de resultados por árbitros, visando favorecer apostadores e que levou a anulação de 11 (onze) partidas do Campeonato Brasileiro. Há que se ressaltar porém, que na época, ainda não era tipificada criminalmente a corrupção desportiva no país, tendo sido os envolvidos processados – mas não condenados – pelo crime de “Estelionato”, previsto no Artigo 171 do Código Penal.

² Neste sentido, Fausto de Sanctis (2014, p. 29-30) cita como fatores que ajudariam a justificar esta vulnerabilidade, a (I) influência econômica de pessoas provenientes de diversos setores; (II) a facilidade de ocultação de condutas ilícitas; (III) o caráter transnacional de algumas transações; (IV) a grande quantidade de dinheiro que é movimentada; (V) as dificuldades de *accountability* inerentes a estas operações.

Coincidentemente ou não³, pouco tempo após o trancamento da Ação Penal relativa à “Máfia do Apito” e também na iminência da realização de dois megaeventos desportivos no Brasil, quais sejam, a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas do Rio de Janeiro, de 2016, inaugurou-se a intervenção penal no esporte brasileiro (DE BEM, 2014, p. 352), através da Lei 12.299/10, que introduziu profundas modificações na Lei 10.671/03 – Estatuto do Torcedor – passando a tipificar, dentre outras condutas, as modalidades ativa e passiva de corrupção desportiva. Em seus artigos 41-C e 41-D, são previstas as penas de reclusão de 02 a 06 anos para aqueles que solicitarem ou aceitarem – no caso da modalidade passiva – e darem ou prometerem – na hipótese de corrupção ativa – vantagem ou promessa de vantagem, patrimonial ou não, com a finalidade de alterar ou falsear o resultado de competição desportiva ou evento a ela associado (BRASIL, 2003).

Uma vez que estas condutas se dão num ambiente bastante complexo de atividades, não restrito tão somente aos clubes e torcedores, mas também envolvendo diversos interesses econômicos e políticos de pessoas físicas e jurídicas de muitos outros setores, os programas de *compliance* podem se mostrar como ferramentas cruciais de autorregulação das entidades atuantes nesta seara, auxiliando na promoção de uma cultura de cumprimento normativo e na prevenção de fatos ilícitos no setor.

Neste sentido, o objetivo do presente trabalho é analisar as particularidades dos programas de *compliance* quando implantados em entidades atuantes no setor dos esportes, bem como suas eventuais implicações na aferição da responsabilidade penal pelos crimes de corrupção desportiva. Para tanto, porém, investigaremos inicialmente, a eventual compulsoriedade destes mecanismos para as entidades desportivas ou outros instrumentos estatais de incentivo para sua adoção, conforme será exposto no tópico subsequente.

1. DA EVENTUAL COMPULSORIEDADE DOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* PARA ENTIDADES DESPORTIVAS

Os programas de *compliance* são instrumentos que foram sendo desenvolvidos como uma ferramenta empresarial aliada à governança corporativa, através da qual, a

³ Muito embora acreditemos que este caso tenha, de fato, influenciado a aprovação da lei em comento, existem posicionamentos tais como o de Leonardo Schmitt de Bem (2014, p. 352), que vão no sentido de que o principal fundamento para esta Lei foi a proximidade dos megaeventos supracitados.

partir do espaço de liberdade oferecido pelo Estado, as pessoas jurídicas buscaram se autorregular, almejando a redução dos riscos empresariais. Entre seus propósitos imediatos, se encontram a promoção de uma cultura ética e de cumprimento normativo, bem como a prevenção, investigação e eventual repressão interna de práticas ilícitas cometidas no cerne da corporação. De maneira mediata, busca-se a manutenção e perpetuação do bom nome empresarial, com a continuidade dos negócios e potencialização dos lucros, assim como o resguardo da companhia de eventuais responsabilizações judiciais, inclusive no âmbito criminal (JANUÁRIO, 2019a, p. 85-86).

Para analisar especificamente a relevância e as particularidades destes programas em determinado setor, que no presente caso, será o desportivo, o primeiro questionamento que deve ser feito diz respeito à existência ou não, de alguma norma que obrigue as entidades desta seara a adotar estes mecanismos, e em caso negativo, quais seriam os incentivos estatais para esta implantação.

Conforme explica Marc Engelhart (2014, p. 67-68), a promoção da ética empresarial desacompanhada de incentivos por parte do poder público, pode acabar sendo colocada de lado em momentos de dificuldades concretas em uma companhia. Por essa razão, é muito importante que para além da autorregulação baseada tão somente nos interesses da empresa na manutenção de sua boa-reputação, hajam incentivos estatais concretos, tais como a definição de padrões regulatórios e de prevenção de delitos no cerne da atuação empresarial.

Segundo o autor, para além da ampla autorregulação, livre de qualquer influência estatal, existem 05 possíveis níveis de influência na promoção da regulação empresarial: (1) o apoio informal do Estado, quando não há instrumentos legais de *enforcement*, mas sim, a promoção de instruções e cursos voltados para a empresa, bem como a utilização dos programas como um pré-requisito para a atuação em determinado setor; (2) a previsão de “recompensas” às pessoas jurídicas que implantem um mecanismo efetivo, as quais podem ser concedidas na fase de investigação, processual e de julgamento, tendo como exemplos os *settlements* e a redução de penas; (3) o sancionamento pela inexistência ou ineficácia dos programas de *compliance*; (4) a exclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica quando adotados estes mecanismos; (5) a imposição legal de um dever geral, a todas as empresas, de implantação de mecanismos de *compliance* (ENGELHART, 2014, p. 67-71).

Conforme destaca o autor supracitado, apesar de se desconhecer qualquer ordenamento jurídico que imponha uma obrigação geral de implantação de programas de *compliance* a todas as pessoas jurídicas, existem deveres setoriais, ou seja, tão somente para entidades atuantes em determinados âmbitos os quais, a depender do caso, podem ser considerados arriscados (ENGELHART, 2014, p. 72). No caso das entidades desportivas no Brasil, esta vinculação setorial pode ser identificada na lei de lavagem de dinheiro, quando após as modificações inseridas pela Lei 12.683/12, o artigo 10, III, passou a impor deveres de adoção de políticas, procedimentos e controles internos, sob pena de responsabilidade administrativa. Dentre estes deveres, tem-se o desenvolvimento de programas de *compliance* que viabilizem o cumprimento das obrigações previstas na presente lei (BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 39-41; CARDOSO, 2015, p. 88). No rol de pessoas obrigadas, consta expressamente, nos incisos XIV, alínea “f”, e XV do artigo 9º., aquelas que atuem nas atividades de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência na alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas, bem como na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferências de atletas. Desta forma, ainda que não diga respeito especificamente aos crimes de corrupção desportiva, as entidades atuantes neste setor acabarão por ter que implantar programas de *compliance* visando o atendimento da lei em comento, visando evitar sanções administrativas – vinculação de nível (3).

Uma vinculação de nível (4) no ordenamento jurídico brasileiro, resta ainda, infelizmente, muito prejudicada. Inicialmente porque, de *lege data*, o instituto da responsabilidade penal das pessoas jurídicas ainda se restringe tão somente ao âmbito dos crimes ambientais, tal conforme previsão do Artigo 3º. da Lei 9.605/98. Desta feita, ao contrário do ordenamento jurídico português, por exemplo, não há previsão de responsabilidade penal para entes coletivos, por crimes de corrupção desportiva (JANUÁRIO, 2019a, p. 145).

Poder-se-ia argumentar que, com a eventual aprovação do PLS 236/2012, que propõe a reforma do Código Penal Brasileiro, o rol dos crimes passíveis de responsabilização penal das pessoas jurídicas seria ampliado para os “atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente”, conforme expressa previsão do Artigo 41. Contudo, ainda que venham a pairar algumas dúvidas relativas a

quais serão os crimes efetivamente abrangidos por este tipo⁴, é nítido que as condutas antidesportivas não estão inseridas neste rol.

Não bastasse isso, o próprio modelo de imputação penal das pessoas jurídicas adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, relega os programas de *compliance* a um papel de quase irrelevância (JANUÁRIO, 2019b, p. 345 e ss.). Isto porque, ao fundamentar a responsabilidade penal da entidade coletiva na “decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade”, conforme prevê a Lei 9.605/98, se aproxima dos mais exordiais modelos de “heterorresponsabilidade”⁵, desconsiderando por completo qualquer análise da concreta organização empresarial (NETTO, 2018, p. 292-294).

Esta situação não é alterada com o Projeto de Novo Código Penal, uma vez que, apesar da ampliação dos crimes pelos quais podem responder as pessoas jurídicas, o modelo de imputação é praticamente idêntico ao já vigente para os crimes ambientais, inobstante sua declarada tentativa de dissociação da responsabilidade penal dos entes coletivos, da análise da atuação de seus membros.

Pelo exposto e em definitivo, observa-se que não há atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de exclusão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas pela implantação de programas de *compliance*, apesar da importância dos mesmos no hodierno contexto empresarial.

No que se refere a uma eventual vinculação de nível (2), ainda que não haja uma previsão específica para o setor desportivo, a Lei 12.846/13 – popularmente conhecida como “Lei Anticorrupção” – prevê expressamente em seu Artigo 7º, VIII, benefícios na aplicação das eventuais sanções administrativas para as pessoas jurídicas que possuam

⁴ Conforme explica Alamiro Velludo Salvador Netto (2018, p. 325-326), a opção do legislador pela menção aos bens jurídicos, ao invés da expressa previsão de quais seriam os tipos penais concretamente abrangidos pelo instituto da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, provavelmente ensejará dúvidas relativas a “se o bem jurídico protegido pela norma penal deriva de sua tópica legislativa (formal) ou do valor de fato atingido pela conduta (material)”.

⁵ Os chamados “modelos de heterorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas” são aqueles que, de alguma forma fundamentam a responsabilidade do ente coletivo na atuação de uma pessoa física, cumprido alguns requisitos, como no caso brasileiro, a atuação no interesse ou benefício daquele. Contrapõem-se aos chamados modelos de “autorresponsabilidade”, que buscam na própria organização e atuação empresarial, os fundamentos de sua responsabilidade. Para uma exposição mais detalhada destas teorias, conferir em: (JANUÁRIO, 2018b, p. 6-7; 2016, p. 165-172; CANESTRARO; JANUÁRIO, 2018, p. 269-272)

mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, bem como para as que apliquem efetivamente, códigos de ética e de conduta (SILVEIRA, 2015, p. 190; BARRILARI, 2018, p. 213). Os termos da subtração do valor da eventual multa são previstos pelo Artigo 18 do Decreto nº 8.420/15, chegando a: “V – um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV”⁶.

⁶ Para fins do Decreto nº 8.420, o conceito de programa de integridade vem dado por seu Artigo 41, segundo o qual “programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. Este Diploma prevê ainda os critérios de avaliação do programa, nestes termos: “Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I – comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II – padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III – 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; IV – treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V – análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI – registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII – controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII – 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; IX – independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X – canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé; XI – medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII – procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII – diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV – verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV – monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013 ; e XVI – transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos. § 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como: I – a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; II – a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores; III – a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais; IV – o setor do mercado em que atua; V – os países em que atua, direta ou indiretamente; VI – o grau

Cumpre destacar que, no que tange às eventuais vinculações de nível (1), observamos no ordenamento jurídico brasileiro, algumas medidas que, muito embora não possam ser consideradas estritamente de *compliance*, visam a boa gestão das entidades desportivas mediante a transparência e a responsabilidade fiscal e trabalhista (JANUÁRIO, 2019a, p. 134). É o caso, por exemplo, do Artigo 18 da Lei 9.615/98 – “Lei Pelé” – que restringe a obtenção de isenções fiscais e o repasse de recursos públicos federais da administração direta e indireta, às entidades do Sistema Nacional do Desporto que atenderem, dentre outros requisitos, à viabilidade e autonomia financeira, à regularidade fiscal e trabalhista e à compatibilidade entre as ações desenvolvidas para melhoria da respectiva modalidade e o Plano Nacional do Desporto (TONIETTI et. al., 2018, p. 440-443).

O Artigo 18-A do referido Diploma prevê ainda, alguns requisitos adicionais para o recebimento de recursos da administração pública federal direta e indireta, dentre os quais, a transparência da gestão em matéria financeira, econômica, de contratos, patrocinadores e outros, bem como do estabelecimento em seus respectivos estatutos, dos princípios da gestão democrática, dos instrumentos de controle social, da transparência da movimentação de recursos, da fiscalização interna, dentre outros (JANUÁRIO, 2019a, p. 135-136)⁷.

de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; VII – a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e VIII – o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte. § 2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o caput. § 3º Na avaliação de microempresas e empresas de pequeno porte, serão reduzidas as formalidades dos parâmetros previstos neste artigo, não se exigindo, especificamente, os incisos III, V, IX, X, XIII, XIV e XV do caput. § 4º Caberá ao Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União expedir orientações, normas e procedimentos complementares referentes à avaliação do programa de integridade de que trata este Capítulo. § 5º A redução dos parâmetros de avaliação para as microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o § 3º poderá ser objeto de regulamentação por ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa e do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União.

⁷ “Art. 18-A. Sem prejuízo do disposto no art. 18, as entidades sem fins lucrativos componentes do Sistema Nacional do Desporto, referidas no parágrafo único do art. 13, somente poderão receber recursos da administração pública federal direta e indireta caso: I – seu presidente ou dirigente máximo tenham o mandato de até 4 (quatro) anos, permitida 1 (uma) única recondução; II – atendam às disposições previstas nas alíneas “b” a “e” do § 2o e no § 3o do art. 12 da Lei no 9.532, de 10 de dezembro de 1997; III – destinem integralmente os resultados financeiros à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais; IV – sejam transparentes na gestão, inclusive quanto aos dados econômicos e financeiros, contratos, patrocinadores, direitos de imagem, propriedade intelectual e quaisquer outros aspectos de gestão; V – garantam a representação da categoria de atletas das respectivas modalidades no âmbito dos órgãos e conselhos técnicos incumbidos da aprovação de regulamentos das competições;

Em 2015, foi criado o Programa de Modernização da Gestão e de Responsabilidade Fiscal do Futebol Brasileiro – PROFUT -, através da Lei 13.155/15, com o objetivo de, nos termos de seu Artigo 2º., promover a gestão transparente e democrática e o equilíbrio financeiro das entidades desportivas profissionais do futebol. Esta normativa prevê em seu Artigo 4º., como requisitos para a manutenção de uma entidade no programa, dentre outros, a regularidade trabalhista e tributária, a existência e autonomia do conselho de fiscal e expressa previsão do afastamento e inelegibilidade do administrador ou dirigente que praticar gestão temerária. No que toca aos órgãos de administração do desporto, bem como às ligas, são previstas obrigações referentes à publicação das prestações de contas e demonstrações contábeis, as quais deverão previamente serem submetidas a uma auditoria independente, bem como à existência e autonomia de um conselho fiscal e de sanções internas para o eventual descumprimento das obrigações previstas no Artigo 4º. Estes mecanismos de sancionamento interno são previstos também pelo Artigo 26, no que toca aos dirigentes que eventualmente venham a praticar gestão temerária ou irregular (JANUÁRIO, 2019a, p. 137-138).

Conforme já mencionado, estas previsões não podem ser estritamente consideradas como de *compliance*. Contudo, em uma leitura mais ampla, são medidas que podem ser adotadas no cerne destes mecanismos, podendo estas previsões legais serem consideradas, assim, como vinculações de “nível 1”, uma vez que condicionam o auferimento de

V – garantam a representação da categoria de atletas das respectivas modalidades no âmbito dos órgãos da entidade incumbidos diretamente de assuntos esportivos e dos órgãos e conselhos técnicos responsáveis pela aprovação de regulamentos das competições; VI – assegurem a existência e a autonomia do seu conselho fiscal; VII – estabeleçam em seus estatutos: a) princípios definidores de gestão democrática; b) instrumentos de controle social; c) transparência da gestão da movimentação de recursos; d) fiscalização interna; d) mecanismos de controle interno; e) alternância no exercício dos cargos de direção; f) aprovação das prestações de contas anuais por conselho de direção, precedida por parecer do conselho fiscal; e g) participação de atletas nos colegiados de direção e na eleição para os cargos da entidade; e h) colégio eleitoral constituído de todos os filiados no gozo de seus direitos, observado que a categoria de atleta deverá possuir o equivalente a, no mínimo, 1/3 (um terço) dos votos, já computada a eventual diferenciação de valor de que trata o inciso I do caput do art. 22 desta Lei; i) possibilidade de apresentação de candidatura ao cargo de presidente ou dirigente máximo da entidade com exigência de apoio limitada a, no máximo, 5% (cinco por cento) do colégio eleitoral; j) publicação prévia do calendário de reuniões da assembleia geral e posterior publicação sequencial das atas das reuniões realizadas durante o ano; e k) participação de atletas nos colegiados de direção e no colégio eleitoral por meio de representantes de atletas eleitos diretamente e de forma independente pelos atletas filiados da entidade; e VIII – garantam a todos os associados e filiados acesso irrestrito aos documentos e informações relativos à prestação de contas, bem como àqueles relacionados à gestão da respectiva entidade de administração do desporto, os quais deverão ser publicados na íntegra no sítio eletrônico desta”.

benefícios fiscais e a manutenção no “PROFUT” à adoção das medidas supracitadas (JANUÁRIO, 2019a, p. 140).

Em definitivo, observa-se assim, que tomando por base a classificação progressiva proposta por Engelhart (2014, p. 67-71), o nível máximo dos incentivos apresentados pelo ordenamento jurídico brasileiro às entidades desportivas, para a implantação de programas de *compliance*, é de nível 3, quando no âmbito da prevenção de crimes de lavagem de dinheiro, conforme às obrigações previstas na Lei 9.613/98. Pende, porém, da previsão de responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes desportivos, não sendo aplicável, conseqüentemente, uma vinculação de nível 4.

2. ESTRUTURAÇÃO CONCRETA DOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* NO ÂMBITO DESPORTIVO

Sendo certo que a estruturação concreta de um programa de *compliance* dependerá de alguns fatores que variarão de empresa para empresa, tais como os setores nos quais cada qual atua, os quais influenciarão diretamente nos riscos aos quais elas se verão submetidas, nos atermos no presente trabalho, aos elementos nos quais observamos maiores particularidades nos programas de cumprimento quando implantados em entidades que atuam no setor desportivo.

A partir da classificação adotada por Marc Engelhart (2012, p. 711-719), podemos subdividir a concreta implantação dos programas de *compliance* em três “colunas”. A primeira delas seria caracterizada pelo trinômio (I) detectar – definir – estruturar, momento no qual deve ser feita a análise e valoração dos riscos, a definição de medidas de prevenção, detecção, e comunicação, assim como a definição dos valores que nortearão a atuação empresarial, criando, ainda, a estrutura de *compliance* propriamente dita (VERÍSSIMO, 2017, p. 277).

Assim, mostram-se como elementos básicos e imprescindíveis nesta fase dos programas de *compliance*, as atividades de avaliação e análise dos riscos⁸, permitindo a racional alocação de recursos para aquelas áreas que demandam maior atenção da

⁸ Segundo Adán Nieto Martín (2018, p. 184), muito embora sejam muitas vezes tratadas como se indistintas fossem, as atividades de análise e avaliação dos riscos representam fases diferentes do procedimento. Através da análise de riscos, busca-se detectar a existência e a probabilidade do risco, enquanto que através da avaliação, é averiguada a necessidade de medidas específicas quanto aos riscos já detectados.

empresa. No que tange aos riscos em matéria penal, a função do especialista é a de apontar, com relação a cada delito, as diferentes formas através das quais eles podem ocorrer no cotidiano empresarial (NIETO MARTÍN, 2018, p. 181-182).

Para tanto, as fases deste procedimento a serem atendidas, segundo Adán Nieto Martín (2018, p. 182-186), são: (I) a fixação do objeto, especificando qual será o setor da atividade empresarial no qual, naquele momento, os riscos serão analisados e avaliados; (II) a identificação das possíveis infrações – penais, administrativas e também do código de ética – que podem afetar o setor; (III) a probabilidade do risco, aferindo-se qual é a probabilidade de ocorrência de determinada infração, através de análise do histórico desta e de outras empresas do ramo, dos controles dos quais elas dispõem e também de estimativas subjetivas; (IV) a avaliação do risco, com a consequente classificação dos mesmos em razão de sua relevância; (V) o tratamento do risco, definindo-se medidas de mitigação dos mesmos ou até mesmo proibição de determinadas atividades; e a (VI) revisão, com a constante reavaliação dos riscos. Nesta fase do procedimento, é importante a elaboração do chamado “mapa de riscos penais”, ou “inventário de riscos”, através dos quais são identificadas e avaliadas continuamente e qualitativamente as possibilidades de perdas e danos no setor (KROMSCHRÖDER; LÜCK, 1998, p. 1574; NIETO MARTÍN, 2018, p. 188).

No que toca à análise e gerenciamento de riscos das entidades atuantes no setor desportivo, algumas particularidades do mesmo dever ser observadas. Inicialmente, há que se levar em conta não apenas o elevado montante financeiro que é movimentado nesta seara, como também a própria dificuldade de aferição da razoabilidade dos valores destas transações, o que deixa o setor vulnerável para a ocultação de condutas ilícitas (DE SANCTIS, 2014, 29-30; JANUÁRIO, 2019a, p. 148-150)⁹. Além disso, muitas vezes os clubes e demais entidades desportivas enfrentam dificuldades financeiras, o que pode fazer com que tratem de maneira prioritária as necessidades econômicas em face de deveres éticos. Este quadro de vulnerabilidades também se dá, muitas vezes, com os atletas, não apenas no viés financeiro, mas também cultural e intelectual, diante das

⁹ “A título de exemplificação, como se aferir, de maneira objetiva, que a transação de determinado atleta ultrapassa seu verdadeiro valor, podendo estar encobrendo uma operação de branqueamento? Ou que o resultado de determinada partida não poderia corresponder com a real qualidade das equipes, podendo ser decorrente do pagamento de vantagens indevidas para determinado atleta ou árbitro?” (JANUÁRIO, 2019a, p. 150).

dificuldades de acesso às necessárias informações para a aferição da licitude ou não de sua atuação (FATF-GAFI, 2009, p. 15-16).

A própria seleção dos mais diversos agentes – pessoas físicas e jurídicas – deve ser feita de maneira criteriosa, haja vista que muitos riscos decorrem justamente desta escolha. Para além dos atletas, comissão técnica, diretoria e torcedores, há muitos outros envolvidos com as atividades desportivas, tais como patrocinadores, empresas de telecomunicação, marketing, construção civil, dentre outras, cada qual com seus respectivos interesses, os quais podem entrar em conflito entre si e também para com as diretrizes éticas e legais da entidade (FATF-GAFI, 2009, p. 14; DE SANCTIS, 2014, p. 29-30).

É fato que muitas vezes, inexitem, por parte das pessoas jurídicas desportivas, critérios minuciosos para a seleção dos agentes com quem irão negociar, de quem receberão investimentos e até mesmo que irão compor seu quadro administrativo, uma vez que, conforme estudo do FATF-GAFI (2009, p. 14), a profissionalização no setor, quando existente, ainda é muito recente.

Todos estes fatores devem ser considerados na análise e avaliação dos riscos, em conjunto com os respectivos aspectos legais derivados não apenas do ordenamento jurídico nacional, mas também de normativas supranacionais e estrangeiras, se for o caso, a fim de se aferir as possibilidades e probabilidade de ocorrência ilícitos e violações ao Código de Ética, especialmente, no que toca aos interesses do presente trabalho, de solicitação, aceite, dádiva ou promessa de vantagem com a finalidade de alteração ou falseamento do resultado de competição ou evento a ela associado, aptos incorrer nas penas previstas para as modalidades ativa e passiva de corrupção desportiva, nos termos dos Artigos 41-C e 41-D da Lei 10.671/03.

Ainda nesta primeira fase da estruturação do programa de *compliance*, é necessária a elaboração de um Código de Ética e de Conduta¹⁰, através do qual a empresa imporá os estandartes de atuação para seus agentes e assumirá compromissos de respeito aos direitos trabalhistas, humanos, ambientais, penais, dentre outros (NAVAS MONDACA, 2013, p. 112-113). Nele estarão previstos desde noções principialistas, tais como as missões e valores da empresa, como também padrões de comportamento e mecanismos sancionatórios. Eduardo Saad-Diniz (2019, p. 166-169) explica a necessidade da

¹⁰ Sustentando a essencialidade destes instrumentos, Antonio Lascuraín (2013, p. 129) atribui a eles o caráter de norma fundamental da pessoa jurídica, vinculante aos seus empregados e diretores.

implantação também, de um manual de *compliance*, no qual serão previstas as operações, procedimentos e processos de tomadas de decisões¹¹.

É evidente que concreta configuração do Código de Conduta variará de entidade para entidade. De maneira geral, porém, no âmbito desportivo, é importante a definição dos limites subjetivos de sua aplicação, ou seja, das pessoas para os quais as suas previsões são dirigidas, rol este, porém, que entendemos não poder ser demasiadamente restrito, diante da diversidade de agentes que de uma forma ou de outra, podem estar envolvidos com as atividades da entidade. Além disso, no que tange aos interesses do presente trabalho, são importantes as previsões relacionadas a condutas que podem vir a configurar corrupção, em especial aquelas que definem os limites objetivos e subjetivos de permissibilidade quanto à oferta e aceite de presentes, hospitalidade, ingressos, dentre outros agrados. Uma vez que estes são muito comuns nesta seara, é fundamental a atenção da entidade quanto a estas condutas, diante da real possibilidade de configuração dos crimes de corrupção desportiva (JANUÁRIO, 2019a, p. 151-158).

Assim como ocorre nos programas de *compliance* dos demais setores, na entidade desportiva deve ser implantado um canal de denúncias e orientação¹², que garanta o anonimato e a segurança de colaboradores e pessoas externas à pessoa jurídica, que decidam reportar situações problemáticas (SCHÄFER; PAETZEL, 2015, p. 155). No caso, estes canais devem ser abertos para eventuais interessados de todos os setores da entidade, bem como externos a ela (JANUÁRIO, 2019a, p. 158-159).

Ainda no plano da primeira coluna, faz-se necessária a definição das competências dos agentes envolvidos com o mecanismo (GARCIA CAVERO, 2014, p. 39), sendo que estas devem estar expressamente previstas no código de ética e/ou no manual de *compliance*. A depender da complexidade da instituição, poderão as atividades de *compliance* serem delegadas a uma única pessoa – que pode ser o caso de entidades

¹¹ Explica o autor, que “o manual de *compliance* deveria ser concebido como um dos principais ativos da empresa. Deve poder apresentar a todos os *stakeholders* a forma como a empresa lida com as infrações éticas e se organiza para a promoção da cooperação, tolerância e solidariedade em sua atividade empresarial” (SAAD-DINIZ, 2019, p. 169).

¹² Destacamos aqui também seu papel de orientação, servindo estes canais como uma importante ferramenta de auxílio aos trabalhadores que se vejam em situações problemáticas. É o caso, por exemplo, do *Help Desk* da Siemens, o qual pode ser contactado por funcionários do mundo inteiro para esclarecimento de dúvidas. A frequência das eventuais dúvidas se tornam um importante indicador das questões mais problemáticas por eles enfrentadas (MOOSMAYER, 2010, p. 90).

menos complexas, tais como os clubes -, ou então se fazer necessária a criação de todo um departamento para tanto – para o caso de federações internacionais, por exemplo (JANUÁRIO, 2018, p. 108-109).

A segunda coluna da classificação adotada por Engelhart (2012, p. 711-719) é caracterizada pelo trinômio “comunicar – promover – organizar” e engloba os mecanismos de comunicação, treinamento e promoção da cultura de *compliance* no cerne da pessoa jurídica. No âmbito das entidades desportivas, essa fase é crucial, diante da ampla diversidade de agentes atuantes na entidade, mas também pela alta rotatividade dos mesmos, especialmente de atletas e comissão técnica. Assim, aos novos membros deve ser sempre proporcionado conhecimento das políticas da entidade e do conteúdo do programa, a fim de potencializar seu cumprimento (JANUÁRIO, 2018, p. 109-110).

Por fim, na terceira coluna, definida pelo trinômio “reagir – sancionar – aperfeiçoar”, se encontram os mecanismos de investigação e sancionamento interno, bem como de melhoramento contínuo do programa (ENGELHART, 2012, p. 711-719). Diante já mencionada rotatividade dos agentes, estes últimos são fundamentais, uma vez que os riscos aos quais determinada pessoa jurídica encontra-se submetida via de regra se alteram com a troca de um agente, ou com a celebração de um novo contrato, por exemplo. Desta feita, o programa deve ser constantemente revisado e atualizado (JANUÁRIO, 2019a, p. 163-164).

3. DO PAPEL DOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* NA AFERIÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL POR CRIMES DE CORRUPÇÃO DESPORTIVA

No que se refere aos eventuais efeitos dos programas de *compliance* na aferição da responsabilidade penal pelos crimes de corrupção desportiva previstos pelo Estatuto do Torcedor, feita a ressalva de que são um pouco menos acentuados do que em ordenamentos jurídicos tais como o de Portugal, não apenas pela própria estrutura do tipo, mas também pela inexistência de responsabilidade penal das pessoas jurídicas por estes delitos, algumas considerações devem ser feitas.

Conforme explica Wolfgang Frisch (2004, p. 106; 117; 134), há setores na sociedade que possuem diversos tipos níveis de regulamentação, os quais podem influenciar na imputação normativa. Neste sentido, observamos por exemplo, algumas condutas que são

regulamentadas por normas “pré-jurídicas”, “pré-jurídico-penais” e aquelas que não são reguladas por qualquer norma de cuidado. As normativas internas de uma determinada pessoa jurídica, dentre as quais, o código de ética, se enquadram, no nosso entender, no primeiro grupo, uma vez que fazem parte daquelas derivadas de normas ou diretrizes desenvolvidas por associações profissionais ou membros de determinado setor de atividade que formam uma espécie de *lex artis* (JANUÁRIO, 2019a, p. 166-167).

Estas normas pré-jurídicas de redução de riscos, segundo Frisch (2004, 128-129), tem caráter de norma primária de redução de riscos, de maneira paralela às normas estatais não-penais, devendo ser levadas em conta na aferição da tipicidade do comportamento. Isso quer dizer que quando um determinado agente atuar de acordo com esta normativa – no caso, o código de ética – e este puder ser considerado, sob uma perspectiva *ex ante*, suficiente e adequado para a redução dos riscos concretamente afetados, não poderá ser considerada típica a conduta. Quando, porém, já no momento da conduta, a idoneidade da normativa interna para a tutela do bem jurídico efetivamente colocado em risco for questionável, o seu mero cumprimento não será suficiente para afastar a tipicidade, fazendo-se necessária uma análise do caso concreto para aferir se o risco básico fora ou não ultrapassado (JANUÁRIO, 2019a, p. 167).

Conforme já exposto, no setor desportivo são muito rotineiros a oferta e o recebimento de presentes e agradados, sendo certo, porém, que nem todos podem ser considerados ilícitos. Neste sentido, a normativa empresarial pode ser fundamental na delimitação entre as condutas aceitáveis e aquelas que devem ser proibidas, em razão de serem aptas a colocar em perigo a verdade e a lealdade da competição desportiva ou evento associado, representando assim, um risco de corrupção proibido (JANUÁRIO, 2019a, p. 168).

Diante da imperiosidade ainda, da realização de constantes treinamentos, cujos *feedbacks* são obtidos mediante testes e afins, os programas de *compliance* podem se mostrar também muito relevantes na aferição da “bagagem de conhecimentos” do agente, através de dados externamente observáveis, análise esta que se mostra importante não apenas no juízo de previsibilidade a ser feito sobre a conduta do agente que viola a norma primária de cuidado – no caso, o código de ética – mas também aferir os elementos subjetivos do tipo, em especial, a finalidade de alteração ou falseamento do resultado, sem hipotéticas incursões “na mente” do agente (JANUÁRIO, 2018, p. 118-123).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme restou demonstrado no decorrer do trabalho, a seara desportiva hodierna representa um complexo setor de intersecção de interesses não unicamente vinculados à modalidade em questão, mas também econômicos, financeiros e políticos, fato este que está na base da crescente divulgação de escândalos envolvendo ilícitos perpetrados no cerne das entidades desportivas.

Com base nisso, os programas de *compliance* mostram-se como mecanismos de autorregulação corporativa de grande importância também neste setor, atuando como um instrumento de promoção da ética e de uma cultura de cumprimento normativo neste ambiente, bem como auxiliando na prevenção, investigação e repressão interna de ilícitos.

No ordenamento jurídico brasileiro, porém, os incentivos à adoção destes programas pelas entidades do setor em comento ainda são tímidos. Há previsões de instrumentos de apoio Estatal informal, benefícios na aplicação de eventuais sanções administrativas e a previsão de algumas sanções setoriais para o caso de descumprimento destas obrigações, tais como no caso da Lei de Lavagem de Dinheiro. Pende, porém, da responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes desportivos e conseqüentemente, de uma vinculação de nível 4, consubstanciada pela possibilidade de exclusão desta responsabilidade pela adoção de eficientes programas de cumprimento.

Conforme demonstramos, algumas especificidades devem ser observadas na estruturação e implantação dos programas das entidades desportivas, sendo as principais no plano do gerenciamento de riscos, da elaboração do código de ética e do manual de *compliance*, do canal de denúncias, da definição das competências, dos treinamentos referentes ao programa e dos mecanismos de atualização do mesmo, diante da inegável dinamicidade do setor no que toca à trocas de atletas e demais agentes desportivos.

No que tange aos eventuais reflexos da adoção destes programas na aferição da responsabilidade penal pelos crimes de corrupção desportiva, demonstramos que seu aproveitamento se dá no plano da tipicidade objetiva, nomeadamente na consideração das normativas empresariais internas como verdadeiras normas primárias de redução de riscos, colaborando na delimitação entre o risco proibido e o risco básico tolerado. Uma vez ainda, que devem constar destes mecanismos os constantes treinamentos a respeito do programa e das normas legais e internas da companhia em questão, os programas de *compliance* podem auxiliar também na aferição da tipicidade subjetiva do comportamento

do agente, uma vez que através de elementos externos observáveis, é possível analisar a bagagem de conhecimentos do sujeito e averiguar se o mesmo realizou um compromisso com a lesão do bem jurídico tutelado, no caso, a verdade e a lealdade nas competições desportivas e eventos associados.

REFERÊNCIAS

ANTONIO LASCURAÍN, Juan. Compliance, debido control y unos refrescos. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 111-136.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. *Decreto N.º 8.420, de 18 de março de 2015*: Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em 23 de setembro de 2019.

BRASIL. *Lei N.º 10.671, de 15 de maio de 2003*: dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.671.htm>. Acesso em 27 de abril de 2019.

BRASIL. *Lei N.º 12.683, de 9 de julho de 2012*: altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em 22 de setembro de 2019.

BRASIL. *Lei N.º 12.846, de 1.º de Agosto de 2013*: dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em 23 de setembro de 2019.

BRASIL. *Lei N.º 13.155, de 4 de Agosto de 2015*: estabelece princípios e práticas de responsabilidade fiscal e financeira e de gestão transparente e democrática para entidades desportivas profissionais de futebol; institui parcelamentos especiais para recuperação de dívidas pela União, cria a Autoridade Pública de Governança do Futebol – APFUT; dispõe sobre a gestão temerária no âmbito das entidades desportivas profissionais; cria a Loteria Exclusiva – LOTEEX; altera as Leis n.º 9.615, de 24 de março de 1998, 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.671, de 15 de maio de 2003, 10.891, de 9 de julho de 2004, 11.345, de 14 de setembro de 2006, e 11.438, de 29 de dezembro de 2006, e os Decretos-Leis n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941, e 204, de 27 de fevereiro de 1967; revoga a Medida Provisória n.º 669, de 26 de fevereiro de 2015; cria programa de iniciação esportiva escolar; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13155.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2019.

BRASIL. *Lei N.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*: dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em 22 de setembro de 2019.

BRASIL. *Lei N.º 9.613, de 3 de Março de 1998*: dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em 22 de setembro de 2019.

BRASIL. *Lei N.º 9.615, de 24 de Março de 1998*: institui normas gerais sobre o desporto e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9615consol.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2019.

CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Responsabilidade penal da pessoa coletiva e princípio da culpabilidade: análise crítica do modelo português. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 261-285, dez. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.22456/0104-6594.77092>>. Acesso em 23 de setembro de 2019.

CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. São Paulo: LiberArs, 2015.

DE BEM, Leonardo Schmitt. A corrupção e as fraudes no cenário esportivo brasileiro. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosário (coord.). *Direito desportivo e conexões com o direito penal*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 351-377.

DE SANCTIS, Fausto. *Football, gambling and Money laundering: a global criminal justice perspective*. Heidelberg: Springer International Publishing Switzerland, 2014.

ENGELHART, Marc. Corporate criminal liability from a comparative perspective. In: BRODOWSKI, Dominik; DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, Manuel Espinoza; TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joachim (ed.). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Heidelberg: Springer, 2014. p. 53-78.

EUROPA PRESS. *Caso Neymar: el Barça ratifica el acuerdo de conformidad con Fiscalía y ve cerrado el 'Caso Neymar 1'*. 14 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.rtve.es/deportes/20161214/barca-ratifica-acuerdo-conformidad-fiscalia-ve-cerrado-caso-neymar-1/1453900.shtml>>. Acesso em 30 de setembro de 2019.

FATF-GAFI. FATF Report: *Money laundering through the Football Sector*. Paris, FATF/OECD, 2009.

FIFA. *Financial report 2014*. Zurique, 2015. Disponível em: <<http://www.fifa.com/governance/finances/index.html>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de la edición alemana por Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Lima: Palestra Editores, 2014.

GARCÍA-HERRERA, Alicia. Prevenir la corrupción en la gestión de federaciones y clubes de fútbol: la eficacia de las prácticas de buen gobierno y del compliance penal. *Revista internacional transparencia e integridad*, n. 4, mai./ago. 2017. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6409956>>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019a.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção no fenômeno desportivo*: particularidades e reflexos na responsabilidade penal em face da Lei 50/2007, de 31 de Agosto. 2018a. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Da (ir)relevância dos programas de compliance no modelo brasileiro de responsabilidade penal das pessoas jurídicas: considerações críticas ao Projeto de Novo Código Penal. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 21, n. 2, p. 327-357, maio/ago. 2019. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1951>. Acesso em 23 de setembro de 2019.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Da teoria do delito para as pessoas jurídicas: análise a partir da teoria construtivista de “autorresponsabilidade” dos entes coletivos. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 20, n. 32, p. 161-191, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22171/rej.v20i32.2155>>. Acesso em 23 de setembro de 2019.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Dos limites do risco permitido para as pessoas jurídicas: uma análise do defeito de organização como um problema de imputação objetiva. *Conpedi law review*, Zaragoza, v. 4, n. 1, p. 1-23, jan./jun. 2018b. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2018.v4i1.4514>. Acesso em 23 de setembro de 2019.

KPMG SPORTS. *Impacto socio-económico del fútbol profesional en España*. 2015. Disponível em: <<https://home.kpmg.com/es/es/home/tendencias/2015/05/impacto-socio-economico-futbol-profesional-espana.html>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

KROMSCHRÖDER, Bernhard; LÜCK, Wolfgang. Grundsätze risikoorientierter Unternehmensüberwachung. *Der Betrieb*, v. 51, n. 32, p. 1573-1576, 1998.

MOOSMAYER, Klaus. Das Compliance Programm von Siemens: Vorbeugen (Prevent) – Aufdecken (Detect) – Reagieren (Respond) und fortlaufende Verbesserung (Continuous Improvement). *Neue Kriminologische Schriftenreihe: Wirtschaftskriminalität*, Mönchengladbach, v. 112, p. 83-96, 2010.

NAVAS MONDACA, Iván. Los códigos de conducta y el derecho penal económico. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013. p. 111-130.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NIETO MARTÍN, Adán. Código de ética, avaliação de riscos, educação e treinamento. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 1.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 163-198.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SCHÄFER, Ralf; PAETZEL, Ullrich. Kernelemente eines Compliance-Management-Systems. In: ZENKE, Ines; SCHÄFER, Ralf; BROCKE, Holger (Hrsg.). *Risikomanagement, Organisation, Compliance für Unternehmer*. Berlin: De Gruyter, 2015. p. 113-172.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado N° 236, de 2012: Anteprojeto de Código Penal*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em 22 de setembro de 2019.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e *criminal compliance*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 25-239.

TONIETTI, Diego Oliveira. et al. Compliance no Esporte. In: LEMOS, Bruno Espiñeira; GONÇALVES, Carlos Eduardo; HÖHN, Ivo; QUINTIERE, Victor Minervino. (orgs.). *Compliance e temas relevantes de direito e processo penal: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 433-457.

VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GT 3

PROCESSO PENAL: DEFESA DAS GARANTIAS E LIBERDADES DEMOCRÁTICAS

**A EXPANSÃO DO CONSENSO NO PROCESSO PENAL A PARTIR
DA COLABORAÇÃO COM A JUSTIÇA: ESTUDO A PARTIR
DA ATENUAÇÃO ESPECIAL DA PENA COMO PRÊMIO NA
LEGISLAÇÃO PORTUGUESA**

*THE EXPANSION OF CONSENSUS IN THE CRIMINAL PROCESS BY
COLLABORATING WITH THE JUSTICE: STUDY FROM PORTUGAL'S
SPECIAL ATTENUATION OF THE PENALTY AS A PRIZE*

Marina Oliveira Teixeira dos Santos

Mestre em ciências jurídico-criminais pela Universidade de Coimbra. Graduada em direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Advogada. E-mail: marinaoliveira.737@gmail.com

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5631870315520284>

Resumo: A presente pesquisa teve por objetivo analisar os perigos ao Sistema de Justiça Criminal brasileiro advindos de uma expansão das formas consensuais de solução do conflito penal que visam a colaboração com a justiça e têm como prêmio a pena privativa de liberdade. Analisamos esta expansão baseada nas demandas das Convenções Internacionais Contra o Crime Organizado Transnacional e Contra a Corrupção, bem como no histórico de implementação deste tipo de processo consensual na legislação brasileira, como a partir da Lei nº 9.080/1995, da Lei nº 9.613/98 e da Lei nº 12.529/2011, responsável pelo acordo de leniência, que culminaram todas no atual desenho legislativo da colaboração premiada conforme a Lei nº 12.850/2013, cujo procedimento e consequências penais e processuais penais são analisados. Para, enfim, poder analisar a atenuação especial da pena como forma de premiar a colaboração do réu consoante a legislação portuguesa, marcada pela concessão, pelo juiz e em sede de Audiência de Instrução e Julgamento, de uma atenuação especial ou mesmo isenção de pena ao réu que auxiliar efetivamente na identificação ou captura de outros responsáveis no âmbito da criminalidade organizada. E que, por conseguinte, se diferencia das propostas brasileiras previamente analisadas justamente por impedir que haja um verdadeiro negócio processual. Garantindo com maior intensidade os princípios de natureza constitucional, bases para um devido processo

penal, como os da legalidade e da reserva de jurisdição. Em suma, com este trabalho se busca compreender tanto o aumento contínuo da importância dada a este modelo de consenso no processo penal, caracterizado por uma colaboração na qual estará na mesa de negociação a pena privativa de liberdade, usualmente voltado à grande criminalidade organizada, bem como, se estritamente necessário este consenso à evolução do processo penal, qual procedimento garantirá melhor um devido processo legal constitucional? Será o caminho optado pelo legislador brasileiro a partir da colaboração premiada ou, talvez, o português baseado na atenuação especial ou isenção de pena?

Palavras-chave: Processo Penal Consensual; Colaboração Premiada; Atenuação Especial da Penal; Princípio da Legalidade; Princípio da Reserva de jurisdição.

Abstract: The present research had the objective of analyzing the dangers to the Brazilian Criminal Justice System arising from an expansion of the consensual forms of solution to the criminal conflict that aim at the collaboration with the justice and have, as a prize, imprisonment penalty. We analyze this expansion based on the demands of the International Conventions Against Transnational Organized Crime and Against Corruption, as well as on the history of implementation of this type of consensual process in Brazilian legislation, as from Law No. 9.080/1995, Law No. 9.613/1998 and Law No. 12.529/2011, responsible for the leniency agreement, which all culminated in the current legislative design of the awarded collaboration under Law No. 12.850/2013, from which we study its procedure and its penal and procedural-penal consequences. Finally, it is possible to analyze the special attenuation of the penalty as a way of rewarding the defendant's collaboration according to the Portuguese legislation, marked by the concession, by the judge and during the Hearing of Instruction and Judgment, of a special mitigation or even exemption from penalty to the defendants who effectively assist in the identification or capture of other perpetrators in organized crime. And that, therefore, differs from the Brazilian proposals previously analyzed precisely because it prevents a real business in the penal procedure. By guaranteeing with greater intensity the principles of a constitutional nature, bases for due process of law, such as those of legality and court reserve. In short, this paper seeks to understand both the continuous increase in the importance given to this model of consensus in the criminal process, characterized by a collaboration in which the custodial sentence will be on the negotiating table, usually aimed at large organized crime and, if this consensus is strictly necessary to the evolution of the criminal process, what procedure will better ensure due constitutional legal process. Is it the path chosen by

the Brazilian legislator from the award-winning collaboration or, perhaps, the Portuguese based on special attenuation or exemption from punishment?

Keywords: Consensual Criminal Procedure; Award-Winning Collaboration; Special Attenuation of the Penalty; Principle of Legality; Principle of the Court Reserve.

Sumário: Introdução. 1. O contexto histórico da expansão do consenso no processo penal brasileiro. 1.1. A demanda internacional. 1.2. A evolução legislativa brasileira. 1.3. A colaboração premiada consoante a Lei nº 12.850/2013. 2. A atenuação especial da pena portuguesa 2.1. Criminalidade abrangida 2.2. Procedimento. 3. O devido processo penal e o (des) respeito aos princípios constitucionais da legalidade e da reserva de jurisdição: uma análise comparativa. Conclusões.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi realizado tendo em vista o Grupo de Trabalho referente ao processo penal – das garantias e liberdades constitucionais – no âmbito do III Congresso de Pesquisa de Ciências Criminais.

Busca-se compreender o fenômeno que é a expansão do consenso no processo penal brasileiro, baseado primordialmente em uma cultura de legalidade processual penal, culminante no instituto da colaboração premiada consoante o disposto na Lei nº 12.850/2013.

Para tanto, após uma exploração do cenário brasileiro e dos moldes da própria colaboração premiada, será utilizado como comparação o modelo português de conceder prêmio ao réu colaborador com a justiça em casos de criminalidade organizada, consistente na atenuação especial da pena. Desta forma, será possível conduzir uma análise, ainda que mais superficial e inicial dado os objetivos do trabalho no âmbito de um congresso, de ambas as formas de se premiar a colaboração do réu frente aos princípios constitucionais da legalidade e da reserva de jurisdição.

1. O CONTEXTO HISTÓRICO DA EXPANSÃO DO CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.

Inicialmente será realizado um panorama da expansão do consenso no processo penal brasileiro. Para tanto necessário compreender também que existe uma demanda internacional para esta expansão, assim como o fato de que a colaboração premiada não

foi um instituto completamente inovador de benefício penal à colaboração do réu, tendo sido precedido por outros na legislação brasileira.

Desta maneira poderá ser analisada a colaboração premiada em si a partir do seu procedimento legal e das principais problemáticas que a circundam.

1.1. A demanda internacional

Para além do processo de abertura de espaços de consenso nos sistemas legais com origem histórica de predominância da legalidade, que vem ocorrendo no Brasil e na Europa continental¹ a partir de mecanismos de diversão e desjudiciarização voltados para a pequena e média criminalidade², surge, a partir de uma pressão internacional no sentido do combate à corrupção, uma imposição para a adoção de mecanismos de “perdão aos delatores”.

Neste sentido, as Convenções de Palermo e de Mérida, ambas ratificadas pelo Estado brasileiro, possuem um papel fundamental. Em 2000, na cidade de Palermo, Itália, foi firmada a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, na qual consta em seu artigo 26º a previsão da intensificação da cooperação entre pessoas que participem ou tenham participado em organizações criminosas e as autoridades competentes³.

¹ Assim coloca Anabela Miranda Rodrigues que “a evolução do direito imposto no sentido do direito negociado manifesta-se em múltiplos domínios onde, quer a eficácia, quer a legitimidade apelam para outros modelos de intervenção mais leves, mais informais, menos onerosos: é a mediação nos conflitos familiares, a negociação nos conflitos internacionais (...)”. E assim que “se a descriminalização tem limites – e, com ela, a despenalização, a desjudiciarização e a diversão -, uma possibilidade é adaptar a reação social e intervir de maneira mais leve e mais informal. Os processos de negociação, bem como os processos acelerados e simplificados, os primeiros muitas vezes servindo os interesses dos segundos, surgem como condições de sobrevivência do sistema” (RODRIGUES, 1998, p.236). Ressaltamos, entretanto, que soluções que partem de outra lógica que não a de um projeto de descriminalização e talvez não sempre preocupada com uma solução efetiva dos conflitos também têm sido paulatinamente adotadas pelos Estados da Europa continental, as quais possuem uma origem mais recente nos países que atuam sob o sistema da *common law* (PRADO, 2000, p.357.). Desta forma, por exemplo, em Portugal é adotada de forma específica na Lei de Combate ao Terrorismo, bem como para outros crimes de origem em uma organização criminosa, a possibilidade da atenuação especial da pena no caso da colaboração do arguido a partir, por exemplo, da identificação ou captura de outros agentes responsáveis.

² Como o são, no caso brasileiro, a transação penal, a suspensão condicional do processo e até mesmo a confissão como contrapartida penal. E, no âmbito português, a suspensão provisória do processo, o processo sumaríssimo, o arquivamento em caso de dispensa de pena e a mediação penal de adultos.

³ Consoante o artigo 26º do Decreto nº 5.015/2004 que internaliza a Convenção de Palermo: “cada Estado parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado

Ademais, em 2003 foi firmada a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção em Mérida, México. Esta, já internalizada no direito brasileiro a partir do Decreto nº. 5.687/2003, também possui um dispositivo apenas para o tratamento da cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei. Assim que, em seu artigo 37º, é previsto que cada Estado Parte “considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção”, podendo, inclusive, prever a concessão de imunidade judicial a estes colaboradores⁴.

De tal forma que, por consequência destes esforços internacionais foi então composto o Programa Nacional de Segurança e Cidadania (Pronasci), com programas, projetos e ações cuja prioridade é reprimir a criminalidade organizada, instituído pela Lei nº 11.530/2007. Programa este essencial para a elaboração da Lei nº 12.850/2013 e, portanto, para a vigência da colaboração premiada (BALLAN JUNIOR, 2016, p.36).

1.2. A evolução legislativa brasileira

Não é novidade a utilização de mecanismos de delação e colaboração do réu com a justiça no sistema legislativo brasileiro. Desde 1990 com a vigência da Lei dos Crimes Hediondos, de nº 8.072, havia a previsão da redução da pena para o participante e o associado que denunciasse à autoridade o bando ou a quadrilha, bem como para o coautor que fizesse o mesmo ao acrescentar o parágrafo 4º ao artigo 159º do CP.

A revogada Lei de Organizações Criminosas, Lei nº 9034/95, também previu a redução da pena desde que a espontânea colaboração do agente levasse ao esclarecimento de infrações penais e de sua autoria (artigo 6º) e, por sua vez, a Lei nº 9080/1995 possibilitou a colaboração premiada no corpo da lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional e contra a ordem tributária nacional em crimes cometidos em quadrilha ou coautoria. Já a Lei de Lavagem de Capitais, Lei nº 9.613/1998, ampliou o leque de favores ao prever,

em grupos criminosos organizados: a) a fornecerem informações uteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente: i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados; ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados; iii) as infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar”.

⁴ Conferir neste sentido: BALLAN JUNIOR, 2016, p.51; e FERNANDES; GOMES, 2016, p.361ss.

além da redução e substituição da pena, o cumprimento em regime semiaberto ou aberto e a possibilidade de perdão judicial (artigo 1º, §5º); benefícios estes também previstos nos artigos 13º e 14º da Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas, Lei nº 11.343/2006. Ademais, a Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, que revogou a inicial Lei nº 10.409/2002, previu a redução da pena para o que voluntariamente colaborasse com a investigação e o processo criminal.

Por fim e mais recentemente, a Lei nº 12.529/2011 que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, permite que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) firme acordo de leniência com o autor de delito contra a ordem econômica que resulte em redução da pena com um regramento mais específico e um roteiro mais detalhado para propiciar a efetividade das medidas (PINTO, 2013, p.25).

1.3. A colaboração premiada consoante a Lei nº 12.850/2013

Entretantes, é apenas em 2013 que passa a vigor a Lei das Organizações Criminosas, de nº 12.850, a qual traz a colaboração premiada como mecanismo de auxílio à investigação dos crimes organizados em razão de sua eminente complexidade⁵. Ressalta-se que, em razão do objeto do trabalho ser uma análise do instrumento comparativamente a previsão da atenuação especial da pena na lei portuguesa, será estudada a colaboração premiada de uma maneira mais superficial, focando em seu procedimento e seus principais problemas.

A colaboração premiada, apesar de uma profunda discussão teórica ainda em curso (MARQUES, 2014, p.40) que sairia do enfoque deste trabalho, possui natureza jurídica processual penal de meio de obtenção de prova, ou seja, aquele pelo qual a fonte de prova ou o meio de prova serão acessados, nesse sentido o são as medidas de busca e apreensão, a interceptação telefônica e as quebras de sigilo bancário e fiscal⁶. Esta definição tem a ver justo com o próprio procedimento da colaboração premiada, o qual, legalmente, a torna um instrumento processual neutro que poderá, a depender do resultado advindo da colaboração do imputado, contribuir para a persecução penal ou mesmo não ter resultados

⁵ Sobre a criminalidade organizada e suas particularidades conferir: ZAFFARONI, 1996, p.58; SANTOS, 2001, p.227.

⁶ Conferir ESSADO, 2013, p.208 e MARQUES, 2014, p.41.

concretos – já que a própria colaboração só poderá ser utilizada na persecução penal se tiverem outras provas independentes que a corroborem (ESSADO, 2013, p.211)⁷.

O procedimento da colaboração premiada, que pode acontecer desde a fase pré-processual durante as investigações e Inquérito Policial, quanto durante o processo e após a sentença transitada em julgado, pode ser dividida em até quatro fases⁸: a negociação do acordo, sua homologação pelo juízo competente, a produção probatória e a sentença final de valoração dos resultados obtidos e concessão dos prêmios.

Na primeira fase apenas podem participar o órgão do Ministério Público, o delegado de polícia (se entenderem necessária sua presença), o investigado ou acusado e seu defensor⁹. Para esta celebração do acordo é requisito a voluntariedade do investigado, a qual, entretantes, não exige sua espontaneidade. Assim, nada impede que o acordo surja por influência de seu defensor ou do MP ou do delegado de polícia, desde que tal influência não esteja embebida em qualquer forma de coação (física, moral ou psicológica) ou de promessas de vantagens ilegais (FERNANDES; AIRES, 2017, p.266).

Ademais, a própria lei nº 12.850/2013 estabelece a formalidade do acordo e de seu conteúdo a partir das disposições dos artigos 4º, parágrafos 6 e 7, e 6º. De tal maneira que o ato da colaboração deverá ser registrado e reduzido a termo escrito, acompanhado das declarações do colaborador e da cópia da investigação como meio de controle para garantir o posterior exame judicial, a garantia do direito de defesa do delatado e a garantia das consequências premiais ao colaborador (ESSADO, 2013, p.217)¹⁰. Ademais, dispõe a lei que “sempre que possível” deve ser realizado o duplo registro das declarações do colaborador, procedimento este de elevada relevância, ainda mais nas formas escrita e audiovisual, a fim de garantir o devido processo legal e a segurança jurídica e defesa do próprio colaborador e dos eventuais delatados. Entretantes, que tal registro das

⁷ Concretizando esta linha de raciocínio temos as conclusões advindas do Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar o *Habeas Corpus* de nº127/483/PR (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus N.127.483-PR*. Ministro Relator Dias Tofoli. Plenário. 27 ago. 2015).

⁸ Comumente é dividida em três fases. Entretanto, há quem adicione a fase de produção probatória como eventual fase da colaboração, como ESSADO, 2013, p.219.

⁹ ESSADO, 2013, p.219 e artigo 4º, §6º da Lei nº12.850/2013.

¹⁰ É justamente por ser realizada por meio de um acordo escrito e formalizado que Bottino aponta que a colaboração premiada se torna “um grande diferencial em termos de incentivo ao criminoso que colabora, por tanto as confissões como a delação trazem uma grande margem de incerteza no tocante ao benefício exato que será recebido” (BOTTINO, 2016, p.374)

declarações pode ser feito de maneira fracionada no caso em que gerem diferentes linhas de investigações que possam atrapalhar uma a outra (BORRI, 2017, p.182).

A segunda fase do procedimento da colaboração premiada consiste na homologação judicial do acordo previamente firmado. Nos termos do artigo 4º, parágrafos 7º e 8º, da Lei nº 12.850/2013, o juiz homologará o acordo (já acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação) a partir da análise de sua regularidade, legalidade e voluntariedade. Sendo que, para a verificação da voluntariedade do colaborador poderá ouvi-lo em sigilo na presença de seu defensor. O juiz, para além de homologar o acordo, poderá recusar o que não atender aos critérios legais ou requisitar sua adequação conforme o caso concreto.

Desta forma, seria no momento da homologação que o juiz analisaria, além dos requisitos de legalidade e voluntariedade, os critérios objetivos e subjetivos relativo ao colaborador e às circunstâncias do acordo. Entretanto, a decisão judicial de homologação do termo de acordo não deve analisar o mérito das declarações ou extrapolar as suas valorações em relação aos critérios de legalidade, regularidade e voluntariedade do acordo (FERNANDES; AIRES, 2017, p.268). Neste sentido, já decidiu o STF que

a homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de deliberação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador¹¹.

Ademais, nos casos em que o juiz recuse a homologação ou requeira a adequação do acordo de colaboração premiada há uma omissão legal a respeito de qual o caminho a ser percorrido. Assim que, para que esta adequação não se dê em afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa, e sem a consulta às partes, por exemplo, interpreta-se que deve ser dada oportunidade às partes de se manifestarem antes da adequação, com a possibilidade de retratação (FERNANDES; AIRES, 2017, p.273).

Ainda, conforme propõe Silveira, as expressões “regularidade e legalidade” podem ser interpretadas a partir da análise da possibilidade jurídica do pedido. Assim, que é o juízo de homologação o momento processual correto para “a adequação do acordo ao modelo legal vigente em termos dos possíveis benefícios alcançáveis” (SILVEIRA, 2018,

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus N.127.483-PR.*. Ministro Relator Dias Tofoli. Plenário. 27 ago. 2015.

p.128). De forma que, caso o juiz verifique que o acordo contempla prêmios estranhos aos legalmente instituídos ou que configurem concreta violação dos direitos fundamentais do colaborador, deverá determinar o retorno dos autos para adequação do acordo¹².

Por fim, sobre o juízo de homologação, ressaltamos que é neste momento processual em que deverá ser verificado se o acordo descreve os quadros mínimos das condutas que justificam os esforços prévios à sua celebração. Portanto, caso os proponentes se desincumbam do dever de esmiuçar tanto quanto possível as condutas penalmente relevantes, agiria corretamente o juiz ao “devolver o texto para adequação”. Sem esquecer, entretanto, que, nesta fase, a investigação contra o colaborador ainda está em seus primórdios – já que pode ser o caso de nem mesmo ter sido ofertada denúncia ainda (SILVEIRA, 2018, p.129).

Por conseguinte, Silveira também ressalta que, em razão da exigência de justa causa para a abertura do Inquérito Policial ou procedimentos investigativos de qualquer natureza, “o juiz da homologação não poderia silenciar-se diante da ausência manifesta de elementos fáticos que conferissem consistência e credibilidades mínimas à colaboração”. Assim,

embora seja prematuro fazer afirmações positivas sobre a eficácia do acordo submetido à homologação (se é cumprível ou não), o juiz poderá recusá-lo ao se deparar com relatos contraditórios ou por demais fragmentados, sobretudo quando for possível concluir *ex ante* que a colaboração, por sua fragilidade intrínseca, estaria fadada ao fracasso (SILVEIRA, 2018, p.130).

Certo é que, homologado o acordo, passamos a uma terceira fase da colaboração premiada, apontada por Essado (2013, p.219), ou seja, a de produção probatória, na qual se dá o interrogatório e se produz a delação e a efetiva colaboração. Esta fase, entretanto, pode ser suprimida nos casos em que a colaboração já ocorreu pré-processualmente. A respeito da produção probatória a Lei nº 12.850/2013 apenas dispõe que “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” (artigo

¹² Neste sentido, define o Manual da Colaboração Premiada, realizado pela ENCCLA em janeiro de 2014, que o juiz não deve homologar propostas de colaboração que tragam preestabelecido o quantum de redução de pena (já que este juízo caberá ao juiz da causa no momento final da sentença), nem local para cumprimento de prisão preventiva ou pena efetiva, promessas de celas especiais ou outras benesses cujo atendimento dependa de outra autoridade que não o Ministério Público, já que não se pode prometer o que “não se saberá se poderá ser efetivado” (ENCCLA, 2019, p.8).

4º, §9º) e que tal colaboração, sempre que possível, será registrada por meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, sempre com o objetivo de obter maior fidelidade das informações (artigo 4º, §13).

Assim que, na falta de disposição legal, coloca Essado que a colaboração deverá ser obtida por meio dos procedimentos do interrogatório na busca de um devido processo legal (2013, p.221). Neste sentido, há de se intimar as partes para o eventual interrogatório com um prazo mínimo de antecedência e sempre será garantido ao réu o direito de entrevista prévia e reservado com o defensor e o acompanhamento deste último nos termos dos artigos 185º à 195º do Código de Processo Penal, no que couber ao caso concreto e ao ato de delação (já que, por exemplo, as disposições sobre o direito ao silêncio não valerão, por lógica, ao colaborador).

E isto, inclusive, nos casos de celebração de acordo de colaboração premiada em fase pré-processual, ou seja, que ocorrem ainda durante o Inquérito Policial; sendo de relevância as considerações de Essado no sentido de que, por faltar previsão procedimental específica, deve-se, por analogia, aplicar o procedimento previsto para o interrogatório dos artigos 6º e 185º do Código de Processo Penal (CPP). De maneira que sejam cumpridas as formalidades mínimas consistentes na presença do defensor no ato e a garantia ao direito de entrevista prévia e reservada com o defensor (2013, p.217).

Finalmente, adentramos na quarta fase da colaboração premiada: a de valoração, na qual o juízo competente, por meio do ato formal da sentença, formará sua convicção por meio da livre apreciação da prova produzida em contraditório e ampla defesa processual, e nunca exclusivamente sobre os elementos informativos colhidos na investigação e/ou os da colaboração (ESSADO, 2013, p.221)¹³.

É nesta etapa que serão analisados se os resultados previstos nos incisos I a V do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013 foram obtidos a partir da colaboração e, caso a

¹³ A necessidade de corroboração do corpo probatório já foi apontada por Beccaria (2013, p.47), no sentido de que quando todas as provas de um fato dependem – ou derivam – de uma só, “o número de provas não aumenta nem diminui a probabilidade do fato, porque todo o seu valor se reduz à daquela única de que dependem (...) então, quanto mais provas forem aduzidas, mais crescerá a probabilidade do fato, porque a falsidade de uma prova não influi na outra”. Isso torna esta quarta fase da colaboração premiada, de valoração das provas produzidas em contraditório a fim de analisar a efetividade da colaboração, uma das mais relevantes para garantir que este instituto não seja apenas baseado no depoimento de um investigado/arguido totalmente parcial e interessado no desenvolver do procedimento ou que outrem (o delatado) não seja processado penalmente sem justa causa penal.

resposta seja positiva, poderão ser concedidos os benefícios determinados no acordo de colaboração premiada.

Neste sentido, são objetivos da colaboração premiada obter 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; e (v) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada”¹⁴.

Para, então, poderem ser concedidos os benefícios já acordados durante as fases iniciais de colaboração, desde que dentre os previstos na lei, ou seja:

- (i) o não oferecimento da denúncia para o colaborador que não é líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar colaboração efetiva;
- (ii) o perdão judicial, para o caso de acusado em ação penal já instaurada nos casos em que a relevância da colaboração façam com que o Ministério Público, ou o delegado de polícia com a manifestação do Ministério Público, requeiram ou representem ao juiz pela concessão do referido perdão;
- (iii) a redução da pena em até dois terços, se o acordo for celebrado antes da sentença;
- (iv) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e;
- (v) a redução da pena até a metade ou a progressão do regime sem os requisitos temporais da legislação comum no caso de colaboração pós-sentencial¹⁵.

Sobre o momento para a concessão dos benefícios, prevalece uma regra geral interpretativa que favorece a sentença. Até porque, de acordo com o §11º do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013, “a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia”. Entretanto, a referida lei também permite interpretação mais ampla e favorável aos réus colaboradores no sentido de que o resultado da colaboração poderia ser reconhecido pelo juízo ainda durante a investigação, mesmo que sem o reconhecimento de culpa ou

¹⁴ Incisos I à V do artigo 4º da Lei nº.12.850/2013.

¹⁵ Respectivamente constantes nos (i) Artigo 4º, parágrafo 4º; (ii) artigo 4º, parágrafo 2º; (iii) e (iv) Artigo 4º, *caput*; e (v) artigo 4º, parágrafo 5º da Lei nº12.850/2013.

comprovação judicial dos resultados almejados, desde que haja a verificação de indícios concretos de autoria e materialidade – nos limites exigidos para oferecimento da denúncia.

Isto pois, de acordo com a própria lei, o Ministério Público pode conceder imunidade processual e não oferecer denúncia nas hipóteses do colaborador não ser líder da organização criminosa e ter sido o primeiro a prestar efetiva colaboração. De modo que seria “certo que não se poderia exigir que o benefício dependesse de uma sentença que fizesse referência à pena do colaborador” (ALONSO, 2018, p.87).

Há ainda uma última hipótese para concessão de benefícios que não pressupõe a análise da efetividade da colaboração em sentença penal: nos casos de redução da pena ou progressão de regime do colaborador já apenado. (art. 4º, §5º). Nesta situação, o benefício pode ser concedido em decisão apartada pelo juiz da causa ou pelo juízo de execução penal, não sendo claro se a concessão pode se confundir com a homologação do acordo em termos de momento processual¹⁶. Sendo este o caso, quando a homologação do acordo implique em reconhecimento automático dos benefícios:

ter-se-ia, na verdade, uma figura de acordo muito próxima ao *plea bargaining* norte-americano, no qual o órgão acusador tem a liberdade (princípio da oportunidade) para acordar, independentemente dos resultados, uma pena (ou uma imunidade) com o réu [e] nesse caso, estar-se-ia diante de uma grande tensão entre o instituto da colaboração premiada e o princípio *nulla poena sine iudicio* (ALONSO, 2018, p.88).

Seja como for é claro que, a partir do §1º do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013, para a concessão de qualquer dos prêmios previstos, deverão ser analisados, para além da própria efetividade da colaboração, “a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”.

Ressalta-se também que a lei é enfática ao colocar que as partes poderão se retratar da proposta e que, neste caso, as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador “não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”, consoante o artigo 4º, §10º, da Lei nº. 12.850/2013. Entretanto, como a lei não especifica até que momento poderão as partes se retratar da proposta, interpreta-se de uma forma ampla este dispositivo para

¹⁶ Já que no §7º do artigo 4º deixa-se claro que o juízo da homologação envolve apenas a verificação de regularidade, legalidade e voluntariedade, enquanto o artigo 7º, §1º, afirma que o pedido de homologação será encaminhado ao juiz com “informações pormenorizadas da colaboração”.

permitir a retratação pelo Ministério Público até a homologação do acordo, já que uma retratação após sua homologação e depois de realizada a delação seria injusta com o colaborador, que teria todo o ônus sem os benefícios acordados e, para o colaborador, permitir-se-ia a retratação em qualquer momento, ainda que após dada sua colaboração, desde que efetivamente acompanhado e aconselhado por seu defensor.

2. A ATENUAÇÃO ESPECIAL DA PENA PORTUGUESA

A atenuação especial da pena no ordenamento jurídico português nada mais é que um passo na determinação da medida da pena, previsto de forma geral nos artigos 72º e 73º do Código Penal (CP) português.

É possível a atenuação especial da pena por parte do tribunal quando, “para além dos casos expressamente previstos na lei, existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena”. Para exemplificar, o próprio artigo 72º traz algumas condutas do agente que podem causar a atenuação especial da pena, como “ter o agente actuado sob influência de ameaça grave ou sob ascendente de pessoa de quem dependa ou a quem deva obediência” ou “ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados”.

Ademais dispõe o artigo 72º, nº3, que qualquer circunstância, por si mesma ou em conjunto com outras, que der lugar a uma atenuação especial prevista em lei específica e no próprio Código Penal somente poderá ser tomada em conta uma única vez.

Por sua vez, o artigo 73º do CP traz os limites de atenuação da pena consoante o tipo de pena, de prisão ou multa, a possibilidade da substituição da pena de prisão de multa como eventual atenuação e, enfim, que a pena especialmente atenuada que for fixada em concreto também é passível de substituição.

Já no artigo 40º do CP prevê-se que as penas tem o objetivo de proteger bens jurídicos e reintegrar o agente da sociedade, devendo ser aplicada sempre na medida da culpa do agente – sem nunca a ultrapassar¹⁷. Mais do que finalidades teóricas da pena,

¹⁷ Por conseguinte, no ordenamento jurídico-criminal português vigoram as teorias relativas dos fins das penas. Em especial as de prevenção geral positiva, a qual, nas palavras de Figueiredo Dias é “ligada à protecção dos bens jurídicos (...) visando, em último termo, a restauração da paz jurídica”; e, também,

são também critérios para determinação da medida da pena, consoante o artigo 71º do CP, o qual acrescenta como circunstâncias que influenciam na medida da pena – para além da culpa do agente e das exigências de prevenção¹⁸ –, dentre outras, “a conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime”.

Tal repetição que faz com que a pena deva ser aplicada com vistas à culpa do agente e as exigências de prevenção especial não é mera causalidade. Nestes termos, conforme proposto por Figueiredo Dias, as condutas anterior ou posterior ao fato apenas podem ser valoradas na medida em que se encontre conexionadas com o fato e possam “ser consideradas indícios relevantes não só para a determinação da medida da culpa, como das exigências de prevenção, em particular de prevenção especial” (DIAS, 2013, p.252).

Outro problema essencial em relação ao regime da atenuação especial da pena, conforme colocado por Figueiredo Dias, é saber em qual medida pode o comportamento do arguido ser valorado para efeito da medida da pena. E, segundo o autor, desde que a favor do arguido – ou seja, para efeitos de atenuação da pena – “o comportamento processual poderá ser amplamente valorado”. Sendo que, “circunstâncias como a de ter o agente contribuído de forma importante para a descoberta da verdade, ou a da confissão

as de prevenção especial – nomeadamente a positiva – que visam, seja pela “neutralização da perigosidade social” do criminoso (prevenção especial negativa) ou pelo tratamento do mesmo (prevenção especial positiva), “o propósito de lograr a reinserção social, a ressocialização do delinquente” (DIAS, 2007, p.53-55).

¹⁸ Note-se que a culpa do agente, apesar de não ser uma finalidade da pena por si – já superadas as teorias absolutas e para as teorias relativas dos fins da pena – ainda deve ser analisada em conjunto com as mesmas. Neste sentido, como proposto pelo Doutor Jorge de Figueiredo Dias (1988, p.82) a pena, no Estado Social e de Direito, apenas pode ter finalidades preventivas – nunca retributivas – tendo a culpa uma função de “proibição incondicional de excesso”, ou seja, “a culpa não é fundamento da pena, mas constitui o seu pressuposto necessário e o seu limite inultrapassável”. No nosso entendimento esta é a ideia que parece condizer com o próprio ordenamento jurídico português, no qual vigora o artigo 40º do Código Penal, segundo o qual “a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade” e “Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da pena”. A culpa, portanto, constitui pressuposto e limite da pena, a qual possui as finalidades de prevenção especial e geral (CARVALHO, 2003, p.322). Entretanto, verifica-se que a noção de culpabilidade surgiu, em realidade, como contributo inegavelmente favorável da perspectiva retribucionista dos fins da pena, já que é em razão desta visão da pena como resposta retributiva à ação do agente que se torna necessária uma medida concreta da pena que não ultrapasse, efetivamente, o limite da culpa; ou seja, o agente só pode ser punido até o limite de sua própria ação como ser responsável (COSTA, 2005, p.227).

livre, total ou parcial, devem, sem dúvida, ser levadas em consideração, pelo menos na medida em que excedam ou não se confundam com a (...) tática processual” (DIAS, 2013, p.255).

Com este panorama é possível a conclusão de que a atenuação especial é prevista apenas para casos “extraordinários ou excepcionais” (DIAS, 2013, p.307), posto que para a generalidade dos casos são incidentes as molduras regulares da pena – a partir do disposto no próprio artigo 71º do CP. Afinal, apesar de existir a regra geral para estipulação da moldura da pena,

a capacidade de previsão do legislador é necessariamente limitada e inevitavelmente ultrapassada pela riqueza e multiplicidade das situações da vida (...), em consequência, mandamentos irrenunciáveis de justiça e de adequação (ou necessidade) de punição impõe que – quando esteja em causa uma atenuação especial da responsabilidade do agente (...) o sistema seja dotado de uma válvula de segurança consistente na própria atenuação especial da pena (DIAS, 2013, p.302).

Entretanto, apesar da atenuação especial consistir em hipótese extraordinária, “não pode ser entendida como se, apesar da verificação dos pressupostos, a consequência jurídica da atenuação especial dependesse do arbítrio ou da discricionariedade livre do tribunal”. A atenuação especial, portanto, “é um dever ou uma obrigação – é uma autêntica consequência jurídica a que o tribunal não pode furtar-se” (DIAS, 2013, p.308).

Assim, temos a atenuação especial da pena como regra geral do Código Penal português, podendo incidir em quaisquer casos ou crimes. E podemos então analisar a atenuação especial como nos importará neste estudo, qual seja, aquela prevista para crimes específicos e em leis especiais, voltada aos casos em que a circunstância causadora da atenuação é a colaboração do arguido com a justiça.

2.1. Criminalidade abrangida

De forma geral em qualquer crime no qual o arguido se arrependa de maneira sincera por meio de atos que o demonstre, em especial por meio da reparação dos danos causados, entende-se possível a atenuação especial da pena pelo tribunal como resultado de uma eventual colaboração.

Entrementes, são nos casos de criminalidade grave e/ou organizada que a legislação portuguesa permite a atenuação especial ao arguido que auxiliar concretamente a justiça na identificação ou captura de outros responsáveis.

Neste sentido, no Código Penal essa modalidade é prevista nos artigos 368º A/9¹⁹ e 374º B/2²⁰, respectivamente relativos ao crime de branqueamento e Corrupção. Ademais, na legislação avulsa esta atenuação especial também é presente:

- (i) no artigo 8º da Lei nº36/94, de 29 de setembro, que prevê medidas de combate à criminalidade económica e financeira²¹;
- (ii) no artigo 19º A/2ª da Lei nº34/87, de 16 de julho, dos crimes de responsabilidade de titulares de cargos políticos²²;
- (iii) no artigo 31º do Decreto-Lei nº15/93, de 22 de janeiro relativo ao tráfico e consumo de estupofacientes e substâncias psicotrópicas²³;
- (iv) nos artigos 2º/5, 4º/13 e 5º/a da Lei nº52/2003, de 22 de agosto, de Combate ao terrorismo²⁴;

¹⁹ Art. 368º/9 Código Penal: “A pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens.”.

²⁰ Art. 374ºB/2 Código Penal: “A pena é especialmente atenuada se o agente: a) Até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis;”.

²¹ Art. 8º Lei n.º 36/94: “Nos crimes previstos no artigo 1.º, n.º 1, alíneas a) e e), a pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.”.

²² Art. 19ºA/2 Lei n.º 34/87: “A pena é especialmente atenuada se o agente: a) Até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis;”.

²³ Art. 31º DL n.º 15/93: “Se, nos casos previstos nos artigos 21.º, 22.º, 23.º e 28.º, o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir por forma considerável o perigo produzido pela conduta, impedir ou se esforçar seriamente por impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, particularmente tratando-se de grupos, organizações ou associações, pode a pena ser-lhe especialmente atenuada ou ter lugar a dispensa de pena.”.

²⁴ Art. 2º, nº5: “a pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado ou auxiliar concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis”; art. 4º, nº 13: “a pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado, impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente na recolha de provas decisivas para a captura ou identificação de outros responsáveis”; e,

- (v) no artigo 87º/3 da Lei nº5/2006, de 23 de fevereiro, quanto ao regime jurídico de armas e munições²⁵; e
- (vi) no artigo 13º/1 da Lei nº50/2007, de 31 de agosto, quanto ao regime de responsabilidade criminal por comportamentos antidesportivos²⁶.

2.2. Procedimento

Percebe-se que nos casos especiais de criminalidade eminentemente organizada e grave listados acima é prevista tanto a possibilidade da atenuação especial da pena em si (em todos), como da dispensa de pena ou não punição do agente nos casos *iii*, *iv*, *v* e *vi*.

De maneira geral vemos que o procedimento para a atenuação especial ou mesmo da dispensa da pena fica a cargo da norma geral ditada pelo Código Penal português, dado que nem as leis esparsas nem os artigos do CP português que trazem esta possibilidade dispõem sobre qual o procedimento específico a ser seguido para a sua aplicação nos casos concretos.

Entretanto algumas incongruências nas previsões legais são marcantes e devem ser pontuadas: (1) em primeiro lugar a falta de consistência no uso dos termos “pode” ou “deve” com relação à concessão deste benefício pelo tribunal; (2) em segundo lugar a falta de regramento para que se saiba quando caberá a atenuação especial ou a dispensa da pena.

Dentro da própria Lei de Combate ao Terrorismo, de nº 52 de 2003, há uma incongruência no uso dos verbos “pode” e “deve: se para os crimes de organização terrorista, terrorismo e terrorismo internacional aparecem a expressão “pode” em referência a atenuação especial da pena, para o crime previsto no artigo 5º-A de financiamento do terrorismo a expressão é de que a pena “é” especialmente atenuada nos

por fim, art. 5º, nº3: “a pena é especialmente atenuada ou não tem lugar a punição, se o agente voluntariamente abandonar a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ele provocado ou auxiliar concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis”.

²⁵ Art. 87º/3 Lei n.º 5/2006: “A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a sua punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado, impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis;”.

²⁶ Art. 13º/1 Lei n.º 50/2007: “Nos crimes previstos na presente lei: a) A pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis;”.

casos ali descritos. A mesma inconsistência é percebida nos demais casos, de tal maneira que há uma obrigatoriedade com o uso do termo “é” para o crime de corrupção do artigo 374º-B do Código Penal português, enquanto é usada a expressão “pode” para os casos de branqueamento de capitais do artigo 368º-A do mesmo código.

Pinto de Albuquerque afirma que a utilização de um verbo e não de outro não é mera coincidência, de forma que no caso do crime de corrupção e de financiamento do terrorismo estamos perante uma atenuação especial obrigatória, ao passo em que para todos os outros crimes nos quais são utilizados a expressão “pode”, trata-se de uma atenuação facultativa, ou seja, de uma discricionariedade vinculada do jurista (ALBUQUERQUE, 2015, p.1157)²⁷.

Entretantes, este raciocínio parece entrar em conflito com o entendimento de Figueiredo Dias sobre as disposições gerais do Código Penal português da atenuação especial da pena, segundo o qual o uso da terminologia “pode” é pouco rigorosa e não pode ser interpretada de modo que a atenuação especial possa depender do arbítrio ou de uma discricionariedade livre do juízo para ser aplicada (DIAS, 2013, p.308).

De tal maneira que para solucionar este conflito deveria ou haver uma reavaliação dos objetivos da atenuação especial da pena pelo legislador português, com a conseqüente alteração dos verbos utilizados, ou uma pesquisa jurisprudencial ampla e mais recente que demonstrasse uma posição firme do tribunal português no sentido de considerar o uso do termo “pode” como concessão de uma maior liberdade em seu julgamento.

Passa-se, assim, a segunda problemática referida, referente à falta de regramento para que se saiba quando caberá a atenuação especial da pena ou a mais benéfica possibilidade de dispensa de pena, nos casos em que a legislação específica lhes concede tratamento.

No crime de corrupção do artigo 374º-B do CP português há uma diferenciação clara entre a dispensa e a atenuação especial da pena, sendo a primeira reservada para

²⁷ E, apesar da necessidade de uma pesquisa jurisprudencial de metodologia mais ampla, pode ser apontado ao mínimo um caso no qual a jurisprudência portuguesa parece respaldar o raciocínio de Pinto de Albuquerque. Neste sentido, o parecer do Conselho Consultivo da PGR de nº CB00042010 de 14 de abril de 2011 (Relatora Manuela Fontes) que, à semelhança do caso anterior do crime de corrupção, afirma que a hipótese de reparação parcial para a burla qualificada (artigo 218º, nº3, cfr. Artigo 206º, nº3 do CP) ao referir que “se a reparação for parcial a pena **pode** ser especialmente atenuada” faz com que a atenuação especial da pena não seja obrigatória, cabendo, portanto, a discricionariedade vinculada do juiz. Fundamentação também presente no Acórdão de 5 de julho de 2005 do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no processo 06P1618.

os casos em que o agente tenha denunciado com antecedência ou crime e restituído sua vantagem e a segunda para a sua colaboração concreta com a justiça. Também nos crimes da Lei nº 50/2007 (vi) há uma diferenciação nas previsões que determina que a dispensa de pena seja para o agente que repudie voluntariamente e antes do crime a vantagem ou promessa ofertada, enquanto a atenuação especial da pena é mantida para os que colaborem com a justiça na recolha de provas decisivas.

Entretantes, tanto nos casos das criminalidades abrangidas pela Lei de Combate à Droga (iii), pela Lei de Combate ao Terrorismo (iv) e pelo Regime Jurídico de Armas e Munições (v), não há qualquer critério legal que permita distinguir qual caso de colaboração do réu com a justiça levará a atenuação especial de sua pena ou a dispensa da mesma.

Para estas ultimas previsões nas quais não há diferenciação, resta interpretá-la a partir da teoria geral que define a dispensa da pena. Neste sentido, propõe Figueiredo Dias que na dispensa de pena o que “existe verdadeiramente é uma pena de declaração de culpa, ou, se preferir, uma espécie de admoestação em que esta resulta, sem mais, da declaração de culpa”, concedida nos casos em que não haja razões de prevenção que justifiquem a aplicação de uma pena de prisão²⁸ (DIAS, 2013, p.317).

De tal forma que a concessão de um prêmio mais benéfico ou não parece recair mais na exigência de prevenção e culpabilidade do agente do que no grau de colaboração do réu na recolha de evidências e provas decisivas que auxiliem a identificação ou captura de outros responsáveis. Entretanto, ressaltamos que tal conclusão só poderia ser afirmada com total propriedade após uma pesquisa jurisprudencial ampla que confirmasse esta linha de raciocínio nos tribunais portugueses.

De qualquer maneira, marcante que em qualquer dos casos previstos na legislação portuguesa o premio ao arguido que colaborar com a justiça apenas poderá ser concedido pelo juiz em sede de audiência de instrução e após o transcurso regular do processo. Ou seja, como um prêmio que dependerá tão somente da avaliação do juiz da causa quanto ao auxílio do arguido e seu merecimento em relação à diminuição acentuada da ilicitude do fato, da culpa do agente ou da necessidade da pena.

²⁸ Ressalta-se que a dispensa de pena prevista como benefício alternativo mais benéfico que a atenuação especial da pena aos casos de criminalidade organizada e grave não se confunde com a dispensa da pena prevista no artigo 75º do CP português, a qual possui como pressuposto, dentre outros, que seja aplicável a um crime punível com pena de prisão em abstrato não superior a 6 meses.

3. O DEVIDO PROCESSO PENAL E O (DES) RESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE E DA RESERVA DE JURISDIÇÃO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA

Com o panorama geral realizado acima é possível realizar-se uma análise comparativa entre os institutos da colaboração premiada consoante a Lei nº 12.850/2013 e a atenuação especial da pena portuguesa a partir da colaboração do réu com a justiça tendo em vista o respeito – ou não – aos princípios de origem constitucionais da legalidade e da reserva de jurisdição.

Em primeiro lugar temos o princípio da legalidade no sentido de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Derivado no sistema brasileiro tanto do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988 quanto do artigo 1º do Código Penal. E, no sistema português, dos artigos 18º, nº2 e 3, da Constituição da República Portuguesa e do artigo 1º do Código Penal português.

É em razão desta visão de que não há crime ou pena sem lei prévia que podemos concluir pelo monopólio da função jurisdicional penal do Estado, ou seja, de que cabe apenas ao Estado “a perseguição e a punição das condutas delituosas” a partir do processo legislativo e a criação de uma lei penal, sendo excluída, portanto, a vingança – *vindicta*, privada (SANTOS, 2014, p. 409)²⁹.

Para esta noção de legalidade, portanto, apesar da Lei nº 12.850/2013 apresentar um inegável avanço na positivação da colaboração do réu com a justiça, a mesma, a fim de corresponder a noção de legalidade estrita que lhe conferiria valor, não poderia permitir a realização de atos *paeter e contra legem*. Ou seja, a lei deveria valer em toda sua plenitude em ambos os planos material e processual. Entrementes, a realidade é outra conforme apontado por Canotilho e Brandão em análise de acordos efetuados no âmbito da operação Lava Jato: há a concessão de vantagens sem base legal, como a redução da

²⁹ Nota-se que, esta concepção de legalidade também sofre limitações. Uma das limitações do princípio da legalidade é a própria existência de normas penais em branco, sujeitas à interpretação dos juristas. Outra limitação desta concepção da legalidade é de natureza constitucional e deriva do artigo 8º, nº1, da Constituição da República Portuguesa (CRP), segundo a qual é possível a aplicação direta de normas de direito internacional, as quais, consoante o disposto no artigo 29º, nº 2, da CRP, constituem exceções ao princípio da legalidade. Ou seja, nestes casos, apesar de não haver norma nacional penal, há a possibilidade de criminalização em razão da existência de previsão no direito internacional. Assim, apesar desta discussão não caber ao presente estudo, sua relevância jurídico-penal lhe confere este espaço. Sobre o tratamento das leis penais em branco: ANTUNES, 2011, p.19).

pena de multa, e até mesmo a projeção de efeitos sobre a fase executiva da pena ao marcar o início da pena, fazendo-o coincidir com a assinatura do termo de colaboração premiada ainda que não homologado judicialmente (CANOTILHO; BRANDÃO, 2017, p. 157ss).

Por sua vez, o princípio da reserva de juiz, também comumente nomeado de juiz natural pela doutrina brasileira, decorre da exigência de uma “separação estrita entre quem investiga e acusa, por um lado, e quem julga por outro”, como um garante dos direitos fundamentais das pessoas que são confrontadas com o exercício do poder de punir do Estado (SANTOS, 2017, p.56).

Ou seja, surge este princípio como um dos pilares de sustentação para o sistema processual penal acusatório, vigente tanto no Brasil quanto em Portugal, ainda que com algumas derrogações legais³⁰.

Afinal, é essência do sistema acusatório a atuação em separado das três figuras principais: o juiz como órgão imparcial de aplicação da lei a ser provocado, o autor ou órgão público responsável pela acusação e o réu, mais que mero objeto do processo, um sujeito que exerce seus próprios direitos e garantias. De forma que, neste sistema, o juízo deixa de reunir as funções acusatória e julgadora e passa a ser apenas um decisor imparcial ao não ter a responsabilidade de recolher evidências ou mesmo de interpor solicitações (LOPES JÚNIOR, 2012, p.133).

Sendo que no sistema legal brasileiro o princípio do juiz natural é garantido constitucionalmente a partir da previsão do artigo 5º, inciso LIII e XXXVII, respectivamente responsáveis pelos mandamentos de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” e que são proibidas as criações de tribunais de

³⁰ A definição do sistema penal é realizada tomando por base uma característica dominante do mesmo, mas, na prática, muito influi para que não seja indiscutível. Como será discutido, por exemplo, a própria colaboração premiada, ou até mesmo demais soluções de diversão e desjudicialização, podem ser tomadas como brechas no sistema acusatório que mitigam o papel de cada uma das figuras que o sustentam. Conferir, neste sentido, Nucci, que considera o sistema brasileiro misto (inquisitivo-acusatório) já que apesar dos princípios legais norteadores terem natureza acusatória (ampla defesa e contraditório, publicidade, separação entre acusação e julgador, imparcialidade do juiz etc.), o corpo legislativo processual penal introduz soluções tanto acusatórias quanto inquisitórias (NUCCI, 2011, p.13). Por outro lado, Aury Lopes Júnior e Coutinho inferem que, em razão dos dispositivos legais que concedem poderes instrutórios ao juiz, o sistema brasileiro seria essencialmente inquisitivo (COUTINHO, 2000, p.3; LOPES JÚNIOR, 2012, p.135). Entretanto, devemos considerar que essa concessão de alguns poderes instrutórios ao juiz pode ser interpretada também de uma forma positiva, já que um juízo completamente inerte poderia muito mais conviver com condenações com insuficiência defensiva ou probatória; de maneira que esses poderes probatórios dados ao juiz seriam uma maneira de efetivar, em último plano, o devido processo legal.

exceção. Já no sistema português o princípio do juiz natural deriva dos artigos 31º, nº 9, e 203º da CRP, os quais, respectivamente, determinam que “nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior” e que “os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei”³¹.

Já com o foco neste trabalho o problema quanto ao princípio do juiz natural deriva do fato de que, apesar de natural o processo histórico de concessão de poderes ao Ministério Público em detrimento da reserva de juiz, conforme pontuado por Cláudia Cruz Santos,

todas estas hipótese de alargamento dos poderes do Ministério Público em detrimento dos poderes de um juiz só são cabidas em contextos que se pretendem não conducentes a uma agravação da posição do arguido e ante a um seu tendencial favorecimento (SANTOS, 2017, p.58).

Neste sentido, Canotilho e Brandão afirmam que, no tocante a Lei nº 12.850/2013, só haverá uma conformidade constitucional com o princípio do juiz natural caso o tribunal competente para a homologação do acordo de colaboração premiada e, posteriormente, para a efetivação das vantagens convencionadas, tiver um “real poder decisório sobre a outorga dos benefícios penais que constem de tal acordo”. De tal maneira que, se na prática “a obtenção de um regime punitivo de favor decorrer exclusiva e materialmente do pactuado entre Ministério Público e réu, será manifesta a afronta à máxima da jurisdicionalidade em sede da aplicação e execução de penas” (CANOTILHO; BRANDÃO, 2017, p.152).

Assim, há manifesta afronta ao princípio do juiz natural no fato de que, ao homologar o acordo, o magistrado já está realizando um juízo preliminar da acusação e minando sua própria possibilidade em rejeitar a denúncia e aplicar a absolvição sumária (nos termos dos artigos 395º, incisos I e III, e 397º, incisos I à III, do CPP) e mesmo em absolver sumariamente consoante o artigo 386º, incisos I à VII, do CPP, ou seja: estar

³¹ Ressaltamos também a existência de derrogações nestas determinações constitucionais. Neste sentido, postula Figueiredo Dias que, caso entendêssemos de forma literal o mandamento do artigo 31º, nº 9, da CRP, perderíamos de vista a própria razão de existência do princípio do juiz natural, isto porque este “não obsta a que uma causa penal venha a ser apreciada por tribunal diferente do que para ela era competente ao tempo da prática do facto que constitui o objeto do processo; só obsta a tal quando, mas também sempre que, a atribuição de competência seja feita através da criação de um juízo *ad hoc* (isto é, de exceção), da definição individual (e portanto arbitrária) da competência, ou do desaforamento concreto (e portanto discricionário) de uma certa causa penal, ou por qualquer outra forma discriminatória que lese ou ponha em perigo o direito dos cidadãos a uma justiça penal *independente e imparcial*” (DIAS, 1974, p.86).

provada a existência do fato, não haver prova da existência do fato, não constituir o fato infração penal, estar provado que o réu não concorreu para a infração penal ou não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal.

Outro fator que mitiga o princípio do juiz natural é a possibilidade do não oferecimento da denúncia como prêmio constante no acordo de colaboração premiada. Afinal, nestes casos a homologação judicial do acordo seria “totalmente dispensável porque estéril” ao considerarmos que, independentemente da homologação, a decisão final sobre o não oferecimento da denúncia estaria nas mãos do próprio Ministério Público (SILVEIRA, 2018, p.134). Não há sentido em haver homologação do acordo de colaboração premiada, como um filtro para uma posterior averiguação dos resultados obtidos pelo acordo em sede de sentença, se não haverá uma sentença; ou seja, se quem irá avaliar se houve ou não o resultado efetivo do acordo será o Ministério Público ao optar ou não pelo não oferecimento da denúncia.

E é justamente o prêmio consubstanciado na possibilidade de o Ministério Público, em seu livre discernimento (e ainda que em uma discricionariedade vinculada), não acusar o colaborador que traz um dos grandes empecilhos ao cumprimento do devido processo legal e às garantias quanto aos princípios da obrigatoriedade (ou legalidade no sentido da persecução obrigatória) e do juiz natural. Já que esta hipótese premial diferencia-se substancialmente, por exemplo, da colaboração prevista a partir da atenuação especial da pena nos crimes de corrupção (artigo 374º-B do CP português), na qual cabe ao juiz competente, ao final do processo, analisar o auxílio concreto e voluntário do arguido na obtenção ou produção de provas para identificação ou captura de outros responsáveis³².

De tal forma, teríamos na solução portuguesa da atenuação especial da pena como prêmio ao réu colaborador uma solução mais conforme aos princípios da legalidade e da reserva de jurisdição. Já que o modo pelo qual está prevista lhe torna um elemento processual independente de qualquer negociação entre os sujeitos processuais, especialmente entre o

³² Neste sentido, premia-se o colaborador nos crimes de corrupção a partir do disposto no artigo 374º-B do Código Penal Português tanto a partir da dispensa de pena, no caso do agente de corrupção passiva “que denuncia o crime e desencadeia o processo, prescindindo ademais das vantagens solicitadas ou recebidas” em uma autoresponsabilização, quanto por meio da atenuação especial da pena, “dado a quem contribua para a responsabilização de outrem”. Nos dois casos, entretanto, cabe ao tribunal competente avaliar este auxílio, apenas em sede de sentença e após o contraditório e a ampla defesa, sem qualquer possibilidade de real negociação prévia para obtenção destes resultados: o agente colabora espontaneamente com a justiça, sabendo que caberá ao magistrado avaliar sua ação posteriormente. (SANTOS, 2018, p.90ss).

arguido (réu ou investigado no cenário brasileiro) e o órgão do Ministério Público como no caso da colaboração premiada.

Entretantes, apesar de ser uma solução que preza a colaboração com a justiça e cumpre, portanto, com os requisitos e com a demanda internacional para os casos de criminalidade organizada e transnacional, ainda depende de uma melhor positivação a fim de por fim às dúvidas quanto a sua aplicação: ou seja, será sempre obrigatória como especulamos? E qual será o critério para determinação de ser caso de dispensa ou atenuação de pena nos casos em que não há especificação legal?

Por fim, que apesar da comparação “fria” entre as duas possibilidades de colaboração com a justiça frente a uma conformidade constitucional, não se pode esquecer-se da própria cultura jurídica brasileira que levou a colaboração premiada nos moldes em que foi prevista e que preza, na prática, por uma abertura processual que dá, cada vez mais, força aos espaços de consenso no processo penal. De tal forma que, apesar da veemente incompatibilidade com estes princípios constitucionais apontados brevemente no trabalho, não se vislumbraria uma completa remoção deste instituto processual para outro como a atenuação especial da pena portuguesa.

CONCLUSÕES

Nota-se que com uma pressão internacional no sentido do combate a criminalidade organizada surge a necessidade de que os países signatários de tratados internacionais como as Convenções de Palermo e de Mérida adotem medidas que premiem o acusado ou réu no âmbito desta criminalidade que colabore com a justiça. E que, neste sentido, as legislações brasileira e portuguesa ambas incorporaram medidas premiaias que se diferenciam uma da outra de modo substancial.

Se por um lado há a alternativa brasileira por meio da colaboração premiada, conforme prevista na Lei nº 12.850/2013, e resultante de uma longa evolução legislativa que já trazia aberturas no espaço de consenso. Por outro, há o uso da atenuação especial da pena, como etapa de definição da medida da pena de caráter substantivo penal e prevista no próprio Código Penal português, como método para premiar o arguido que colabore com a justiça portuguesa nos casos de criminalidade organizada.

Com a colaboração premiada temos um instrumento de caráter processual penal que confere maiores possibilidades de negociação referente ao prêmio a ser concedido

e ao tipo de colaboração que será prestada. Ademais, permite uma maior participação tanto ao órgão do Ministério Público quanto à própria autoridade policial responsável pelo Inquérito Policial, já que estes são os sujeitos que participam na negociação do acordo de colaboração premiada antes que este seja submetido à homologação judicial. Por conseguinte, é um método que fere a própria cultura jurídica nacional ao constituir exceção aos princípios constitucionais referentes à legalidade e à reserva de jurisdição, especialmente ao considerar a análise de acordos de colaboração premiada efetivamente homologados que demonstravam a negociação de prêmios não previstos legalmente.

Por sua vez, a atenuação especial da pena, como uma maneira substancialmente penal de se premiar o colaborador com a justiça, tem mais sucesso na preservação dos princípios jurídico-constitucionais da legalidade e da reserva de jurisdição. Entretanto, por depender de uma interpretação conjunta das regras gerais de atenuação especial da pena segundo o Código Penal português com as previsões específicas em que se premia apenas o auxílio concreto na captura ou identificação de outros responsáveis, deixa algumas dúvidas quanto a sua aplicação que apenas poderiam ser solucionadas com uma pesquisa jurisprudencial ampla.

Com o trabalho foi possível visualizar que há maneiras distintas de premiar o réu que colabore na persecução penal no âmbito da criminalidade organizada, mais ou menos amplas no que se refere à possibilidade de negociação de prêmios e a que colaboração se espera do réu e, ademais, mais ou menos conforme ao sistema jurídico-constitucional baseado na legalidade e na reserva de jurisdição.

Entretantes, reforça-se que há a necessidade de um aprofundamento no trabalho, tanto em relação a itens específicos da atenuação especial da pena como a alguns gerais, relacionados à própria tradição jurídico processual penal baseada na legalidade para que seja possível compreender como compatibilizar ataques aos princípios básicos desta tradição pela colaboração premiada ao mesmo tempo em que não se visualizaria mais o combate à criminalidade organizada no país sem este instrumento processual, amplamente utilizado.

LISTA DE REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 3ª Edição, 2015.

ALONSO, Guilherme de Oliveira. A colaboração premiada e o princípio *nulla poena sine iudicio*. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 14, n. 83, 2018, p. 71-93.

ANTUNES, Maria João. Problemática Penal no Tribunal Constitucional Português. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 19, n. 92, 2011, p.13-30.

BALLAN JUNIOR, Octahydes. Colaboração Premiada: instrumento para a efetivação da política criminal brasileira. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Nº 70, V. 12, 2016, p.33-53.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo :Editora Pillares, 2013.

BORRI, Luiz Antônio. A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica. *Revista brasileira de direito processual penal*, v.3, n.1, 2017, p.167-187.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.122, n.24, 2016, p.359-390.

CANOTILHO, J.J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 25, n. 133, 2017, p. 133-171.

CARVALHO, Américo Taipa. Prevenção, culpa e pena – Uma concepção preventivo-ética do Direito Penal. IN: ANDRADE, Manuel da Costa (org) et al. *Liber Disciulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 317-330.

COSTA, José de Faria. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do Direito Processual Penal. *Separata ITEC*, ano 1, n. 4, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o sentido do princípio jurídico-constitucional do juiz natural. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 111, n. 3615, 1974, p.86.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português. Parte Geral II: As consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral: Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O sistema sancionatório português no contexto dos modelos da política criminal. *Separata do Número Especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* – Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. Coimbra, 1988.

ENCCLA. *Manual da Colaboração Premiada*, jan. 2014. Disponível em <www.mpf.mp.br>. Acesso em 26 mar. 2019.

ESSADO, Thiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, n. 101, 2013, p. 203-227.

FERNANDES, Fernando Andrade; AIRES, Murilo Thomas. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 1, 2017, p. 253-284.

FERNANDES, Fernando Andrade; GOMES, Ana Cristina. Acerca da experiência brasileira com o instituto da delação premiada. Expectativas político-criminais transmudadas em políticas públicas criminais. *Revista Jurídica Lex*, v.83, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual penal e sua conformidade constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Antônio S. Peixoto. A colaboração Premiada: um Braço da Justiça Penal Negociada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 60, 2014, p. 32-66.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

PINTO, Ronaldo Batista. A colaboração premiada da lei nº 12.850/2013. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 10, n. 56, 2013, p. 24-29.

PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, v.5, n.9, 2000, p.335-361.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal: uma visão de direito comparado. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, v.8, n.2, 1998, p.223-250.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O papel do juiz na homologação do acordo de colaboração premiada. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 17, n. 71, 2018.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*. Coimbra: Almedina, 2018.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça Restaurativa. Um modelo de Reacção ao Crime diferente da Justiça Penal. Porquê, Para Quê e Como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O papel do juiz na homologação do acordo de colaboração premiada. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 17, n. 71, 2018, p.107-136.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Crime Organizado”: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Ano 1, Nº 1, 1996, p.45-64.

**O GUARDIÃO DO AUTORITARISMO PROCESSUAL PENAL: UMA
ANÁLISE DA CATEGORIA JURÍDICA – VERDADE REAL, NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

*THE GUARDIAN OF AUTHORITARIAN CRIMINAL PROCEDURE: AN
ANALYSIS OF THE LEGAL CATEGORY – REAL TRUTH, IN THE BRAZILIAN
SUPREME COURT*

Ricardo Jacobsen Gloeckner

Pós-doutor em Direito pela Università Federico II (Napoli). Doutor em Direito pela UFPR. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor do programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais PUCRS. Advogado.

E-mail: ricardogloeckner@hotmail.com

Juliano de Oliveira Leonel

Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS. Mestre em Direito pela UCB. Especialista em Direito Penal e Processual Penal – ESA/UFPI. Professor de processo penal da UNIFSA. Defensor Público.

E-mail: julianoleonel@hotmail.com

Resumo: A presente pesquisa, situada na linha do GT Processo Penal: Defesa das garantias e liberdades democráticas, tem relevância no contexto nacional, posto que se volta ao estudo da estrutura autoritária do processo penal brasileiro, que se mantém “viva”, mesmo diante de um Estado Democrático de Direito. Logo, tal pesquisa se propôs a fazer uma análise das ideias autoritárias no processo penal brasileiro através da categoria jurídica da verdade real” -, a partir de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF). O desenvolvimento da pesquisa teve como base o estudo de acórdãos no Supremo Tribunal Federal, visando comprovar que, mesmo após a Constituição Federal de 1988, o discurso processual penal, legado do tecnicismo, ainda se mantém presente no Tribunal Constitucional. Assim, demonstrou-se a existência de uma linha de continuidade entre a categoria processual antidemocrática – verdade real – utilizada previamente à Constituição Federal de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal e que continuou a subsidiar

os julgados posteriores à nova ordem constitucional, sob o manto de ressignificações. Objetivou-se, desse modo, fazer um trabalho, com o intuito de identificar a existência de elementos discursivos no Supremo Tribunal Federal capazes de rearticular as garantias processuais, de modo a relativizá-las, próprio da “civilística processual penal brasileira”. E, dessa forma, almejou-se demonstrar o contributo do Supremo Tribunal Federal na omissão genética do enfrentamento da categoria autoritária – verdade real, evidenciando que a Corte vem sendo a guardiã, não da Constituição Democrática de 1988, mas, sim, do autoritarismo processual penal. Justifica-se a adoção da categoria jurídica verdade real, pelo fato de ser o “princípio orientador” do sistema processual inquisitivo, acolhido pelo código estadonovista. Portanto, diante da Constituição da República de 1988 que consagrou os direitos fundamentais como pilares do Estado Democrático, dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e do Poder Judiciário como aquele encarregado pelo julgamento de casos penais, em cumprimento ao devido processo penal, a omissão genética do STF, no enfrentamento da categoria – verdade real, lastreada no princípio-reitor do sistema inquisitório, num referencial teórico fruto do tecnicismo jurídico e nas noções da Teoria Geral do Processo, permite a sobrevivência de uma matriz processual fascista em plena democracia, contribuindo para que a estrutura processual penal não seja uma efetiva e real garantia dos investigados/réus, mas sim uma perpetuação do autoritarismo do Estado Novo de Vargas. Quanto aos meios, a pesquisa foi bibliográfica, pelo fato de a fundamentação teórico-metodológica ser necessária para este trabalho. A revisão bibliográfica constou de leituras em dissertações, teses, monografias, artigos, revistas, livros e internet, buscando fomento para um trabalho científico verídico. Ademais, a pesquisa pode ser classificada como qualitativa, já que não houve levantamento de casos, mas análise de conteúdo de acórdãos do STF.

Palavras-chave: Autoritarismo; Processo penal; Verdade real; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This research, in line with the Criminal Procedure Working Group: Defense of democratic guarantees and freedoms, has relevance in the national context, since it focuses on the authoritarian structure of the Brazilian criminal process, which remains “alive”, even in the face of a Democratic state.. The development of the research was based on the study of judgments in the Brazilian Supreme Court, aiming to prove that, even after the Federal Constitution of 1988, the criminal procedural speech, legacy of technicality,

is still present in the Constitutional Court. Thus, a line of continuity was demonstrated between the undemocratic procedural category – real truth – used before the Federal Constitution of 1988 by the Brazilian Supreme Court and that continued to subsidize the judges after the new constitutional order, under the mantle of resignifications. The purpose of this work was to identify the existence of discursive elements in the Brazilian Supreme Court, capable of re-articulating the procedural guarantees, so as to put them into a proper context, which is typical of the “Brazilian civil criminal procedure.” Thus, through an analysis, the aim was to demonstrate the contribution of the Brazilian Supreme Court to the genetic omission of the confrontation of the authoritarian category – real truth, evidencing that the Court has been the guardian, not the 1988 Democratic Constitution, but rather of criminal procedural authoritarianism. It is justified the adoption of the legal category real truth, because it is the “guiding principle” of the inquisitive procedural system, welcomed by the code estadonovista. Therefore, in view of the Constitution of the Republic of 1988, which enshrined fundamental rights as pillars of the Democratic State, International Human Rights Treaties and the Judiciary, such as those charged with the prosecution of criminal cases, in compliance with due process of law, STF, in the confrontation of the real truth category, backed by the principle-rector of the inquisitorial system, in a theoretical referential result of the legal technicality and in the notions of the General Theory of the Process, allows the survival of a fascist process matrix in full democracy, the criminal procedural structure is not an effective and real guarantee of the investigated / defendants, but rather a perpetuation of the authoritarianism of Vargas’ New State. As for the means, the research was bibliographical, due to the fact that the theoretical-methodological foundation is necessary for this work. The bibliographic review consisted of readings in dissertations, theses, monographs, articles, magazines, books and the internet, seeking to promote true scientific work. In addition, the research can be classified as qualitative, since there was no case study, but analysis of the content of STF judgments.

Keywords: Authoritarianism; Criminal proceedings; Real truth; Brazilian Supreme Court.

Sumário: Introdução. 1. Sistemas Processuais Penais: a gestão da prova e o problema da verdade no processo penal. 1.1 A gestão da prova no Código de Processo Penal

estadonovista de Vargas enquanto princípio unificador do sistema processual penal brasileiro. 2. Autoritarismo Processual Penal 3. O contributo do Supremo Tribunal Federal para a manutenção do autoritarismo processual penal brasileiro. Conclusões.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se volta ao estudo da estrutura autoritária do processo penal brasileiro, que se mantém “viva”, mesmo diante de um Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, tem-se por delimitação do tema o papel do Supremo Tribunal Federal na manutenção da estrutura autoritária do processo penal brasileiro pela omissão no enfrentamento da categoria – verdade real, a partir do princípio reitor do sistema inquisitório.

Em assim sendo, eis o problema de pesquisa: em que medida o Supremo Tribunal Federal tem contribuído para a manutenção de decisões congruentes com a estrutura autoritária do processo penal brasileiro, através de uma omissão genética no enfrentamento da categoria – verdade real, enquanto núcleo fundante do sistema inquisitorial.

O desenvolvimento da pesquisa terá como base o estudo de decisões no Supremo Tribunal Federal, visando comprovar que, mesmo após a Constituição Federal de 1988, o discurso processual penal legado do tecnicismo ainda se mantém presente no Tribunal Constitucional, a partir da categoria – verdade real.

Assim, será demonstrado a existência de uma linha de continuidade entre a categoria processual antidemocrática utilizada previamente à Constituição Federal de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal e que continuaram a subsidiar os julgados posteriores à nova ordem constitucional, sob o manto de ressignificações¹.

Objetiva-se, desse modo, fazer um trabalho com o intuito de identificar a existência de elemento discursivo fundante do sistema inquisitorial no Supremo Tribunal Federal – a busca da verdade real no processo penal e, dessa forma, almeja-se demonstrar o contributo do Supremo Tribunal Federal na omissão genética do enfrentamento da aludida categoria

¹ “É claro que a ressignificação do pensamento autoritário brasileiro passa pela necessária relação de reorganização semântica na e pela dogmática processual penal, além de a própria práxis processual penal (mormente pelo fato de a Constituição da República ter redistribuído competências e criado um novo tribunal superior – o Superior Tribunal de Justiça) tratar de polir certas arestas deixadas em aberto pelo “senso comum jurídico-processual”” (GLOECKNER, 2018, p.75).

jurídica inquisitorial, evidenciando que a Corte vem sendo a guardiã, não da Constituição Democrática de 1988², mas, sim, do autoritarismo processual penal.

Justifica-se a adoção da categoria – verdade real, pelo fato de ser o “princípio orientador” do sistema processual inquisitivo, acolhido pelo código estadonovista. Para alcançar as considerações finais do trabalho, propõe-se trabalhar, num primeiro momento, as noções básicas de sistemas processuais penais e a busca da verdade real como fundamento estruturante do sistema inquisitorial. Após, averiguar-se-á o autoritarismo processual penal. E, por fim, se colacionará decisões Supremo Tribunal Federal que evidenciam a omissão genética no enfrentamento da categoria jurídica da verdade real e o contributo para a manutenção do autoritarismo no processo penal brasileiro.

No artigo utilizar-se-á o método dedutivo e a pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, por meio da consulta de obras, legislação e jurisprudência brasileira atinente à temática. A pesquisa tem o intuito meramente laudatório, sem intenção de esgotar o assunto, que merece atenção crescente da academia.

1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: A GESTÃO DA PROVA E O PROBLEMA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

Justifica-se o presente estudo, mesmo diante do senso comum teórico, porque segundo Silva (2011, p. 17) “Muito daquilo que, para os operadores de uma disciplina jurídica é tido como ponto pacífico pode ser (...) um completo despropósito”. E, para tanto, necessário se torna analisar os sistemas processuais penais. Aliás, nesse sentido Lopes Jr (2017, p. 54-55) adverte que “(...) na medida em que não existe um mínimo de ‘paz conceitual’” “(...) precisamos seguir falando de sistemas processuais penais no Brasil”.

De plano, não se almeja realizar uma historiografia dos sistemas processuais. Mas, de acordo com Gloeckner (2013, p. 134) “uma pequena construção dos sistemas

² “A expressão guarda da Constituição se deveu ao clássico debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, sendo aplicado ao Supremo Tribunal Federal por conta do exercício do controle concentrado de constitucionalidade pelos tribunais constitucionais, modelo de organização de justiça que se difundiu na Europa. A imagem que o Supremo Tribunal Federal logrou encontrar no imaginário dos juristas, como defensor da Constituição, pode ser reconduzida ao pensamento de Rui Barbosa, que através de uma conceptualização liberal, acabou por permitir o desenvolvimento de uma identidade de sujeito constitucional, em consonância com as aspirações liberais” (GLOECKNER, 2018, p.472).

processuais é necessária” para sedimentar as noções elementares de cada uma das espécies, compreender e, assim, identificar nosso atual modelo constante do CPP/1941.

Inicialmente, desde Coutinho (2001, p. 16), poder-se-ia conceituar, sistema processual penal, calcada na noção etimológica grega (*systema-atos*), como “um conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, forma um todo orgânico que se destina a um fim”.

Lopes Jr (2012) adverte que na história do Direito, alternaram-se momentos de amplas liberdades e duras opressões, sendo que os sistemas acusatórios e inquisitivos refletem as exigências do Direito e do Estado em cada época. Nesse sentido, Goldschmidt (1935, p. 67) leciona que “*los principios de lapoliticaprocesal de uma nación no son outra cosa que segmentos desu política estatal em genera*”, destacando Zaffaroni (2004, p. 27-28) que “*todo discurso penal autoritário (y totalitário) es una reiteración del discurso inquisitorial*”.

Lopes Jr (2012, p. 118-119), aponta as seguintes notas características do sistema acusatório, na atualidade:

a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

Por outro lado, o sistema inquisitório, de maneira pura, é um modelo histórico, onde há um ‘desamor’ pelo contraditório, de acordo com Cunha Martins (2010). Lopes Jr (2012, p. 122), esclarece que:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação. (...) O juiz

atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. Com relação ao procedimento, sói ser escrito, secreto e não contraditório.

Lopes Jr (2012) destaca ainda que, o sistema acusatório predominou até o Século XII, quando passou a sofrer a crítica de que a inércia do juiz, no campo da gestão da prova, fazia com que o julgador tivesse que decidir com base em um material probatório defeituoso, fruto de uma atividade incompleta das partes. Assim, ao longo do Século XII até o XIV, o sistema acusatório vai sendo substituído pelo inquisitório, em razão “dos defeitos” da inatividade das partes na produção das provas, levando o Estado a assumir a gestão da prova, a fim de não se deixar apenas nas mãos dos particulares essa função, pois isso comprometeria a eficácia do combate à criminalidade.

Aliás, a gestão da prova é o núcleo fundante dos sistemas processuais, ou seja, o seu princípio unificador como diz Coutinho³. Dessa forma, a mera separação das funções de acusar e julgar no processo penal não é o que realmente define e diferencia o sistema inquisitório do acusatório.

Com acerto, Goldschmidt (1935) ensina que no sistema acusatório, a produção da prova, ou seja, a apresentação de requerimentos e o recolhimento do material probatório compete às partes, cabendo ao juiz tão-somente decidir.

Coutinho (2008, p. 28), no mesmo sentido, afirma que “a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador” do sistema processual, apontando que o princípio dispositivo é o núcleo estruturante do sistema acusatório, onde a gestão das provas está nas mãos das partes, sendo o juiz um mero espectador; enquanto, no princípio inquisitivo a gestão das provas está nas mãos do julgador, cabendo-lhe a produção de ofício. Alerta, ainda, que não existe um princípio misto e, portanto, não haveria propriamente um sistema “misto”, enquanto terceira espécie do gênero sistemas processuais, como sugere parte da doutrina pátria (COUTINHO, 2008).

Realmente, por não haver um princípio unificador “misto” não se pode sustentar a existência de um sistema “misto”, já que a construção de um sistema exige uma vigamestra, um ponto fundante. Mas, por outro lado, os sistemas acusatório e inquisitório, de maneira “pura”, são dados históricos, pois hoje o que existe é uma mescla de elementos

³ “Trata-se, como se tem presente, do princípio inquisitivo e do princípio dispositivo, os quais dão sustentáculo ao sistema inquisitório e ao sistema acusatório, respectivamente. (Coutinho, 2010, p. 17).

dos dois sistemas, ou seja, todo sistema é “misto”, mas no sentido de que se tem uma certa hibridização dos modelos (LOPES JR, 2012).

Logo, na atualidade, pode-se ter um sistema nitidamente inquisitorial com adereços de acusatório ou, ao contrário, um sistema predominantemente acusatório com acessórios inquisitoriais, a depender da possibilidade de o juiz determinar provas de ofício ou não. Mas, certamente, na esteira de Coutinho (2008), essa simbiose, nos dias de hoje, dos elementos dos dois sistemas ao longo da *persecutio criminis*, não configuraria a existência de um sistema “misto”, como se existisse essa terceira espécie ao lado dos já conhecidos acusatório e inquisitorial.

Por isso, não se pode falar que o sistema brasileiro é “misto” sem cair num inegável reducionismo (LOPES JR, 2012), baseado tão somente na constatação de que, supostamente, teríamos uma fase de investigação preliminar “inquisitorial” e uma fase processual “acusatória” (*sic*). Em assim sendo, a fim de que se possa identificar o sistema processual em vigor no Brasil, mister se faz desvelar o seu princípio unificador, de tal maneira que ele será inquisitivo (em que pese possuir algumas características do acusatório) ou acusatório (mesmo que tenha se consagrado resquícios inquisitoriais), já que puro certamente ele não será.

Importante ressaltar que, nitidamente, o sistema inquisitório, fundado no princípio inquisitivo (gestão das provas nas mãos do juiz) é construído a partir de um conjunto de falaciosos conceitos, especialmente o da busca da “verdade real” e, como adverte Bueno de Carvalho (2013, p. 145) “se este é o seu fim esta é seu definitivo mote, se está autorizado a encontrá-la a qualquer preço: doa a quem doer, custe o que custar, até tratar o réu como objeto onde se encontra a verdade”. Inclusive, como dito alhures, foi essa busca desenfreada pela “verdade real” que gerou a derrocada do sistema acusatório e o surgimento do nefasto sistema inquisitorial (LOPES JR, 2012).

Não por outra razão, Coutinho (2008, p. 18-19) afirma que o sistema inquisitório “Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo da sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (...), persistindo por mais de 700 anos”.

Entretanto, essa verdade real almejada em modelos inquisitoriais é impossível, por ser excessiva. Por isso, Carnelutti (1965), com apoio em Heidegger, adverte que a verdade está no todo e não em partes, sendo que o todo é demais para o processo penal, o que evidencia ser a tal “verdade real” um mito.

Contudo, se a busca da verdade real é uma utopia no processo penal, de acordo com Ávila (2013, p.35) “*é impossível negar por completo a verdade. É um ‘erro’ negar a verdade no processo penal, pois seria pretender construir uma ‘verdade que é falsa na sua essência’*”. *Ensina ainda que “a verdade processual não pretende ser, como a ‘real’, a verdade. É condicionada em si mesma pelo respeito ao sistema de garantias e não obtida mediante indagações inquisitivas ‘alheias ao objeto processual’”* (ÁVILA, 2013, p. 35).

Dessa maneira, o processo penal é uma tentativa sempre aproximada de reconstrução do passado, respeitando-se as regras do jogo, como destaca Lopes Jr (2012, p. 568):

Em suma, a verdade real é impossível de ser obtida. Não só porque a verdade é excessiva, senão porque constitui um gravíssimo erro falar em ‘real’, quando estamos diante de um fato passado, histórico. É o absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui é um dado de realidade.

O que se precisa entender, a partir de Khaled Jr (2013), é que a verdade no processo penal não é algo a ser buscada, por ser impossível de ser encontrada, já que o crime é sempre um fato histórico e por óbvio imaginário. Mas, sim, que a verdade, através dos rastros de passividade, é construída no processo, assemelhando-se o trabalho do magistrado ao do historiador, sendo ela, inclusive, analógica ao fato criminoso.

Considerar a passividade como elemento crucial do referencial cognitivo processual nos leva a considerar que os historiadores não estudam os eventos enquanto acontecem, mas sim as condutas dos homens, ou seja, os eventos protagonizados por eles em um tempo já passado, em um tempo escoado. Da mesma forma, os juízes tomam decisões com base na formação de sua convicção sobre a ocorrência de condutas que foram protagonizadas por pessoas, através de um meio muito peculiar que é o processo (KHALED JR, 2013, p. 335).

No entanto, adverte Lopes Jr (2012, p. 109) que “o árbitro (juiz) não é livre para dar razão a quem lhe dê vontade, pois se encontra atrelado à pequena história retratada pela prova contida nos autos”. Preleciona ainda que, o juiz “está obrigado a dar razão àquele que melhor consiga, através da utilização de meios técnicos apropriados, convencê-lo. Por conseguinte, as habilidades técnicas são cruciais para fazer valer o direito, considerando sempre o risco inerente à atividade processual”(LOPES JR, 2012, p. 109).

Assim, a sentença do juiz não é “a revelação” da verdade, mas sim “o embricamento do manancial de significantes arremessados no processo como pretensões de validade intersubjetiva”, como destaca Moraes da Rosa (2004, p. 369). Logo, “a atividade recognitiva avivada no Processo Penal é um mecanismo de ‘bricolage singular’, entendido, em francês, como fazer o possível, mesmo que o resultado não seja perfeito. E nunca o é, por impossível” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 369).

Desta feita, Cunha Martins (2010, p. 64) sustenta que “(...) o estafado problema da verdade no seio do processo penal carece, sobretudo, de um deslocamento de perspectiva” e, dessa forma, a verdade no processo penal acusatório será sempre contingencial, não podendo ser fundante do sistema processual. O processo penal democrático, portanto, não pode ter por finalidade principal a impossível “busca da verdade real”, que serviu apenas para fundar a construção de processos penais utilitaristas e autoritários, que por evidente é incompatível com o atual paradigma constitucional e convencional.

Dentro desse cenário, é inegável que, na contemporaneidade, qualquer justificativa de se manter a gestão da prova nas mãos do juiz, certamente se fundará nessa impossível busca da “verdade real”, típica de um sistema inquisitório, e contrária às exigências de um processo penal acusatório e democrático, aonde os fins com certeza não podem justificar os meios.

O problema, como adverte Carvalho (2013, p. 135-136) *é que* “embora as práticas inquisitoriais sejam fortemente erradicadas no século XIX, quando os Tribunais do Santo Ofício são definitivamente abolidos em Portugal (1821) e Espanha (1834), sua matriz material e ideológica predominará na legislação laica”, continuando a orientar, portanto, “a tessitura dos sistemas penais da modernidade” (CARVALHO, 2013, p. 135-136).

E, um claro exemplo disso é o Brasil, como se verá a seguir.

1.1 A gestão da prova no Código de Processo Penal estadonovista de Vargas enquanto princípio unificador do sistema processual penal brasileiro

Acerca do Código de Processo Penal estadonovista, Gloeckner (2018, p. 387) leciona que um ponto que deve ser considerado, ainda que “de forma introdutória ao exame das principais engrenagens do processo penal brasileiro, diz respeito à transformação da figura do juiz”, aonde teríamos “um juiz dinâmico, que não será mais um espectador passivo”, sendo que essa “proatividade do magistrado poderia ser encontrada em diversas

normas presentificadas no código de processo penal: recurso de ofício, determinação de provas de ofício, ampliação do poder inquisitivo do magistrado por conta do interrogatório do réu”. Dessa maneira, prossegue o autor, “Este juiz, não mais mero espectador, seria o correlato das exigências do processo penal contemporâneo. Um juiz que se preocupe com a busca da verdade real” (GLOECKNER, 2018, p. 388).

Aliás, importante destacar, a partir de Gloeckner (2018, p. 388), que “Este princípio que organizará e disciplinará não apenas as relações de poder entre as partes e o juiz, mas a própria configuração de ao menos três elementos conexos: a noção de verdade real, o princípio da liberdade das provas e o princípio do livre convencimento”. Dessa maneira, o código de processo penal de 1941 “estabeleceu uma tríade composta pelos princípios da liberdade de prova e da livre convicção, a que se deveria somar o da verdade real. Todavia, era justamente este último o significativo reitor na organização do sistema” (GLOECKNER, 2018, p. 415).

Atualmente, mesmo após a reforma legislativa do processo penal, operada em 2008, encontra-se previsto no ordenamento jurídico pátrio, por meio do malfadado artigo 156 do *Código de Processo Penal*, o princípio inquisitivo, ao prever a possibilidade de o julgador produzir provas de ofício, inclusive, na fase de investigação.

Nesse sentido, Coutinho (2001, p. 29) afirma que “O sistema processual penal brasileiro é, na sua essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz”.

Logo, nossa construção legislativa processual penal infraconstitucional, que está em vigor (apesar de não ter validade), está apoiada na utópica “busca da verdade real”, como se infere da atual redação do artigo 156 do CPP, com redação dada pela Lei 11690/2008:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Dessa maneira, o que se busca hoje, pelo menos na doutrina mais crítica, é a tentativa, quase impossível, segundo Coutinho, “de compatibilizar a Constituição Federal de 1988, que impõe um Sistema Acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro

atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41, cópia malfeita do *Codice Rocco* de 30, da Itália” (*apud* LOPES JR, 2012, p. 41). Aliás, neste cenário de um verdadeiro choque ideológico entre a CF de 1988, de nítida matriz democrática, e o CPP de 1941, claramente fascista, policialesco, ditatorial e autoritário, não se pode perder de vista que, ter um direito fundamental é ter um trunfo contra o Estado ou contra a maioria (NOVAIS, 2006).

No entanto, conforme dito, “Não se pode mais admitir que o processo penal sirva para ‘fazer crer’ – às pessoas – que ele determina a ‘verdade’ dos fatos” (LOPES JR, 2012, p. 575). Desta feita, em não sendo a sentença fonte reveladora da “verdade divina”, o que seria ela? Para Lopes Jr (2012, p. 575), a sentença é:

Um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo. Se isso coincidir com a “verdade”, muito bem. Importa é considerar que a “verdade” é contingencial, e não fundante. O juiz, na sentença, constrói – pela via do contraditório – a “sua” história do delito, elegendo os significados que lhe parecem válidos, dando ua demonstração inequívoca de crença. O resultado final nem sempre é (e não precisa ser) a “verdade”, mas sim o resultado do seu convencimento – construído nos limites do contraditório e do devido processo penal.

Morais da Rosa e *et al* (2014, p. 7) advertem que “decidir é uma tarefa complexa”, pois o cérebro “por seus sistemas S1 (implícito, rápido, automático, emotivo e sem esforço) e S2 (consciente, demorado, racional, desgastante e lógico), busca reduzir a complexidade da decisão”. Por isso, a psicologia cognitiva pode ser uma aliada, já que “acolhe a racionalidade da decisão, todavia, mitigada, ou seja, a racionalidade depende do estoque de informações, a maneira como foi processada e o impacto que isso representa diante dos fins da decisão” (MORAIS DA ROSA e *et al*, 2014, p. 7). Prelecionam ainda que “nosso sistema processual penal ainda é animado por uma doentia ambição de verdade, que se recusa a arrefecer” e “Em nome dessa insaciável busca, permanece imperando um processo penal do inimigo, cujo objetivo consiste na obtenção da condenação a qualquer custo” (MORAIS DA ROSA e *et al*, 2014, p. 13).

Dessa forma, cristalino que, num processo democrático, como a sentença depende do “estoque de informações” e da “maneira como foi processada”, outro caminho não há senão o convencimento do julgador basear-se em atos de prova, colhidos sob o crivo do

devido processo legal⁴. Aliás, como assevera Streck (2012, p. 93), “discutir as condições de possibilidade da decisão judicial é, antes de tudo, uma questão de democracia”.

Por todo exposto, imperioso se torna fazer uma filtragem constitucional quando da aplicação das regras do Código de Processo Penal, a fim de se verificar se tal regra foi ou não recepcionada pela atual ordem constitucional.

Nesse sentido, inclusive, leciona Coutinho (2010, p. 8-9):

Há, porém, nisso tudo, que se entende o *status quo* e perceber ser a constitucionalização do Código de Processo Penal e da legislação processual penal um dir-se-ia, em sentido atécnico – processo; e não mero ato. (...) Aqui, como parece elementar, ao Poder Judiciário cabe, tendo ciência da situação – empurrando aqueles que a ignoram -, passar aos – ou paulatinamente ir fazendo-os – imprescindíveis ajustes constitucionais, por sinal como se deu com várias Cortes Constitucionais europeias no último pós-guerra mundial, a começar pela italiana, a qual foi, passo a passo, declarando a inconstitucionalidade do CPPI...”.

E, assim, a questão que se coloca é: seria o art. 156 do CPP compatível com matriz processual delineada pelo texto constitucional de 1988?

Por óbvio, na esteira do que foi dito, não se pode admitir a aplicação das regras do Código de Processo Penal sem antes realizar um sério controle de constitucionalidade e de tudo quanto fora analisado, extrai-se que o art. 156 do Código de Processo Penal, por consagrar o princípio inquisitivo é manifestamente inconstitucional, já que o sistema acusatório fora o escolhido pelo constituinte originário..

Por conseguinte, necessário se faz, no âmbito do processo penal, uma revolução hermenêutica, com a quebra dos paradigmas autoritários de uma ordem legal (CPP) anacrônica, policialesca, fascista, punitivista, fomentadora da violência estatal e de nítida base ditatorial.

Assim, imperioso se torna assumir que o processo penal é um jogo e que não tem por objeto a busca da verdade, pois ela não está lá para ser encontrada, já que o crime é um fato histórico, passado e, portanto, imaginário.

⁴ “Tido como princípio basilar na estruturação dos estados de direito modernos, o princípio do devido processo legal ganha relevo no sistema brasileiro em razão das garantias que dele decorrem, servindo de vetor e base para que seja alcançado um direito material calcado na razoabilidade das leis e um processo realmente democrático, efetivo e justo dentro de uma sociedade que procura caminhar sempre mais para uma democracia plena. Numa sociedade de padrões bastante discriminatórios, a previsão do princípio na atual Constituição foi sem dúvida um avanço no mundo jurídico”. (BONATO, 2003, p. 1).

Dessa forma, inegável que o processo penal democrático não tem por finalidade a busca da verdade real, sendo essa categoria um significativo reitor do autoritarismo no processo penal brasileiro.

2. AUTORITARISMO PROCESSUAL PENAL

O termo autoritarismo sofre de uma polissemia, tendo um forte componente de indeterminação, e é estudado pela psicologia social, sociologia, ciência política, criminologia, direito etc. Logo, como adverte Gloeckner (2018, p. 49), “em nenhum momento será possível estabelecer uma redução de complexidade do termo autoritarismo”, podendo-se trabalhar e aceitar diferentes versões do fenômeno⁵.

Por exemplo, para Bobbio (1998), o vernáculo *autoritarismo*, substantivo do adjetivo *autoritário*, pode ser adotado: a) Quanto à estrutura dos sistemas políticos (regimes concentrados numa só pessoa ou órgão e em que há redução ou eliminação do consenso); b) Quanto às questões psicológicas sobre o poder (o autor fala em personalidade autoritária, que se forma pela submissão de uns e pela arrogância do ser autoritário); c) Quanto às ideologias políticas (no sentido da negação à igualdade entre as pessoas e no reforço à superioridade hierárquica, somadas à valorização de regimes autoritários e de aspectos componentes da personalidade autoritária)⁶.

Por seu turno, importante ressaltar que, Schmidt (1990, p. 97), o grande teórico constitucionalista do nazismo, destacou em sua obra que a democracia não teria como antítese o autoritarismo, sendo necessário, para ele, separar os conceitos democracia e liberalismo, para se poder compreender a moderna democracia de massa. Assim, o sistema parlamentar seria um sistema produzido por ideias liberais, mas não por ideias

⁵ “As diferentes compreensões do termo autoritarismo não exigem do pesquisador uma renúncia, uma eleição da expressão mais completa ou ainda, mais pertinente a determinado campo” (GLOECKNER, 2018, p.57).

⁶ “A centralidade do princípio de AUTORIDADE (V.) é um caráter comum do Autoritarismo em qualquer dos três níveis indicados. Como consequência, também a relação entre comando apodítico e obediência incondicional caracterizam o Autoritarismo. A autoridade, no caso, é entendida em sentido particular reduzido, na medida em que é condicionada por uma estrutura política profundamente hierárquica, por sua vez escorada numa visão de desigualdade entre os homens e exclui ou reduz ao mínimo a participação do povo no poder e comporta normalmente um notável emprego de meios coercitivos. É claro, por conseguinte, que do ponto de vista dos valores democráticos, o Autoritarismo é uma manifestação degenerativa da autoridade. Ela é uma imposição da obediência e prescinde em grande parte do consenso dos súditos, oprimindo sua liberdade” (BOBBIO, 1998, p. 94, grifo do autor).

democráticas. Para ele, portanto, toda democracia real se traduz no fato de que não se trata sempre o igual de forma igual, mas também o desigual de forma desigual, encontrando-se nela em primeiro lugar a homogeneidade e, em segundo lugar, a destruição da heterogeneidade.

Por isso, que a ideia de igualdade entre todas as pessoas não corresponde a uma ideia de democracia, mas a um tipo de liberalismo, de tal forma que para Schmitt a democracia de massa, que foi desfigurada pelo liberalismo, não seria verdadeiramente uma democracia, nem tampouco uma forma de Estado, mas, sim, uma moral, que se traduziria numa concepção individualista de mundo. Logo, a democracia de massa estaria assentada nessa ética do liberalismo, que enquanto moral seria individualista, isolacionista e, assim, anticomunitária.

Em assim sendo, para Schmitt o fascismo seria como qualquer outra ditadura – antiliberal, mas não antidemocrática. Logo, algumas ditaduras formariam parte da democracia. Por outro lado, em sentido oposto, Rancière (2014, p. 19) ensina que o totalitarismo se opõe a noção de democracia, pois nos Estados Totalitários, em nome da coletividade, se negariam conjuntamente os direitos dos indivíduos e as formas de expressão coletiva (como por exemplo, as eleições).

Cumprido destacar que, de acordo com Gloeckner (2018, p. 86), essa “desvinculação entre democracia e liberalismo”, feita por Schmitt, será retomada pelos pensadores autoritários brasileiros, em especial por Francisco Campos (...), o que, certamente, evidencia como se deu a construção política que funda o Código de Processo Penal de 1941.

Para Gloeckner (2018, p. 91), a partir de Deleuze, “todo sujeito é atravessado por duas segmentariedades: uma de nível molar, outra de nível molecular. Tudo será político, todavia, toda política será ao mesmo tempo macro e micropolítica”. Nesse sentido, afirma Deleuze (1996, p. 83): “as segmentariedades no social, são do tipo molar (dos grandes blocos), como os aparatos ideológicos do Estado, escola/família/polícia e, de outro, o molecular (nível de individualidade)”. Dessa forma, como tudo será político, em um momento será macro, em outro será micro, Deleuze (1996) identifica a classe como um fenômeno da segmentariedade molar e a massa como uma segmentariedade do nível molecular. Tal compreensão é importante para o desvelar do fascismo, pois o fascismo não será aquele de níveis molares, por não se encontrar nas grandes instituições, mas

sim nos níveis moleculares. Logo, se o fascismo inventou o totalitarismo, este mesmo fascismo não está preso ao totalitarismo.

Disso tudo, se extrai que é admissível um Estado Totalitário, mesmo que ausente o fascismo, assim como o fascismo independe do Estado Totalitário. Por isso, segundo Deleuze (1996, p. 84), o Estado Totalitário é uma categoria da macropolítica, que opera de forma centralizadora e totalizante (molar – institucional), enquanto o fascismo, por pertencer ao conjunto molecular (não institucional), permite alternância e cruza fronteiras semânticas.

Dessa maneira, arremata Gloeckner (2018, p. 92): “Daí por que não seria exagero encontrarmos o fascismo em plena democracia”, podendo-se falar, por exemplo, em fascismo rural, fascismo de cidade, fascismo de bairro, fascismo jovem, fascismo de ex-combatente, fascismo de esquerda e de direita, de casal, de família, de escola, do alunado, do professor, da polícia etc, onde cada fascismo se define por um buraco negro, que vale por si mesmo e se comunica com os outros, antes de ressoar num grande buraco negro central generalizado, sobrevivendo, inclusive, independentemente de uma coalizão molar que convoca a massa a agir.

Portanto, em apertada síntese, a democracia não é capaz de imunizar a socialidade dos autoritarismos e/ou fascismos e, com acerto, Gloeckner (2018, p. 96) afirma: “Daí por que as denúncias endereçadas ao Estado Totalitário jamais poderiam impedir a sedimentação de práticas autoritárias, que cruzariam o corpo social”.

Assim, cumpre pontuar que os elementos que estruturam o discurso autoritário, portanto, não são elementos do passado e que se fazem ainda presentes nos discursos de alguns ideólogos brasileiros. Ademais, o autoritarismo é uma categoria que atravessa diversos campos do saber, como a ciência política, a filosofia e, até mesmo, o Direito.

Por conseguinte, no presente artigo, desde essa categoria jurídica da verdade real, o objetivo será perceber como a construção do processo penal é modulada sobre relações com o autoritarismo.

Logo, trata-se algo plenamente possível: a existência de um autoritarismo no processo penal em pleno Estado Democrático de Direito. Mas, como dito alhures, por ser o termo autoritarismo portador de uma enorme variância semântica, não se adotará o termo autoritarismo como uma categoria universal. Dessa maneira, na esteira de Gloeckner (2018), a proposta será proceder o deslocamento da investigação sobre o autoritarismo para a formação discursiva que ampara os institutos processuais penais.

Por isso, que a partir de Gloeckner (2018, p.46), é possível “evidenciar nos discursos dos ideólogos do autoritarismo brasileiro determinadas categorias que acabaram sendo fundamentais para o desenvolvimento do processo penal”, notadamente na verdade real. E mais, é possível, ainda, identificar como o autoritarismo “penetra as categorias mais elementares do processo penal brasileiro e como especialmente a doutrina foi omissa na detecção de tais bases discursivas”, contribuindo assim para “a transmissão geracional acrítica destes conceitos” e de como esse legado influenciou fortemente o Supremo Tribunal Federal numa omissão genética de enfrentamento da categoria inquisitiva – verdade real.

A questão que se coloca, no campo específico do processo penal, é elucidar de como se deu essa construção autoritária, que edifica um modelo de processo autoritário que, ao fim, é transposto à plataforma democrática brasileira? Em outras palavras: como o discurso “pós-acusatório” é permeável à mesma categoria da verdade real que circulava no discurso processual penal fascista italiano e também no sistema inquisitorial?

Certamente, isso se dá por meio de determinadas categorias processuais que, segundo Gloeckner (2018, p. 136), “de forma autônoma e independente dão suporte à edificação de modelo de processo impregnado por linguagem que circulam, se deslocam e ao fim, são transpostas à plataforma democrática brasileira”.

E mais, certamente os elementos que estruturam o discurso autoritário não são elementos do passado, mas sim repousam em categorias processuais evidenciadas nos discursos dos ideólogos do autoritarismo, que acabaram sendo fundamentais para o desenvolvimento do processo penal brasileiro, passando por ressignificações, dentre elas, indiscutivelmente, a verdade real.

Por conseguinte, necessário se faz investigar o autoritarismo no processo penal, para os fins de identificar o seu “significante-reitor”, capaz de convergir para junto de si as categorias mais elementares do processo penal brasileiro, bem como a omissão/falha da doutrina e jurisprudência na constatação dessa base discursiva, permitindo, assim, a transmissão geracional desses conceitos, bem como o surgimento de novos institutos que se conectam a esse legado autoritário.

3. O CONTRIBUTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA A MANUTENÇÃO DO AUTORITARISMO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

É inegável que determinados grupo de pensadores brasileiros desenvolveram discursos autoritários, conforme já desvelado por historiadores e cientistas políticos, de

tal modo que nos permite descortinar semelhanças entre o modo-de-pensar autoritário, no Brasil, na década de 30 e o transporte de algumas categorias para o plano do direito processual penal, bem como a permeabilidade dos institutos e práticas processuais penais ao discurso autoritário, mesmo após a nova ordem constitucional de 1988. E, na presente pesquisa, o objetivo é desvelar também esse modo-de-pensar autoritário no STF, a partir da categoria jurídica da verdade real.

Ademais, para que se fale do autoritarismo presente na cultura jurídica brasileira, faz-se importante tecer comentários sobre a doutrina que mais influenciou a aprovação do Código de Processo Penal brasileiro em 1941, durante o Governo Vargas. Trata-se da ideologia fascista, principalmente a adotada na Itália a partir de 1930.

O termo fascismo procede de *fascio* (da expressão latina *fascis*), significando feixe, instrumento utilizado pelos antecessores dos magistrados romanos para a execução, pelo Estado, daqueles que fossem considerados inimigos da ordem pública, mediante decapitação. Esses funcionários se valiam de um feixe de machados para a execução desse ritual violento (KONDER, 2009). Esses feixes, portanto, tornaram-se símbolos da autoridade estatal e representavam o poder que o Estado exercia sobre o corpo do indivíduo (a exemplo do que se disse sobre o abuso da prática da tortura pelos inquisidores na perseguição da verdade real)⁷.

Segundo leciona Paxton, o movimento fascista busca a prevalência do grupo, no qual todos possuem deveres predominantes sobre qualquer direito (de cariz individual ou difusa). Nesse contexto, trabalha-se com a vitimização constante do grupo, justificando a criação, a caça e a punição exemplar e contundente aos inimigos internos ou externos. Para se proteger esse corpo coletivo, as liberdades e direitos individuais não podem ser valorizados. É o oposto. A autoridade do líder se revela mais explicitamente no momento em que aquele capaz de ameaçar essa integridade, essa unidade, é punido severamente.

⁷ “As práticas fascistas revelam uma desconfiança. O fascista desconfia do conhecimento, tem ódio de quem demonstra saber algo que afronte ou se revele capaz de abalar suas crenças. Ignorância e confusão pautam sua postura na sociedade. O recurso a crenças irracionais ou antirracionais, a criação de inimigos imaginários (a transformação do “diferente” em inimigo), a confusão entre acusação e julgamento (o acusador – aquele indivíduo que aponta o dedo e atribui responsabilidade – que se transforma em juiz e o juiz que se torna acusador – o inquisidor pós-moderno) são sintomas do fascismo que poderiam ser superados se o sujeito estivesse aberto ao saber, ao diálogo que revela diversos saberes” (CASARA *et al*, 2015, p. 13-14).

Há um simbolismo fortíssimo no ato de punir⁸. Dessa maneira, como o intuito é a preservação da coesão, da ordem pública, da segurança coletiva, no ato de punir ou de repelir a ameaça, não há nenhum impedimento de caráter legal que estabeleça limites éticos ou que deva ser minimamente considerado. Não há nada capaz de constranger o Estado quando o assunto é a imposição de pena ao inimigo público.

Para Paxton, a tarefa de identificar um princípio fundante ou uma ideologia comum às diversas formas de fascismo verificadas na história não é simples, haja vista que o autor considera que fatores de ordem interna também colaboraram para a ascensão de mencionado regime antipluralista. Ademais, o autor identifica que um complexo de “paixões mobilizadoras” foi eficaz para a consolidação do fascismo. Exemplo desse tipo de emoção rasa é o maniqueísmo que manipula a opinião pública, invariavelmente imersa na dicotomia entre o interesse coletivo e o individual, entre o bem e o mal (PAXTON, 2007).

Bobbio (2007) (que chegou a ser preso em duas ocasiões por oposição ao regime e que manifestou, via carta endereçada a Mussolini, sua submissão ao regime totalitário⁹) definia o fascismo como uma antidemocracia, pois, para o autor italiano, o regime implantado por Mussolini trazia consigo a violência, sendo, portanto, o oposto da democracia, que busca solucionar de forma pacífica, civilizada, os seus conflitos. Bobbio reforça o papel de destaque do filósofo Giovanni Gentile (posteriormente nomeado Ministro da Educação Nacional) e dos juristas Alfredo Rocco e Vincenzo Manzzini na elaboração da doutrina fascista italiana.

As leis e regimentos italianos passaram a consagrar o indivíduo como um nada e o Estado (nação) como uma entidade total, absoluta. Com a consolidação do fascismo

⁸ “O fascismo tem que ser definido como uma forma de comportamento político marcada por uma preocupação obsessiva com a decadência e a humilhação da comunidade, vista como vítima, e por cultos compensatórios da unidade, da energia e da pureza, nas quais um partido de base popular formado por militantes nacionalistas engajados, operando em cooperação desconfortável, mas eficaz com a elites tradicionais, repudia as liberdades democráticas e passa a perseguir objetivos de limpeza étnica e expansão externa por meio de uma violência redentora e sem estar submetido a restrições éticas ou legais de qualquer natureza” (PAXTON, 2007, p. 358-359).

⁹ Não se busca, em nenhuma hipótese, retratar Bobbio como fascista. É o oposto. Bobbio lutou contra o regime imposto por Mussolini, via Partido da Ação. Todavia, não se pode ignorar que o fato de Bobbio vir de família tradicional (sendo que alguns familiares seus compuseram o governo autoritário) o auxiliou na saída da prisão, inclusive, evitando que tivesse o mesmo fim trágico do líder operário A. Gramsci (desprovido de tal suporte).

na Itália, o Estado deixou de ser um caminho, para se tornar o destino. Nos termos da doutrina elaborada por Gentile, constante do artigo intitulado *O Risorgimento*, pregava-se, segundo narra Bobbio (2007), que a nação se criaria a partir do Estado, o qual seria o responsável por conferir unidade e existência ao seu povo. O Estado seria uma entidade dotada de consciência, segundo essa doutrina fascista.

No campo político, promoveu-se a supressão de direitos e garantias individuais de primeira dimensão, a exemplo da liberdade de reunião, de associação, de expressão e do exercício de prerrogativas políticas (como o sufrágio). Trocou-se a liberdade individual pela liberdade do Estado¹⁰. O Estado estava acima das classes.

Apesar da decadência sofrida pelos Estados que mais incrementaram as práticas e ideologias fascistas, Cunha Martins (2013) alerta para que se tenha cuidado constante, posto que, para o autor, o status do fascismo, por ele definido como vírus, encontra-se ativo, podendo ser reativado nos momentos de crise. Segundo o autor, nesse panorama de possível reativação do fascismo, o devido processo legal e o império da lei são postos de lado para, mediante o uso demagógico das massas (facilmente realizado via meios de comunicação), combater o inimigo (leia-se: eliminá-lo).

Cumprir destacar que, esse quadro de manutenção do autoritarismo no processo penal, deve-se em grande medida a um movimento denominado como tecnicismo jurídico-penal ou método técnico-jurídico, aonde se constata, segundo Gloeckner (2018, p. 218), uma apoliticidade da classe dos juristas. Essa apoliticidade dos juristas “permite que se desdobrem, como efeitos necessários, a subserviência da “técnica processual” a serviço da defesa social e a rigidez granítica de suas costuras discursivas, em prol de um efeito simbólico de desresponsabilização pelas ações políticas”.

Essa separação do cientista da política é extremamente artificial e foi construída pelo tecnicismo jurídico italiano como uma ferramenta de alienação e despolitização deitando seu véu sobre as práticas dos juristas na construção jurídica do regime. Veja bem, de acordo com Zaffaroni (2012, p. 31), “*Isso, por ser político, não me cabe como cientista*, é uma frase que soa muito próxima ao *cumpria ordens* repetido pelos genocidas

¹⁰ O Fascismo italiano consistia em “... superior moralidade do Estado contra o indivíduo egoísta, instintivo, tendente exclusivamente ao que é útil a si mesmo; (...). Mas, sobretudo, o Estado superior ao indivíduo, o Estado que é, e apenas ele, ético contra o indivíduo que, fora do Estado é nada. Contra a liberdade do indivíduo a única liberdade que é coisa séria é a liberdade do Estado e a liberdade do indivíduo no Estado. Estado, enfatize-se, e não nação” (BOBBIO, 2007, p. 64).

no julgamento em Nuremberg e em Tel-Aviv por Eichmann”. Recordando Schmitt, Zaffaroni diz que ele “a utilizou no processo de desnazificação para esquivar-se de sua responsabilidade política, definindo-se como *homem de escritório*”. Ao mesmo tempo, o teórico do nazismo, a usava “para desqualificar o cientista de quem não gostava. O próprio Schmitt acrescentava que Gustav Radbruch – o mais famoso jusfilósofo do momento e ao que pretendia conhecer pouco ou nada – era um simples político, enquanto ele, com o mais descarado cinismo nazista, considerava-se em *cientista*”.

Segundo Zaffaroni (2012, p. 28), “Não há neutralidade política alguma nem pode havê-la, quando se trata de questões de exercício de poder”, como sói acontecer no direito penal. Aliás, o autor segue advertindo que: “Quem pretender o contrário e quiser refugiar-se em uma ciência não política, ou está se enganando ou está mentindo; no primeiro caso é perigoso porque não sabe o que faz, no segundo também o é, mas por desonestidade”.

De acordo ainda com Zaffaroni (2012, p. 38), “o saber jurídico-penal não é uma arte pela arte, mas tem um objetivo prático de natureza política”, sendo que “só pode ignorar isso quem incorrer na inexplicável identificação de político com partidário e pretender que no Estado há poderes políticos e apolíticos, o que é uma contradição nos termos”. Por isso que, parafraseando o professor argentino, não resta dúvida que o direito penal, o direito processual penal e a criminologia são saberes diferentes, “mas estão condenados a marchar juntos”, já que o direito penal e processual penal não podem deixar de ser objeto da criminologia “quanto à análise da dimensão política de suas projeções” (ZAFFARONI, 2012, p. 39). Eis aqui uma primeira lacuna da doutrina pátria, que insiste em produzir pesquisas no campo processual penal sem qualquer preocupação com sua contextualização política¹¹.

Portanto, não é raro que os limites entre política e direito se convertam em recursos para evitar a responsabilidade por parte daqueles que academicamente contribuíram para a manutenção de linguagens autoritárias no processo penal, pós 1930, bem como para desqualificar aqueles que denunciam a manutenção de tais práticas autoritárias. Por isso, mister se faz compreender, desde Zaffaroni (2012, p. 32), que “o *político* não contamina o *científico*, mas sim o torna sincero e permite arranhar a realidade muito mais de

¹¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

perto”, sendo isso imperioso na dogmática processual penal, que costuma, como adverte Gloeckner (2018), apresentar incontáveis estudos sem qualquer contextualização política.

Diante dessa exposição sobre os regimes ou ideologias responsáveis pela criação e estruturação de Estados totalitários e de sistemas penais e processuais penais draconianos, nulificantes da condição humana, há que se abordar, criticamente, o cordão umbilical que ainda mantém o direito processual penal brasileiro atrelado a essa cultura extremada (totalizante, inquisitória, fascista). Nesse sentido, bem assevera Gloeckner (2018, p.74): “Para a análise processual penal, será fundamental esta constatação: a irrupção da Constituição da República de 1988 não apresentou uma ruptura com as práticas e os institutos de processo penal anteriores à ordem constitucional vigente. Apenas reconfiguraram-se as práticas punitivistas, naturalizando-as”.

Aliás, Gloeckner (2018, p. 471) afirma que “A estrutura autoritária do código de processo penal cruzou diversas Constituições (1937, 1946, 1967 e 1988), sem que o Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pelo controle de constitucionalidade, tivesse tomado medidas que restabelecessem um padrão acusatório e democrático de processo penal”.

Portanto, o Código de Processo Penal brasileiro, aprovado em 1941, durante o Estado Novo, possui inequívoca pertinência com o regime autoritário então vigente na Itália, que era presidida por Mussolini, ditador responsável por liderar o fascismo naquele país. Da lavra do Ministro da Justiça e Negócios Interiores Francisco Campos, a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal traz expressa referência a Arturo Rocco, um dos inspiradores do Código Penal Italiano de 1930, marcadamente autoritário.

Arturo Rocco, além de jurista e professor universitário, era procedente do nacionalismo de direita e um dos maiores defensores do agigantamento do Estado perante o indivíduo (este enquanto nada, aquele na condição de tudo).

O Código de Processo Penal de 1941 conferia (e ainda o faz, apesar das reformas parciais já operadas em seu texto originário) ao juiz um conjunto de poderes instrutórios, o papel de protagonista, o poder de iniciar ações penais de ofício (dito procedimento judicialiforme), a autoridade para condenar o acusado, mesmo que a parte autora tenha pedido a absolvição, práticas inegavelmente ancoradas na busca da verdade real..

Ainda que não se pretenda abordar essas categorias de forma destacada, vale destacar que Prado (2014) inclui a chamada busca da verdade real ou material, o protagonismo judicial, a obrigatoriedade do oferecimento da ação penal, dentre outras,

como produtos desse caldo cultural autoritário (fascista), normatizado pelo Código de Processo Penal aprovado em 1941¹².

Não é nenhum exagero afirmar que o Código de Processo Penal de 1941 é fiel à doutrina fascista e, por conta disso, inquinado de autoritarismo e de inquisitorialidade, não sendo compatível com a atual ordem constitucional. Dessa forma, “um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial” (COUTINHO, 2009).

Essa posição também é compartilhada por PACELLI (2016), para quem o desprezo pelo direito fundamental à presunção de inocência era uma mancha inexpurgável do Direito fascista italiano, reproduzido pelo legislador brasileiro em 1941.

E, dentro desse contexto, a questão que se coloca é: não deveria o STF, no papel de guardião da Constituição Federal, expurgar a categoria inquisitorial e fascista da busca da verdade real? Pois bem, no entanto, a omissão genética do Supremo no enfrentamento dessa categoria autoritária é algo que salta aos olhos.

Aliás, não é incomum encontrar nos julgados “daquele que deveria ser o Guardião da Constituição¹³”, a menção ao “princípio da busca da verdade real”¹⁴. Gloeckner (2018, p. 478-479), sobre a verdade real, adverte que o STF “também tem reconhecido se tratar de um pilar importante do processo penal”, citando uma decisão relativa ao Inquérito 4.023/AP, julgado em 26 de agosto de 2016, aonde a Corte afirmou que: “O Ministério Público é o titular da ação penal, detentor da *opinio delicti* e a quem compete avaliar se o acervo probatório produzido, até o momento, é suficiente para a instauração do processo penal. Se não for, poderá a prova ser produzida e complementada durante a instrução processual, caminhando-se na busca da verdade real, princípio orientador do processo penal”.

Não é demais recordar que, o princípio da verdade real aparece oficialmente no discurso fascista e informa todo o Código de Processo Penal de 1930 (MANZINI, 1996).

¹² “A categoria verdade material e as influências recíprocas entre direito material e direito processual penal, da obrigatoriedade da ação penal pública à pretensão (retórica) de castigar todos os autores de crimes e assim afirmar a razão de estado sobre a razão individual, contrária à norma penal, instilaram o fluído ideológico que se espalhou pela doutrina e jurisprudência brasileiras e passou a ser o vocábulo obrigatório do discurso jurídico sobre prova e verdade” (PRADO, 2014, p. 30).

¹³ “Este otimismo e confiança no Supremo Tribunal Federal como um garante efetivo dos direitos fundamentais, no processo penal, como será observado, nunca passou de uma propaganda ou um inadequado marketing político” (GLOECKNER, 2018, p.472-473).

¹⁴ “Falar em verdade real é falar em algo absolutamente impossível de ser alcançado, a começar pela inexistência de verdades absolutas” (LOPES JR, 2005, p.202)..

De acordo com Gloeckner (2018, P. 415), na mesma esteira do Código de Rocco, “o código de processo penal de 1941 estabeleceu uma tríade composta pelos “princípios” da liberdade de prova e da livre convicção, a que se deveria somar o da verdade real”. Assim, a ideologia de que o processo constitui um instrumento para se alcançar à verdade é inerente ao discurso autoritário, que por seu turno dará ensejo à liberdade das provas, pois a limitação à obtenção das provas representaria injustificadas barreiras aos fins do processo. E isso, por seu turno, se ligará, de maneira umbilical, ao livre convencimento do juiz na pesquisa da verdade real e, conseqüentemente, no exame das provas.

Importante destacar que, o Código de Rocco não tratou de regular as provas no processo penal e, apesar de registrar alguns meios probatórios, expressamente previstos, deixou em aberto a possibilidade de se admitir qualquer espécie de meio probatório. Segundo Florian (1932, p. 335), qualquer objeto pode ser trazido ao processo e através de qualquer meio, desde que não seja vedado por lei, pois o princípio da liberdade das provas terá por fundamento o “soberano princípio da busca da verdade histórica e efetiva, que no processo impera”. No mesmo sentido, Manzini (1996, p. 214) esclarece que “os princípios fundamentais do processo penal não toleram, de regra, a exclusão de nenhum meio de prova da verdade real”.

Veja-se essa decisão do STF: “Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei. A investigação deve ser a mais ampla possível, já que tem como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias”¹⁵.

Por isso, Gloeckner (2018, p. 303) arremata: “O princípio da “liberdade das provas” consistiu em uma importante ferramenta a serviço da estrutura arbitrária do código de Rocco, que depositava enormes poderes nas mãos do juiz e do Ministério Público”. E, o autor, prossegue, dizendo que “A relação entre “verdade real” e “liberdade das provas” se estreita através de outro cânone: o princípio do livre convencimento do magistrado”. Em assim sendo, adverte o autor (GLOECKNER, 2018, p. 306):

Pode-se dizer que o axioma do livre convencimento é uma fórmula mágica, que passa tanto por positivistas quanto pelo fascismo, o que está a indicar que a sua base está incrustada em uma arbitrariedade dissimulada, outorgando aos juizes poderes de decidir da forma como melhor lhes convier. Politicamente, a sua manutenção também pode ser associada à circunstância de tal postulado

¹⁵ HC n. 69.204-4/SP, de relatoria do ministro Carlos Velloso, julgado em 04/09/1992.

ter se tornado uma bandeira da magistratura para a afirmação de sua absoluta independência, acabando por minimizar a sua função de garantia, tal qual pensada pelos iluministas.

Atual, portanto, são as lições de Streck (2012, p. 106), pois isso é definitivo; “a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda”, mas “ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade jurídica”.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal continua invocando no processo penal, mesmo após a Constituição Federal de 1988, o princípio da verdade real, contribuindo assim para a manutenção das bases de um processo penal autoritário, de cunho fascista e com raízes inquisitoriais.

CONCLUSÃO

Desse modo, a presente pesquisa demonstrou que a busca de uma verdade real no processo penal foi o que permitiu a derrocada de um sistema processual acusatório e o surgimento de um sistema inquisitorial.

Aliás, é essa ambição inquisitorial de verdade no processo penal que permitiu que a gestão da prova saísse das mãos das partes e fosse entregue ao juiz, que de mero espectador passou a ser um ativista na produção de provas de ofício.

Ocorre que, o juiz que determina a produção de prova de ofício, na busca da verdade real, é um juiz que primeiro decide para depois ir atrás da prova e que claramente tem a sua imparcialidade comprometida, além de sair do seu papel delineado pela Constituição Federal e passar a desempenhar uma função que seria do órgão acusatório. Por isso, que a mera separação das funções de acusar e julgar não é suficiente para a configuração de um sistema acusatório, sendo a gestão da prova é o princípio unificador do sistema processual penal.

Num sistema acusatório, onde o juiz não tem a gestão da prova, cabe às partes produzirem provas (princípio dispositivo) e ao juiz tão somente julgar de acordo com a provas trazidas aos autos pela acusação e pela defesa, numa inegável tentativa de preservação da imparcialidade do julgador. Enquanto isso, no sistema inquisitorial tem-

se a adoção do princípio inquisitivo e o juiz de mero espectador em matéria probatório assume um papel de protagonismo.

Da leitura do texto constitucional claramente se verifica a consagração de um sistema acusatório, como o único modelo compatível com um processo penal humanitário e democrático. Em contrapartida, o modelo inquisitorial é compatível com um processo penal autoritário.

Ademais, constatou-se que a busca da verdade real sempre esteve presente no ideário fascista e foi um dos princípios reitores do Código de *Rocco*. E, como o Código de Processo Penal do estadonovista de Vargas buscou inspiração na legislação fascista italiana, acabou por consagrar também a tríade de categorias jurídicas autoritárias, que davam sustentação ao Código italiano: verdade real, liberdade de provas e livre convencimento.

Tem-se, ainda, que é papel do Supremo Tribunal Federal a defesa intransigente da Constituição Federal e que, portanto, deveria, numa filtragem constitucional, afastar as categorias jurídicas autoritárias do CPP de 1941, que fundam um sistema inquisitorial, a fim de que o sistema acusatório agasalhado pela Lei Maior pudesse existir efetivamente no Brasil.

Por conseguinte, caberia ao STF o enfrentamento da categoria jurídica da verdade real e o seu consequente aniquilamento processual. Entretanto, percebe-se o contrário, ou seja, há uma continuidade por parte do STF na aplicação e reconhecimento da verdade real no processo penal, mesmo depois da Constituição Federal de 1988.

Agindo assim, parece-nos que o Supremo Tribunal Federal não tem cumprido o seu papel de guardião da Constituição, mas inegavelmente vem sendo o guardião do autoritarismo processual penal brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.

_____. **Dicionário de Política**. Vol. 1. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mònaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: Editora UNB, 1998.

_____. **Do Fascismo à Democracia: os regimes, as ideologias, os personagens e as culturas políticas**. Tradução de Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. **Direito Penal a Marteladas (Algo sobre Nietzsche e o Direito)**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2013.

_____. **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais**. – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

CALAMANDREI, Pietro. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio e Certezza. **Rivista di Diritto Processuale**, v. XX, (II série), p. 4-9, 1965.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CASARA, Rubens. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens R. R. Apresentação. In: TIBURI, Marcia. **Como conversar com um fascista**. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.) **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Nota Dez Editora, 2001.

_____. **Temas de Direito Penal & Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

_____. **Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro**. In Revista de Estudos Criminais. n.1. Sapucaia do Sul, 2001, p. 28

_____. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs).

Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons.** Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

_____. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal.** São Paulo: Atlas, VitalSource Bookshelf Online, 2013.

DELEUZE, Gilles. **Mil Platôs: capitalismo e esquizofrenia. v.3.** Rio de Janeiro: editora 34, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens.** Trad. Alexander Araújo de Sousa. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

_____. **Derecho y Rázon.** Madrid: Trotta, 2009.

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FLORIAN, Eugenio. **Principi di Diritto Processuale Penale.** Torino: Giapichelli, 1932.

GENTILE, Fábio. Entre nacionalismo, fascismo e autoritarismo: elementos para uma análise comparativa sobre a ideia de nação na Itália e no Brasil entre as duas guerras mundiais. In: **Cadernos Cedec.** São Paulo: n. 96, mai./1996, p. 7-37.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica – Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF.** 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

_____. **Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. In Revista Brasileira de Direito Processual Penal. V.1, n.1.** Porto Alegre, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal.** Barcelona: Bosch, 1935.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal.** Bahia: Editora Juspodivm, 2013.

_____. **Autoritarismo e Processo Penal: Uma Genealogia das Ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro. v 1.** Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018.

_____. _____ . _____ . _____ *et al.* **Investigação Preliminar no Processo Penal.** São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e o tempo.** Parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

KHALED JR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial.** São Paulo, Editora Atlas, 2013.

_____. _____ . _____ . _____ . **Ordem e progresso: a invenção do Brasil e a gênese do autoritarismo nosso de cada dia.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014.

_____. _____ . _____ . _____ *et al.* **In dubio pro hell: profanando o sistema penal.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014.

_____. _____ . _____ . _____ . **Videogame e Violência.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

KONDER, Leandro. **Introdução ao Fascismo.** – 2. ed. – São Paulo: Editora Expressão Popular, 2009.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. _____ . _____ . _____ . **Direito Processual Penal.** São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

_____. _____ . _____ . _____ . **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica.** São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. _____ . _____ . _____ . **Sistema de investigação preliminar.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. _____ . _____ . _____ . **Sistemas Processuais Penais: Ainda precisamos falar a respeito?**. In:

_____. _____ . _____ . _____ . De qualquer lado que se olhe, revelia é incompatível com o processo penal. Publicado na **Revista Consultor Jurídico**, 08 de abr. de 2016, 8h00 Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-08/limite-penal-revelia-incompativel-processo-penal>. Último acesso em 08 abr. 2016.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal. T II.** Buenos Aires: El foro, 1996.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão no processo penal como Bricolage de Significantes**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

_____. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material: Aportes Hermenêuticos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um processo penal democrático: crítica à Metástase do Sistema de Controle Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, VitalSource Bookshelf Online, 2016.

PAXTON, Robert O. **A Anatomia do Fascismo**. Tradução de Patricia Zimbres e Paula Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. – 1ª ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à Democracia**. São Paulo: Boitempo, 2014.

SCHMITT, Carl. **Sobre el Parlamentarismo**. Madrid: Editorial Tecnos, S.A, 1990.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª ed. 3ª tiragem. Malheiros: São Paulo, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado**. n. 12. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2014.

_____. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi et al (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Tortura em Brasília: ao caçar coelhos, mataremos a borboleta azul. Publicado na **Revista Consultor Jurídico** em 01 de nov. de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-01/streck-tortura-brasilia-cacar-coelhos-mataremos-borboleta>. Último acesso em 01 de nov. 2016.

_____. _____ . **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. _____ . **Tribunal do Júri: símbolos & rituais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Origem y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2004.

_____. _____ . **A palavra dos mortos: Conferências de Criminologia Cautelar**. São Paulo: Saraiva. 2012.

GT4

ENFRENTAMENTO AO GENOCÍDIO DA JUVENTUDE NEGRA

**USO DA FORÇA, CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA PELO
MINISTÉRIO PÚBLICO E VITIMIZAÇÃO DA JUVENTUDE
NEGRA: UMA LEITURA DO RACISMO ESTRUTURAL NA CIDADE
DO RECIFE**

*USE OF FORCE, EXTERNAL CONTROL OF POLICE BY THE MINISTRY
OF THE PUBLIC AND VITIMIZATION OF BLACK YOUTH: A READING OF
STRUCTURAL RACISM IN RECIFE CITY*

Érica Babini Lapa do Amaral Machado

Doutora pela Universidade Federal de Pernambuco (2014) e Mestra
pela mesma instituição (2010).

Professora da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), nos programas de
Graduação e Pós-Graduação. E-mail: ericababini@hotmail.com

Maria Adélia Gomes Correia de Melo

Mestranda em Direito na Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP)
E-mail: mariaadeliamelo@gmail.com

Fabiana Barros e Silva

Graduanda em Direito na Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP)
E-mail: fabianabarrosandidata@hotmail.com

Resumo: Trata-se de recorte de outra pesquisa em andamento que visa discutir a atividade de controle externo das polícias pelo Ministério Público na cidade do Recife, nos casos de mortes decorrentes de intervenção policial – MDIP – entre 2014-2018. Por meio de fluxo processual de cunho prospectivo, o objetivo é quantificar o tempo médio dos processos e identificar, quantitativamente, os desfechos dos casos. Qualitativamente, mapeia saberes e práticas do *Parquet* por meio de entrevistas com promotores de justiça e análise de conteúdo de documentos emitidos. É possível discutir que o MP tem interesses transversos junto à polícia e não é organizado para o exercício dessa atividade, o que leva

a crer agir com leniência, concordando com práticas policiais, ante o deslumbramento recrudescedor do punitivismo. Considerando ser as vítimas invariavelmente negras e pobres, concluem, as autoras, que a desigualdade racial é um dos principais produtos deste modelo de segurança pública que ainda predomina nas policiais do país e que a qualidade da vítima interfere sobre como se dá o controle externo do Ministério Público.

Palavras chave: letalidade policial, Controle externo do Ministério Público, genocídio da juventude negra, racismo estrutural

Abstract This is a clipping from another ongoing research that aims to discuss the external control activity of the police by the Public Prosecution Service in the city of Recife, in the cases of deaths resulting from police intervention – MDIP – between 2014-2018. Through a prospective process flow, the objective is to quantify the average time of the processes and to quantitatively identify the outcomes of the cases. Qualitatively, it maps Parquet knowledge and practices through interviews with prosecutors and content analysis of issued documents. It is possible to argue that the MP has transverse interests with the police and is not organized for the exercise of this activity, which leads us to believe that we act leniently, agreeing with police practices, given the recrudescent dazzle of punitivism. Considering that they are invariably black and poor victims, the authors conclude, racial inequality is one of the main products of this model of public security that still predominates in the country's police and that the quality of the victim interferes with the way external control of the police occurs. Public ministry.

Keywords: police lethality, External prosecution control, black youth genocide, structural racism

Sumário: 1. Introdução; 2. Mortes: retratos da violência e o uso da força estatal; 3. Controle externo das Polícias pelo Ministério Público. 4. 4. Vitimização da juventude negra: uma leitura do racismo estrutural na cidade do Recife. Considerações finais. Referências

1. INTRODUÇÃO

Discutir o controle externo realizado pelo Ministério Público em relação às polícias é uma temática tabu, sendo vista com desconfiança pelas corporações. Porém,

se por um lado é indispensável discutir padrões operacionais de intervenção, por outro, é preciso trabalhar com transparência e fiscalização.

Isto é, políticas efetivas de redução de criminalidade perpassam a racionalidade das instituições de segurança pública para a promoção de direitos e cidadania e o controle externo da atividade policial é um objetivo prioritário. Por outro lado, sabe-se que analisar políticas públicas bem como *performance* policial são empreendimentos difíceis. Por exemplo, o aprimoramento de serviços de segurança podem elevar o grau de confiabilidade da população nas polícias, o que por sua vez, pode levar ao crescimento de registros dos delitos.

De um modo ou de outro, a capacitação das polícias, “a consistência dos dados produzidos, os métodos de gestão e confiabilidade e credibilidade dos controles internos e externos etc” são fundamentais para as políticas de segurança pública (SOARES, 2007). Ou seja, discutir como se dá a resolutividade dos casos de homicídios praticados pelas polícias com o uso da força e como o Ministério Público acompanha esses procedimentos, na sua atividade de fiscalização externa é um tema indispensável.

Nesse sentido, considerando caber ao Ministério Público a função constitucional de realizar a atividade de controle externo da atividade policial, este texto pretende discutir como é realizado (esse controle) na cidade por meio de entrevistas e análise de documentos.

2. MORTES COMO RETRATOS DA VIOLÊNCIA E O USO DA FORÇA ESTATAL.

O Brasil convive com a morte de 65.602 homicídios no país em 2017 – “maior nível histórico de letalidade violenta intencional no país”, segundo o Atlas da Violência, 2019, cujos dados são baseados nas informações do Ministério da Saúde. De maneira semelhante, o FBSP (2018), com dados referentes ao mesmo ano, porém baseado nos registros policiais, informa 63.895 mortes violentas intencionais (MVI – 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. Desse número, 55.900 são homicídios e 5.159 mortes decorrentes de intervenções policiais (MDIP), indicando crescimento de 21% referente ao ano anterior.

Os dados apresentados, porém, pelo Anuário de Segurança Pública de 2019 de MVI referente ao ano de 2018 são de 57.341, indicando uma queda no percentual de 10,8% referente ao ano de 2017, o que pode indicar bom sinal de redução de situações de violência no país. A depender das ferramentas teóricas de interpretação, poder-se-ia dizer, talvez, que devido à volta do crescimento econômico que implica mais circulação de riquezas, menos delitos de roubo, menos armas em circulação, e, conseqüentemente, menos mortes; um “ciclo virtuoso” sugerido pela “teoria do contexto” de KAHN – seria uma explicação.

As oscilações, porém, a depender das ferramentas metodológicas de interpretação, podem se dar devido às estabilizações ou não das facções criminosas que, juntamente com os casos de letalidade policial representam cerca de 90% dos homicídios (FELTRAN, 2019). Um exemplo paradigmático é tomar São Paulo na década de 1990, altamente violento, e os estados do nordeste e norte, cujas taxas não eram representativas. Porém, a partir dos anos 2000 as taxas são invertidas a partir de 2016 quando as duas maiores facções nacionais, o Primeiro Comando da Capital e Comando Vermelho rompem (DIAS, MANSO, 2018). tendo ápice em 2017 nos estados do norte, coincidindo, todo o processo, com as novas ocupações das facções que, hegemônicas naquelas outras regiões em que tinham estabelecidos a paz, passa a se expandir.

As mudanças regionais na violência, o crescimento e a queda atual dos homicídios em 2018, são resultado do processo de transformação na cena criminal que produziu uma nova dinâmica de estratégia e relacionamento dentro e fora das prisões. Essa nova dinâmica foi sendo moldada a partir de políticas públicas implantadas nas últimas décadas, resultado de erros, acertos, omissões e excessos.

Policiamento ostensivo, melhoria na gestão das polícias, aprisionamentos em flagrante, no final das contas, acabaram produzindo efeitos colaterais inesperados, como o aprisionamento massivo e a perda do controle no interior das prisões. Ou melhor: a terceirização do controle para os presos, que precisaram estabelecer um esquema de autogestão para sobreviver naqueles ambientes que o estado não parecia ter competência, dinheiro ou até mesmo interesse de administrar (MANSO, 2019, p. 33).

Mas as quedas dos conflitos a partir do final daquele ano e continuada em 2018, levadas pelo aprisionamento das lideranças e necessidade interromper as mortes para que o mercado e a gerência dos mercados ilegais permaneçam, fizeram as taxas de homicídio caírem novamente, afinal “As mortes significam custos elevados e redução nos lucros

obtidos com as drogas. Ainda mais quando os chefes são tão facilmente pressionados e punidos pelas autoridades. A trégua, dessa forma, pode interessar a todos os concorrentes, desde que os rivais saibam que seus respectivos oponentes não farão movimentos de agressão e expansão” (MANSO, 2019, p. 35).

De todo modo, o número de mortes é epidêmico e compreender esse fenômeno é fundamental, especialmente, o papel que o Direito pode exercer no trato da questão.

Sabe-se que no contexto desse número epidêmico de homicídios, o quadro da letalidade policial representa o montante de 11, 45% do total nacional de homicídios, o que implica discutir especificamente esse contexto.

De um lado, tem-se que esse tipo de situação é costumeiramente associada ao confronto direto entre traficantes e policiais, o que indicaria uma relação de proporção entre mortes de civis e policiais. No entanto não é esta a realidade.

Antes de seguir, é preciso discutir sobre o uso da força estatal que é um tema que guarda inúmeras regulamentações, exatamente porque é uma autorização de violência praticada exatamente por quem tem o dever de proteger cidadãos. Nesse sentido, o manejo desse recurso numa sociedade democrática depende de critérios de legitimação, para evitar o abuso.

Isto é, a Constituição Federal não autoriza o Estado a matar, exatamente porque atua na defesa das garantias e direitos da população e, somente e tão somente assim, quando a polícia respeitar esses limites é que se tornará uma instituição forte, de confiança e não temida.

Nesse sentido, uso do monopólio da força coercitiva do Estado somente é legítimo quando estritamente necessário, garantindo, com maior esforço necessário a não agressão ao infrator, cabendo às polícias dominá-lo. Seria tão somente possível quando: “1) a recusa em se render; 2) a agressão contra um policial; 3) a necessidade de impedir que terceiros sejam feridos; 4) durante o cometimento de um crime” (WESTLEY, 1950 *apud* LOCHE, 2010).

Esse caráter conflitivo numa sociedade democrática, portanto, submete-se a parâmetros legais, sem que isso garanta necessariamente a possibilidade de aferir a proporcionalidade entre a força aplicada e a agressão irrompida. Ou seja, a mensuração da violência pela polícia é possível de ser realizada a partir de diretrizes mínimas. De todo modo, como essa atuação é realizada aos olhos do cidadão é o que mais importa (REISS, 1968 *apud* LOCHE, 2010)

Portanto, necessidade e razoabilidade são critérios fundamentais para separar abuso e necessidade (LOCHE, 2010).

Não obstante aqui não se pretender discutir exatamente sobre métricas e critérios de avaliação do uso da força – debate infundável, importa discutir três critérios que são colocados como referência: “(1) a relação entre civis mortos e policiais mortos; (2) a razão entre civis feridos e civis mortos pela polícia; (3) a proporção de civis mortos pelas polícias em relação ao total de homicídios dolosos” (BUENO; CERQUEIRA; LIMA, 2013, p. 119).

Antes, porém de trabalhar essa questão, sabe-se que a produção das estatísticas criminais são um debate à parte que merece aprofundamentos, especialmente porque as formas de coleta de dados, os prazos, a apuração das informações etc. sempre foram objeto de muitas divergências. Inclusive, a questão interage com o ambiente político de cada momento. Por exemplo, é possível identificar que o conceito “raça” somente aparece em levantamento estatístico em 1872 no Recenseamento Geral do Brasil, mas “somente teria tomado como parâmetro de classificação populacional pela polícia no século XX” (LIMA, 2011, p. 107).

No Brasil, porém, as estatísticas não são confiáveis. Por exemplo o FBSP questionou gestores responsáveis pela produção de estatísticas criminais e, dentre várias conclusões, a resposta dentre os 81 consultados: “no eixo de questões relacionadas às ocorrências letais de civis fruto de ações policiais, a taxa de preenchimento foi muito menor: 20 respostas das Secretarias de Segurança, 16 das Polícias Civis e nenhuma das Polícias Militares, justamente a corporação mais comumente envolvida em ocorrências” (BUENO; CERQUEIRA; LIMA, 2013, p. 120).

O protocolo de Bogotá trabalha a qualidade dos dados de homicídio para a América Latina e Caribe visa oferecer “un concepto integrador de homicidio que permita la convergencia de las diferentes fuentes”. Visando a transparência, enumerou-se que: a) a vítima deve ser a unidade de registro, b) a definição de homicídio é a morte ocasionada por agressão intencional (isso inclui guerras e conflitos internacionais, mortes provocadas por agentes públicos¹), c) dados específicos das vítimas, do fato e do agressor devem ser

¹ O uso com dados da saúde, a partir da classificação Internacional de Doenças da OMS (CID-10) engloba “morte por agressão” (X85-Y05; Y07-Y09), “morte por intervenção legal” (Y-35), “morte por operação de guerra” (Y-36) e “mortes por enfermidades” (Y87.1; Y89.0; Y89.1.)

coletados; d) indicação de um percentual máximo admitido de informações perdidas e categorias indeterminadas; e) convergência entre as fontes; f) mecanismos de verificação e validação de dados; g) divulgação e transparência; h) periodicidade

O Brasil, tendo participado da elaboração do documento, por meio da Secretaria Nacional de Segurança Pública deveria enquadrar-se nas perspectivas, ou pelo menos buscar este enquadramento, mas como se verá, não há qualquer menção a esse trabalho, pelo menos, na atuação do Ministério Público, na cidade pesquisada.

O fato é que discurso de direitos humanos, transparência e controle do poder público tornam-se requisitos de novos tempos.

Analisando os critérios indicados teríamos a seguinte questão: 1) a razão entre civis feridos e mortos, sugere que em situações de normalidade haja um número maior de civis feridos do que mortos como fruto da ação policial. Do contrário, pode-se supor que o poder de letalidade da polícia não esteja sendo usado apenas para proteção dos cidadãos.

O Anuário brasileiro de Segurança pública (2019) indica que o número de mortos é enorme, mas a comparação para pessoas feridas não é fácil de ser levantada, ficando esse critério relativamente prejudicado.

O segundo critério – a relação entre civis mortos e policiais mortos- implica uma leitura de lógica: se há excesso no número de civis mortos ante os de polícia vitimada, é provável que a polícia esteja abusando de seu poder.

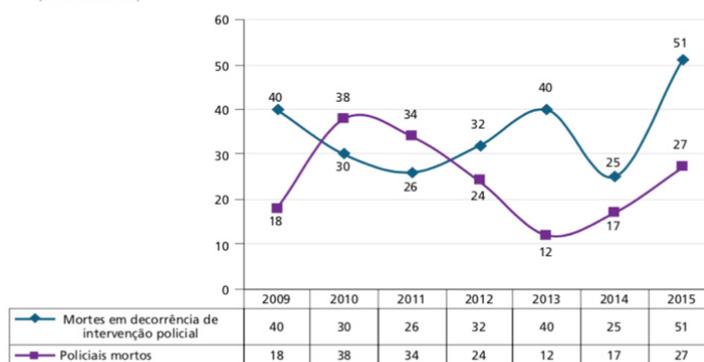
O Anuário Brasileiro de Segurança pública (2019) indica que em 2017, o número de homicídios dolosos foi de 56.030 e de vitimização policial de CVLI, 373. Em 2018, esse número foi 48.951 e 343.

De outro lado, a vitimização policial entre 2009 e 2016 é de 2.996 policiais no serviço e de folga. Durante o ano de 2016 (FBSP, 2017), a relação foi de pouco mais de nove pessoas mortas para cada policial assassinado. Em 2017 (FBSP, 2018), a proporção sobe para 14 pessoas mortas por cada policial, sendo de 17 em 2018 (FBSP, 2019).

Apenas para que se tenha uma ideia da magnitude deste problema no Brasil, basta comparar os números nacionais com os de outros países que também enfrentam graves problemas de segurança pública: em 2016, enquanto o Brasil

apresentou uma taxa de aproximadamente duas mortes decorrentes de intervenções policiais para cada grupo de 100 mil habitantes, na África do Sul essa taxa foi de pouco mais de uma morte; no México, não chegou a 0,3; ,esmo nos Estados Unidos, país com aproximadamente 900 mil agentes policiais em atividade (no Brasil são pouco mais de 500 mil), este indicador chegou a 0,13 morte para cada grupo de 100 mil habitantes (ZILLI, 2018).

GRÁFICO 3
Letalidade e vitimização policial em Pernambuco (2009-2015)
(Em nº de mortos)



Fontes: SDSPE e Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FBS, 2017).
Elaboração do autor.

Estudo elaborado pela FGV DAPP com dados da ferramenta DataCrime (2019) referentes a 2013-2017 indicam que há correlação entre vitimização e letalidade policial, de modo que é possível afirmar que a morte de civis provocadas pela polícia influencia a morte de policiais e vice-versa (inclusive nos momentos de folga é que a vulnerabilidade policial aumenta). Essa realidade indica que o Brasil tem dificuldade em garantir o direito à segurança e à vida tanto dos agentes de segurança pública como para a população de forma geral.

Tomando Pernambuco, o estado onde a pesquisa foi realizada tem-se um crescimento bruto nos períodos de 2009 – 2015, saindo de 40 mortes para 51, em cujo período tem-se a proporção de 1,43 cidadão morto para cada policial vitimado em Pernambuco, durante estes sete anos. O gráfico abaixo ilustra (ZILLI, 2018):

Há um fenômeno interessante no estado: o fato da proporção entre letalidade e vitimização no período analisado, o que indicaria estar o estado entre os padrões “aceitáveis” de morte. No entanto, a proporção não se dá por baixa letalidade policial, porque é alta, mas por altíssima vitimização policial. Esse dado que mascara a realidade

sobre a violência é uma confirmação de que apenas um critério é insuficiente para analisar o fenômeno (LOCHE, 2010).

No Estado de Pernambuco 294 pessoas foram mortas nos entre 2014 e abril de 2018 por ações policiais, conforme dados fornecidos pela Secretaria de Defesa Social, por meio de resposta à consulta ao pedido de acesso à informação, registrado pelo protocolo 201827956. No estado, opera-se o Programa estadual de segurança pública Pacto Pela Vida, instituído no em 2007, cuja finalidade é a “repressão” qualificada da criminalidade e ações de “prevenção social da violência”, a fim de reduzir os crimes violentos letais intencionais (CVLI) (RATTON, GALVÃO, FERNANDEZ, 2014), mas que desde 2014 além de não mais concretizar seus objetivos, dado o alarmante crescimento dos índices de homicídios, vem tornando a questão da segurança pública baseada afastada das premissas iniciais para as quais foi pensada (RATTON, DAUDELIN, 2018).

Em 2009 e 2010, o Pacto Pela Vida atingiu a meta de redução das mortes de 12% e 14% respectivamente, porém, no ano de 2014, houve um crescimento do número de mortes, de 27 pessoas mortas em decorrência de ação policial para 123 pessoas mortas no ano de 2017. Em porcentagem, tendo como referência o ano de 2004 até 2017, ocorreu o aumento espantoso de 623%.

Não obstante os dados alarmantes, muitas das justificativas do governo do estado são dadas com base na ligação causal entre tráfico de entorpecentes e homicídios. Se levada em conta a motivação dos homicídios em 2015, por exemplo, a relação com drogas figura como principal causa dos homicídios em 17,5 % (ANDRADE, 2015, p. 120). No entanto, Daudelin e Ratton (2017, p. 120) apontam diversos estudos quem vêm problematizando essa afirmação generalizante:

Em suma, há uma inconsistência no quadro geral proposto por várias análises que consideram a ilegalidade, em si, como o determinante quase exclusivo da violência que, muitas vezes, prevalece nos mercados de drogas. O fato de a maior parte da violência ligada a drogas ocorrer nos mercados ilegais não diz muito sobre o que produz essa violência: é preciso identificar mecanismos mais específicos que deem sentido às condições e às circunstâncias em que os mercados ilegais se tornam violentos.

De todo modo, o mercado fechado das drogas, onde perpassa os estratos mais altos do atacado, baseado na confiança, nas relações pessoais, nos negócios de longa duração, a violência quase inexistente; mas nos estratos do varejo, da cadeia de distribuição, da concorrência para consumidores, em que o mercado é aberto para recrutamento, daí

ocupar espaços públicos, aí sim, a violência é ampla, pois a vulnerabilidade à polícia e entre grupos é extrema (DAUDELIN, RATTON, 2018). Somente nesse último caso é possível falar em alguma associação evidente com homicídios, até porque traficantes do varejo não manejam armas com potencial letal (GONÇALVES, 2017). Luiz Eduardo Soares explica que é justamente da necessidade de proteger um território do qual emana o poder do tráfico (“boca de fumo”, “biqueira” etc.) que nasce o casamento perverso entre arma e tráfico de drogas a partir de uma sedentarização do comércio varejista ou do comércio atacadista que costuma garantir sua segurança por meio de arsenal bélico (2005, p. 248-249).

Enfim, se comparado com os parâmetros das atuações do FBI norte-americano–polícia, em que lida com mais casos e complexos, tem-se que é 2,6 maior do que essa polícia internacional que já é altamente violenta (SINHORETTO, 2016). Isto é, no Brasil, vai-se muito muito além da violência que já existe em níveis internacionais.

O que se tem, portanto, é que as temáticas de letalidade e vitimização policial são problemas chaves na questão da segurança pública brasileira; afinal ao atingir as instituições, desestabiliza o próprio processo democrático

O terceiro critério refere-se à relação entre o número de civis mortos pela polícia e o total de homicídios dolosos registrados em determinado território. Quando as mortes cometidas pela polícia correspondem a um elevado percentual do total de homicídios, pode inferir-se que a polícia está cometendo excessos no uso da força letal.

O Anuário Brasileiro de Segurança pública (2019) informa que foi de 56.030 em 2017 e 48.951, em 2018, os casos de homicídios dolosos. Por outro lado, o número de civis mortos pela polícia – mortes decorrentes de intervenção policial (letalidade policial), foi de 5.179 e 6.220, nos respectivos anos.

Esse contexto indica que 9,24% (2017) e 12,71% (2018) dos casos de mortes no país foram produzidas pela polícia. Uma questão que salta aos olhos é o fato de em 2018, apesar do decréscimo de homicídios, houve o crescimento dos casos de letalidade policial.

Segundo Loche (2010), estudos realizados nos EUA demonstram que as mortes de civis fruto da ação policial representam 3,6% do total de homicídios dolosos registrados em todo o país no período de cinco anos. Isto é, em um ano somente, o Brasil tem três a quatro vezes mais mortes do que os USA tem em cinco anos, considerada uma das polícias mais violentas do mundo.

É importante destacar que muitas intervenções policiais, em formas de abordagens ou confrontos que resultam em morte, são catalogadas como autos de resistência, uma nomenclatura que leva à presunção de que o morto entrou em confronto com as polícias civis ou militares, resistindo à prisão.

Trata-se, no entanto, de uma presunção difícil de ser administrada, na medida em que os agentes estatais são, teoricamente, preparados para o manejo de armas em locais não letais, capazes de anteciparem-se às surpresas e especialmente protegerem o cidadão.

Desse ponto, já é possível verificar que o uso da força policial estatal é abusiva; e que atribuir a morte ao confronto com a polícia é uma forma distorcida de nomear a realidade – que é de extermínio.

Vale esclarecer que o artigo 292 do Código de Processo Penal regulamenta de maneira vaga os homicídios decorrentes de intervenção policial, pois, ao mesmo tempo em que permite ao policial o uso dos meios necessários para vencer a resistência, deixa de determinar e estabelecer quais seriam os limites desses meios.

É importante registrar que no levantamento realizado pelo FBSP, foram identificadas oito formas de nomear ocorrências letais de civis em ações policiais (resistência seguida de morte, auto de resistência, morte em confronto, outros), com a nítida valoração de que quando o policial está em confronto com o civil e resulta em morte, trata-se de caso de legítima defesa, caso de excludente de ilicitude (art. 23 do Código Penal).

Exatamente pelas ambiguidades, o termo “auto de resistência” foi abolido pelo Conselho Superior de Polícia e substituído por “homicídio decorrente de oposição a intervenção policial”, por influência da Resolução 08, de 2012, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Por consequência, a Resolução Conjunta 2, de 2015, do Conselho Superior de Polícia, disciplinou procedimentos internos a serem adotados pelas polícias judiciárias naquelas situações.

Segundo essas diretrizes, cabe ao delegado de polícia verificar a existência dos elementos de legítima defesa (justificada pela “oposição policial”) e tomar diversas providências, dentre elas, a tramitação prioritária do inquérito policial, que deverá ser comunicado ao Ministério Público e à Defensoria Pública, que seguirá o curso normal do procedimento administrativo.

Do fim ao cabo, essas nomenclaturas cedem espaço para graves distorções. Mas o que se tem, quando há essa denominação é o pressuposto de que “policial atirou em

legítima defesa. A combinação dos artigos 121 e 23 do Código Penal é, assim, utilizada na maioria dos Registros de Ocorrência” Conforme assinalado por Miranda (2005, p. 43):

É importante ressaltar que existe uma classificação administrativa, “homicídio provocado por auto de resistência” quando um criminoso morre em confronto policial durante uma incursão na favela para reprimir o tráfico, quando os policiais estão em uma perseguição para prender o criminoso, ou em qualquer situação em que o policial em serviço mata um criminoso; nesse caso, o policial mata em legítima defesa.

Estudo realizado no Rio de Janeiro por Nascimento, Grillo e Neri (2009), indica que já na portaria de instauração do inquérito policial há referências de que se presume a legítima defesa: “este tipo de inquérito, portanto, já começa com uma versão que supostamente esclarece as circunstâncias da morte”.

De todo modo, a regulamentação do uso da força estatal e a responsabilização de agentes que dela fujam são parâmetros democráticos que justificam a possibilidade de agentes estatais utilizarem de violência em momentos extremamente necessários.

Diante deste cenário, importa questionar: como se dá a atividade do Ministério Público no controle da polícia.

3. CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Quando se fala em “controle externo da atividade policial”, surge uma preocupação inicial em entender o motivo de sua existência e qual sua necessidade. A Constituição Federal atribuiu ao Ministério Público, dentre as suas inúmeras e relevantes tarefas, exercer o controle externo da atividade policial, função institucional que requer um contínuo aprimoramento na sua atuação.

A atribuição decorre da titularidade exclusiva da ação penal pelo Ministério Público estabelecida pelo Art. 129, I, da Constituição Federal. E tal atribuição constitucional, anote-se, consome tanto uma parcela significativa da estrutura e das forças do órgão quanto uma parcela considerável do que se compreende acerca de sua natureza, na seara criminal. (SANTOS, 2019).

É importante entender que a Constituição Federal em seu artigo 6º prevê que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Vê-se, portanto, que se ao Ministério Público incumbe a

defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (Art. 127, CF), bem como sendo a segurança tanto um direito social (Art. 6º, CF) quanto um direito individual indisponível e coletivo (Art. 5º, caput, CF), a tutela da segurança pública é incumbência ministerial por mandamento constitucional.

Essas informações interessam ao âmbito criminal e estão diretamente ligadas à execução policial quando é o Ministério Público o detentor das informações das investigações policiais em sentido geral, ou seja

[...] um inquérito de furto isoladamente considerado não permite inferir o contexto que abrange os crimes contra o patrimônio numa dada região. Porém, a soma de todos os inquéritos de furto de dada região a ser analisada, por um período considerável de tempo, já traz deduções estatísticas que dirigem corretamente o olhar analítico para uma efetiva atuação na tutela do interesse social e do direito individual indisponível à segurança. E tais informações estão à disposição do Ministério Público periodicamente, nas vistas dos inquéritos policiais (quando não pelo acesso direto aos bancos de dados dos sistemas de segurança pública, como ocorre em alguns estados) (SANTOS, 2019).

O Ministério Público tem acesso a todas as informações necessárias para conhecer plenamente a problemática da segurança pública por sua própria inteligência, não permanecendo atado aos relatórios gerados pelos gestores de segurança pública, os quais leem os dados a partir de suas próprias vistas, bem como direcionam suas ações a partir de suas próprias percepções.

A atividade de fiscalização externa das polícias pelo do Ministério Público está disciplinada no 129 da Constituição Federal e pode ser realizada forma difusa, em que todos os membros com atribuição criminal podem fazer o acompanhamento do inquérito e outros procedimentos de investigação. Ou de forma concentrada, que é realizado por grupos de membros com atribuições específicas.

A Lei Complementar nº 75, regulamenta em seu art. 9º o controle externo da seguinte forma:

Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo:

- I – ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;
- II – ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;
- III – representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;

IV – requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;

V – promover a ação penal por abuso de poder.

Apesar de se tratar de um texto normativo voltado para as funções do Ministério Público da União, a Lei 8.625/93 teve o cuidado de estender também para os MPs estaduais – Art. 80. Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União, tornando o controle externo uma responsabilidade extremamente legislada, e mais, regulamentada por uma Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

A Resolução Nº20 cuidou exatamente de regulamentar todas as normativas a respeito do tema, criando e fortalecendo mecanismos que tornem mais efetivo o controle externo.

Em linhas gerais, este controle externo se dá em dois planos: o concentrado e o difuso (havendo grande variação na distribuição dessas formas de controle entre as unidades ministeriais).

O controle concentrado é exercido pela forma direta, como atividade fim da atuação do órgão ministerial, com fiscalização das unidades policiais, aferição da efetividade de suas atuações. Já o controle difuso, destina-se à fiscalização no manejo dos inquéritos policiais, aferindo seu grau de resolutividade, a concretude de suas ações na investigação dos crimes encerrados nos procedimentos, bem como a eventual negligência no impulsionamento dos inquéritos em andamento (SANTOS, 2019).

Em qualquer que seja a forma de atuação, o efeito mais natural e óbvio é a detecção de irregularidades na atuação policial, seguida da adoção de providências com relação a eventuais responsáveis. Ainda, observa-se presente o viés corretivo na atividade recomendatória, altamente presente na medida em que, especialmente nas atividades realizadas in loco mediante a realização de visitas às unidades policiais, expedem-se recomendações visando à melhoria dos serviços e do fluxo de trabalho (SANTOS, 2019).

É inevitável, portanto, chegar à conclusão que o controle externo da atividade policial oferece um elemento de extrema importância na formatação de um modelo de tutela da segurança pública pelo Ministério Público que é o conhecimento da atividade policial. Isto é, temos que o Parquet tem a função constitucional de promover *accountability*

policial que é o dever de prestação de contas, a partir dos princípios de transparência e publicidade.

De todo modo a atividade de controle externo é absolutamente indispensável para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Ante esse contexto, é necessário levantar o questionamento sobre que atividade é esta? Como é realizada? Que práticas existem?

A pesquisa realizada na cidade do Recife contou com a entrevista semiestruturada de três promotores de justiça com atribuição específica na área, as quais foram realizadas separadamente e sem o uso de gravados, apenas com a notação das pesquisadoras. No ato forneceram dados que correspondem aos mesmos também fornecidos pela Secretaria de Defesa Social solicitadas por meio da Lei de Acesso à Informação.

Outrossim, também foram analisados documentos fornecidos pelo MPPE (Formulário de visita técnica às delegacias, Relatório de Visita Técnica a Estabelecimento Militar Estadual, Formulário de Visita Técnica à Medicina Legal Estadual, Formulário de Visita Técnica à Perícia Criminal Estadual)

Em primeiro momento, do ponto de vista quantitativo, tem-se que os casos de Morte Decorrente de Intervenção Policial entre 2014 e 27/08/2018 é de 330 casos, sendo 47 deles, na cidade do Recife². O MPPE, informou que os casos de MDIP em Recife no período de 2015-2018 39 casos. Isto é, há uma diferença de 8 casos, que devem ser referentes exclusivamente ao ano de 2014, uma vez que o acompanhamento numérico específico pelo MP só teve início quando surgiu a resolução determinando que esse controle quantitativo fosse realizado.

No universo desses 39 casos, 3 denunciados, 4 arquivados e 32 em diligência, sem que o termo diligência seja identificado pelo MPPE, nem mesmo na cobrança do retorno do que fora requisitado.

Nenhum dos autos físicos foram acessados até o presente momento da pesquisa, por absoluta falta de autorização por parte das instituições, não obstante serem documentos públicos como é de conhecimento. Porém, não obstante essa dificuldade, já possível inferir, em termos de resultado, que não há andamento efetivo dos processos, já que a maioria encontra-se em fase policial, que o uso da força policial é autoritária e violenta, que há enorme dificuldade de acesso a dados, além da disparidade dos mesmos.

² Por meio de pedidos de Acesso à Informação à Secretaria de Defesa Social, obteve-se os dados (Ofício 4.474 e 4.455/2018)

Em pesquisa recente, Orlando Zaccone (2015), analisando mais de 300 procedimentos com pedido de arquivamento feito pelo Ministério Público em inquéritos de homicídio provenientes de “autos de resistência” na cidade do Rio de Janeiro, nos anos de 2003 a 2009, verificou que o arquivamento é uma constante, o que indica a existência de um permanente estado de exceção, no qual as mortes produzidas pela atividade policial é acobertada por um manto de legalidade conferido pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário. Para tanto verificou que

A legítima defesa dos policiais necessita da desqualificação da vítima, no sentido de identificação do morto como criminoso e de sua periculosidade da sua vida no ambiente social. O poder de definição da legítima defesa pelo modo de vida da vítima acaba por engendrar uma verdade que dispensa a produção de provas quanto à legitimidade da ação policial” (ZACCONE, 2015, p. 168).

Todos os promotores, em entrevista, são unânimes em afirmar que não existe uma atividade específica de acompanhamento desses processos e que na verdade, existe uma grande desorganização, inclusive conceitual do que seria efetivamente o controle externo do Parquet. Esse reconhecimento é também oficial por parte do Poder público: “é tarefa que exige reflexão sobre as falhas – estruturais, normativas e até mesmo culturais – do aparato investigatório do Estado” (CNMP, 2019)

Quando questionados sobre como se dava o controle dos prazos processuais de encerramento de inquérito policial, por exemplo, restringiram-se a afirmar questões legais, indicando a única preocupação com prazos com réus presos. Outrossim, apontaram que algum acompanhamento mais individualizado se dá quando “familiares fazem pressão” ou quando são casos de repercussão que a “mídia não deixa passar”.

A situação de desorganização da atividade levou o MPPE a instaurar um grupo e trabalho específico para pensar a execução da atividade, o que o fez por meio da Portaria PGJ/POR 393/2019, em 15 de fevereiro de 2019; porém que, até o momento da entrevista em junho de 2019 ainda não havia avançado em discussões específicas, não tendo nada a relatar.

O cenário é semelhante ao que tivera sido informado nos fundamentos da RESOLUÇÃO RES-CPJ Nº 012/06, ainda nos idos de 2006, que se relatou: “CONSIDERANDO, ainda, que, segundo a opinião dos próprios membros do Ministério Público, o desempenho da instituição, no controle externo da atividade policial, foi o pior

avaliado, dentre os dezenove itens sindicados no Diagnóstico do Ministério Público dos Estados, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça-CNPG e Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, como o apoio do Ministério da Justiça”.

Isto é, o número de homicídios cresce no estado, o número de MDIP também assusta e o controle externo realizado pelo MPPE não tem alteração significativa.

Quando os documentos institucionais promovidos pelo CNMP (2016), mesmo aqueles que são especialmente destinados à temática, percebe-se que a preocupação é sobretudo quantitativa referentes a casos acompanhados pelo Ministério Público e especialmente quanto às condições das delegacias. Ou seja, não há uma política específica, nem mesmo para acompanhamento da instrução.

Isto é, enfoca-se muita atenção se dá ao trabalho policial de forma quantitativa, quer dizer, se olha apenas os dados e as estruturas físicas das delegacias e carceragens, o que é sim muito relevante, mas não devendo preponderar sobre o qualitativo; sobre o deslinde do próprio processo e a investigação para fins de responsabilização dos envolvidos, pois, é nesse âmbito que se consegue fazer uma análise mais detalhada do cotidiano e das práticas deste ente, não podendo ficar tal Instituição presa a números, os quais não transmitem a verdadeira face do trabalho da polícia.

Enfim, o que se percebe é que não há uma política específica engajamento institucional para o deslinde dos casos de homicídios – MDIP. Fato é que tal cenário corresponde com o que pensam os promotores de justiça sobre a atuação na área; uma vez que 88% não vêem a questão como prioritária para a instituição. Aliás,

O uso desmesurado da força policial, em vez de reduzir a violência, promove o seu fomento e compromete a credibilidade das instituições policiais perante a sociedade. E o mínimo que uma sociedade que conviva em um efetivo Estado Democrático de Direito espera é que, ocorrendo uma morte decorrente de intervenção policial, seja realizada a investigação, por meio da instauração do respectivo Inquérito Policial, ainda que exista um conjunto probatório a autorizar a conclusão da autoridade policial de que a conduta do agente estatal estava amparada em uma causa excludente de ilicitude (CNMP, 2014).

Estudo realizado no Rio de Janeiro revela que promotores de justiça entendem que na maioria dos casos se trata de violação a direitos humanos, sendo um desafio denunciar o policial por homicídio sem legítima defesa, pois os delegados de polícia muitas vezes atuam em parceria com os policiais militares, dificultando a produção da prova. A evidencia desta tensão está não fato de que foi verificado que na maioria das vezes o promotor de

justiça contraria a sugestão de arquivamento da polícia civil (NASCIMENTO, GRILLO, NERI, 2009).

No artigo “Controle Externo da Polícia e o Papel do Governo Federal”, Lemgruber e Musumeci concluem:

Todavia, resulta visivelmente deficiente quando o trabalho de tais instituições é fraco, omissivo, inoperante ou pouco isento; quando as próprias polícias têm baixa capacidade de investigar e solucionar delitos; quando as autoridades da área de segurança e justiça não demonstram grande empenho em reduzir a corrupção e a violência policiais; quando a sociedade civil e os meios de comunicação mobilizam-se pouco para a tarefa de controlar as polícias, quando não apoiam abertamente sua atuação truculenta e ilegal.

Nesse contexto, uma das questões que importa questionar é: Por que? Burocracia, falta de pessoal, deficiências estruturais etc são hipóteses que merecem reflexão. Este trabalho, no entanto, resolve fazer o recorte para discutir a hipótese da indiferença para com a vítima, uma vez que a construção da pessoa moral da vítima, a história pessoal do morto podem se tornar argumentos legais que influenciam a responsabilização ou não dos policiais.

Isto é, a forma de antecipar a culpabilidade da vítima é uma maneira de justificar a morte do indivíduo. Estudo realizado no Rio de Janeiro informa que quando a vítima tem antecedentes é difícil afastar a tese construída, desde a delegacia, de que o fato foi realizado em legítima defesa.

Em pesquisa realizada no Rio de Janeiro, com os inquéritos policiais e para compreensão das justificativas das decisões, tem-se uma das conclusões: “a arrecadação de uma arma junto à vítima costuma bastar para que se configure uma “exclusão de ilicitude” da ação policial. A apreensão de drogas, radiotransmissores e demais objetos associados a práticas ilícitas também contribuem para demonstrar o envolvimento da pessoa morta com atividades criminosas, sustentando a narrativa dos policiais” (NASCIMENTO, GRILLO, NERI, 2009).

Quer dizer, os processos de sujeição criminal (MISSE, 1999) explicam de que maneira o homicídio de determinados tipos sociais é levado à cabo pelo sistema de justiça criminal.

Não obstante não ter sido autorizado o acesso aos autos dos procedimentos/processos, supõe-se que as vítimas locais são as mesmas do cenário nacional – negras, pobres e jovens. É nesse sentido que segue-se a análise seguinte.

4. VITIMIZAÇÃO DA JUVENTUDE NEGRA: UMA LEITURA DO RACISMO ESTRUTURAL NA CIDADE DO RECIFE

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).

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).

De tudo o que vem sendo justificado, como se vê, é preciso partir de um marco teórico para interpretação dos dados que a morte provocada por policiais é orientada pelo racismo institucional. O conceito refere-se a “políticas institucionais que, mesmo sem o suporte da teoria racista de intenção, produzem consequências desiguais para os membros das diferentes categorias raciais” (SOUZA, 2011, p. 79).

Trata-se de uma forma encoberta, sutil que não se reduz a atitudes de indivíduos e que opera no sentido da reprodução de sistemas que lhe conferem significado e existência e que mantem lógicas de privilégios. Ou seja, na medida em que brancos, ainda que não tenham intenção de discriminar são diretamente beneficiados pelas atitudes enviesadas da polícia, seja para a identificação da atitude suspeita que gerará a prisão em flagrante, seja pela presunção de violência que implica em morte.

Ou seja, há uma dimensão estrutural que não pode ser negada.

Conforme estudos desenvolvidos por Sinhoretto (2014), a existência de mecanismos como o de filtragem racial são utilizados por policiais na identificação suspeitos, sendo o tirocínio policial a nomenclatura dada à experiência de rua que um policial adquire para identificar o suspeito ao primeiro olhar com base na fundada suspeita. É uma espécie de faro policial que decorre do treinamento e da formação (ALBERNAZ, 2015)

Nesse sentido, o elemento de interpretação aqui proposto é que, historicamente, a população negra passa 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 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. Considerando crenças racistas pretéritas da sociedade brasileira, o sistema impregna-se de modo a produzir resultados racistas. E não tem como ser diferente, senão produzir resultados discriminantes.

Felipe Vianna (2015, p. 68), afirma que, apesar de a seletividade já se fazer latente ao que se refere a criminalização primária, ela se opera em concreto pelas agências de criminalização secundária, principalmente pela polícia. Segundo o autor, tais agências possuem um controle operacional restrito perante o número de delitos que chegam ao seu conhecimento. Dessa forma, assumem um papel estratégico no que se refere a decisão sobre quais pessoas são criminalizadas e quais são vítimas em potencial.

Não é sem razão que as raízes autoritárias nacionais, fincadas no contexto colonial de escravidão da população negra, podem guiar o faro policial que resultam na constru-

ção da seletividade penal: negros e recorrentemente pobres. 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): “[...] 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”.

Esse olhar seletivo ou o “faro policial”, conforme afirma Elizabete Albernaz, aponta para um processo de formação e modulação do olfato dos cães no trabalho para a localização de armas e drogas e, em paralelo, um direcionamento nas construções a partir de experiências, imagens e sensibilidades do condutor na busca pelo suspeito/criminoso. “Homens e animais “farejam”, cada qual em busca de suas recompensas – “os homens com suas toneladas de drogas, armas e munições apreendidas; os cães com seus ‘brinquedos’” –, rendimentos decorrentes de suas intervenções.” (ALBERNAZ, 2015, p.9)

Acontece que esse processo de decisão que é dirigido sobre potenciais criminosos, segue a demanda de interesses políticos e econômicos de grupos hegemônicos. Em um contexto social como o brasileiro, marcado por uma profunda desigualdade social e racial e uma cidadania seletiva, as agências de controle social têm sua atuação inserida nessas demandas cada vez mais excludentes e voltadas contra a juventude negra.

Quer dizer: 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).

Como, no Brasil, os próprios cidadãos percebem que não vivem numa sociedade culturalmente igualitária, eles próprios reforçam, numa hierarquização prática de suas escolhas racionais de punibilidade, a punição prioritária aos crimes que afrontam diretamente seus corpos e sua segurança-de-rotina, mais que quaisquer outros. O fantasma de uma violência criminal urbana crescente constitui o núcleo dessa seletividade criminal e, ao mesmo tempo, reforça a funcionalidade social das redes informais, pessoais e hierárquicas de poder. A política segue (e manipula) essa seleção já dada, não a inventa (MISSE, 2011, p. 56).

A despeito de vivenciarmos, desde 1988, e com a promulgação da Constituição Cidadã, o mais extenso período de vigência de um estado de direito e de uma

democracia no Brasil republicano, não logramos diminuir as desigualdades, combater o racismo institucional e estrutural contra negros e índios, erradicar as práticas de violência de gênero. Nosso presente anda, mesmo, cheio de passado [...] (SCHWARCZ, 2019, p. 24)

Considerando que a segurança pública no Brasil é concebida e operada por uma lógica punitiva e militarizada, o que pressupõe aniquilamento ou encarceramento, a atividade policial tem grande destaque sobrando pouco espaço para outros agentes institucionais (SILVESTRE; SCHLITTLE; SINHORETTO, 2015).

Nesse sentido, é possível afirmar que as organizações têm vida própria e “tende a institucionalizar uma cultura singular, que não está prevista pelo arcabouço formal do sistema, e que acaba por influenciar a percepção e cada uma delas acerca de seu papel e das outras na dinâmica do fluxo” (SAPORI, et. Al., 2012, p. 3). E nesse caso, a lógica perversa das polícias são racistas, violentas e exterminadoras. Daí, no momento do confronto real ou criado discursivamente pelas polícias, o aniquilamento, é uma saída.

Portanto, é uma situação que demanda ações constitutivas do Estado no sentido da prevenção específica dessa população. Porém, como afirma (SINHORETTO, 2014, p.127): “Neste cenário, a violência policial e a ineficiência do Judiciário configuram os mais poderosos instrumentos de reprodução dessa cidadania diferenciada, reproduzindo desigualdades e reforçando estereótipos segregacionistas”.

Assim, tanto a polícia como o Judiciário são entidades que deveriam repelir as desigualdades e, conseqüentemente, práticas racistas, em contrapartida, garantir a promoção de direitos de forma universal aos cidadãos. Não obstante, na prática, percebe-se que ambos convergem para a violação desses preceitos trazendo a falência do Estado Democrático de direito, conforme explica (SINHORETTO, 2015).

Não sendo a única ferramenta, o sistema penal e, nesse sentido, tomado como a porção mais vulnerável de um empreendimento genocida que o preside e o ultrapassa. Atentando para a configuração dos sistemas penais brasileiros (colonial-mercantilista, imperial-escravista, republicano positivista e neoliberal) ao longo do processo histórico, constatamos que o racismo e principal âncora da seletividade inscrita nesses empreendimentos, além de formatar decisivamente a metodologia de sua abordagem, sendo tomado mesmo como um mecanismo delimitação do segmento negro. Assim a partir das conquistas teóricas em criminologia, com o advento do paradigma da reação social e da criminologia crítica, entendemos que há um potencial subaproveitado que pode ser revertido

numa análise dos empreendimentos penais que leve efetivamente em conta o racismo enquanto categoria fundante. A partir desse tipo de elaboração – definitivamente tomando como ponto de partida que o genocídio esta presente nas competências tácitas do sistema penal – acreditamos que estará aberta mais um flanco para o desmascaramento do Estado que trabalha para o extermínio da população negra brasileira.

A polícia, como dito, funciona como braço importado de um estado racista onde a bala encontra corpos marcados por uma história escondida pela nação. Todavia, faz-se importante perceber o quanto esta, muitas vezes, se faz vítima da própria perspectiva. A instituição policial, conhecida pela também existência de corpos negros em massa, retoma a questão central de como o racismo no Brasil é autofágico e inerente, inconscientemente presente no dia a dia da população e trilhando, dentro e fora do direito propriamente dito, a vida das pessoas, especialmente das pessoas negras. Como instrumento do controle social, por fim, a polícia fará este controle dito territorial, mas que adentrará em todas as esferas, como Achille Mbembe (2017) coloca – territorialidade, classe e raça.

O Ministério Público, partindo de outra faceta, se mostra como defensores dos interesses da sociedade e garantidores dos direitos dos cidadãos e cidadãs. Entretanto, nesta própria ideia de órgão defensorio tem-se a dificuldade da população negra para se entender enquanto “ser” detentor de direitos, pois “Há uma zona de não ser, uma região extraordinariamente estéril e árida, uma rampa essencialmente despojada, onde um autêntico ressurgimento pode acontecer” (FANON, 2018).

O próprio Abdias do Nascimento (2016) acreditava que o passado escravista do Brasil, jamais citado em sua realidade nos livros de história, afastava o “ser” negro do acesso à justiça, a dignidade e a identidade. Esta ultima que coloca este ser nesta terrível posição de ausência de si. Então, como pode o Estado, que não o reconhece, entender da defesa de seus direitos?

Esta morte, de fato e de direito transpassa todo e qualquer estudo que se proponha a entender o ser negro para além do racismo interpessoal. Com este trabalho, passamos por inúmeros fatos, entre eles a ausência quase total de dados, que reiteravam a morte (não contabilizada) como instrumento eficaz de silenciamento.

Por fim, o que se percebe a nível local, é o que vem sendo concluído nacionalmente, uma indiferença proposital por parte dos entes estatais a fim de não adentrarem a esfera da culpa objetiva pela morte dos jovens negros, tecnologia esta que se encontra sendo reproduzida pelo Brasil há anos. Esta realidade, constrói a violência e o ataque aos direitos

fundamentais de toda a população. Para além, a ausência se coloca como o poder de silenciamento que impõe empecilhos a toda a qualquer possibilidade de levar à população negra a igualdade material e a sociedade brasileira, como um todo, um caminho melhor.

A partir de todo o contexto apresentado o fato é que apesar da atuação policial, a prática de uso da força justificada pela “oposição à intervenção policial” deve ser compreendida como política pública, na medida em que o Ministério Público, o Judiciário e o Poder Executivo são corresponsáveis pela violência institucional perpetrada, afinal a apuração dos fatos perpassa todo o sistema de segurança jurídica e de Justiça Criminal. Isto é, embora possa ser um instrumento de trabalho policial, para garantir o desempenho da função, a falta de fiscalização e controle do instituto, abre-se espaço para grandes distorções.

Enfim, a tentativa de monopólio da violência dentro dos padrões da legalidade por parte do Estado, desde 1980, evidentemente é um fracasso, pois “autoritarismo socialmente implantado” não tem a violência como um modelo de exceção, mas uma regra. Os governos autoritários apenas reforçam esse padrão e durante a tentativa de democratização, sempre permanece um “regime de exceção paralelo” como recurso de manutenção de poder (PINHEIRO, 1991, p. 46, 50).

O exemplo dessa conclusão é que “não existe nenhum regime democrático no mundo que apresente, como o Brasil, altíssimos níveis de violência criminal, índices de violação aos direitos humanos e impunidade” (PINHEIRO, 1991, p. 54). Não há, portanto, disfunção, e não há mudança enquanto não for focalizada de maneira transparente a violência, sem dissimulação da repressão ilegal, o que implica dizer – reconhecer os níveis de punitividade que não estão somente em níveis políticos, mas também, lá longe, nas extremidades, nos microcontextos, onde se ocorrem as relações concretas entre classes, os grupos sociais, seus interesses” (PINHEIRO, 1991, p. 52).

Ou seja,

A violência policial é um problema que afeta a qualidade de vida dos cidadãos, pois gera desconfiança nas agências responsáveis pela aplicação da lei, conduzindo, dessa forma, a respostas cada vez mais privadas – e violentas – de resolução de conflitos. As instituições policiais sabem que quando a força utilizada pelos seus agentes é superior àquela considerada necessária para conter a desordem ou o crime a autoridade policial tende a ser enfraquecida. o uso desnecessário da força pode até ser percebido como um símbolo de poder, mas pode ser igualmente interpretado como um sintoma da ausência de autoridade (LOCHE, 2010, p. 54).

De todo modo, o que se quer evidenciar é que o sistema de justiça criminal é anacrônico e existem instituições extremamente conservadoras que ajudam a reproduzir o sistema de desigualdade. Pensar em controle externo da atividade policial exige uma reflexão sobre as falhas – estruturais, normativas e até mesmo culturais – do aparato investigatório do Estado.

É preciso ter como pauta que direitos humanos e eficiência policial não se opõem e são ambos igualmente necessários. Nesse sentido, empregar força proporcional ao risco apresentado é ferramental crucial na construção da credibilidade policial, questão que demanda o próprio aprimoramento do aparelho policial

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos elementos de pesquisa apresentados, tem-se que há uma dificuldade na realidade brasileira de se trabalhar com dados, sendo os mesmos sempre postos em dúvida, ante a credibilidade de sua produção.

Apesar da dificuldade, viu-se que a sociedade brasileira convive com altíssimos índices de homicídios, dentre os quais, o número de mortes provocadas pelas polícias é significativo. Isto significa dizer que discutir a letalidade policial e como se dá o uso estatal da força é uma condição indispensável não somente para a instituição, mas para o próprio projeto democrático do país.

A temática remete, desse modo, à investigação sobre como é feito o controle/fiscalização da atividade policial que constitucionalmente é atribuição do Ministério Público, que assume para si a responsabilidade muito recentemente, de maneira mais exata, a partir de 2015, quando começa a ser desenhado o projeto normativo sobre como essa atividade será realizada.

Não obstante a missão institucional, verificou-se que na cidade do Recife, a atividade não é minimamente estruturada, imperando amadorismo, o que implica não verificação da responsabilidade policial dos casos. Quantitativamente, verificou-se que os procedimentos de Mortes decorrentes de intervenção policial – MDIP – em grande maioria, ainda se encontram em fase inquérito policial, não havendo controle do tempo de realização de diligências, eventualmente requeridas pelo *Parquet*, bem como dos prazos originários para conclusão de inquéritos policiais. Qualitativamente identificou-se que as

práticas e saberes da atuação do MP não é organizada e que não há uma política específica para tratar da situação.

Visando investigar a razão das leniências indicadas, ponderou-se que as vítimas, via de regra, repetem o contexto nacional – pretas, pobres e periféricas – o que levaria à indiferença como marca da atuação desorganizada do MP; um racismo institucional que replica a estrutura racista da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.
- FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas.** Salvador:Ed. UFBA, 2008.
- MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra.** São Paulo: Antígona. 2017.
- NASCIMENTO, Abdias. **O genocídio do negro brasileiro.** São Paulo: Perspectiva, 2016.
- ALBERNAZ, Elizabete Ribeiro. “Faro Policial”: um estudo de caso acerca dos critérios de construção e operação de padrões *de suspeição e seletividade na ação policial*. **Anais** do 39º Encontro Anual Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, 2015.
- NASCIMENTO, Andréa Ana do; GRILLO, Carolina Christoph; NERI, Natasha Elbas. “Autos com ou sem resistência: Uma análise dos inquéritos de homicídios cometidos por policiais”. **Anais**, 33o Encontro Anual da ANPOCS, 2009.
- BRASIL. Presidência da Republica. 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.
- BUENO, Samira; CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sérgio de. Sob fogo cruzado II: letalidade da ação policial. *In*: LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira (coord.) *Anuário brasileiro de segurança pública*7. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2013.
- CERQUEIRA, Daniel; COLEHO, Danilo Santa Cruz. **Democracia racial e homicídios de jovens negros na cidade partida.** Texto para discussão. Brasília, janeiro, 2017.
- CNMP. **O ministério Público e o controle externo da atividade policial.** DADOS. Brasília: CNMP, 2016.

CNMP. **O ministério Público e o controle externo da atividade policial**. Brasília: CNMP, 2019.

FELTRAN, Gabriel. Homicídios no Brasil. Esboços para uma análise. In: IPEA; FBSP. **Atlas da violência 2019**. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019.

FGV DAPP. <http://dapp.fgv.br/analiseaponta-relacao-entre-numeros-de-letalidade-e-de-vitimizacao-policial-no-pais/>. Acesso: 30.09.2019

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA Pública – FBSP. 13. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo, 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA Pública – FBSP. 12. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo, 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA Pública – FBSP. 11. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo, 2017.

GONÇALVES, Cristhovão Fonseca. Nas redes da proibição: crack, polícia e segurança pública na Grande Recife. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 129. ano 25. p. 107-136. São Paulo: Ed. RT, março 2017.

IPEA; FBSP. **Atlas da violência 2019**. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019.

KAHN, T. Crescimento econômico e criminalidade: uma interpretação da queda dos crimes no Sudeste e aumento no Norte/Nordeste. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, v.7, n.1, fev./maio. p.152-164, 2013.

LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda. Controle Externo da Polícia e o Papel do Governo Federal. **Boletim de Análise Político-institucional** | n. 11 | Jan.-Jun. 2017
LIMA, 2011.

LIMA, Renato Sérgio. Contar crimes e criminosos no Brasil. IN: LIMA, Renato Sérgio. Entre palavras e números. **Violência, democracia e segurança pública no Brasil**. São Paulo: Alameda, 2011

LOCHE, Adriana. A LETALIDADE DA AÇÃO POLICIAL: PARÂMETROS PARA ANÁLISE. **Tomó**, São Cristóvão, SE, n. 17, Jul-Dez, 2010.

MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. A Guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil. Editora: Todavia, 2016.

MANSO, Bruno Paes. A cena criminal brasileira mudou; compreendê-la ajuda entender as novas dinâmicas do homicídio. In: IPEA; FBSP. **Atlas da violência 2019**. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019.

MISSE, Michel. NÚCLEO DE ESTUDOS DA CIDADANIA, CONFLITO E VIOLÊNCIA URBANA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. **Relatório final de pesquisa** – “autos de resistência”: uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011). Rio de Janeiro, 2011.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Autoritarismo e transição. **Revista USP**, n. 9, São Paulo, março, 1991.

RATTON JL, GALVÃO, C, Fernandez M. Pact for Life and the Reduction of Homicides in the State of Pernambuco. **Stability: International Journal of Security and Development**, v. 3, 2014.

RATTON, José Luiz; CIRENO, Flavio. Violência endêmica: relatório de pesquisa: homicídios na cidade do Recife: dinâmica e fluxo no sistema de justiça criminal. **Revista do Ministério Público de Pernambuco**. Vol. 1, n.1, Procuradoria Geral de Justiça, 2007.

RATTON, Jose Luiz; DAUDELIN, Jean. Construction and Deconstruction of a Homicide Reduction Policy: The Case of Pact for Life in Pernambuco, Brazil. **International Journal of Criminology and Sociology**, 7, p. 173-183, 2018.

RATTON, Jose Luiz; GALVÃO, Clarissa, FERNANDEZ, Michelle. **O pacto pela vida e a redução de homicídios em Pernambuco**. Instituto Igarapé. Artigo Estratégico 8. Ago. 2014, Disponível em: < <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2014/07/artigo-8-p2.pdf> > Acesso em: 02 de fevereiro 2016.

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, Ludmila; SILVA, Klarissa. Fluxo do Sistema de Justiça Criminal Brasileiro: Um balanço da literatura. **Cadernos de Segurança Pública**, ano 2, n. 1, 2010.

SAPORI, L.F; ANDRADE, S.; CARDOSO, P. Desafios da governança da política de segurança pública: o caso da política de integração das Polícias em Minas Gerais. **Trabalho apresentado no 8 ABCP**, Gramado/RS, p. 1-39, 2012.

SILVA, Isabella Miranda da. Racismo institucional e colonialidade nos discursos e práticas criminais: os casos dos mortos de Pedrinhas. Dissertação de Mestrado. Brasília: Universidade de Brasília, 2018.

SILVESTRE, Giane; SCHLITTLER, Maria Carolina; SINHORETTO, Jacqueline. **Encarcerados do Brasil: seletividade penal na gestão da riqueza e da violência.** In: ENCONTRO ANUAL DA AN-POCS, 39, 2015, Caxambu. Anais... Caxambu: ANPOCS, 2015.

SINHORETTO, Jacqueline; et all. A filtragem racial na seleção policial dos suspeitos: segurança pública e relações raciais. In: BRASIL. **Segurança Pública e Direitos Humanos: Temas Transversais.** Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

SINHORETTO, Jacqueline; LIMA, Renato Sérgio de. Narrativa autoritária e pressões democráticas na segurança pública e no controle do crime. **Contemporânea.** Dossiê violência, crime e teoria social. V. 5, n. 1, p. 119-141, jan. – jun, 2015.

SINHORETTO, Jacqueline. Juventude e violência policial no Município de São Paulo. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, v. 10, São Paulo, 2016.

SOARES, Luiz Eduardo. A Política Nacional de Segurança Pública: histórico, dilemas e perspectivas. **Estudos Avançados**, 21 (61), 2007.

SOUZA, Arivaldo Santos de. RACISMO INSTITUCIONAL: PARA COMPREENDER O CONCEITO. **Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN)**, [S.l.], v. 1, n. 3, p. 77-88, fev. 2011. ISSN 2177-2770. Disponível em: <<http://abpnrevista.org.br/revista/index.php/revistaabpn1/article/view/275>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência.** Homicídios por arma de fogo no Brasil. Flacso Brasil, 2016.

ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida** – a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZILLI, Luís Felipe. Letalidade e Vitimização Policial: características gerais do fenômeno em três estados brasileiros. **Boletim de Análise Político Institucional**, n. 17, Dezembro de 2018.

O QUE NOS *RESTA* DE POLÍCIA

WHAT “REMAINS” OF POLICE

Yanahê Fendeler Höelz

Doutoranda em Ciência Política – UFF

yanahefendeler@hotmail.com

Resumo: O objetivo deste artigo é produzir uma reflexão sobre a produção do mandato policial na cidade do Rio de Janeiro, tomando como inspiração a obra “O que resta de Auschwitz” (2008), de Giorgio Agamben, na qual o autor analisa a produção literária de sobreviventes ao campo de concentração nazista. Uma das interpretações possíveis para o *resto* em Agamben é a de que o termo corresponde a um hiato, a uma lacuna, a algo que não poderia ser testemunhado pelos sobreviventes ao campo. Nesse sentido, o *resto* é aquilo que está *entre* os mortos, *entre* os sobreviventes, *entre* os salvos e *entre* as testemunhas que estiveram presentes nos campos de fabricação de corpos matáveis. Tomo como referencial teórico parte da obra de Agamben para pensar a polícia, neste caso, a Polícia Militar do estado do Rio de Janeiro – PMERJ, e suas relações com a sociedade policiada, inspirando-me também em experiências com policiais militares em pesquisas de campo. O *resto* aqui adquire alguns sentidos possíveis: 1) uma lacuna, aquilo que é silenciado, mal resolvido; 2) o que sobra/permanece da polícia que se tem e 3) o que falta de uma polícia que se espera – aquela que nunca foi, mas que se anseia ter. Quais são os *restos* da Polícia Militar do estado do Rio de Janeiro? E o que nos *resta* de polícia? A partir desta problematização, o texto abre espaço para a discussão sobre a ideia de polícia moderna e como ela se materializou no Rio de Janeiro, buscando compreender os dilemas que são vivenciados por policiais militares para a execução de seu mandato. Do ponto de vista teórico-metodológico, tomo de empréstimo o olhar de Arendt (1999) na tentativa de considerar a perspectiva do “outro” e procurar entender aquilo que o move sem prejudicá-lo. A reflexão aponta que os massacres de outrora não terminaram. Eles continuam presentes todos os dias, em cada normalidade cotidiana. Por isso, os *restos* devem ser tocados, explicitados e discutidos, mesmo ao preço de descobrirmos que também temos os nossos *restos*, que deles fazemos parte e que com eles produzimos e reproduzimos desigualdades e massacres.

Palavras-chave: Mandato policial. *Resto*. Lacunas. Permanências.

Abstract: The objective of this article is to produce a reflection on the production of the police mandate in the Rio de Janeiro city, taking as inspiration the work “What remains of Auschwitz” (2008), by Giorgio Agamben, in which the author analyzes the literary production of survivors of the Nazi concentration camp. One of the possible interpretations for “the *rest*” in Agamben is that the term means a hiatus, a gap, something that could not be witnessed by survivors in the camps. In this sense, the *rest* is *among* the dead, survivors, saved and *among* the witnesses who were present in the camps of bodies subject to death. I take as a theoretical reference part of Agamben’s work to think of the police, in this case PMERJ, and their relations with the policed society, also using experiences with military police in field research. “The *rest*” here acquires some possible meanings: 1) a gap, that which is silenced, badly solved; 2) what remains of the police that we have and 3) what is missing from a police that is expected. What are the *remains* of PMERJ? And what *remains* of police for us? From this problematization, the text opens space for the discussion about the idea of modern police and how it materialized in Rio de Janeiro, seeking to understand the dilemmas that are experienced by military police officers for the execution of their mandate. From the theoretical-methodological point of view, I seek inspiration from Arendt (1999) to consider the “other” perspective. The reflection indicates that the massacres of the past have not ended. They are still present every day. Therefore, the remains must be explained and discussed, even at the price of discovering that we also have our remains, we are part of them, and we produce and reproduce inequalities and massacres.

Keywords: Police Mandate. *Rest*. Gaps. Continuities.

INTRODUÇÃO

A polícia era o grande terror daquela gente, porque, sempre que penetrava em qualquer estalagem, havia grande estropício; à capa de evitar e punir o jogo e a bebedeira, os urbanos invadiam os quartos, quebravam o que lá estava, punham tudo em polvorosa. Era uma questão de ódio velho.

(Aluísio Azevedo, O Cortiço)

No cortiço de São Romão, alguém grita: “Fogo!” Um incêndio acabaria com aquelas casinhas. Fez-se logo uma grande confusão. Os moradores atordoados se ocupavam em salvar o que era seu. Já os policiais, aproveitando o pânico dos adversários, avançavam com ímpeto, levando na frente tudo o que encontravam, ingressavam no infernal reduto dando espadeiradas para todos os lados, como quem destroça uma boiada. Desejosos por vingança, os policiais iam invadindo e quebrando tudo, loucos de cólera (AZEVEDO, 2018, p. 124). Essa era a polícia retratada por Aluísio Azevedo no tempo dos cortiços no Rio de Janeiro. Era, um passado imperfeito. Mas que não passou.

Assim a polícia foi criada no Brasil, a serviço das elites e contra aquilo e aqueles que as perturbavam: capoeira, pobres, negros, *vagabundos*. Desde então, a polícia já lutava contra um inimigo: a própria sociedade (ou parte dela). Nada compatível com o modelo de polícia moderna que se construía em Londres, com Robert Pell, em 1829. Mas quem eram esses agentes que tinham “adversários” e que nutriam por eles um “ódio velho”? Policiais, praças¹, também pobres – ora no papel de opressores, ora oprimidos.

O objetivo deste artigo é produzir uma reflexão sobre a produção do mandato policial² na cidade do Rio de Janeiro, tomando como inspiração a obra “O que resta de Auschwitz” (2008), de Giorgio Agamben, na qual o autor analisa a produção literária de sobreviventes ao campo de concentração nazista.

Uma das interpretações possíveis para o *resto* em Agamben é a de que o termo corresponde a um hiato, a uma lacuna, a algo que não poderia ser testemunhado pelos sobreviventes ao campo. Nesse sentido, o *resto* é aquilo que está *entre* os mortos, *entre* os sobreviventes, *entre* os salvos e *entre* as testemunhas que estiveram presentes nos campos de fabricação de corpos matáveis. Tomo como referencial teórico parte da obra de Agamben para pensar a polícia, neste caso, a Polícia Militar do estado do Rio de Janeiro – PMERJ, e suas relações com a sociedade policiada, inspirando-me também em experiências com policiais militares em pesquisas de campo em uma favela carioca, sob

¹ Traduzindo para a atual Polícia Militar, o ingresso na carreira se dá sob duas formas: oficialato (que vai do posto de 2º tenente ao posto de coronel) e praças (que vai da graduação de soldado até a de subtenente). A formação do oficialato é destinada ao preparo para o exercício de funções de comando, chefia e direção. Os subtenentes e os sargentos, ambos praças, auxiliam e complementam as atividades dos oficiais. Já os cabos e os soldados, são “essencialmente, os elementos de execução” (art. 37 do Estatuto da PMERJ). Em outras palavras, no linguajar dos policiais, eles são “a ponta da lança”, são os que estão na rua.

² Vem de Bittner (2003) a proposta de uma teoria de polícia que se dedique à conceituação do mandato policial. Para o autor, o mandato autorizativo da polícia é o uso da força.

o contexto da *pacificação* e implementação de Unidades de Polícia Pacificadora – UPPs (2008-2014).³

Do ponto de vista teórico-metodológico, tomo de empréstimo o olhar de Arendt (1999) na tentativa de considerar a perspectiva do “outro” (o “outro” policial) e procurar entender aquilo que o move sem prejudicá-lo. Em 1961, Hannah Arendt fez a cobertura do julgamento de Adolf Eichmann, em Jerusalém, para a revista *The New Yorker*. Considerado um dos maiores criminosos do regime nazista (1933-1945), Eichmann se via como um aplicado funcionário do Estado alemão, cumpridor das ordens de Hitler e obediente ao seu papel na deportação de judeus para os campos de extermínio nazistas. O que marca a análise de Arendt em seu relato sobre o referido julgamento é a sua atenção para o acusado. Ao contrário do que se podia esperar de uma teórica política de origem judaica, 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, uma violência ao “outro” compartilhada por muitos e que pode ser praticada por qualquer um – imperceptivelmente. Eichmann simplesmente nunca percebeu o que estava fazendo, constatou Hannah Arendt (1999).

Arendt também é inspiração para Agamben, cuja obra é composta por figuras, conceitos, fatos e ideias que formam paradigmas capazes de extrapolar o contexto histórico no qual estão inseridos, engendrando, assim, as reflexões subsequentes propostas pelo autor. Utilizo-me do conceito de *resto* também reformulando-o, conferindo-lhe novos significados para a minha reflexão. O *resto* aqui adquire alguns sentidos possíveis: 1) uma lacuna, aquilo que é silenciado, mal resolvido; 2) o que sobra/permanece da polícia que se tem e 3) o que falta de uma polícia que se espera – aquela que nunca foi, mas que se anseia ter.

Quais são os *restos* da Polícia Militar do estado do Rio de Janeiro? E o que nos *resta* de polícia? A partir desta problematização, o texto abre espaço para a discussão sobre a ideia de polícia moderna e como ela se materializou no Rio de Janeiro, buscando compreender os dilemas que são vivenciados por policiais militares para a execução de seu mandato, exemplificando com o contexto do mais recente projeto de *pacificação*.

³ Parte de uma pesquisa já concluída pode ser encontrada em Hölz (2018).

Para tanto, o primeiro capítulo indica o ponto de partida que guiará a reflexão do texto, trazendo um pouco da construção teórica de Agamben no que diz respeito ao *resto* de Auschwitz. Em seguida, o artigo aborda a produção do mandato policial na cidade do Rio de Janeiro e seus contrastes com uma ideia de polícia moderna. No capítulo final, alguns *restos* da *nossa* polícia militar e da sociedade – da qual fazemos parte – serão questionados.

A reflexão aponta que os massacres de outrora não terminaram. Eles continuam presentes todos os dias, em cada normalidade cotidiana. Por isso, os *restos* devem ser tocados, explicitados e discutidos, mesmo ao preço de descobrirmos que também temos os nossos *restos*, que deles fazemos parte e que com eles produzimos e reproduzimos desigualdades e massacres.

1. O RESTO EM AGAMBEN E O CAMPO A CÉU ABERTO

As “testemunhas integrais”, aquelas em cujo lugar vale a pena testemunhar, são os que “já tinham perdido a capacidade de observar, recordar, medir e se expressar”, aquelas para quem falar de dignidade e de decência não seria decente.

(Giorgio Agamben)

“Num instante, por intuição quase profética, a realidade nos foi revelada: chegamos ao fundo. Mais para baixo não é possível. Condição humana mais miserável não existe, não dá para imaginar” (LEVI, 1988, p. 32). Primo Levi, pela primeira vez, se dá conta que sua língua não tem palavras para expressar a aniquilação de um homem. Tiraram-lhe tudo: os sapatos, as roupas, o cabelo, a fala, o nome, o homem. Levi estava prestes a se tornar um *muçulmano*.

Primo Levi é um dos sobreviventes dos campos de concentração nazistas. Deportado em 1944 com 650 judeus, é um dos três que sobraram. O campo transforma seres humanos em algo miserável, inumano, que perde a si mesmo, que está sujeito a um poder de decisão sobre sua vida e sua morte. O campo de concentração é o lugar de fabricação de *muçulmanos*.

Muçulmano era o termo utilizado para designar os que estavam morrendo de desnutrição em Auschwitz. Observados de longe, tinha-se a impressão de que fossem árabes em oração. É no campo que se decide quem é humano e quem não é; é no campo

que se distingue o homem do muçulmano. Auschwitz “é o lugar de um experimento ainda impensado, no qual, para além da vida e da morte, o judeu se transforma em muçulmano, e o homem em não-homem” (AGAMBEN, 2008, p. 60).

A sua vida é curta, mas seu número é imenso; são eles, os “muçulmanos”, os submersos, são eles a força do Campo: a multidão anônima, continuamente renovada e sempre igual, dos não homens que marcham e se esforçam em silêncio; já se apagou neles a centelha divina, já estão tão vazios, que nem podem realmente sofrer. [...] Se eu pudesse concentrar numa imagem todo o mal do nosso tempo, escolheria essa imagem que me é familiar: um homem macilento, cabisbaixo, de ombros curvados, em cujo rosto, em cujo olhar, não se possa ler o menor pensamento (LEVI, 1988, p. 132).

A questão é que esse campo de outrora e o muçulmano que lá era fabricado não ficaram no passado. Agamben (2008) sinaliza que Auschwitz é a prova viva de que o *nomos* (a norma) do espaço político contemporâneo é o campo de concentração, um espaço que se abre quando a exceção começa a se tornar a regra. E este é um *campo* que não se restringe ao regime nazista, ele está a céu aberto e pode ser visto para onde se colocam nossos olhares. E quem pode falar dos terrores vividos no campo? Quem são as verdadeiras testemunhas (de ontem e de hoje)?

Apenas quem “chegou ao fundo” seria capaz de testemunhar o indizível. Apenas quem tornou-se o não-homem, o muçulmano, seria considerado o testemunho integral dos horrores vividos no campo. Mas a aporia do testemunho é a “impossibilidade de ver de quem está no campo, de quem, no campo, ‘chegou ao fundo’, tornou-se não-homem. [...] Por isso, para o muçulmano, testemunhar, querer contemplar a impossibilidade de ver não é tarefa simples” (AGAMBEN, 2008, p. 61). E é exatamente no fato de poder falar em nome de um não poder dizer que reside a autoridade da testemunha.

Em 1964, Hannah Arendt concedeu uma entrevista à televisão alemã. Questionada sobre o que restava da Europa do período pré-hitlerista em que havia vivido, Arendt teria dito: “O que resta? Resta a língua materna.” Para Agamben, dar testemunho significa “pôr-se na própria língua na posição dos que a *perderam*, situar-se em uma língua viva como se fosse morta, ou em uma língua morta como se fosse viva” (AGAMBEN, 2008, p.159-160).

O *resto* em Agamben é um conceito teológico-messiânico. Rememorando o Antigo Testamento, o autor enfatiza que “o que nos salva não é todo o povo de Israel, mas um resto” (AGAMBEN, 2008, p. 161):

No conceito de resto, a aporia do testemunho coincide com a messiânica. Assim como o resto de Israel não é todo o povo, nem uma parte dele, mas significa precisamente a impossibilidade, para o todo e para a parte, de coincidir consigo mesmos e entre eles; e assim como o tempo messiânico não é nem o tempo histórico, nem a eternidade, mas a separação que os divide; assim também o resto de Auschwitz – as testemunhas – não são nem os mortos, nem os sobreviventes, nem os submersos, nem os salvos, mas o que resta entre eles (AGAMBEN, 2008, p. 162).

O que *resta* de Auschwitz – deste campo de fabricação de corpos matáveis – é um hiato, uma lacuna “que funda a língua do discurso em oposição às classificações exaustivas do arquivo” (GAGNEBIN, 2008, p. 11). Os testemunhos dos sobreviventes continham, para Agamben, uma lacuna, pois davam testemunho de algo que não podia ser testemunhado. Comentar o testemunho significa interrogar a lacuna e buscar escutá-la.

De Auschwitz ao campo a céu aberto dos dias de hoje, extermínios cá e lá ocorrendo, algo sempre *resta*. E se as matanças persistem, se Auschwitz não ficou no passado, é porque as lacunas precisam ser interrogadas. Este é o ponto de partida utilizado neste texto para refletir acerca da produção do mandato policial na cidade do Rio de Janeiro e sobre os *restos* desta polícia e da sociedade policiada. A obra de Agamben é composta por figuras, conceitos, fatos e ideias que formam paradigmas capazes de extrapolar o contexto histórico no qual estão inseridos, engendrando, assim, as reflexões subsequentes propostas pelo autor. Utilizo-me do conceito de *resto* também reformulando-o, conferindo-lhe novos significados para a minha reflexão. O *resto* aqui adquire alguns sentidos possíveis: 1) uma lacuna, aquilo que é silenciado, mal resolvido; 2) o que sobra/permanece da polícia que se tem e 3) o que falta de uma polícia que se espera – aquela que nunca foi, mas que se anseia ter.

6. IDEIA DE POLÍCIA MODERNA E SUA INTRODUÇÃO NO RIO DE JANEIRO

Francisco Cabinda, escravo de João Gomes Barros, por estar tocando batuque com grande ajuntamento de negros, e se lhe apreendeu o tambor. Trezentos açoites, Tijuca [trabalho forçado na estrada que então se construía naquela região].

(Registro policial de 10 de novembro de 1820)

A ideia de um Estado moderno pode ser pensada, segundo Ribeiro (2014, p. 277), como “uma comunidade humana que, nos limites de um território determinado, reivindica com sucesso e por sua própria conta o monopólio da força física cujo exercício se dá por meio de uma força pública denominada polícia”. Nesse sentido, o trabalho policial é um serviço público, porque pode ser requisitado por qualquer pessoa que se sinta ameaçada; e também é uma profissão, porque os agentes que o executam devem ser preparados para tal. A busca pela concretização dessa polícia se dá sob as mais diversas formas, ajustes, acordos, interesses e instrumentos.

A ideia de polícia está relacionada à emergência dos Estados modernos para gerar estabilidade no exercício do poder e para romper com a tradição histórica do uso da violência para conter a violência. Sua natureza política traduz-se como “instrumento legal e legítimo de respaldo pela força dos termos do contrato social de uma determinada polity⁴” (MUNIZ; PROENÇA JÚNIOR, 2014, p. 494) produzindo enforcement⁵ sem levar à tirania ou opressão. O uso da força pela polícia visa criar alternativas de obediência com consentimento social e sob o amparo da lei – inclusive, são esses os fatores que distinguem o uso da força pela polícia do uso da força por outros atores.

Nesse sentido, Polícia pode ser definida como:

[...] Um instrumento de poder, cuja intervenção produz obediência pelo uso apropriado de força sempre que necessário, nos termos e formas das pactuações sociais em suas expressões políticas e legais (MUNIZ; PROENÇA JÚNIOR, 2014, p. 494).

Na historiografia policial convencional, a Polícia de Londres é considerada a primeira força policial moderna (GARRIOTT, 2018, p. 32). Esse modelo de polícia criado por Robert Pell, em 1829, amparava-se na concepção de uma obediência consentida, limitada à coerção autorizada, sem armas de fogo e a serviço do público. Não havia uniforme militar. O traje policial expressava uma roupa comum, da baixa classe média da época, possibilitando a acessibilidade popular diante da ausência de signos distintivos da elite. A instituição policial arquitetada por Pell “expressou a ambição de afirmar uma coercitividade cotidiana, não apenas legal, mas, sobretudo, legítima. [...] Assim,

⁴ Comunidade política.

⁵ Sem tradução para a língua portuguesa. Está associado à produção de obediência e à garantia do cumprimento das leis.

construiu-se a principal expectativa contemporânea do dever-ser polícia” (MUNIZ; PROENÇA JÚNIOR, 2013, p. 126-127).

O modelo britânico de polícia moderna foi reconsiderado por diversos arranjos para o uso da força. Diferentemente das ilhas britânicas, as forças policiais continentais serviam à tarefa policial doméstica e à tarefa de combate internacional (de soberania territorial). Assim, parte dos exércitos era utilizada ao mesmo tempo para cumprir a tarefa destinada àquela polícia e para atuar no caso de guerra. Essa dupla função impôs um tipo de armamento que comportasse uma tropa para o combate. Nesses arranjos, a polícia é “militar”, pertence ao Estado e será utilizada para controlar e para atender o público (MUNIZ; PROENÇA JÚNIOR, 2013, p. 128-129).

Não foi a ideia de polícia a ser concebida por Pell que se introduziu no Brasil. O modelo de polícia brasileira foi inspirado na Gendarmeria da França absolutista, força tradicionalmente vinculada às Forças Armadas, que, assim como o modelo inglês, influenciou outros países europeus (PAES, 2010, p. 125). Logo após a chegada da Coroa Portuguesa ao Rio de Janeiro, em 1808, foi criada a Intendência Geral de Polícia⁶ para, dentre outras tarefas, manter a ordem pública, cuidar do espaço urbano e “julgar e punir os desordeiros, desocupados, escravos fugidos, capoeiras, ciganos, aventureiros” (LAGE; MIRANDA, 2007, p. 1). Em 1809, foi organizada a Guarda Real da Polícia da Corte⁷, integrada e posteriormente comandada pelo Major Miguel Nunes Vidigal, marcada por ações violentas e arbitrárias, muito distinta daquela visão de polícia que seria arquitetada pelo ministro do Interior Sir Robert Pell, em Londres. Tratava-se de um corpo estruturado à semelhança do Exército, “mas tendo como principal função atender às ordens do intendente na manutenção do sossego público” (BRETAS, 1998, p. 222). Dessa Guarda Real derivaram as instituições policiais uniformizadas de formato militar que ainda hoje fazem o policiamento urbano no Rio de Janeiro.

A melhoria administrativa das patrulhas policiais exercidas por homens armados e uniformizados iniciada em 1831 foi, segundo Holloway (1997, p. 22), “contemporânea de desenvolvimentos institucionais semelhantes na Europa ocidental e anterior àqueles ocorridos nos Estados Unidos”. No entanto, adverte o autor, “nenhum brasileiro, qualquer

⁶ Origem das atuais Polícias Cíveis.

⁷ Origem das atuais Polícias Militares.

que seja sua classe ou posição ideológica, pensaria em interpretar o papel histórico da polícia urbana em função de consenso e legitimidade.”

Holloway (1997) observa que há continuidades marcantes vigentes no Brasil há mais de um século, mais precisamente desde a fundação da instituição policial no século XIX, no que diz respeito à relação entre polícia e sociedade. O autor percebeu que o Rio de Janeiro era um ponto de irradiação das questões políticas e sociais, um “laboratório de experimentação para instituições e procedimentos” e um principal centro populacional do século XIX. No Rio de Janeiro, o chefe de polícia relatava as atividades de patrulha nas ruas diretamente ao Ministro de Justiça do Império (nas outras províncias, os relatos eram direcionados aos respectivos presidentes das províncias). Esses relatórios eram transferidos para o Arquivo Nacional, criado em 1838 como dependência do Ministério da Justiça. Esses registros são estudados no livro de Holloway (1997, p. 16), segundo o qual as instituições policiais modernas teriam fortalecido e garantido a continuidade das relações sociais hierárquicas tradicionais, estendendo-as ao espaço público impessoal.

O fato é que a criação das instituições de controle no Brasil possibilitou às elites tradicionais novos mecanismos para a repressão daquilo que era considerado um comportamento inaceitável, como a prática de capoeira, por exemplo. Desde a criação da Intendência em 1808 até a década de 1890, o trabalho policial destinou-se em boa parte a reprimir a capoeira. Embora não fosse ainda criminalizada – o que veio a ocorrer em 1890 –, a polícia já prendia milhares de pessoas por tal prática. Quando as instituições estatais refletem e defendem os interesses de uma classe a expensas dos interesses de outras, “a coerção não é apenas uma ameaça: ela é imposta. Não surpreende que os outros se ressintam e resistam a essa coerção [...] Trata-se de um reflexo de sua humanidade” (HOLLOWAY, 1997, p. 27). As instituições policiais serviam às elites no enfrentamento às pressões daqueles atingidos pelo capitalismo periférico e pelo legado da escravidão. Os recursos para a nova polícia que por aqui se instalava provinham de taxas, empréstimos privados e subvenções dos comerciantes locais e proprietários de terras, o que comprova a reciprocidade entre a fonte da autoridade do Estado e a elite econômica.

Os registros de detenções realizadas durante o mandato do Major Miguel Nunes Vidigal, em 1822, sugerem que um dos critérios que Vidigal usava para decidir se perseguia ou não determinada pessoa, além do flagrante delito, era a cor negra dessa pessoa. Embora a Constituição de 1824 trouxesse a disposição de que a lei seria igual para todos, isso não se refletia nas ruas. Os escravos não eram cidadãos, e sim propriedade.

As normas também discriminavam “negros livres” e “os homens de cor”. Já as pessoas consideradas “de probidade”, não estavam sujeitas ao toque de recolher e às revistas. “De modo geral, as normas discriminavam as atividades que a maioria da elite branca não exercia, mas que eram fundamentais para a vida social de pobres e escravos no Rio de Janeiro” (HOLLOWAY, 1997, p. 51/59).

Holloway (1997, p. 24) percebe que, mesmo com a abolição da escravatura em 1888, o Brasil carrega o legado de instituições, atitudes e relações sociais arraigadas ao longo dos 350 anos em que foi uma sociedade de escravos e senhores.

Lage e Miranda (2007, p. 2) ratificam que 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”, tendo aprofundado seu viés autoritário durante o regime militar. As autoras ainda afirmam que, mesmo após a redemocratização do país, uma série de violações permanece contra alguns grupos mais vulneráveis da sociedade: “moradores de favelas ou bairros pobres, e negros” (LAGE; MIRANDA, 2007, p. 2).

A Guarda Real da Polícia da Corte⁸ 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.

A última 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. Foi na ditadura militar que as PMs começaram a retomar suas atividades de

⁸ 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.

policciamento urbano, mantendo, porém, 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).

Desde o seu nascimento, as Polícias Militares brasileiras pouco atuaram como polícias urbanas e ostensivas. Os policiais convivem com uma crise de identidade proveniente do descompasso entre a polícia democrática, que serve e protege o cidadão, e os hábitos, a cultura e as técnicas apreendidas, que refletem a continuidade de um passado que não passou.

2.1 A(s) ideia(s) de polícia produzida(s) pela UPP

Todas as ações dele [do policial] têm que ser muito bem pensadas, tá entendendo? Pro próprio bem dele e pra própria política da pacificação. Que não é isso: chegar aqui, bater, dar tiro, matar e amanhã entrar, dar tiro e matar. Não é só isso que a polícia tem que fazer.

(Policial Militar, UPP)

O cenário de UPP e sua ideia de pacificação parece interessante para se pensar a Polícia Militar, especialmente pela confusão de significados e produção de significações. Não interessa aqui analisar e/ou avaliar a mencionada política, tampouco aprofundá-la. Interessa apenas demonstrar como tem sido produzido o mandato policial neste contexto.

A Unidade de Polícia Pacificadora – UPP é um projeto idealizado pela extinta Secretaria de Segurança Pública do estado do Rio de Janeiro implementado em 38 favelas no período de 2008 a 2014. A primeira UPP surgiu na favela Santa Marta, Zona Sul da cidade do Rio de Janeiro, no governo de Sérgio Cabral (2007-2014). Tratava-se ainda de uma experiência-piloto, cuja denominação era Companhia de Policiamento Comunitário (depois chamada UPP). 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 são algumas das promessas do projeto. Após alguns anos de existência da UPP, a *polícia de proximidade* passou a ser propagada como sua filosofia, explicada como uma estratégia de policiamento

Em 1919, a Brigada passou a ser chamada de Polícia Militar (MUNIZ, 1999, p. 44-45).

fundamentada na parceria entre cidadãos e policiais, visando a construção compartilhada da segurança pública local.⁹

Quando a UPP chegou, e com ela várias expectativas e promessas, um discurso em especial ganhou força e se intensificou a cada Unidade inaugurada: a *pacificação* dos territórios ocupados pela Polícia Militar. A chamada *pacificação*, que ensinaria a *polícia pacificadora* e os decretos¹⁰ que surgiriam ao longo dos anos, foi pouco problematizada e naturalmente incorporada no imaginário coletivo social, nas discussões e nas notícias veiculadas sobre a UPP. Pacificar sinaliza a eliminação de conflitos, contrapondo a concepção de que o conflito é inerente a qualquer agrupamento humano e o que se deveria procurar é a sua administração. O uso do termo *pacificação* sugere um “outro” inferiorizado, “desprovido de civilização” (MUSUMECI *et al.*, 2015, p. 34), à espera da salvação que virá de fora. E assim o Estado, por meio da polícia, se apresenta a algumas favelas sob a justificativa de “salvá-las”, ao mesmo tempo que suas armas e tanques de guerra sugeririam sua destruição.

No momento em que o Estado decide ocupar territórios do Rio de Janeiro sob o discurso assimilacionista da *pacificação*, que se instrumentaliza pela prática de guerra, já se decidiu quais vidas poderiam estar sujeitas a um poder de morte, aos “efeitos colaterais”¹¹ das operações bélicas. “No imaginário da segurança pública fluminense, a favela sempre forneceu os tipos sociais perigosos que atemorizaram a sociedade do asfalto no Rio de Janeiro, sendo, nesse sentido, objeto privilegiado da repressão policial” (MUNIZ; ALBERNAZ, 2017, p. 25).

Há toda uma história de ações destinadas às favelas do Rio de Janeiro com fulcro discriminatório e eminentemente repressivo. Desde o seu surgimento, no final do século XIX, as favelas já eram consideradas espaços de *vagabundagem*, antro de criminosos, que necessitavam de ações de intervenção instrumentalizadas pela polícia. Esses espaços tornaram-se alternativa para moradia de pessoas que vinham dos cortiços localizados

⁹ Cabe esclarecer que essa *polícia de proximidade* foi traduzida, na prática, por uma “polícia” voltada para promoção de projetos sociais, dentre algumas outras ações. Guardadas as devidas especificidades das favelas e das UPPs, de um modo geral, as atividades atribuídas a essa “polícia” são destinadas a apenas um grupo de policiais e sua “filosofia” não é compartilhada por todo o efetivo (cf. MUSUMECI *et al.*, 2013, 2015; TEIXEIRA, 2015; GARAU, 2017; HÖELZ, 2018).

¹⁰ Decreto nº 41.650 de 21 de janeiro de 2009; Decreto nº 41.653 de 22 de janeiro de 2009; Decreto nº. 42.787 de 6 de janeiro de 2011; Decreto 44.177 de 26 de abril de 2013 e Decreto 45.186 de 17 de março de 2015.

¹¹ Expressão utilizada especialmente no linguajar policial para fazer referência às mortes ocorridas nas operações. É importante destacar que os policiais também são atingidos por essas operações.

no centro da cidade, escravos recém-libertos e ex-combatentes da Guerra de Canudos. Políticas remocionistas, incursões bélicas e a formação de uma representação social, apoiada e motivada por parte da mídia, colocaram as favelas como espaços indesejados e seus moradores como sujeitos indesejáveis. A UPP chega sob a mesma representação desses espaços (cf. VALLADARES, 2000; ZALUAR; ALVITO, 2006; COMPANS, 2007; GONÇALVES, 2013; BRUM, 2013; HÖELZ, 2016).

Aos poucos, naturalizava-se um discurso de que para se ter a “paz” era necessário fazer a “guerra”. Prática discursiva, no sentido foucaultiano do termo, que não se reduz à fabricação de discursos, mas que ganha corpo nas instituições, nos comportamentos, nos tipos de transmissão/difusão (FOUCAULT, 1997, p. 12) e que produz verdades. A épica narrativa de pacificação remonta a guerra para tornar significativa a paz (sempre aquela que vem de fora e dos outros) que se pretende levar às favelas (MUNIZ; ALBERNAZ, 2017, p. 24).

Os anos passariam e o projeto UPP viria a ser criticado por quase todos os que um dia o apoiaram. O esplendor de outrora, com amplo apoio midiático, daria espaço para a divulgação do terror – o que não significa a sua incoerência antecedente. Redução dos investimentos, ausência de planejamento, interesses eleitoreiros sobrepondo-se às demandas efetivas da polícia e da favela, ausência de políticas públicas para as polícias estaduais, irresponsabilidade dos gestores diante da constatação da insustentabilidade de um projeto desta magnitude, gestão policial imposta à vida dos moradores, relação conflituosa entre policiais e a comunidade local, denúncias frequentes de abuso no exercício da autoridade policial, fabricação de novas “milícias”¹², militarização ideológica da segurança pública, confrontos armados, precárias condições de trabalho para policiais, enfim, são vários os fatores que transformaram o projeto UPP em o “problema da UPP”. No ano de 2018, passados dez anos de existência da UPP, com o Rio de Janeiro sob Intervenção Federal na área da segurança pública, o Gabinete de Intervenção Federal – GIF anunciou a extinção UPP Batan, UPP Vila Kennedy, UPP Mangueirinha, UPP Cidade de Deus, UPP Camarista Méier, UPP São Carlos, UPP Coroa/ Fallet/ Fogueteiro, UPP Caju e UPP Cerro/Corá. As outras Unidades sobrevivem.

¹² A milícia controla o território por meio das armas, tendo como participação ativa agentes do Estado que negociam a venda de proteção e a garantia de serviços – agindo, portanto, de forma ilegal. A “proximidade” proporcionada pela UPP, cujo principal fundamento seria a aproximação com os moradores, abre espaço para outras relações.

O projeto UPP trouxe para os policiais a incumbência de contiguidade e de permanência nos locais ocupados. Isso permitiu/impôs à polícia, em maior ou menor medida (a depender da UPP, da favela e de cada contexto), a gestão – imposta, sangrenta e/ou negociada – dos mais variados aspectos da vida dos moradores, a definição da sociabilidade nas favelas, a regulação do espaço/das atividades/do ir e vir/do mercado, a repressão às atividades ilícitas e informais, o combate ao “inimigo”, a promoção de projetos sociais e a missão de levar a “paz” aos moradores das áreas ocupadas. A proposta dos gestores ressignifica a missão do policial militar e “uma vez que missão dada é missão cumprida, caberá ao policial da UPP tirar polícia, manter a ordem e contribuir com o lado social e humano das pessoas” (MUNIZ; MELLO, 2015, p. 53).

A Polícia Militar do estado do Rio de Janeiro convive com missões entrecruzadas, ordens paradoxais e se vê no dilema de fazer “guerra” e produzir “paz”. A polícia, que também é pobre, que também é negra, “guerreia” com outros pobres, com outros negros. Sob condições precárias de trabalho, esses agentes também devem prover melhores condições de vida à população atendida, que se mistura na população a ser “combatida”, e esbarram em tantas impossibilidades que chegam ao ponto de não se sentirem policiais (exatamente porque a única ideia de polícia presente em seu imaginário é a do combate; da caça ao inimigo). Além de todo esse quadro, o policial militar vive na sombra do dilema entre “fazer de menos”, “fazer demais” ou não fazer nada:

Ocorre que no dia-a-dia, o policial de ponta se vê diante do dilema da decisão à sombra da alternativa de ser punido seja por fazer de menos, seja por fazer demais, seja até por fazer ou por deixar de fazer. Tal fato não contribui apenas para debilitar e desacreditar os próprios expedientes de controle e supervisão. Ele ainda favorece não só o mascaramento dos processos decisórios, ampliando o medo e a insegurança na escolha do curso de ação, como também propicia a exacerbação de práticas amadoras e arbitrárias nas interações com os cidadãos (MUNIZ, 1999, p. 15).

O policial é um tomador de decisão na esquina, na rua, no beco. Ele valora, seleciona, pondera, decide. O espaço, as moradias, os costumes, a prestação e a organização dos serviços na favela (luz, água, coleta de lixo, entrega de correspondências,

Quanto mais se demanda repressão ao tráfico de drogas, mais os traficantes demandam proteção e maior será o poder de negociação dos agentes do Estado. Dentre tantas análises possíveis para se pensar o contexto UPP, a apropriação do projeto como um instrumento de compra/venda de proteção nas favelas cariocas parece ser um tema que compõe esse panorama.

transporte etc) são muitas vezes produzidos de forma estranha à de outras localidades. A polícia detém a discricionariedade do seu mandato, que, em contextos de UPP, parece mais ampliado. O policial é requisitado para assuntos diversos (desde um problema com uma criança que está sem vaga na escola até um evento que depende de autorização da polícia para ser realizado). Nesse cenário, se a polícia não administra os conflitos junto com os moradores, o resultado será um governo policial dentro de uma favela. Governo ilegítimo e autoritário. Mas como “ser policial” para uma população que, a depender das diretrizes superiores, ora deve ser vista como o público a ser atendido, ora deve ser vista como o público a ser combatido? Como lidar com o “ser policial”? E, afinal, o que é “ser policial”?

Seria possível pensar a UPP como uma oportunidade para a polícia. A promoção do encontro, ainda que imposta, poderia ter aberto as portas para um novo olhar e novas reaproximações, poderia ter sido um canal de descobertas, de desconstrução de preconceitos, de diálogo. Mas a “guerra” não deixa. E se há “guerra”, há um inimigo. Se há inimigo, ele deve ser destruído. A perversidade do discurso da guerra, que é posta em prática, deixa quase imperceptível um detalhe: no corpo “heroico”, no corpo combatente do “bem”, no corpo que se quer vencer um “mal”, existe também um corpo matável, cuja morte é usada como palanques eleitorais.

3. OS NOSSOS *RESTOS* – A PARTIDA QUE NUNCA TERMINOU

Dizer que Auschwitz é “indizível” ou “incompreensível”, equivale a [...] adorá-lo em silêncio, como se faz com um deus; significa, portanto, independente das intenções que alguém tenha, contribuir para sua glória. Nós, pelo contrário, “não nos envergonhamos de manter fixo o olhar no inenarrável”. Mesmo ao preço de descobrirmos que aquilo que o mal sabe de si, encontramos-lo facilmente também em nós.

(Giorgio Agamben)

O inglês Robert Walsh, que residiu no Brasil entre 1828 e 1829, deixou uma descrição sobre a polícia que por aqui encontrou: “A polícia é uma numerosa corporação cujos membros se vestem como soldados, com jaquetas azuis e cartucheiras de couro a tiracolo, e se parecem exatamente com os gendarmes franceses. Eles não se distinguem nem pelo comedimento nem pela boa conduta” (HOLLOWAY, 1997, p. 49).

A ideia de uma polícia moderna que atua sob consentimento social e que encerra a lógica de violência para conter violência não se materializou no processo de criação

das instituições policiais brasileiras. A polícia no Brasil se organizou desde o início como instituição militar, cuja justificativa fundamental consiste em concentrar, regular e dirigir forças contra o inimigo. O inimigo da polícia do Rio de Janeiro era a própria sociedade – não a sociedade como um todo, mas o que violavam as regras de comportamento estabelecidas pela elite política que criou a polícia e dirigia a sua ação (HOLLOWAY, 1997, p. 50). Mas a meta não era o extermínio do inimigo, era reprimir e subjugar. Esta prática, contudo, foi se aperfeiçoando ao longo das décadas.

Entre 1964 e 1985, o Brasil passou por um longo período de regime militar. E este é um passado recente que também não passou. O trabalho da redação da Constituição da “redemocratização”, da chamada “Constituição Cidadã” que encerraria o passado autoritário, foi dividido em comissões e subcomissões. A Comissão de Organização Eleitoral Partidária e Garantia das Instituições, responsável pelos capítulos ligados às Forças Armadas e à segurança pública, foi presidida pelo senador Jarbas Passarinho, coronel da reserva, que serviu como ministro nos governos dos generais Costa e Silva, Médici e Figueiredo. O senador foi um dos signatários, em 1968, do Ato Institucional nº 5 que fechou o Congresso, implantando um dos períodos mais autoritários da história brasileira. O porta-voz da Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança, deputado Ricardo Fiúza, afirmou que “seus conhecimentos sobre assuntos militares eram similares ao seu entendimento sobre mecânica de automóveis: nenhum. Não obstante, apoiou firmemente as demandas militares nos debates constitucionais” (ZAVERRUCHA, 2010, p. 45-46).

A “contribuição” de Fiúza foi lutar pela manutenção do controle parcial do Exército sobre as Polícias Militares, sob a alegação de que o governo teria em suas mãos todas as suas forças para garantir a ordem social. Assim, não foram separadas as forças responsáveis pela ordem interna daquelas responsáveis pela ordem externa, além disso, as polícias militares continuaram como forças auxiliares e reservas do Exército, tal como Zaverucha (2010, p. 69) acentua:

Forças Armadas e polícia, de acordo com este desenho institucional, tornam-se enclaves autoritários constitucionalmente sancionados. Sem esquecer que a Constituição de 1988, em pleno século XX, conservou a falta de uma das principais características do Estado moderno: a clara separação entre a força responsável pela guerra externa (Exército) e a Polícia Militar encarregada da manutenção da ordem interna.

As Polícias Militares definidas como forças auxiliares e reservas do Exército não são novidade na Constituição Federal de 1988. A “Constituição Cidadã” manteve a

tradição das Constituições republicanas anteriores (1934, 1946, 1967 e 1969), no entanto, pela primeira vez colocou as questões policiais em um capítulo específico denominado “Segurança Pública”.

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.

O fato de nossas polícias militares permanecerem como forças auxiliares do Exército faz com que o Brasil se diferencie de outros países democráticos que possuem polícias com estética militar (ZAVERRUCHA, 2010, p. 46). De acordo com o art. 142 da Constituição Federal de 1988, ao Exército brasileiro destinam-se a defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem¹³.

A finalidade precípua do Exército 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. 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 JÚNIOR, 2007a, p. 52). Em outras palavras, o Exército pode ser

¹³ Zaverucha (2010, p. 48) questiona a possibilidade de se submeter e garantir algo simultaneamente, afirmando que, em uma democracia, o poder não deve ser deferido a quem tem força, mas, ao contrário, a força deve ser colocada a serviço do poder.

incompetente nas suas ações como polícia – a menos que seja capacitado para isso quando demandado¹⁴.

Foi em um ambiente de forte presença militar que a Constituição de 1988 foi redigida. A Carta considerada “cidadã” manteve incólumes vários dos artigos da Constituição autoritária (1967, emendada em 1969) referentes às relações civil-militares e policiais. Quando os constituintes decidiram retirar o poder das Forças Armadas de serem garantes da lei e da ordem, o general Leônidas Gonçalves (escolhido para ser ministro do Exército de Tancredo Neves) ameaçou interromper o processo constituinte. Recuaram, então, os constituintes. “A Nova República foi inaugurada sob o pátio militar” (ZAVERRUCHA, 2010, p. 67).

Em defesa desta “lei e ordem”, as Forças Armadas são empregadas constantemente 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. 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. 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” (MUNIZ¹⁵, 2018).

Mantida a estrutura político-administrativa no que tange à segurança pública, o texto constitucional de 1988 revelou uma dupla mensagem “enquanto uma mão constituinte positivou direitos, uma outra mão obscureceu os deveres dos meios de força

¹⁴ Independentemente de sua identidade institucional e de sua finalidade, é possível que outras organizações de força cumpram, ainda que de forma pontual e provisória, o mandato policial. É o caso, por exemplo, dos militares das Forças Armadas em Missões de Paz. Eles se fazem polícias pela adesão às regras de ação policiais. Eles “dependem das regras de ação para se fazerem legais e legítimos diante da população que policiam” (MUNIZ; PROENÇA JÚNIOR, 2014, p. 8).

¹⁵ 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.

policiais e combatentes possibilitando sua amplitude e autonomização. Possibilitou-se que as espadas pudessem ameaçar cortar a língua do verbo da política e ainda rasgar a letra da lei” (MUNIZ; PATRICIO, 2018, p. 81).

Essa mistura de competências e significados fizeram da Polícia Militar uma organização sem identidade policial propriamente dita. Por isso, alega Muniz (2001, p. 184-185), “a identidade policial das PMs está por se institucionalizar [...] As polícias militares, afastadas por mais de um século das suas atribuições policiais, têm procurado aprender de novo a ‘fazer polícia’.” Um dos grandes desafios da Polícia Militar é superar a cultura institucional da doutrina da Segurança Nacional, do combate ao inimigo, da guerra.

A polícia pública e estatal que surge na Europa Ocidental e que se multiplica pelo mundo pauta sua atuação pelo princípio da força mínima, “visando a sustentar um determinado pacto político [...]. Dito de outra maneira, busca-se garantir uma forma estatal e estável de governo, afirmando e restituindo os limites sobre os usos e abusos de poder entre os indivíduos e deles com o próprio Estado e seus agentes, sob o império da lei” (MUNIZ; PAES-MACHADO, 2010, p. 439). Qualquer reflexão sobre a polícia não deve desconsiderar as inúmeras facetas que ela pode assumir em suas expressões de governo:

[...] Um dispositivo de dominação (de classe, raça, gênero e geração), uma instância produtora e distribuidora de moral e “moralismo” conflitantes, um instrumento de sustentação de direitos a serviço de uma cidadania mais ou menos inclusiva e em processo continuado de afirmação, e um meio de força orientado por fins coletivos e atravessado por seus interesses corporativos (MUNIZ; PAES-MACHADO, 2010, p. 440).

O que está em jogo é: que polícia queremos diante do Pacto (da Constituição) firmado e diante da polícia que temos?

É preciso pensar na polícia que chega para a *pacificação* proposta pela UPP. Trata-se de uma polícia com muitos *restos*. Ora, o Brasil é um país com muitos *restos*. Escravidão, ditaduras, racismo, genocídio... Temos sempre um “deixa disso” ou “não mexe nisso” para não tocar na ferida, para não abri-la, para não entendê-la.

Os policiais praças de outrora saíam das classes inferiores livres (que eram alvos da repressão policial), possuíam ampla liberdade para executar suas funções e “seus métodos espelhavam a violência e brutalidade da vida nas ruas e da sociedade escravocrata em geral” (HOLLOWAY, 1997, p. 50). Bretas (1998, p. 222) observa que o conhecimento

sobre a identidade desses policiais do século XIX (e do século XX) é muito limitado. O que se sabe é que se trata de um universo de homens simples, vindos de camadas pobres, sem muita instrução. O autor destaca que em nenhum momento durante o Império foi possível preencher as vagas existentes para policiamento. “Parecia haver sempre uma resistência surda em adotar a profissão policial e, mesmo quando isso acontecia, a deserção ou a dispensa de engajamento eram opções quando algo melhor surgia” (BRETAS, 1998, p. 225). O trabalho policial era, em grande parte, involuntário. Dada a precariedade do serviço, esses trabalhadores buscavam escapar dele sob as mais diversas justificativas (inclusive por motivos de doenças). Bretas (1998, p. 231) assegura que, para enfrentar as dificuldades de recrutamento e disciplinarização desses agentes locais do Estado, os gestores tiveram que fazer concessões “para tornar efetivo o funcionamento desse Estado, por onde se incorporaram elementos de favor que comprometeram qualquer projeto de implantação de uma racionalidade estatal moderna”.

Não muito distinta da polícia de outrora, a polícia que chega para a *pacificação* é formada por pessoas que vêm da Baixada, do interior do estado do Rio, da capital, dos bairros pobres e periféricos da cidade. Parcela considerável desses policiais da ponta, daqueles que trabalham nas ruas e nos morros, vem das classes populares, são negros transformados em corpos submetidos a uma lógica na qual se prega que matar e morrer é preciso. São sujeitos e corpos levados a acreditar que possuem um papel heroico. A mando do Estado, e sob o seu respaldo, potencializam a existência das vidas *matáveis*, vidas já consideradas matáveis. No dia a dia do fazer policial, em cada esquina, em cada viela, o policial militar se depara com um “suspeito”, com um “potencial inimigo”, com um corpo matável. Mas neste corpo “heroico” também existe um corpo matável. Este corpo tem quatro vezes mais chances de cometer suicídios em comparação à população civil. Entre 1995 e 2009, 58 policiais militares do Rio de Janeiro tiraram a própria vida e 36 tentaram o suicídio (este é o número dos casos que são informados à PMERJ. Há casos que não são informados por razões diversas, inclusive em virtude do preconceito que o agente pode sofrer). Só entre janeiro e agosto de 2018, 2.500 PMs foram afastados por transtornos mentais¹⁶.

¹⁶ Informações disponíveis em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/02/politica/1551534111_997657.html. Acesso em: 03 mar. 2019.

A polícia pouco fala acerca dos transtornos mentais de seus agentes. Temos uma polícia que se cala diante de seus doentes, mas que grita: “a sociedade está doente!”. Pouco se questiona o RDPM (Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do estado do Rio de Janeiro). Há um medo que abate os hierarquicamente inferiores. Temos uma Polícia Militar que sobrevive à Constituição de 1988 espelhada no Exército. E temos uma Constituição que não define o mandato da nossa polícia, apenas distribui o exercício do policiamento entre as corporações. 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. “Não se tem estabelecido no Brasil o que é, o que pode, o que não pode no exercício do poder de polícia” (MUNIZ; PROENÇA JÚNIOR, 2007b, p. 161).

Discutir o “poder de polícia”, suas virtudes e vícios é, em termos amplos, inquirir sobre o quanto concordamos com os conteúdos do mandato policial e as formas de seu exercício no Brasil. É questionar, alterar ou validar os termos concretos dos poderes delegados ao Estado para a coerção legal e legítima. É estabelecer o que é desejável, o que é tolerável, na ação policial. É se pôr de acordo sobre quais sejam os fins, os meios e os modos do agir policial como instrumento de sustentação, defesa e garantia dos Direitos Fundamentais. É pactuar sobre as alternativas de produção de obediência socialmente consentida, com respaldo da força, sob o Império da Lei. É assegurar a capacidade da polícia de cumprir o seu mandato sem que ela sirva à tirania do governante, a opressão por seus procuradores, ou seja, apropriada por interesses privados [...]. É estabelecer o que é desejável e tolerável na ação policial, e as políticas públicas capazes de produzi-lo (MUNIZ; PROENÇA JÚNIOR, 2007b, p. 161).

Em “O que resta de Auschwitz” (2008), Agamben rememora uma descoberta de Primo Levi no campo de concentração: uma *zona cinzenta* da qual deriva a cadeia de conjunção entre vítimas e algozes, “em que o oprimido se torna opressor e o carrasco, por sua vez, aparece como vítima” (AGAMBEN, 2008, p. 30). A figura extrema dessa *zona cinzenta* é o Esquadrão Especial, grupo de deportados responsável pela gestão das câmaras de gás e dos fornos crematórios. Este Esquadrão participava de partidas de futebol com soldados da SS (Tropa de Proteção nazista). A tal partida, aquele momento de normalidade, constitui, para Agamben, o verdadeiro horror do campo. O problema é que essa partida nunca terminou. Assistimos àquela partida, de alguma maneira, todos os dias, “em cada normalidade cotidiana”.

Podemos, talvez, pensar que os massacres tenham terminado – mesmo que cá ou lá se repitam, não muito longe de nós. Mas aquela partida nunca terminou, é como se continuasse ainda, ininterruptamente. Ela é o emblema perfeito e

eterno da “zona cinzenta” que não conhece tempo e está em todos os lugares (AGAMBEN, 2008, p. 35).

Os *restos* da PMERJ são os nossos *restos*. Quão coniventes somos com os massacres? Quão algozes nos tornamos em cada “normalidade cotidiana”? “[...] Se as pessoas não fossem profundamente indiferentes em relação ao que acontece com todas as outras, excetuando o punhado com que mantêm vínculos estreitos e possivelmente por intermédio de alguns interesses concretos, então Auschwitz não teria sido possível, as pessoas não o teriam aceito” (ADORNO, 1995, p. 134).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um texto intitulado “Educação após Auschwitz”, Adorno (1995) clama por uma educação dirigida a uma autorreflexão crítica; uma educação que seja capaz de fazer com que as pessoas ajam refletindo acerca de si próprias, de modo a evitar que Auschwitz se repita. Nesse sentido, seria preciso reconhecer os mecanismos que tornam as pessoas capazes de cometer determinados atos (como o extermínio) e revelar tais mecanismos a elas próprias, combatendo uma tal ausência de consciência. Para isso, torna-se necessária uma inflexão em direção ao sujeito.

Da criação da Intendência e da Guarda Real à UPP, o mandato policial no Rio de Janeiro tem sido produzido contra um “inimigo”, o que em nada é compatível com um ideal de polícia moderna. Se outrora a prática era reprimir e subjugar, hoje chega também a exterminar. Essa lógica persiste graças ao aparato político e jurídico que foi se “aperfeiçoando” ao longo das décadas, deixando lacunas, omissões e insinuações que possibilitam a continuidade das violações e matanças.

Retornar ao sujeito e tentar compreender aquilo que o move pode ser um caminho para que se evite novos extermínios. Tocar nos *restos*, questioná-los, abri-los. Trata-se de um processo longo e doloroso, mas necessário. A Polícia Militar do estado do Rio de Janeiro não vem de outro planeta. Suas ações e reações são por sua sociedade, por nós, compartilhadas. Construimos os nossos inimigos, selecionamos lugares indesejados e pessoas indesejáveis a todo tempo, mesmo que imperceptivelmente. Com os nossos *restos*, preconceitos e racismos de cada dia produzimos e reproduzimos desigualdades e massacres.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Theodor W. Educação após Auschwitz. *In*: ADORNO, Theodor. **Educação e emancipação**. Tradução: Wolfgang Leo Maar. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1995. 190p. p. 119-138.
- AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha**. Homo Sacer III. Tradução: Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008. 169p.
- ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. 336p.
- AZEVEDO, Aluísio. **O cortiço**. São Paulo: Lafonte, 2018. 238p.
- BITTNER, Egon. **Aspectos do Trabalho Policial**. Tradução: Ana Luísa Amêndola Pinheiro. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003. Caps. 2 e 5.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988.
- BRETAS, Marcos Luiz. A polícia carioca no Império. **Estudos Históricos**, [s.l.], n. 22, 1998.
- BRUM, Mario. Favelas e remocionismo ontem e hoje: da Ditadura de 1964 aos Grandes Eventos. **O Social em Questão**, [s.l.], ano XVI, n. 29, 2013.
- COMPANS, Rose. A cidade contra a favela. A nova ameaça ambiental. **Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais**, [s.l.], v. 9, n. 1, p. 83-99, maio 2007. Disponível em: <http://rbeur.anpur.org.br/rbeur/article/view/172/156>. Acesso em: 14 fev. 2019.
- FOUCAULT, Michel. **Resumo dos Cursos do Collège de France (1970-1982)**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. 134p.
- GAGNEBIN, Jeanne Marie. Apresentação. *In*: AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha**. Homo Sacer III. Tradução: Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008. 169p. p. 9-17.
- GARAU, Marilha Gabriela Reverendo. Uma análise das relações da polícia militar com os moradores de uma favela ocupada por UPP. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 2106-2145, 2017.
- GARRIOTT, William. Polícia na prática: O policiamento e o projeto de governança contemporânea. *In*: GARRIOTT, William (Org.) **Policiamento e Governança**

Contemporânea: a Antropologia da polícia na prática. Tradução: Daniela Ferreira Araújo da Silva. Campinas: Editora da Unicamp, 2018. 359p. p. 25-57.

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. Disponível em: <http://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/urbana/article/view/8635115>. Acesso em: 23 jun. 2016.

HÖELZ, Yanahê Fendeler. Dilemas de um fazer policial: a construção da “polícia de proximidade” na UPP Rocinha. *In:* **42º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS**, 2018, Caxambu. Anais [...]. Caxambu: ANPOCS, 2018. ISSN **2177-3092**. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/42-encontro-anual-da-anpocs/spg-5/spg32>. Acesso em **23 jan. 2019**.

HÖELZ, Yanahê Fendeler. Cidade, Favela e Direito: como produzimos o subalterno. **Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade**, [s. l.], v. 2, n. 2, p. 22-43, jul./dez. 2016.

HOLLOWAY, Thomas H. **Polícia no Rio de Janeiro:** repressão e resistência numa cidade do século XIX. Tradução: Francisco de Castro Azevedo. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1997. 343p.

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.

LEVI, Primo. **É isto um homem?** Tradução: Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 2018. 255p.

MUNIZ, Jacqueline; PATRICIO, Luciane. A Segurança Pública da Constituição: Direitos sob tutela de Espadas em Desgoverno. *In:* SANTOS JUNIOR, Belizário dos; VALIM, Rafael (Orgs.). **1988/2018: 30 anos da Constituição Federal do Brasil**. São Paulo: Editora Imprensa Oficial de São Paulo, 2018. 376p. p. 80-85.

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.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; MELLO, Kátia Sento Sé. Nem tão perto, nem tão longe: o dilema da construção da autoridade policial nas UPPs. **Civitas**, Porto Alegre, v. 15, n.1, p. 44-65, jan./mar. 2015.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; PROENÇA JÚNIOR, 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.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; PROENÇA JÚNIOR, Domício. Armamento é Direitos Humanos: nossos fins, os meios e seus modos. **Revista Sociedade e Estado**, [s.l.], v. 28, n. 1, jan./abr. 2013.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; PAES-MACHADO, Eduardo. Polícia para quem precisa de polícia: contribuições aos estudos sobre policiamento. **Caderno CRH**, Salvador, v. 23, n. 60, p. 437-447, dez. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792010000300001. Acesso em: 04 mar. 2019.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; PROENÇA JÚNIOR, Domício. Forças Armadas e Policiamento. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, [s. l.], ano 1, 1 ed., p. 48-63. 2007a.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; PROENÇA JÚNIOR, Domício. Muita politicagem, pouca política os problemas da polícia são. **Estudos Avançados**, [s.l.], v. 21, n. 61, p. 159-172. 2007b. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142007000300011>. Acesso em: 03 mar. 2019.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira. A crise de identidade das Polícias Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. **Security and Defense Studies Review**, [s. l.], v. 1, p. 187-198, 2001.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira. “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.

MUSUMECI, Leonarda *et al.* Ser policial de UPP: aproximações e resistências. **Centro de Estudos de Segurança e Cidadania – CESeC**, Boletim Segurança e Cidadania, n. 14, nov. 2013.

PAES, Vivian Ferreira. Do inquérito ao processo: análise comparativa das relações entre Polícia e Ministério Público no Brasil e na França. **Dilemas**: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, [s. l.], v. 3, n. 7, p. 109-141, jan./fev./mar. 2010.

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**, Lisboa, n. 211, v. 49, p. 272-309, 2014. ISSN 2182-2999.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei nº 443 de 1º de julho de 1981. Dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. **Diário Oficial do estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 02 jul. 1981.

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: 23 fev. 2019.

TEIXEIRA, Cesar Pinheiro. O ‘policial social’: algumas observações sobre o engajamento de policiais militares em projetos sociais no contexto das favelas ocupadas por UPPs. **Dilemas**: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, [s. l.], v. 8, n. 1, p. 77-96, jan. 2015. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7284>. Acesso em: 14 fev. 2019.

VALLADARES, Licia. A gênese da favela carioca. A produção anterior às Ciências Sociais. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 15, n. 44, p. 5-34, out. 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-6909200000300001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 fev. 2019.

ZALUAR, Alba; ALVITO, Marcos (orgs.). **Um século de favela**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. 370p. p.7-60.

ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. *In*: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.) **O que resta da ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010. 350p. p. 41-76.

**INTERDISCIPLINARIDADE ENTRE O DIREITO PENAL E A
CRIMINOLOGIA PARA COMPREENSÃO DO GENOCÍDIO DA
JUVENTUDE NEGRA NA ATUALIDADE BRASILEIRA**

*INTERDISCIPLINARITY BETWEEN CRIMINAL LAW AND
CRIMINOLOGY FOR UNDERSTANDING THE YOUTH GENOCIDE
BLACK OF BRAZILIAN NEWS*

Isadora Costa Saraiva

Especialista em Ciências Penais pela PUC/MG. Bacharel em Direito pela Faculdade Milton Campos. Advogada. E-mail: isadoracsaraiva@gmail.com

Resumo: O presente estudo pretendeu demonstrar a partir do alto número de jovens negros que tem perdido suas vidas prematuramente, sobre um possível fenômeno de genocídio da juventude negra. O tema apresenta relevância científica por ser o Brasil um país que mata mais jovens no mundo, e até mesmo, pelos homicídios serem legitimados por uma intensa política criminal acentuada pelos marcadores sociais de diferença. Pretende-se, como objetivo geral, investigar sobre o contexto histórico-originário do crime de genocídio e suas principais tipificações legais no ordenamento jurídico brasileiro. A partir da análise legal do crime de genocídio, serão utilizados estudos da criminologia crítica na qual edifica importantes apontamentos sobre o contexto histórico, ininterrupto e político criminal acerca do extermínio de jovens negros, bem como a contextualização da perseguição dos jovens negros que é fruto da herança escravocrata. Fundada na lógica do racismo, a guerra às drogas é agora o novo *slogan* legitimador da prática genocida. Nesse sentido, a perseguição e exclusão originária do período escravocrata, tão presentes nos dias atuais, está longe de se romper. Uma realidade que reafirma o sistema penal excludente e opressor que demonstra que os jovens negros ao invés de algozes, são as maiores vítimas desse sistema genocida.

Palavras-chave: Extermínio. Juventude negra. Seletividade. Vulnerabilidade. Racismo.

Abstract: The present study aimed to demonstrate from the high number of young black people who have lost their lives prematurely, about a possible phenomenon of black youth

genocide. The theme is scientifically relevant because Brazil is a country that kills the youngest in the world, and even because homicides are legitimized by an intense criminal policy accentuated by social markers of difference. The general objective is to investigate the historical and original context of genocide crime and its main legal typifications in the Brazilian legal system. From the legal analysis of the crime of genocide, critical criminology studies will be used in which it builds important notes on the historical, uninterrupted and political criminal context about the extermination of young blacks, as well as the contextualization of the persecution of young blacks that is the result of slave heritage. Founded on the logic of racism, the drug war is now the new legitimizing slogan of genocidal practice. In this sense, the persecution and exclusion originating from the slavery period, so present today, is far from breaking. A reality that reaffirms the exclusionary and oppressive penal system that demonstrates that young blacks rather than executioners are the biggest victims of this genocidal system.

Keywords: Extermination. Black youth. Selectivity. Vulnerability. Racism.

Sumário: Introdução. 2. Genocídio. 2.1. Breve contexto histórico. 2.2. Bases legais brasileiras. 2.3. Genocídio por omissão. 3. Extermínio de jovens negros. 3.1. Dados quantitativos. 3.2. Outros dados. 4. Consideração Preliminar. 5. Enfoque da Criminologia. 5.1. Breve contextualização histórica a partir da criminologia. 5.2. O novo *slogan* é anunciado. 5.3. Direitos? Fala para eles que estão excluídos. 5.4. Genocismo (Genocídio + Racismo). 6. Considerações Finais.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo, desde o final da Ditadura percebe-se uma intensificação de homicídios de jovens negros, tanto que se intensificou o debate público sobre um possível fenômeno de extermínio da população jovem negra, tendo como foco privilegiado os jovens negros moradores de periferia. Atualmente, morrem mais jovens negros do que adultos brancos, jovens que possuem entre 15 a 29 anos.

Dito isso, o presente artigo tem como matriz metodológica a linha de pesquisa exploratória, que é voltada para uma investigação preliminar em direito penal e uma abordagem criminológica para a compreensão do problema do genocídio juvenil negro

na atualidade brasileira. Para tanto, será utilizada, também, a revisão bibliográfica como meio de limitar divagações e poder estruturar esta análise no sentido de resumir de forma sistemática as informações existentes sobre o genocídio e sobre a mortalidade juvenil negra no Brasil.

Nesse sentido, será adotada uma abordagem crítica através da análise de dados quantitativos para explicar o fenômeno do genocídio juvenil, que vem sendo denunciado na atualidade. Assim, o estudo possui, como principal objeto, uma investigação sobre a alta taxa de mortalidade de jovens de 15 a 29 anos na qual se possa compreender o seguinte problema: Está em curso o maior *extermínio juvenil negro* na atualidade que é causado, injustamente, pelas ações e omissões estatais.

Em relação à pesquisa, adota-se, como marco teórico, o crime de genocídio, desde a sua definição tutelada pelo jurista polonês Raphael Lemkin, à internacionalização do termo e criação da Convenção de Prevenção e Punição ao Crime de Genocídio pela ONU, até a atual tipificação no código interno brasileiro.

Torna-se necessário explicar sobre a modalidade de genocídio por omissão, abordando-se a possibilidade de estarmos diante dessa capitulação. Além de evidenciar a ausência de políticas públicas que enfrentam diretamente o problema.

Especificamente no capítulo terceiro, será retratado por meio de dados quantitativos o número de jovens, de 15 a 29 anos, que perdem suas vidas prematuramente. Para tanto, serão utilizados os dados obtidos por meio do *Atlas da Violência 2019*, que expõem os números coletados no ano de 2017, com o viés de entender como está se dando o extermínio da juventude brasileira.

Em capítulos quinto e sexto, será analisado o *genocídio juvenil negro* por meio da criminologia através dos estudos das criminólogas Ana Luiza Pinheiro Flauzina e Vera Malaguti Batista na qual foi contextualizada, historicamente, a política criminal de perseguição dos jovens negros de periferia desde o séc. XIII na Europa até os dias atuais sobre o que pode ser considerado como “genocídio negro”. Ademais, será abordado sobre como o racismo vem desde o período colonial influenciando na política genocida atual, por outro lado esse racismo vem maquiado por outro *slogan* e conclui-se que o objetivo sempre foi a perseguição e criminalização de corpos negros com o fim de manter a branquidade populacional e o *status quo*.

Dessa forma, temos que o Direito Penal mostra-se insuficiente para explicar e prevenir este fenômeno que mesmo com tipificação legal datando há mais de sessenta

anos, vem crescendo a cada ano ante o aumento da violência, da discriminação e da segregação de jovens de periferia, estes se inserindo cada vez mais em atividades ilegais.

Por fim, na conclusão serão abordadas considerações finais sobre as respostas obtidas com o estudo e apresentadas algumas críticas bem como será apresentada sugestão de gestões sociais responsáveis de forma a garantir o verdadeiro Estado Democrático de Direito e a preservação da vida de toda a sociedade, sem exceção.

2. GENOCÍDIO

2.1. Breves considerações históricas e conceituação

Antes de adentrar no assunto, é imperioso ressaltar que era comum, na Antiguidade, os povos vencedores escravizarem os vencidos, bem como arrasarem suas cidades e matassem todo o seu povo. São perseguições antecedentes do crime moderno de genocídio, visto que os antigos achavam normais tais atrocidades (SZNICK, 1993, p.106-107). Dito isso, a prática de extermínio é própria da condição humana, cujo fim é o de manter o controle e dominação sobre outros grupos. Sendo o nazismo o propulsor da necessidade de uma previsão legal que pudesse punir e prevenir práticas de extermínio.

A palavra Genocídio foi criada pelo jurista judeu polonês radicado nos EUA, Raphael Lemkin, em meados de 1940, ao escrever sua obra “Axis Rule in Occupied Europe”, cujo escrito objetiva tornar ilegal a destruição de grupos, propunha que se realizasse a confecção de um tratado internacional que pudesse ser usado como base para julgar e punir os exterminadores.

Na obra, Lemkin tinha o objetivo de prevenir novas atrocidades, após ler os relatos de extermínio de sua terra natal, bem como analisou os ataques e as técnicas de ocupação da Europa pelos alemães (POWER, 2004, p.66), conhecido mundialmente como Nazismo.

Ao estudar os meios de destruição como o extermínio em grande escala, deportação, redução da taxa de natalidade, mediante separação de homens e mulheres, exploração econômica e a fome progressiva; Lemkin precisava de uma palavra que substituísse “barbárie” e “vandalismo”, forma com a qual denominava as atrocidades que aconteciam na Polônia.

Assim, a palavra genocídio surgiu a partir da formação híbrida entre o derivativo de grego geno, que significava “raça” ou “tribo” e o derivativo latino cídio, de caedere,

que significava “ato ou efeito de matar ou abalar” (POWER, 2004, p.68-69), ou seja, seria a destruição ou matança de um determinado grupo.

O autor lutou incansavelmente para que o termo fosse reconhecido como crime e punido por toda comunidade internacional; até que a ONU reconheceu e afirmou que o genocídio era um crime perante o direito internacional visto que contrário aos direitos humanitários. Criou-se a Convenção Sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio que deveria ser ratificada em todos os países, tornando-se crime internacional em 09 de dezembro de 1948 (POWER, 2004, P.90-91), mais especificamente como crime contra a humanidade. Ressalta-se que essa Convenção não fixou as penas para os crimes de genocídio, deixando a cargo de cada Estado Membro definir qual seria a pena adequada.

Além da repressão da prática criminosa, o genocídio foi capitulado em três grandes grupos: genocídio físico (ato de matar ou lesionar), genocídio biológico (ato de esterilizar ou separar membros do grupo) e; genocídio cultural (ato de proibir o uso da língua, destruir monumentos ou outros que identifiquem o grupo) (SZNICK, 1993, p.109).

Imperioso ressaltar que, o Estatuto de Roma – internalizado no direito brasileiro através do Decreto nº 4.388/2002- que instituiu o Tribunal Penal Internacional com o objetivo de julgar crimes internacionais de maior gravidade seja em tempos de paz ou de guerra. Assim, o Estatuto de Roma estabeleceu sua competência para o julgamento de crime de genocídio e definiu esse nos mesmos termos da Convenção, já citada anteriormente, conforme art. 6º (com correspondência no art. 2º desta Convenção):

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por genocídio, qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

a) homicídio de membros do grupo; b) ofensas graves à integridade física ou mental dos membros do grupo; c) sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; d) imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e) transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Por fim, tanto a Convenção quanto o Estatuto de Roma entendem que o crime de genocídio é contrário aos direitos das gentes, ou melhor, contra direitos de vida de um grupo, logo, o bem jurídico a ser protegido é a vida de um grupo como um todo.

2.2. Bases legais brasileiras quanto ao genocídio

Em atendimento ao disposto pela Organização das Nações Unidas, tendo a Convenção sobre o Genocídio entrado em vigor em 12 de janeiro de 1951, o Brasil a ratificou em 15 de abril de 1952, tendo promulgado o Decreto 30.822/52, internalizando-a no direito brasileiro. Este decreto serviu de base para a criação do dispositivo penal brasileiro de repressão ao Genocídio.

Em 1º de outubro de 1956, editou a lei 2.889 que internalizou a Convenção e visou punir atos que, por meio de violência, causassem a destruição total ou parcial de grupos por razões discriminatórias e de extermínio. No que se refere à quantificação de penas, a lei apenas fez remessa ao Código Penal, assim, as penas são semelhantes às dos crimes de homicídio, lesão corporal, envenenamento, provocação de aborto ou privação de liberdade mediante sequestro ou cárcere privado.

Dessa forma, a legislação brasileira adotou a definição de genocídio no mesmo sentido já estabelecido na Convenção e no Estatuto de Roma, ou seja, trata-se de um crime contra a humanidade visto o objetivo de destruição sistemática de um grupo tendo como motivação as diferenças de nacionalidade, raça, religião e diferenças étnicas.

A lei, que possui mais de sessenta anos, visa à punição daqueles que se associarem (mais de três) tanto pela prática consumada quanto pela tentativa da destruição de um grupo. Assevera-se que, se crime praticado por governante ou autoridade pública, será agravada, aumentando-se um terço à previsão de crime praticado por pessoas ou grupos que não estão ligadas diretamente ao Governo. Por fim, determinou que o genocídio não se trata de um crime político, portanto, passível de extradição.

No que concerne ao agravamento da pena se o crime for cometido por autoridade pública, este se justifica pelo grau de responsabilidade das autoridades para com a sociedade como um todo e pelo histórico do crime de genocídio, ou seja, dos genocídios que já ocorreram todos tiveram como exterminadores indivíduos ligados diretamente ao Estado, conforme preceitua o professor Carlos Canêdo:

[...] por trás dos grandes genocídios da História. **Quase sempre se poderá encontrar a atuação do Estado, aberta ou velada, comissiva ou omissiva, direta ou indireta.** Daí a necessidade de um tratamento penal mais severo para seus agentes, que manipulam todo um instrumental repressivo (leis, polícia, forças armadas, etc.) e que podem valer-se de um complexo organizacional para levar avante seus objetivos, minando por dentro os fundamentos de um Estado Democrático de Direito. O juízo de censura, em tais casos, deve ser externado com mais rigor. (SILVA, 1998, p. 199-200) (grifo nosso).

Em síntese, o genocídio trata-se de um crime comum e de resultado, referente ao direito das gentes, essencialmente internacional, pluriofensivo (viola mais de um bem jurídico – vida, integridade, liberdade e outros), podendo ser qualquer pessoa física como sujeito ativo praticado contra um grupo, ainda que apenas uma pessoa seja atingida.

Posteriormente, com a implantação da Lei n. 8.930/94, o crime de genocídio passou a ser considerado como crime hediondo, sendo inafiançável e insuscetível de indulto, graça ou anistia visto que se trata de crime contra a humanidade ante a grande repulsa social e cuja reação penal deve surgir com um rigor mais acentuado.

2.3. Genocídio por omissão

Na hipótese de crime de genocídio por omissão, decorre-se a omissão na ausência da prática de ato que deveria fazer-se, ou seja, é a conduta que infringe uma norma mandamental ao não fazer a ação ordenada por uma determinada norma (BITENCOURT, 2012, p.300). Assim, a omissão está juridicamente caracterizada quando o agente não faz o que pode e deveria fazer.

O Código Penal Brasileiro, em seu art. 13, §2º, alínea “a” prescreve que a omissão é penalmente relevante quando o omitente podia e devia agir para evitar o resultado concreto quando tenha, por lei, a obrigação de cuidado, proteção e vigilância. Portanto, se em decorrência da abstenção do agente o resultado se concretizar, o Direito Penal, considera que é como se o agente tivesse causado o resultado. (BITENCOURT, 2012, p.304- 305)

Mais especificamente dentro de crimes omissivos, têm-se os crimes omissivos impróprios ou crimes comissivos por omissão, ocorrem quando o agente tem o dever de agir para impedir que o resultado ocorra, conforme Bitencourt, “o agente não tem simplesmente a obrigação de agir, mas a *obrigação de agir para evitar um resultado*, isto é, deve agir com a *finalidade de impedir a ocorrência de determinado evento*” (2012, p. 302, grifos do autor).

Em consonância com este raciocínio, assevera o professor Carlos Canêdo, que a maioria dos crimes de resultado admite a modalidade omissiva e que nada impede que o genocídio se dê na modalidade de omissão, em suas palavras:

A forma prevista na alínea C do artigo 1º da Lei N. 2.889/56, (“submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial”), por exemplo, permite que se cometa um

genocídio privando um grupo de alimentação, cuidados médicos e sanitários, etc., de tal modo que pereça ou seja, em parte, dizimado. Do mesmo modo, nada impede que se matem membros de um grupo privando-o de meios de existência, desde que, em ambos os casos, haja, por parte do sujeito ativo, o dever de agir. (SILVA, 1998, p.192) (grifo nosso).

Dessa forma, é imperioso ressaltar que a privação de alimentos ou de cuidados é forma de sujeitar um grupo a condições precárias de existência, capazes de dizimá-lo fisicamente, ou seja, a abstenção do dever de cuidado e proteção ocasiona a produção do resultado concreto qual seja a destruição de um grupo ainda que de forma lenta ou gradual, conduta que a lei proíbe. Pode-se citar como exemplo, a distribuição territorial de determinado grupo para um lugar com péssimo acesso às redes de encanamento, saúde e educação.

Assim, a omissão constitui atitude valorada e quem se omite está desatendendo o comando legal, portanto, o agente que se abstenha do seu dever de proteção está concorrendo na modalidade de genocídio.

3. EXTERMÍNIO DE JOVENS NEGROS

3.1. Dados quantitativos

É possível dizer que está em curso verdadeiro *genocídio juvenil* na atualidade. Isto porque, ao longo dos anos, observa-se que cada vez mais jovens, de 15 a 29 anos, estão perdendo suas vidas prematuramente de forma brutal. Conforme o *Atlas da Violência 2019*, produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), correspondente aos dados de 2017 na qual conclui que houve o agravamento do quadro de mortandade juvenil no país.

Segundo dados apurados, dos 65.602 homicídios apurados em 2017, o número de 35.783 corresponde ao total de jovens que foram assassinados. Esse valor corresponde a mais da metade do total de homicídios apurados, ou seja, 54,6% das vítimas totais foram jovens violentamente assassinados, embora representem apenas 24,6% da população total do país. É uma taxa recorde nos últimos dez anos.

Não obstante, esse número representa um aumento de 6,7% em relação ao ano de 2016. Se se considerar o período de uma década (2007-2017), essa taxa de passou de 50,8 mortes por 100 mil jovens em 2007 para 69,9 mil jovens por 100 mil em 2017, o que

equivale a um aumento de 37,5% no número de homicídio juvenil (CERQUEIRA, 2019, p.29).

Ainda segundo IPEA, o homicídio é a causa de 51,8% das mortes de jovens entre 15 e 19 anos, 49,4% das mortes entre 20 a 24 anos e 38,6% das mortes de jovens de 25 a 29 anos, tais taxas demonstram que o homicídio é a principal causa de morte dos jovens brasileiros (CERQUEIRA, 2019, p.25).

Apesar de a taxa de homicídio de adolescentes variar, de um estado para outro, sabe-se que a “taxa de homicídio apresenta considerável elevação em relação à taxa geral de homicídios jovens” (CERQUEIRA, 2019, p.27). Portanto, conclui-se que em nível nacional, houve um aumento significativo da taxa de homicídio juvenil se comparado com o ano anterior.

Ademais, os números de mortes são um reflexo da realidade do país, ou seja, em sua maioria são homens jovens, mais especificamente 94,4% (equivalente a 33.772). Estes que se encontram em situação de vulnerabilidade social, moram em periferias, com baixo nível de escolaridade e, em grande maioria, são pretos ou pardos (CERQUEIRA, 2019)

Nessa seara, o Mapa da Violência 2016, pesquisa elaborada por Julio Waiselfsz com viés de analisar a taxa de homicídio por arma de fogo, corrobora o entendimento de que são os jovens as maiores vítimas de homicídio no país, nas suas palavras:

Como vimos constatando desde o primeiro Mapa da Violência, divulgado em 1998, a principal vítima da violência homicida no Brasil é a juventude. Na faixa de 15 a 29 anos de idade, o crescimento da letalidade violenta foi bem mais intenso do que no resto da população. Vemos, [...] que, no conjunto da população, o número de HAF passou de 6.104, em 1980, para 42.291, em 2014: crescimento de 592,8%. Mas, na faixa jovem, este crescimento foi bem maior: pula de 3.159 HAF, em 1980, para 25.255, em 2014: crescimento de 699,5% [...] Pode ser vista a enorme concentração de mortalidade nas idades jovens, com pico nos 20 anos de idade, quando os homicídios por AF atingem a impressionante marca de 67,4 mortes por 100 mil jovens. (2015, p.49-53).

Diante do alto índice de mortandade juvenil “verificamos a continuidade do processo de aprofundamento da desigualdade racial nos indicadores de violência letal no Brasil”. Isto ocorre porque, percebe-se uma superioridade dos homicídios entre os homens e mulheres negros ou pardos, chegando a 73,1% para homens e 63,4% para mulheres.

Sendo que em 2017, 75,5% foram negros e pardos assassinados no país, ou melhor, “proporcionalmente às respectivas populações, para cada indivíduo não negro que sofreu homicídio em 2017, aproximadamente, 2,7 negros foram mortos” (CERQUEIRA, 2019, p.49). Ademais, no período de uma década, 2007 a 2017, a taxa de negros mortos cresceu 33,1% enquanto que a de não negros apresentou leve crescimento de 3,3%.

Em vista disso, o Atlas da Violência 2019, descreve o perfil dos homicídios brasileiros como sendo: homens, jovens, negros ou pardos, solteiros, de baixa escolaridade (cursaram até o ensino fundamental incompleto) e vitimados pela utilização de arma de fogo.

Não bastasse isso, na pesquisa *Mapa da Violência 2014: Os jovens do Brasil*, WASELFSZ constatou que os jovens são as maiores vítimas de violência, seja de homicídio, acidente de trânsito e até mesmo de suicídio. Porém, o autor ressalta que são os jovens negros as maiores vítimas da violência “o número de vítimas brancas cai 32,3%. O número de vítimas jovens negras aumenta 32,4%: o diametralmente oposto. As taxas brancas caem 28,6% enquanto as negras aumentam 6,5%” (2014, p.167).

Além dos dados quantitativos mencionados, vale afirmar que tanto nos relatórios, jornais, revistas e estudos científicos quanto nas ruas é perceptível a condição de extermínio imposta à população jovem negra.

3.2. Outros dados

A PJMP afirma que a situação da juventude pobre é crítica, assim, “a sobrevivência dela é cotidianamente ameaçada. É obrigada a (sobre)viver junto à violência de todas as ordens, conduzidas ao limite do seu extermínio físico e social” (2016, p.2-3). Mais do que isso, a Pastoral da Juventude do Meio Popular evidencia a alta letalidade da polícia brasileira e que os homicídios por ela provocados são “maquiados” como “autos de resistência” de forma que os policiais saiam impunes e os homicídios não sejam investigados (2016, p.3).

Frisa-se que são jovens, são negros e moradores de periferia, por que deveriam investigar?

WASELFSZ aponta três indicadores que poderiam justificar a situação-problema, quais sejam: privatização da segurança, distribuição desigual das políticas públicas e, por fim, a “aceitação” da violência como algo que faz parte do seio social (2014, p.167). Essa

consideração feita pelo autor reafirma que a taxa de mortalidade é maior quando está tratando de jovens, negros, sob vulnerabilidade social e com baixa escolaridade.

Assim, fica evidente que somente uma parcela da população juvenil são as vítimas, isto porque há tanto uma negligência quanto uma ausência de proteção e segurança àqueles que são comumente conhecidos como “marginais”, “drogados”, “sem estudo”, “moradores de periferia”. São tantos adjetivos preconceituosos e pouca proteção, porque é muito mais fácil segregar e deixá-los à sua própria sorte. Fica a pergunta: não deveria o Estado proteger a todos sem distinção?

Consoante ao raciocínio, além de eles serem a maioria da taxa de homicídio, são também a maioria da taxa de encarcerados, assim “está o processo de encarceramento em massa de pessoas pobres e marginalizadas, em sua grande maioria jovem e negra, e que consiste na outra faceta do genocídio” (WASELFSZ, 2016, p.3). Tal situação é preocupante na medida em que imperam nas cadeias brasileiras os maus-tratos, as torturas, condições precárias de higiene, ou seja, todas as violações de direitos possíveis.

Ademais, vale dizer que, geralmente, são os jovens envolvidos em atividades ilegais, os mais vulneráveis que acabam sendo mortos seja por briga entre gangues, seja por dívida ou até mesmo por policiais que tentam conter essas atividades consideradas ilegais. Pode-se inferir, também, que, devido ao fato de alguns jovens se encontrarem próximos ou nas regiões onde ocorrem atividades ilegais, tornam-se mais propícios a serem confundidos com os “traficantes”, “bandidos” e podem ser mortos equivocadamente.

4. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A alta taxa de mortalidade juvenil negra, bem como a ausência de políticas públicas que previna ou reprima esse aumento e pela responsabilidade estatal para com o cuidado da juventude brasileira, é que se denomina o fenômeno como *genocídio juvenil negro*, sendo em tese, provocado, seja diretamente pelas autoridades públicas quanto pelas práticas repressivas de forma sistemática e estrutural quanto pela abstenção estatal no sentido de proteger e garantir a segurança da população de jovens negros de 15 a 29 anos.

É que, segundo André Luiz Vieira ainda que haja proibição legal quanto à prática de genocídio:

[...] a violência é uma atividade constante na vida da sociedade e é mesmo um instrumento a serviço do Estado. [...] tal legislação não é suficiente para se **evitar políticas discriminatórias** e centradas na violência como meio quando provindas do Estado (2012, p.10) (grifo nosso).

No Brasil, a lei de punição ao genocídio, citada anteriormente, é insuficiente para evitar a sua ocorrência, por parte de um grupo ou até mesmo pelo próprio Estado. Referida lei preocupa-se, apenas, com a punição dos crimes que já aconteceram e nem ao menos responsabiliza o Estado perante o sofrimento afligido à sua juventude negra e seus familiares mediante ações violentas causadas por meio de suas autoridades. Assim, tal lei é ineficaz no sentido de reprimir os atos, diretos ou indiretos, praticados pelas autoridades públicas.

Em razão do que foi exposto, ressalta-se que o genocídio vai contra ao Estado Democrático de Direito estabelecido no Brasil. Isto porque segundo o professor Carlos Canedo, o Estado Democrático de Direito “deve estar fundado, dentre outras coisas, em uma democracia contra aquelas ações ou omissões tendentes a destruir, no todo ou em parte, pessoas pertencentes a grupos raciais ou etnicamente os mais variados [...]” (1998, p. 170), bem como em garantir a proteção e segurança de todos os integrantes da sociedade.

No entanto, pode-se asseverar que o Estado é o principal responsável pela alta taxa de homicídio juvenil negro, seja pelas práticas de repressão violenta e discriminatória e, também, pela ignorância e descumprimento das normas garantidoras dos direitos humanos, pois, “aquele que age, ou se omite – quando possuía o dever de agir -, no sentido de exterminar tais diferenças [...] está conspirando contra o Estado Democrático de Direito” (SILVA, 1998, p. 171).

Em linhas parcialmente conclusivas, está em ocorrência o maior fenômeno de genocídio juvenil negro na sociedade brasileira.

Para encerrar este capítulo vale uma citação da PJMP:

Sob o Estado Penal, instrumento essencial do atual momento do capitalismo, **a juventude preta, pobre e periférica não contemplada em seus direitos sociais e humanos, tenta (sobre)viver mesmo submetida ao tratamento policial, penitenciário e punitivo. Negligencia-se a essa juventude** a condição de cidadã e de sujeito, uma vez que criminalizada e estigmatizada. **Ela é tratada como “problema”**, engendrando políticas que a tem como transgressora de condutas morais, como população suspeita, como contingente que promove práticas e comportamentos de riscos. É uma perspectiva, portanto, de criminalização dessa parcela da juventude, fartamente hidratada por **programas e meios midiáticos hegemônicos** (2016, p.5) (grifo nosso).

5. ENFOQUE DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Para iniciar este capítulo é importante destacar que o Direito Penal é insuficiente para explicar porque o sistema penal está mais preocupado com o controle e perseguição de determinados indivíduos, ou melhor, “o alvo primeiro do sistema penal está centrado na cor dos indivíduos” (FLAUZINA, 2017, p.51).

Dito isso, é preciso de outro ramo que possa tentar dar um norte acerca do fenômeno do extermínio de jovens negros. Nesta seara, o estudo do direito penal é mais restrito, abrangendo somente as bases legais e os conceitos e princípios da ciência penal enquanto que o estudo a partir da criminologia crítica por ser uma ciência empírica, se preocupa em investigar as predisposições e condições ambientais que ocasionam o crime bem como esclacrer a forma de funcionamento do sistema penal e suas formas de controle social.

É a partir de uma análise mais empírica, no caso, a partir da criminologia crítica que poderemos entender como se dá a perseguição e criminalização dos jovens negros.

Preliminarmente, poderíamos dizer que o sistema penal está contrário aos direitos estabelecidos na atual Constituição da República (1988), como já dito, é evidente as violações de igualdade, de preservação da vida e segurança, tendo, portanto, fracassado, porém:

[...] mais do que fracassos evidentes nas suas promessas, o que nos toca é a concretização do que nunca fora anunciado. No final, o que ficou definitivamente explicitado é que a alardeada ‘falência do sistema penal’ é, na verdade, slogan de mais uma manobra. O sistema penal funciona. E funciona bem. Funciona para os fins para os quais foi concebido: manter as pessoas onde estão (FLAUZINA, 2017, p.33-34).

Neste sentido, percebe-se a importância da criminologia crítica, vez que a partir de uma abordagem dos sistemas penais existentes, é possível entender o slogan não anunciado, qual seja a existência de um projeto de extermínio do Estado direcionado à população jovem e negra do país. Assim, acerca dos sistemas penais latino-americanos FLAUZINA aponta que “a forma de movimentação do sistema penal brasileiro, fundamentada na violência e na produção de mortes, tem o racismo como variável central” (2017, p.168).

Ao adentrar-se na criminologia, percebe-se uma necessidade de analisar o contexto social em que se vive, para que se possa entender o objeto criminológico e compreender qual é a demanda de ordem deste momento (BATISTA, 2011, p. 19). Isto porque o país está passando por uma intensa criminalização política. Igualmente, Vera Batista destaca

que é preciso entender como se dá o capitalismo contemporâneo, também denominado de capitalismo da barbárie e que, para isso, é preciso voltar um pouco na história.

5.1 Breve contextualização histórica a partir da criminologia

A priori, podemos dizer que, o Brasil além de herdar a ideologia ibérica de controle dos corpos, o assumiu numa versão mais pessimista, conforme resume BATISTA: “Na periferia do capitalismo, e no Brasil em particular, tudo isso vai se agregar ao genocídio colonizador, às marcas da escravidão, à república nunca consolidada, ao estado previdenciário já malhado antes de nascer, aos paradoxos da cidadania” (2011, p.29).

Em suma, nas palavras de FLAUZINA, existe um padrão de comportamento instituído desde o período colonial e que permanece até os dias de hoje. Assim, o controle dos corpos e o projeto de extermínio, herança do período escravocrata compõe a atual política e é o principal norteador do sistema penal brasileiro (2017, p.168). Portanto, o poder punitivo cria dispositivos formais e informais de controle social, desde o período colonial.

Agora, passaremos sucintamente pelos quatro sistemas penais sugeridos por Nilo Batista, conforme citado por Flauzina (2017, p. 53) – sistema colonial-mercantilista, sistema imperial-escravista, sistema republicano-positivista e até os dias atuais, denominado como sistema neoliberal.

Inicialmente, estando o país norteado por um sistema colonial-mercantilista, iniciado pela “domesticação” dos índios, seres, até então, estranhos aos olhos europeus, somado ao tráfico de escravos já autorizados pelo governo, permitiu abrir portas para uma intensa política de controle social bem como o controle das relações produtivas. É neste período que já começa a repressão, a vigilância dos corpos negros e escravizados, até então objetos de seus senhores, de forma a discipliná-los e controlá-los.

Em seguida, o sistema imperial-escravista utilizou-se de métodos que legitimaram a escravidão e afastou a possibilidade de corpos negros serem sujeitos de direitos. Ante o aumento do número de negros escravizados, aumentou-se o controle sobre estes seres. Com o objetivo de delimitar o espaço de circulação dos negros, a liberdade passa a ser normatizada e a vadiagem criminalizada.

Tendo o Estado passado a reprimir a vadiagem, conseqüentemente, ocorre uma criminalização extensa, uma demonização dessa parcela da população, portanto, era

preciso controlá-la, criam-se as prisões (BATISTA, 2011, p.26-27 e 100). Logo, a tutela dos corpos negros passa de seus ex-senhores ao Estado.

Ato contínuo, as práticas punitivas intensificaram-se, ocasionando a superlotação das prisões e uma limpeza racial-urbana às portas fechadas. Se antes os negros eram açoitados em público, agora eram penalizados à prisão, eram vigiados constantemente e proibidos de obterem melhores condições de vida.

Por conseguinte, o sistema republicano-positivista tenta apagar os traços do período colonial, mas, o que se percebe é a continuação do controle social sobre os negros, sendo o racismo a sua principal essência. Nesse período encontramos um sistema de controle mais evoluído, tendo o MEDO maquiado o racismo, ou seja, o slogan agora anunciado é que os corpos negros são perigosos e delinquentes.

À medida que a permanência histórica é contextualizada, conclui-se que a política criminal da Colônia é a mesma da atual, com diferença, apenas, nos protagonistas que são criminalizados. Se antes os escravos eram perseguidos e mortos, hoje são os seus descendentes.

Por conseguinte, o atual sistema neoliberal contribui para a manutenção do panorama excludente e opressor das classes marginalizadas, visto que concentrou a renda nas mãos de poucos (e brancos), ocasionou o crescimento do desemprego bem como diminuição do crescimento econômico. Portanto, corpos negros além de vulnerabilizados, são as classes perigosas ante a inadaptação ao mundo globalizado.

Isto porque, o governo não conseguiu empregar toda a população negra, aumentou-se o excesso de mão-de-obra e dos trabalhos informais, a população passou a se valer de estratégias de sobrevivência. Os meios de comunicação voltaram o olhar para “O Outro” e trataram os indigentes como inimigos, ocorrendo a explosão penitenciária e a gestão punitiva da pobreza.

Tendo ZAFFARONI (2015), afirmado que a projeção genocida da última revolução techno-científica e neoliberal faria empalidecer a crueldade histórica dos colonialismos anteriores. O aumento do excedente de mão de obra, a desigualdade social e enfraquecimento do Estado serviriam apenas para fortalecer as técnicas de controle social.

5.2 O novo *slogan* é anunciado

Diante da permanência histórica e a necessidade de controle há o fortalecimento do discurso de segurança e do medo, uma internalização aparente do autoritarismo. Tendo Vera Batista pontuado “no limiar entre o século XX e o XXI, o medo não é só consequência

deplorável da radicalização da ordem econômica, o medo é um projeto estético, que entra pelos olhos, pelo ouvido, pelo coração” (BATISTA, 2014, p.75). É dentro destes discursos do MEDO que estabelecem à lógica do controle dos criminalizáveis, que são os moradores de periferia, os meninos de rua, a juventude pobre e negra.

Por certo, diante da herança escravocrata, da exposição do medo e da demonização do “Outro”, o ambiente é favorável às práticas de extermínio. Não se faz questão de investigar os porquês de tanto corpos negros mortos, diferentemente de um corpo branco falecido que merece toda a atenção da mídia e investigação pelas autoridades policiais.

Diante da nova demanda de ordem, qual seja o intenso controle social, o atual discurso é o de guerra (guerra às drogas, guerra às minorias, guerra aos meninos de favela, guerra ao funk, guerra aos negros). É anunciado o fortalecimento do poder punitivo como solução e a população passa a temer os jovens negros de periferias, por fim, uma estratégia bem pensada para maquiar o extermínio baseado no racismo.

Em outras palavras, há um direito penal sem limites no qual “essa ordem jurídica intolerante e excludente não tolera limites, transforma-se num sistema penal sem fronteiras, com a tortura como princípio, o elogio da delação e a execução como espetáculo” (BATISTA, 2014, p. 124), Diante disso, o objetivo da execução é manter o status quo e a hierarquização dos brancos, para tanto é necessário demonizar a juventude negra periférica.

Outrossim, com a saída da ditadura, inicia-se uma política de segurança criminal contra as drogas e, diante do seletivismo, os jovens negros tornam-se alvos do tráfico. Aumenta-se o discurso de segurança e do medo, agora é preciso criminalizar o “OUTRO”, que é o jovem negro, pobre e morador de periferia.

Atualmente, vive-se em uma intensa guerra, qual seja a guerra às drogas e com isso, o controle social dos jovens negros torna-se estratégia de governo e contenção social. Os jovens negros são demonizados a ponto das autoridades e polícia legitimarem e normalizarem o confronto e o extermínio desse “inimigo”, bem como encarcerá-los e privá-los de seus direitos, vez que agora são seres matáveis.

Com o discurso de controle social, não mais se fala em ressocializar o indivíduo, mas sim em controlar e isolar a população de risco. Fortalecem-se as forças de combate e, conseqüentemente, aumenta o número de jovens mortos e feridos. Nessa guerra às drogas, erroneamente estabelecida no país após a ditadura, intensificou a disseminação

do uso de drogas que trouxe em contrapartida a necessidade de aumento da mão-de-obra e tornou-se atração aos jovens para a venda ilegal.

Portanto, o novo *slogan* foi anunciado, a chamada guerra às drogas é a nova roupagem do racismo, na qual os jovens negros são os hereges da modernidade.

Nesse sentido, BATISTA afirma que a demonização do tráfico de drogas fortaleceu a política criminal aprofundando o caráter violador de direitos e que esta política é legitimada quando a vítima é o suposto traficante negro. Com mais investimentos no sistema penal há um panorama propício para argumentos maquiadores de uma política genocida. Portanto, a criminóloga conclui que **“O verdadeiro e real poder do sistema penal [...] é positivo, configurador e dirigido aos setores pobres e aos dissidentes, com o máximo de arbitrariedade seletiva. O marco desse sistema de controle tem sido o genocídio”** (2015. p.2-3) (grifo nosso).

5.3 Direitos? Fala para eles porque estão excluídos

Por outro lado, se não é mostrado à juventude negra um caminho certo a seguir, sendo que a todo o momento são excluídos, são vistos como inadequados socialmente, estes não terão alternativas a não ser criarem seus próprios rituais e encontro de suas próprias respostas, ainda que contrárias à lei.

Neste sentido, os jovens negros passam por situações de vulnerabilidade, pelo convívio próximo com a criminalidade e pelo discurso capitalista em abarcá-los como excluídos, passam a buscar outros meios duvidosos que possam reafirmar seu valor como indivíduo. Neste sentido, os jovens negros passam a assumir condutas de risco (crime) para terem acesso aos bens de consumo e para obterem ostentação, mulher e fama (ARANHA, 2016).

Certamente, estes jovens já tiveram sua morte decretada no campo político (morte simbólica), ou seja, têm a proteção prevista em lei, mas é um ser matável (ARANHA, 2016). Neste sentido, o Estado se encarrega dessa parcela da população menos para garantir seus direitos, mas, mais para reafirmá-los em sua condição de exceção.

Por fim, há uma dualidade letal na busca do pertencimento, ou seja, na assunção das condutas de risco pela busca da reafirmação social, o jovem se legitima politicamente por meio do crime enquanto que o sistema penal legitima o extermínio dele, uma vez que temidos.

5.4 Genocismo (Genocídio + racismo)

Então, desde sempre há uma perseguição da juventude negra, seja ela como algozes, vítimas, criminosos ou vadios, sempre foram rotulados e deveriam ser controlados ilimitadamente. Há uma intensa negligência e conivência dos cidadãos com o poder público no tocante à violação de direitos dos adolescentes no sentido de identificá-los como “classes de risco”, portanto, matáveis.

Neste cenário, “O sistema penal brasileiro e toda sorte de **episódios violentos** que dele decorrem têm servido como instrumentos estratégicos na **materialização de uma política genocida** no Brasil, **ancorada em grande medida nas intervenções policiais**” (FLAUZINA, 2017, p.135) (grifo nosso). Portanto, como sujeito ativo, as instituições policiais mediante o uso da força, revela uma prática de execuções imediatas, na lógica do “matar primeiro e perguntar depois”, desde que seja para a manutenção do *status quo*, estará legitimada pela atual política genocida.

Ademais, a mídia assume importante papel propagador desta lógica ao divulgar que os jovens são violentos, são os criminosos em potencial (“criminologia do outro”), que a juventude herética deve ser contida, intensifica-se o clamor social por medidas punitivas mais duras. Desenvolvem-se ações de gestão de risco e prevenção da criminalidade voltada unicamente para os jovens negros periféricos de forma a evitar a continuação dessa parcela populacional. Como salientou Flauzina, “Não há flagrante mais incontestável de uma política de extermínio em massa: devem-se matar os negros em quantidade, atingindo preferencialmente os jovens, cerne vital da continuidade de existência do grupo” (FLAUZINA, 2017, p. 135).

Retomando a definição de genocídio pela ONU e Estatuto de Roma, o que seria isso tudo a não ser um genocídio revelado? É evidente a correspondência das modalidades capituladas na definição do crime com o atual panorama da política de extermínio, qual seja: pela segregação territorial dos jovens negros para as periferias; pelo nível de pobreza e inadaptação aos padrões consumistas; pela ausência de tratamentos de saúde adequados; pela expulsão escolar ou péssimo ensino; pela política estigmatizante e; pela identidade dilapidada.

Por fim, as práticas de extermínio podem ser executadas tanto na modalidade ativa quanto na omissiva, nos dizeres de FLAUZINA:

No Brasil, o institucional tem sido um espaço privilegiado para a consecução de **um projeto que se dá tanto por via ativa**, em que o instrumental está

voltado para a materialização do extermínio, **quanto pelos sofisticados mecanismos da omissão**, que deixam perecer aos montes os indivíduos a serem descartados. (2017, p.139) (grifo nosso).

Sobretudo, já podemos concluir que o racismo é o principal fundamento dos projetos de extermínio nos países latino-americanos, em especial o Brasil. E que os jovens negros, ao invés de algozes são as maiores vítimas deste sistema genocida.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O extermínio de jovens negros é uma constância em nossa história, uma prática genocida que coloca a juventude negra como vilã, mas, sempre maquiando o racismo que é sua norma fundante. Uma realidade originada no período Colonial, tão presente e viva nos dias atuais.

Nesse sentido, a magnitude de homicídios da população jovem demonstra um caráter de epidemia e o avanço da violência tem como motor exclusivo a morte de jovens negros. Portanto, há uma violência institucional e estrutural contra esta juventude negra brasileira.

A banalização do mal, o discurso do medo ao traçar os jovens como inimigos, torna-os as maiores vítimas da política organizacional marcada pela exclusão, que culmina nas maiores taxas de mortandade juvenil negra do mundo.

Nesse seara, configura-se como extermínio tanto a abstenção estatal referente ao cuidado dos jovens – modalidade de genocídio por omissão – quanto a prática direta e ativa na morte de jovens negros. Soma-se a este contexto a intensa propagação midiática dos jovens como seres que precisam ser controlados, alimentando assim o medo do “outro”, a ponto de se legitimar o seu extermínio, o qual fixa contorno para torná-los como os hereges da modernidade.

É uma falácia dizer que a violência e juventude estão intimamente ligadas, pois se sabe que nem nos períodos de guerra se mata tanto jovem igual na realidade brasileira. Portanto, a juventude não é a causa da violência, mas podemos dizer que a desigualdade racial que desencadeia sentimentos de inferioridade e inadequação social, é uma das causas que influencia no aumento da violência do cotidiano. Nesse caso, a juventude como fase frágil está mais suscetível aos apelos do mundo capitalista e, principalmente, quando a mídia introduz discursos de consumo para pertencimento social.

Ademais, o extermínio dos jovens negros já demonizados, encontra forte apoio social manipulado pela mídia e pelas instituições policiais, fazendo do genocídio um grande espetáculo, cujo final é a manutenção do *status quo* e prevalência da superioridade dos brancos. Por fim, o genocídio da juventude negra evidenciada pelo número de mortos, diretos ou indiretos, é ocasionada em grande parte pelas ações e omissões estatais.

Portanto, lembrando o que já foi dito, o direito penal funciona muito bem para os fins os quais foi concebido: a violência, a exclusão e, conseqüentemente, a morte de corpos jovens negros.

O entendimento equivocado que permite a legitimação do controle social sem enfrentar diretamente a problemática da violência, embora, em alguns casos, sejam os jovens negros protagonistas de crimes, não há fundamento, ainda que raciais, para considerar que são seres matáveis e que por isso o Estado poderia abster do seu dever de cuidado, pois, pelo ordenamento legal, o Estado e toda a sociedade são responsáveis pelas vidas juvenis independentemente da cor da pele.

Portanto, ainda que os jovens utilizem do crime como estratégia de reafirmação social, não poderia legitimar uma política genocida por parte dos policiais, da mídia, da sociedade e pelo Estado e nem naturalizar o fato de que como são seres delinquentes merecem ser eliminados, muito menos poderiam excluí-los do seio social, devendo todos ser conscientizados da responsabilidade de cuidado e proteção da juventude, como um todo, que nos foram outorgados por lei.

A violência contra jovens é uma questão complexa e que demanda a interface de todas as áreas científicas para elaborar ações sistêmicas e integradas para conter as práticas racistas e de extermínio. Precisamos entender que o crime não está associado diretamente à negritude, sendo, imprescindível a necessidade de profissionais que considerem o racismo como fundamento das práticas de extermínio para poder censurá-las.

A Interface entre o Direito Penal e a Criminologia permite compreender que o problema do extermínio da juventude é muito mais complexo do que aparenta ser. Nesse sentido, o direito penal explica a punição do crime de genocídio, enquanto a criminologia permite entender por que são os jovens negros as maiores vítimas, e que nisso houve todo um contexto histórico e social-racial que justificaram o controle social do jovem negro por muito tempo, até a contemporaneidade.

Dessa forma, é preciso fazer uma leitura do jovem negro que ultrapasse o saber biológico, político e histórico para que possa ampará-lo fisicamente e moralmente de forma a se encontrarem socialmente por meio de estratégias legais.

Por fim, é necessária a reconstrução de uma política criminal a partir de uma responsabilização brasileira, diante do reconhecimento das práticas de extermínio contra a população jovem negra que tem perpetrado ao longo da história mesmo que não haja um projeto declarado, como ocorreu no Nazismo. Pois ainda que, não haja documentos expressando a política genocida há toda uma herança histórica-racial de perseguição aos jovens negros.

Necessária, também, a elaboração de políticas públicas que orientem os policiais a valorizarem a vida e reduzirem a vulnerabilidade quanto ao processo de discriminação de jovens negros. De forma a romper com a lógica de perseguição a determinados grupos em detrimento de outros.

É preciso por fim às práticas racistas de controle, segregação e de extermínio. Deve-se obrigar que o Estado se responsabilize objetivamente pelas suas práticas de genocidas efetuadas ao longo da história para reparação da população jovem negra, bem como elaborar projetos que façam da gestão da vida juvenil negra uma prioridade.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Klelia Canabrava. Ato Infracional: ambivalências e contradições no seu controle. Curitiba: Juruá, 2012. Caps. 7, 8 e 9, p. 77- 116.

ARANHA, Mariana da Costa. “ Se eu morrer hoje, amanhã faz dois dias” [manuscrito] : sobre o estatuto das condutas de risco dos adolescentes envolvidos no tráfico de drogas. / Mariana da Costa Aranha. – 2016. 94 f. Disponível em:< <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUBD-ANGPSN>>. Acesso em 10 de julho de 2019.

BATISTA, Vera Malaguti. Díficeis ganhos fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. – Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª reimpressão, outubro de 2016. 152p.

_____. Introdução Crítica à criminologia brasileira. – Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. A juventude e a questão criminal no Brasil. – Brasília, 2015. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/1053773b21eb7cc6e5600f16cc0663e4.pdf>>. Acesso em 5 de outubro de 2018.

_____. O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história. – Rio de Janeiro: Revam, 2003, 2ª reimpressão, outubro de 2014. 272p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. – 17. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012. Cap. XV, p. 300-307.

BRASIL. Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952. Promulga a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Câmara Legislativa, 6 de maio de 1952. Disponível em:< <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso

em: 30 setembro 2019.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de setembro de 2002. Disponível

em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.html>. Acesso

em: 30 setembro 2019.

BRASIL. Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956. Dispõe sobre a definição e punição do crime de genocídio. Diário Oficial da União, Brasília, 1º de outubro de 1956. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L2889.htm>. Acesso

em: 30 setembro 2019.

BRASIL. Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994. Dispõe sobre nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 6 de setembro de 1994. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8930.htm>. Acesso

em: 30 setembro 2019.

CARDOSO, Marta Rezende. Violência e alteridade: o mal-estar na adolescência. *Rev. latinoam. psicopatol. fundam.* [online]. 2001, vol.4, n.1, pp.27-36. ISSN 1415-4714. Disponível em:< http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1415-47142001000100027&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 11 de outubro de 2018.

CERQUEIRA, Daniel (coord.). Atlas da violência 2019. Brasília: Ipea, 2019. Disponível em < http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019_05jun_vers%C3%A3o-coletiva.pdf>. Acesso em 17 de julho de 2019.

FALCÃO, André. Homicídio é a principal causa da morte de jovens no país. Agência Senado, publicado em 09 de setembro de 2015 às 21h17. Disponível em:< <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/09/homicidio-e-a-principal-cao-da-morte-de-jovens-no-pais>>. Acesso em 02 de outubro de 2018.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado Brasileiro. – 2. ed. – Brasília: Brado Negros, 2017. 186p.

PJMP – Pastoral da Juventude do Meio Popular. Tecendo redes de enfrentamento à criminalização e ao Genocídio da Juventude. Publicado em 8 de Janeiro de 2016. Disponível em:< <http://www.pjmp.org/tecendo-redes-de-enfrentamento-criminalizacao-e-ao-genocidio-da-juventude>>. Acesso em 03 de outubro de 2018.

POWER, Samantha. Genocídio: a retórica americana em questão. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

RUIVO, Marcelo Almeida. Quatro diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim. São Paulo. Ano 25, nº 137, p. 323-345, nov./2017.

SALGADO, Daniel. Atlas da Violência 2018: Brasil tem taxa de homicídio 30 vezes maior do que Europa. Publicado em Junho de 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/atlas-da-violencia-2018-brasil-tem-taxa-de-homicidio-30-vezes-maior-do-que-europa-22747176>. Acesso em 02 de outubro de 2018.

SAVAZZONI, Simone de Alcântara. Crime de Genocídio. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 04 julho. 2009. Acesso em 18 de setembro de 2019.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. O genocídio como crime internacional. – Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SOUSA, Edson Luiz André de., GOLDMEIER, Paula. Juventude em tempos de violência. Revista Mal- Estar e Subjetividade – Fortaleza – Vol. VIII, nº 4 – p. 991-1020. Dez/2008. Disponível em:< http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482008000400007>. Acesso em 11 de outubro de 2018.

SOUZA NETO, João Clemente de. A trajetória do menor a cidadão: filantropia, municipalização, políticas sociais. – São Paulo: Arte Impressa, 2003.

SZNICK, Valdir. Comentários à lei dos crimes hediondos: terrorismo, genocídio, tortura, prisão temporária. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: LEUD, 1993.

VIEIRA, André Luiz Valim. Violência, Direitos Humanos e Genocídio. Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília, ano 2012 – edição 9 – maio/2012. ISSN 1983-2192. Disponível em < <https://docplayer.com.br/72910819-Violencia-direitos-humanos-e-genocidio-1.html>>. Acesso em 23 de setembro de 2018.

WAISELFSZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2016: Homicídios por arma de fogo no Brasil. Brasília, 2015. Disponível em:< https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf>. Acesso em 03 de outubro de 2018.

WAISELFSZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2014: Os jovens do Brasil. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em:< http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil_Preliminar.pdf>Acesso em 03 de outubro de 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. – Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5 edição, janeiro de 2001, 1 reimpressão, outubro de 2010, 4 reimpressão, setembro de 2015.

**DA ESCRAVIZAÇÃO AO ENCARCERAMENTO DE MULHERES
NEGRAS NO BRASIL: CONTRIBUIÇÕES PARA A PRODUÇÃO
ACADÊMICA NO BRASIL**

*FROM SLAVERY TO THE IMPRISONMENT OF BLACK WOMEN IN BRAZIL:
CONTRIBUTIONS TO ACADEMIC PRODUCTION IN BRAZIL*

Luanna Tomaz de Souza

Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela UFPA.
Bacharela em Direito pela UFPA. Bacharela em Ciências Sociais pela UNAMA.
Coordenadora do Grupo Direito Penal e Democracia e da Clínica de Atenção à
Violência da UFPA. Coordenadora Estadual do IBCCRIM no Pará. Advogada. Vice-
Diretora da Faculdade de Direito da UFPA.
E-mail: luannatomaz@gmail.com

Lucas Morgado dos Santos

Mestrando em Direito pela UFPA. Especializando em Direito Penal e Criminologia pelo
ICPC/UNINTER. Bacharel em Direito pela UFPA. Integrante do Grupo Direito Penal e
Democracia e Clínica de Atenção à Violência da UFPA. Coordenador Estadual Adjunto
do IBCCRIM no Pará. Advogado.
E-mail: l_morgado@outlook.com

Nilvy Cidade de Souza

Bacharelanda em Direito pela UFPA. Integrante do Grupo Direito Penal e Democracia
da UFPA. Bolsista da Clínica de Atenção à Violência da UFPA.
E-mail: nilvyacidade1@gmail.com

Resumo: O encarceramento feminino está dentre pautas urgentes de direitos humanos, no Brasil. Diversos segmentos dos movimentos sociais têm se atrelado à luta pelo desencarceramento, inclusive com a criação de frentes pelos Estados. As ciências criminais não podem se furtar da exigência de se analisar e se fazer teoria com base na centralidade das relações raciais e de gênero na compreensão do encarceramento em

massa e das estratégias de controle de corpos nas sociedades capitalistas contemporâneas. Compreender este fenômeno em sua totalidade é esforço necessário na luta contra o sistema penal racista estruturado historicamente no país. Este trabalho busca verificar de que forma os trabalhos acadêmicos que mobilizam a categoria “raça”, no campo do encarceramento feminino, relacionam a configuração atual do encarceramento de mulheres negras aos processos de escravização no Brasil. O trabalho tem base metodológica histórica e dialética e utiliza pesquisa bibliográfica e documental. São analisados os trabalhos disponíveis no Portal de Periódicos da CAPES. Verifica-se que os trabalhos não fazem a ligação entre a escravização e o atual encarceramento de mulheres negras no Brasil, bem como não aprofundam a análise da dimensão estrutural do racismo na constituição histórica do sistema penal.

Palavras-chave: Criminologia Crítica, Encarceramento Feminino, Feminismos Negros, Interseccionalidade.

Abstract: Female incarceration is among urgent human rights agendas in Brazil. Several segments of social movements have been linked to the struggle for detention, including the creation of fronts by states. The criminal sciences cannot escape the requirement to analyze and make theory based on the centrality of race and gender relations in understanding mass incarceration and body control strategies in contemporary capitalist societies. Understanding this phenomenon in its entirety is a necessary effort in the fight against the historically structured racist penal system in the country. This paper seeks to verify how the academic works that mobilize the category “race” in the field of female incarceration relate the current configuration of black women’s incarceration to the processes of enslavement in Brazil. The work has a feminist methodological basis and uses bibliographic and documentary research. The works available in the CAPES Journal Portal are analyzed. It appears that the works do not link slavery to the current incarceration of black women in Brazil, nor do they deepen the analysis of the structural dimension of racism in the historical constitution of the penal system.

Keywords: Critical Criminology, Female Incarceration, Black Feminisms, Intersectionality.

Sumário: Introdução. 1. O encarceramento de mulheres negras no Brasil. 2. Racismo: e sistema Penal: necessariamente estrutural e institucional. 3. O Brasil pós-abolição e as novas (velhas) dinâmicas punitivas 4. O encarceramento de mulheres negras no Brasil

5. O encarceramento feminino e o racismo nos trabalhos acadêmicos 6. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

São milhares de mulheres negras em situação de prisão atualmente no país, com um aumento, entre 2000 e 2016, de 567%¹. A natureza genealógica de ligação entre a escravização² e encarceramento de mulheres negras deve ser compreendida no atual processo de encarceramento em massa.

A produção do saber criminológico, comprometido politicamente com a transformação da realidade em que vivemos, deve aprofundar de que forma o racismo em dimensão estrutural constitui as sujeitas em situação de prisão e as relações nas prisões e as expectativas impostas a tais mulheres. Angela Davis³ já se pronunciou sobre a relação existente entre a história de escravização e de racismo e o sistema penal, destacando que há mais do que uma analogia, há uma genealogia.

Segundo Juliana Borges (2018), durante muito tempo o eixo da economia brasileira vinha da escravidão, sendo o corpo negro o principal produto do colonialismo. No pós-abolição a prisão foi usada para reestruturar a escravidão. Para Michelle Alexander (2018), mais do que um sistema de justiça criminal perpassado pelo racismo, este ganha contornos de centralidade na forma com que este sistema racializado de controle social se estruturou.

É fundamental assim perceber como essas dinâmicas se operam sobre as mulheres. O debate de gênero não teve muita atenção do sistema de justiça criminal. Segundo Angela Davis (2018b), os sistemas punitivos são masculinos porque refletem a estrutura política e econômica negada às mulheres.

¹ AGÊNCIA BRASIL. **População carcerária feminina no Brasil é uma das maiores do mundo**. 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.abc.com.br/geral/noticia/2018-11/populacao-carceraria-feminina-no-brasil-e-uma-das-maiores-do-mundo>. Acesso em: 20 set. 2019

² Utiliza-se o termo escravização para se evitar a naturalização que o conceito de escravidão remete, evidenciando processos de opressão e, portanto, de responsabilização. (HARKOT-DE-LA-TAILLE e SANTOS, 2009)

³ MARTINELLI, Andréa. **Angela Davis: o encarceramento em massa nunca trouxe soluções para combater a violência**. Huffpost, 2017. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2017/07/26/angela-davis-o-encarceramento-em-massa-nunca-resolveu-ou-troux_a_23050036/. Acesso em: 20 set. 2019.

Levando-se em conta então a relação apontada entre encarceramento e escravização, o presente artigo objetiva compreender se (e de que forma) os trabalhos acadêmicos que mobilizam a categoria “raça”, no campo do encarceramento feminino, relacionam a configuração atual do encarceramento de mulheres negras aos processos de escravização no Brasil.

Utiliza-se de metodologia histórico-dialética que aborda as tensões apresentadas na apresentação desse campo de estudos. A pesquisa será bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica terá como fonte autoras/es, em especial dos campos criminológicos, feministas e dos estudos raciais.

A pesquisa documental foi feita em artigos científicos. Para a seleção dos trabalhos, utilizamos os indicadores “encarceramento”, “gênero” e “raça” na busca do Portal de Periódicos da CAPES. Foram encontrados ao todo trinta e oito trabalhos, dos quais apenas sete⁴ no campo do encarceramento feminino citaram a categoria “raça”. O indicador “raça” foi utilizado justamente porque nos interessamos por trabalhos que mobilizam esta categoria avaliando, contudo, de que forma o fazem.

A partir dos artigos foi analisado de que forma a categoria “raça” foi utilizada em cada um para compreensão do encarceramento feminino e como o debate acerca da escravização foi apresentada de maneira a verificar os alcances e limites da pesquisa produzida no país.

⁴ CARVALHO, Daniela Tiffany Prado de; MAYORGA, Claudia. Contribuições feministas para os estudos acerca do aprisionamento de mulheres. **Estudos Feministas**, v. 25, n. 1, p. 99-116, 2017. CAS-SOL, Paula Dürks; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; DINARTE, Priscila Valduga. “A vida mera das obscuras”: sobre a vitimização e a criminalização da mulher. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, n. 2, p. 810-831, 2018. CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista. **Revista Estudos Feministas**, v. 23, n. 3, p. 761-778, 2015. FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. Criminalidade e prisão feminina: uma análise da questão de gênero. **Revista Ártemis**, v. 18, n. 1, p. 212-227, 2014. GERMANO, Idilva Maria Pires; MONTEIRO, Rebeca Áurea Ferreira Gomes; LIBERATO, Mariana Tavares Cavalcanti. Criminologia crítica, feminismo e interseccionalidade na abordagem do aumento do encarceramento feminino. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 38, p. 27-43, 2018. MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; VALENCA, Manuela Abath. A Rotulação da Adolescente Infratora em Sentenças de Juizes e Juizas de Direito do Distrito Federal. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 37, n. 73, p. 141-163, 2016. SILVA, Amanda Daniele. **Mãe/mulher atrás das grades: a realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015.

2. RACISMO E SISTEMA PENAL NO BRASIL: NECESSARIAMENTE INSTITUCIONAL E ESTRUTURAL

O racismo está vinculado à constituição histórica do sistema penal, no Brasil. Como instrumento de controle e de extermínio das populações negras, as prisões são esteiras simbólicas e concretas da história de estruturação do racismo na sociedade brasileira contemporânea. Compreender a dimensão estrutural do racismo na formação social e do sistema penal brasileiro exige que se articule conceitos determinados de teorias feministas e teorias críticas do racismo e do colonialismo.

Segundo Almeida (2015), o racismo enquanto relação social (e não um dado meramente psicológico) é prática social concreta e se reproduz a partir de uma lógica específica cujo aprofundamento de sua compreensão é necessário a qualquer análise social do Brasil contemporâneo, eminentemente em relação ao sistema penal.

Com marca na corporalidade negra, a partir da negação de sua humanidade, em relação ao sistema penal, para além dos elementos de diferença entre brancos e negros como clientelas do sistema, é o racismo que fundamenta o potencial de intervenção física na totalidade em que se realiza sua agressividade. Logo, para Flauzina (2006, p. 82), o aumento ou a diminuição de alvos brancos pobres ou insurgentes, como na Ditadura Militar, tem como foco as intervenções potencializadas anteriormente e permanentemente em corpos negros.

Na apresentação das insuficiências teóricas de teorias liberais (idealistas e positivistas) em relação à explicação do fenômeno do racismo, Almeida (2015) aponta que tais teorias ignoram as relações sociais concretas. Ignoram o racismo ou o tratam como mero desvio em uma estrutura com funcionamento perfeito, veem o fenômeno apenas na superfície, sem aprofundamento, enquanto manifestações individuais, por exemplo, das condutas descritas no código penal (ALMEIDA, 2015; DUARTE, 2017).

Aprofundar a análise deste fenômeno significa, a partir de outras teorias críticas, como as marxistas e as feministas, visualizar as mediações históricas forjadas no âmbito do modo de produção capitalista que desenham a forma como interagem os fenômenos sociais e a totalidade das práticas materiais. Justamente por isso que as relações raciais e relações de classe não se deduzem umas das outras, uma vez que entre tais existe mediação, existe autonomia relativa entre os fenômenos (HALL, 1982). Nos termos de Flauzina (2006, p. 78):

É importante compreender que essa inércia não é solucionável por uma possível “reforma do sistema penal” que o livraria do racismo enquanto condicionante de sua atuação, simplesmente porque o racismo é o elemento estrutural de sua constituição. O racismo é a variável que regula a atuação do sistema, diz da intensidade de suas intervenções, formata, enfim, a metodologia desse aparato de controle social. Sem o racismo, digamos de maneira direta, o sistema penal passar a ser qualquer outra coisa, mas deixa simplesmente de ser o sistema penal, desde uma concepção que adotamos.

Silvio de Almeida (2015) define o racismo enquanto: (1) processo histórico e enquanto (2) processo político, considerando impactos econômicos, políticos e ideológicos decorrente de sua conceituação. A partir desta análise, o racismo é um fenômeno necessariamente institucional e estrutural e específico de cada formação social. No Brasil, envolve a colonização e a escravização de pessoas negras e mecanismos ideológicos cuja existência possibilitam a reprodução das práticas sociais racistas.

Nestes termos, o racismo é um processo sem sujeito que se manifesta também através dos sujeitos, mas não se reduz a uma de suas manifestações. A permanência e a reprodução do racismo depende de condições estruturais e institucionais para que ganhem as subjetividades dos sujeitos, no psiquismo e nos afetos, no modo os sujeitos se relacionam, colocando os sujeitos racistas como o “resultado mais bem acabado destas condições estruturais e institucionais e não o contrário” (ALMEIDA, 2015, p. 11).

Segundo Angela Davis (2018a), as práticas racistas impactam a psique dos indivíduos porque dentre os mecanismos ideológicos está a produção de estereótipos do sujeito “bandido”, “suspeito”, da imagem do “criminoso”. Apesar das diferenças verificadas nas formações sociais, o racismo atua através dos meios de comunicação e das interações sociais concretamente na reprodução de tais estereótipos. Trata-se de efeitos ideológicos e psíquicos que acompanham história das prisões e se consolidam, no século XXI, com a internalização de que nas prisões ficam e estão pessoas más. Somos bombardeados por diversos produtos midiáticos que reforçam a existência das prisões em países das Américas, por exemplo, de modo racializado nas suas especificidades históricas.

A autoimagem, construída em dimensões individual e coletiva, de que o racismo se expressa através de “corações impuros e imorais” num padrão social de relações raciais consensuais, nas palavras de Duarte (2017), denota arranjos sociais, estratégias e hábitos em torno da disputa por dar sentido à palavra racismo para que, a partir disto, se

mantenham as relações de poder racializadas. A questão é que o racismo se coloca como estrutura objetiva e as disputas e relações de poder jogam com a mistificação (negação do conflito sob racismo), por parte das elites brancas, ou apresentação da realidade objetiva (afirmação/exposição do conflito sob racismo), por parte dos movimentos negros, e impactos subjetivos nos corpos negros.

O racismo é, então, uma construção social que é disputada na história da colonialidade e da modernidade (DUARTE, 2017). É escuro que estruturas objetivas de exploração e de dominação não aparecem, não se expõem, com foco na manutenção das condições de reprodução. Justamente a disputa em torno da palavra raça expõe os mecanismos ideológicos, consubstanciados em teorias idealistas e positivistas, direcionados a escamotear o caráter institucional e o caráter estrutural do racismo.

Neste sentido, a dimensão estrutural do racismo e sua especificidade, no Brasil, é tratado com normalidade. Todavia, 75,5% das pessoas assassinadas no país são negras⁵ e a população negra corresponde a dois terços da população carcerária⁶. Para Duarte et al (2016), falar de racismo, na verdade, deve servir para nominar o processo de redução do humano ou de sociedades humanas à condição de viventes ou os mecanismos de subjetivação a partir desses corpos.

Para Lélia González (1982) devemos descortinar, por exemplo, a divisão racial do espaço traçada, e naturalizada socialmente, como das principais produções históricas do período de escravização. Os lugares naturais do branco são casas amplas, mansões, situados em centros urbanos em locais exuberantes e privilegiados, com policiamento. O lugar do negro são os barracos nas periferias, alagados, cortiços, porões, com policiamento para reprimir e, eminentemente, os espaços das prisões. Segundo Lélia González (1982), marca-se, assim, evidente separação física ocupada por dominadores e dominados.

Percebemos que a escravidão moderna se viabilizou tendo a violência e a repressão como a subjugação e sujeição dos sujeitos. Ao nos voltarmos para a realidade das mulheres negras, estas sofreram processos de coisificação material e simbólica, um

⁵ PONTE. **Brasil mata cada vez mais negros, mulheres e LGBTs**. Disponível em: <https://ponte.org/brasil-mata-cada-vez-mais-negros-mulheres-e-lgbts/>. Acesso em: 30 set. 2019.

⁶ R7. **Negros representam dois terços da população carcerária brasileira**. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/negros-representam-dois-tercos-da-populacao-carceraria-brasileira-08122017>. Acesso em: 30 set. 2019.

passado presente na memória social, no corpo-memória dessas mulheres (BORGES, 2018).

Para a análise da situação das mulheres negras são necessárias perspectivas que articulem o racismo ao sexismo como forma de evitar visões universais acerca das experiências vividas. Um importante contributo conceitual do feminismo negro foi a noção de interseccionalidade desenvolvida por Kimberlé Crenshaw (2002), a despeito de que a ideia que envolve interseccionalidade já tenha sido trabalhada inclusive por brasileiras como Lélia González (1984) e estar incrustrados na militância de coletivos de mulheres negras nos Estados Unidos e na Inglaterra, por exemplo (ROSA, 2018).

O controle penal, historicamente racializado, atua a partir destas classificações e cortes entre corpos brancos e negros, estruturado em teias de poder que não foram desamarradas com a abolição da escravização no final do século XIX, apenas novas configurações de emaranhados se apresentaram.

3. O BRASIL PÓS-ABOLIÇÃO E AS NOVAS (VELHAS) DINÂMICAS PUNITIVAS

Com a Proclamação da República e a abolição formal da escravidão, as influências contraditórias do liberalismo e do fazer científico, no Brasil, impulsionaram o início da história da criminologia no país, bem como incidiram sobre as condições concretas para soerguimento de casas penais e prisões no país, que já estavam sendo construídas desde meados do século XIX, por exemplo no Rio de Janeiro (FLAUZINA, 2006, p. 10).

Em relação à história da criminologia no e do Brasil, o paradigma racista de controle penal de corpos negros esteve presente desde os seus primórdios, na medida em que foi criada justamente para legitimar práticas de controle e de branqueamento do Brasil, a partir da consideração de inferioridade e perigo destes corpos (FLAUZINA, 2006, p. 72). Ademais, saberes em hegemonia seguiram as práticas concretas racistas na construção e efetivação de um projeto genocida contra a população negra que atravessou o século XX e chegou no século XXI.

Para Duarte et al (2016, p. 501), há centralidade do racismo na análise criminológica e é necessário discutir sobre o conceito mesmo de racismo que dê conta de explicar sua simbiose com as estruturas do sistema penal desde sua constituição, no Brasil, e expor de que modo o racismo se articulou com as práticas de controle em cada período.

Conforme é apontado por Franklin (2016), existe um controle sobre os corpos negros, no Brasil, desde o século XIX. Obras como a do criminólogo positivista Nina Rodrigues, refletiram no processo de criminalização da população negra sob o argumento de que a permanência do negro, no Brasil, considerado como raça inferior, era um problema para o progresso da nação brasileira, na transição do século XIX para o XX.

A abolição da escravização, em 1888, não trouxe melhoria nas condições objetivas de vida de negros e negras. Pelo contrário, a despeito de não haver ganho material e simbólico, acabou por significar modificações nas funções e significados de preconceito e de discriminação na nova estrutura social e a permanência de práticas racistas do grupo social dominante (GONZALEZ; HASENBERG, 1982, p. 89; DOMINGUES, 2007, p. 102). Práticas vinculadas à produção legislativa foram desenvolvidas para canalizar as forças oficiais possíveis à manutenção de mitos e de ideologias contrários a qualquer organização e questionamento por parte do segmento negro.

O resultado efetivo da abolição da escravização foi a marginalização de negros e negras em diversos espaços, colocando-os nas posições sociais cujo símbolo de inferioridade abrangia, geograficamente, as periferias dos centros urbano, as prisões e os hospícios. Em relação à configuração de uma divisão racial do espaço, Lélia González e Carlos Hasenbalg (1982, p. 15) colocam de que forma o racismo e os mecanismos de dominação utilizados pelo grupo racialmente dominante de naturalização desta divisão racial, que inclui o modo como política de segurança pública são veiculadas em cada espaço, se para proteger (no caso dos brancos), se para reprimir (no caso dos negros).

Entender esse continuum entre, escravidão e emprego doméstico, e o «lugar» paradigmático ocupado pelas mulheres negras na sociedade brasileira é ter em mente que o período pós-abolição demarcou a histórica continuidade da sujeição, subordinação e desumanização das mulheres negras, hoje aprisionadas nas cozinhas das madames brancas. (...) Se a cozinha é o lugar de representação colonial por excelência, as prisões modernas têm o «privilegio» de ser o lugar onde se materializam as estruturas hierárquicas impostas pela lógica racial da desumanização do corpo negro. A desumanização na cozinha e na prisão abre caminho para a criminalização pelo Estado penal (ALVES, 2017, p. 15).

O racismo permanece enquanto fundamento do controle social. Considerar de modo substantivo o racismo no funcionamento do sistema penal, como aponta Flauzina

(2006, p. 15), exige-se expor a aliança racial que coloca a branquidade⁷ de joelhos ao mito da democracia racial, colocando na invisibilidade o cruzamento entre as relações raciais no Brasil e as políticas sociais e penais de controle que foram historicamente construídas contra a população negra.

Há, contudo, diferenças no que se refere à enunciação explícita do racismo nas políticas anteriores à abolição formal da escravidão e ao recolhimento de tal enunciação nos moldes da democracia racial, utilizando mecanismos para que seja invisibilizado nas relações sociais (FLAUZINA, 2006). Desta forma, o projeto modernizador e industrial que vai marcar a Primeira República Brasileira necessita controlar de modo diferenciado as pessoas negras que outrora foram escravizadas e trabalhadores brancos para que se integrassem às massas e urbanas e tivessem seus corpos docilizados para garantir a ordem que então era executada.

A passagem histórica, portanto, marcada pela abolição formal da escravidão, demarcou a continuidade da sujeição e da desumanização de mulheres negras, em relação às quais as prisões modernas materializam estruturas hierárquicas atravessadas por uma lógica racista de objetificação do corpo negro. Tanto em relação ao mercado de trabalho como em relação ao sistema educacional, durante o século XX (GONZÁLEZ; HASENBALG, 1982, p. 92-93), o acesso de pessoas que haviam sido escravizadas antes da abolição restava prejudicado em relação aos brancos, marcando um legado escravocrata de racismo e de exclusão social, que demonstram as persistências das desigualdades raciais no país (MENDONÇA, 2008, p. 119).

Passar a se posicionar como trabalhador no pós-abolição é uma experiência problemática, pois significa se entender como sujeito (o que lhe foi historicamente negado), para assim demandar direitos. A pedagogia do medo passa a ser impingida para controle desses corpos e a prisão os seus lugares de destino (BORGES, 2018).

No começo do séc. XX, as prisões vão se equiparando ao que significou mais repressão e o agravamento da repressão contra homens e mulheres, sendo a realidade de violência do cárcere ainda invisibilizadas. O encarceramento em massa se torna um

⁷ Duarte et al (2016) faz um cotejo entre os significados de branquidade e de branquitude. A primeira diz respeito às elites brancas e a posturas de manutenção dos privilégios brancos em compromisso com a reprodução das desigualdades sociais e raciais no país. A segunda diz respeito a atitudes antirracistas de pessoas brancas, de reconhecimento de privilégios e de assunção de posição na transformação da das desigualdades sociais e raciais no país.

fenômeno pungente na atualidade. Segundo Davis (2018b), para muitos jovens negros hoje é mais fácil ir para prisão do ter uma educação decente.

O Brasil é hoje o terceiro país que mais encarcera no mundo⁸. Esse fenômeno também atinge as mulheres. Segundo o Infopen – 2016 (DEPEN 2017), a população carcerária feminina no Brasil, em 2016, era de 42.355 mulheres. A taxa de encarceramento de mulheres cresceu, contudo, 656% entre 2000 e 2016 e a taxa, em relação aos homens 293%, no mesmo período. Ainda segundo o Infopen Mulheres -2016 (DEPEN, 2017), 62% das mulheres encarceradas são negras. Para Viana e Cardoso (2018), é possível dizer que, na atualidade, há uma virada nas dinâmicas de poder racializadas e generificadas no sentido de encarcerar mulheres negras no Brasil.

4. O ENCARCERAMENTO DE MULHERES NEGRAS NO BRASIL

São diversos fatores que estruturam tal realidade no início do século XXI: logo, reavaliar as compreensões criminológicas sobre estes fatores é importante, na medida em que o racismo é um dos fatores e, assim, deve ser desenvolvido no cruzamento do gênero no âmbito do saber criminológico.

As situações das prisões brasileiras, reconhecidas como masmorras medievais e em Estado de Coisas Inconstitucional, segundo o Supremo Tribunal Federal⁹, apresentam as fissuras de como o gênero está vinculado ao sistema penal: apenas 7% dos estabelecimentos prisionais foram projetados para mulheres; 16% são considerados mistos (DEPEN, 2017). Em face da amostra do Infopen – 2016 (DEPEN, 2017), 62% das mulheres são negras e 66% não alcançou o ensino médio. Por fim, os tipos penais atribuídos às mulheres encarceradas são, em 62% dos casos, relacionados ao tráfico de drogas.

Em que pese esses dados sejam alarmantes, os estudos sobre encarceramento sempre foram muito pautados na realidade dos homens. Na verdade, enquanto as prisões

⁸ CONECTAS. **Brasil é o país com 3ª maior população carcerária**. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/brasil-e-o-terceiro-pais-que-mais-encarcera-pessoas-no-mundo>. Acesso em 30 set. 2019.

⁹ STF. MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Relator Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento. 27/08/2015. **Supremo Tribunal Federal**, 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 19 Jul. 2019.

surgiam ironicamente como espaços de humanização da punição para os homens, as mulheres permaneciam subjugadas no espaço privado. Os conventos e os manicômios que foram usados para as mulheres. Construiu-se a ideia das mulheres que cometem crime como anormais e desestabilizadas. Até hoje as mulheres formam o contingente mais medicalizado (BORGES, 2018).

A prisão tinha como enfoque a correção. Como as mulheres não eram vistas como sujeitos, eram consideradas incorrigíveis até o sec. XVIII. Suas transgressões eram determinadas pelo campo moral. O pressuposto era de que mulheres poderiam se “regenerar” a partir da adequação de seu comportamento a comportamentos considerados femininos. Assim, segundo Borges (2018), as mulheres brancas eram tidas como loucas enquanto as mulheres negras eram criminalizadas. Para as mulheres brancas, o enfoque era torná-las boas donas de casa e esposas, enquanto para as negras era torná-las boas serviçais.

A realidade das mulheres negras em situação de cárcere não teve muita atenção da criminologia, mesmo das feministas, inclusive como forma de perceber as discrepâncias existentes. Ao longo da história, as mulheres negras foram marcadas como “escravas, infanticidas, lascivas, imorais e sem religião” em contraposição às brancas consideradas “senhoras, mães, castas e puras” (FRANKLIN, 2016).

As dinâmicas de gênero, sempre racializadas, produziram estereótipos diferenciados em relação ao imaginário da população com efeitos concretos de controle sobre as mulheres brancas e negras, com a potencialização do racismo sobre o sexismo em relação às últimas.

Até hoje, os estudos em criminologia são marcados por uma visão essencialista da noção de “mulher”. Esta visão essencialista é incompatível com a noção de criminosa, ou seja, de que a “mulher” pode cometer crimes. Segundo Rosa (2018, p. 149), uma análise interseccional consegue verificar que a incompatibilidade está na generalização das experiências das diversas mulheres tornada impossível pela racialização necessariamente marcada em seus corpos cujas consequências alimentam os cárceres no Brasil. Logo, resgatar os significados atribuídos de modo diferenciado às mulheres negras e às mulheres brancas aponta para como as dinâmicas racistas, classistas e sexistas têm selecionado mulheres negras pelo sistema penal.

Esses processos de violência antecedem a prisão e se estendem por ela e após a saída. A própria criminalização permite que o problema persista. É importante considerar

que, conforme aponta Davis (2018a), muitas violências institucionais da prisão complementam e ampliam a violência íntima da família, a violência individual do ataque físico e da agressão sexual. O encarceramento é condicionado e condiciona a permanência do racismo em sua complexidade dimensional e histórica.

5. O ENCARCERAMENTO FEMININO E O RACISMO NOS TRABALHOS ACADÊMICOS

Quanto aos sete artigos analisados, todos os trabalhos articulam teorias criminológicas e feministas e citam a questão racial como importante na análise social das prisões, mas a mobilizam de modos diferenciados, concedendo-lhe mais ou menos atenção. Em relação ao objetivo geral deste artigo, nenhum dos trabalhos acadêmicos em análise fez qualquer relação entre a escravização e o encarceramento de mulheres negras.

Acerca da articulação entre racismo e sexismo, alguns dos artigos ainda utilizam uma perspectiva universalista do termo “mulher”. Cassol et al (2018, p. 812) se propõem a analisar de que modo a mulher tem sido percebida na criminologia, a partir dos processos de criminalização e de vitimização da mulher. Segundo as autoras, as criminologias feministas analisariam processos de criminalização e de vitimização de mulheres a partir do paradigma de gênero refutando análises criminológicas de biologização das mulheres. A raça é apenas citada, junto a demais marcadores sociais da diferença, que podem vir a ser mobilizados pelas criminologias feministas.

O termo “mulher”, contudo, é vazio de significado sem cruzá-lo com raça e classe, e diversos marcadores sociais da diferença, que apontam às possibilidades de vivências e experiências que conformam as sujeitas, inclusive em relação às mulheres restarem submetidas à distintos modos de exploração e de dominação. As mulheres negras e indígenas sofrem um sexismo entrecruzado pelo racismo, o que modifica a própria natureza destas formas de dominação.

De outro lado, Daniela Carvalho e Claudia Mayorga (2017, p. 99) buscam compreender mecanismos de seletividade e razões para o encarceramento de mulheres, a partir de lentes feministas, ressaltando a necessidade de se analisar instituições prisionais a partir de experiências de mulheres presas. No texto, contudo, são incorporadas críticas de feministas negras ao risco de não se cruzar raça e classe ao gênero nos estudos sobre

mulheres, sob pena de tomar experiências de sujeitas hegemônicas como regra, como universais.

As autoras reconhecem que as críticas de feministas negras, latinas e pós-coloniais significaram uma ruptura em relação à ideia essencializadora da “mulher”, expondo as diferenças de experiências e de vivências porque passa as mulheres a partir de suas condições sociais, racializadas e de relações de poder em que estão inseridas em seus contextos (CARVALHO, MAYORGA, 2017, p. 109). Contudo, ainda que reconheça as críticas a um feminismo hegemônico, o artigo não aprofunda na dimensão racial como estruturante no modo como a seletividade atua no encarceramento atual de mulheres negras no Brasil.

Marlene França (2014, p. 212) se debruça sobre a relação existente entre gênero e punição, uma vez que aponta o fato de determinadas penas serem atribuídas exclusivamente às mulheres. O gênero, para a autora, é referencial transversal na análise da história da criminalidade de mulheres e da criminologia feminista. Contudo, não se aprofunda no modo como a racialização do gênero modifica tanto as experiências das mulheres quanto o impacto das instâncias de controle em corpos de mulheres brancas e de mulheres negras.

No desenrolar dos dados sobre encarceramento, Marlene França (2014, p. 222) cita o perfil das mulheres em situação de prisão do Centro de Ressocialização Júlia Maranhão, em João Pessoa, que coincide com o perfil dos dados nacionais de que são mulheres negras e pobres o alvo principal dos processos de criminalização. Ainda expõe que “o cárcere feminino exprime e revela as desigualdades de gênero presente nos diferentes espaços sociais, mas que ganha maior proporção, se considerarmos as desigualdades sociais, econômicas e étnico-raciais” (FRANÇA, 2014, p. 219).

Marília Mello e Manuela Valença (2016), analisando as decisões sobre adolescentes infratoras, observam que adolescentes pobres e negras são tratadas como potenciais criminosas. As conclusões apontam que classe e raça atravessam as representações sociais que aparecem nas decisões judiciais, contudo, não identificam a dimensão estrutural do racismo na constituição do sistema penal. Apenas utilizam o termo “forte elemento racial”, o que não dá conta da natureza do racismo.

No Brasil, a construção desse tipo social desviante pelas instâncias do sistema de justiça relaciona a pobreza ao crime, com um forte elemento racial. (...) Nina Rodrigues e a sua teoria da incapacidade biológica dos povos negro e

indígena para compreender as regras de uma sociedade civilizada são um bom exemplo de como a criminologia atribui a esses grupos o status privilegiado de perigo (MELLO; VALENÇA, 2016, p. 142).

Monica Cortina (2015) examinou, a partir de ótica da criminologia feminista e da feminização da pobreza, o fenômeno das altas taxas de aprisionamento no Brasil e sua relação com o crime de tráfico de drogas. Cortina (2015) argumenta que o raciocínio de associar famílias monoparentais com chefias femininas à pobreza precisa ser problematizado porque existem diversos elementos, como raça e etnia, geração, escolaridade, que acabam por tornar a questão multifatorial, desgastando a associação reducionista mencionada.

(...) a tese da feminização da pobreza apoiada exclusivamente nas famílias monoparentais, que têm nas mulheres a pessoa de referência, é vista como um reducionismo da complexidade da temática, pois acaba por excluir outras variáveis que expressam o mosaico de composições dessas chefias femininas. Fatores como os de raça/etnia, geração e anos de escolaridade fazem aflorar as nuances da diversidade nas famílias lideradas por mulheres e nem sempre expressam a pobreza e exclusão social, mas fazem parte de um cenário muito mais amplo, que carece de estudos mais aprofundados para ser compreendido. Portanto, a chefia feminina não pode ser relacionada direta e isoladamente ao fator da pobreza e nem como matriz que fundamenta a feminização da pobreza (CORTINA, 2015, p. 769).

Conforme Cortina (2015), o questionamento desconstrutivista permeia também o entendimento de que não há uma universalidade em cada polo de oposição, pois há especificidades e pluralidades no interior da designação “mulher” que agregam diferenças, como as de raça/etnia, de classe e de geração, que não podem ser subsumidas em um todo, sem distinções. Há, também, a necessidade de historicizar as noções de mulher e de gênero, de forma que não sejam consideradas ambivalentes, mas referenciais e localizadas.

Apesar de ponderações mais substanciais sobre a questão do que outros artigos, a autora também não toma o racismo como estrutural na conformação das altas taxas de aprisionamento de mulheres negras no Brasil na virada do século XX para o século XXI.

Idilva Germano et al (2018, p. 27) buscam explicar, a partir de análise interseccional e de criminologia crítica feminista, os processos de criminalização que envolvem o encarceramento de mulheres pobres e negras no Brasil contemporâneo e de que modo o cruzamento dos sistemas de dominação criam situações de opressão potencializadas em que cada sistema potencializa os demais.

Isoladamente, contudo, o gênero considerado como variável é limitado para dar conta deste cenário, uma vez que a seletividade penal no país e noutras partes do mundo não afeta de forma similar mulheres brancas e negras, pobres e ricas. O controle social de tais corpos é também racializado e se entrecruza com outras hierarquias no campo do poder. Como já antecipamos, a maior parte das prisioneiras no país (como ocorre em toda a América Latina) é composta por negras e pardas empobrecidas e com baixa escolaridade (GERMANO et al, 2018, p. 30).

O artigo, apesar de não fazer a ligação entre escravização e encarceramento de mulheres negras no Brasil, avança nos apontamentos sobre diferenças na produção de estereótipos racializados de mulheres afirmando que “raça e classe social infelizmente ainda atuam como fatores diferenciadores para se rotular uma mulher de ‘louca’ e ‘criminosas’: a loucura tende a ser atribuída às mulheres brancas e de classes socioeconômicas mais altas, enquanto as mulheres negras são enquadradas como criminosas” (GERMANO et al, 2018, p. 30).

Além disso, destacam que a seletividade penal não pode ser compreendida apenas a partir do gênero, mas em seu cruzamento com classe e raça. Ou seja, as dinâmicas raciais aqui são mais desenvolvidas do que nos demais artigos em que raça ou dimensão racial é apenas citada.

Amanda Silva (2015) realizou uma pesquisa, com abordagens quantitativa e qualitativa, com mulheres encarceradas na Cadeia Pública Feminina de Franca-SP, em que são pesquisadas as estruturas de famílias monoparentais no Brasil e, especificamente, os impactos da prisão da mulher, em família monoparental, em sua família. A questão da escravização é desenvolvida apenas em relação à discussão sobre a formação das famílias brasileiras, com base em categorias de classe e de raça. Em relação ao sistema penal, a pesquisa não mobiliza a categoria raça como estruturante e, apenas traça o perfil das reclusas entrevistadas como sendo mulheres negras (3 pardas e 3 negras) e expõe os abandonos afetivo e material a que estão submetidos homens e mulheres em situação de prisão.

A questão colonial e o período de escravização são invocados para se pensar as configurações familiares do Brasil contemporâneo. As diferenças entre famílias brancas e famílias negras dizem respeito a como os afetos e agentes familiares se organizavam no período da escravização. Contudo, esta relação não é realizada em relação ao sistema penal, o que demonstra ainda o desenvolvimento irrisório da criminologia na medida da compreensão do racismo fundamento de períodos e históricos diferenciados no Brasil.

Os trabalhos analisados não tomam como referencial central qualquer teoria crítica do racismo. Dimensionam a raça apenas no final, em conclusões, direcionando as explicações dos processos de criminalização à categoria classe. Citam os perfis que são das mulheres em situação de prisão, seja em pesquisas empíricas seja em relação aos dados nacionais, mas não dão conta de explicar o porquê de serem as mulheres negras as que aparecem como alvo permanente das instâncias do controle penal.

Em diversos destes trabalhos, o reconhecimento da diversidade de experiências e vivências entre mulheres a partir de diferenças de raça e de classe aparece de modo pontual e não de modo a buscar explicar como estas diferenças estão relacionadas com estruturas objetivas e sistemas de dominação e de exploração.

Daniela Carvalho e Claudia Mayorga (2017) e Monica Cortina (2015), em diálogo com as críticas do feminismo negro ao feminismo hegemônico, apresentam uma tímida posição interseccional na análise social e do encarceramento feminino, cujo desenvolvimento é imprescindível para compreender a realidade do cárcere no Brasil atual, contudo se percebe ainda a necessidade de se aprofundar na natureza da simbiose histórico entre racismo e sistema penal.

Apenas Germano et al (2018) avança na busca por compreender as diferenças que são desenhadas entre corpos de mulheres brancas e de mulheres negras tanto em processos de criminalização quanto no imaginário social e na produção de estereótipos que posiciona a teoria das representações sociais de modo significativo nas explicações sobre a consolidação dos alvos criminalizados. Isto demonstra um esforço em direção à ruptura das construções teóricas que, a despeito de reconhecerem as diversas experiências possíveis das mulheres racializadas e atravessadas por múltiplos marcadores sociais, não mobilizam o racismo como categoria estrutural do sistema penal que vincula a criminalização de homens e mulheres negras. Ainda assim, a produção de estereótipos diferenciados não inclui necessariamente o aprofundamento das dimensões estrutural e institucional do racismo na formação do sistema penal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há uma lacuna nas contribuições teóricas em criminologias feministas em relação a tomar o racismo e a categoria raça como estruturais e estruturantes na gênese e funcionamento do sistema penal. Nesse sentido, é importante compreender a fusão de

todas as formas de dominação da experiência colonial moderna, capitalista e eurocêntrica para entender as permanências nas estruturas que marcam nossa sociedade.

Em relação ao objetivo geral deste artigo, nenhum dos trabalhos acadêmicos em análise fez qualquer relação entre o processo de escravização e o encarceramento atual de mulheres negras. Em relação a objetivos específicos: todos os trabalhos, a partir de uma perspectiva de criminologia feminista, citam a questão racial, mas a mobilizam de modos diferenciados, mais ou menos profundo, sem de qualquer forma tomar como referência a dimensão necessariamente estrutural e institucional do racismo na conformação do sistema penal.

É necessário que as criminologias críticas e feministas mobilizem a categoria raça e compreendem o racismo do modo complexo como o fenômeno existe nas sociedades capitalistas e racializadas contemporâneas. Isto implica em aprofundamento em teorias críticas do racismo, decoloniais e na forma em que se cruzam sistemas de exploração e de dominação, como o que ocorre no encarceramento de mulheres negras no Brasil. Lançar mão de conhecimentos históricos, sociológicos e antropológicos para compreender de que modo a marginalização das mulheres negras após a abolição da escravização de negros e negras as colocou em espaços de marginalização, como são as prisões e os hospícios.

O continuum entre a escravização e o encarceramento de mulheres negras foi preenchido de conteúdo histórico com a marginalização e desumanização destes corpos, a partir de uma divisão racial do espaço em que as prisões se configuram num ponto ápice de segregação. Atualmente, as prisões significam das experiências com violações exponenciais de direitos humanos, marcadas pelo cruzamento do racismo e do sexismo, com o abandono material e afetivo a que estão submetidas as mulheres negras em situação de prisão.

As estratégias de poder do capitalismo neoliberal empurram em sequência diversas mulheres negras para as prisões, com a precarização de suas condições de vida, expondo as consequências reais da manutenção do mito da democracia racial que ainda dá corpo ao imaginário social e à produção de uma criminologia crítica branca.

O caráter substantivo do racismo se dá com a premissa de análise de que ele é necessariamente institucional e estrutural, logo, está enraizado em relações de poder que produziram a sociedade brasileira e colocaram sobre corpos negros expectativas de marginalização no espaço e no tempo, sob o manto ideológico de uma democracia racial para encobrir o genocídio projetado pelo Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação racismo e encarceramento em massa**. São Paulo: Boitempo, 2018.

ALMEIDA, Silvio de. **Estado, direito e análise materialista do racismo**. 2015. Disponível em: <file:///D:/Users/USER/Downloads/Estado_direito_e_analise_materialista_do.pdf> Acesso em 28 mar. 2019.

ALVES, Dina. Rés negras, juízes brancos: Uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. **CS**, n. 21, p. 97-120, 2017.

CARVALHO, Daniela Tiffany Prado de; MAYORGA, Claudia. Contribuições feministas para os estudos acerca do aprisionamento de mulheres. **Estudos Feministas**, v. 25, n. 1, p. 99-116, 2017.

CASSOL, Paula Dürks; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; DINARTE, Priscila Valduga. “A vida mera das obscuras”: sobre a vitimização e a criminalização da mulher. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, n. 2, 2018, p. 810-831.

CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista. **Revista Estudos Feministas**, v. 23, n. 3, 2015, p. 761-778.

CRENSHAW, Kimberle. **A interseccionalidade da discriminação de raça e gênero**. 2002. Disponível em: < <http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf>> Acesso em: 28 mar. 2019.

CRENSHAW, Kimberle. **Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination law, feminist theory and antiracist politics**. The University of Chicado Legal Fórum, 1989.

DAVIS, Angela. **A liberdade é uma luta constante**. São Paulo, Boitempo, 2018a.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Rio de Janeiro: Difel, 2018b.

DEPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias – Infopen Mulheres-2016**. 2017. Disponível em: < http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2018.

DUARTE, Evandro Piza; QUEIROZ, Marcus 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, 2016.

DUARTE, Evandro Piza. Direito penal, criminologia e racismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 135, p. 17-48, 2017.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro.** Dissertação de Mestrado. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. Criminalidade e prisão feminina: uma análise da questão de gênero. **Revista Ártemis**, v. 18, n. 1, 2014, p. 212-227.

FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. Raça e gênero na obra de Nina Rodrigues: a dimensão racializada do feminino na criminologia positivista do final do século XIX. **Cadernos do CEAS: Revista crítica de humanidades**, n. 238, 2016, p. 641-658,.

GERMANO, Idilva Maria Pires; MONTEIRO, Rebeca Áurea Ferreira Gomes; LIBERATO, Mariana Tavares Cavalcanti. Criminologia crítica, feminismo e interseccionalidade na abordagem do aumento do encarceramento feminino. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 38, 2018, p. 27-43.

GONZÁLEZ, Lélia; HASENBALG, Carlos. **Lugar de negro.** Rio de Janeiro: Marco Zero, 1982.

GONZÁLEZ, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. **Revista Ciências Sociais Hoje.** Anpocs, 1984

HALL, Stuart. Race, articulation, societies structured in dominance. In: **Sociological Theories: race and colonialism.** Paris: UNESCO, 1980, p. 306-324.

HARKOT-DE-LA-TAILLE, Elizabeth; SANTOS, Adriano Rodrigues dos. Sobre escravos e escravizados: percursos discursivos da conquista da liberdade. In: **III Simpósio Nacional Discurso, Identidade e Sociedade (III SIDIS).** 2009. Disponível em: https://www.iel.unicamp.br/sidis/anais/pdf/HARKOT_DE_LA_TAILLE_ELIZABETH.pdf. Acesso em: 26 set. 2019.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; VALENCA, Manuela Abath. A Rotulação da Adolescente Infratora em Sentenças de Juízes e Juízas de Direito do Distrito Federal. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 37, n. 73, p. 141-163, 2016.

ROSA, Camila Simões. **A interseccionalidade e suas contribuições para a compreensão do encarceramento de mulheres negras**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, SP, Brasil, 2018.

SILVA, Amanda Daniele. **Mãe/mulher atrás das grades: a realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015.

VIANA, Priscylla Kethellen; CARDOSO, Franciele Silva. Encarceramento feminino por tráfico de drogas no Brasil: a estratégia neoliberal de exclusão das mulheres à margem do sistema capitalista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 146. Ano 26. P. 613-647. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto 2018.

**USO DA FORÇA ESTATAL À LUZ DA CRIMINOLOGIA DO SUL –
MORTES DE JOVENS NEGROS NO BRASIL**

*USE OF STATE FORCES IN THE LIGHT OF SOUTH CRIMINOLOGY –
DEATHS OF BLACK YOUNG PEOPLE IN BRAZIL*

Regina Célia Lopes Lustosa Roriz

Doutoranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2017). Mestra em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2010). Professora do Centro de Ensino Superior do Vale do São Francisco; rcllroriz@gmail.com

Carolina Braga Cavalcanti da Cunha

Graduanda em Direito. Pesquisadora do Programa de Iniciação Científica – PIBIC/ UNICAP. Membro do Grupo de estudo REJUCRIM – Rede de estudos juventudes & criminologias; carolbcc10@gmail.com

Hugo Matheus de Castro Silva

Graduando em Direito. Pesquisador do Programa de Iniciação Científica – PIBIC/ UNICAP. Membro do Grupo de estudo REJUCRIM – Rede de estudos juventudes & criminologias; hugo@celioavelino.com.br

Resumo: O olhar a partir da lente teórica da Criminologia do Sul implica a análise de uma forma peculiar do funcionamento das agências do sistema de justiça. Levando ao questionamento das teorias criminológicas do eixo norte-europeu para que a historicidade, a cultura e as características sócio-política econômica de uma realidade marginal devam ser inseridas como categoria de análise (CARRINGTON, HOGG, SOZZO, 2015). Assim, no Brasil o saldo de um passado de exploração de relações sociais baseadas na violência e na repressão, especialmente assentada no processo de escravismo, precisa ser considerado a partir do racismo estrutural (ALMEIDA, 2018). A pesquisa discute o uso da força letal estatal contra essa população jovem e negra – a mais encarcerada e vitimada (BRASIL, 2017), a partir de dados quantitativos e fluxo processual (VARGAS, 2004) de casos de morte de jovens negros decorrente de oposição à intervenção policial

entre 2014 e 2018, na cidade de Recife, Pernambuco, Brasil. A justificativa decorre da morte de 63.880 pessoas por causa violenta e intencional, das quais 5.114 derivam de intervenção policial (FBSP, 2018). Desse ponto, já é possível verificar que o uso da força policial estatal é abusiva e a etnia, pois, influencia diretamente na probabilidade de a pessoa ser morta (SINHORETTO, 2014); numa trágica naturalização do homicídio num país dividido por um “*racismo que mata*” (CERQUEIRA; COELHO, 2017). Há que se considerar também uma cultura de violência gestada e alimentada pelo mercado de drogas, cuja rede de crimes é reforçada a partir do recrutamento de jovens (SOARES, 2005) que não contam com acesso à educação digna e são empurrados para o desemprego, o subemprego e as subeconomias da barbárie, estando o tráfico de drogas localizado nessa última e restrita possibilidade. O uso da força e da violência letal constituem sério problema da segurança pública brasileira, já que se observa ausência de mudança de um padrão de atuação marcadamente violento e autoritário das polícias para um padrão de policiamento democrático. Esses dados da realidade brasileira, portanto, somente podem ser compreendidos à luz de uma concepção criminológica crítica, que leve em conta a historicidade, economia e política de uma realidade que lida com uma espécie de “epidemia da indiferença” numa sociedade marcadamente autoritária.

Palavras-chave: Criminologia do sul; Racismo estrutural; Força letal estatal; Juventude negra.

Abstract: Looking from the theoretical lens of South Criminology implies the analysis of a peculiar form of the functioning of the agencies of the justice system. What conduces to a question of the criminological theories of the North-European axis, so that historicity, culture and the socio-political economic characteristics of a marginal reality should be inserted as a category of analysis (CARRINGTON, HOGG, SOZZO, 2015). Thus, in Brazil, the balance of a past of exploitation of social relations based on violence and repression, especially based on the process of slavery, must be considered from structural racism (ALMEIDA, 2018). The research discusses the use of state lethal force against this young and black population – the most imprisoned and victimized (BRASIL, 2017), based on quantitative data and process flow (VARGAS, 2004) to police intervention between 2014 and 2018, in the city of Recife, Pernambuco, Brazil. The justification arises from the death of 63,880 people for violent and intentional reasons, of which 5,114 are

derived from police intervention (FBSP, 2018). From this point, it is already possible to verify that the use of the state police force is abusive and ethnicity, therefore, directly influences the probability of the person being killed (SINHORETTO, 2014); in a tragic naturalization of homicide in a country divided by a “racism that kills” (CERQUEIRA, COELHO, 2017). We must also consider a culture of drug-fueled violence that is reinforced by the recruitment of young people (SOARES, 2005) who do not have access to decent education and are pushed into unemployment, underemployment and the subeconomies of barbarism, with drug trafficking being located in the latter and restricted possibility. The use of force and lethal violence constitute a serious problem of Brazilian public security, since it is observed that there is no change from a markedly violent and authoritarian pattern of police action to a pattern of democratic policing. These data of the Brazilian reality, therefore, can only be understood in the light of a critical criminological conception that takes into account the historicity, economy and politics of a reality that deals with a kind of “epidemic of indifference” in a markedly authoritarian society.

Keywords: South criminology; structural racism; state lethal force; black youth.

1. A CRIMINOLOGIA DO NORTE

Compreende-se, dentro do desenrolar da história do direito penal nas sociedades, que, dentro de uma perspectiva pós-moderna, um questionamento latente de tal ciência o entendimento da origem do crime, o porquê dos indivíduos cometerem atos delituosos. Nessa perspectiva, vê-se um desdobramento por parte dos estudiosos da época sobre tal temática, surgindo assim a chamada “criminologia”, dentro do contexto europeu.

Em que pese o surgimento de tal estudo, é vital apontar que tais questões não foram suscitadas por juristas, mas sim por profissionais da área da medicina legal, isso dado devido ao sistema positivista que pairava sobre a Academia no período do século XIX. Tal movimento influenciou o modo de se produzir conhecimento dentro desse período, isso porquê a manifestação dos estudos passava pelo crivo da ciência, sendo aqui “ciência” relativa aos fenômenos naturais, logo, era referente não às questões subjetivas, mas sim objetivas, sendo tal forma de conhecimento elaborada pelo sociólogo francês Augusto Comte, o qual quis trazer para o meio social foi a ideia de que o ser humano poderia ser medido, analisado e interpretado tal qual os fatos da física ou da matemática,

dando um caráter objetivo ao ser humano. Tal entendimento não se manteve apenas dentro da sociologia, mas transpassou para outras áreas das ciências sociais, como foi o caso do behaviorismo (séculos XIX e XX) na psicologia e na criminologia, representada pelos estudos de Lombroso (Chauí, 1999).

Logo, quando as primeiras correntes de estudos da criminologia surgem no âmbito da medicina, não se trata de mera coincidência, mas sim uma questão lógica, já que é nas ciências médicas que se é proposto a análise dos caracteres biológicos para se chegar a um diagnóstico conclusivo. Dessa forma, o crime começou a ser pensado dentro de tal perspectiva, em que o mesmo poderia ser percebido através de padrões biológicos e fenotípicos dos indivíduos, criando-se assim estigmas que auxiliariam a perceber o “criminoso” anteriormente ao cometimento de crime, sendo assim possível haver a prevenção do delito sem que o mesmo tenha ocorrido, interpretando-se assim o crime como enfermidade, e, como toda doença, tinha como tratamento o decreto de prisão, não sendo ela quantificada em um período certo de anos, mas sim para que se desse a cura para tal “infecção”.

Se se pudesse extrair uma média da potência intelectual dos delinquentes com a segurança com que se obtém da medida do crânio, creio que se chegaria a igual resultado, ou seja, encontrar-se-ia uma média inferior ao normal (LOMBROSO, 2010, p.133)

Nisso, destaca-se a teoria do “criminoso nato”, criada por Lombroso, o qual percebia o crime como algo biológico, entranhado em determinadas características pessoais dos indivíduos, as quais poderiam sofrer medições e cálculos, dando assim uma espécie de exatidão e cientificidade para sua teoria, ensejando assim o nascimento da Escola Positivista da Itália, a qual se dedicava ao estudo da criminologia sob a perspectiva do positivismo.

“Alicerçada sobre tal determinismo, a Escola acabava por negar a existência do livre-arbítrio, considerado por ela uma abstração metafísica. Daí iria derivar seu programa: a pena deveria ser concebida enquanto tratamento, e não punição; por isso, deveria ter sua duração e condições de aplicação indeterminados, conforme as respostas personalíssimas do condenado-paciente ao “tratamento”; e a prevenção ao crime teria de receber maior ênfase e prioridade, fazendo uso dos recursos médico-científicos disponíveis para a identificação do indivíduo perigoso antes do aparecimento do crime.”(Ferla,2009, p. 23-24)

Dessa forma, fica claro que os primeiros desenhos a respeito do crime seguiram perspectivas euro centradas, sendo a teoria do positivismo criminológica pautada nas

novas relações intersubjetivas que ocorriam na Europa nesse mesmo século, em que, tal continente passava pelo processo de industrialização, lidando assim com uma nova classe: o proletariado, o qual, foi enquadrado na categoria do “criminoso nato”, pois, muito mais além do que uma teoria científica, o positivismo criminológico era uma forma de pautar o controle social, traduzindo-se assim o conhecimento como instituição de poder (FOUCAULT, 2001), estendendo-se assim tal teoria ao inconsciente coletivo, principalmente pelo reforço trazido por parte do Estado no que tange ao implemento prático de tal teoria, havendo assim forte persecução penal frente aos trabalhadores, sendo isso parte de uma estratégia de docilização dos mesmos, para que eles se mantivessem dentro de uma disciplina rígida, inviabilizando assim qualquer tipo de levante social quanto às condições de vida dos mesmos.

“(…) a Criminologia não tem necessidade de se justificar teoricamente porque é um saber totalmente utilitário, que se consolida ao término de um longa transformação no interior das práticas de saber e poder na modernidade, a partir das quais um discurso “científico” se tornará indispensável para o funcionamento das penalidades. Trata-se de um *saber destinado ao poder* (...) pois o pensamento criminológico sempre foi mais valorizado pela sua utilidade política e administrativa do que por sua exatidão científica” (Alvarez, 2005, p.78)

É importante salientar que a questão da cientificidade não foi algo decisivo para aceitação de tal teoria, tanto que os cálculos trazidos por Lombroso não possuíam precisão, mas o que foi decisivo para que tal teoria fosse acatada pelo meio estatal, foi justamente seu caráter utilitário, pois, qual meio mais eficiente de sem manter o *status quo* do que a partir da ameaça de prisão?

Tratada tais perspectivas, resta evidenciado que as primeiras pautas criminológicas foram instituídas por homens, bancos, de elite e europeus, os quais, ao se depararem com sua realidade frente às organizações do proletariado, necessitavam de alguma ferramenta que mantivesse a ordem social, valendo-se assim da ideia de periculosidade do agente, insuflando assim, dentro do senso comum, a imagem de uma classe trabalhadora quase que animalésca, minando assim a reputação de tal grupo frente ao coletivo, o que, em certo grau, favorece o projeto estatal de controle hegemônico.

Assim, vê-se essa corrente de pensamento criminológico positivista como própria dos países do norte, sendo fator decisivo para a designação da figura do “criminoso nato”, que mais tarde seria tido como inimigo do direito penal, as relações de classe, já que, no

que tange a Europa, dentro do século XIX, se era percebida uma maioria populacional branca, não sendo as questões raciais obstáculos dentro desse contexto.

Se o século XIX europeu viu nascer uma sociedade de uma complexidade inédita, perpassada por novos conflitos sociais, advindos da industrialização e da urbanização crescentes, se a tentativa de construção de uma nova ordem social passava por uma atuação igualmente crescente dos mecanismos de controle social para os quais o alvo principal eram as classes populares e o controle de seus ilegalismos se o crime e a criminalidade apareciam para as agências de controle social – e mesmo no imaginário da nova sociedade burguesa – como os índices principais da crise moral que parecia ameaçar a sociedade da época e como objetos a serem melhor compreendidos e dominados, a idéia [sic] de que o criminoso era uma espécie de fenômeno natural, indivíduo primitivo que poderia ser anatomicamente identificado na multidão, deveria seduzir pela sua capacidade de fornecer uma explicação ao mesmo tempo pseudo-científica e tranquilizadora[sic] acerca da desordem social (ALVAREZ, 2005, p. 81).

2. A INFLUÊNCIA EUROPEIA NA CONSTRUÇÃO DA AMÉRICA LATINA

Em que pese a insurgência de tal sistema, seria leviano afirmar que ele permaneceu, em sua plenitude, dentro do continente europeu, pois, com o advento das grandes navegações durante o século XVI, as nações europeias, principalmente as ibéricas (Espanha e Portugal), despontaram processos múltiplos de colonização no que hoje é conhecido como América Latina, dessa forma, encontra-se a história do velho continente imbricada com a formação dos povos americanos, logo, compreende-se que a criminologia do norte plantou semente nos países do sul, engendrando uma problemática no sistema penal, a qual virá a ser melhor explicada.

A princípio, é preciso reputar que, incontestavelmente, a forma pela qual se deu a colonização espanhola e portuguesa nos países do continente americano, serviu como base para a estruturação do sistema penal em tais localidades. Pois, tais nações, principalmente a Espanha, usaram do meio do extermínio das sociedades nativas para garantir a sua imposição de poder, dizimando assim diversas comunidades indígenas afim de garantir a supremacia europeia, insurgindo assim uma cultura pautada no genocídio. Logo, assume-se que a linguagem sobre a qual se pautam as relações sociais dentro da América Latina se dá a partir da violência e da morte, sendo fonte primordial quanto ao direito penal, o qual não se constituiu a partir da legalidade determinado pelos ordenamentos, mas sim por

um sistema para estatal, o qual é reforçado pelo próprio Estado, perpetuando a cultura genocida do sistema punitivo, como dito por Zaffaroni, 200, p. 124-125, citado por Flauzina, 2006, p. 29:

“Há mortes em confrontos armados (alguns reais e a maioria simulada, ou seja, fuzilamentos sem processo). Há mortes por grupos parapoliciais [sic] de extermínio em várias regiões. Há mortes por grupos policiais ou parapoliciais [sic] que implicam a eliminação de competidores em atividades ilícitas (disputa por monopólio de distribuição de tóxicos, jogo, prostituição, áreas de furto, roubos domiciliares, etc.). Há “mortes anunciadas” de testemunhas, juizes, fiscais, advogados, jornalistas, etc. Há mortes de torturados que não “aguentaram” e de outros em que os torturadores “passaram do ponto”. Há mortes “exemplares” nas quais se exhibe o cadáver, às vezes mutilado, ou se enviam partes do cadáver aos familiares, praticadas por grupos de extermínio pertencentes ao pessoal dos órgãos dos sistemas penais. Há mortes por erro ou negligência de pessoas alheias a qualquer conflito. Há mortes do pessoal dos próprios órgãos do sistema. Há mortes pelo uso de armas, cuja posse e aquisição é encontrada permanentemente em circunstâncias que nada têm a ver com os motivos dessa investigação pública. Há mortes em represália do pessoal desses órgãos do sistema penal. Há mortes violentas em motins carcerários, de presos e de pessoal penitenciário. Há mortes por violência exercida contra preso nas prisões. Há mortes por doenças não tratadas nas prisões. Há mortes por taxa altíssima de suicídio entre os criminalizados e entre o pessoal de todos os órgãos do sistema penal, sejam suicídios manifestos ou inconsistentes. *Há mortes...*”

Saliente-se que, o processo colonizador da América Latina, dá-se por meio da supressão, em dado momento dos povos indígenas e, com o advento do processo escravagista, dos povos sequestrados no continente africano, trazendo aqui a ideia de Zaffaroni (2001) à “instituição de sequestro” sobre a qual se baseou a América Latina.

Esboça-se assim uma realidade dos meios de poder que se perpetuaria até a atualidade, em que, ao colonizador branco depara-se com a multiplicidade de etnias que habitavam tal território, bem como o fato de que as mesmas tratavam-se de uma maioria, era necessário que se buscassem formas de controle para subjugar-las, dessa forma, houve uma reprodução das Instituições de poder havidas na Europa, assim, a América Latina era vista como um ente periférico de participação **nas questões mundiais, não cabendo a ela nenhum poder de mando, mas sim servir como matéria prima e mão de obra para o Velho Continente. Dessa forma, percebe-se que o processo colonizador trouxe moldes europeus para contextos latino-americanos, engendrando uma problemática fortíssima no que tange ao pensar dos sistemas penais, isso porquê as correntes nortenhas, ao serem impostas nos países do Sul, por não terem pontos convergentes,**

teve que ser adaptada ao cotidiano de tais nações, logo, as Instituições de controle partiam de uma perspectiva eurocêntrica, sendo o racismo o elemento base da manutenção do poder. Nisso, vê-se o surgimento de elites brancas, cujo poder foi delegado por parte do colonizador, a qual mantinha-se no poder a partir de um discurso baseado na hierarquização das etnias, colocando negros e indígenas a margem da coletividade.

“O racismo está, portanto, nas bases de sustentação do processo histórico latino-americano. Dentro de uma percepção que coloca negros e indígenas como a barreira a nos separar da civilização, a partir de uma concepção que compreende os traços civilizacionais inscritos nos padrões europeus, nada mais natural do que investir todos os esforços com vistas a remover os segmentos que maculam a potencialidade da região. Assim, se desenha todo um quadro simbólico refratário ao reconhecimento da existência desses agrupamentos, formatando-se a prerrogativa necessária para que os empreendimentos genocidas pudessem ser levados a cabo. A conformação de um imaginário social que investe nitidamente para a eliminação de determinado contingente humano tende a ser materializado por práticas efetivas de extermínio. Em outras palavras, o genocídio ancora-se necessariamente numa fonte simbólica que o reclama (...). (FLAUZINA, 2006, P. 32)”

Não obstante, esse intercâmbio cultural baseado na opressão de culturas não-brancas, faz com que diversos países surjam dentro dos países do sul com graves problemas no que tange a etnia, dando-se destaque ao Brasil, o qual vê-se, na prática um verdadeiro abismo entre as raças, resultado direto das bases racistas sobre as quais o país se fundou, como também ao processo de recepção do positivismo criminológico como instrumento de controle social dentro de seu território.

3- O SISTEMA PENAL NO BRASIL: ORIGENS E EFEITOS

Nesse contexto, pode-se falar que, a formação colonial brasileira, deu-se de forma quase que estritamente rural, sendo a estruturação da sociedade tradicional fundamentada na forma de gerência dos engenhos, ou seja, na família patriarcal, na qual aparecia o “pai” como detentor de todo o poder e senhor soberano de suas terras, citando Sérgio Buarque de Holanda (2014, p.80): “Nos domínios rurais, a autoridade do proprietário de terras não sofria réplica. Tudo se fazia consoante a sua vontade, muitas vezes caprichosas e despóticas”, incluindo a mão de obra que lá existia, além de o mesmo ditar a moral e os bons costumes.

Por se tratar de um meio estritamente agrícola, não se pode falar em centros urbanos desenvolvidos nem em uma classe burguesa forte, já que o lastro da formação brasileira não se dá a partir do desenvolvimento capitalista. Entretanto, pode-se falar de uma forte elite por tais famílias, a qual determinava os vários destinos dentro da política e da regência interna do país, funcionando como uma Instituição paraestatal dentro do governo dos colonizadores, assim, não era preciso a intervenção do aparato jurídico estatal, já que os próprios donos de terra tinham poder de vida e de morte sobre todos aqueles que se encontravam em seu julgo (LEAL, 1986).

Um dos mais importantes detalhes a respeito da colonização brasileira é a utilização da mão de obra escrava, advinda do continente africano. Assim, quem se encontrava dentro das lavouras, em condições sub-humanas de sobrevivência eram os negros, sequestrados de suas terras para servirem de posse para os senhores de engenho, que, diga-se de passagem, eram brancos, em sua maioria (HOLANDA, 2014).

Dentro do contexto do século XIX, é preciso destacar dois episódios de extrema importância nos quais o território nacional se encontrava: o primeiro era a abolição da escravatura, em 1888 e a declaração da República em 1889, o qual, ao contrário dos preceitos gregos, e do próprio significado da palavra (coisa pública), partiu de um golpe militar, liderado pelo Marechal Deodoro da Fosenca, ou seja, sem qualquer tipo de participação da sociedade como um todo, tanto é que os moradores das áreas mais afastadas das grande cidades não sabiam que o regime de governo havia sido trocado, já que, até tal data, o Brasil ainda se tratava de uma monarquia, mesmo independente (FAUSTO, 2013).

No primeiro caso, desenha-se uma situação inédita no Brasil, pois, após 300 anos de escravidão, finalmente as pessoas teriam que vivenciar uma sociedade formada por negros e brancos livres, e, de acordo com os novos ares republicanos, paritários. Entretanto, ao ser dada a abolição, não se foi tomado nenhum tipo de ação, por parte do Estado, para se equiparar essas pessoas, que, ao saírem das lavouras, se encontravam sem nada que lhes pudesse dar subsistência, permanecendo à margem da sociedade. Além disso, após três séculos de um regime escravagista, não é de se espantar que o racismo estivesse instalado em todas as classes sociais, logo, enraizado no inconsciente social, sendo válido destacar que a elite foi a principal disseminadora de tal discurso dentro do meio coletivo. Assim, em 1888, esse mesmo grupo detentor de poder se encontrava em pânico, pois agora uma maioria negra, quantitativamente falando, se encontrava sob o

mesmo patamar que ela, no sentido de existência, logo, era necessário que se contivesse esse grupo e se mantivesse a ordem (GOÉS, 2016).

A relação desse contexto com a Criminologia é evidente:

A introdução da Criminologia no país representava, deste modo, a possibilidade simultânea de compreender as transformações pelas quais passava a sociedade de implementar estratégias específicas de controle social e de estabelecer formas diferenciadas de tratamento jurídico-penal para determinados segmentos da população (ALVAREZ, 2005, p.85)

Logo, percebe-se que, o positivismo criminológico funciona como principal discurso para a manutenção de ordem dos negros recém-libertos, valendo-se da “periculosidade” positivista. Mas aqui há duas curiosidades: a) este saber teve pouco sucesso na Europa, devido aos questionamentos do método lombrosiano (ALVAREZ, 1996); b) como a Bahia, o estado brasileiro que mais numericamente, àquela época, possuía a maior população negra, exaltou o positivismo criminológico, cuja (uma das) tese era a da inferioridade do mestiço, a ponto de ter Nina Rodrigues¹ como seu maior representante?

As senzalas deram lugar às prisões e as leis da escravidão, ao código penal, pois não se deve esquecer que as relações, dentro do Brasil foram forjadas a partir do espelho da família patriarcal e patrimonialista que tem, na violência uma prática corriqueira tão intensa que faz com que “em toda a vida social predominem sentimentos próprios à comunidade doméstica, naturalmente particularista e antipolítica, uma invasão do público pelo privado, do Estado pela família” (HOLANDA, 1956, p. 103), ou seja, o público era inspirado pelo privado, logo eram os latifundiários que manipulavam as relações sociais em todos os meios possíveis:

O sistema jurídico-político brasileiro foi constituído a partir dos interesses desta elite detentora do poder político e econômico e não de uma origem “popular” ou “democrática”. Os modelos jurídicos de controle social, portanto, não se desenvolvem enquanto reflexo do estilo de vida e dos costumes locais, mas como dispositivos a serviço da manutenção dos privilégios de determinados grupos (LIMA, 2011, p.3)

¹ Foi Nina Rodrigues que fundou a “a escolar positivista, com suas traduções e incorporações do lombrosianismo e do social-darwinismo.

Isto é, a frenologia europeia, que não tinha a questão racial como predisposição para o crime, no velho continente, esse foi um fator para criar uma classe de páreas, determinada pela cor de sua pele, que ao menor sinal de desrespeito a ordem, já eram mandados para as penitenciárias, constituindo assim o tratamento desigual no meio jurídico, já que os brancos e, principalmente, os brancos de elite, não possuíam uma pressão extensiva para que andassem “na linha”. A evidência disto está nas hipóteses de criminalização do Código Penal da República, como mendicância, vadiagem, capoeira... (TONINI, 2008).

Assim, a manutenção do poder pela elite latifundiária perante a coletividade, tornou-se algo prioritário. Reputa-se assim imprescindível para uma sociedade racista e preconceituosa, um discurso baseado na etnia. Nisso, ao passo que o homem delinquente de Lombroso seria a camada pobre da Europa, nos trópicos, quem assume essa fachada são os negros, iniciando-se assim o chamado “inimigo do direito penal”

Enfim, como vimos, a pergunta sobre a configuração do moderno controle do delito não pode deixar de colocar em evidência, por um lado, a sua origem histórica na desagregação da ordem escravista e na sua relação com a repressão das populações não-brancas. Entretanto, tais características que permitiriam a criminalização preferencial das populações não-brancas e a constituição de um arcabouço jurídico que, embora fosse formalmente igualitário, reprisava as distinções presentes no período escravista entre negros e brancos (DUARTE, 2011, p.174).

O outro fator citado é quanto dependência indireta do Brasil república com a Europa, tanto no sentido econômico, como no sentido intelectual, já que nada nesse campo era produzido localmente. José Murilo de Carvalho (2002, p.42) exemplifica: “Na maioria das vezes, eram idéias [sic] mal absorvidas ou absorvidas de modo parcial e seletivo, resultando em grande confusão ideológica. Liberalismo, positivismo, socialismo, anarquismo misturavam-se e combinavam-se das maneiras mais esdrúxulas na boca e na pena das pessoas mais inesperadas”. Rasa Del Olmo (2004, p. 160) detalha: “bastava que um fato fosse afirmado por Galileu, Darwin ou Spencer para que fosse acreditado. Os fatos eram aceitos sem qualquer discussão”.

Faz-se necessário citar que o positivismo criminológico traz o controle social de uma forma mais complexa, tirando do Estado o poder concentrado, distribuindo-a para outros setores, as chamadas Instituições, que deveriam cumprir o papel de “normalização”

do indivíduo. Estaria se formando assim um “poder individualizador (FERLA, 2007, p.37). Trata-se, assim, de uma experiência de docilização dos corpos, ao transfigurar a moral de determinado indivíduo perante a coletividade, desacreditando-o, logo, sendo dada liberdade a essas figuras, pelo senso comum, a agir sobre esses seres de forma irrestrita.

Enfim, os efeitos da matriz discursiva do positivismo criminológico, fundado na neutralidade, na cientificidade e na produção de certezas, são uma série de racionalização, programas e tecnologias de controle sobre os povos indicados como degenerados e indesejáveis; configurando, portanto, uma “gigantesca instituição de sequestro” (ZAFFARONI, 1991, p. 34). Tais programas e projetos consistiam em uma política criminal orientada a manter as estruturas políticas vigentes na América Latina dos anos 1950, fundadas em ideologias de tratamento do “delinquente”, prevenção do delito e “assuntos organizacionais e de procedimento” (DEL OLMO, 2004, p. 154).

Portanto, a ciência estrangeira foi incorporada com uma peculiaridade – apenas os resultados, sem verificação experimental, eram adotados. Uma espécie de escolastiquíssimo.

É sob a influência do positivismo criminológico que o sistema penal será pensado no Brasil, restando claro que o mesmo foi gestado e parido dentro de uma ótica violenta e racista, isso, devido ao processo colonizador que deu origem ao país, em que incidiu um forte eurocentrismo, o qual já carregava em si esse gene da inferiorização racial, como explicado por Frantz Fanon: *Agora vamos mais longe, dizendo que a Europa tem uma estrutura racista* (2008, p. 89).

Dessa forma, é inquestionável que a violência e o genocídio exercido sob a população negra pelo sistema penal brasileiro, sob o preposto de segurança pública, deu-se devido à adaptação de uma criminologia do norte a realidade do sul, sendo preposto basilar para isso o chamado racismo institucional, o qual faz uso contínuo das Instituições como elemento necessário à manutenção do discurso de hierarquização das raças, entretanto, faz-se necessário trazer uma outra classificação, a qual transcende as instituições, mas reflete toda uma estrutura social, de qual se insurge as relações de poder pautadas aos cidadãos, ensejando assim o controle social sob determinado grupo.

“ Assim como a instituição tem sua atuação condicionada a uma estrutura social previamente existente com todos os conflitos que lhes são próprios – o racismo que esta instituição venha a expressar é também parte desta mesma

estrutura. As instituições são apenas a materialização de uma estrutura social ou de um modo de socialização que tem o racismo como um de seus componentes orgânicos. Dito de modo mais direto: *as instituições são racistas porque a sociedade é racista*” (ALMEIDA, 2018, p. 36)

Assim, percebe-se que o tratamento jurídico desigual, o uso indiscriminado da força da polícia e a persecução penal arbitrária voltadas aos negros, baseia-se justamente a todo contexto histórico vivenciado pelo Brasil, sendo a realidade atual fruto de um passado pautado no positivismo criminológico, o qual ensejou o nascimento no Brasil de um direito penal do inimigo, o qual objetifica determinados indivíduos, tornando-os meros alvos, sendo assim mais fácil sua dizimação, não passando pelo crivo da empatia coletiva justamente pelo fato de tais pessoas serem despersonalizadas pelo sistema. Assim, afim de que se mude os paradigmas de entendimento do direito penal pátrio, é preciso que se recorra a uma criminologia do Sul, a qual leva em consideração os padrões coloniais, sendo os mesmos aspectos de extrema importância para se compreender tanto o direito penal institucionalizado, praticado dentro dos tribunais, como também àquele paraestatal, exercido através do extermínio, sendo esse último fomentado pelo próprio Estado através do uso extensivo da força policial. (ZACONE, 2015)

Que o Brasil é um país violento isso não é novidade, mas o ritmo constante de aumento no número de mortes decorrentes de homicídios é algo que desafia o povo brasileiro a repensar seriamente suas práticas e políticas públicas. No entanto em meio ao cenário atual, é difícil visualizar uma melhora nessa situação. A solução tem sido cada vez mais buscada através de saídas fáceis como o recrudescimento penal e a supressão de garantias que são tão caras e necessárias em toda democracia.

É em um cenário caótico e de verdadeira guerra urbana que nos colocamos a pesquisar o assunto e desenvolver essa pesquisa. Não basta expor a realidade, que é terrível, mas criticá-la de forma contundente para mostrar os gargalos e estrangulamentos do sistema – no sentido literal da palavra, o sistema estrangula, mata – para aí chegar a uma conclusão, que lamentavelmente tende a ser desesperadora.

A justificativa para a pesquisa decorre da morte de 65.602 pessoas, vítimas de homicídios no país em 2017 – “maior nível histórico de letalidade violenta intencional no país”, segundo o Atlas da Violência, 2019, cujos dados são baseados nas informações do Ministério da Saúde. O FBSP (2018) com dados referentes a 2017, mas baseado nos

registros policiais informa 63.895 mortes violentas intencionais, das quais, 55.900 são homicídios e 5.159 são mortes decorrentes de intervenções policiais (MDIP), indicando crescimento de 21% referente ao ano anterior.

E aqui cumpre ressaltar a disparidade entre os dados oriundos da saúde e da polícia, o que muitas vezes é um óbice direto à elucidação desses homicídios. Muitas vezes se torna impossível para o médico no hospital determinar de imediato a causa da morte, principalmente quando causa externa, por não ter conhecimento da situação fática no momento e no lugar do delito, isso quando se sabe que aquele corpo foi vítima de um crime.

Essa diferença de dados é um problema para as pesquisas baseadas em dados oficiais, pois se nem mesmo entre órgãos do Estado há um consenso a respeito de algo tão sintomático que são os homicídios (MVI), como contabilizar essas vítimas no sistema? A fidedignidade da informação que vem de órgãos oficiais é muito questionável.

Nosso objetivo de pesquisa é identificar o número de vítimas de mortes violentas intencionais decorrente da atividade policial entre os anos de 2014 – 2018 na cidade do Recife e verificar o fluxo processual desses casos. Nos incumbe ir além da análise quantitativa e adentrar na análise processual, traçando o caminho realizado por esses autos, isto é, quando há denúncia.

A demarcação temporal não é aleatória, se trata do período de derrocada do Pacto Pela Vida (PPV) que foi um projeto de segurança pública executado pelo ex-governador do estado de Pernambuco, Eduardo Campos. O Pacto consistia em um combate inteligente da violência, aumentando as ações em locais que demonstravam uma alta taxa de crimes violentos letais intencionais.

Fato importante para o sucesso foi o empenho dos órgãos de justiça criminal, tendo sido criadas promotorias especiais no Ministério Público de Pernambuco só para atender a demanda do Pacto. O apoio e interligação entre Judiciário, MPPE e polícia foi um marco no combate à violência no estado, e nos primeiros anos deu certo.

Quando se analisa os números de Pernambuco, em 2017 o estado teve um aumento de 21,0% na sua taxa de homicídios, consolidando uma trajetória de crescimento da violência no estado desde 2014 (FBSP/IPEA, 2019). Uma das justificativas para o aumento das mortes violentas intencionais no estado é justamente a derrocada do Pacto Pela Vida, que trouxe bons resultados no início da década, mas que agora não está mais dando conta.

Em 2014 o Pacto começou a ruir, Ratton, um dos idealizadores do programa atribuiu a derrocada ao afastamento dos gestores, tais como o atual prefeito do Recife, Geral Júlio e o ex governador Eduardo Campo que faleceu enquanto concorria ao cargo de presidente do Brasil. Outro argumento, segundo Ratton e Daudelin (2018), é a resistência das corporações policiais ao controle externo de suas atividades, o que será posteriormente discutido.

Foi feito um trabalho de campo para coletar dados referentes somente à cidade do Recife, que é nosso objetivo, pois as pesquisas macro realizadas a nível nacional não contemplam os municípios. E nessa fase de coleta as dificuldades foram se multiplicando, principalmente devido a recusa dos órgãos oficiais em divulgar os dados.

Finalmente conseguimos algumas informações junto ao Ministério Público (decorrente da atividade de controle externo da atividade policial) em Recife 39 pessoas foram mortas entre 2015 e 2018. Faltando ainda os dados de 2014, posto que neste período ainda não havia a obrigatoriedade do acompanhamento pelo MP determinado pelo CNMP, ou seja, a saga pelos dados continua.

Apesar de estar em posse dos dados não conseguimos ainda fazer o recorte de idade e raça dessas vítimas porque os dados são quantitativos e não estamos conseguindo autorização para acessar os inquéritos policiais, sim, a grande maioria desses casos de morte decorrentes de intervenção policial ainda estão em fase de inquérito policial, que é um procedimento inquisitório e sigiloso. Foi fornecido pelo MPPE o nome das vítimas e o número dos inquéritos, mas não está sendo possível chegar até eles.

Fica evidente que estamos lidando com uma verdadeira caixa de pandora, pois a negativa em dar acesso aos elementos de informação e até mesmo a dificuldade de se alcançar os dados gerais – apenas o quantitativo – revela que há um empenho em manter isso trancado, o que desperta o interesse sobre a realidade que esses dados revelam.

Porém pelas experiências em outros estados e os dados nacionais, a hipótese é que não se destoa da mesma população vitimada – jovens e negros. Os mesmos corpos que paulatinamente são assassinados ao longo da breve e violenta história do Brasil permanecem a ser massacrados nas mais diversas regiões do país. Um chamado especial para o que vem acontecendo no estado do Rio de Janeiro, onde as instituições se destituíram de suas máscaras e estão apoiando um violento combate ao tráfico onde as vítimas letais são negras, quer seja o policial, quer seja o traficante, ou até mesmo um inocente.

O projeto genocida do Estado brasileiro fica cada vez mais latente e caminha para uma guerra total. Os sinais estão claros, o uso das forças armadas para o combate contra o crime urbano é uma demonstração inconfundível de que existem verdadeiras zonas de sítio nas grandes cidades, existem zonas de não direito, campos de batalha onde não há inocentes, apenas baixas necessárias para o cumprimento da missão.

Em Recife, uma vez verificado os números, encerra a parte quantitativa e inicia a pesquisa qualitativa que consiste na verificação das etapas processuais, fundamentos dos atos decisórios etc. Se faz necessário analisar os argumentos utilizados para a manutenção de um estado de incompetência institucionalizada. Sim, pois dos 39 casos contabilizados pelo MPPE, apenas 3 foram denunciados, ao passo que 4 foram arquivados.

Um claro sinal de menosprezo ou de indiferença por parte do Ministério Público, que Constitucionalmente é imbuído do papel de *ombudsman* e responsável por fazer o controle externo da polícia, bem, em Recife esse controle parece não existir pois além de uma ineficiência generalizada por parte da polícia na elucidação de crimes ainda há quase que um acobertamento quando os autores do fato são policiais.

É muito importante ter acesso a essas vítimas fazer o recorte da idade e da raça para saber quantos são negros, e ir afinilando o universo dos dados, saber quem são e em que circunstâncias foram mortas para só assim poder afirmar com certeza o que já se admite como hipótese, as vítimas são negras.

Após o levantamento desses dados se inicia uma pesquisa do fluxo processual, saber o que aconteceu após essas mortes. Quantos inquéritos foram instaurados, desses inquéritos quantas denúncias foram feitas, quantos pedidos de arquivamento. E tentar ter acesso às peças de arquivamento para saber qual o fundamento utilizado. Por fim chegando na fase judicial para saber quantas condenações, absolvições e seus respectivos fundamentos.

Usando como modelo uma pesquisa de Zaccone no Rio de Janeiro que constatou um padrão argumentativo ao pedir o arquivamento dos inquéritos espera-se alcançar um resultado semelhante. Ficou evidenciado as estratégias de desqualificar a vítima associando ao tráfico de drogas na maioria das vezes para justificar sua morte. A verdade é que o alvo não é o traficante, mas o corpo negro e a maior prova de que não se busca segurança pública é a realidade dos agentes responsáveis por ela.

A polícia é uma instituição extremamente autoritária cujos preceitos de repressão violenta pouco condizem com as garantias constitucionais; após 88 as forças policiais

se inspiraram e se agarraram na única instituição que permaneceu autoritária e violenta mesmo no período democrático, incorporando seu ethos de combatente, guerreiros, heróis, força que mata, que combate na guerra – as forças armadas – não à toa se tem uma polícia militar incumbida do patrulhamento ostensivo, agentes despreparadas para lidar com pessoas e treinadas para serem violentos.

Em Pernambuco, a resistência das corporações policiais em se submeter ao controle externo de suas atividades foi um dos motivos levantados por Ratton para o fracasso do Pacto Pela Vida. Quer dizer, não aceitam se submeter a nenhum tipo de controle, nem que seja mínimo, a grande prova disso são os antigos grupos de extermínio, que evoluíram, se organizaram e hoje formam as milícias.

4- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sobre o positivismo, a sua estruturação tem base no discurso das ciências naturais, sendo empregado os métodos de análise usados na física, química e biologia, para tratar a respeito das ciências humanas. No caso dessa teoria voltada para o âmbito criminológico, tem-se que, o discurso médico, mais especificamente, o da frenologia, como base para a explicação da origem dos atos criminosos. Tal escola de pensamento tem como “pai” o autor Cesare Lombroso, com sua tese do “criminoso nato” a qual acreditava que a existência do crime não estaria associada a fatores subjetivos, mas sim a questões mais objetivas, como a biologia, logo, o crime poderia ser entendido como uma doença, em que a prisão teria a função de tratamento, não de punir. Além de que, não existia a ideia de extinção da pena, ela só seria terminada quando fosse percebido que havia cessado a periculosidade do indivíduo, sendo tal aspecto bastante amplo. Sendo entendido como criminoso todo aquele que possuísse determinadas características corpóreas, podendo-se assim, deter pessoas com as mesmas características, mesmo que essas não tivessem cometido crime algum, porém, se tinha como algo generalizado a construção do criminoso.

O desenvolvimento do positivismo criminológico dentro do continente americano está intrinsecamente relacionado com a vivência europeia, já que, durante muitos anos, o país esteve sob os comandos de Portugal o que levou a uma espécie de tradução acrítica dos saberes criminológicos.

Assim, ao ser trazida à América Latina, mais especificamente no Brasil, através de toda uma gama de atuações, como a Academia, as questões econômicas, a insurreição

da República, dentre outros fatores, o positivismo criminológico se deparou com a estruturação racista da sociedade nacional, instituída, principalmente pela antiga elite rural, que, com a abolição, começou a decair, abrindo espaço para que a nova burguesia apreendesse o poder.

Percebe-se que, tal grupo detentor de poder, era principalmente formado pelos donos de engenhos como também pelos barões de café, os quais eram representantes diretos do modelo familiar do patriarcado, o qual tinha influência sobre todos os âmbitos sociais, inclusive, com a declaração da república, nas próprias eleições, pois, tal modelo foi basilar para a formatação do Estado brasileiro.

Como dito anteriormente, o positivismo criminológico, ao ser trazido para o meio social, adquiriu uma espécie de ideologia política, sendo essa voltada para garantir os interesses das elites locais e, logo, tal tese foi utilizada como forma de contenção dos povos negros, tanto no meio oficial, com a atividade dos juízes, endossadas pela máxima intervenção estatal no que tange ao crime, sendo liberado todo tipo de tratamento desumano, ou até mesmo de tortura como instrumento de contenção, desde que fosse sanada a “criminalidade”. Como também de forma indireta, já que as próprias elites possuíam um poder paraestatal, em que a sua palavra era a Lei.

Em suma, compreende-se que o positivismo criminológico trouxe consigo a mentalidade de que tudo é justificável, desde que se promova segurança, ou seja, se pode quebrar todo e qualquer senso de direitos individuais e sociais para que haja, enfim, a segurança, porém, deve-se questionar: segurança para todos?. A outra herança é a marca do racismo social e institucional estabelecido. Ainda hoje é possível ver, dentro do senso comum a prática desse discurso positivista, que a restauração da ordem vale qualquer atitude, minando assim qualquer tipo de chance de ser constituído um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Logo, percebe-se que o próprio sistema criminal, tal como foi estruturado, funciona como um meio de controle social, por parte do Estado, para conter a parcela negra da população, principalmente os jovens. Entretanto, em fazendo isso, essa Instituição contribuí para o chamado genocídio da comunidade não-branca, pois é a polícia, cujo contrato social firmado perante a sociedade, garante a mesma o poder do uso da força, acaba por utilizar tal liberdade para atentar contra a vida desses grupos,, afinal existe a autorização implícita ao Estado para matar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, criminologistas e juristas: Saber jurídico e nova escola no Brasil (1890-1930).** 1996. 306 p. Tese (Doutorado em sociologia)- Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.

_____. **O homem delinqüente e o social naturalizado: apontamentos para uma História da Criminologia no Brasil.** Teoria & Pesquisa, São Carlos, v. 47, p. 71-92, 2005

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A recepção do positivismo criminológico no Brasil: do controle da violência à violência do controle penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** São Paulo: Edusp, 2013.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Nacional de Juventude. **Índice de vulnerabilidade juvenil à violência 2017: desigualdade racial, municípios com mais de 100 mil habitantes.** São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017.

CARRINGTON, Kerry; HOGG, Russell; SOZZO, Maximo. Southern Criminology. **BRIT. J. CRIMINOL**, 56, 1–20, 2015.

CERQUEIRA, Daniel; COLEHO, Danilo Santa Cruz. **Democracia racial e homicídios de jovens negros na cidade partida.** Texto para discussão. Brasília, janeiro, 2017.

CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia.** 12^a. ed. São Paulo: Editora Ática, 1999. 440 p. v. único.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia.** Rio de Janeiro, Revan, 2004.

FANON, Frantz. **Pele negra máscaras brancas.** Bahia: Edfba, 2008.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** São Paulo: Edusp, 2013.

FERLA, Luis. **Feios, sujos e malvados sob medida.** A utopia médica do biodeterminismo. São Paulo: Alameda, 2009.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro.** 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade de Brasília, Brasília, 2006. disponível em: http://www.cddh.org.br/assets/docs/2006_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf. Acesso em 3 de outubro de 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: na história da violência das prisões**. 24 ed. Petrópolis, Vozes, 2001.

GOÉS, Luciano. A “**tradução**” de Lombroso na **Obra de Nina Rodrigues**. O racismo como base estruturante da Criminologia brasileira. Rio de Janeiro, Revan, 2016.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26^a. ed. 19^a reimpressão São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime**. 5 ed. São Paulo: editora Alfa-omega, 1986.

LIMA, Antônio José Tavares de. **Violência e cultura brasileira**. Disponível em: <<http://www.fat.edu.br/saberjuridico/publicacoes/edicao09/docentes/violencia-e-cultura-brasileira.pdf> >. Acesso em 30 de maio de 2019

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone, 2007

RATTON, José Luiz; DAUDELIN, Jean. Construction and Deconstruction of a Homicide Reduction Policy: The Case of Pact for Life in Pernambuco, Brazil. **International Journal of Criminology and Sociology**, v. 7, p. 173-183, 2018.

SINHORETTO, Jacqueline *et al.* Juventude e violência policial no município de São Paulo. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, v. 10, n. 1, p. 10-35, São Paulo, fev./mar., 2016.

_____. A filtragem racial na seleção policial dos suspeitos: segurança pública e relações raciais. *In*: BRASIL. **Segurança pública e direitos humanos: temas transversais**. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

SOARES, Luiz Eduardo; et. al. **Cabeça de porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

SOZZO, Maximo. Traduttore traditore. Traducción, importación cultural e história del presenta de la criminología en America Latina. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencial penal**, n. 13, p. 353-427, Argentina, 2003.

VARGAS, Joana Domingues. **Estupro: que justiça?** Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004

TONINI, Renato Neves. Arte perniciosa, a repressão aos capoeiras na República Velha. **Discursos Sediciosos, crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro, n. 17/18, p. 487-509, 2011.

ZACONE , Orlando .**Indignos de vida:** a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora revan, 2015. v. único

ZAFFARONI, E. R. **Criminología:** aproximación desde un margen. Bogotá: Editorial Temis, 2003.

_____. **Em busca das penas perdidas.** Deslegitimação e dogmática jurídico-penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991

ZACONE , Orlando .**Indignos de vida:** a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora revan, 2015. v. único

GT 5

DIREITOS HUMANOS: DIÁLOGOS TRANSVERSAIS

**DIREITO À SAÚDE E CÁRCERE: SITUAÇÃO DA MULHER
APENADA NO MARANHÃO**

*RIGHT TO HEALTH AND PRISION: SITUATION OF THE PRISONER
WOMAN IN MARANHÃO*

Renata Caroline Pereira Reis Mendes

Mestra pela UFMA. Especialista em Direito Público. Professora da Faculdade Estácio de São Luís. Advogada. E-mail: renatacpreis@hotmail.com

Viviane Freitas Perdigão Lima

Mestra pela UFMA. Especialista em Direito Público. Professora da Universidade Federal do Maranhão. Advogada. E-mail: viperdigao@gmail.com

Juana Caroline Carvalho Silva

Graduada em Direito. Instituto Florence de Ensino Superior. Advogada. E-mail: carvalho_carol@outlook.com

Resumo: O direito à saúde da mulher em situação de cárcere no Estado do Maranhão. O interesse na pesquisa surgiu em razão da leitura de artigos e notícias de mulheres que viveram situações reais em presídios femininos no Maranhão. Apresentou a origem e os aspectos gerais que fundaram o sistema prisional feminino. Abordou aspectos e garantias constitucionais das leis e documentos nacionais acerca da saúde da mulher em situação de privação de liberdade. Analisou políticas públicas de saúde realizadas, em específico, pelo sistema penitenciário maranhense. Utilizou uma pesquisa bibliográfica e documental, bem como uma abordagem qualitativa para o tratamento dos dados.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Saúde da Mulher; Políticas Públicas; Prisão.

Abstract: The right to health of women in need in Maranhão State. The interest in the research came from reading articles and news from women who live real situations in women's prisons in Maranhão. It presents the origin and general aspects that underlie the female prison system. Address constitutional aspects and guarantees of rights and

documents related to the health of women deprived of liberty. Analyze public health policies carried out, specifically, by the Maranhão penitentiary system. Use a bibliographic and documentary research as well as a qualitative approach to data processing.

Keywords: Fundamental rights; Women's Health; Public policy; Prison.

Sumário: Introdução. 1. Introdução. 2. Sistema prisional feminino: origem e aspectos gerais 3. A saúde da mulher, ações e serviços: uma abordagem constitucional e infraconstitucional 4. As políticas de saúde desenvolvidas no complexo penitenciário São Luís 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa teve por objetivo demonstrar se o Estado, em especial o do Maranhão por meio do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, atende a determinação da Lei de Execuções Penais e a Política Nacional de Atenção Integral às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade em consonância com o que prega a Pastoral Carcerária no que diz respeito ao direito à saúde da mulher em situação de privação de liberdade.

O interesse na pesquisa surgiu em razão da leitura de artigos, notícias e oitiva de relatos pessoais de mulheres que viveram situações reais em presídios femininos no Maranhão. Para a sua realização, utilizou-se, principalmente, da pesquisa bibliográfica e documental.

A saúde tem um conceito amplo e, portanto, não significa apenas o estado patológico do ser humano, abrangendo também o bem-estar. Trata-se de um direito fundamental previsto constitucionalmente e que é marcado pela universalidade, que significa que deve alcançar a todas as pessoas, inclusive aquelas que estão em cumprimento de pena. Do artigo 5º, inciso XLIX, da CF/88 extrai-se o comando de garantir às pessoas presas o devido respeito à integridade física e moral e que o encarceramento não é desculpa ou condição para que um indivíduo em conflito com a lei seja desassistido pelo Estado. Posto que, nessa situação, é responsabilidade do Poder Público resguardar a sua saúde e segurança.

As penitenciárias, segundo o art. 87 da Lei de Execuções Penais (BRASIL, 1984) são locais onde aqueles que são condenados em regime fechado são destinados para cumprir sua pena. No Brasil, até 1940 não havia regulamentação quanto ao encarceramento

feminino. Sendo assim, as mulheres eram encarceradas de acordo com suas condições físicas.

O Código Penal de 1940 determinou que presídios especiais para mulheres fossem construídos, fazendo com que estas cumprissem pena em estabelecimento específico ou adequado à particularidade do gênero. Somente em 1984, com o advento da Lei de Execuções Penais passou-se a assegurar às mulheres o direito de serem tratadas de forma igual a qualquer outro detento.

Destaca-se, entretanto, que quando criada a Lei de Execuções Penais não olhava para as particularidades da mulher presa. Afinal, até 2009 as mulheres eram atendidas por servidores do sexo masculino, proporcionando uma série de constrangimentos e abusos.

Com a alteração proporcionada pela Lei n. 12.121/2009 que o art. 83, §3º da Lei de Execuções Penais foi alterado. Assim, determinou-se a retirada de agentes penitenciários masculinos dos presídios voltados para o público feminino, o que deveria ser cumprido em 180 (cento e oitenta) dias.

Ao reconhecer-se a precariedade existente foram criadas portarias interministeriais preocupadas em prever e direcionar políticas públicas específicas para atender as particularidades desse público.

A Portaria nº 210, de 16 de janeiro de 2014, instituiu a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, que como objetivo logo em seu art. 1º, reformular as práticas do sistema prisional brasileiro, contribuindo para a garantia dos direitos das mulheres. A de nº. 01, de 2014 instituiu a Política Nacional De Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional. Enquanto que a de nº 1777/2003 aprovou o Plano Nacional de Saúde do Sistema Penitenciário com vistas a promover a atenção integral à saúde da população prisional (feminina e masculina), além daqueles mantidos em unidades psiquiátricas.

A relevância desta última se dá pelo fato de que atende ao princípio da universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência e a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie preconizada pela Lei nº. 8.080/1990.

A criação da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher, em 2004, trouxe uma série de princípios e diretrizes que visam implementar ações de saúde e garantia dos direitos humanos das mulheres, reduzindo a morbimortalidade que tem

origem em causas passíveis de previsão e que podem ser evitadas. Nessa perspectiva, o Conselho Nacional de Justiça elaborou a Cartilha da Mulher Presa.

Este documento determina que às presas devam ser garantidos os direitos e garantias fundamentais dispostos no art. 5º da Constituição Federal, pois embora presa, a mulher deve ser tratada como pessoa humana dotada de dignidade, o que inclui o recebimento de assistência material que não seja ponha em risco a sua saúde e integridade física ou moral.

É direito da Mulher Presa a assistência à saúde, respeitadas as peculiaridades da sua condição feminina e atenção básica à saúde, incluindo programas educativos de prevenção a doenças sexualmente transmissíveis (DSTs), bem como a manutenção da continuidade do tratamento de patologia anterior, com o uso de medicação ou acompanhamento médico.

Às mães, de acordo com o art. 5º, inciso L, da CRFB/88, é assegurado o direito permanecer com seus filhos no período de amamentação e, para as gestantes, o art. 14, § 2º e § 3º da LEP, garante o direito fundamental ao tratamento médico adequado, bem como acompanhamento pré-natal e pós-parto. Pela Lei nº. 7.210/84, que institui a Lei de Execuções Penais art. 83, § 2º e § 3º, o sistema prisional feminino será dotado de berçário, onde as apenadas poderão amamentar seus filhos até os 6 (seis) meses de idade.

Espaço este que deverá conter exclusivamente agentes do sexo feminino, segundo o art. 83, § 3º da Lei de Execuções Penais. A visita do cônjuge, companheiro, parente e amigos também é prevista (OLIVEIRA, 2017). Para Oliveira (2017), no contexto internacional, destacam-se as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, conhecidas como Regras de Bangkok.

De modo geral, nos últimos anos, segundo dados do INFOPEN-Mulheres (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016), houve um aumento considerável na população carcerária feminina. Esse crescimento foi de 656% de 2000 a 2016, atingindo o número de 42,3 mil mulheres encarceradas, colocando o Brasil no 4º lugar o ranking mundial. No Maranhão, a realidade carcerária feminina é bem recente.

Até 1924, segundo Bruna Angotti (2012) apenas 3 mulheres ocupavam o sistema penitenciário maranhense. Sousa (2014) relata a situação degradante do presídio feminino em Pedrinhas, onde homens e mulheres viviam juntos por conta da superlotação do pavilhão feminino.

Essa mistura gerava prostituição, de forma que para sanar este problema um muro de contenção com ferros foi construído. Somente em 2010 as presidiárias do Maranhão

foram alocadas em um presídio feminino propriamente dito (PEREIRA, 2015). Este fica dentro do complexo que abarca as unidades prisionais.

Em relação a efetividade das políticas públicas relacionadas a área da saúde no presídio feminino do complexo penitenciário São Luís, pouco se sabe. Das informações constantes, é sabido que a estrutura física do presídio não é das piores, até pelo fato de ser uma construção recente em relação a outras. Segundo Pereira (2015), o presídio feminino conta com berçário, porém a estrutura física do mesmo não é adequada.

Não há creches para os filhos das detentas que não tem com quem os deixar aqui fora. A estrutura para realização de pré-natal e pós-parto existe, mas os serviços médicos não. Pesquisas no site do Governo do Estado (MARANHÃO, 2017) atestam que em dezembro de 2017 a Unidade Móvel de Saúde, Carreta de Barretos, esteve reforçando as ações de combate ao câncer na Unidade de Ressocialização Feminina.

Esta atendeu em média 350 presas. Foram feitos ainda exames de Papa Nicolau e para detecção de câncer. Segundo fontes do Conselho Nacional de Justiça (2018), através do Cadastro Nacional de Presas Grávidas ou Lactantes, até fevereiro de 2018, haviam 5 (cinco) mulheres grávidas ou lactantes presas no sistema carcerário do Maranhão.

Já em Setembro de 2018, não havia mais nenhuma mulher grávida em situação de cárcere no Maranhão. A mesma pesquisa também informa que a maioria dos presídios visitados, como é o caso do Maranhão, estão inadequados fisicamente. No entanto, todos oferecem serviços de pré-natal, pós-parto e atendimento médico para as internas.

Pelo que se encontrou de materiais disponibilizados pela mídia em geral, pelos mecanismos de informação oficial do governo do Estado do Maranhão e de documentos fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, constatou-se que houve um avanço na busca pela melhoria e adequação do sistema penitenciário para que este atenda as determinações da Lei de Execução e aos ditames da Constituição Federal de 1988.

No entanto, ainda há muito mais a ser feito para que essa mulher seja vista e tratada de modo mais igualitário, digno e humano, principalmente em relação ao direito à saúde. O que poderia ser feito com a realização de parcerias e disponibilização de ações e serviços por parte da Secretaria Estadual de Saúde e da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária.

É necessário que se coloque em práticas as políticas públicas existentes para garantir o direito à saúde da mulher em situação de privação de liberdade, por parte da

Secretaria Estadual de Saúde e da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do estado em comento.

Saúde tem conceito amplo e, portanto não significa apenas o estado patológico do ser humano, abrangendo também o bem-estar. Trata-se de um direito fundamental previsto constitucionalmente e que é marcado pela universalidade. O que significa que deve alcançar a todas as pessoas, inclusive aquelas que estão em cumprimento de pena.

Reconhecendo-se essa determinação constitucional e tendo em vista o contato com trabalhos científicos e notícias que discutem a temática, bem como a oitiva de relatos pessoais de mulheres que já passaram pela experiência da reclusão no Estado do Maranhão associada a escassez da tratativa do tema no cotidiano social foi o que suscitou inquietação para a realização da pesquisa.

Diante dessa situação pretendeu-se responder ao seguinte questionamento: atendendo as garantias constitucionais e infraconstitucionais e as diversas discussões sobre o real tratamento da saúde da mulher apenada, o direito à saúde tem sido observado por meio da aplicação de políticas públicas de saúde no sistema prisional do maranhense?

Dessa forma, o presente estudo pretende analisar se o Estado, em especial o do Maranhão por meio do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, atende a determinação da Lei de Execuções Penais e a Política Nacional de Atenção Integral às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade em consonância com o que prega a Pastoral Carcerária no que diz respeito ao direito à saúde da mulher em situação de privação de liberdade.

De maneira específica, discorreu-se sobre a origem e os aspectos gerais do sistema prisional feminino, bem como se apresentou uma abordagem constitucional e infraconstitucional acerca da saúde da mulher. De modo que, posteriormente, analisou-se como se dá as políticas públicas de saúde voltadas para a mulher apenada e realizadas no sistema penitenciário maranhense.

Realizou-se uma pesquisa bibliográfica, a partir da reunião de autores que abordam a temática, e documental, baseando-se em documentos legais relacionados ao tema, a fim de abordar aspectos teóricos quanto à situação sanitária das mulheres em situação de privação de liberdade, com base em Leis, Planos e Portarias Interministeriais.

Como referencial para explicar e descrever a temática proposta também se explorou a Lei de Execuções Penais, a Constituição Federal, a Portaria Interministerial 1.777 e o Plano de Saúde de atenção integral às mulheres em situação de privação de liberdade.

Para o tratamento dos dados, utilizou-se de uma pesquisa qualitativa com vistas a permitir a sintetização do que ocorre dentro da penitenciária feminina, contrapondo-se com o que deve ser feito pelo Estado.

Para apresentar os resultados da pesquisa, esta foi dividida em 05 (cinco) capítulos. Esta introdução destinou-se a realizar uma apresentação geral do estudo. O segundo capítulo, por sua vez, abordou breves aspectos históricos sobre o sistema prisional, de maneira geral e especificadamente, sobre o sistema prisional feminino.

No terceiro capítulo, apresentou-se a ideia de saúde da mulher, fazendo uma abordagem à luz da Constituição Federal e Leis Infraconstitucionais. O quarto capítulo ocupou-se com a abordagem sobre as políticas públicas em relação à saúde da mulher apenas elaboradas pelo Estado, em especial como elas são aplicadas.

No último capítulo apresentam-se as considerações finais do estudo. Neste são traçadas reflexões e apresentadas às perspectivas para estudos futuros.

2. SISTEMA PRISIONAL FEMININO: ORIGENS E ASPECTOS GERAIS

As penitenciárias, segundo o art. 87 da Lei de Execuções Penais são locais onde aqueles que são condenados em regime fechado são destinados para cumprir sua pena.

Ao se fazer uma análise sobre o sistema carcerário feminino e os direitos inerentes às apenadas, é importante que se discorra, de antemão, sobre a história dessa sistemática. Afinal, sua origem remonta aos primeiros povos, quando surgiu a necessidade de sanção.

Para Mirabete (2004), essas sanções eram chamadas de castigo ou vingança penal, que tiveram fases, privada, divina e pública.

Segundo o mesmo, a fase da vingança privada, adotada pelos povos primitivos, foi a fase em que vigorou a lei de talião, onde a regra era “olho por olho e dente por dente”. Já a fase da vingança penal divina era exercida pelos sacerdotes e tinha cunho religioso, enquanto a vingança pública passa a ser exercida por uma autoridade que representava os interesses comuns.

A origem da pena privativa de liberdade se deu desde o início dos agrupamentos sociais, quando o homem já passou a enfrentar dificuldades com aqueles que causavam problemas à coletividade. De forma que se decidiu que mantê-los presos era o melhor caminho para garantir a ordem (MIRABETE 2004).

Segundo Werner Engruch e Bruno Morais di Santis, o início da história do encarceramento se dá no final do século XVIII e começo do século XIX. Época em que o cárcere passou a ser, de fato, uma punição. Seu parâmetro foi o pensamento iluminista e a humanização da pena.

As primeiras penitenciárias surgem com a sociedade disciplinar, quando o Estado tomou para si o direito de punição (FOUCAULT, 1987). A partir daí, diante da influência de grandes nomes como Beccaria e Locke, a pena adquiriu um sentido mais técnico diretamente relacionado à ideia de sanção pela violação da lei e do pacto social.

Para Foucault (1987), com a ascensão do encarceramento, a pena deixou de ser aquela que pune o corpo e passa a revestir-se de punição para a alma. O objetivo da privação de liberdade, não tinha mais o sentido de machucar o corpo como as torturas, e sim de fazer refletir.

Por diversos fatores como o pequeno percentual de mulheres infratoras e finalidade diversa de pena, inicialmente o cárcere era destinado aos homens, pois as mulheres que cometiam crimes eram consideradas loucas, pois para a sociedade o papel da mulher era o de dona do lar.

A situação do cárcere feminino foi um dos temas a ser tratado em diversos países entre o século XIX e o século XX. O contexto histórico mundial, de embates suscitados pelas próprias mulheres, influenciou para se pensasse se era adequado que a mulher ficasse presa no mesmo lugar que homens.

Segundo Soares e Ilgenfritz (2002), o sistema prisional brasileiro começou a se reformular a partir da Constituição de 1824, com a reforma penitenciária. O ponto de partida dessa reestruturação e responsável pelo avanço no sistema carcerário feminino no Brasil foi o relatório feito pelo penitenciarista Lemos de Brito.

Um dos principais avanços consignados foi a determinação de que as prisões fossem “seguras, limpas e bem arejadas havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme a circunstâncias, e natureza dos seus crimes” (SOARES et al, 2002)

Entre 1830 e 1841, no que diz respeito aos debates sobre as prisões no Brasil, mais progressos ocorreram. Afinal, este foi o período em que se pensou em trabalho na prisão, manicômios judiciais e encarceramento dos estrangeiros.

É válido ressaltar que nessa época as situações problemáticas proporcionadas pela superlotação, pela falta de higiene e de assistência material já se faziam presentes.

De modo que, desde então, tais questões marcam a história do sistema penal brasileiro, revelando que a situação precária de hoje é reflexo de uma construção histórica.

De encontro ao que acontecia antes, a partir do século XX passou-se a ter no país um controle mais preciso dos diferentes grupos de pessoas que adentravam o sistema carcerário. Como reflexo disso, surgiram as prisões específicas para menores, loucos e para as mulheres.

Segundo Basileu Garcia (1941), o sistema prisional feminino no Brasil não teve como pretexto o número de mulheres a serem encarceradas, mas sim a necessidade de um local adequado, já que as mulheres viviam presas nos mesmos lugares que os homens, em celas improvisadas.

O Código Penal de 1940 veio a determinar que presídios especiais para mulheres fossem construídos, fazendo com que estas cumprissem pena em estabelecimento específico ou adequado à particularidade do gênero.

Vale ressaltar que, por conta da construção social de que a mulher seria aquela dona do lar, os primeiros presídios femininos tinham grande influência da igreja, com intuito de transformar as detentas no modelo de mulher, construído pela sociedade (ANGOTTI, 2012).

Com o passar e a evolução dos tempos, o sistema prisional hoje tem como principal objetivo aquele disposto no art. 1º da Lei de Execuções Penais (BRASIL, 1984):

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Esse objetivo atual se deu a partir de novas ideias e prismas mais sociais, construídos ao longo do tempo, construindo esse viés social e humanitário que temos hoje inserido na finalidade do sistema prisional.

3. AÇÕES E SERVIÇOS EM SAÚDE: DETERMINAÇÕES CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS

Como demonstrado alhures, historicamente, as prisões femininas tiveram sua gênese uma estreita relação com a religião. De modo que questões reprováveis socialmente, como por exemplo, o adultério conduziam estas ao cárcere.

No Brasil, até 1940 não havia regulamentação quanto ao encarceramento feminino. Sendo assim, as mulheres eram encarceradas de acordo com suas condições físicas.

Somente em 1984, com o advento da Lei de Execuções Penais passou a ser assegurado às mulheres o direito de serem tratadas de forma igual à qualquer outro detento.

É cediço que a pena de privação de liberdade é relacionada ao processo de ressocialização do indivíduo apenado. Esse processo tem ligação direta com o que o apenado vive dentro dos muros do cárcere e, conseqüentemente, com a atuação do Estado nesse sistema.

Daí a ligação estabelecida entre as políticas públicas aplicadas com o intuito de atingir a finalidade de ressocialização. Tais políticas abrangem, dentre outros aspectos, ações e serviços de saúde.

Do texto da Constituição Federal, artigo 196, constata-se facilmente que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Dessa forma, os entes públicos devem assegurar, por meio de políticas públicas, o acesso universal e igualitário a todos das condições sanitárias mínimas que proporcionem uma vida digna.

Do artigo 5º, da CF/88 extrai-se que a recomendação de tratamento igualitário, na forma da lei, sendo vedada toda e qualquer forma de discriminação. Nesse sentido, o inciso XLIX, do mesmo dispositivo elucida o comando de garantir às pessoas presas o devido respeito à integridade física e moral.

O que significa que, o encarceramento não é desculpa ou condição para que um indivíduo em conflito com a lei seja desassistido pelo Estado. Posto que, nessa situação, é responsabilidade do Poder Público resguardar a sua saúde e segurança.

A Lei nº 8.080/80, que estabelece o Sistema Único de Saúde (SUS) faz remissão expressa à ideia principiológica de que a saúde é um direito de todos. Entretanto, nota-se que a aplicação dessa garantia universal deixa muito a desejar no que diz respeito à população carcerária, sobretudo a feminina.

Ao reconhecer tal precariedade, foram criadas portarias interministeriais preocupadas em prever e direcionar políticas públicas específicas para atender as particularidades desse público.

A Portaria de nº 210, de 16 de janeiro de 2014, instituiu a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, que como objetivo logo em seu art. 1º, reformular as práticas do sistema prisional brasileiro, contribuindo para a garantia dos direitos das mulheres.

A de nº. 01, de 2014, por sua vez, instituiu a Política Nacional De Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional. Enquanto que a de nº

1777/2003 aprovou o Plano Nacional de Saúde do Sistema Penitenciário com vistas a promover a atenção integral à saúde da população prisional (feminina e masculina), além daqueles mantidos em unidades psiquiátricas.

Para atender a determinação da Lei nº. 8.080/1990, que traz como princípio a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência e a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, a Portaria Interministerial nº 1.777/2003, é relevante, pois veio para confirmar tais princípios para as pessoas em situação de privação de liberdade.

Ademais, em 2004 foi criada a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher, com uma série de princípios e diretrizes que visam implementar ações de saúde e garantia dos direitos humanos das mulheres, reduzindo a morbimortalidade que tem origem em causas passíveis de previsão e que podem ser evitadas.

Nessa perspectiva, o Conselho Nacional de Justiça elaborou a Cartilha da Mulher Presa. Este documento determina que às presas devam ser garantidos os direitos e garantias fundamentais dispostos no art. 5º da Constituição Federal, pois embora presa, a mulher deve ser tratada como pessoa humana dotada de dignidade.

Logo, vê-se uma preocupação (pelo menos formal) do governo brasileiro em fazer com que as encarceradas sejam tratadas de forma digna, sem sofrer violência moral e não sendo submetidas à tortura nem a tratamento desumano ou cruel. Ideais estes confirmados pela Cartilha da Mulher Presa do Conselho Nacional de Justiça.

Também está disposto na mesma cartilha que é direito da mulher presa a assistência material, ou seja, o recebimento de roupas adequadas, material de higiene e limpeza, além de produtos de uso pessoal, suficientes para que não seja posta em risco a sua saúde e integridade física ou moral.

Também é direito da Mulher Presa à assistência à saúde, respeitadas as peculiaridades da sua condição feminina e atenção básica à saúde, incluindo programas educativos de prevenção a doenças sexualmente transmissíveis (DSTs).

Outrossim, se a detenta já é submetida, antes da prisão, ao uso de medicação ou acompanhamento médico é direito da mesma a manutenção da continuidade do seu tratamento.

Às mães, de acordo com o art. 5º, inciso L da CRFB/88, é assegurado o direito de possuírem condições dignas para que permaneçam com seus filhos no período de amamentação. Já para as gestantes, o art. 14, inciso “I”, da LEP garante a elas o direito

fundamental ao tratamento médico adequado, bem como acompanhamento pré-natal e pós-parto.

A Lei nº. 7.210/84, que institui a Lei de Execuções Penais, dispõe em seu art. 83, § 2º e § 3º que o sistema prisional feminino será dotado de berçário, onde as apenadas poderão amamentar seus filhos até os 6 (seis) meses de idade. Espaço este que deverá conter exclusivamente agentes do sexo feminino.

A LEP dispõe em seu art. 10 que é dever do Estado prestar assistência ao preso (a), bem como também em seu art. 11, incisos I e II, que essa assistência também está relacionada à assistência material e à saúde.

Sabe-se que o conceito de saúde é amplo e, portanto, abarca diversas situações, como por exemplo a moradia. Nesse viés, a Lei de Execuções Penais, em seu art. 88, parágrafo único (BRASIL, 1984), também diz que:

O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único – São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6 m² (seis metros quadrados).

Para Fábio Silva de Oliveira (2017), no contexto internacional, destacam-se as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, conhecidas como Regras de Bangkok. Seu objetivo é de considerar as necessidades diversas das detentas, regulando questões como cuidados com as gestantes e lactantes, a higiene pessoal, prevenção de DST's, atendimento médico apropriado, etc.

As regras de Bangkok, também estabelecem que a mulher que se encontra submetida ao cárcere, deve ser alocada onde há oferecimento de materiais adequados às necessidades específicas da mulher.

Trata ainda do direito à permissão para tomar providências quanto a seus filhos e se, for o caso, a suspensão da pena privativa de liberdade para atender os interesses do menor.

Um ponto muito interessante regras de Bangkok a ser abordado sobre essa tratativa diz respeito aos exames de entrada dos quais as novas detentas precisam se submeter.

Sua finalidade justifica-se pela iniciativa que sejam realizados tratamentos em caso de patologias identificadas nessa fase de ingresso. A visita do cônjuge, companheiro, parente e amigos possui previsão (OLIVEIRA, 2017).

Em análise do artigo Além das grades: Uma leitura do sistema prisional feminino no Brasil de Fernanda Cunha, torna-se inegável que, diante da situação de privação de liberdade, o emocional das apenadas acaba por ser atingido e, conseqüentemente, é também um aspecto da ideia de saúde a ser ponderada.

4. AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE DA MULHER DESENVOLVIDAS NO PRESÍDIO FEMININO DO COMPLEXO PENITENCIÁRIO SÃO LUÍS

Vidal Serrano Nunes Júnior e Luiz Alberto David Araújo (2006), na obra Curso de Direito Constitucional nos ensinam que

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).

A dignidade da pessoa humana é um princípio de valor moral do ser humano, que também, no contexto deste trabalho, não permite que as mulheres encarceradas sejam submetidas a tratamentos indevidos e sub-humanos. O direito à igualdade elencado no art. 5º da CRFB/88 traduz a ideia de que o direito é para todos, inclusive às encarceradas.

Diante do conceito de direitos fundamentais, devemos enxergar que os direitos relacionados à mulher apenada, assim como outros, não devem ser desprezados. Merecem atenção por parte do poder público, por se tratarem de direitos básicos previstos na nossa lei maior, baseados em princípios de direitos humanos.

O Plano Nacional de Saúde do Sistema Prisional, instituído pela Portaria 1.777, de 2003, veio como mais um mecanismo regulamentador que visa garantir a efetivação dos direitos relacionados à saúde da população carcerária.

Dois princípios do Plano Nacional de Saúde do Sistema Prisional chamam bastante atenção. São eles: princípios dos Direitos Humanos e da Equidade. No que tange aos princípios dos direitos humanos destaca-se que estes apresentam um ideal comum:

Ser atingido por todos os povos e todas as nações. Referencial constante de homens e mulheres que buscam uma vida em comum mais humana, com dignidade, sem discriminação, sem violência e sem privações (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014, grifo nosso).

Portanto, estes estão em acordo com os direitos fundamentais e os princípios constitucionais já apresentados nessa pesquisa. Já que, assegurando-se os direitos humanos é possível que se alcance uma vida mais digna.

O princípio da Equidade, por seu turno, traduz a ideia de “Virtude de reconhecer as diferenças e os direitos de cada um” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014). Afinal, a mulher presa sofre mais discriminação que o homem.

É possível visualizar essa questão, nos registros de visitas íntimas das mulheres em situação de privação de liberdade. Estas apresentam um número significativamente menor que o do homem apenado.

Quando criada a Lei de Execuções Penais não olhava para as particularidades da mulher presa. Afinal, até 2009 as mulheres eram atendidas por servidores do sexo masculino, proporcionando uma série de constrangimentos e abusos.

Com a alteração proporcionada pela Lei n. 12.121/2009, o art. 83, §3º da Lei de Execuções Penais foi alterado. Assim, determinou-se a retirada de agentes penitenciários masculinos dos presídios voltados para o público feminino. O que deveria ser cumprido em 180 (cento e oitenta) dias.

Ocorre que nem sempre acontece assim. Nos presídios mistos é comum a entrada de agentes do sexo oposto nos locais onde as detentas se encontram. De modo a violar a determinação legal.

A mulher que pratica um delito já sofre repulsa pelo fato de que isso é uma espécie de rompimento dos papéis sociais designados para mulheres. Estas ainda são vistas na maioria das vezes como dona do lar, esposa e mãe.

De acordo com Lemgruber (1980) o entendimento freudiano considera que “o crime feminino representaria uma rebelião contra o natural papel biológico da mulher”, representando um complexo de masculinidade. Esse também é um dos fatores que influenciam na segregação da mulher dentro dos complexos penitenciários.

A mulher, por sua própria natureza é condicionada a tratamento diverso daquele que é prestado ao homem. Não no bom sentido. Dentro e fora das grades é submetida a

viver em condições desiguais e degradantes, sobretudo dentro do sistema prisional, por negligência do poder público.

No Maranhão, a realidade carcerária feminina é bem recente. Até 1924 segundo Bruna Angotti (2012) apenas 3 mulheres ocupavam o sistema penitenciário Maranhense.

Diante da diferença gritante entre a população carcerária feminina e a masculina, as mulheres encarceradas acabaram que de alguma forma ficando sem vez.

De modo geral, nos últimos anos, segundo dados do INFOPEN-MULHERES, houve um aumento considerável na população carcerária feminina. Esse crescimento foi de 567,4% de 2000 a 2014, atingindo o número de 37.380 mulheres encarceradas, colocando o Brasil no 5º lugar o ranking mundial.

Também de acordo com o INFOPEN-MULHERES, através de um relatório do Departamento Penitenciário Nacional do ano de 2014, 7% das penitenciárias são exclusivas para mulheres e 17% são divididas entre homens e mulheres.

O livro *Prisioneiras – Vida e violência atrás das grades*, de Soares e Silva, foi escrito a partir de análises em cárceres do Estado do Rio de Janeiro e de entrevistas com as detentas.

Partindo do princípio da dignidade humana, o resultado da pesquisa das autoras revelou uma série de condições mais degradantes do que imaginavam encontrar. Um fato que chamou atenção foi a situação dos bebês que nasciam dentro da penitenciária e acabaram por virar prisioneiros por tabela.

Vale ressaltar, que também partindo do princípio da dignidade da pessoa humana, os bebês merecem tratamento digno, principalmente nos primeiros meses de vida. Sendo, assim, o leite materno imprescindível para a sua alimentação, desenvolvimento e fortalecimento da imunidade.

A integridade mental das detentas também é abarcada pelo amplo conceito de saúde e por este motivo tem seu espaço de imensa importância. Como nos ensina Mirabete (2004), quando alguém está privado de sua liberdade, alguns direitos ficam suspensos, mas o direito à condição humana não.

Em face disso, por força dos arts. 5º, inciso XLIX da CRFB/88, 38 do Código Penal Brasileiro e 3º da Lei de Execuções Penais, as autoridades responsáveis pelas presas devem respeito à sua integridade física, moral e psíquica.

Ana Silveira Rodrigues de Sousa (2014) relata em sua obra a situação degradante do presídio feminino em Pedrinhas, onde homens e mulheres viviam juntos por conta da superlotação do pavilhão feminino.

Essa mistura gerava prostituição, de forma que para sanar este problema um muro de contenção com ferros foi construído. Desrespeitando a Lei de Execuções Penais e os direitos fundamentais daquelas mulheres.

Somente em 2010 as presidiárias do Maranhão foram alocadas em um presídio feminino propriamente dito. Este fica dentro do complexo que abarca as unidades prisionais.

Em relação a efetividade da políticas públicas relacionadas a área da saúde no presídio feminino do complexo penitenciário São Luís, pouco se sabe. Das informações constantes, é sabido que a estrutura física do presídio não é das piores, até pelo fato de ser uma construção recente em relação a outras.

Segundo informações extraídas do trabalho de conclusão de curso de Alysson Ramos Pereira, o presídio feminino conta com berçário, porém a estrutura física do mesmo não é adequada. Não há creches para os filhos da detentas que não tem com quem os deixar aqui fora. A estrutura para realização de pré-natal e pós-parto existe, mas os serviços médicos não. O que mais uma vez viola direitos.

Pesquisas no site do Governo do Estado atestam que em dezembro de 2017 a Unidade Móvel de Saúde, Carreta de Barretos, esteve reforçando as ações de combate ao câncer na Unidade de Ressocialização Feminina. Esta atendeu em média 350 presas. Foram feitos ainda exames de Papa Nicolau e para detecção de câncer.

Segundo o Secretário Estadual de Saúde, Carlos Lula (MARANHÃO, 2017),

As políticas públicas de saúde devem ser acessadas por toda população e isto inclui as mulheres que estão cumprindo algum tipo de pena. Dar a possibilidade de exercer a cidadania é um passo para a ressocialização delas também. (Agência de Notícias Governo do Maranhão)

Segundo fontes do Conselho Nacional de Justiça, através do Cadastro Nacional de Presas Grávidas ou Lactantes, em fevereiro de 2018, haviam 5 (cinco) mulheres grávidas ou lactantes presas no sistema carcerário do Maranhão.

A mesma pesquisa também informa que a maioria dos presídios visitados, como é o caso do Maranhão, estão inadequados fisicamente. No entanto, todos oferecem serviços de pré-natal, pós-parto e atendimento médico para as internas.

Em pesquisa na internet e jornais, pouco se pode conhecer das políticas públicas voltadas à saúde da mulher no sistema penitenciário do Maranhão. Acredita-se que isso também seja herança daquilo da segregação da mulher apenas por conta de uma construção social que dita o que é ser mulher.

É necessário ponderar que este trabalho inicialmente pretendia utilizar-se da pesquisa de campo, com a visita ao presídio feminino. Ocorre que diante da enorme burocracia para entrada nas unidades prisionais do Complexo Penitenciário São Luís, já que se formulou solicitação de entrada e não se teve retorno a tempo, esta não foi possível.

Pelo que se encontrou de materiais disponibilizados pela mídia em geral, pelos mecanismos de informação oficial do governo do Estado do Maranhão e de documentos fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, constatou-se que houve um avanço na busca pela melhoria e adequação do sistema penitenciário para que este atenda as determinações da Lei de Execução e aos ditames da Constituição Federal de 1988.

No entanto, ainda há muito mais a ser feito para que essa mulher seja vista e tratada de modo mais igualitário, digno e humano, principalmente em relação ao direito à saúde. O que poderia ser feito com a realização de parcerias e disponibilização de ações e serviços por parte da Secretaria Estadual de Saúde e da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos objetivos delineados no presente trabalho, observa-se a quebra do pacto social, por parte do Estado, quando por algum motivo usurpa o direito das mulheres em situação de privação de liberdade.

A saúde é garantia expressa em nossa carta magna, inerente a todos, independente de sua condição de liberdade. É meio direto para a efetivação de um dos maiores princípios do nosso ordenamento jurídico, o da dignidade da pessoa humana.

A história do sistema carcerário feminino aponta grandes lutas que as mulheres tiveram de travar, para que a construção social machista não afetasse seus direitos e para quebrar preconceitos. As lutas a serem travadas ainda são inúmeras, visto que direitos continuam sendo suprimidos.

A mulher não pode sofrer preconceito em relação ao homem, mas é inegável que tem suas características singulares, principalmente quando se trata de saúde. Por isso

temos várias legislações que direcionam a atuação da saúde dentro do sistema carcerário. Não se trata de diferença entre homem e mulher, e sim de especificidades que as mulheres têm em relação aos homens, assim como o contrário.

Demonstra-se então que atuação do Estado no sentido de fazer valer os direitos fundamentais da mulher presa, deve ser mais concisa, de forma a cumprir seu papel, implantando creches, oferecendo serviço de saúde de qualidade e condições físicas no presídio para a execução de exames específicos para as mulheres contra DST's, bem como pré-natal e pós-parto.

É imprescindível que o Estado volte mais os olhos para as mulheres em situação de privação de liberdade e desenvolva mais políticas públicas nesse sentido, especificadas para a população carcerária no geral, se preocupando com outras necessidades como acompanhamento ginecológico, fornecimento de absorventes e outros materiais de assistência, bem como até mesmo remédios para cólicas.

Existem várias normas que tem como objetivo, assegurar à mulher apenas seus direitos. Ocorre que muitas dessas normas não se concretizam, suprimindo o direito à saúde e à dignidade da pessoa humana das mulheres presas.

No Maranhão, diante das poucas informações existentes, vemos que é garantido o direito à saúde, porém de forma pífia, não sendo as normas aplicadas em sua integralidade e da maneira correta.

Concluimos então que a mulher não deve ser tratada diferente do homem no que diz respeito a garantia de direitos. No entanto possui necessidade de atenção especial por suas condições e características específicas, como a vulnerabilidade e, portanto, merece tratamento especial no que diz respeito à saúde.

É necessário que se coloque em práticas as políticas públicas existentes, para garantir o direito à saúde da mulher em situação de privação de liberdade, por parte da Secretaria Estadual de Saúde e da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária.

REFERÊNCIAS

Agência de Notícias do Estado do Maranhão. Unidade Prisional de Ressocialização Feminina recebe ações de combate ao câncer. Disponível em: <<http://www.ma.gov.br/agenciadenoticias/noticias/unidade-prisional-de-ressocializacao-feminina-recebe-acoes-de-combate-ao-cancer>>. Acesso em: 21. Out. 2018

ANGOTTI, Bruna. Entre as Leis da Ciência, do Estado e de Deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2012.

BRASIL. Constituição da república federativa do brasil. Brasília. (DF): Senado Federal. 1988.

_____. Cartilha da Mulher presa. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/comecar-de-novo/publicacoes/cartilha_da_mulher_presa_1_portugues_4.pdf>. Acesso: 19 Jan. 2018.

_____. Lei n. 8.080/1990. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 05 set. 2018.

_____. Lei de Execuções Penais (Lei 7.210, de 11 de Julho de 1984). Diário Oficial da União. Brasília, DF, 13 de Jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Política nacional de atenção integral à saúde das pessoas privadas de liberdade. Ministério da Saúde. Ministério da Justiça. 2013. Disponível em: <<http://www.sgas.saude.ms.gov.br/wp-content/uploads/sites/105/2016/06/Cartilha-PNAISP.pdf>>. Acesso em: 16/01/2018.

_____. Portaria interministerial N° 1777/2003. Ministro de Estado da Saúde e o Ministro de Estado da Justiça. Disponível em: <<http://www.crpsp.org.br/sistemaprisional/leis/2003Portaria1777.pdf>>. Acesso: 20 Out. 2018.

_____. Política nacional de atenção integral à saúde da mulher. Ministério da Saúde. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nac_atencao_mulher.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018.

_____. Portaria 210/2014. Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/oabportaria.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2018.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. São Paulo. 1951.

LEMGRUBER, Julita: “Criminalidade feminina”, Revista OAB – RJ, vol. 6, n. 13. Rio de Janeiro: maio-agosto/1980, p. 30.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. INFOPEN-MULHERES. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Disponível em:<<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/>>

sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf> Acesso em: 05 set. 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrine. Manual de Direito Penal: parte geral 1º a 120 do CP. 21 ed. Ver. E atual. Até 31 de Dezembro de 2003. São Paulo: Atlas, 2004.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; ARAÚJO, Luiz Alberto David. Curso de Direito Constitucional. 2006.

OLIVEIRA, Fábio Silva de. REGRAS DE BANGKOK E ENCARCERAMENTO FEMININO. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/regras-de-bangkok-encarceramento/>>. Acesso em 16 nov. 2018.

PEREIRA, Alysso Ramos. Sistema penitenciário feminino: condições carcerárias e efetivação dos direitos fundamentais no presídio feminino de são luís-ma. 2017. Disponível em: <<https://monografias.ufma.br/jspui/bitstream/123456789/1081/1/AlyssonPereira.pdf>>. Acesso em 16 nov. 2018.

Werner Engbruch e Bruno Moraes di Santis. A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=145. Acesso em 18/ nov. 2018.

MATERNIDADES EM DISPUTA NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

MOTHERHOOD IN DISPUTE AT BAIL HEARINGS

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Professora Associada de Direito Penal da USP. E-mail: mariangela@usp.br

Luisa Mozetic Plastino

Graduanda em Direito pela USP.

Aluna do Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM.

E-mail: luisa.mozetic@gmail.com

Resumo: O presente trabalho buscou desenvolver uma análise acerca dos discursos e práticas mobilizados pelos juízes em audiências de custódia, nos casos envolvendo mulheres grávidas e mães presas em flagrante delito. No âmbito do sistema de justiça criminal, a audiência de custódia constitui um espaço privilegiado, na medida em que propicia o primeiro contato pessoal entre o juiz e o preso, como estipulado pela Convenção Americana de Direitos Humanos e pela Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça. Em razão dessa característica, aspectos inerentes à vida privada da pessoa presa, tais como: realização de trabalho lícito, comprovação de residência fixa, estrutura familiar, etc., também são examinados. Com relação às mulheres presas, o exercício da maternidade é elemento que adquire visibilidade e é igualmente articulado pelos magistrados em conjunto com outros marcadores sociais. O universo da investigação é composto por 44 casos de mulheres grávidas, e/ou mães de filhos menores de 12 anos que foram presas em flagrante no interior de São Paulo, entre dezembro de 2016 e dezembro de 2018. O acompanhamento das audiências foi resultado do trabalho realizado em Itapeverica da Serra (SP), em uma parceria com o Instituto Pro Bono e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Partindo da análise documental e da metodologia da teorização fundamentada nos dados, a pesquisa buscou categorizar os discursos judiciais e identificar os sentidos atribuídos às mulheres acusadas e às maternidades por elas exercidas. Dentre os achados da pesquisa, identificaram-se duas linhas argumentativas que fundamentaram a concessão da liberdade provisória e da prisão domiciliar, e quatro linhas que subsidiaram

a denegação dos direitos sociais à maternidade e à primeira infância. Observou-se ainda a adoção de práticas punitivas diversas da prisão, como a solicitação de intervenção do Conselho Tutelar. Finalmente, a partir do conceito de “hierarquias reprodutivas” buscou-se explicitar criticamente os modos pelos quais determinados modelos de maternidade são descartados como possíveis e legítimos pelos juízes, e quais elementos se articulam nesta categorização

Palavras-chave: Audiência de Custódia; Maternidade; Direitos sexuais e reprodutivos; Marco Legal da Primeira Infância.

Abstract: This research aims to develop an analysis of the discourses and practices mobilized by judges at bail hearings in cases involving pregnant women and mothers in pretrial detention. Under the criminal justice system, bail hearings constitutes a privileged space, as it represents the first in in-person contact between the judge and the suspect, as stipulated by the American Convention on Human Rights and by Resolution 213/2015 from the National Council of Justice. Because of this close-contact characteristic, judges also examine aspects from the detainee’s private life, such as licit work, residence, family structure, race, gender, etc. With respect to women, motherhood is an element that is particularly noticeable to judicial actors. Therefore, judges also articulate the different attributes that maternity can relate to – such as race, class, drug use, lack of established residence, criminal record, etc. The research is composed of 44 cases of pregnant women and/or mothers of children under 12 years old who were arrested in the São Paulo State between December 2016 and December 2018. The access to this data is possible due to the work carried out in Itapeverica da Serra in partnership with the Pro Bono Institute and the Public Defender’s Office of the State of São Paulo. Moreover, these decisions were also subject to qualitative analysis, and a databased theorization procedure was adopted. Among the results, four judicial argumentation lines were identified to deny the application of Legal Framework for Early Childhood for women in prison, and 02 judicial argumentation lines were identified to justify temporary release. Besides imprisonment, it was observed requests for Guardianship Council intervention and compulsory care referral. In conclusion, the initial hypothesis is confirmed regarding hierarchization and criminalization of certain mothering models, and difficulties to access justice and sexual and reproductive rights.

Keywords: Bail Hearing; Maternity; Sexual and reproductive rights; Legal Framework for Early Childhood.

Sumário: Introdução. 1. Audiência de Custódia: histórico e regulamentação. 1.1. O Projeto Audiência de Custódia do Instituto Pro Bono. 1.2. Marcos normativos de proteção das mulheres privadas de liberdade. 2. Resultados quantitativos do atendimento nas audiências de custódia. 2.1 A raça e a classe. 2.2 O exercício da maternidade. 2.3 O uso problemático de drogas. 2.4 Dados da prisão. 3. Análise qualitativa dos discursos judiciais. 3.1 Discursos em prol da liberdade provisória. 3.2. Discursos em prol da prisão preventiva. 3.3 Respostas punitivas diversas da prisão. 4. Hierarquias reprodutivas e as possibilidades de exercício dos direitos sexuais e reprodutivos. 5. Conclusões.

INTRODUÇÃO

“Afirmou que sai aos finais de semana, ingere bebida alcoólica e consome cocaína, de modo que para tais atividades tem condições de deixar os filhos sob os cuidados de terceiros”. Essa passagem integra o termo de audiência de custódia de C*, uma mulher acusada de tráfico de drogas por portar cerca de 6g de cocaína, da qual disse ser usuária. A substância foi encontrada por agentes policiais em revista pessoal. C* é dona de casa, mãe de dois filhos e vive em um bairro de periferia no interior de São Paulo. A decisão da audiência foi a prisão preventiva.

O caso apresentado foi acessado durante o trabalho em parceria com o Instituto Pro Bono (IPB) no Projeto Audiência de Custódia¹, responsável pela realização de 80 atendimentos de mulheres presas em flagrante no interior do estado de São Paulo no período de dezembro de 2016 e dezembro de 2018. A implementação da audiência de custódia é fato relativamente recente na história do direito brasileiro², e constitui instrumento privilegiado por propiciar o encontro entre a autoridade judicial e o preso, logo após a sua prisão.

¹ Gostaríamos de agradecer nominalmente à equipe do Instituto Pro Bono, Marcos Roberto Fuchs, Rebecca Groterhorst, Nádia de Matos Barros, Surrailly Fernandes Youssef, Octavio Azevedo e Alexandre Jr. pelo apoio imprescindível para realização desse trabalho.

² As audiências de custódia foram implementadas em 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça, via Resolução n°213.

Nesse encontro, como ilustra a decisão de C*, elementos da vida pessoal das pessoas presas, como raça, classe, sexualidade, e maternidade, bem como vulnerabilidades sociais, tais quais doenças, uso de drogas e antecedentes criminais, são colocados sob o escrutínio dos atores do sistema de justiça (defensores, promotores e juízes). E, posteriormente, mobilizados a partir de categorias como “periculosidade concreta” e “condições pessoais favoráveis/desfavoráveis”, para fundamentar a escolha pela liberdade provisória ou pela prisão preventiva.

A própria Resolução nº213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que regulamenta a implementação das audiências de custódia, prevê que o juiz deve estar atento e deve questionar a pessoa presa a respeito de circunstâncias pessoais. Da interpretação desse dispositivo depreende-se que os elementos pessoais devem ser articulados para análise da concessão da liberdade provisória, ou para o encaminhamento assistencial. O Protocolo I da mesma Resolução ressalta ainda a necessidade de individuação e respeito às trajetórias individuais para aplicação de medidas cautelares diversas da prisão em consonância com o princípio da presunção de inocência.

A despeito das recomendações normativas do CNJ, o que se observa na prática é a utilização das perguntas iniciais de esclarecimento como uma etapa meramente protocolar ou então como forma de intimidação e avaliação moral dos modos de vida da pessoa presa. Assim, ao contrário do que prevê a Resolução nº213/2015, as características pessoais, muitas vezes, operam a invisibilização da violação de direitos, ocorrência de maus tratos e tortura para reforçar o imaginário social do sujeito criminoso(a). A história de C* foi escolhida para abrir o artigo, pois, de alguma forma, é um retrato dessa operação discursiva, revestida de teor jurídico, que molda e adequa características pessoais e vulnerabilidades sociais a um tipo ideal de pessoa perigosa cujo destino necessário para preservação da ordem pública é a prisão.

Nesse sentido, no que tange às mulheres presas em flagrante, elementos específicos das relações de gênero – como as categorias mãe, esposa e criminosa – são colocados em disputa pelo atores do sistema de justiça. Para o magistrado citado acima, por exemplo, o fato da acusada ter admitido ser usuária de drogas e ainda deixar os filhos sob cuidados de outras pessoas para realizar atividades de lazer é característica que desqualifica o exercício da maternidade, ou pelo menos aquilo que seria esperado dessa atribuição social. Tal desqualificação foi considerada, então, apta para afastar no caso concreto a aplicação do Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº13.257/06), que alterou o art. 318 do Código

de Processo Penal (CPP) para priorizar a manutenção dos vínculos maternos e garantir o direito à substituição da prisão preventiva em domiciliar.

A partir de fevereiro de 2017³, com a concessão do *Habeas Corpus* coletivo nº143.641 pelo Supremo Tribunal Federal (HC Coletivo), a discussão a respeito do direito social à maternidade das presas provisórias e da efetividade do Marco Legal da Primeira Infância foi impulsionada, refletindo-se na atuação prática dos advogados de defesa e na formulação de decisões judiciais. A partir desse marco decisório, e da experiência de trabalho com IPB foi possível empreender um olhar crítico a respeito das distâncias entre o direito escrito e o direito aplicado na prática, especialmente quanto aos discursos empreendidos pelos atores do sistema de justiça sobre mulheres mães presas em flagrante.

A pergunta que norteia este trabalho pode, assim, ser formulada da seguinte maneira: quais as maneiras de pensar o exercício da maternidade podem ser identificadas nos discursos escritos dos juízes? Inspirado em trabalhos como a tese de doutoramento de Rochele Felinni Fachinnetto, que trabalhou com análise de discurso dos agentes de justiça no júri, com vistas a compreender aspectos das relações de gênero na construção de teses e fundamentações (FACHINETTO,2012), o objetivo deste artigo pode ser resumido no esforço de sistematizar, compreender e analisar discursos e práticas mobilizados por juízes em audiências de custódia envolvendo mães presas em flagrante delito.

A hipótese inicial é de que as mulheres mães presas em flagrante vivenciam um duplo julgamento: primeiro, em relação à transgressão social representada pela gravidade do crime supostamente cometido, e, em seguida, em relação à legitimidade e a capacidade para exercerem o papel de mãe. A metodologia empregada foi essencialmente a análise documental. A partir da leitura prévia dos documentos disponibilizados pelo IPB (autos de prisão em flagrante, fichas de atendimento e termos de audiência de custódia), foi possível produzir um perfil socioeconômico dos casos trabalhados – que confirmam a seletividade do sistema penal e a feminização da pobreza e da punição (ALVES,2017) -, bem como foi possível identificar as decisões (25 termos de audiência) que traziam algum enunciado sobre o exercício da maternidade, filhos e aplicação dos instrumentos normativos sobre o tema.

³ Data da Publicação da Decisão Habeas Corpus Coletivo número 143.641, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, disponível eletronicamente em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em 15 set 2019.

A análise das decisões foi operacionalizada a partir da técnica de teorização fundamentada nos dados (TFD), que permite a conceptualização e categorização dos dados previamente selecionados (CAPPI *apud* MACHADO, 2017), e posteriormente examinada criticamente a partir do conceito de “hierarquias reprodutivas” (MATTAR; DINIZ, 2004). Esse artigo será, então, dividido em cinco partes: (i) a apresentação do contexto da pesquisa, (ii) a exposição e breve análise dos resultados quantitativos do universo pesquisado, (iii) a demonstração dos achados qualitativos, isto é, as linhas discursivas identificadas e os sentidos atribuídos à mulher criminosa e à maternidade, e finalmente (iv) a análise crítica dos discursos punitivos a partir do conceito de hierarquias reprodutivas, seguida de (v) uma breve conclusão.

1. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: HISTÓRICO E REGULAMENTAÇÃO

As audiências de custódia, ou audiências de apresentação, são procedimentos jurídico-judiciais que dão efetividade ao direito de toda pessoa presa, detida ou retida pela polícia, a ser apresentada sem demora à presença de um juiz. Tal garantia está prevista no Art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)⁴, e no Art. 9 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil em 1992⁵.

Do ponto de vista normativo interno, a Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) prevê em seu Art.5º, incisos LXV e LXVI, garantia de que ninguém será levado à prisão ou nela será mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, e o dever de relaxamento da prisão ilegal pela autoridade judiciária. Por outro lado, o Art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal (CPP) afirma que a comunicação da prisão de qualquer pessoa à autoridade judicial será realizada por meio de encaminhamento do auto de prisão em flagrante⁶.

⁴ Convenção Americana de Direitos Humanos, Decreto 678 de 1992, eletronicamente disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm Acesso em 28 de setembro de 2019.

⁵ Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, Decreto 592 de 1992, eletronicamente disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 28 de setembro de 2019

⁶ O Art. 306 do Código de Processo Penal preceitua: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao MP e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública”.

Verifica-se, assim, uma possível incompatibilidade entre o previsto na CADH e no conteúdo do ordenamento jurídico interno. A título exemplificativo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem reiteradamente se manifestado sobre o tema. No caso *Tibi vs. Equador*⁷, a Corte entendeu que o simples fato do juiz ter conhecimento da causa via informe policial não satisfaz a garantia judicial, uma vez que o detido deve comparecer pessoalmente diante do juiz ou autoridade competente.

O cenário brasileiro, nesse sentido, começou a ser alterado via Resolução da Comissão Interamericana de Direitos Humanos a Respeito do Complexo Penitenciário de Pedrinhas no Maranhão⁸. Tal Resolução, por meio do mecanismo das medidas provisórias, previu a implementação da audiência de custódia. Diante desse cenário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou em fevereiro de 2015 o projeto “Audiência de Custódia”. O projeto piloto foi instituído no Fórum Criminal da Barra Funda e regulamentado pelo Provimento Conjunto nº3/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP)⁹.

O STF por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, determinou a adoção das audiências de custódia em todo o país, no prazo de 90 dias a partir da publicação da decisão¹⁰. Diante dessa confirmação, as regras e procedimentos da audiência de custódia foram elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução 213/2015. Isto significa dizer que a audiência de custódia é uma política pública que foi instituída pelo Poder Judiciário e que, todavia, ainda não foi regulamentada pelo Legislativo.¹¹

⁷ Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, (CtIDH). Caso Tibi vs. Equador. Série C, n.114, 2004. Eletronicamente disponível em em:http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em 28 de setembro de 2019.

⁸ Resolução da Comissão Interamericana de Direitos Humanos a Respeito do Complexo Penitenciário de Pedrinhas no Maranhão, publicação dia 14 de março de 2018, eletronicamente disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_02_por.pdf. Acesso em 28 de setembro de 2019.

⁹ Provimento Conjunto nº3/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, eletronicamente disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaoJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

¹⁰ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF 347), eletronicamente disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

¹¹ O Projeto de Lei n. 544/2011 de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares (PSB/SE), já previa a apresentação da pessoa presa perante o juiz em até 24h após a prisão. No entanto, o projeto apesar de aprovado pelo Senado em 2016, ainda não foi votado na Câmara dos Deputados. Ressalta-se que a ausência de uma legislação específica sobre o tema enfraquece a institucionalização desse instrumento no país.

Os objetivos da audiência de custódia se resumem, basicamente, a três eixos: averiguar a legalidade da prisão em flagrante, a necessidade ou não de manutenção dessa prisão, e apurar a prática de tortura e maus tratos no momento da prisão. Em tese, o juiz deve assegurar que a pessoa presa não esteja algemada e, posteriormente, deve indagar sobre as circunstâncias da prisão, as condições pessoais e o tratamento recebido pelos agentes policiais. Em seguida, promotor e defensor, nessa ordem, têm a palavra para realizar perguntas e realizar suas sustentações orais. A decisão da autoridade judicial é manifestada por meio de um termo escrito, com a fundamentação sobre o relaxamento, concessão de liberdade provisória, ou prisão preventiva.

Na prática, verifica-se que nem sempre os objetivos enunciados pela normativa das audiências de custódia são cumpridos. Nesse sentido, o CNJ e outras organizações não governamentais como o Instituto de Defesa pelo Direito de Defesa (IDDD)¹² e o próprio IPB têm realizado monitoramentos importantes de fiscalização e aferição da efetividade desse instrumento.

1.1 O Projeto Audiência de Custódia do Instituto Pro Bono

O IPB é uma organização da sociedade civil fundada em 2001. A sua missão institucional é promover o acesso à justiça de populações vulneráveis e organizações da sociedade civil, por meio do estímulo à advocacia voluntária e o intercâmbio de conhecimento jurídicos¹³. A instituição foi pioneira nas discussões sobre o tema da advocacia voluntária no Brasil e central no momento de elaboração do novo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, garantindo a regulamentação da advocacia *pro bono*¹⁴.

Assim, em 07 de dezembro de 2016, por meio de parceria institucional firmada com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP), o IPB passou a atuar nas

¹² Relatório Audiência de Custódia: Panorama Nacional pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa, 2018. Acesse em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf

¹³ Mais informações sobre o Instituto pro Bono estão disponíveis na página institucional: <https://probono.org.br/sobre-nos/>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

¹⁴ O Art.30 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados de 2015 define advocacia *pro bono* como “a prestação gratuita, eventual e voluntária de serviços jurídicos em favor de instituições sociais sem fins econômicos e aos seus assistidos, sempre que os beneficiários não dispuserem de recursos para a contratação de profissional”.

audiências de custódia e realizar a defesa *pro bono* das pessoas presas em flagrante apresentadas às terças-feiras e quintas-feiras no Fórum de Itapecerica da Serra¹⁵.

Nesses 24 meses de convênio, as integrantes do IPB acompanharam e atuaram diretamente em 1.002 audiências de custódia em Itapecerica da Serra, realizando não só a defesa técnica dos acusados, como também a defesa em sede de *Habeas Corpus*, nos casos de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. O trabalho realizado pelo instituto de fato constitui-se não só como socialmente relevante, mas também como fonte rica de dados e experiências para a pesquisa.

1.2 Marcos normativos de proteção das mulheres privadas e liberdade

Em junho de 2014, em consonância com a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional (PNAMPE)¹⁶, o Ministério da Justiça publicou pela primeira vez o INFOPEN MULHERES¹⁷, um relatório para sistematizar informações sobre as mulheres encarceradas no Brasil, reconhecendo a lacuna existente quanto à disponibilidade de acesso a dados penitenciários por gênero¹⁸. No ano seguinte, em 2015, foi produzida, em parceria com o Governo Federal, a pesquisa “Dar à Luz na Sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão” (MENDES BRAGA; ANGOTTI, 2015).

No plano internacional, o olhar de gênero sobre o sistema penitenciário foi articulado pelo Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos pela primeira vez em 2006. O caso do *Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru* da Corte Interamericana de Direitos Humanos é paradigmático¹⁹, pois reconheceu que as violências praticadas

¹⁵ Informações sobre o Instituto Pro Bono e o Projeto Audiência de Custódia estão disponíveis em: <http://www.probono.org.br/novidades-integra.asp?id=90>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

¹⁶ A PNAMPE foi instituída por meio da Portaria Interministerial n.210/2014 pelo Ministério da Justiça e Secretaria de Políticas para as Mulheres.

¹⁷ Relatório INFOPEN MULHERES 2014, Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.jus-tica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

¹⁸ Os dados atualizados podem ser consultados pelo relatório publicado em 2018. INFOPEN MULHERES 2ª Edição, Ministério da Justiça, 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em 28 de setembro de 2019.

¹⁹ CtIDH. Caso del Penal Miguel Castro e Catro vs. Peru. Série C, n°160, 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf. Acesso em 28 de setembro de 2019.

naquele complexo penitenciário afetaram as mulheres de modo diferente que aos homens, e que a violência sexual perpetrada contra as mulheres tem caráter de castigo e repressão.

A partir da difusão da questão do encarceramento feminino, foram sendo produzidas pesquisas acadêmicas e relatórios que contribuíram para comprovar o vertiginoso crescimento das taxas de aprisionamento de mulheres – entre 2000 e 2016, a taxa de encarceramento feminino no país cresceu 455%²⁰ – bem como para delinear um perfil socioeconômico claro das mulheres selecionadas para a prisão: pobres, negras, de baixa escolaridade, e enquadradas no crime de tráfico de drogas (ALVES, 2017).

Nesse sentido, essas pesquisas e atuações políticas abriram caminhos para uma produção legislativa e jurisprudencial que reconhecessem as discriminações de gênero como um elemento importante para produção de vulnerabilidades. Assim, foram materializados o Marco Legal da Primeira Infância²¹, a tradução das Regras de Bangkok pelo CNJ²², e a decisão do HC Coletivo²³, aqui considerados como os mais importantes instrumentos legais para uma defesa pautada no gênero.

As Regras de Bangkok foram propostas via Conselho Econômico e Social em Assembleia Geral da ONU em julho de 2010 (Resolução nº 2010/16). O conteúdo do documento reconhece expressamente que as mulheres presas são um grupo vulnerável com necessidades e exigências específicas. A tradução para o português e ampla divulgação desse instrumento pelo CNJ ocorreu apenas em 2016. E, apesar de tratar-se de uma “*soft-law*” – ou seja, tem caráter de recomendação e seu conteúdo não é juridicamente obrigatório –, apresenta diretrizes de direitos humanos que podem ser aplicadas como parâmetros mínimos.

O Marco Legal da Primeira Infância e o HC Coletivo, por sua vez, podem ser compreendidos como mecanismos internos que apresentam medidas alternativas

²⁰ Levantamento nacional de informações penitenciárias. INFOPEN Mulheres – 2ª edição, Ministério da Justiça, 2014, p. 14. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em 28 de setembro de 2019.

²¹ Lei 13.257, eletronicamente disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm. Acesso em 28 de setembro de 2019.

²² O Conselho Nacional de Justiça disponibiliza as traduções das Regras de Bangkok. Material eletronicamente disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724a-d5caafa6086.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

²³ Decisão Habeas Corpus Coletivo número 143.641, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, disponível eletronicamente em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdf-Voto.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

ao cárcere. O ponto central de ambos é a valorização da maternidade e dos vínculos familiares, com vistas a garantir o melhor desenvolvimento da criança. Por isso, a lei estabelece o direito a mulheres com filhos até 12 anos de idade e gestantes a terem sua prisão preventiva substituída por domiciliar. Apesar de a prisão domiciliar ainda se tratar de medida privativa de liberdade, na prática impede a separação física da mãe e do filho, e a ruptura afetiva.

Pela sua abrangência, a decisão pela ordem do HC Coletivo gerou, em um primeiro momento, uma onda de aplicações, que resultaram na substituição em massa pela prisão domiciliar. Mas com o passar do tempo, conforme reconheceu e denunciou o próprio CADhu, os juízes de primeiro e segundo grau passaram a negar a aplicação do precedente sob a justificativa de “situação excepcionalíssima”. Essa expressão, presente no relatório do Ministro Relator, garantiu uma margem de discricionariedade para os magistrados. Desse modo, em outubro de 2018, em decorrência da não aplicação do Habeas Corpus Coletivo por parte de juízes de primeira instância e dos tribunais, o Ministro Ricardo Lewandowski proferiu decisão de acompanhamento do cumprimento da ordem do HC Coletivo, indicando as situações que não poderiam ser consideradas “excepcionalíssimas”²⁴.

O período de análise de decisões neste trabalho abarca os meses de dezembro de 2016 a dezembro de 2018. Isso significa dizer que, até fevereiro de 2017, não havia HC Coletivo à disposição dos advogados e advogadas do projeto, mas ainda foi possível identificar discursos escritos que mobilizaram o exercício da maternidade para punir ou libertar. Ademais, na maior parte do período de atuação, ainda não tinham sido explicitadas o que poderiam ou não ser consideradas “situações de excepcionalidade” pelo STF, de modo que não será possível verificar os resultados ou a efetividade da decisão de acompanhamento.

Assim, ressalta-se que não há a pretensão de realizar, neste trabalho, uma análise ou um juízo de valor acerca dos efeitos da decisão do HC Coletivo. O objetivo é identificar e compreender como essa discussão sobre maternidade e prisão se apresenta nas decisões escritas dos juízes em audiência de custódia.

²⁴ Para acessar a decisão de acompanhamento de cumprimento da ordem do HC coletivo acesse: <https://www.conjur.com.br/dl/lewandowski-concede-hc-coletivo.pdf>

2. RESULTADOS QUANTITATIVOS DO ATENDIMENTO NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

A seguir, serão apresentados alguns dados obtidos através da tabulação de informações contidas em 80 formulários de atendimento e boletins de ocorrência (B.O). As categorias de informação foram selecionadas a partir do tipo de pergunta que o formulário de atendimento fornecia, ou do tipo de descrição na qualificação da acusada no B.O. Assim, foi possível produzir dados a respeito de raça, classe (moradia, trabalho, nível de escolaridade) e o tipo de crime cometido. Todas essas informações serão apresentadas no ponto 2.1.

Com relação às mulheres mães (universo de 44 casos), foi possível também coletar dados sobre a organização familiar (número de filho, principais responsáveis e redes de solidariedade), o uso problemático de drogas, os antecedentes criminais e outras informações sobre a prisão. Todos esses dados serão apresentados nos tópicos 2.2 e 2.3.

2.1 A raça e a classe

O gênero, enquanto elemento constitutivo das relações sociais, baseado nas diferenças biológicas percebidas pelos sexos, é apropriado neste trabalho como categoria de análise histórica (SCOTT, 1990), capaz de proporcionar compreensões acerca das formas de significar e representar as relações de poder. Contudo, a categoria gênero por si só apresenta uma capacidade explicativa reduzida da realidade. O conceito de interseccionalidade inaugurado pioneiramente por Kimberle Crenshaw (1989) redireciona o enquadramento analítico para outras camadas de opressões que se sobrepõem na produção de experiências de discriminação. O olhar sobre raça e classe e seu entrecruzamento com as especificidades de ser mulher presa, pode colaborar para compreender os modos de operar seletivo do sistema de justiça criminal (BORGES, 2018).

Os dados quantitativos acerca do marcador de raça foram produzidos com base no informado no B.O. Isso se deu porque, no momento da entrevista prévia entre a advogada e a acusada, não existiu tempo hábil para realização de consultas quanto à auto declaração de cor. Nesse sentido, os resultados representam a percepção e a atribuição policial a respeito da cor das mulheres presas em flagrante. Do total, 62,5% foram consideradas pardas, 26,3% identificadas como brancas, 8,8% sem informação, e apenas 2,5% foram

registradas na categoria preta. Observa-se, assim, a sobrerepresentatividade da categoria parda e a inexpressividade da categoria preta, desequilíbrio que possivelmente reflete mais a mentalidade policial sobre a categoria raça, do que a realidade social.

A categoria “pardo” é carregada de historicidade e está atrelada tanto às heranças da escravidão no país, quanto às ideias de branqueamento e “medo da degeneração”, empreendidas pela elite científica evolucionista do século XIX no processo de elaboração e negociação das representações de uma nação brasileira mestiça (SCHWARCZ, 1994). E ainda que nas decisões de audiência de custódia não tenha sido possível encontrar discriminações diretas sobre raça, sendo o silenciamento dos atores de justiça um dado em si, foi possível perceber a atuação transversal do racismo sobre as mulheres ao se cruzar os dados de qualificação do B.O com os resultados de audiência de custódia. Das que foram consideradas brancas, 66% das decisões concederam a liberdade e 33% decidiram pela prisão. Já para as pardas e pretas esse cenário se inverte, de modo que 40% das decisões foram pela liberdade e 60% no sentido de prisão.

Com relação à classe, foi possível levantar informações a respeito de moradia, nível de escolaridade e trabalho. A informação sobre endereço de moradia é bastante relevante no contexto das audiências de custódia, uma vez que é articulado pelos atores de justiça para demonstrar a possibilidade da acusada ser encontrada para o cumprimento das obrigações perante a justiça. Em concreto, quase a totalidade apresentou local certo de moradia (96,3%), apenas uma atendida declarou estar em situação de rua e também apenas duas delas indicaram local de moradia fora do país. Apesar do baixo número de mulheres sem endereço residencial certo, para aquelas que indicaram estar em situação de rua ou ser estrangeira, foi decretada a prisão preventiva.

Com relação ao nível escolaridade, foi possível apurar as informações por duas fontes. No formulário de atendimento havia a pergunta “sabe ler?”, para a qual 87,5% das atendidas respondeu que sim. E no B.O, nas informações de qualificação, havia informações sobre o grau de escolaridade, para o qual 45% foram indicadas como tendo cumprido o primeiro grau completo, 15% o primeiro grau incompleto, 25% sem informação, 3,8% segundo grau, e 3,8% grau superior. Ademais, quando cruzados os dados de escolaridade com os dados de raça, depreendeu-se que todas aquelas que apresentaram segundo grau completo ou nível superior eram brancas (35% do universo de mulheres brancas). O nível

de escolaridade máximo das mulheres pardas foi o de segundo grau incompleto, sendo apenas 01 caso no universo de 25 mulheres pardas.

A respeito das informações de trabalho, mais da metade (68,8%) indicaram realizar algum tipo de atividade laboral. Contudo, apenas duas atendidas no universo de 80 declararam ter registro regular de trabalho em carteira, uma delas foi identificada como branca e teve sua prisão relaxada e a outra identificada como parda teve decretada a prisão domiciliar. Novamente há indicativos de que os marcadores de raça atravessam, ainda que não explicitamente nos discursos, a escolha final do juiz.

Além disso, a maior parte dos trabalhos foi descrito como informal, os chamados “bicos”. A maioria das mulheres declarou exercer atividades sub-remuneradas, com pagamentos sendo realizados por dia de serviço prestado, destacando-se as atividades de limpeza e faxina, as tarefas domésticas e de cuidado com criança como os mais frequentes, bem como serviços vinculados ao ramo da beleza (manicures e cabelereiras) e de reciclagem (catadoras).

A respeito da renda, vale ressaltar também que 11,3% das atendidas declarou espontaneamente depender de benefícios assistenciais para manutenção das despesas do lar. Com relação ao Bolsa Família, é relevante apontar que este é um programa social de transferência de renda voltado para as mulheres chefes do lar, e que o cadastro único do cartão que permite o saque mensal do benefício é unipessoal, ou seja, registrado no nome da mulher responsável pela família, de modo que a prisão pode acarretar a perda de acesso a esse benefício, agravando as condições socioeconômicas de todo o núcleo familiar.

Em resumo, o retrato delineado pelo banco de dados é o da mulher não branca, periférica, de baixa escolaridade, que realiza trabalhos informais sub-remunerados e os cuidados do lar. Tais condições ao mesmo tempo que reforçam estereótipos, confirmam a seletividade penal e o fenômeno da feminização da pobreza e da punição (ALVES, 2017), teoria que associa a seleção de mulheres negras pelos aparatos repressivos do Estado a partir das condições de vulnerabilidade social produzidas na economia neoliberal.

2.2 O exercício da maternidade

O conceito de maternidade voluntária, prazerosa e socialmente amparada (DINIZ, 2017) implica necessariamente a disputa por uma concepção de maternidade enquanto escolha consciente informada, capaz de promover bem-estar, e como um trabalho social. Essa última ideia enfatiza que o exercício da maternidade não deve ser compreendido como uma responsabilidade unilateral e individual da mulher, mas de toda a família e sociedade.

Nos casos pesquisados, no entanto, observou-se no universo de 44 mulheres mães (55% do total) o retrato da maternidade solo, ou seja, a maior parte das mães atendidas eram formadas por mulheres jovens (36% delas estavam entre os 18 e 24 anos), solteiras (68%) e principais responsáveis pelos cuidados dos filhos (75%). Além disso, 20,5% declararam estar grávidas, e a maioria (45%) revelou não ter informações sobre gravidez, o que dá pistas sobre a ausência de um acompanhamento médico ginecológico frequente ou ainda sobre a utilização de métodos contraceptivos.

Com relação às repostas no formulário sobre ser a principal responsável pelo cuidado dos filhos, 75% respondeu afirmativamente, 13,6% responderam negativamente e 11,4% não responderam a esta pergunta, ou o formulário estava em branco. Para os casos em que a mulher acusada declarou ser a principal responsável, foi realizada pela advogada de defesa a seguinte pergunta: “Há alguém para cuidar do filho em sua ausência?”. Do total de casos (33 respostas), 57,5% responderam que sim, 36,3% responderam que não, e 6% não informaram.

Para o universo de mulheres que responderam haver alguém para cuidar dos filhos em sua ausência, buscou-se mapear se haviam indicado no formulário alguém como alternativa e segundo responsável. Verificou-se que em 21% dos casos o pai da criança foi indicado, em 47,3% os avós da criança, prioritariamente a avó materna, e em 15,7% as categorias de tia e madrinha da criança foram mencionadas. A relevância do papel complementar na criação dos filhos exercido por outras mulheres da família (63%), como as avós e tias, evidencia a reiteração do papel da mulher relacionado ao cuidado e a criação de redes femininas de solidariedade, em que a parentalidade ocupa um espaço desigual nas atribuições de responsabilidades com os filhos.

2.3 A problemática do uso de drogas

Uma das informações mais comumente utilizadas e articuladas para deslegitimar o exercício da maternidade nas decisões em audiências de custódia foi sobre uso de drogas e substâncias ilícitas. Por esse motivo, foram selecionadas as respostas dos formulários que atendiam a esta temática. Com relação à declaração de uso de drogas, 50% afirmaram não fazer qualquer uso de drogas, 6,8% não informaram e 43,2% declarou utilizar algum tipo de substância química. A respeito da natureza das substâncias, apareceram com maior incidência a cocaína (15,9%) e o crack (13,6%), seguidos de maconha (9,1%), álcool (4,5%), e tabaco (4,5%).

Além disso, com relação ao crime de tráfico de drogas, os dados de atendimento confirmam as estatísticas nacionais a respeito da prevalência dos crimes relacionados a Lei de drogas (65,9%), seguido de furto (13,6%), roubo (6,8%) e receptação (4,5%). Ainda dos delitos de tráfico de drogas supostamente praticados, verificou-se que em 58,6% dos casos a entrevistada declarou ser também usuária de drogas, o que pode indicar a necessidade de que se investigue mais a fundo o processo de criminalização de usuários e dependentes químicos pelo sistema de justiça.

No caso das mulheres, especificamente, diferentemente das decisões de homens presos, a declaração do uso de drogas contribuiu para elaboração de argumentos em prol da punição. Conforme será demonstrado a partir da análise dos discursos, o uso de drogas, em especial do crack e da cocaína, consideradas substâncias de natureza altamente nocivas à saúde individual e pública, produziu um efeito de estigmatização das mulheres presas, sendo retratadas muitas vezes como pessoas inaptas a cuidar de si mesmas e de sua prole. Não à toa, nesses casos de dupla ocorrência entre tráfico e uso de drogas por mulheres, operou-se não apenas a prisão, mas também a fiscalização e punição dessas maternidades consideradas “problemáticas” via chamamento do Conselho Tutelar.

2.4 Dados sobre a prisão

Finalmente, foram sistematizadas informações a respeito das características de operacionalização das prisões das mulheres classificadas como mães. Considera-se a apresentação das condições de realização da prisão como relevantes uma vez que têm o potencial de evidenciar violações de direitos que são comumente naturalizadas pelos atores do sistema de justiça. Também foram produzidos dados sobre antecedentes criminais e

os resultados das audiências. A partir da leitura dos B.O, pela informação “condutor da prisão”, foi possível descobrir que a maior parte dos flagrantes foi conduzido por policiais civis (54,5%), seguido de policiais militares (29,5%), guardas civis municipais (15,9%), e seguranças privados (9,1%).

Ainda sobre abordagem policial, foram organizados os dados acerca da ocorrência de tortura e maus tratos. Com relação à pergunta: “você sofreu violência policial?”, 50% respondeu que sim, 22,7% que não, e 27,3% preferiram não se manifestar. Esse último dado pode tanto demonstrar problemas de preenchimento de formulário, mas também pode dar indícios sobre o desconforto gerado pela pergunta, considerando-se, inclusive, o fato de que as entrevistas prévias entre a advogada e as presas sofriam frequentemente com interferências dos agentes policiais responsáveis pela condução da pessoa presa. Quanto à identificação das violências sofridas, observou-se que a maioria das mulheres considerou ou descreveu ter sofrido violência física (34,1%), seguida de violência psicológica (27,3%) e violência sexual (11,4%). Apesar de grande parte dos policiais condutores serem do sexo masculino, o reconhecimento da revista pessoal por agente masculino foi pouco compreendida como um tipo de violência sexual. Veja-se, por exemplo, esse trecho de decisão: “a alegação de que não foi revista por policial feminina também não anula a prisão realizada”.

Com relação aos antecedentes criminais, a partir dos registros das folhas de antecedentes das atendidas, foi possível identificar que 59,1% não apresentaram quaisquer registros de ocorrências, ou seja, eram inequivocamente primárias. Ainda se verificou que 40,9% já tinha sido ou estavam sendo processadas criminalmente. Esse último dado, no entanto, não implica diretamente reincidência, visto que nem todos os processos à época da pesquisa tinham transitado em julgado.

Relativamente às decisões, o número de prisões preventivas (43,2%) quase se iguala às concessões de liberdade provisória (47,7%), sendo que apenas em 6,8% dos casos de liberdade não ocorreu a aplicação de medidas cautelares. Além disso, apenas 6,8% dos casos tiveram a substituição da prisão preventiva por domiciliar. E em um único caso (2,3%), a prisão foi relaxada. Outro dado relevante a respeito das prisões é que o cruzamento entre o total de prisões preventivas com o tipo de crime supostamente cometido resulta em 73,6% das prisões preventivas de mulheres relacionadas ao crime de tráfico de drogas. Importante notar, ainda, que os pedidos do Ministério Público (MP) se coadunam com os resultados apresentados pelos juízes; a partir da leitura dos termos de

audiência, foi possível verificar que em 54,5% dos casos o representante do MP indicou parecer favorável à prisão. Ainda, conforme mencionado, a maior parte das concessões de liberdade provisória foi condicionada à aplicação de medidas cautelares. A partir das leituras das decisões, identificou-se que as medidas mais frequentemente aplicadas foram: comparecimento periódico em juízo (31,8%), proibição de ausentar-se da comarca (31,8%), e recolhimento domiciliar noturno (6,8%).

Finalmente, foram contabilizadas as decisões anteriores e posteriores ao HC Coletivo. O resultado foi o seguinte: 59,1% das decisões foram anteriores e 40,9% foram posteriores. No entanto, apesar do alto número de decisões posteriores, se analisadas qualitativamente, têm-se que apenas 15,9% mencionaram diretamente o precedente do STF, sendo que em 9,1% dos casos foi aplicado em benefício da acusada e em 6,8% foi afastado.

3. ANÁLISE QUALITATIVA DOS DISCURSOS JUDICIAIS

Os dados quantitativos apresentados foram capazes de relevar pistas acerca dos fatores que contribuem para um resultado em prol da liberdade ou da prisão, como os antecedentes criminais, uso de drogas, e o parecer do MP. No entanto, somente a análise qualitativa foi capaz de demonstrar como esses elementos se articulam no discurso para produzir argumentos e decisões. A operação de categorização dos discursos se deu a partir da identificação de padrões de escrita, conforme indica o método da TFD. Com vistas a facilitar o olhar para esses padrões, primeiro foram separados os casos pelo filtro “resultado da audiência”. Assim, foram identificadas 06 decisões de concessão de liberdade provisória, 03 de substituição por prisão domiciliar e 15 de aplicação de prisão preventiva, totalizando 25 decisões analisadas.

A partir dessa divisão por resultado, buscou-se compartimentalizar em grupos os argumentos ou justificativas que foram mobilizadas para cada situação. A partir da organização em três tabelas, foi possível verificar a posição do MP em cada caso, o tipo penal imputado, as categorias argumentativas de justificação da decisão, tal qual são enunciadas, bem como as concepções de intervenção aplicadas.

3.1 Discursos em prol da liberdade provisória

A partir da observação da Tabela 1, é possível verificar que os elementos mais mobilizados pelos juízes em prol da liberdade foram a condição de primariedade, a condição do exercício de guarda e cuidado com os filhos menores de 12 anos, e o fato do crime ter sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa. A prisão preventiva foi considerada, no geral, como uma medida extrema e desproporcional. Ademais, todos os casos tiveram como resultado de intervenção a aplicação de medidas cautelares, sendo que a maior parte deles indicou pelo menos duas modalidades de medidas: o comparecimento periódico em juízo e a proibição de ausentar-se da comarca²⁵.

Tabela 1: Concessão de liberdade provisória como resultado

CATEGORIAS	DECISÕES					
	1	2	3	4	5	6
Posição do MP						
Favorável a liberdade	X	X				
Desfavorável a liberdade			X			
Sem informação				X	X	X
Tipo Penal						
Tráfico de drogas		X	X		X	X
Crimes Patrimoniais	X			X		
Habeas Corpus Coletivo 143.641						
Anterior	X					
Posterior (aplicou)		X	X			
Posterior (não aplicou)						
Posterior (não mencionou)				X	X	X
Representação da ausência de periculosidade concreta (justificativas em prol da liberdade)						
Primariedade	X		X	X	X	X
Residência fixa	X		X			
Ocupação lícita	X		X			
Cuidados com filhos menores de 12 anos/ Gravidez	X	X	X	X	X	X
Crime cometido sem violência ou grave ameaça	X		X			X
Situação de miserabilidade	X					
Colaborou com a atividade policial		X				

²⁵ Incisos I, e IV do art. 319 do CPP.

HC coletivo		X	X			
Prova documental sobre maternidade					X	
Representações da prisão						
Prisão medida extrema/ desproporcional	X			X	X	X
Ausentes os elementos suficientes para a decretação da prisão preventiva	X	X	X			X
Prisão inadequada ao direito das crianças					X	
Concepção da intervenção						
Medidas cautelares suficientes. Comparecimento periódico em juízo	X	X	X	X	X	
Medidas cautelares suficientes. Proibição de ausentar-se da comarca		X	X	X	X	X
Medidas cautelares suficientes. Recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga.		X				

Com relação a categoria cuidados com os filhos, foram procedidos dois tipos de linhas argumentativas. A primeira dela, presente nas decisões de número 2, 3, e 5, articularam a questão da guarda e dos cuidados aos direitos reconhecidos pelo Marco Legal da Primeira Infância e pelo Habeas Corpus Coletivo. Vejamos dois exemplos:

Considerando a decisão proferida pela Segunda Turma do Superior Tribunal Federal no julgamento do **Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP, Comunicado conjunto nº 393/2018 (processo nº 2018/29865)** da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e da Corregedoria Geral, e levando-se em consideração que a **ré é genitora de crianças com idade inferior a doze anos**, em tese, sob sua guarda, **SUBSTITUO A PRISÃO PREVENTIVA DA AUTUADA PELA** por liberdade provisória (destaques nossos)

Também produziu a indiciada, por sua Defesa, prova documental de ser mãe de ao menos duas crianças, por cuja guarda é presumivelmente responsável e, assim, em **reconhecimento à proteção constitucional e legalmente reconhecida à primeira infância, impõe-se a consideração do prejuízo que a segregação cautelar infligiria aos infantes** (grifo nosso)

Em ambos os casos, há um exercício mecânico de identificação dos requisitos legais e aplicação do precedente do HC Coletivo ou do Marco Legal da Primeira Infância. Os requisitos de aplicação para o juiz no primeiro caso é a existência de crianças menores de 12 anos. No segundo trecho, apesar do discurso articular o elemento maternidade à

noção jurídica de proteção constitucional de primeira infância, considerou como critério de aplicação da Lei a apresentação e produção de prova documental. Esse mesmo elemento probatório será novamente enunciado nos casos de prisão para justificar por si só a não aplicação da norma.

A segunda linha discursiva identificada na escolha pela liberdade foi aquela que mobilizou a maternidade como mais um dos fatores a qualificar a ausência de periculosidade concreta da indiciada (decisões 1,3, e 4). Por exemplo:

Com efeito, embora a infração seja desmedidamente grave, considerando a grande quantidade de drogas encontrada na residência, a custodiada N. é primária, sendo necessária ao cuidado de crianças de tenra idade. Ainda, o fato não foi praticado com violência ou grave ameaça. Em suma, não há informações que possam evidenciar a periculosidade concreta do indiciado, a ponto de justificar a aplicação da medida extrema da prisão preventiva (grifo nosso).

A característica de primariedade, como um marcador de ausência de envolvimento prévio com o crime, é reforçada e mutuamente beneficiada pela maternidade, como categoria social que representa a candura, o cuidado, o sagrado, a vocação natural da mulher (BRAGA, 2015). Assim, ao identificar características na acusada que confirmam uma maternidade ideal, dissociada da criminalidade ou de comportamentos considerados violentos, próximos do estudo e trabalho (função educadora das mães), parece ser mais fácil construir um tipo afastado da periculosidade, que não representa risco à ordem pública e à reiteração delitiva.

O exercício da maternidade por si só, no entanto, não parece ser prevalente na construção da categoria “ausência de periculosidade concreta”. Isso porque, conforme verifica-se pela leitura da tabela 2, a respeito das decisões de prisão domiciliar, a principal linha de fundamentação foi aquela voltada à aplicação direta das normas de proteção da primeira infância e do HC Coletivo como precedente paradigmático.

Tabela 2: Substituição da prisão preventiva por domiciliar

CATEGORIAS	DECISÕES		
	7	8	9
Posição do MP			
Favorável a liberdade			
Desfavorável a liberdade	X		X
Sem informação		X	

Tipo Penal			
Tráfico de drogas		X	X
Crimes Patrimoniais	X		
Habeas Corpus Coletivo 143.641			
Anterior	X		
Posterior (aplicou)		X	X
Posterior (não aplicou)			
Posterior (não mencionou)			
Justificativas em prol da aplicação da prisão domiciliar			
Primariedade			
Residência fixa			
Ocupação lícita			
Cuidados com filhos menores de 12 anos/ Gravidez	X	X	X
Crime cometido sem violência ou grave ameaça			
Situação de miserabilidade			
Colaborou com a atividade policial			
HC coletivo		X	X
Prova documental sobre maternidade	X		
Representações da periculosidade concreta			
Risco considerável de reiteração de ações delituosas	X		
A garantia da ordem pública deve ser preservada	X	X	X
Modus operandi dos acusados (valer-se de arma de fogo, de ameaças, de atuação em grupo)	X		
Variedade de drogas		X	X
Crime é equiparado a hediondo		X	X
Representações da prisão			
Presentes os elementos suficientes para a decretação da prisão preventiva	X	X	X
Concepção da intervenção			
Prisão domiciliar	X	X	X

Diferentemente dos casos em que o resultado foi a liberdade provisória, nos de aplicação da prisão domiciliar há uma percepção dos magistrados de que a prisão preventiva é cabível e adequada, justamente porque as características dos crimes cometidos foram considerados graves e a forma de atuação das indiciadas foi considerada

como apta a “espelhar periculosidade”. A categoria perigosa é aqui construída a partir das características imputadas ao crime, no caso do crime patrimonial pelo uso de arma e atuação em grupo, no caso de tráfico de drogas pela variedade e natureza das drogas. Por exemplo:

De fato, a atuação da averiguada **espelha periculosidade concreta**, em razão da variedade de drogas (cocaína, crack e maconha) que transportava para abastecer o ponto de tráfico em Itapeccerica da Serra. Importa destacar, outrossim, que o **crime é equiparado a hediondo e causa extremo desassossego à sociedade**, motivo pelo qual a prisão se faz necessária para garantia da ordem pública. Do exposto, nos termos do art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal, converto a prisão em flagrante em prisão preventiva. **Considerando recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal e em razão da informação da investigada de que possui filho menor de 12 anos**, nos termos do artigo 317 e 318, do CPP, DEFIRO a prisão domiciliar em seu favor (grifo nosso).

Ainda assim, a substituição da prisão preventiva por domiciliar foi fundamentada nessas decisões a partir de uma base estritamente legal, ou seja, pela aplicação dos conteúdos determinados pelo artigo 318 do CPP e pela decisão do STF no HC Coletivo. O baixo número de substituições da prisão preventiva por domiciliar – das decisões de prisão analisadas somente 3 em um universo de 18 decisões foram convertidas – talvez demonstre a dificuldade dos juízes em desapegarem-se, no momento de decidir de conteúdos moralizantes, daquilo que consideram certo ou errado na vida pessoal ou conduta das acusadas.

3.2 Discursos em prol da prisão preventiva

A terceira tabela, de certa forma, ajuda a explicitar os exercícios argumentativos operados pelos magistrados em audiência para não aplicarem de modo direto e literal o Marco Legal ou o precedente do HC Coletivo. Como será possível observar, nesses casos há maiores disputas a respeito do modo como se deve aplicar as leis em prol do direito social à maternidade e à primeira infância, bem como há mais revelações sobre os sentidos atribuídos à mulher criminosa e a um exercício de maternidade não ideal.

Tabela 3: Aplicação da prisão preventiva

CATEGORIAS	DECISÕES														
	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24
Posição do MP															
Favorável a liberdade															
Desfavorável a liberdade	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Sem informação															
Tipo Penal															
Tráfico de drogas		X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Crimes Patrimoniais	X														
Habeas Corpus Coletivo 143.641															
Anterior			X		X	X	X	X	X	X		X			
Posterior (aplicou)															
Posterior (não aplicou)	X	X		X									X	X	X
Posterior (não mencionou)											X				
Representações da periculosidade concreta (justificativas em prol da aplicação da prisão)															
Reiteração delitiva/ Insuficiência das medidas cautelares	X			X	X					X	X		X	X	
Gravidade do delito		X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Quantidade de drogas			X		X	X	X	X		X				X	X
Natureza/diversidade das drogas			X	X	X	X	X	X		X				X	X
Indícios de associação para crime		X	X												
Drogas no domicílio		X			X									X	X
Uso de drogas		X								X	X	X			
Risco à criança		X								X	X	X	X		
Ausência de trabalho		X								X	X	X			
Outras pessoas cuidam da criança				X				X			X	X	X		
Prova documental sobre maternidade (comprovação idônea de filiação)	X	X	X	X		X	X	X	X		X		X		
Aplicação do art. 318 é faculdade do juiz			X		X	X	X	X	X						
Garantia da ordem pública.	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Representações da prisão															
Prisão preventiva se impõe/ adequada	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X

Prisão mais benéfica à criança		X									X	X	X				
Concepção da intervenção																	
Prisão preventiva	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Oficiar o Conselho Tutelar/ providências para os cuidados com filhos		X									X	X					

O primeiro olhar sobre a tabela revela postura unânime do MP na realização de pedidos por prisão, a prevalência do crime de tráfico de drogas, uma ampla gama de características para representar a periculosidade concreta, incluindo-se em muitos casos uma valoração sobre riscos dessa suposta periculosidade não só à sociedade (garantia da ordem pública), como também em relação à criança. Observa-se inclusive, um novo tipo de concepção de intervenção que extrapola a decisão sobre prisão e liberdade, e transborda para o espaço íntimo familiar, na forma de controle administrativo via chamamento do Conselho Tutelar.

Apesar da multiplicidade de categorias, muitas vezes sobrepostas numa mesma decisão, foi possível delinear 4 linhas discursivas. A primeira delas é a que associa a aplicação do art. 318 do CPP à comprovação idônea de filiação, via apresentação de prova documental. No exemplo abaixo, posterior ao HC Coletivo, o juiz indica:

O relato da existência de filho menor com deficiência pode, em tese, atrair a regência do art. 318 do Código de Processo Penal, mas para tanto **se exige a comprovação idônea da filiação** (art.318, parágrafo único, do CPP) o que não está presente na hipótese (grifo nosso).

A exigência de comprovação documental do parentesco para aplicação da lei apareceu em 10 dos 15 casos. O alto número de ocorrências desse pedido pela autoridade judicial demonstra uma distorção sobre a própria natureza pré-processual das audiências de custódia. Ademais, parece simples imaginar que uma pessoa presa em flagrante dificilmente terá meios de apresentar provas, como a certidão de nascimento dos filhos, considerando-se um período de no máximo 24h e ainda a ausência de advogado constituído.

Ressalta-se ainda que o argumento se apresentou em 05 decisões posteriores ao HC Coletivo, que determina a desnecessidade de apresentação de documentos, e a valorização da palavra da acusada. No tocante a gênero, a reiteração da exigência documental revela-se duplamente perversa na medida em que não só descumpra entendimento superior,

como também segue colocando em descrédito a palavra da mulher, reiterando violências simbólicas pelo seu silenciamento.

Com relação à segunda linha, bastante similar a noção de prova documental e recorrentemente associada a ela, afirma que a aplicação do art. 318 é uma faculdade do juiz e não um direito subjetivo do preso. Veja:

Em relação ao art. 318 do Código de Processo Penal, registro que **se trata de faculdade do magistrado (“Poderá o juiz ...”)**, e não de direito subjetivo do preso. Nessa linha: NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015 (grifo nosso)

A respeito desse tipo de argumento, vale destacar que sua aplicação se deu em casos anteriores à decisão do HC Coletivo, de modo que o seu “desaparecimento” ou não identificação em decisões posteriores é potencialmente reveladora de algum grau de efetividade do precedente do STF em afastar a interpretação de que a aplicação do Marco Legal da Primeira Infância seria um benefício à disposição das inclinações do juiz, garantindo-se a compreensão do art.318 do CPP como um direito da mulher presa.

Finalmente, a terceira e a quarta linhas discursivas estão intimamente conectadas com o crime de tráfico de drogas (presente em 14 das 15 decisões analisadas). Em uma delas, o fato da droga ter sido encontrada no interior do domicílio é o que justifica a não aplicação da prisão domiciliar, uma vez que o local da suposta atividade criminosa seria confundido com o local da restrição de direitos.

Configura-se ademais situação excepcionalíssima tal como ressalvada no voto condutor do voto proferido pela Colenda 2º Turma do STF no julgamento do habeas corpus coletivo, **uma vez que a utilização da residência para atividade central do tráfico de drogas na região torna a prisão domiciliar, mais do que inviável, um contrassenso** (grifo nosso).

A última e quarta linha, de forma mais explícita, associa o crime de tráfico de drogas e o uso de substâncias entorpecentes como elementos constitutivos e “naturais” de uma vida criminosa, o que por consequência inviabilizaria o exercício da maternidade. A mãe que não estuda, não trabalha e usa drogas passa a ser considerada inapta para realizar os cuidados da família, tornando-se um risco à criança. Não à toa, em 33% das decisões, os juízes utilizaram a informação de que os cuidados com a criança eram compartilhados, para afastar a necessidade dos vínculos maternos.

No tocante à alegação de que a atuada é a única responsável pela criação de seu filho pequeno, tem-se que não a beneficia. A própria atuada **afirmou ser pessoa que não trabalha e não estuda, sendo usuária de crack há aproximadamente oito anos**. Outrossim, **admitiu a prática do tráfico**, embora não se trate de momento de analisar o mérito da causa. Dessa forma, evidente que **não tem a menor condição de ser responsável por criança de menos de dois anos de idade, que correrá sério risco se ficar sob os cuidados de pessoa usuária de crack e envolvida com a criminalidade perigosa relacionada ao comércio de drogas**. Sobre os efeitos prejudiciais da distância da mãe com relação ao filho, menciono que à evidência são muito menos piores do que o contato de criança com usuário de crack envolvido com o tráfico de drogas. Assim, presentes os requisitos legais, converto a prisão em flagrante em PRISÃO PREVENTIVA (grifo nosso).

No âmbito do STF, ambas as linhas argumentativas foram descartadas pelo Ministro Ricardo Lewandowski em decisão de acompanhamento do cumprimento da ordem do HC Coletivo, indicando que: (a) A concepção de que a mãe que trafica põe sua prole em risco e, por esse motivo, não é digna da prisão domiciliar, não encontra amparo legal e é dissonante do ideal encampado quando da concessão do Habeas Corpus Coletivo (p.6); e (b) Não configura situação excepcionalíssima apta a evitar a concessão da ordem no caso concreto o fato de o flagrante ter sido realizado pela suposta prática de tráfico de entorpecentes na residência da presa (p.7).

De um lado, a decisão do Ministro é importante, pois reitera e garante a concepção de que não deve ser função da autoridade judicial em audiência de custódia realizar uma avaliação moral a respeito da pessoa presa para excetuar a aplicação de uma regra geral. Importa, contudo, tentar compreender os motivos pelos quais o exercício da maternidade e conseqüente concessão de um direito são deslegitimadas na prática, com inclusive a identificação de 03 casos em que, para além da prisão preventiva, o magistrado realizou pedido para que fosse oficiado o Conselho Tutelar.

4. HIERARQUIAS REPRODUTIVAS E AS POSSIBILIDADES DE EXERCÍCIO DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS

“É pela maternidade que a mulher realiza integralmente seu destino fisiológico; é a maternidade sua vocação ‘natural’, porquanto todo o seu mecanismo se acha voltado para a perpetuação da espécie” (BEAUVOIR, 2019, p. 279). Essa frase é reveladora do principal e possivelmente mais antigo sentido atribuído à maternidade, qual seja o da manutenção da reprodução sexual, do poder de gerir e dar a vida, de modo que os fatores

biológico e fisiológico dessa condição têm como efeito a naturalização do exercício da maternidade, corroborando com a noção de “instinto materno”, e com a construção de um imaginário sobre atitudes consideradas mais ou menos maternas. A esse respeito, Batinter relembra que as expectativas sociais a respeito da maternidade estão imbricadas com as funções de manutenção da sobrevivência e da educação da prole, desde o embrião até a vida adulta (BATINDER, 1985). A “boa maternagem”, nesse sentido, está associada ao grau de cuidado, dedicação e interesse da mãe pelo filho.

Com isso em mente, é possível compreender a razão pela qual a maioria das decisões analisadas simplesmente não aplicam a lei de forma pragmática, isto é, como uma simples conferência de requisitos objetivos. Em grande parte das decisões, ao contrário, constrói-se um juízo de valor sobre quem pode ser considerada mãe (aquela que comprova documentalmente que trabalha, que não ostenta antecedentes criminais), e como essa maternidade deve ser exercida (longe de usuárias de drogas, de mulheres sem instrução educacional formal e da delinquência).

E, se por um lado, é possível identificar nos discursos supostas “boas intenções” e até mesmo preocupações dos magistrados quanto à proteção do melhor interesse da criança, por outro lado os critérios adotados para validar ou não o direito social à maternidade nos casos concretos revelam a priorização de determinados marcadores de classe, raça e sexualidade.

Nesse sentido, o conceito de hierarquias reprodutivas remete à percepção de que os exercícios da reprodução e da sexualidade são mediados por relações de poder (MATTAR; DINIZ, 2012, p. 113). Assim, o grau de aceitação dessas maternidades se relaciona com o aparecimento de fatores de discriminação e exclusão social, como raça, classe, geração e orientação sexual declarada. Conforme indicam as autoras, quanto menos branca, mais pertencente a uma classe econômica baixa, mais jovem ou bem mais velha, homossexual ou solteira, menor a aceitação social sobre aquela vivência da maternidade. A partir desse conceito instrumental, fica claro que, tanto as decisões judiciais que ignoram os marcadores sociais da diferença na compreensão das vivências sobre maternidades, quanto aquelas que explicitamente mobilizam esses fatores para justificar a prisão, procedem à reafirmação de uma forma de maternidade considerada hegemônica, e reproduzem processos de discriminação e de deslegitimação sociais.

Além dos fatores de raça, classe, sexualidade e idade, as autoras apontam que as dificuldades de aceitação da maternidade podem ser conjugadas a outros atributos,

como problemas de saúde, uso problemático de drogas, situação de rua e infrações penais. Quanto maior a somatória de vulnerabilidades sociais, menos aceitável a maternidade, e mais abaixo na pirâmide hierárquica da reprodução são as maternidades consideradas subalternas.

No âmbito dos discursos e práticas mobilizados pelos juízes em audiência de custódia, é possível perceber que o reconhecimento e a legitimação do exercício da maternidade enquanto direito, via aplicação do Marco Legal da Primeira Infância e do HC Coletivo, estiveram intimamente atrelados aos elementos que caracterizam o sujeito “mulher perigosa”. De acordo com as tabelas, os elementos que informaram sobre a existência de periculosidade concreta foram: i) antecedentes criminais (primariedade x reiteração delitiva); ii) gravidade do crime (sem violência ou ameaça x gravidade concreta); iii) apresentação de residência/realização de trabalho (ocupação lícita x não trabalhar); e iv) o uso de drogas.

Ao articular esses elementos com o conceito de hierarquias reprodutivas, não é difícil perceber que as mulheres cujos exercícios da maternidade são mais vulneráveis são aquelas muito jovens, solteiras, sem nenhum ou pouco apoio familiar, não brancas, desempregadas e com baixa escolaridade, usuárias de drogas, que apresentam antecedentes criminais e a quem são imputados crimes com alta reprovabilidade social, como o tráfico de drogas. Assim, nos casos de maior intersecção de vulnerabilidades, as decisões judiciais enunciaram a inaptidão para a maternidade, a ausência de condições econômicas para o sustento, a ausência de condições psicológicas e de saúde para garantir o cuidado. Logo, a operacionalização das hierarquias de gênero faz com que o exercício da maternidade seja representado não como um direito da mulher presa e da criança, mas como um risco oferecido por aquela mulher considerada “perigosa”, “de vida criminosa” e “desajustada” à integridade física e à saúde da criança.

É revelador também que em três casos o magistrado tenha acionado a figura do Conselho Tutelar²⁶ como um dos encaminhamentos da decisão. O objetivo geral do Conselho Tutelar é receber queixas e informações sobre situações consideradas ameaçadoras ou violadoras dos direitos da criança e do adolescente, sendo o Estatuto da Criança e do Adolescente o instrumento que estabelece suas atribuições legais,

²⁶ Para mais informações sobre o Conselho Tutelar, acesse página institucional eletronicamente disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1847.html>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

destacando-se o encaminhamento à autoridade judiciária da infância e da juventude de demandas e conflitos de interesse sobre guarda, tutela e destituição do poder familiar.

Nesse contexto, a prática de oficiar o Conselho Tutelar, ainda que não verificados seus desdobramentos práticos nesta pesquisa, pode indicar não só um modo de fiscalização *a posteriori* do exercício dessas maternidades, como também pode representar uma nova forma de punição que extrapola a decretação da prisão preventiva e se materializa na possibilidade de destituição do poder familiar.

Conclusões

No presente trabalho buscou-se analisar decisões judiciais de audiências de custódia, compreendidas como discursos jurídicos escritos a respeito de casos envolvendo mulheres mães presas na Comarca de Itapeverica da Serra, no período de dois anos (dezembro de 2016 a dezembro de 2018). O trabalho sistemático com o banco de dados de 80 processos e fichas de atendimento cedido pelo IPB permitiu a elaboração de dados quantitativos a respeito do perfil socioeconômico das mulheres atendidas, bem como a compreensão sobre algumas características da prisão e das decisões em audiências.

A respeito das mulheres mães, sujeitas das decisões de audiência analisadas pela pesquisa, tem-se que a maior parte delas se declararam solteiras, foram identificadas como pardas no B.O, encontravam-se na faixa etária entre 18 e 24 anos de idade, e declararam realizar algum tipo de trabalho informal. Verifica-se, desde logo, marcadores sociais que vão ao encontro do perfil seletivo do sistema penal, qual seja a da mulher jovem e parda/negra, com arranjos familiares monoparentais, e marcada pela a precarização das possibilidades de realização econômica.

A análise qualitativa dos discursos, em seguida, possibilitou vislumbrar como esses marcadores sociais são mobilizados pelos juízes na construção da categoria “periculosidade concreta”, e articulados com outras informações como antecedentes criminais, gravidade do crime e uso problemático de drogas. A partir da categorização dos discursos, foram identificadas seis linhas narrativas, as quais são retomadas na tabela abaixo.

Tabela 4: Linhas narrativas do discurso e pontos centrais do conteúdo

Linha narrativa do discurso	Pontos centrais do conteúdo
Discurso 01: Maternidade como fator de vulnerabilidade social.	Condição de gravidez e cuidados com criança como um dos elementos para constatação de ausência de periculosidade concreta.
Discurso 02: Aplicação objetiva do Marco Legal da Primeira Infância	Aplicação dos requisitos objetivos da lei (estar grávida, ser mãe de filho menor de 12 anos).
Discurso 03: Prova documental	Exigência de prova idônea da maternidade (ou seja, a palavra por si só não é suficiente).
Discurso 04: Aplicação da lei faculdade do juiz	Compreensão de que a expressão “pode o juiz” dá abertura para discricionariedade.
Discurso 05: Drogas no domicílio	A confusão entre o lugar do crime e o lugar do cumprimento da restrição de liberdade impede a aplicação da lei.
Discurso 06: Maternidade irresponsável como fator de risco para a criança	A maternidade associada a uma vida criminosa e ao uso de drogas configura risco para a saúde e integridade das crianças.

Finalmente, a compreensão de que o exercício da maternidade é mediado por relações de poder, trazida pelo conceito de “hierarquia reprodutiva”, tentou criar bases explicativas para o fato de que algumas formas de exercer a maternidade são consideradas mais ou menos reconhecidas pelos juízes em audiência de custódia. Diante dessas reflexões, mostra-se importante pensar a proteção aos direitos sexuais e reprodutivos, em especial o direito social maternidade articulada a outros marcadores sociais, como raça e classe. A aplicação do Marco Legal da Primeira Infância afastada de uma perspectiva interseccional pode contribuir para reafirmação um determinado lugar social para a maternidade, que é discriminatório.

REFERÊNCIAS:

- ALVES, D. (2017). Rés negras, juízes brancos: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. *Revista CS*, 21, pp. 97-120. Cali, Colombia: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Icesi.
- BADINTER, Elisabeth. Um amor conquistado: o mito do amor materno; tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.
- BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo, Vol.2: A experiência vivida. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.
- BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a Soberania da Lei e o Chão da Prisão: a maternidade encarcerada. *Revista Direito FGV: São Paulo*, Jul – Dez 2015, pg. 553 – 546.
- BORGES, Juliana. Mulheres negras na mira. *Sur* 28 (2018).
- CRENSHAW, Kimberle. “Demarginalizing de Intersection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”. *In: The University of Chicago Legal Forum*, Vol. 1989, Issue 1, Artigo 8, 1989.
- FACHINETTO, Rochele Fellini. Quando eles as matam, quando elas o matam: uma análise dos julgamentos de homicídio pelo Tribunal do Júri. Tese de Doutorado em Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Rio Grande do Sul: UFRGS, 2012.
- MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 428.
- MATTAR, Laura Davis; DINIZ, Carmen Simone Grilo. Hierarquias Reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres. *Revista Interface: comunicação, saúde, educação*. Botucatu, v.16, n.40, 2012.
- MENDES BRAGA, Ana Gabriela; ANGOTTI, Bruna. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidade futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. *Série Pensando o Direito* no 51. Brasília: 2015.
- SCOTT, Joan Wallach. “Gênero: uma categoria útil de análise histórica”. *In: Educação & Realidade*. Porto Alegre, vol. 20, no 2, jul./dez. 1995, pp. 71- 99.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. Espetáculo da miscigenação. *Estud. av.*, São Paulo , v. 8, n. 20, p. 137-152, Apr. 1994

**A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA
INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL (HC Nº 124.306/RJ) E O PL 2574/2019, COMO
EFEITO BACKLASH**

*THE DECLARATION OF UNCONSTITUTIONALITY OF THE CRIME OF
ABORTION BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT (HABEAS CORPUS
124.306/RJ) AND THE BILL 2574/2019, AS A BACKLASH EFFECT*

Eduardo Bruno Avellar Milhomens

Doutor em Ciências Penais pela PUC Minas. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Especialista em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Advogado criminalista. Professor e Coordenador Estadual do IBCCRIM.

E-mail: eduardo@silenemilhomens.com.br

Nádia de Castro Alves

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público pela Universidade de Lisboa e pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Advogada. Professora e Membro do IBCCRIM.

E-mail: nadia.castroalves@terra.com.br

Izabela de Almeida Guimarães Lisboa

Pós-graduada em estudos diplomáticos pelo Centro de Estudos em Direito Internacional – CEDIN. Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. Advogada criminalista.

E-mail: izabela@ariosvaldo.com.br

Resumo: A declaração incidental de inconstitucionalidade da incidência do crime de aborto pelo Supremo Tribunal Federal (*habeas corpus* nº 124.306/RJ), representa importantíssimo paradigma para a proteção aos direitos fundamentais das mulheres. Em contrapartida, tratando-se de tema controverso, gerou reação contrária evidenciada pela apresentação do Projeto de Lei 2.574/2019, que propõe a criação de novo tipo penal para

o aborto em casos de malformação fetal. A esse tipo de reação, o Direito Constitucional denomina efeito ou fenômeno *backlash*. O presente artigo se propõe a confrontar o aresto do Pretório Excelso e o Projeto de Lei, sob a perspectiva do fenômeno *backlash*. Serão analisados os direitos fundamentais das mulheres; os aspectos inconstitucionais do projeto de lei e a repercussão negativa que sua aprovação significaria, em termos de política criminal. Outrossim, apresentar-se-á a análise teórica do efeito *backlash*, com o fito de demonstrar que o projeto de lei nº 2.574/2019 é um efeito *backlash*.

Palavras-chave: Efeito backlash; Direitos das mulheres; Aborto; Direitos humanos.

Abstract: The incidental declaration of unconstitutionality of the incidence of the abortion criminal type by the Federal Supreme Court (*habeas corpus* nº 124.306 / RJ) represents a very important paradigm for the protection of women's fundamental rights. On the other hand, since this is a controversial issue, it generated an opposite reaction evidenced by the presentation of Bill n. 2.574/2019, which proposes the creation of a new criminal type for abortion in cases of fetal malformation. To this kind of reaction, the constitutional law calls *the backlash effect or phenomenon*. This article aims to confront the edge of the Supreme Court and the Bill from the perspective of the *backlash phenomenon*. So, this article proposes to analyze The Supreme Court decision and the Bill, confronting them from the perspective of the *backlash effect*. Therefore, women's fundamental rights will be analyzed; the unconstitutional aspects of the bill and the negative repercussion that its approval would mean, in terms of criminal policy. In addition, the theoretical analysis of the *backlash effect* will be presented, in order to demonstrate that the Bill No. 2.574/2019 is a *backlash effect*.

Keywords: Backlash effect; Women's rights; Abortion; Human rights.

Sumário: Introdução. 1 – *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ: novo paradigma para a proteção aos direitos fundamentais das mulheres; 1.1 – Breve resumo do objeto do *writ*; 1.2 – Decisão do Supremo Tribunal Federal; 1.3 – Fixação das premissas dos direitos fundamentais das mulheres; 1.4 – Importância da Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. 2 – Fenômeno ou efeito “*Backlash*”; 2.1 – Conceito; 2.2 – Democracia e *Backlash*: discussões pertinentes. 3 – Projeto de lei nº 2.574/2019; 3.1 – Propositura; 3.2 – Aspectos inconstitucionais; 3.3 – Projeto de Lei nº 2574/2019 enquanto expressão

negativa do efeito “backlash”. 4 – HC nº 124.306/RJ *versus* PL nº 2.574/2019. 5 – Conclusão.

INTRODUÇÃO

Decisões judiciais que enfrentam o *status quo* certamente acarretam reações adversas. A declaração incidental de inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre, pelo Supremo Tribunal Federal, através do habeas corpus nº 124.306/RJ, publicado em 17/03/2017, representa importantíssimo paradigma para a proteção aos direitos fundamentais das mulheres, notadamente os direitos sexuais e reprodutivos da mulher; a autonomia e igualdade da mulher, bem como sua integridade física e psíquica durante a gestação. Por outro lado, tratando-se de tema inegavelmente controverso, não se pode ignorar a existência de movimentos contrários à descriminalização dessa específica hipótese de aborto, dentro de um cenário democrático que os comporta. À essa reação contrária, o Direito Constitucional dá o nome de efeito ou fenômeno *backlash*, o qual, numa primeira análise, constitui importante ferramenta de expressão popular democrática quanto à leitura e interpretação do texto constitucional. O *backlash* é, portanto, uma espécie de reação contrária não desejada ou não “esperada” à uma determinada atuação judicial e manifesta-se por meio de um contra-ataque, de uma retaliação, de um efeito chicoteio, e que pode ocorrer de diversas formas como uma reação popular, legislativa ou da própria revisão judicial. Com relação ao caso judicial supramencionado, nota-se, como expressão do *backlash*, a apresentação do Projeto de Lei 2.574/2019, que propõe a criação do artigo 128-A do Código Penal, inserindo novo tipo penal para os casos de malformação fetal. Conquanto retrate o anseio de parte da população em um Estado Democrático de Direito, o Projeto, se aprovado, implicará sério desrespeito aos direitos das mulheres reconhecidos no julgado mencionado. De início, cumpre ressaltar que o Projeto de Lei 2.574/2019, que se encontra na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania desde 06/05/2019, já poderia ser rejeitado e arquivado definitivamente, se o parecer emitido for no sentido da inconstitucionalidade do referido Projeto de Lei. Nesse norte, uma das hipóteses a ser considerada é o entendimento do Supremo Tribunal Federal constante da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, haja vista que, se é inconstitucional a interpretação de que a interrupção de gravidez de feto anencéfalo constituiria quaisquer

das condutas tipificadas nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, não se poderia admitir a criação de novo tipo penal que, dentre outras, certamente abarca a interrupção da gravidez de feto anencéfalo. No entanto, o que se pretende com o presente artigo, é evidenciar como o PL 2.574/2019 representa a tentativa de retrocesso diante das evidentes conquistas obtidas não apenas pela já citada ADPF nº 54, mas também pelo próprio entendimento firmado pelo HC nº 124.306/RJ, num efeito *backlash* de consequências demasiado preocupantes. Ora, a proposta apresentada pelo Senador Flávio Arns, tem como fundamento evitar qualquer forma de exclusão do direito à vida de crianças, “seja qual for a severidade das limitações que venham a apresentar”, não se verificando sequer indiretamente, qualquer proposição quanto aos direitos fundamentais da mulher, como se tais direitos simplesmente não existissem. Nesse sentido, o inegável avanço pelo Pretório Excelso, quando da ADPF nº 54, foi sobremaneira ampliado pelo HC nº 124.306/RJ, pois não condicionou as hipóteses de atipicidade da interrupção da gravidez apenas nos casos de má formação, mas foi adiante: afirmou a violação a diversos direitos fundamentais da mulher e a ofensa ao princípio da proporcionalidade, ao se criminalizar o aborto ocorrido antes do primeiro trimestre de gestação (independentemente de ser constatada qualquer má formação do feto). Destarte, o presente artigo se propõe a analisar o aresto do Pretório Excelso e o Projeto de Lei, confrontando-os sob a perspectiva do fenômeno do *backlash*. Por conseguinte, serão analisados os direitos fundamentais das mulheres; os aspectos inconstitucionais do Projeto de Lei e a repercussão negativa que sua aprovação significaria, em termos de política criminal. Outrossim, apresentar-se-á a análise teórica do efeito *backlash*, com o fito de demonstrar que o Projeto de Lei nº 2.574/2019 é um efeito *backlash*. Para tanto, vale-se de pesquisa qualitativa para a condução de um método indutivo: através da compreensão dos direitos fundamentais das mulheres e do que o julgamento do HC nº 124.306/RJ representa na defesa desses direitos, bem como da compreensão do que representa o efeito *backlash* através do Projeto de Lei nº 2.574/2019, conduzir-se-á ao prejuízo que o Projeto de Lei representará à conquista obtida pelo entendimento do Pretório Excelso e pela própria luta histórica pelos direitos das mulheres.

1 – *HABEAS CORPUS* Nº 124.306/RJ: NOVO PARADIGMA PARA A PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES

Conquanto o *Habeas Corpus* nº124.306/RJ tivesse como escopo a desconstituição da prisão cautelar de dois pacientes, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, proferiu decisão histórica, de efeitos transcendentais à impetração, para, além de conceder a ordem de ofício para revogar a prisão preventiva dos pacientes (estendendo a benesse aos corréus), declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do tipo penal insculpido nos arts. 124 a 126 do Código Penal, nas hipóteses em que interrupção voluntária da gestação seja realizada nos três primeiros meses.

Valendo-se de importantes premissas internacionais da proteção aos direitos fundamentais das mulheres, o eminente Ministro Luís Roberto Barroso, Relator para o acórdão, enfrentou a criminalização da interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre, ponderando que, nessa hipótese, o exercício estatal do *jus puniendi* fere a dignidade humana da mulher. Por conseguinte, o profissional de saúde que viabiliza o exercício de vontade da mulher, nessa que é uma decisão, por si só, trágica, também não pode ser responsabilizado criminalmente.

Assim, ainda que a decisão não implique a descriminalização integral dos tipos penais relativos à interrupção voluntária da gravidez, os argumentos expendidos e o alerta proferido de quão elevada é a restrição a direitos fundamentais das mulheres quando o aborto é criminalizado, sinaliza importante conquista na progressão dos mecanismos estatais de proteção aos direitos da mulher, razão pela qual o aresto representa o paradigma da conquista social a ser estudado no presente trabalho.

Por conseguinte, passa-se ao estudo detalhado do julgado, com notória ênfase à análise procedida à inconstitucionalidade dos tipos penais, pela pertinência ao tema proposto.

1.1 Breve resumo do objeto do *writ*

O *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ foi impetrado em benefício de E.S. e R.A.F., contra o r. acórdão prolatado pela Colenda Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, manteve a prisão preventiva decretada pela Egrégia Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Segundo consta da impetração, os pacientes, juntamente com outros três corréus, foram presos em flagrante delito aos 14/03/2013, por suposta prática dos crimes de aborto e formação de quadrilha (arts.126 e 288, respectivamente, ambos do Código Penal Brasileiro). Em 21/03/2013, o d. juízo primevo concedera-lhes a liberdade provisória. Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito. A d. Quarta Câmara Criminal do Tribunal Fluminense deu provimento ao recurso, convertendo, por conseguinte, a prisão em flagrante em prisão preventiva, ao argumento de que estariam presentes as hipóteses de cabimento da segregação cautelar, previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam a garantia da ordem pública e a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal.

A defesa dos pacientes impetrou *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do *mandamus* e, no entanto, examinou o mérito do acórdão proferido pelo tribunal estadual, afirmando que a gravidade concreta do delito (demonstrada pelo grau de reprovabilidade da conduta), bem como a tentativa de fuga do local dos fatos, seria suficiente para confirmar a indispensabilidade da prisão preventiva.

Por essa razão, a defesa impetrou novo *Habeas Corpus*, dessa vez perante o Pretório Excelso, ressaltando a teratologia do *decisum*, buscando a revogação da prisão preventiva, com pedido liminar deferido pelo então Relator, Ministro Marco Aurélio, em 08/12/2014, com posterior extensão da benesse aos corréus D.D.F., J.M.S. e C.E.S.P.

O julgamento do remédio constitucional pelo Pretório Excelso teve início aos 09/08/2016, quando o Ministro Relator Marco Aurélio conheceu do *mandamus* e concedeu a ordem, nos termos da liminar deferida, mantendo a respectiva extensão dos benefícios aos corréus, ressaltando que a ação penal estava em regular trâmite e contou com o comparecimento de todos os denunciados nos atos processuais, evidenciando a desnecessidade da prisão preventiva.

O Ministro Luís Roberto Barroso, pediu vista antecipada dos autos, retomando-se o julgamento aos 29/11/2016, ocasião em que o julgamento foi definido, nos termos a seguir explicitados.

1.2 Decisão do Supremo Tribunal Federal

Em seu voto, o eminente Ministro Luís Roberto Barroso fez importantíssimas considerações que merecem detida atenção.

Inicialmente, o Ministro acolheu preliminar de não-conhecimento do *Habeas Corpus* como substitutivo ao Recurso Ordinário, suscitada pela Procuradoria da República. Entretanto, concedeu a ordem de ofício, ante a ausência das hipóteses de cabimento da prisão preventiva, retomando a fundamentação expendida pelo Ministro Marco Aurélio.

Em seguida, o Min. Barroso ultrapassou o âmbito da impetração, passando a examinar a própria constitucionalidade dos tipos previstos nos arts. 124 a 126 do Código Penal, ressaltando que a incriminação do aborto praticado pela gestante ou por terceiros com o consentimento desta, na hipótese de interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre, fere o princípio da proporcionalidade, além de violar diversos direitos fundamentais da mulher.

Dentre as diversas considerações relevantíssimas ao tema, salienta-se, a seguir, os principais aspectos do voto proferido pelo eminente Ministro, sob a perspectiva da proteção aos direitos das mulheres e o inegável avanço que a decisão evidencia.

1.2.1 A realidade sob a prática do aborto: ninguém em sã consciência suporá que se faça um aborto por prazer ou diletantismo

A premissa da reprovabilidade da conduta normalmente é assentada na errônea compreensão de que a mulher recorre ao aborto por comodidade ou mesmo prazer. No caso em apreço pelo Supremo, a Sexta Turma do STJ se reportou à reprovabilidade da conduta (genericamente), em clara alusão ao errôneo entendimento de que o aborto é praticado sem qualquer impacto psicológico sobre a mulher.

Outra importante premissa foi, ao legitimar a conduta da mulher, há de ser legitimada, por coerência, a conduta do profissional de saúde que é procurado para possibilitar a conduta optada pela mulher.

1.2.2 As divergências de entendimento sobre o status jurídico do embrião não retiram a importância do fato de que, para a sua formação, há integral dependência do corpo da mulher

Com efeito, há posições divergentes sobre qual seria o status jurídico do embrião durante os primeiros meses de gestação: de um lado, os que defendam que há vida a

partir da concepção, o que implica dizer que o embrião, logo em seguida à concepção, goza de proteção jurídica do Estado, por sua expectativa de direito; por outro lado, os que defendam que só há vida (passível de proteção jurídica) quando formado o sistema nervoso central e a presença de rudimentos de consciência, o que só ocorre após o primeiro trimestre de gestação.

Contudo, qualquer que seja o posicionamento adotado, fato é que a dependência do corpo da mulher para que o embrião se desenvolva é integral.

1.2.3 – A criminalização do aborto como violação de diversos direitos das mulheres:

O Ministro Relator para o acórdão trouxe detalhadamente as diversas ofensas que a criminalização do aborto representa à proteção do direito das mulheres.

A propósito, colha-se a didática explanação de AZEVEDO¹ acerca do tema:

A perspectiva de que o embrião e o feto, desde a concepção, devem ser protegidos, é válida e é, inclusive, compartilhada por mulheres que abortam. O problema é a generalização dessa perspectiva, no que diz respeito ao aborto, a priori, por intermédio da legislação penal, sem admitir exceção. Aqui, a pretexto de proteger a vida humana em sentido objetivo ou a vida desde a concepção, a lei passa a violar inúmeros direitos fundamentais, em especial a dignidade das mulheres, entendida como o direito ao reconhecimento da autonomia moral e da capacidade de autodeterminação a partir do critério da diferença.

As violações aos direitos das mulheres são:

1.2.3.i – a autonomia da mulher

Em se tratando de mulher, a autonomia se manifesta de maneira central através do poder de controlar o próprio corpo, tomando as decisões que a ela dizem respeito. Nesse norte, as decisões sobre a manutenção ou interrupção da gravidez em seu princípio são verdadeiras expressões de autonomia, razão pela qual o Estado não poderia impor-se sobre essa escolha, já que o útero da mulher não está “*a serviço da sociedade*”.

¹ AZEVEDO, André Freire. **Direito ao aborto e constituição**: gênero, identidade, diferença e jurisdição constitucional. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. p.246. ênfase acrescida.

1.2.3.ii – direito à integridade física e psíquica

“Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher”. Conquanto a escolha pela manutenção de uma gravidez possa representar fonte de grandes alegrias, quando a manutenção decorre do medo de uma sanção penal, as transformações físicas e psíquicas que decorrem naturalmente da gravidez passam a se tornar verdadeiro terror à mulher.

1.2.3.iii – direitos sexuais e reprodutivos

Trata-se de direitos que ainda são objeto de tabu. No entanto, toda mulher tem o direito a uma vida sexual ativa e prazerosa tal qual se reconhece aos homens. Nesse direito, inclui-se o poder de decisão sobre querer ou não ter filhos, sem discriminação ou coerção de qualquer natureza. Afinal, “*justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade*”.

1.2.3.iv – Igualdade de gênero

Cabe aqui salientar que o Código Penal, que prevê os crimes relativos ao aborto, data de 1940, ou seja, a criminalização das condutas se deu em época assaz antiga, em total desacordo ao contexto hodierno, de igualdade de direitos entre homens e mulheres.

Assim, ao se compreender que é a mulher quem suporta integralmente o ônus da gravidez, somente há respeito à igualdade de gênero quando à mulher é dado o integral direito de escolha sobre a manutenção da gravidez.

1.2.3.vi – Discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres

Como mencionado alhures, a criminalização do aborto retira da mulher a possibilidade de buscar métodos seguros de interrupção da gestação. Nesse contexto, as mulheres pobres ficam muito mais sujeitas a riscos de lesões graves, mutilações e até mesmo morte, ao passo que as mulheres com melhor condição financeira, dispõe de condições mais seguras de optar pelo procedimento clandestino.

Para corroborar com o posicionamento do Ministro, o posicionamento esposado por BOITEUX²:

Falando especificamente do aborto hoje ilegal, na prática o seletivo sistema penal tem poucas estatísticas de mulheres processadas por tal crime, mas as mulheres praticam aborto mesmo assim. Tal criminalização, portanto, impõe sério risco (especialmente às mulheres mais pobres) quando estas se submetem a intervenções corporais arriscadas, ilegais e pouco higiênicas em clínicas clandestinas na forma de um antidemocrático controle do nosso corpo pelo Estado, violando nossa autonomia, dignidade e liberdade. Ao mesmo tempo, mulheres das classes mais altas conseguem ter acesso a clínicas em melhores condições ainda que ilegais, pagando caro por isso.

1.2.4 – A ofensa ao princípio da proporcionalidade

Com essas considerações, o Ministro Barroso conclui pela inegável ofensa ao princípio da proporcionalidade, passando ao exame dos seus subprincípios norteadores, assim sintetizados:

1.2.4.i – Subprincípio da adequação

Para que seja proporcional a criminalização do aborto precisaria ser adequada à proteção do direito à vida do feto. No entanto, as estatísticas mundiais evidenciam que as taxas de aborto em países onde há permissão legal são próximas às taxas em países onde o aborto é ilegal.

Destarte, a criminalização do aborto atinge apenas a quantidade de abortos realizados de maneira segura, ou seja, onde os riscos de complicações/óbitos decorrentes da intervenção são menores.

Ademais, o próprio Estado concede, por meio do sistema de saúde, medicações à população que interrompem a gestação, o que representa verdadeiro óbice à proibição que o próprio Estado pretende, ao manter criminalizada uma conduta nos mesmos moldes de 1940.

² BOITEUX, Luciana. **A ADPF 442, dignidade das mulheres, democracia e o STF**. Boletim IBC-CRIM, São Paulo, v. 25, n. 294, p. 5-7., mai. 2017. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=134804. Acesso em: 20 mai. 2019.

1.2.4.ii – Subprincípio da necessidade

A criminalização do aborto, para ser considerada proporcional, precisaria afigurar-se como único meio que tutele o direito à vida do embrião e represente, ao mesmo tempo, a medida menos restritiva aos direitos das mulheres.

Todavia, há outras medidas que melhor se ajustam ao subprincípio da necessidade, notadamente as medidas relativas ao aconselhamento psicológico, a educação sexual e estrutura de apoio à mulher que opte pela manutenção da gravidez, após o devido aconselhamento. Países como a Alemanha se valem de diversos programas nesse sentido, que, certamente, representam medidas menos lesivas ao direito da mulher.

1.2.4.iii – Proporcionalidade em sentido estrito

A criminalização do aborto precisaria representar uma medida de compensação entre as restrições aos direitos das mulheres e a proteção do feto, para ser proporcional, em sentido estrito.

Entretanto, como anteriormente assinalado, a medida tem grau reduzido de proteção ao feto e, por outro lado, representa drástica restrição aos direitos da mulher, evidenciando, assim, a ofensa ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, ante o cotejo de todos os elementos do princípio da proporcionalidade, vê-se que a criminalização não guarda qualquer equilíbrio com a proteção ao bem jurídico tutelado, qual seja, a vida do feto.

1.2.5 – O voto escrito da Ministra Rosa Weber

Em complementação às considerações do Ministro Barroso, a Ministra Rosa Weber trouxe à baila a evolução histórica, em nível internacional, da luta pelos direitos das mulheres, notadamente quanto à possibilidade da interrupção voluntária da gestação até o primeiro trimestre, cuja conclusão merece destaque:

Fica demonstrada, das pesquisas realizadas por instituições internacionalmente reconhecidas na área das ciências biológicas, que o designado aborto clandestino é realidade ascendente dos países que não disciplinaram juridicamente a prática da interrupção da gravidez por decisão da mulher no primeiro trimestre da gestação, que implica sérios riscos de saúde e aumento da mortalidade materna por complicações dos procedimentos clandestinos de aborto, os quais são utilizados pelas mulheres que não possuem condições

econômicas de custear o tratamento particular. Aqui, precisamos apontar a séria situação de ausência de política pública estatal.

[...]

Entendo, pelas razões expostas, bem como pela justificação decisória compartilhada do voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso, que a proporcionalidade da escolha política é controversa em face da tutela dos direitos fundamentais da mulher, cabendo interpretação conforme a Constituição para excluir do âmbito de incidência dos artigos 124 a 126 a hipótese de interrupção voluntária da gravidez, por decisão da mulher, no primeiro trimestre.

Com efeito, a criminalização do aborto no primeiro estágio de gestação (primeiro trimestre) não é medida eficaz, nem mesmo proporcional à tutela do feto, e apenas evidencia a ausência de política pública séria ao enfrentamento de questão evidentemente afeta à saúde pública e à desigualdade social.

1.3 – Importância da Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Oportunamente, insta salientar que o julgamento desse *Habeas Corpus* não constituiu a primeira oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal se manifestou quanto à descriminalização de determinadas condutas que possam se ajustar aos tipos penais relativos à interrupção da gravidez.

Nesse sentido, a ADPF nº 54 foi importante oportunidade para o exame da *quaestio*, quando se apreciou o aparente conflito entre

“os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência”.

Não obstante a relevância da referida ação, que assentou importantes premissas para a proteção do direito da mulher, é preciso esclarecer que, nos casos de anencefalia, a discussão alcança a impossibilidade de sobrevivência extrauterina do feto e os riscos que a mulher corre ao manter a gestação, excluindo-se, por conseguinte, não apenas as demais hipóteses de deficiências e malformações fetais, mas também as questões mais abrangentes que dizem respeito à dignidade da mulher, à autonomia sobre seu corpo, a sua liberdade sexual, etc.

Destarte, não se ignora a inegável relevância da ADPF nº54 e do entendimento expandido nela pelo STF, mas a discussão encampada pela arguição foi sobremaneira limitada.

Ora, as demasiado variadas hipóteses que permeiam a realidade da prática do aborto não foram incluídas, sendo certo que grande parte das pessoas processadas pelos crimes do art. 124 e do art.126 do Código Penal estão relacionadas à parcela pobre da população feminina.

Para essa parcela, a interrupção voluntária da gravidez submete-se a rigoroso controle estatal, além de sérios riscos de morte da gestante; em contrapartida, as mulheres em melhores condições financeiras têm acesso a métodos clandestinos menos arriscados, e raramente se submetem ao rigor do Direito Penal.

A propósito:

Alguns tabus precisam ser desmistificados. O aborto não é método contraceptivo. É necessário investir em direitos reprodutivos: educação, prevenção, informação e fornecimento de anticoncepcionais pelo sistema público de saúde. A criminalização não impede que mulheres realizem abortos. Mulheres têm dignidade, autonomia, história e precisam ser respeitadas como seres humanos adultos e pensantes. Julgar que mulheres não se importam em abortar e banalizam o aborto é desconhecer totalmente a realidade e o sofrimento por que passam tantas mulheres nessas condições. Ela é, em regra, compelida a esse procedimento por situações de vida. Se ocorrer a descriminalização, nenhuma mulher será obrigada a abortar, mas aquelas que decidirem por isso poderão realizar o procedimento com o devido cuidado e assistência humanitária no serviço público.³

Nessa esteira, a discussão propiciada pelo Ministro Barroso em seu voto proferido no HC nº 124.306/RJ alcançou as questões mais sensíveis atinentes à criminalização da interrupção voluntária da gravidez, não sem antes alertar para o real papel do Estado na proteção da mulher e da família:

Antes de avançar, porém, cumpre estabelecer uma premissa importante para o raciocínio a ser desenvolvido: o aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. Por isso mesmo, é papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas. Portanto, ao se

³ BOITEUX, Luciana. *Op.cit.*

afirmar aqui a incompatibilidade da criminalização com a Constituição, não se está a fazer a defesa da disseminação do procedimento. Pelo contrário, o que se pretende é que ele seja raro e seguro.

Em verdade, a luta pela descriminalização do aborto não tem, em si mesma, um viés fomentador da interrupção voluntária da gravidez, mas, tão somente, a consciência quanto à experiência traumática que essa interrupção significa, bem como o agravamento do mal-estar psicológico da mulher que abortou e ainda se submete às agruras de um processo penal.

Nesse norte, o posicionamento expendido pela 1ª Turma do STF possibilitou a abertura de discussões mais amplas sobre a efetiva proteção dos direitos das mulheres, alterando a perspectiva sobre a mulher que opta pela interrupção da gravidez.

2 – FENÔMENO OU EFEITO “*BACKLASH*”

Atualmente é possível perceber um claro movimento de hiperjudicialização tanto de questões éticas quanto políticas. Questões de grande impacto social, como a validação das ações afirmativas, pena de morte, a proteção dos animais não-humanos, questões ambientais, LGBTIs e a descriminalização do aborto são exemplos de questões que passaram a ser discutidas e decididas pelos órgãos judiciais, modificando substancialmente os tradicionais arranjos da organização dos poderes.

A partir desse novo modelo, o órgão responsável pela jurisdição assume um protagonismo relevante em casos complexos, que dividem a sociedade, em posições contramajoritárias, ora em posição mais conservadora ou mais progressista. Nesses casos, o poder normativo migra do poder Legislativo para o poder Judiciário, criando um foco de tensão entre esses dois poderes, sob a justificativa da necessidade de interferência da jurisdição. Notadamente, é o próprio Judiciário o árbitro que definirá seus próprios limites e decidirá se tratar de questão jurídica ou de questão política.

Nesse modelo em que temos as chamadas leis álibis que tornam o Legislativo frágil e abrem espaço para um Judiciário oportunista, que dança conforme a música proposta por grupos políticos dominantes, abre-se um cenário ideal para o ativismo judicial. E esse ativismo judicial tem um preço, um efeito: o *backlash*.

2.1 Conceito

Não há dúvidas de que a solução judicial, não importando a direção que ela aponte, gera uma certa insatisfação popular. É até esperado que ocorram reações sociais e políticas em casos mais polêmicos possibilitando, inclusive, mobilizações organizadas com o intuito de mostrar inconformismo e até de alterar o entendimento adotado.

A esse fenômeno, a doutrina dá o nome de *backlash*. Bastante difundido na doutrina americana e ainda pouco explorado na doutrina brasileira, *backlash* é, portanto, uma reação adversa não desejada à atuação judicial. É espécie de contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial⁴.

Em 1972, nos Estados Unidos, a Suprema Corte julgou o caso *Furman v. Georgia*, que invalidou a pena de morte. Por 5 votos a 4, decidiu-se que a pena de morte era incompatível com a oitava emenda da constituição norte-americana, que proíbe a adoção de penas cruéis e iníquas. Esta decisão que, aparentemente marcaria o fim da pena de morte no país acabou gerando uma mudança repentina, fortalecendo um grupo conservador que obteve expressivas vitórias políticas sob a bandeira do endurecimento da legislação penal, conseguindo aprovar diversas leis aumentando o rigor da legislação penal, inclusive ampliando a prática da pena de morte. Até que, em 1976, a Suprema Corte norte-americana reavaliou a decisão proferida em *Furman v. Georgia* e passou a entender que, observadas algumas condições, a adoção da pena de morte seria compatível com a oitava emenda da constituição, permitindo que os estados pudessem prever a pena capital para os crimes mais graves⁵.

Esse exemplo traduz e ilustra o que é o efeito *backlash*: uma reação contrária da população em relação às decisões judiciais, como uma espécie de efeito colateral.

O fenômeno do *backlash*, doutrinariamente descrito como uma espécie de refluxo social ou efeito chicoteio, pode se manifestar por diversas formas de retaliação, que podem ser exteriorizadas: pela revisão legislativa de determinadas decisões controversas; pela interferência política no processo de preenchimento de vagas nos Tribunais com

⁴ MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália.

⁵ MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. 2015. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdiacao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>. Acesso em 21 mai.2019

vistas a assegurar a indicação de juízes que atendem aos propósitos do de um determinado setor de poder ou bloquear a indicação de juízes que não sejam desejáveis a esse modelo; através de tentativas de compor o Tribunal com aqueles detentores de poder político; através da aplicação de sanções disciplinares, impeachment ou remoção de juízes que não se adequam a determinado modelo, barrando poderes de controle de constitucionalidade, inclusive podendo ter como efeito a criação de um ambiente político propício ao retrocesso.

Normalmente o foco do ataque não é o fundamento jurídico da decisão judicial em si, mas a vertente ideológica que costuma estar por trás do tema decidido. Se a decisão judicial tem um viés conservador, a reação acaba vindo de setores progressistas e vice-versa.

Ainda segundo MARMELSTEIN, na prática, o efeito *backlash* funciona da seguinte forma:

“(1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão”

Em termos práticos, a cada caso polêmico enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, tenta-se na via política aprovar medidas legislativas contrárias ao posicionamento judicial. A decisão judicial de não-criminalizar a antecipação terapêutica do parto, em caso de anencefalia do feto, provocou o fortalecimento político de grupos mais conservadores, favoráveis ao chamado Estatuto do Nascituro, um Projeto de Lei cujo objetivo principal é proibir absolutamente o aborto.

O Professor Michael Klarman⁶, da Harvard Law School, cita como exemplo clássico de *backlash* na doutrina americana o caso *Roe v. Wade*, (1973) que trata da descriminalização do aborto nos Estados Unidos, que gerou um forte movimento político do chamado *pró-vida* e obteve profundos efeitos na política nacional desde então. Como exemplo, o autor cita nomeações de importantes cargos políticos e o próprio debate do sistema de saúde norte-americano em 2009 como temas diretamente influenciados por esta decisão judicial cujos reflexos são perceptíveis mesmo 35-40 anos depois desta decisão da década de 70.

2.2 Democracia e *backlash*: discussões pertinentes

O efeito *backlash* carrega consigo inúmeras divergências de aplicação especialmente quanto às suas consequências para a jurisdição constitucional. Enquanto alguns compreendem o *backlash* como mero efeito colateral, outros entendem que o *backlash* deve ser considerado e repensado por conta do prejuízo causado à própria noção de democracia e da separação de poderes.

Reva Siegel e Robert Post, defensores do constitucionalismo democrático afirmam que o *backlash* expressa o desejo de um povo livre de influenciar o conteúdo de sua Constituição, além de favorecer a jurisdição constitucional e o estabelecimento de uma sociedade igualitária⁷.

Para melhor compreensão, a ideia de constitucionalismo democrático defendida pelos autores significa os entendimentos e práticas pelas quais os direitos constitucionais foram historicamente estabelecidos no contexto de controvérsia cultural. O constitucionalismo democrático vê a divergência interpretativa como uma condição absolutamente normal para o desenvolvimento do direito constitucional. Elucidando valores de forma a moldar o processo de tomada de decisão constitucional, valorizando o

⁶ KLARMAN, Michael. Courts, Social Change, and Political Backlash. In: Hart Lecture at Georgetown Law Center, March 31, 2011. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/2>. Acesso em 21 mai.2019

⁷ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de y Fernanda Ferreira Mendes (2018): “ Backlash na teoria do constitucionalismo democrático e na teoria do minimalismo judicial”, Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (enero-marzo 2018). Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccs/2018/01/minimalismo-judicial.html>. Acesso em 20 mai.2019

papel essencial que o engajamento público desempenha na legitimação das instituições e práticas da revisão judicial⁸.

Esse modelo defende práticas que facilitam uma comunicação maior e permanente entre a sociedade e os Tribunais, em um ideal democrático de governo com maior participação popular, inclusive nos moldes ideais de Haberle e da necessidade de ampliação do círculo de intérpretes da Constituição.

Em posição contrária, Cass Sunstein defende a ideia do minimalismo judicial moderno, onde os Tribunais devem limitar sua atuação ao caso concreto em análise, evitando-se controvérsias morais, exatamente para limitar o desenvolvimento do *backlash*. No minimalismo judicial, propõe-se que os juízes devem, em geral evitar as regras gerais e teorias abstratas, e tentar focar sua atenção apenas no que é necessário para resolver disputas particulares. Sustenta que⁹:

“Os tribunais devem não decidir questões desnecessárias para a resolução de um caso; tribunais deveriam negar a manifestação para as áreas que não estão “maduras” para decisão; tribunais deveriam evitar decidir questões constitucionais; os tribunais devem respeitar os seus próprios precedentes; tribunais devem, em certos casos, investigar o real em vez de propósito hipotético de estatutos; tribunais não devem emitir pareceres consultivos; tribunais devem seguir participações anteriores, mas não necessariamente ditas como anteriores; os tribunais devem exercer as virtudes passivas associadas com doutrinas que envolvem a tomada de decisão”.

Com isso, temos a existência de um desacordo sobre as concepções da participação popular como meio de se obter, estabelecer e concretizar direitos constitucionais que são firmados nas democracias heterogêneas.

O constitucionalismo democrático sugere, então, que o *backlash* pode ser entendido como uma das muitas práticas de contestação da norma através do qual a sociedade procura influenciar o conteúdo da lei constitucional, promovendo a solidariedade constitucional e revigorando a legitimidade democrática da interpretação constitucional. A existência de conflitos sobre determinados significados constitucionais, é intrínseco ao constitucionalismo, de forma que o denominado “refluxo” se insere dentro de um contexto de normalidade no desenvolvimento de uma cultura constitucional¹⁰.

⁸ OLIVERIA, Paulo Eduardo Vieira de. *Op.cit.*

⁹ OLIVERIA, Paulo Eduardo Vieira de. *Op.cit.*

¹⁰ OLIVERIA, Paulo Eduardo Vieira de. *Op.cit.*

Se uma determinada pessoa entender que o Tribunal interpretou mal algum dispositivo da Constituição, é perfeitamente adequado que o cidadão se manifeste com base nesse entendimento, impulsionando alguma medida para tentar anular a decisão deste Tribunal.

Para o constitucionalismo democrático, a existência de conflitos sobre determinados significados constitucionais, na forma do *backlash*, devem ser inerentes ao próprio constitucionalismo e se inserir dentro de um contexto de normalidade para o desenvolvimento da cultura constitucional dentro de uma sociedade plural. Neste sentido, a sensibilidade do direito constitucional à opinião popular seria um elemento para potencializar a sua legitimidade democrática.

De outra baila, a corrente contrária ao constitucionalismo democrático defende que o *backlash* nada mais é que uma intensa desaprovação pública ao poder judiciário, acompanhado por medidas agressivas para resistir a uma decisão e remover sua força jurídica, e que esse efeito deve ser evitado sempre que possível.

Assim, o *backlash* traduz ideia de uma reação contrária, um reflexo a uma medida ou decisão estatal, embora mais frequentemente o foco seja direcionado às deliberações do Judiciário, significando uma expressiva resistência, uma oposição jurídico-política de grande intensidade. A decisão deve ser feita pelos Juizes de forma estreita e sem invocar teorias filosoficamente profundas, permitindo que questões moralmente controversas sejam solucionadas pelas instâncias deliberativas que possuam legitimidade democrática. Traduz, também, a ideia de neutralidade quando se tratar de valores sociais, morais e políticos, limitando a competência judicial.

Portanto, decisões que podem causar refluxo, indignação, conflitos e que envolvam questões morais que podem abalar o íntimo de parte da população, que é plural e heterogênea, devem ser amplamente evitadas para o minimalismo judicial, justamente para que não existam ressentimentos populistas. Então, para a corrente do minimalismo judicial os custos do *backlash* podem superar seus benefícios¹¹.

¹¹ OLIVERIA, Paulo Eduardo Vieira de. *Op.cit.*

3 – PROJETO DE LEI Nº 2.574/2019

Proposto pelo Senador Flávio Arns, do Partido Rede do Paraná, o Projeto de Lei nº 2.574/2019 apresenta acréscimo aos tipos penais dispostos no Código Penal, inserindo o art. 128-A para criminalizar a hipótese de aborto motivado pela malformação do feto, sob a seguinte justificativa, *in verbis*.

É inaceitável a possibilidade de que a eugenia, prática de estados totalitários do século passado, avance em supostas brechas, neste caso inexistentes, da Lei brasileira. No caso das gestantes contaminadas pelo vírus Zica, por exemplo, apenas um percentual delas poderá vir a dar à luz crianças com microcefalia e, ainda assim, em gradações variadas, o que em hipótese alguma pode excluir a essas crianças do direito à vida, seja qual for a severidade das limitações que venham a apresentar. Nessa toada, em futuro

próximo o aborto poderá vir a ser discutido no Judiciário no caso de fetos diagnosticados com síndrome de Down, ou com deficiências outras, que sejam identificadas ainda na gestação. Este é um perigo que não podemos admitir. Aceitá-lo, seria admitir a barbárie.

Na sociedade civilizada que somos, para as mães e famílias de crianças com malformações fetais, e para essas próprias crianças, tudo o que cabe são políticas públicas eficazes de assistência integral e de bem viver. Aborto, jamais.

Portanto, a tentativa proposta é de ampliar as hipóteses de criminalização do aborto, fazendo frente ao posicionamento do STF, que apreciou circunstâncias nas quais a interrupção voluntária da gravidez não caracteriza crime, para além daquelas previstas no art.128 do CPB.

O projeto foi apresentado em 24/04/2019 e encaminhado para a Comissão de Constituição de Justiça. Por não terem sido oferecidas emendas no prazo regimental o PL permanece no aguardo da designação de Relator, desde o dia 06/05/2019¹².

3.1 – Aspectos inconstitucionais

Mister esclarecer, inicialmente, que o PL pode, nos termos do art. 48 do Regimento Interno do Senado Federal, ser impugnado pelo Presidente do Senado, na hipótese de a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, emitir parecer sobre a inconstitucionalidade do Projeto.

¹² Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136519>. Acesso em 29/09/2019.

Essa possibilidade se afigura crível diante do posicionamento da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, expendido no HC nº124.306/RJ, tratado alhures.

Ora, o entendimento apresentado pelo Ministro Relator para o acórdão é de que a criminalização do aborto (realizado no primeiro trimestre de gestação) ofende diversos dos direitos das mulheres, além de ofender o princípio da proporcionalidade, haja vista a demonstração de não se mostrar um meio eficaz à proteção do bem jurídico e menos lesivo ao direito da mulher.

Ademais, tal qual proposto, o novo tipo penal abarcaria, dentre outras circunstâncias, o aborto do feto anencéfalo, indo de encontro à definição de inconstitucionalidade constante da ADPF nº 54, *in verbis*:

FETO ANENCÉFALO – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Em análise do r. acórdão, verifica-se a definição de anencefalia, que *consiste em malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária* (d.n.).

Por conseguinte, a proposição do Senador Flavio Arns criminalizaria circunstância já submetida ao controle difuso de constitucionalidade, evidenciando que o projeto, em suas proposições, encontra óbices constitucionais que impedem o regular seguimento do projeto às etapas de aprovação.

3.3 – Projeto de Lei nº 2574/2019 enquanto expressão negativa do efeito “backlash”

A justificação constante do PL dispõe de diversos comentários de cunho inespecífico, não se sabendo, por exemplo, qual seria a malformação abrangida pelo tipo penal proposto. No entanto, logo no início do texto se constata a clara intenção do parlamentar em fazer frente ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal: [...] *eo*ca a falsa informação de que *cabe ao judiciário legislar acerca do aborto motivado pela*

má formação fetal, como se quanto a isto o Legislativo já não se houvesse pronunciado tacitamente e em definitivo.

Apropositura do PL, portanto, tem o nítido intuito de fazer frente ao posicionamento do Pretório Excelso, iniciado pela ADPF nº 54 e ampliado pelo julgamento do HC nº124.306/RJ, caracterizando o efeito *backlash* em relação ao avanço que as decisões do Supremo representam para a proteção do direito das mulheres.

5 – CONCLUSÃO

Ao analisarmos o efeito *backlash*, podemos nos questionar se é o caso de tratar o assunto como uma mera reação política ao ativismo judicial moderno. Podemos, ainda, avaliar se os riscos decorrentes desse fenômeno colocam à prova todo o sistema de poder dentro de uma sociedade democrática.

A questão se justifica pela grande controvérsia atual a respeito do papel e da força da jurisdição constitucional no âmbito da separação dos poderes e da sua dificuldade contramajoritária. Em especial, tratando-se dos direitos das mulheres, alvo de diversas medidas de controle e submissão dentro de uma sociedade patriarcal e opressora, é notório que grupos conservadores pretendam reverter qualquer avanço sobre esse tema.

O que se nota, no caso sob discussão neste artigo, é que a postura vanguardista do Supremo Tribunal Federal brasileiro tem contribuído para a ascensão do conservadorismo no país, o que se evidencia pela justificação proposta pelo Senador Arns em seu Projeto de Lei, que rechaça expressamente a atuação do judiciário no tema relativo à interrupção voluntária da gravidez.

Mas isso não é necessariamente um paradoxo. Em verdade, a mudança jurídica decorrente da decisão judicial obriga que os conservadores exteriorizem seus pontos de vista claramente e, nesse processo, um sentimento de intolerância, que até então era encoberto pela conveniência do *status quo* opressivo, tende a surgir de modo menos camuflado.

O problema é que, no caso de decisões judiciais desse tipo, que abordam assuntos tão sensíveis, dificilmente se conseguiria no cenário brasileiro, a necessária mobilização social para que a situação fosse minimamente discutida sob o viés da proteção dos direitos das mulheres. Nesse tipo de situação verifica-se a inversão do ônus do constrangimento, pois quem tem que sair da situação de comodidade é o grupo reacionário que precisará

assumir seus preconceitos sem subterfúgios. Desse modo, a decisão judicial exigirá, do grupo reacionário, a necessidade de defender abertamente a situação odiosa, antes encoberta por um discurso dissimulado, tal qual se vê no Projeto de Lei nº2.574/2019, no qual se defende a ampliação das hipóteses de aborto visando evitar a possibilidade de aborto quando há diagnóstico de Síndrome de Down.

É preciso ter consciência de que o efeito *backlash*, mesmo gerando resultados indesejados, faz parte do jogo democrático, o que não deve impedir, obviamente, uma análise jurídica sobre a validade constitucional de qualquer lei aprovada pelo parlamento, seja ela gerada ou não pelo efeito *backlash*. Também é preciso ter consciência de que o efeito *backlash* não é um mero processo de medição de forças, em que os juízes disputam com os políticos a prerrogativa de dar a “última palavra” sobre questões sensíveis. Há muito mais em jogo. Se não tivermos uma compreensão clara sobre os fatores que influenciam a legitimidade do poder, sobre o tipo de soluções institucionais que desejamos, sobre o papel do poder Legislativo e do próprio Judiciário, com todos os seus defeitos e virtudes, dificilmente conseguiremos resolver os conflitos que surgem da constante tensão que existe entre o direito e a política, que está na base do problema trazido neste artigo.

O efeito *backlash* não deve ser tratado como um fator jurídico, mas sim, como um aspecto que deve ser pensado numa perspectiva estratégica. Não deve ser, portanto, usado como um fator de decisão.

Sabe-se que a jurisdição constitucional não é o local adequado para a inovação normativa pois, sempre que se inverte o *status quo*, tende-se a aumentar a força do ponto de vista contrário.

Pode ocorrer do Supremo Tribunal Federal no anseio de supostamente atender aos interesses populares, agir de maneira estratégica, sendo influenciado pela opinião pública. A influência da opinião pública nas decisões judiciais pode acarretar um retrocesso para os direitos fundamentais como um todo e para aquela população contramajoritária que será diretamente afetada pelos efeitos dessa decisão.

Portanto, o efeito *backlash* traz consequências reais. Não se trata de briga de egos entre os poderes ou entre o direito e a política. O efeito *backlash* pode gerar insegurança e instabilidade aos sistemas de poder, especialmente ao sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Freire. **Direito ao aborto e constituição: gênero, identidade, diferença e jurisdição constitucional**. 2016. 276 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2016.

BOITEUX, Luciana. **A ADPF 442, dignidade das mulheres, democracia e o STF**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 25, n. 294, p. 5-7., mai. 2017. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=134804. Acesso em: 20 mai. 2019.

BOLONHA, Carlos. **Parâmetros deliberativos para os diálogos constitucionais: razão pública, ética do discurso e backlash**. Direitos fundamentais e justiça, Porto Alegre, v. 7, n. 25, p. 170-190., out./dez. 2013. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=103230. Acesso em: 07 jun. 2019.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; LIMBERGER, Têmis; CRISTIANETTI, Jessica. **O refluxo em Roe versus Wade: uma reflexão à luz do diálogo entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo judicial**. Pensar, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 987-1011, set./dez. 2016.

CARDOZO, Teodomiro Noronha. **A dogmática jurídico-penal: crise e despenalização – a questão do feto anencefálico**. Revista da ESMape. p. 349-376. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=59820. Acesso em: 20 mai. 2019.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. 2.ed.rev.atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 503p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **A interrupção voluntária da gravidez: uma consideração jurídico-penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 148-169., set./out. 2010. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=81874. Acesso em: 14 jul. 2019.

MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. In: MATIAS, João Luis Nogueira. Direito, complexidade e globalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 149-162.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de y Fernanda Ferreira Mendes (2018): “ Backlash na teoria do constitucionalismo democrático e na teoria do minimalismo judicial”, Revista

Contribuciones a las Ciencias Sociales, (enero-marzo 2018). En línea: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2018/01/minimalismo-judicial.html>

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./ jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189>. Acesso em: 20 mai. 2019

PORTELLA, Ana Paula e RATTON, José Luiz. **A teoria social feminista e os homicídios: o desafio de pensar a violência letal contra as mulheres.** Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar. São Carlos, v. 5, n. 1, jan.-jun. 2015, p. 93-118.

RAMPAZZO, Adriane. **A (in)constitucionalidade da interrupção voluntária da gravidez no Brasil:** um estudo de direito comparado. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 09-38., 2017. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=150259. Acesso em: 7 jun. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2574, de 2019.** Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136519>>. Acesso em 07 mai. 2019.

GT 6

CRIMINOLOGIA: DEMOCRATIZAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA

**MAUS-TRATOS AOS ANIMAIS: PERFIL DOS AGENTES
AGRESSORES, TIPOLOGIA DAS VIOLÊNCIAS E FORMAS DE
CONTROLE**

*ANIMAL ABUSE: PROFILE OF THE PERPETRATOR, TYPOLOGY OF
VIOLENCE AND FORMS OF CONTROL*

Gisele Kronhardt Scheffer

Mestra em Direito Animal e Sociedade pela UAB. Médica Veterinária pela ULBRA.
Especialista pela AVM. Graduanda em Direito na Faculdade Estácio do RS.
Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito dos Animais da UFSM.

E-mail: gi.scheffer@gmail.com

Nina Trícia Disconzi Rodrigues

Doutora em Direito do Estado pela USP. Mestra em Direito pela UFSC. Professora
adjunta no Departamento de Direito na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)
e no programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM (Mestrado). Coordenadora do
Grupo de Pesquisa em Direito dos Animais da UFSM.

E-mail: ninadisconzi@uol.com.br

Resumo: Este artigo tem como tema os aspectos criminológicos dos maus-tratos contra os animais, delimitado ao perfil do agente agressor, às causas dessas condutas e às possíveis soluções para a problemática. Levanta os seguintes problemas: Qual o perfil do agente agressor de animais? Que causas levam uma pessoa a maltratar os animais? Quais as possíveis soluções para a problemática? Os objetivos são: analisar o perfil do agente de maus-tratos contra os animais como objeto de estudo da Criminologia, levantar as causas das condutas delituosas e apontar uma nova perspectiva criminológica para a análise desse problema. Analisa o perfil criminológico do agente através de estudos já publicados na área e de dados coletados. A metodologia empregada é uma pesquisa classificada como exploratório-descritiva. Foi aplicado um questionário a Médicos Veterinários que atuam em Porto Alegre e Região Metropolitana, no Rio Grande do Sul, Brasil, que abrangeu, também, a tipologia e a etiologia dos maus-tratos. Conclui que o perfil do agente agressor

é o indivíduo do gênero masculino, com idade entre 20 e 40 anos. Verifica que o *status* social das famílias também afeta o animal. A principal causa de maus-tratos, dentre outras levantadas, é a negligência ou ignorância em relação ao bem-estar do animal. Por fim, são apresentadas possíveis medidas de sensibilização e conscientização, em que é defendida uma nova perspectiva criminológica para a análise desse problema. Destaca, também, a necessidade da urgente criação de um tratamento normativo próprio para os animais, por meio do qual se possa superar o paradigma antropocêntrico e concretizar os direitos pós-humanistas, admitindo a dignidade jurídica dos animais como seres sencientes e portadores de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Animais; abusos; Perfil do agressor; Causas dos maus-tratos; Medidas de conscientização.

Abstract: This article has as its theme the criminological aspects of animal abuse, delimited to the profile of the perpetrator, the causes of these behaviors and the possible solutions to the problem. It raises the following problems: What is the profile of the animal perpetrator? What causes a person to mistreat animals? What are the possible solutions to the problem? Its objectives are: to analyze the profile of the agent of abuse against animals as an object of study of Criminology, to raise the causes of criminal conduct and to point out a new criminological perspective for the analysis of this problem. The article analyzes the criminological profile of the agent through studies already published in the area and collected data. The methodology that was used is a research classified as exploratory-descriptive. A questionnaire was applied to Veterinarians working in Porto Alegre and Metropolitan Region, in Rio Grande do Sul, Brazil, which also covered the typology and etiology of abuse. It concludes that the profile of the perpetrator is the individual of the masculine gender, with age between 20 and 40 years. It verifies that the social status of families also affects the animal. The main cause of abuse, among others raised, is negligence or ignorance regarding the welfare of the animal. Finally, possible sensitization and awareness measures are presented, in which a new criminological perspective for the analysis of this problem is defended. It also highlights the need for the urgent creation of a proper normative treatment for animals, through which the anthropocentric paradigm can be overcome and post-humanist rights can be realized, admitting the juridical dignity of animals as sentient beings and bearers of fundamental rights. .

Keywords: Animals: abuse; Profile of the abuser; Causes of mistreatment; Awareness measures.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia e amostra. 3. Resultados e discussão: 3.1 Resultados; 3.2 Discussão. 4. Possíveis alternativas de sensibilização e conscientização. 5. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O elo que une homens e animais é muito antigo. O animal doméstico – e até mesmo o exótico – adquiriu, com o passar do tempo, o *status* de membro da família. Verifica-se, porém, que, apesar de sua importância ter aumentado no seio de muitas famílias, o mesmo não ocorre perante o ordenamento jurídico brasileiro, pois, para este, o animal ainda não é considerado um sujeito de direitos: conta apenas com proteção jurídica, numa perspectiva antropocêntrica, afirmação apoiada por Levai (2004, p. 48): “O colorido protecionista impede, tantas vezes, de ver o que se oculta por trás de uma lei supostamente comprometida com o bem estar dos animais, porque no fundo o que se pretende resguardar é o interesse humano.”

A Lei nº 9605/98 (BRASIL, 1998) equipara, em seu art. 32, os animais domésticos aos silvestres, nativos ou exóticos para fins de aplicação de penas relativas aos atos de maus-tratos: “praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos confere ao réu pena de detenção de três meses a um ano”. Essa Lei, juntamente com a Constituição Federal, representa o ordenamento jurídico que protege os animais em âmbito federal.

Não obstante exista uma legislação aparentemente protetora dos animais, constata-se um grande número de casos de maus-tratos: abandono, negligência, espancamentos, mutilações, queimaduras, tráfico de animais silvestres, zoofilia, promoção de rinhas, esgotamento de matrizes devido à exaustiva reprodução, caça ilegal e uso de animais para fins recreativos, entre outros.

Entende-se que aqui devam ser mencionados certos procedimentos ou atividades considerados legais do ponto de vista jurídico, mas que ultimamente têm gerado protestos e repulsa em vários setores da sociedade: as pesquisas com animais em laboratórios, a morte lenta e cruel nos abatedouros, a fistulação de bovinos, as vaquejadas e as touradas.

Para Becker (2008, p. 13), “certos comportamentos são considerados incorretos, mas nenhuma lei se aplica a eles e nem há qualquer sistema organizado para detectar os que infringem a regra informal”. Ressalta-se, entretanto, que Becker não abordou a questão dos maus-tratos, e que suas reflexões sobre a Sociologia do Desvio foram utilizadas nesse artigo para ampliar o conceito de abusos para além da definição legal.

Agnew (1998, p. 179, tradução nossa) define abuso animal como “qualquer ato que contribui para a dor ou morte de um animal ou que ameaça o seu bem-estar”. Esta definição, segundo o autor, tem várias vantagens, como não limitar o abuso somente a comportamentos ilegais, contribuindo para reforçar a afirmação de Becker.

Infelizmente percebe-se que, apesar de alguns casos de maus-tratos a animais atingirem grande repercussão, esses delitos (e, conseqüentemente, seus agentes) são mais brandamente tolerados pela legislação e pela sociedade na comparação com outras transgressões, reforçando claramente a perspectiva antropocêntrica.

Cabe destacar que a pesquisa realizada não objetiva analisar a crueldade animal como elemento antecedente de atos violentos praticados contra seres humanos, apesar de estudos – por exemplo, o realizado por Nassaro (2013) – demonstrarem existir estreita relação entre abusos em animais e pessoas. Procurar-se-á, então, ressaltar a importância do estudo criminológico dos maus-tratos aos animais como um ato repugnante *per se*, pois toda e qualquer forma de vida deve ser valorizada e respeitada.

Sendo a Criminologia “o corpo de conhecimento sobre o crime como um fenômeno social”, e que “inclui em seu escopo o processo de fazer leis, violar leis e reagir à quebra de leis” (SUTHERLAND; CRESSEY, 1960, p. 3), este artigo tem como tema os aspectos criminológicos dos maus-tratos contra os animais, delimitado ao perfil do agente agressor de animais, às causas dessas condutas e às possíveis soluções para a problemática dos maus-tratos sob o ponto de vista criminológico.

São os seguintes os problemas levantados: Qual o perfil do agente agressor de animais? Que causas levam uma pessoa a maltratar os animais? Quais as possíveis soluções para a problemática dos maus-tratos aos animais?

Diante do apresentado, o trabalho procura atingir os seguintes objetivos: analisar o perfil do agente de maus-tratos contra os animais como objeto de estudo da Criminologia, levantar as causas das condutas delituosas contra os animais e apontar possíveis soluções para a questão dos maus-tratos.

A metodologia empregada pode ser classificada como pesquisa exploratório-descritiva; todas as informações apresentadas fundamentam-se em estudos já publicados sobre o tema deste artigo e nos dados coletados em questionário aplicado a Médicos Veterinários que atuam na cidade de Porto Alegre e Região Metropolitana, no Rio Grande do Sul, Brasil.

Para o alcance dos citados objetivos, o artigo está estruturado da seguinte forma: primeiramente, é indicada a metodologia e a amostra da pesquisa; após, são apresentados os resultados obtidos através do instrumento de coleta de dados e é realizada a discussão, onde se analisa o perfil dos agentes de maus-tratos contra animais (gênero, idade e *status* socioeconômico) e também as causas que levam ao cometimento de tais atos; por fim, são abordadas possíveis alternativas de sensibilização e conscientização, em que é defendida uma nova perspectiva criminológica para a análise desse problema, bem como a concretização de direitos pós-humanistas (de 4ª dimensão) para os animais não-humanos. Cabe ressaltar que após as referências encontra-se o Apêndice, contendo o modelo do instrumento de coleta de dados aplicado aos entrevistados.

2. METODOLOGIA E AMOSTRA

Em relação à metodologia da pesquisa, foi aplicado um instrumento de coleta de dados a, aproximadamente, 2.800 Médicos Veterinários que atuam no município de Porto Alegre-RS e Região Metropolitana, pois “como uma das poucas pessoas com probabilidade de interagir com um animal abusado, o veterinário está em uma posição privilegiada para testemunhar e identificar a crueldade animal” (BENETATO; REISMAN, MCCOBB, 2011, p. 33, tradução nossa).

Optou-se pelo questionário, cujas perguntas foram elaboradas pelas pesquisadoras de acordo com os objetivos específicos do trabalho. Foram disponibilizados na internet através da ferramenta *Google Forms* durante os meses de março e abril de 2017. No retorno dos questionários às pesquisadoras, não havia a possibilidade de identificação dos entrevistados, garantindo-se, dessa forma, sigilo absoluto.

O instrumento de coleta de dados continha quinze questões, assim distribuídas: quatorze perguntas fechadas, de escolha simples ou múltipla, onde, em cinco delas, havia a possibilidade de acréscimo, por parte do entrevistado, de alguma alternativa não

contemplada na questão. A última questão era aberta, dedicada à opinião ou depoimento – opcionais – do entrevistado.

As questões 01 e 02 versavam sobre o tempo e a localidade de atuação do Médico Veterinário (urbana, rural ou ambas). As questões numeradas de 03 a 07 objetivavam verificar o número de atendimentos de casos de maus-tratos, o local de atuação onde foram atendidos (clínica/hospital, ONG, Centro de Zoonoses, abatedouros/matadouros ou outros), a situação do animal (errante, domiciliado, para abate) e se o animal atendido era silvestre, silvestre domiciliado, exótico, exótico domiciliado, doméstico de companhia ou domesticado. A questão 08 procurava classificar os casos de agressão a animais. As questões 09 a 12 abordavam o perfil do agente agressor em relação à faixa etária, ao gênero e ao tipo de agressão perpetrada, enquanto na questão 13 procurava-se identificar as possíveis causas dos maus-tratos. Na questão 14 averiguava-se o procedimento legal do entrevistado em relação aos casos de maus-tratos atendidos. Finalizando o instrumento, foi apresentada a questão 15, já abordada no parágrafo anterior. Se, porventura, o entrevistado não houvesse atendido a casos de maus-tratos, ele seria direcionado da questão 03 à questão 15.

Para realizar o projeto-piloto, foram enviados 25 questionários com o objetivo de verificar o entendimento, por parte dos entrevistados, das questões elaboradas pelas pesquisadoras, tendo retornado 14. Analisando-se as respostas oriundas dos questionários do projeto-piloto, fizeram-se, então, os ajustes necessários. Ressalta-se que os questionários do projeto-piloto não foram incorporados à amostra total.

Retornaram às pesquisadoras, até o final do mês de abril de 2017, 280 questionários preenchidos, ultrapassando o número necessário de amostras para a pesquisa, estimado em 271. Após a coleta ser finalizada, procedeu-se à tabulação dos dados coletados e à respectiva análise dos mesmos. Os resultados e a discussão serão demonstrados a seguir.

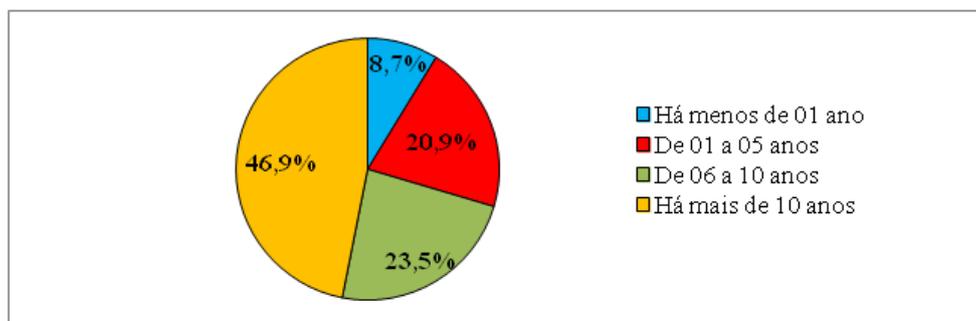
3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

A partir das respostas obtidas através da aplicação dos questionários aos Médicos Veterinários, foi possível realizar a tabulação dos dados através de gráficos, bem como proceder à análise das informações coletadas. Destaca-se que foram utilizados gráficos por permitirem uma melhor visualização e interpretação dos resultados.

3.1 Resultados

Na questão 01, foi perguntado: “Há quanto tempo você atua na profissão?”. Percebe-se, pelo Gráfico 1, que a maioria dos entrevistados (46,9%) já atua há mais de 10 anos. De 06 a 10 anos foi a resposta de 23,5% dos Médicos Veterinários, enquanto 20,9% afirmaram atuar entre 01 e 05 anos. Por fim, apenas 8,7% responderam atuar há menos de um ano na profissão.

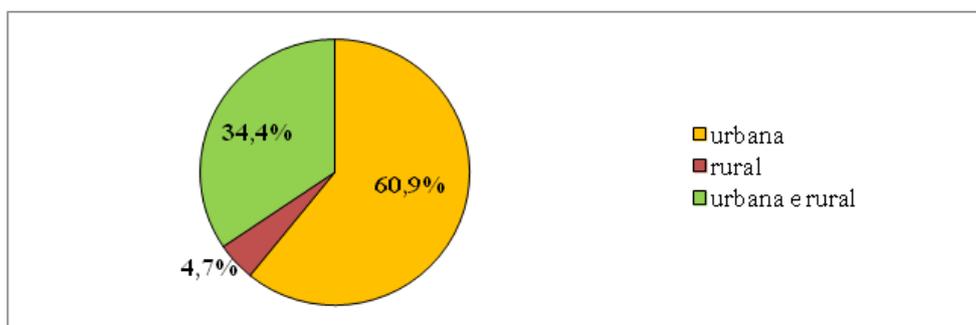
Gráfico 1 – Tempo em que os entrevistados atuam na profissão.



Fonte: Das autoras (2017).

A questão 02 referiu-se à zona de atuação do entrevistado (urbana, rural ou ambas). A maior parte dos entrevistados (60,9%) afirmou atuar na zona urbana. “Nas zonas urbana e rural” foi a resposta de 34,4%, dos Médicos Veterinários. Apenas 4,7% trabalham na zona rural, conforme pode ser verificado no Gráfico 2.

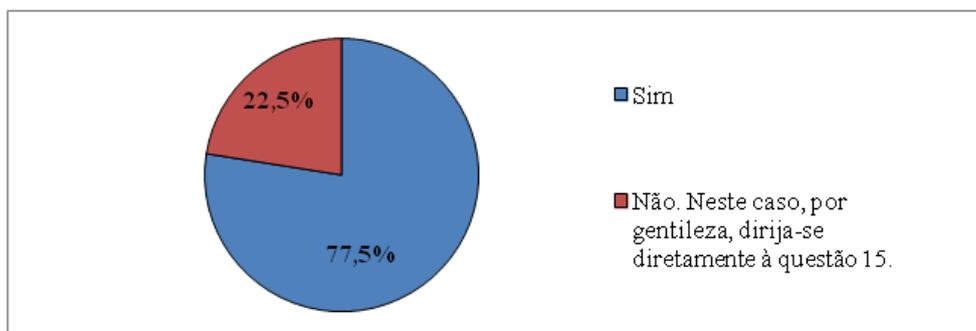
Gráfico 2 – Zona de atuação dos entrevistados.



Fonte: Das autoras (2017).

Em prosseguimento à tabulação dos dados coletados, visualiza-se, no Gráfico 3, as respostas dadas à seguinte questão: “Você já atendeu a situações de maus-tratos a animais?”. Percebe-se que a grande maioria dos entrevistados (77,5%) já atendeu a esse tipo de ocorrência. Cabe observar que 22,5% dos respondentes foram remetidos, a partir deste ponto, diretamente à questão 15, por não terem atendido a situações de maus-tratos a animais.

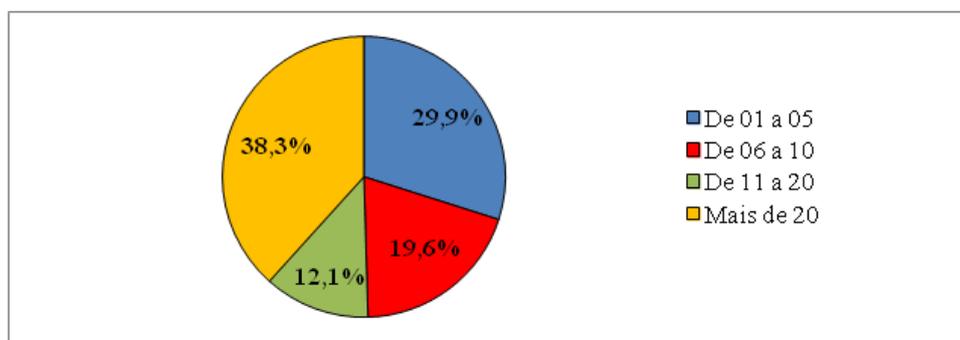
Gráfico 3 – Atendimento a ocorrências de maus-tratos aos animais.



Fonte: Das autoras (2017).

A próxima questão, de número 04, versou sobre o número de casos de maus-tratos já atendidos. A alternativa “mais de 20” foi assinalada por 38,3%, dos respondentes. Já 29,9% responderam “de 01 a 05”, enquanto 19,6% marcaram “de 06 a 10” e 12,1% afirmaram já terem atendido “de 11 a 20 casos” (GRÁFICO 4).

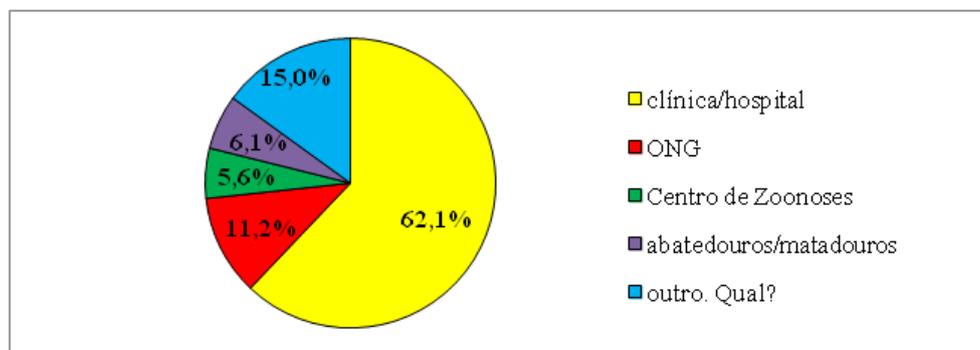
Gráfico 4 – Número de casos de maus-tratos já atendidos pelo entrevistado.



Fonte: Das autoras (2017).

Dando seguimento às perguntas, os entrevistados foram questionados sobre o local de atuação no qual foi atendido o maior número de casos de maus-tratos. As alternativas eram: “clínica/hospital”; “ONG”; “Centro de Zoonoses”; “abatedouros/matadouros”; e “outros”. A alternativa “clínica/hospital” representou a maioria das amostras, com 62,1%; a opção “ONG” recebeu 11,2% das respostas, enquanto “abatedouros/matadouros”, 6,1%, e “Centro de Zoonoses”, 5,6% (GRÁFICO 5).

Gráfico 5 – Local de atuação onde foi atendido o maior número de casos de maus-tratos.



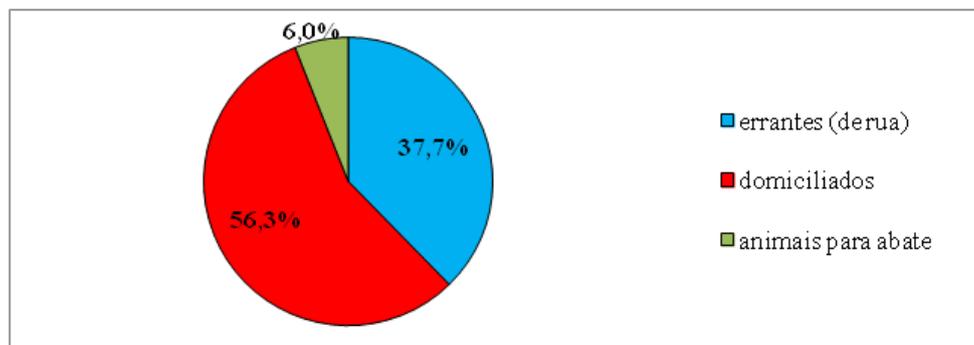
Fonte: Das autoras (2017).

Como nessa questão foi apresentada a opção “outros”, 15,0% dos entrevistados pronunciaram-se. Eis alguns dos depoimentos: “cooperativa de laticínios”; “jardim zoológico”; “vigilância sanitária”; “acumuladores”; “fiscalização de crimes com fauna”; “fiscalização agropecuária”; “atendimento domiciliar”; “fazenda experimental de bovinos de leite”; “extensão rural”; “Centro de Triagem de Animais Silvestres (CETAS)”; “Prefeitura Municipal de Porto Alegre – Secretaria Especial dos Direitos Animais”; “Vigilância Sanitária”; “fazendas”; “veterinário autônomo”; entre outros.

Percebe-se, pelos depoimentos acima, que o Médico Veterinário depara-se com casos de maus-tratos nos mais diferentes locais de atuação.

Já a questão 6 procurou verificar a procedência predominante dos animais vítimas de maus-tratos atendidos pelos entrevistados. A opção “domiciliados” foi assinalada por 56,3% dos respondentes. A alternativa “errantes (de rua)” foi marcada por 37,7%, enquanto “animais para abate” foi apontada por 6,0% dos entrevistados, conforme o Gráfico 6.

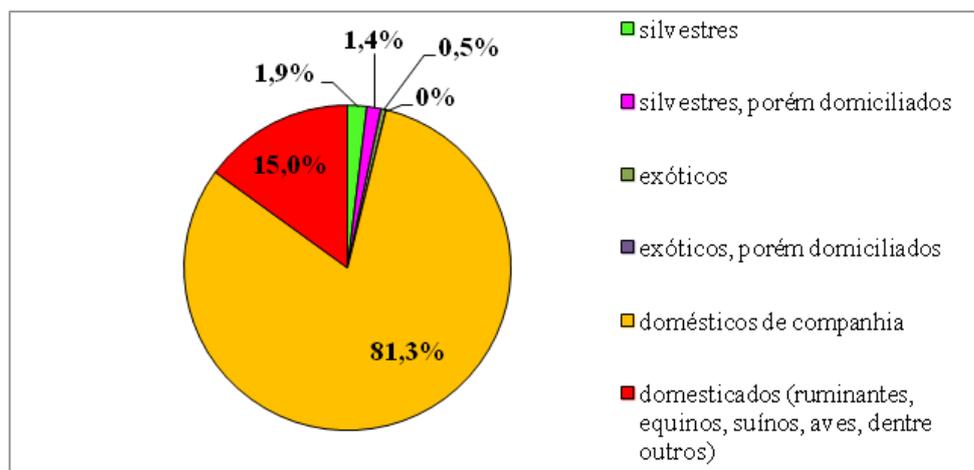
Gráfico 6 – Procedência predominante dos animais vítimas de maus-tratos.



Fonte: Das autoras (2017).

A questão 7, por sua vez, abordou a classificação predominante dos animais vítimas de maus-tratos atendidos pelo entrevistado. A maioria deles (81,3%) assinalou a opção “domésticos de companhia”, seguida por “domesticados”, que obteve 15,0% das respostas. As outras opções, “silvestres”, “silvestres, porém domiciliados” e “exóticos” foram apontadas, respectivamente, por 1,9%, 1,4% e 0,5% dos entrevistados. A alternativa “exóticos, porém domiciliados” não foi assinalada (GRÁFICO 7).

Gráfico 7 – Classificação predominante dos animais vítimas de maus-tratos.

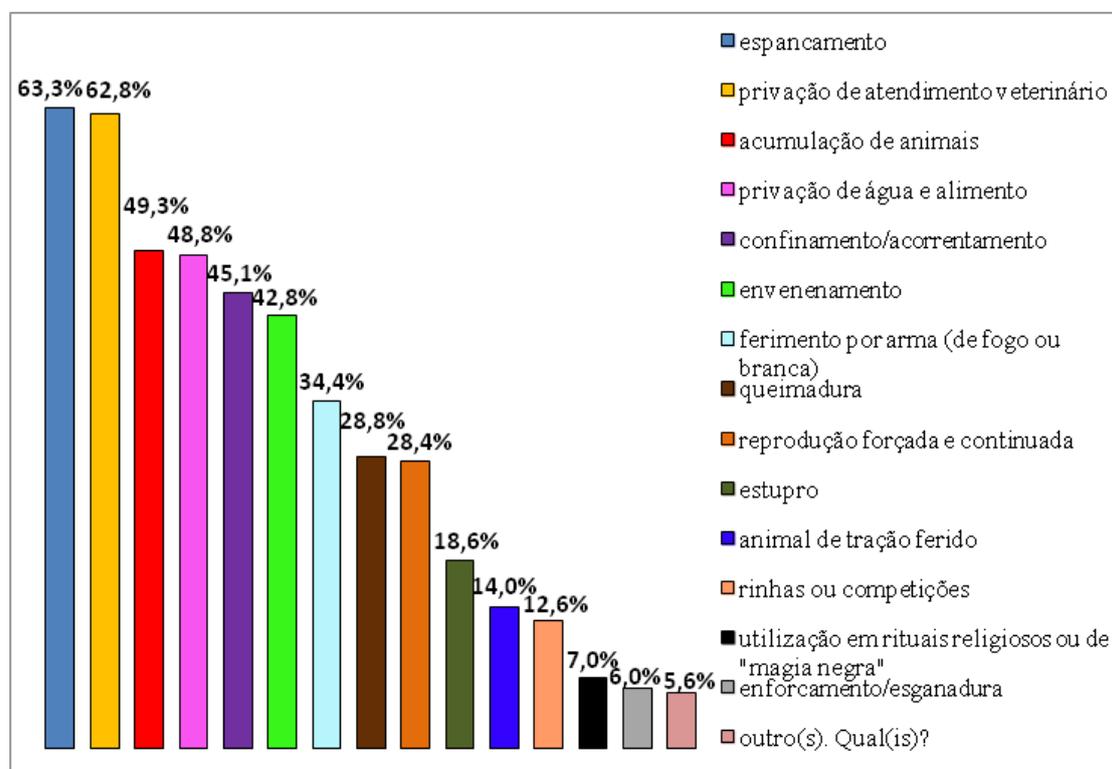


Fonte: Das autoras (2017).

A questão seguinte, de número 8, objetivou classificar os mais numerosos casos de maus-tratos atendidos pelos entrevistados, podendo ser assinalada mais de uma das

alternativas apresentadas. Foram obtidas 215 respostas. Os casos de maus-tratos mais apontados foram: “espancamento”, com 63,3%; “privação de atendimento veterinário”, com 62,8%; “acumulação de animais”, com 49,3%; “privação de água e alimento”, com 48,8%; e “confinamento/acorrentamento em situação degradante”, com 45,1%. Todas as alternativas da questão, demonstradas em ordem decrescente de ocorrência, podem ser verificadas no Gráfico 8.

Gráfico 8 – Classificação dos mais numerosos casos de maus-tratos atendidos.



Fonte: Das autoras (2017).

Nessa questão também foi apresentada a opção “outros”, assinalada por 5,6% dos entrevistados. A seguir, alguns dos depoimentos:

- “abuso verbal e humilhação, tortura psicológica, esquecimento em carros, banhos contínuos para exposições, frequência contínua em exposições, uso de medicamentos exagerados e suplementos, castigos por comportamento errado”;

- “problemas na insensibilização anterior ao abate”;

- “animal com torção muscular devido à falta de banho e tosa, onde os nós trancaram a pata do animal, e o animal não pode se mexer”;

- “a maioria dos animais oriundos de resgate por protetoras de animais de canis clandestinos. Atendi um paciente que foi retirado de um cemitério onde havia sido realizado ritual de magia negra”;

- “abandono”;

- “tirando rinhas e competições e rituais religiosos, todos os demais”;

- “abandono psicológico, tutores financiando a manutenção de animais geriátricos ou terminais em hotéis ou hospitais, mas sem haver mais um convívio ou troca de afeto. Recebem assistência veterinária, mas não amor de seus tutores. Pra mim esse é o maior índice atual de maus-tratos a que vivencio, seguido da falta de assistência veterinária mesmo quando o tutor é alertado da necessidade de atendimento”.

Quanto às questões de número 9 a 12, objetivaram verificar o perfil do agente de maus-tratos aos animais. Se, porventura, o entrevistado desconhecesse a autoria dos maus-tratos, deveria dirigir-se diretamente à questão 13. Alguns entrevistados pronunciaram-se a respeito do agente dos maus-tratos:

- “o agente dos maus-tratos era a própria empresa que criava os animais”;

- “os acumuladores costumam ser pessoas sozinhas do sexo [sexo] feminino e são os que tenho maior contato direto”;

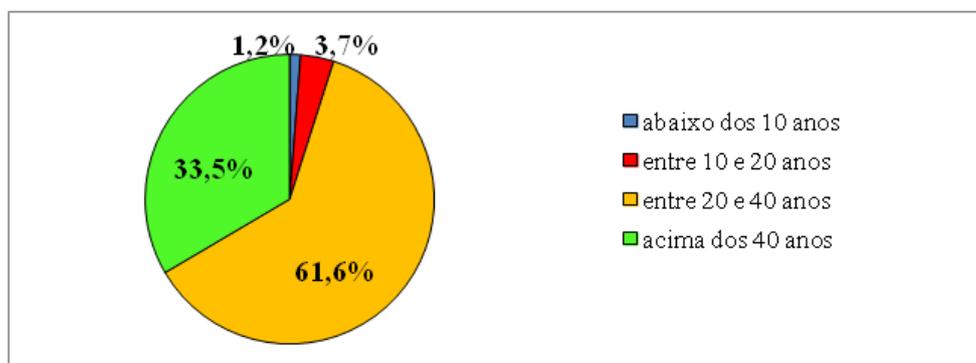
- “todos os tipos, desde tutores sem condições de possuir os animais, jovens que pensam que estão brincando até protetores que acumulam animais”;

- “acumuladores: idade predominante é acima de 40 anos. Proprietários de animais com baixa renda (possuidores do Bolsa Família): idade predominante é entre 20 e 40 anos”;

- “desconheço, pois são animais que chegam até mim após o resgate por ONG”.

O objetivo da questão 9 era a verificação da faixa etária do agente dos maus-tratos. A questão foi respondida por 164 entrevistados, significando que, muitas vezes, a autoria dos maus-tratos é desconhecida pelo Médico Veterinário. “Entre 20 e 40 anos” foi a alternativa assinalada por 61,6%, representando a maioria das respostas; “acima dos 40 anos” foi marcada por 33,5% dos questionados. A alternativa “entre 10 e 20 anos” foi apontada por 3,7% dos entrevistados, enquanto “abaixo dos 10 anos” obteve o percentual de 1,2%. Esses dados podem ser visualizados no Gráfico 9.

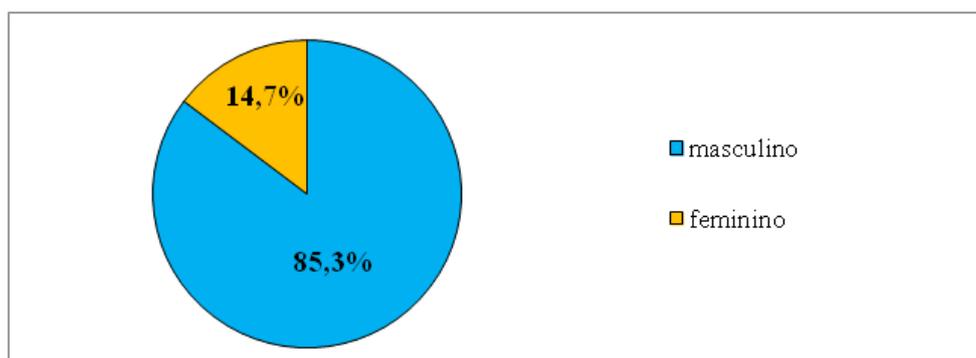
Gráfico 9 – Faixa etária do agente dos maus-tratos.



Fonte: Das autoras (2017).

Ainda visando ao estabelecimento de um perfil do agente dos maus-tratos aos animais, a questão 10 perguntava se o entrevistado tinha conhecimento do gênero do agressor. Dentre os 163 entrevistados que identificaram o agente, a opção “masculino” foi assinalada pela grande maioria, com 85,3% dos Médicos Veterinários. Já a alternativa “feminino” foi marcada por 14,7% dos entrevistados (GRÁFICO 10).

Gráfico 10 – Gênero do agente dos maus-tratos.

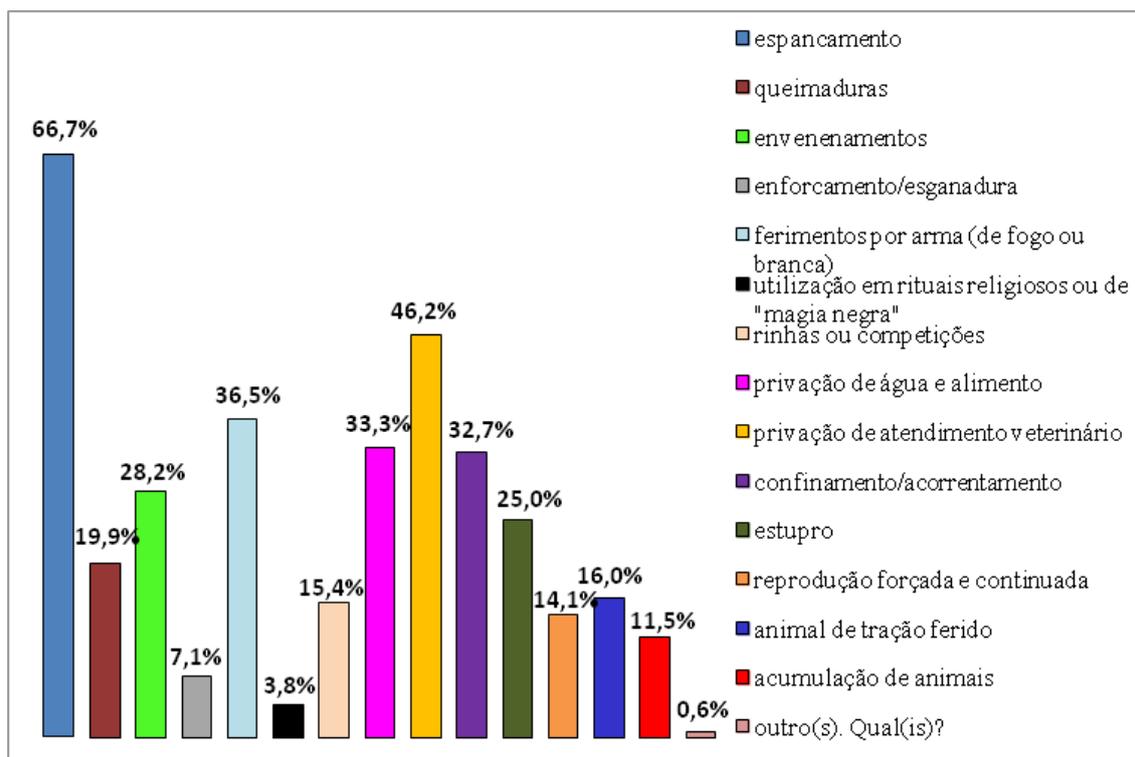


Fonte: Das autoras (2017).

A questão 11, por sua vez, buscou averiguar as situações de maus-tratos quando o entrevistado identificou que os agentes pertenciam ao gênero masculino, podendo ser assinalada mais de uma das alternativas apresentadas. Foram obtidas 156 respostas. Os casos de maus-tratos mais apontados foram: “espancamento”, com 66,7%; “privação de atendimento veterinário”, com 46,2%; “ferimentos por arma (de fogo ou branca)”,

com 36,5%; “privação de água e alimento”, com 33,3%; “confinamento/acorrentamento em situação degradante”, com 32,7%; “envenenamento”, com 28,2%; e “estupro”, com 25,0%. Todas as alternativas da questão podem ser verificadas no Gráfico 11.

Gráfico 11 – Situações de maus-tratos causadas por agentes do gênero masculino.



Fonte: Das autoras (2017).

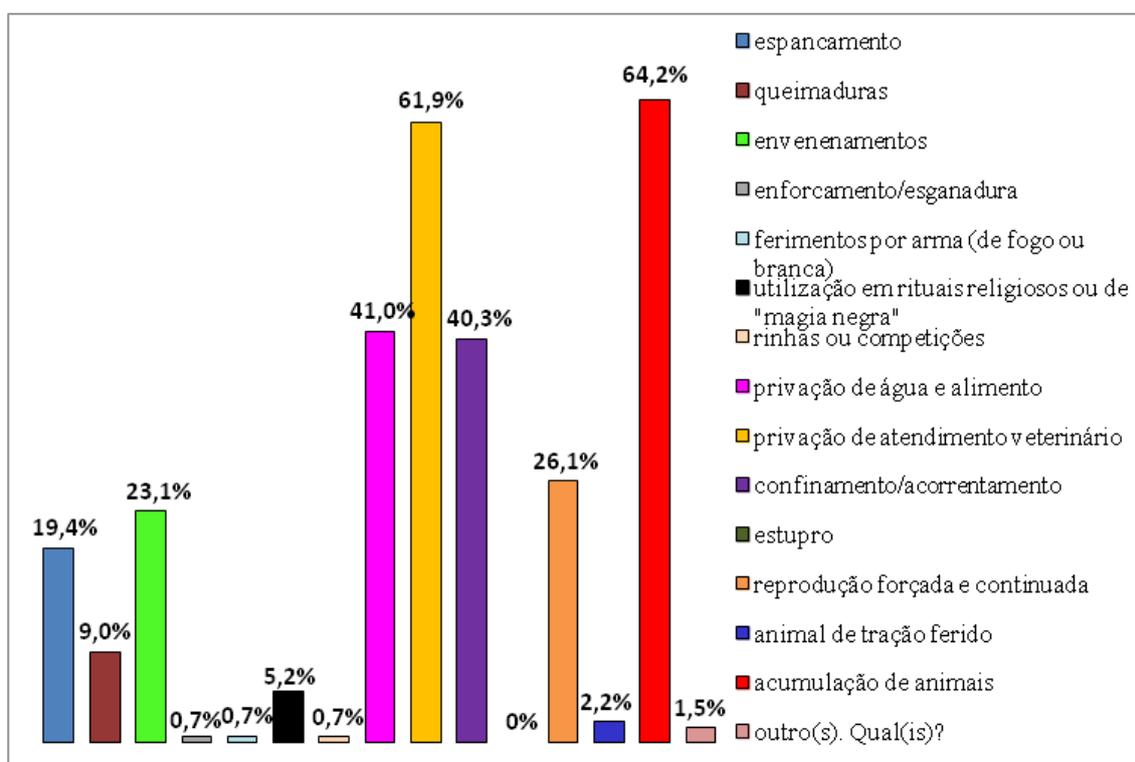
Nessa questão também foi apresentada a opção “outros”, assinalada por 0,6% dos entrevistados. A seguir, um pronunciamento:

- “não faço atendimento hospitalar e emergências então casos de violência direta não vêm ao meu consultório, mas fico sabendo da boca de clientes esse tipo de depoimento onde os autores são homens de todas as idades, jovens de classe pobre que torturam (enforcamento, facada, chutes) os animais vadios até vizinhos incomodados com barulho (tiro com arma de chumbinho)”.

A questão seguinte, de número 12, buscou identificar as situações de maus-tratos quando o entrevistado identificou que os agentes pertenciam ao gênero feminino.

As pesquisadoras receberam 134 respostas e, da mesma forma que a questão anterior, poderia ser assinalada mais de uma das alternativas apresentadas. Os casos de maus-tratos mais apontados foram: “acumulação de animais”, com 64,2%; “privação de atendimento veterinário”, com 61,9%; “privação de água e alimento”, com 41,0%; e “confinamento/acorrentamento em situação degradante”, com 40,3%. Todas as alternativas da questão podem ser verificadas no Gráfico 12.

Gráfico 12 – Situações de maus-tratos causadas por agentes do gênero feminino.



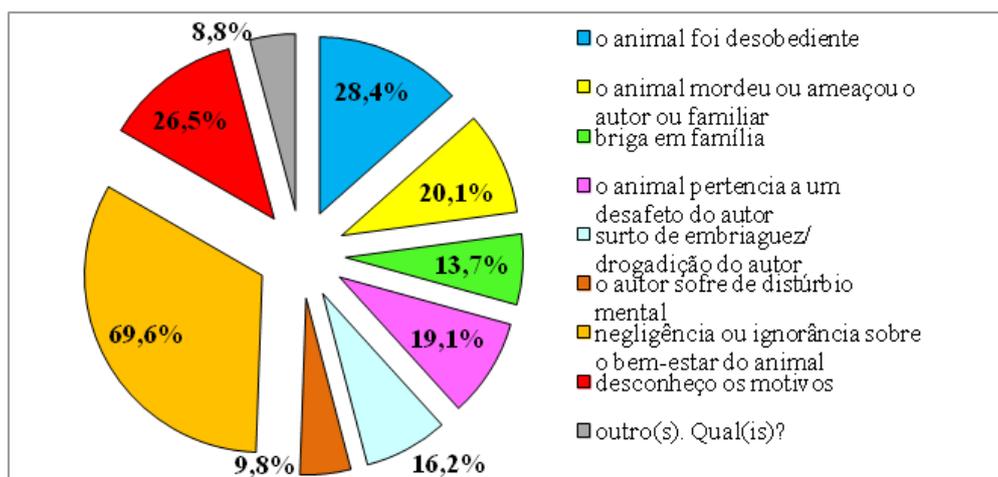
Fonte: Das autoras (2017).

A opção “outros” foi assinalada por 1,5% dos entrevistados, que assim se pronunciaram: “falta de higiene ambiental e individual”; “não soube de ninguém do sexo feminino”; “principalmente acúmulo de animais e privação de atendimento”.

No que diz respeito às causas dos maus-tratos, a questão 13 solicitou que, se o entrevistado tivesse conhecimento dos motivos que levaram o(s) agente(s) a agredir (em) o(s) animal(is) encaminhado(s) para atendimento, marcasse uma ou mais das alternativas apresentadas. Essa questão foi respondida por 204 Médicos Veterinários.

A opção “negligência ou ignorância em relação ao bem-estar do animal” foi apontada por 69,6% dos entrevistados; “o animal foi desobediente” recebeu 28,4%; “o animal mordeu ou ameaçou o autor ou um familiar” foi marcada por 20,1%; “o animal pertencia a um desafeto do autor” foi assinalada por 19,1% dos respondentes, enquanto “surto de embriaguez/drogadição do autor” recebeu 16,2%; “briga em família, com agressão a pessoas e ao animal” foi apontada por 13,7%, e, finalmente, 9,8% dos entrevistados assinalaram “o autor sofre de distúrbio mental”. Entretanto, 26,5% dos questionados alegaram desconhecer os motivos que levaram o(s) agente(s) a agredir(em) o(s) animal(is) encaminhado(s) para atendimento (GRÁFICO 13).

Gráfico 13 – Motivos que levaram o(s) agente(s) a agredir(em) o animal.



Fonte: Das autoras (2017).

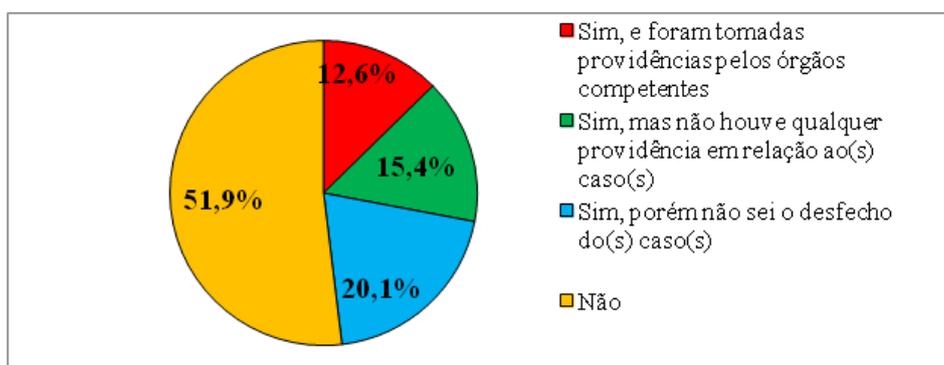
Dentre os entrevistados que apontaram motivos distintos dos apresentados nas alternativas (8,8%), foram selecionados os mais relevantes para o objetivo da pesquisa:

- “risco a sua criação de aves ou medo (no caso de gaviões, gambás, etc.)”;
- “juntamente com negligência e ignorância em relação ao bem estar, casos em que a pessoa não apresenta condições físicas, financeiras, interesse ou espaço adequado para, e de forma voluntária ou não acolheu animal de filhos, pais, parentes ou terceiros...”;
- “situação econômica baixa”;
- “animal trazido à clínica por outras reclamações (doenças) não relacionadas, na visão do cliente, como maus-tratos”;

- “não querer gastar, utilizar o animal como fonte de lucro, maldade, fobia de animais”;
- “acumuladores costumam bater nos animais para separarem as brigas”;
- “quis se vingar da esposa e espancou o *pet* dela”.

Como última questão fechada, a pergunta 14 teve como objetivo averiguar se os Médicos Veterinários denunciaram os casos de maus-tratos aos animais atendidos por eles. As pesquisadoras obtiveram 214 respostas. A alternativa “Não” foi assinalada por 51,9% dos entrevistados. A opção “Sim, porém não sei o desfecho do(s) caso(s)” foi a escolhida por 20,1% dos respondentes. Já 15,4% responderam “Sim, mas não houve qualquer providência em relação ao(s) caso(s)” e 12,6% afirmaram “Sim, e foram tomadas providências pelos órgãos competentes”, conforme pode ser visualizado no Gráfico 14.

Gráfico 14 – Averiguação se o entrevistado denunciou o(s) caso(s) de maus-tratos.



Fonte: Das autoras (2017).

Finalizando o instrumento de coleta de dados, foi apresentada uma questão aberta, de número 15, caso o entrevistado desejasse fazer alguma observação ou dar algum depoimento sobre situações de maus-tratos, tipos de violência, perfis dos animais e agentes, consequências dos casos ou outras questões. Dos 82 depoimentos, alguns foram destacados:

- “a maioria dos casos de maus-tratos que presenciei na vida me foram trazidos por protetoras de animais, que muitas vezes roubaram esses animais dos tutores. Protetoras que atuam em regiões de extrema pobreza na maioria das vezes”;
- “todos os casos que vi partiram de pessoas com baixa renda”;

- “bastante comum atender pessoas que possuem animais domésticos, porém sem condições financeiras de manter o animal, acabam levando ao veterinário em último caso, quadros de doenças agravadas pelo tempo...”;

- “por se tratar de um local humilde, as pessoas acham que animais devem estar sempre presos, e que disciplina se consegue com violência. Mas o mais frequente caso é de privação de vacinas e atendimento veterinário, que só é feito quando o animal está há muito tempo em sofrimento”;

- “cavalos de carroceiros”;

- “a maioria dos animais que atendi eram muito velhos e pela nutrição deficiente e esforço realizado pela tração acabavam fazendo lesões de coluna o que fazia os proprietários abandonarem estes animais. Acredito que o problema está na possibilidade que nossas leis dão a qualquer indivíduo ter o direito de ter um animal aonde quiser, se alimentando da forma que a pessoa escolher e utilizando sem respeitar qualquer limite. A responsabilidade para ter um cavalo deveria ser muito maior do que ter um carro”;

- “nota-se que os agressores são exclusivamente de baixa renda e pouca escolaridade”.

Verifica-se, portanto, através das respostas e dos depoimentos dos entrevistados, que há ampla margem para discussão, visto que os dados obtidos mostraram-se muito úteis na identificação do perfil do agressor e das causas dos maus-tratos, dois dos objetivos desta pesquisa.

3.2 Discussão

Antes de se iniciar a discussão dos dados, foram realizadas correlações entre as respostas obtidas através dos instrumentos de coleta. Cabe ressaltar que, por razões de extensão editorial, serão apresentadas aqui somente as correlações que abordem os objetivos propostos pelo presente artigo, isto é, aquelas relacionadas ao perfil do agressor e às causas dos maus-tratos.

Ao se proceder à correlação entre as questões 2 (zona de atuação dos entrevistados) e 9 (faixa etária do agente dos maus-tratos), oito instrumentos foram desconsiderados por não terem assinalado a zona de atuação ou a faixa etária do agente. Foram, então, obtidos os seguintes resultados a partir dos 156 instrumentos válidos:

- dentre os Médicos Veterinários que atuam na zona urbana, 90 deles identificaram a faixa etária do agente dos maus-tratos aos animais. Foi constatado o que segue: abaixo de 10 anos, 2,2%; entre 10 e 20 anos, 4,4%; entre 20 e 40 anos, 64,4%; acima de 40 anos, 28,9%.

- dentre os Médicos Veterinários que atuam na zona rural, quatro deles identificaram a faixa etária do agente dos maus-tratos aos animais. Os dados apurados foram os seguintes: abaixo de 10 anos, 0%; entre 10 e 20 anos, 0%; entre 20 e 40 anos, 25,0%; acima de 40 anos, 75,0%.

- dentre os Médicos Veterinários que atuam nas zonas urbana e rural, 62 deles identificaram a faixa etária do agente dos maus-tratos aos animais. Foi verificado o que segue: abaixo de 10 anos, 0%; entre 10 e 20 anos, 3,2%; entre 20 e 40 anos, 59,7%; acima de 40 anos, 37,1%.

Analisando-se os gráficos acima, percebe-se que a faixa etária predominante do agente dos maus-tratos aos animais situa-se “entre 20 e 40 anos” nas zonas urbana e urbana e rural, corroborando o que foi afirmado por Flynn (2008). Arluke e Luke (1997) também constataram essa faixa etária como a prevalente no agente de maus-tratos. Os autores conduziram um estudo em Massachusetts, Estados Unidos da América e concluíram, no que se refere à idade de agentes processados, que a maioria dos perpetradores, apesar das idades variarem de nove a 83 anos, eram jovens na média de 30 anos. Já os adolescentes, na pesquisa de Arluke e Luke (1997), representavam 27,0% dos agentes.

Já para Gullone e Clarke (2008), o ápice do cometimento de atos de maus-tratos contra os animais situa-se na faixa dos 18 aos 25 anos e tende a diminuir firmemente, fato que vem a confirmar a Teoria da Desistência de Graham e McNeill (2017). Segundo Graham e McNeill, (2017, p. 574) “fundamentalmente, a desistência refere-se à cessação definitiva do comportamento infrator”. A desistência pode ser conceituada como sendo “um processo dinâmico de desenvolvimento humano – que está situado e profundamente afetado por seus contextos sociais – em que as pessoas se afastam do comportamento agressivo e se dirigem ao cumprimento das normas sociais e de direito” (MCNEILL, 2016 apud GRAHAM; MCNEILL, 2017, p. 575).

A faixa etária “acima de 40 anos” foi a mais assinalada por Médicos Veterinários que atuam na zona rural (75,0%). Uma das hipóteses é que a população da zona rural passou, nas últimas décadas, a contar com pessoas com idade mais avançada devido à migração dos jovens para a zona urbana, fato confirmado por Maia e Buainain (2015,

não paginado): “Como consequência da migração seletiva nas áreas rurais, com o fluxo predominante de jovens mais escolarizados e do sexo feminino, vem se intensificando o processo de envelhecimento e a masculinização da população rural”.

Ao se proceder à correlação entre as questões 2 (zona de atuação dos entrevistados) e 10 (gênero do agente dos maus-tratos), três instrumentos foram desconsiderados por não terem assinalado a zona de atuação e foram obtidos resultados a partir dos 161 instrumentos válidos.

Dentre os Médicos Veterinários que atuam na zona urbana, 93 deles identificaram o gênero do agente dos maus-tratos aos animais. Foi constatado o que segue: masculino (80,6%) e feminino (19,4%).

Dentre os Médicos Veterinários que atuam na zona rural, cinco deles identificaram o gênero do agente dos maus-tratos aos animais. O gênero masculino foi assinalado por 75% dos entrevistados, enquanto 25% marcaram o gênero feminino.

Dentre os Médicos Veterinários que atuam nas zonas urbana e rural, 63 deles identificaram o gênero do agente dos maus-tratos aos animais. A opção “masculino” obteve 93,7% das respostas, e “feminino”, 6,3%.

Analisando-se a correlação entre a zona de atuação do entrevistado e o gênero do agente dos maus-tratos, constatou-se que em todas as zonas predominou o gênero masculino. Adams (1995) argumenta que os maus-tratos aos animais são parte de dominância e exploração perpetrada por homens sobre outros seres menos poderosos – mulheres, crianças e animais. Nesta perspectiva, o patriarcado tem levado os homens a usarem violência como um meio de controle sobre os outros indivíduos, incluindo os animais.

Na nossa sociedade antropocêntrica, os humanos apreciam ter o poder absoluto sobre os outros animais. É óbvio que os abusadores de animais, tipicamente homens, são maiores fisicamente e mais fortes do que as suas vítimas não humanas (FLYNN, 2008).

A próxima correlação foi realizada entre as questões 2 (zona de atuação dos entrevistados) e 11 (situações de maus-tratos causadas por agentes do gênero masculino), onde três instrumentos foram desconsiderados por não terem assinalado a zona de atuação.

Dentre os Médicos Veterinários que atuam na zona urbana, 88 deles identificaram situações de maus-tratos causadas por agentes do gênero masculino. As três situações de maus-tratos cometidas por agentes do gênero masculino mais assinaladas por profissionais

dessa zona de atuação foram: espancamento (70,4%), privação de atendimento veterinário (52,3%) e ferimentos por arma de fogo ou branca (40,9%).

Dentre os Médicos Veterinários que atuam na zona rural, três deles identificaram situações de maus-tratos causadas por agentes do gênero masculino. Espancamento (66,7%), privação de atendimento veterinário (33,3%) e estupro (33,3%) foram as alternativas assinaladas. Vale lembrar que o entrevistado poderia assinalar mais de uma alternativa.

Dentre os Médicos Veterinários que atuam nas zonas urbana e rural, 62 deles identificaram situações de maus-tratos causadas por agentes do gênero masculino. As opções mais assinaladas foram: espancamento (61,3%), privação de atendimento veterinário (38,7%) e privação de água e alimento (35,5%).

Dando prosseguimento à análise, na correlação entre as questões 2 (zona de atuação dos entrevistados) e 12 (situações de maus-tratos causadas por agentes do gênero feminino), três instrumentos foram desconsiderados por não terem assinalado a zona de atuação.

Dentre os Médicos Veterinários que atuam na zona urbana, 86 deles identificaram situações de maus-tratos causadas por agentes do gênero feminino. As três situações de maus-tratos cometidas por agentes do gênero feminino mais assinaladas por profissionais dessa zona de atuação foram: privação de atendimento veterinário (67,4%), acumulação de animais (65,1%) e privação de água e alimento (36,0%).

Dentre os Médicos Veterinários que atuam na zona rural, dois deles identificaram situações de maus-tratos causadas por agentes do gênero feminino. Foi constatado o que segue: acumulação de animais (50,0%) e reprodução forçada e continuada (50,0%).

Dentre os Médicos Veterinários que atuam nas zonas urbana e rural, 43 deles identificaram situações de maus-tratos causadas por agentes do gênero feminino. As alternativas mais assinaladas foram: acumulação de animais (60,5%), privação de atendimento veterinário (53,5%) e privação de água e alimento (53,5%).

Analisando-se os dados acima mencionados, pode-se depreender que os atos cometidos pelo gênero masculino geralmente referem-se à ação (estupro, espancamento, uso de armas, por exemplo), enquanto que os atos cometidos pelo gênero feminino geralmente referem-se à omissão (privação de água e alimento, privação de atendimento veterinário e acumulação de animais), dados que vêm reforçar a teoria patriarcal de Adams (1995).

No que se refere à acumulação de animais, Ryder (2011) afirma que pode ser considerada um ato de crueldade não intencional realizado por indivíduos acometidos por distúrbios psicológicos e/ou sofrimento mental. Steketee et al. (2011), ao analisarem acumuladores de animais norte-americanos, encontraram históricos de traumas durante a infância e/ou fase adulta, ausência ou negligência dos pais e dificuldade em manter relacionamentos. Os acumuladores creem que, ao resgatar esses animais, estão garantindo seu bem-estar, o que não seria alcançado nas ruas. Entretanto, o número excessivo de animais em locais inadequados evidencia a incapacidade em garantir suas necessidades básicas para sobrevivência.

Patronek (1999) e *Hoarding of Animals Research Consortium* (HARC, 2002) conduziram pesquisas sobre acumuladores e verificaram que os primeiros sinais compulsivos em acumular animais são identificados a partir da meia idade. Patronek (1999) constatou que 76% dos acumuladores pertenciam ao gênero feminino, com idades entre 37 e 60 anos; 72,2% eram solteiros, viúvos ou divorciados; 55,6% vivem sozinhos; e possuíam, em média, 39 animais. Já o perfil dos acumuladores, constatado pelo estudo do HARC (2002), pode ser assim resumido: 83,1% pertenciam ao gênero feminino, com média de idade de 55 anos para as mulheres e 53 para os homens; 71,8% eram solteiros, viúvos ou divorciados; 46,5% viviam sozinhos; 54,9% estavam desempregados, aposentados ou incapacitados; e possuíam, em média, 50 animais (mulheres) e 47 animais (homens). Em algumas situações havia relação com maus-tratos e negligência pelos familiares.

Comparando-se os dois estudos acima com os resultados encontrados pelas pesquisadoras, verificam-se semelhanças, pois as mulheres representaram a maioria dos acumuladores de animais. Além disso, os seguintes depoimentos coletados durante a pesquisa: “os acumuladores costumam ser pessoas sozinhas do sexo feminino e são os que tenho maior contato direto”; “acumuladores: idade predominante é acima de 40 anos”; “trabalhei por um grande período com acumuladores de animais em Porto Alegre. [...] os maus-tratos são causados, na sua grande maioria, por privação de atendimento veterinário, confinamento em situação degradante (falta de higiene, superlotação e presença de ectoparasitas) [...]” também confirmam dados das pesquisas de Patronek (1999) e HARC (2002).

Já ao se proceder à correlação entre as questões 2 (zona de atuação dos entrevistados) e 13 (motivos que levaram o(s) agente(s) a agredir(em) o animal), três instrumentos foram desconsiderados por não terem assinalado a zona de atuação.

Dentre os Médicos Veterinários que atuam na zona urbana, 126 deles identificaram os motivos que levaram o(s) agente(s) a agredir(em) o animal. As três alternativas mais assinaladas foram: negligência ou ignorância em relação ao bem-estar do animal (69,8%), o animal foi “desobediente” (27,8%) e o animal mordeu ou ameaçou o autor dos maus-tratos ou um familiar deste (19,0%).

Dentre os Médicos Veterinários que atuam na zona rural, cinco deles identificaram os motivos que levaram o(s) agente(s) a agredir(em) o animal. Negligência ou ignorância em relação ao bem-estar do animal (60,0%), o animal foi “desobediente” (20,0%) e o animal pertencia a um desafeto do autor (20%) foram as opções mais assinaladas.

Dentre os Médicos Veterinários que atuam nas zonas urbana e rural, 70 deles identificaram os motivos que levaram o(s) agente(s) a agredir(em) o animal. Foi constatado o que segue: negligência ou ignorância em relação ao bem-estar do animal: (71,4%); o animal foi “desobediente”: (31,4%); o animal pertencia a um desafeto do autor e o animal mordeu ou ameaçou o autor dos maus-tratos ou um familiar deste, com a mesma porcentagem (22,8%).

Solot (1997), ao abordar a negligência como o maior motivo dos maus-tratos, entrevistou Doug Trowbridge, coordenador dos estudos de campo da *American Humane Association* (AHA). De acordo com Trowbridge, 90,0% dos maus-tratos são atribuídos à negligência – causada, muitas vezes, pela ignorância –, citando como exemplos tutores de cães que os deixam na rua em uma noite gelada e outros que amarram o animal e esquecem-se de repor a água em sua vasilha.

Para Arkow e Munro (2008), negligência significa falha em prover as necessidades físicas e/ou emocionais básicas da vida, por exemplo, comida, água, abrigo, atendimento veterinário, companhia e afeto. Abandono de um animal é um exemplo óbvio de negligência. Deixar uma coleira apertar e contrair o pescoço de um filhote em crescimento é outro.

Quanto ao *status* socioeconômico, Flynn (2012) afirma que, assim como outras formas de violência, os maus-tratos aos animais ocorrem em todos os níveis socioeconômicos. Entretanto, assegura que, quanto mais baixo o *status* socioeconômico, mais ocorrem abusos contra filhos, esposas e animais.

Delabary (2012, p. 837-838) valida a afirmação de Flynn (2012), ao assegurar que

a pobreza de uma grande parte da população acarreta em danos para os animais. A situação de miséria vivida por muitas famílias do país faz com que práticas

já ultrapassadas ainda sejam usadas por pessoas de baixa renda. um exemplo marcante é o uso indiscriminado de cavalos para o trabalho dentro dos grandes centros. Em muitas situações, os carroceiros utilizam esses animais de forma cruel, trabalhando o dia todo sem água ou comida como se fossem verdadeiras máquinas. Mais triste ainda é ver que muitos menores de idade são inseridos nessa realidade, aprendendo a trabalhar com os pais que passam adiante não só os ensinamentos sobre o trabalho, mas também a ideia de que o cavalo existe apenas para ser explorado e não merece respeito ou atenção. As denúncias ao Conselho Tutelar dos municípios podem vir a minimizar essa situação que além de trazer sofrimento aos animais se caracteriza como trabalho infantil.

Delabary (2012) segue abordando a pobreza como uma das causas dos maus-tratos aos animais, quando enfoca a situação de cães e gatos, que sofrem com a falta de comida e de condições mínimas para viver. A autora assegura, porém, que “mesmo que a qualidade de vida das pessoas melhore, nada terá efeito completo sem uma ação educativa que ressalte a importância e os benefícios da convivência entre os animais e o homem” (DELABARY, 2012, p. 838)

Pela análise dos dados coletados verifica-se que, apesar da proximidade que une homens e animais, os casos de maus-tratos são muito numerosos e diversos e que ações educativas são imprescindíveis. A seguir, serão elencadas possíveis medidas de conscientização sensibilização que auxiliem a solucionar a problemática dos maus-tratos aos animais.

4. POSSÍVEIS ALTERNATIVAS DE SENSIBILIZAÇÃO E CONSCIENTIZAÇÃO

Por meio dos depoimentos dos Médicos Veterinários entrevistados, verificou-se que a ignorância e a baixa condição socioeconômica são dois dos fatores que levam as pessoas a praticarem maus-tratos contra os animais. O convívio com animais pode proporcionar ao ser humano amizade e amor incondicionais, afeto, lealdade e companhia. Entretanto, muitas pessoas não se dão conta de que deixar um animal acorrentado sob o sol escaldante ou privar um pássaro de voar, confinando-o em uma gaiola minúscula, também são considerados maus-tratos. Falta, entre outras coisas, conscientização. Por isso,

a ideia de que os animais merecem respeito deve ser passada desde os primeiros anos de vida. Se a pessoa não gostar de animais, não é obrigada a cuidá-los e levá-los para a casa, mas precisa saber que está proibida de maltratá-los e que pode ser punida se fizer isso (DELABARY, 2012, p. 838).

E a autora prossegue:

é preciso realizar um trabalho amplo e duradouro dentro das comunidades para que os animais não sejam mais vistos como objetos. Sendo assim, a educação vem a ser a principal ferramenta para acabar com essa triste realidade, visto que através dos ensinamentos pode-se trabalhar a conscientização (DELABARY, 2012, p. 835).

Entre as várias soluções possíveis para impedir os maus-tratos contra animais, parece mais recomendado desenvolver trabalhos de prevenção e orientação, pois “a educação vem a ser a principal ferramenta para acabar com essa triste realidade” (DELABARY, 2012, p. 835). Beretta, Oliveira e Vilela (2016) garantem que o indivíduo, ao presenciar ou mesmo agredir animais, passa a perder gradativamente a sensibilidade ao sofrimento desses seres vivos. Assim sendo, o desenvolvimento de uma consciência crítica é necessário desde as primeiras fases da vida do ser humano. Desta forma, as crianças poderão tornar-se multiplicadoras da noção do respeito por todos os seres vivos.

A educação ambiental é, portanto, a forma como a linha especista e antropocêntrica será rompida, assim como qualquer ação de dominação sobre o outro (BRÜGGER, 2004, p. 165). Para Beirne (2013, p. 62), “na Criminologia [...] a agressão contra os animais tem pouca ou nenhuma significância *sui generis*, presumidamente porque não é vista como um crime real, mas, ao invés disso, como uma pequena ofensa contra a propriedade”. São necessários, portanto, o abandono do pensamento antropológico – míope quanto à verdadeira relação entre os seres humanos e o meio ambiente – e a adoção de uma postura ética ambiental.

É possível, então, defender o desenvolvimento de criminologias biocêntricas para a análise das violências cometidas contra os animais:

A ética biocêntrica de Paul W. Taylor, apresentada em seu livro, *Respect for Nature*, pode ser um guia para o questionamento da ética e justiça escravizadoras de animais não-humanos e de ecossistemas naturais. [...] Todo animal e planta, na concepção biocêntrica de Taylor, tem um valor inerente, por ter um bem próprio que ninguém deve destruir. Todas as formas de interferência pelas quais o animal ou planta perde as condições da vida boa, do desenvolvimento saudável, autoprovisamento e autonomia prática, são consideradas impeditivas da vida desses seres. [...] Interferir no estado natural da vida de animais e plantas para beneficiar interesses humanos, é negar-lhes liberdade para viverem a espécie de vida na qual nasceram, e gozarem o bem inerente a essa condição (FELIPE, 2009, p. 16-18).

Felipe (2009, p. 27) ressalta ainda que pela perspectiva ética biocêntrica “se pode considerar animais e plantas como sujeitos de direitos morais, pelo menos em termos gerais. Este é o direito de preservação e proteção do bem próprio e do bem-estar de suas vidas”. E Taylor vai além: afirma que, a partir desse direito genérico, direitos específicos para plantas e animais podem ser estabelecidos (FELIPE, 2009, p. 27). Isto posto, urge a criação de um tratamento normativo próprio para os animais, por meio do qual se possa superar o paradigma antropocêntrico e concretizar os direitos pós-humanistas (ou de quarta dimensão), admitindo a dignidade jurídica dos animais como seres sencientes e portadores de direitos fundamentais.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se, ao final da pesquisa, que, apesar da proximidade entre homens e animais, são inúmeros os casos de maus-tratos que ainda ocorrem. Em nome do antropocentrismo, o ser humano se acha no direito de decidir acerca do destino dos outros seres.

Através dos dados coletados verifica-se que perfil do agente agressor na região pesquisada é o indivíduo do gênero masculino, com idade entre 20 e 40 anos, à exceção dos acumuladores, onde predomina o gênero feminino. Constata-se também que o *status* social das famílias afeta o animal e a principal causa de maus-tratos é a negligência ou ignorância em relação ao bem-estar do animal.

Socialmente, já que os animais são menos valorizados que os humanos, eles não são sempre vistos como dignos de consideração moral. Legalmente, animais são considerados propriedade e esse *status* os torna alvos fáceis de maus-tratos. Como são os humanos que determinam as leis e as normas a respeito do tratamento dispensado aos outros seres – quais são dignos de proteção legal e quais maus-tratos são socialmente “aceitáveis” ou “necessários” –, os animais não podem falar por eles mesmos, só lhes restando a submissão ao protagonista humano (FLYNN, 2008).

Acredita-se que foram respondidos os três problemas de pesquisa propostos, que versavam sobre o perfil do agente agressor, as causas dos maus-tratos e a indicação de possíveis soluções para a problemática levantada.

Apesar de insuficientes estudos sobre o assunto no Brasil, foi possível, através de trabalhos de pesquisadores de outros países e da coleta de dados com os Médicos Veterinários, atingir os objetivos propostos.

Constata-se que a maneira mais eficaz para que o ciclo dos maus-tratos seja evitado e não mais reproduzido é a educação, com a consequente conscientização sobre o respeito à vida em todas as suas formas.

É possível mudar o triste quadro da crueldade contra os animais. Mas muito ainda há que ser feito. Este trabalho não esgota o tema, pois há um longo caminho a ser trilhado até que o ser humano abandone o pensamento antropocêntrico e especista. Tal abandono é fundamental para que os animais sejam vistos não como coisas, mas como seres que estão no planeta não apenas para servirem ao homem. Porém, alguns criminologistas têm liderado o caminho no estudo do abuso animal a partir de uma perspectiva sociológica que o reconceitualiza de forma menos antropocêntrica. Já para Flynn (2008), a Sociologia, que tem, historicamente, exposto e desafiado a opressão e a desigualdade baseadas em gênero, raça e classe, deve mais uma vez alargar seu propósito, a fim de abranger outros animais na sua esfera de estudo, incluindo o especismo no seu lugar de direito: junto a outras formas de opressão.

Flynn (2008, p. 170, tradução nossa), complementa: “cada vez mais os pesquisadores estão reconhecendo que os estudos sobre crueldade animal têm sido antropocêntricos e especistas”. Este trabalho procurou, portanto, fugir desse lugar comum, ressaltando a importância do estudo criminológico dos maus-tratos aos animais como um ato repugnante *per se*.

Regan (1983), por sua vez, argumenta que os animais satisfazem o critério de terem valor inerente e devem ter os mesmos direitos básicos de humanos, incluindo o direito a um tratamento respeitoso e de não serem agredidos. Realmente, tratar animais com respeito é tratá-los não com gentileza, mas com justiça.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Carol J. Woman-battering and harm to animals. In: ADAMS, Carol J.; DONOVAN, Josephine. **Animals and Women: feminist theoretical explorations**. Durham, NC: Duke University Press, 1995. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=iJSuTkFlpyIC&oi=fnd&pg=PA55&dq=women%20battering%20and%20harm%20to%20animals&ots=aLkGnvVJAK&sig=HRrVUFy7LbzT7aOSfL5aTCoKMPU&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 21 maio 2017.

- AGNEW, Robert. The causes of animal abuse: a social-psychological analysis. **Theoretical Criminology**, London, v. 2, n. 2, p. 177-209, 1998. Disponível em: <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1362480698002002003>. Acesso em: 6 abr. 2017.
- ARKOW, Phil; MUNRO, Helen. The veterinary profession's roles in recognizing and preventing family violence: the experiences of the human medicine field and the development of diagnostic indicators of non-accidental-injury. *In*: ASCIONE, Frank R. (Ed.). **The international handbook of animal abuse and cruelty: theory, research, and application**. West Lafayette: Purdue University Press, 2008. p. 31-58.
- ARLUKE, Arnold; LUKE, Carter. Physical cruelty toward animals in Massachusetts, 1975-1996. **Society and Animals**, Cambridge, v. 5, n. 3, p. 195-204, 1997. Disponível em: <http://www.animalsandsociety.org/wp-content/uploads/2015/10/arluke.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.
- BECKER, Howard. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro, Zahar, 2008.
- BEIRNE, Piers. Animal rights, animal abuse and green criminology. *In*: BEIRNE, Piers; SOUTH, Nigel (Ed.). **Issues in green Criminology: confronting harms against environments, humanity and other animals**. Abingdon, UK: Routledge, 2013. p. 55-86.
- BENETATO, Melanie A.; REISMAN, Robert; MCCOBB, Emily. The veterinarian's role in animal cruelty cases. **Journal of the American Veterinary Medical Association**, Schaumburg, IL, v. 238, n. 1, p. 31-34, Jan. 2011. Disponível em: <http://www.neacha.org/resources/Veterinarian's%20Role.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2017.
- BERETTA, Daniel C.; OLIVEIRA, Juciene S.; VILELA, Daniela C. A extensão universitária e a ludicidade na educação infantil contra a crueldade animal e violência interpessoal. **Revista Brasileira de Extensão Universitária**, Chapecó, v. 7, n. 2, p. 139-144, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.uffs.edu.br/index.php/RBEU/article/view/3114/2657>. Acesso em: 4 maio 2017.
- BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **VadeMecum**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.1447-1454.
- BRÜGGER, Paula. **Educação ou adestramento ambiental?**. 3. ed. Chapecó: Argos; Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2004.

DELABARY, Barési Freitas. Aspectos que influenciam os maus tratos contra animais no meio urbano. **Revista Eletrônica em Gestão, Educação e Tecnologia Ambiental**, Santa Maria, RS, v. 5, n. 5, p. 835-840, 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/reget/article/viewFile/4245/2813>. Acesso em: 10 mar. 2019.

FELIPE, Sônia T. Antropocentrismo, sencientismo e biocentrismo: perspectivas éticas abolicionistas, bem-estaristas e conservadoras e o estatuto de animais não-humanos. **Páginas de Filosofia**, São Bernardo do Campo, SP, v. 1, n. 1, p. 2-30, jan./jul. 2009. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/PF/article/view/864/1168>. Acesso em: 12 fev. 2019.

FLYNN, Clifton P. A sociological analysis of animal abuse. *In*: ASCIONE, Frank R. (Ed.). **The international handbook of animal abuse and cruelty: theory, research, and application**. West Lafayette: Purdue University Press, 2008. p. 155-174.

FLYNN, Clifton P. **Understanding animal abuse**. New York: Lantern Books, 2012. Edição do Kindle.

GRAHAM, Hannah; MCNEILL, Fergus. Desistência: prevendo futuros. *In*: CARLEN, Pat; FRANÇA, Leandro Ayres (Ed.). **Criminologias alternativas**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017. p. 573-593.

GULLONE, Eleonora; CLARKE, John P. Animal abuse, cruelty, and welfare: an Australian perspective. *In*: ASCIONE, Frank R. (Ed.). **The international handbook of animal abuse and cruelty: theory, research, and application**. West Lafayette: Purdue University Press, 2008. p. 305-334.

HARC. Health implications of animal hoarding. **Health & Social Work**, Washington, DC, v. 27, n. 2, p. 125-136, May 2002. Disponível em: <http://search.proquest.com/docview/210548261?pq-origsite=qscholar>. Acesso em: 23 maio 2017.

LEVAI, Laerte Fernando. **Direito dos animais**. 2. ed. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004.

MAIA, Alexandre G.; BUAINAIN, Antonio M. O novo mapa da população rural brasileira. **Confins**, São Paulo, n. 25, 2015. Disponível em: <https://confins.revues.org/10548?lang=pt>. Acesso em: 21 maio 2017.

NASSARO, Marcelo R. F. **Aplicação da teoria do link – maus tratos contra os animais e violência contra pessoas – nas ocorrências atendidas pela Polícia Militar do Estado**

de São Paulo. 2013. Dissertação (Mestrado Profissional em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública) – Centro de Altos Estudos de Segurança, Polícia Militar do Estado de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.pea.org.br/educativo/pdf/robis.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

PATRONEK, Gary. Hoarding of Animals: an under-recognized public health problem in a difficult-to-study population. **Public Health Reports**, Thousand Oaks, CA, v. 1, n. 14, p. 81-87, Jan./Feb. 1999. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1308348/pdf/pubhealthrep00029-0083.pdf>. Acesso em: 23 maio 2017.

REGAN, Tom. **The case for animal rights**. Berkeley, CA: University of California Press, 1983.

RYDER, Richard D. **Speciesism, painism and happiness: a morality for the twenty-first century**. Exeter, UK: Imprint Academic, 2011.

SOLOT, Dorian. Untangling the animal abuse web. **Society and Animals**, Cambridge, v. 5, n. 3, p. 257-265, 1997. Disponível em: <http://www.animalsandsociety.org/wp-content/uploads/2015/10/solot.pdf>. Acesso em: 27 maio 2017.

STEKETEE, Gail et al. Characteristics and antecedents of people who hoard animals: an exploratory comparative interview study. **Review of General Psychology**, Washington, DC, v. 15, n. 2, p. 114-124, 2011.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. **Principles of Criminology**, 6. ed., Philadelphia: Lippencott, 1960.

APÊNDICE

QUESTIONÁRIO SOBRE MAUS-TRATOS A ANIMAIS

- 1- Há quanto tempo você atua na profissão?
() Há menos de 01 ano () De 01 a 05 anos () De 05 a 10 anos () Há mais de 10 anos
- 2- Você atua na(s) zona(s):
() urbana () rural () urbana e rural
- 3- Você já atendeu a casos de maus-tratos a animais?
() Sim () Não. Obs.: Neste caso, por gentileza dirija-se diretamente à questão 15.
- 4- Quantos casos de maus-tratos você já atendeu como Médico Veterinário (aproximadamente)?

de 01 a 05 de 06 a 10 de 11 a 20 Mais de 20

5- O maior número de casos surgiu quando você atuava (ou ainda atua) em:

clínica/hospital ONG Centro de Zoonoses abatedouros/matadouros

outro. Qual?

6- Os animais vítimas de maus-tratos atendidos eram, predominantemente:

errantes (de rua) domiciliados animais para abate

7- Os animais vítimas de maus-tratos atendidos eram, predominantemente:

silvestres silvestres, porém domiciliados exóticos

exóticos, porém domiciliados domésticos de companhia

domesticados (ruminantes, equinos, suínos, aves, dentre outros)

8- Os casos mais numerosos de maus-tratos que chegaram até você podem ser classificados como (pode ser assinalada mais de uma alternativa):

espancamento, mutilações (chutes, tapas, socos, cortes de partes do corpo, dentre outros)

queimaduras envenenamentos enforcamento/esganadura

ferimentos por arma (de fogo ou branca)

utilização em rituais religiosos ou de “magia negra” rinhas ou competições

privação de água e alimento privação de atendimento veterinário

confinamento/ acorrentamento em situação degradante estupro

reprodução forçada e continuada, com conseqüente exaustão da matriz

animal de tração ferido ou transportando sobrepeso

acumulação de animais outro(s). Qual(is)?

Obs.: as questões 09 a 12 referem-se ao perfil do agente dos maus-tratos. Se você desconhece a autoria dos maus-tratos, por gentileza dirija-se diretamente à questão 13.

9- Nos casos em que você teve conhecimento da autoria dos maus-tratos, pode-se afirmar que a idade do agente situava-se, predominantemente:

abaixo dos 10 anos entre 10 e 20 anos entre 20 e 40 anos acima dos 40 anos

10- Nos casos em que você teve conhecimento da autoria dos maus-tratos, pode-se afirmar que o agente, predominantemente, pertencia ao gênero:

masculino feminino

11- Na(s) situação(ões) de maus-tratos, em que você teve conhecimento que o agente era do gênero masculino, os casos podem ser classificados como (pode ser assinalada mais de uma alternativa):

- espancamento, mutilações (chutes, tapas, socos, cortes de partes do corpo, dentre outros)
- queimaduras envenenamentos enforcamento/esganadura
- ferimentos por arma (de fogo ou branca)
- utilização em rituais religiosos ou de “magia negra” rinhas ou competições
- privação de água e alimento privação de atendimento veterinário
- confinamento/ acorrentamento em situação degradante estupro
- reprodução forçada e continuada, com conseqüente exaustão da matriz
- animal de tração ferido ou transportando sobrepeso
- acumulação de animais outro(s). Qual(is)?

12- Na(s) situação(ões) de maus-tratos, em que você teve conhecimento que o agente era do gênero feminino, os casos podem ser classificados como (pode ser assinalada mais de uma alternativa):

- espancamento, mutilações (chutes, tapas, socos, cortes de partes do corpo, dentre outros)
- queimaduras envenenamentos enforcamento/esganadura
- ferimentos por arma (de fogo ou branca)
- utilização em rituais religiosos ou de “magia negra” rinhas ou competições
- privação de água e alimento privação de atendimento veterinário
- confinamento/ acorrentamento em situação degradante estupro
- reprodução forçada e continuada, com conseqüente exaustão da matriz
- animal de tração ferido ou transportando sobrepeso
- acumulação de animais outro(s). Qual(is)?

13- Caso você tenha conhecimento dos motivos que levaram o(s) autor(es) a agredir(em) o(s) animal(is) encaminhado(s) para atendimento, favor marcar uma ou mais alternativas:

- o animal foi “desobediente”
- o animal mordeu ou ameaçou o autor dos maus-tratos ou um familiar deste
- briga em família, com agressão a pessoas e ao animal
- o animal pertencia a um desafeto do autor surto de embriaguez/ drogadição do autor
- o autor sofre de distúrbio mental

- negligência ou ignorância em relação ao bem-estar do animal
 desconheço o(s) motivo(s) Outro(s). Qual(is)?

14- Você denunciou o(s) caso(s) de maus-tratos?

- Sim, e foram tomadas providências pelos órgãos competentes
 Sim, mas não houve qualquer providência em relação ao(s) casos(s)
 Sim, porém não sei o desfecho do(s) caso(s)
 Não

15- Você gostaria de fazer alguma observação ou dar algum depoimento sobre situações de maus-tratos, tipos de violência, perfil dos animais e agentes, consequências dos casos ou outras questões?

.....

MULHERES MATÁVEIS: UM OLHAR INTERSSECCIONAL DO CRIME DE FEMINICÍDIO

KILLABLE WOMEN: AN INTERSECTIONAL LOOK AT FEMINICIDE CRIME

Jéssica Santiago Cury

Mestre em Direito pela Universidade Estadual de São Paulo (UNESP), bolsista CAPES (O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES), Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. E-mail: jessisicury@hotmail.com

Ana Carolina de Sá Juzo

Mestranda pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP), bacharela em direito pela Faculdade de Direito de Franca, promotora legal popular, presidente da Comissão da Mulher Advogada de Franca. E-mail: anacarolinajuzo@usp.br

Resumo: A presente pesquisa busca, por meio de uma revisão de literatura, analisar criticamente os conceitos e dados do crime de feminicídio. A análise foi realizada sob a perspectiva da criminologia crítica feminista e da interseccionalidade, como forma de observar como tal tipificação (feminicídio) e os consequentes homicídios perpassam por diversos eixos de opressão. Deste modo, procura-se observar o crime de feminicídio para além da tipificação, bem como questionar o uso do sistema de justiça criminal como alternativa de combate a violência e proteção das mulheres.

Palavras chaves: feminicídio, interseccionalidade, criminologia crítica, criminologia feminista.

Abstract: This research seeks, through a literature review, to critically analyze the concepts and data of the crime of femicide. The analysis was carried out from the perspective of feminist critical criminology and interest, as a way of observing how such typification (femicide) and the consequent homicides pervade various axes of oppression. Thus, we seek to observe the crime of femicide beyond typification, as well as to question the use of the criminal justice system as an alternative to combat violence and protect women.

Keywords: feminicide, intersectionality, critical criminology, feminist criminology.

Sumário: 1. Introdução; 2. Criminologia Crítica e feminista: um olhar para além da tipificação; 3. O Feminicídio: sob um olhar interseccional; Considerações Finais; Referenciais.

1. INTRODUÇÃO:

Quando começamos a pensar na ideia central desse artigo, a principal inquietude que nos cercou durante toda nossa trajetória enquanto pesquisadoras foi pensar o que nos move e faz questionar as estruturas secularmente sedimentadas que propagam e promovem injustiças, desigualdades, normalizam violências e que estão cada vez mais materializadas entre nós. Pensamos que algo potencialmente humano nos move, somado a um vasto campo onde há diversos lugares de enunciação. Nossa tomada de consciência, do nosso construir pesquisadoras, foi alimentada pelas dores, belezas e transformações frente aos vários significados de âmbito individual e coletivo das demandas feministas.

Assim, compreendemos que nossas inquietações e angústias advinham de um lugar carregado de marcadores e sentidos, nos quais atrelados a várias sensibilidades afloradas por nossas vivências nos fizeram ter coragem de tentar somar a luta feminista, que em seu sentido plural, busca o direito de todas as mulheres usufruir de iguais dignidades.

Foi diante deste contexto que começamos a trilhar quais os caminhos metodológicos e bibliográficos seriam usados para conseguirmos falar sobre a violência brutal que atinge diversas mulheres atualmente no Brasil, o feminicídio. Deste modo, a criminologia crítica e sua crítica feminista foi identificado como um suporte teórico capaz de dialogar com nossas indagações, uma vez que se propõe como um campo científico que questiona a atuação do sistema de justiça criminal, bem como se coloca aberto a novas construções.

Nesse sentido, este aporte teórico foi usado para compreendermos a tipificação do crime de feminicídio para além de sua codificação. Ao colocar em xeque a atuação do sistema de justiça criminal, ao considera-lo como seletivo, punitivista, bem como um instrumento de alicerce de desigualdades sociais e marginalizações, a criminologia crítica questiona a busca dentro do direito penal, por respostas e responsabilidades pelas demandas feministas sobre questões jurídico-penais.

No entanto, quando nos deparamos com as construções de gênero dentro desse campo científico, nos deparamos com uma falta de um recorte mais específico sobre as questões de raça, gênero e classe. Deste modo, pensamos em recorrer a intersseccionalidade como um instrumento interpretativo para compreender como fenômenos que se mostram crescentes no Brasil. Uma vez que o feminicídio, conforme os últimos dados lançados pelo Atlas da Violência, criado com o intuito de mapear homicídios e outras violências sofridas pelas mulheres, afirmou que “4.645 mulheres foram assassinadas no país, o que representa uma taxa de 4,5 homicídios para cada 100 mil brasileiras. Em dez anos, observa-se um aumento de 6,4%” (BRASIL, 2018).

Quando analisados sob um espectro racial os dados constaram que: “a taxa de homicídios é maior entre as mulheres negras (5,3) que entre as não negras (3,1) – a diferença é de 71%. Em relação aos dez anos da série, a taxa de homicídios para cada 100 mil mulheres negras aumentou 15,4%, enquanto que entre as não negras houve queda de 8%” (BRASIL, 2018).

Assim, ao pensar na intersseccionalidade como uma chave interpretativa para repensarmos as mortes de diversas mulheres, usamos autoras como Kimberlé Crenshaw, Patricia Hill Collins. Além delas ressaltamos como o termo interesseccionalidade não pode ser delimitado somente nas autoras norte americanas, pois quando difundido como meio de pensar eixos de opressões diversos autores brasileiros anteriores a década de 90 (época da construção da intersseccionalidade nos Estados Unidos) já articulavam como as categorias raça e classe estratificava desigualdades no Brasil, como por exemplo a autora militante Lélia Gonzalez.

Desta forma, o intuito desse artigo é procurar articular como a criminologia crítica, sua crítica feminista, junto com a intersseccionalidade podem se atrelar e propor novas formas de pensar, abrindo frestas e janelas para criarmos possibilidades epistemológicas onde as questões raciais, de gênero e classe tenham seus lugares específicos e demarcados na luta pelo fim da violência de gênero.

2. CRIMINOLOGIA CRÍTICA E FEMINISTA: UM OLHAR PARA ALÉM DA TIPIFICAÇÃO.

A criminologia crítica -enquanto ciência empírica- contribuiu para a desconstrução das falsas promessas punitivas, da suposta igualdade do direito penal e das próprias

funções declaradas e não declaradas da pena. A criminologia feminista, para além disso, tenta evidenciar a marginalização de gênero dentro das ciências criminais, bem como a violência estrutural que mulheres sofrem por parte do sistema de justiça.

Dessa forma, o controle social é central tanto para a Criminologia Crítica quanto para a Criminologia Feminista. No entanto, a abordagem feminista do controle social amplia a abordagem da Criminologia Crítica, pois inclui instituições não consideradas por essa (HEIN, 1998). Por isso, adotando os conceitos de gênero oferecidos por autoras como Saffioti (2004), quem considera que a violência pode ser utilizada como um instrumento de dominação e opressão, observamos a necessidade de apoiar-se em teorias críticas que sejam, ao mesmo tempo, feministas.

Tomando por base a pluralidade do movimento feminista, e elegendo um feminismo enquanto teoria crítica e política, entendemos que é coerente repensar a criminologia crítica de acordo com os aportes da teoria crítica feminista. E, a partir das propostas da criminologia com amparo feminista, tentamos refletir como os discursos e as práticas jurídicas trazem à tona as desigualdades de gênero e as desigualdades marcadas pelos eixos de opressão que caminham ao lado desse conceito.

Para isso, entendemos que os estudos que dialogam com a justiça criminal e com a criminologia devem, sistematicamente, passar pelas premissas de gênero, raça-etnia e classe. Já que, conforme aponta a maioria das pesquisadoras e pesquisadores sobre o tema, o direito não tem se mostrado receptivo às questões de gênero, muito menos tem considerado os eixos de raça-etnia e classe que os perpassam.

Todavia, as tipificações e legislações que tratam da violência de gênero convergem com os eixos de opressão citados. Segundo Lagarde (2015) para que o tipo penal de feminicídio esteja configurado é preciso que exista o silêncio, omissão e negligência sobre a cegueira dos preconceitos sexistas e misóginos sobre mulheres por parte de todas as instituições que possuem o dever de erradicar a violência de gênero. Tratando-se, portanto, de relações históricas e sociais que devem ser estudadas sob o ponto de vista interseccional.

A própria eliminação da palavra dos textos legais demonstra a ausência desse marcador como eixo de estudo e discussão no direito brasileiro. Campos (2015) exemplifica isso com a substituição da palavra gênero por “condição do sexo feminino” na tipificação do crime de feminicídio. Diniz e Gumieri (2018) também explicam que o texto legal fez

essa substituição para evitar que corpos não binários pudessem ser reconhecidos como vítimas do feminicídio, como é o caso das mulheres trans e as travestis.

Na lei do feminicídio, a resistência conservadora à potência desnaturalizadora da categoria gênero tem contornos essencializadores: retirar gênero da Lei é tentar devolver a conversa sobre direito à vida para a natureza do feminino, isto é, a sexagem original de uma fêmea para se transformar a mulher como vítima de um homem. A controvérsia sobre a palavra gênero no texto da Lei Maria da Penha e da Lei do Feminicídio nos parece uma pista poderosa para reforçar a tese que já sustentamos para a Lei Maria da Penha: o marco hegemônico de intelegibilidade da violência contra as mulheres no país é o da violência contra as mulheres designadas fêmeas ao nascer, subalternizadas pela família heterossexual e reprodutora (DINIZ; GUMIERI, 2018).

Outra consideração apontada a partir dos estudos de gênero no sistema de justiça é o caráter punitivo, apontado como responsabilidade das demandas feministas sobre questões jurídico-penais. O que não condiz com a realidade, já que os estudos gênero, ao adotarem marcos feministas e interseccionais, não demonstram que o protagonismo está nas apostas punitivas, mas sim na necessidade de cessar as inúmeras formas de violências dentro e fora do sistema de justiça, inclusive por meio dos discursos.

Em vários casos em que o feminicídio foi configurado, Brener, Ramos e Somberg (2018), denunciou certa discrepância entre o texto do tipo penal feminicídio e a efetiva aplicação do desvio, mostrando que a qualificadora não foi considerada pelas sentenças com base em preceitos de hierarquia, traduzindo-se em decisões machistas e caracterizadas por marcadores de gênero.

Mas o que são marcadores de gênero? A partir das pesquisas, marcadores de gênero são aqueles elementos sempre presentes nos casos de violência de gênero. A palavra “marcadores” se refere a um aspecto ou característica distintivo, indicativo de uma particular qualidade ou condição. No caso, marcadores que permitem distinguir as particularidades e condições do gênero feminino. A identificação do feminicídio depende da presença e verificação desses aspectos, que são uma constante na violência contra a mulher (BRENER, RAMOS E SOMBERG, 2018).

Nos termos das autoras Brener, Ramos e Somberg (2018), podemos afirmar que expressões como ciúmes, brigas, crime passionai, crise e discussão sempre se relacionam com o crime de feminicídio, naturalizando-se nesse contexto de violência institucional e

reprodutor de discursos hierárquicos. Restringindo, por consequência, o debate complexo sobre as questões de gênero, aliados a raça-etnia e classe.

O feminismo, aliado às críticas ao racismo e homofobia torna insustentável qualquer teorização que exclua as múltiplas dimensões das discriminações de gênero, raça/etnia, orientação sexual, classe e outros marcadores. A percepção de múltiplas discriminações (ou opressões) requer a incorporação desses novos sujeitos, de novas “populações apagadas da vista” ou teoricamente inexistentes ou invisíveis nos estudos da criminologia (HEIN, 2011).

Assim, a criminologia que se propõe feminista, além de seu caráter crítico, deve problematizar os eixos de opressão, caracterizando as diferenças entre mulheres brancas, negras, étnicas, heterossexuais, homossexuais, ricas e marginalizadas etc. Conforme Hein (2011), a discriminação não é igual, mas transpassada por múltiplas dimensões.

Apostar nos eixos de intersecção raça-etnia, gênero e classe nos parece um trabalho mais eficaz e que desafia o direito e seu sistema hierárquico do que a punição e a reprodução das demandas punitivas. Na tentativa de se buscar um saber criminológico que não só entenda o caráter seletivo e estigmatizante do sistema penal, mas também enxergue as perspectivas experimentadas pelo feminismo diante da real atuação do direito penal, entendendo que as violências, e consequentes mortes de mulheres, assentam-se nas relações racistas e classistas de gênero.

Reconhecer a ambivalência do direito penal e suas limitações é importante no momento de construção da política, pois aponta para a necessidade de combinação entre estratégias de ação – a Lei Maria da Penha, nesse sentido, possui medidas de caráter não penalizantes que são de extrema importância – ou mesmo a transitoriedade de algumas soluções.

Assim, ao tipificar alguma conduta na tentativa de proteger uma classe vulnerável é necessário atentar sobre quem, para quem e por quem a lei atua e é aplicada, na tentativa de se conferir uma maior empiria ao saber criminológico.

3. O FEMINICÍDIO: SOB UM OLHAR INTERSSECCIONAL.

Em 2016, foi realizado pelo IPEA, o Atlas da Violência, com o intuito de mapear homicídios e outras violências sofridas pelas mulheres no Brasil. De acordo com os dados lançados, em 2016, “4.645 mulheres foram assassinadas no país, o que representa

uma taxa de 4,5 homicídios para cada 100 mil brasileiras. Em dez anos, observa-se um aumento de 6,4%” (BRASIL, 2018).

Em relação aos homicídios segundo o critério de cor foram os seguintes dados lançados: “a taxa de homicídios é maior entre as mulheres negras (5,3) que entre as não negras (3,1) – a diferença é de 71%. Em relação aos dez anos da série, a taxa de homicídios para cada 100 mil mulheres negras aumentou 15,4%, enquanto que entre as não negras houve queda de 8%” (BRASIL, 2018).

Assim diante dos dados acima relatados, observa-se como a violência contra a mulher tem aumentado, e especificadamente contra as mulheres negras. No entanto, para tentarmos encontrar respostas e soluções, é necessário compreendermos o lugar habitado pelas mulheres negras, quais são suas especificidades e demandas.

Assim, as particularidades e diferenciações vivencias e requeridas por essas mulheres, devem ser acolhidas e refletidas no âmbito criminológico, pois como visto, o controle social sobre seus corpos são mais intensificados e considerados matáveis; em contrapartida suas falas são silenciadas e quase não noticiadas.

Deste modo, para pensarmos como podemos diminuir ou eximir as opressões e violências sobre seus corpos, 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, p.177).

Assim, difundido pela referida autora afro-norteamericana Kimberlé Crenshaw, a intersseccionalidade consegue propor em diversas áreas do conhecimento estudos, os quais as categorias interajam entre si com a finalidade de diagnosticar a estratificação de desigualdades experimentadas por determinados grupos sociais (SANTOS, 2016).

Nesse sentido, o conceito de interseccionalidade tem sido usado como ferramenta que consegue localizar e pontuar eixos de tensões existentes na intersecção entre raça, classe, gênero, sexualidades, entre outras.

A socióloga Patricia Hill Collins (2017) ressalta como a intersseccionalidade teve um aspecto fundamental para os movimentos sociais das mulheres negras, entende que

não engloba somente essas mulheres e sim uma pluralidade de movimentos feministas, uma vez que “latinas, mulheres indígenas e asiáticas estavam na vanguarda de reivindicar a inter-relação de raça, gênero e sexualidade em sua experiência cotidiana” (COLLINS, 2017).

No entanto, ressalta como as narrativas sobre a origem do termo interseccionalidade se confundem com o seu reconhecimento no mundo acadêmico, uma vez que adotam como único marco teórico o trabalho de Crenshaw. De acordo com a autora: “É como se as ideias associadas aos estudos de raça/classe/gênero não existissem até o momento em que elas foram reconhecidas por autores institucionais, oferecendo, principalmente, um nome legítimo e facilmente transportável a um campo emergente”. (COLLINS apud PEREIRA, 2016, p. 60). Nesse sentido, a pesquisadora Ana Cláudia Jaquetto Pereira, em consonância com a Collins ressalta:

Collins argumenta que as narrativas de origem sobre interseccionalidade, ao adotarem o trabalho de Crenshaw como marco único e solitário de seu surgimento, confundem a origem da interseccionalidade com o seu reconhecimento pela academia. Em suas palavras, “É como se as ideias associadas aos estudos de raça/classe/gênero não existissem até o momento em que elas foram reconhecidas por autores institucionais, oferecendo, principalmente, um nome legítimo e facilmente transportável a um campo emergente”. (COLLINS apud PEREIRA, 2016,)

Dessa forma, mesmo entendendo que o trabalho de Crensha (2002) pode ter sido um marco no reconhecimento da interseccionalidade no mundo acadêmico, é necessário pontuar como pesquisadoras e intelectuais da América Latina já pensavam, em décadas anteriores, bem como articulavam em suas produções interações entre raça, gênero e classe, diante das demandas postas pelos movimentos sociais negros. Um grande exemplo brasileiro são os escritos da filósofa e militante Lélia Gonzalez, nos quais já ressaltavam a relação entre essas categorias sociais e como perpassavam pelas desigualdades postas.

González pontua, localiza e descreve as consequências geradas pela intersecção entre as categorias raça, classe e gênero, uma vez que afirma que “este sistema transforma as diferenças em desigualdades, a discriminação que elas sofrem assume um carácter triplo; dada sua posição de classe, ameríndias e amefricanas fazem parte, na sua grande maioria, do proletariado afrolatinoamericano” (GONZALEZ, 2011). No entanto é válido ressaltar como as produções e vida de González foi marcada por escritas, que

além de serem demarcadas por suas experiências pessoais de discriminação e racismo, se direcionavam na criação de um saber intelectual com engajamento político.

Outra intelectual brasileira que já enunciava as relações de opressões que são consonantes ao pensamento de Crenshaw, é a produção da socióloga Heleieth Saffioti, na década de 1970. Para a autora, os diferentes sistemas de opressões acarretam em uma “nova realidade”, e esta nova realidade não se consegue quantificar e nem hierarquizar opressões, uma vez que “ não se trata de variáveis quantitativas, mensuráveis, mas de determinações, de qualidades, que tornam a situação destas mulheres muito mais complexa” (SAFFIOTI, 2004).

De acordo com Saffioti, as categorias que estruturam esta nova realidade são gênero, classe social, raça/etnia, além disso tais categorizações articulam globalmente as relações de poder, resultante de dinâmicas sociais de cada sociedade.

Dessa forma, tentamos demonstrar o panorama em que se estrutura e articula o termo interseccionalidade tanto no contexto global acadêmico, como nas produções brasileiras –ressaltando como o termo interseccionalidade ainda não era difundido na academia na época destas produções. Assim, em concordância com o pensamento de Cerqueira (2018) sobre a importância e a percepção de compreender a interseccionalidade como ferramenta interpretativa:

Os apontamentos por hora mencionados nos encaminham para uma compreensão categórica sobre a interseccionalidade: a necessidade de nomear circunstâncias para visibilizar opressões e, por consequência, possibilitar a articulação de vias que revertam tais conjunturas. É de se dizer, portanto, que qualquer categoria que se proponha a ser universal, ainda que indiretamente, não dialoga com os anseios de reconhecer diferenças para, de fato, avançar na construção de sociedades justas e transformadoras (CERQUEIRA, 2018).

É sob essa ótica que visualizamos no pensamento interseccional, um meio de compreender e observa como o sistema de justiça criminal e suas diversas formas de atuação podem ser entendidas como mais um eixo de opressão das mulheres negras, uma vez que além de não as protege-las, controlam seus corpos e as deixam ainda mais vulneráveis. Assim, pretendemos pensar por meio dessa pesquisa aportes de resistência e visibilidade para todas as mulheres. Pensar a trajetória de vida de todas as mulheres que sofreram alguma violência, e pensarmos formas de proteção que não atravessam processos de racialização, estigmatização e violência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Parece-nos coerente pensar a tipificação do desvio de feminicídio, bem como de legislações de violência doméstica, de acordo com uma criminologia receptiva à teoria crítica feminista. E para isso, consideramos uma criminologia que também transpasse os eixos de opressão raça-etnia, classe e gênero.

Nos termos do próprio desvio da qualificadora de feminicídio, a morte em razão de condições específicas já demonstra a necessidade de se pensar, interseccionalmente, quem são as mulheres que morrem nos ambientes e em razão de relações domésticas, quais são as posições que essas mulheres ocupam e representam socialmente. Para, a partir disso, confrontarmos esses dados com a criminologia.

Diante da desigualdade entre os números trazidos sobre as mortes de mulheres brancas e mulheres negras, por exemplo, já podemos inferir que as respostas ao acesso do sistema de justiça a estas podem ser dadas de forma diferente para aquelas, dificultando a aplicação de outras medidas, antes e fora da perspectiva penal.

Pensar em novas estratégias e em uma agenda que contribua de maneira mais eficaz no enfrentamento à violência e morte em razão de gênero é um percurso que deve abranger as relações interseccionais discutidas na pesquisa. No mesmo percurso, reconhecer as contradições que o direito penal representa nesse enfrentamento é importante, à medida que as estratégias de ação devem estar relacionadas, nos próprios termos preventivos da Lei Maria da Penha.

Assim, tendo como objeto de análise a tipificação do feminicídio e reiterando a necessidade de se repensar uma criminologia receptiva à teoria crítica feminista, entendemos que as categorias de raça-etnia, classe e gênero devem ser marcadores presentes nos estudos e sistemáticas que envolvem esse tipo penal e todas as relações de violência doméstica.

Diante da histórica invisibilidade das temáticas de gênero, sabemos que ainda há muito a se percorrer para que os discursos criminológicos incorporem essa perspectiva, podendo, assim, reafirmarmos a existência de uma criminologia realmente feminista.

No entanto, a discussão central do presente trabalho é apontar a coerência em se pensar no desvio de feminicídio diante dos eixos de opressão raça-etnia, classe e gênero, sob pena de colocarmos todas as pessoas que sofrem violência doméstica e consequente morte em razão de gênero em um mesmo contexto. O que não é, honestamente, empírico.

Além de estarmos diante dos conceitos de hiper e sub-inclusão das pessoas vítimas de violência e mortes.

Diante disso, acreditamos ser fundamental a mudança nas formas de se produzir conhecimentos criminológicos acerca das relações e das aplicações de leis que envolvam gênero, para diminuirmos a distância entre as experiências das várias categorias de vítimas envolvidas nesses conflitos.

É passado o momento de repensarmos a necessidade de criação de campanhas, serviços e educação que combata a violência e conseqüente morte de mulheres no ambiente privado e público, precisamos debater e discutir essas práticas antes de puni-las, já que essas sempre segregaram os desviantes e vítimas de acordo com critérios interseccionais delimitados.

A resposta punitiva não pode continuar violando direitos e garantias humanas na contradição de tutelar e ao mesmo tempo reproduzir violências, ao contrário, é preciso buscar a superação das relações de subordinação e desigualdade entre os gêneros existentes no próprio sistema de justiça.

É preciso, nesse sentido, entender a violência e morte de mulheres como um fenômeno multifacetado e interseccional, repensando o conflito em relação em relação aos eixos de opressão perpassados – como por exemplo raça e classe. É imprescindível refletirmos e repensarmos as possibilidades de trabalhar a violência fora do poder punitivo, fora da perspectiva da pena, na tentativa de nos afastar de um sistema de justiça criminal reprodutor de violências, hierarquias e estigmatizações. Como nos lembra Batista (2015), fora do paradigma penal as possibilidades podem ser bonitas, poéticas e infinitas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum.** Revista CCJ/ UFSC, n. 30, ano 16, p. 24-36, junho de 1995.

BATISTA, Vera Malagutti de Souza. **Crítica à violência de gênero, crítica ao direito penal,** 2. nº1., 2015, Rio de Janeiro. Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 15 jul. 2015.

BRASIL, IPEA **Atlas da Violência.** IPEA e FBSP, 2017. Acesso em marco de 2019 v. 30, 2018.

BRENER, Paula Rocha Gouvêa; RAMOS, Marcelo Maciel; SOMBERG, Julia. **Feminicídio, invisibilidade e espetacularização: refinamento da análise típica a partir dos marcadores de gênero.** In: Questões de Gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais.

GOMES, Mariangela Gama de Magalhães; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda; MATA, Jéssica da. (Orgs.) Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

CAMPOS, Carmem Hein de. **O Discurso Feminista Criminalizante No Brasil: Limites E Possibilidades.** Tese (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1998.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia feminista : alternativas para uma política no Brasil** Florianópolis: UFSC, 1998.

CAMPOS, Carmen Hein. **Criminologias Feministas: três possibilidades para a configuração de um campo de estudo.** Florianópolis, UFSC, 2011.

CERQUEIRA, Iodenis Borges Figueira et al. **Entre conceitos e legislações: análises e reflexões sobre feminicídio, mulheres negras e violação de direitos humanos.** 2018.

COLLINS, Patrícia Hill. **Se perdeu na tradução? Feminismo negro, interseccionalidade e política emancipatória.** Revista Parágrafo, São Paulo, v.5, n.1, p. 6-17 jan-jun. 2017. Disponível em: <http://revistaseletronicas.fiamfaam.br/index.php/recicofi/article/view/559/506>. Acessado em: 19 de jan. de 2018.

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.

DINIZ, Débora. GUMIERI, Sinara. **Violência de Gênero no Brasil: ambiguidades na política criminal.** In: Questões de Gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais.

GOMES, Mariangela Gama de Magalhães; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda; MATA, Jéssica da. (Orgs.) Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

GONZALEZ, Lélia. **Por um feminismo afro-latino-americano.** Caderno de Formação Política do Círculo Palmarino, Embu das artes, p.12-20, 2011. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/271077/mod_resource/content/1/Por%20um%20feminismo%20Afro-latino-americano.pdf Acessado em: 10 de agosto de 2017.

GONZALEZ, Lélia. **Mulher Negra**. Afrodiáspora, Rio de Janeiro, Ipeafro, v.3, n.6-7, p.94- 104, 1985.

LAGARDE, Marcela. **Antropología, feminismo y política: Violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres**. In: BULLEN, Margaret; DÍEZ, Carmen. Retos teóricos y nuevas prácticas. Ankulegi Antropologia Elkarte. Donostia. 2008. p. 209-239. Disponível em: <https://www.ankulegi.org/wp-content/uploads/2012/03/0008Lagarde.pdf>.

PEREIRA, Ana Claudia Jaquette. **Pensamento social e político do movimento de mulheres negras: o lugar de ialodês, orixás e empregadas domésticas em projetos de justiça social**. 2016, 235 f. Tese (Tese em Ciência Política). – Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

SAFFIOTI, Heleieth I.B. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SANTOS, Giselle Cristina dos Anjos. **Os estudos feministas e o racismo epistêmico**. Revista Gênero. Niterói, vol. 16, no.2, 1.sem. p. 7-32, 2016.

RUSSELL, Diana. **Feminicídio: una perspectiva global**. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2006b.

**DIFICULDADES DA MULHER INFRATORA COM PROBLEMAS
MENTAIS NO PROCESSO PENAL**

*DIFFICULTIES OF WOMEN OFFENDERS WITH MENTAL PROBLEMS IN
THE CRIMINAL PROCESS*

Isabel Bezerra de Lima Franca

Universidade Federal do ABC
Doutoranda em Ciências Humanas e Sociais pela UFABC
E-mail: isabellimafranca@hotmail.com

Maria Gabriela da Silva Martins da Cunha Marinho

Universidade Federal do ABC
Professora Doutora – vice-diretora do CECS
E-mail: gabiolgm@gmail.com

Resumo: O Brasil ocupa o terceiro lugar no ranking dos países com maior número de pessoas encarceradas e, segundo dados do Infopen mulheres 2018, o encarceramento de mulheres vem crescendo de forma dramática nos últimos anos. Contudo, o levantamento é silente no caso de mulheres com problemas mentais, por isso este trabalho verificou 37 sentenças de mulheres diagnosticadas como inimputáveis, a fim de observar as especificidades envolvendo o julgamento delas. Verificamos que elas sofrem maior descaso e invisibilidade, pois são frequentemente submetidas a períodos de reclusão superior à pena máxima cominada para o crime que cometeram.

Palavras-chave: Sistema carcerário; mulher infratora; doença mental; prisão cautelar.

Abstract: Brazil occupies the third place in the ranking of countries with the largest number of people incarcerated and according to data from Infopen women 2018, women's incarceration has been growing dramatically in the last years. However, the survey is silent in the case of women with mental problems, therefore this paper verified 37 sentences of women diagnosed as unimputable, in order to observe the particularities surrounding their judgments. We found that they face greater neglect and invisibility because they are

often subjected to periods of imprisonment that exceed the maximum penalty imposed for the crime they have committed.

Keywords: Prison system; female offender; mental disease; custody.

Sumário: Introdução. 1. O contexto prisional brasileiro. 1.1. Elementos históricos e evolutivo. 1.2. O crescimento do encarceramento feminino no Brasil. 2. A associação entre violência e doença mental. 2.1. A criminologia feminina e sua relação com a doença mental. 3. Análise das sentenças de mulheres com histórico de doença mental. 5. Discussões. 6. Conclusões.

INTRODUÇÃO

O caótico sistema penitenciário brasileiro cresce vertiginosamente dia após dia, especialmente no que tange ao encarceramento de mulheres. Nesse cenário, um dos grandes responsáveis por esse problema tem sido as prisões preventivas, pois, segundo dados do Infopen mulheres 2018, 45% (quarenta e cinco por cento) das mulheres encarceradas estão privadas de sua liberdade sem uma sentença condenatória. Essa situação se torna ainda muito mais grave no caso de mulheres que cometeram infração penal em razão de problemas mentais, pois muitas permanecem presas indefinidamente aguardando o exame de insanidade mental para o juiz confirmar sua inimputabilidade e decretar uma sentença absolutória imprópria que impõe medida de segurança de internação ou tratamento ambulatorial. Como o lapso temporal entre a prisão e a sentença pode variar bastante, algumas mulheres ficam presas preventivamente por um tempo maior do que o prazo estabelecido na sentença. Isso acontece porque nem todas conseguem liberdade provisória no curso da instrução probatória, mas tem um efeito bastante nefasto para elas, visto que nesse interim não há qualquer garantia de tratamento para o seu problema mental e o que as coloca completamente a mercê do violento sistema prisional. Diante disso, este trabalho analisou 37 sentenças judiciais de mulheres com doença mental que cometeram crimes contra a vida, a fim de observar as especificidades envolvidas no julgamento dessas mulheres e na verificação de sua inimputabilidade. Trata-se de uma pesquisa qualitativa e documental que visa, mesmo diante de um *corpus* lacunoso e de difícil acesso como os processos judiciais, verificar como a declaração da inimputabilidade é mediada pelos

atores jurídicos e como o encarceramento dessas mulheres está contribuindo para a superlotação do sistema prisional brasileiro.

1. O CONTEXTO PRISIONAL BRASILEIRO.

A prisão sempre existiu, porém não nos moldes como a conhecemos atualmente, pois o aprisionamento no qual a pena representa um fim em si mesmo é um fenômeno da sociedade moderna que ocorreu nos séculos XVII e XVIII no processo de institucionalização identificado por Foucault¹.

Nesse período, a racionalização do castigo, na forma como foi implementada, passou a se sustentar não apenas em uma lógica externa, mas, principalmente, interna, introjetada em indivíduos domesticados e baseada por meio de métodos disciplinares. Nessa nova lógica, a punição deixa de ter um viés de mera vingança para adquirir um caráter educativo, no qual os indivíduos deveriam ser doutrinados para a sua ressocialização.

Esse sistema se normaliza por meio de vários instrumentos, nos quais as classificações têm importância primordial para separar quem está apto para viver em sociedade e quem deve ser excluído dela.

A categorização de pessoas que destoam desse sistema de higienização coloca tanto o preso como o louco como indivíduos que devem ser controlados e afastados do convívio social porque oferecem riscos à ordem social. Assim, ambos passam a ser estudados e diagnosticados para que, por meio do reconhecimento, a própria sociedade passe a “vigiar e punir” sua aparição².

O criminoso passou a ser, além daquele que cometeu o crime, alguém que se enquadrasse em estereótipos criados pelas classes dominantes, pois tinha até uma aparência física que o denunciava. Nesse sentido, apesar de as ideias de Beccaria terem influência à pretensa humanização da pena, defendendo a punição justa e adequada ao delito cometido, foram as noções de Lombroso³ que se proliferaram no direito penal persistindo, por meio do positivismo, até os dias atuais. A ilusão preventiva de dizer ao direito quem é passível de cometer crimes e quem não é alimentou a mente de eruditos e serviu de esteio para as teorias eugenistas do início do século XX.

¹ FOUCAULT, 2014.

² Ibidem.

³ LOMBROSO-FERRERO, 1911.

Dessa forma, a dinâmica da prisão poderia se unir aos propósitos do sistema capitalista para manter as hierarquias dominantes no poder utilizando as penitenciárias como forma de controle e vazão da massa de escravos libertos que se aglomeravam nos novos centros urbanos. Diante disso, os Estados Unidos foram um dos primeiros países a criar um sistema prisional com base nas construções panópticas idealizadas Bentham, onde a disciplina dos corpos foi colocada a serviço do sistema capitalista ao mesmo tempo como mão de obra barata, mas também como meio de controle social que possibilitasse a manutenção das elites no poder⁴.

No Brasil, o surgimento da prisão como pena de encarceramento ocorreu a partir do século XIX com o advento do código penal de 1890, implementando um modelo de penitenciária no qual o projeto arquitetônico se inspirava no modelo de construção de Bentham para facilitar o controle da população carcerária por um pequeno contingente de pessoas⁵.

1.1. Elementos históricos e evolutivo.

Desde o início, a questão carcerária brasileira sempre experimentou as mesmas transformações promovidas pelo direito penal europeu, uma vez que a legislação aplicada aqui fazia parte das normas portuguesas. Dessa forma, durante o período colonial e imperial, vigoravam, no direito penal brasileiro, as normas das ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

As primeiras, resultantes da compilação de leis esparsas promulgadas no reinado de D. Afonso V, rei de Portugal entre 1438 e 1481; as segundas, leis Manuelinas, publicadas em 1514 e republicadas em 1521, ano da morte do rei D. Manuel I, e as terceiras, Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603, durante o reinado de Felipe II (1598 a 1621) englobando, além das Ordenações Manuelinas, outras leis esparsas vigentes na época. Essas últimas ordenações vigoraram durante todo o período da União Ibérica entre Portugal e Espanha, sendo utilizadas em todo o território brasileiro até a publicação do Código Criminal do Brasil de 1830⁶.

⁴ FOUCAULT, 2014.

⁵ MACHADO, DOS REIS SOUZA, DE SOUZA, 2013.

⁶ Ibidem

A partir desse Código Penal de 1830 e do Código de Processo Criminal de 1832, as punições corporais vigentes nessas ordenações portuguesas foram oficialmente revogadas em todo o período que antecedeu a República, ao menos formalmente. No entanto, esse tratamento mais brando não se estendia aos escravos, porque a estes não era atribuído o *status* de cidadão, mas simplesmente de coisa, objeto de posse do seu senhor⁷.

Apesar de a legislação da época advogar pelo caráter humanitário da pena, Chazkel relata que os prisioneiros que passaram pela Casa de Detenção do Rio de Janeiro a descreviam como um calabouço, demonstrando que, desde o seu surgimento, a prisão fora colocada como instrumento de produção e desenvolvimento da delinquência. Além disso, desde o início, a superlotação carcerária se mostrou um problema nos presídios brasileiros, pois, segundo os registros históricos desses detentos, a intrincada rede de ilegalidades que permeava essas instituições sempre esteve presente, desde o seu nascedouro.⁸

Nesse período, a população carcerária era muito heterogênea e se apresentava em sua maioria composta por criminosos, prostitutas, vadios e loucos cujo encarceramento se justificava em nome da manutenção da ordem pública que surgia e se mostrava essencial como forma de conter o crescimento desordenado dos centros urbanos que se formavam, propiciando que essa população se tornasse objeto de controle do Estado⁹.

Para Machado, foi essa crença na eficácia da pena privativa de liberdade que estendeu para os manicômios brasileiros a mesma dinâmica disciplinar instituída nas prisões brasileiras, de modo que especialmente os manicômios judiciários, em razão da proximidade com o sistema penitenciário, passaram, com base na associação entre loucura e delinquência e no conceito de periculosidade, a promover o encarceramento dos doentes mentais que cometeram infração penal¹⁰.

O diagnóstico de periculosidade do doente mental fornecido pelo poder psiquiátrico, além de permitir o fortalecimento epistemológico da psiquiatria, ainda resolveu um grande dilema do direito penal relacionado à dificuldade de punição para crimes nos quais o interesse de agir não era encontrado, uma vez que esse elemento volitivo fazia parte do dolo e era, portanto, necessário para a verificação da culpabilidade.

⁷ MACHADO, DOS REIS SOUZA, DE SOUZA, 2013.

⁸ CHAZKEL, 2009.

⁹ MAIA, 2017.

¹⁰ MACHADO, 2015.

No entanto, essa associação entre os poderes jurídicos e psiquiátricos promoveu uma inversão entre os papéis destinados ao médico e ao juiz, visto que a medicina e o direito operam por uma lógica distinta em torna da noção de verdade dos fatos. O direito busca no julgamento dos crimes a verdade real e, em caso de dúvida, deve proceder à absolvição do indivíduo, ao passo que a medicina se constitui sobre uma lógica indiciária que, em caso de dúvida, exige o tratamento adequado.

Essa inversão de papéis vem promovendo distorções no julgamento de pessoas diagnosticadas com problemas mentais, pois, a partir dos diagnósticos a periculosidade, passa a ser atribuída automaticamente ao doente em razão do crime cometido, embora, em muitos casos, a motivação do crime seja evidente na instrução do processo criminal.

Dessa forma, os estereótipos gerados em torno dos doentes mentais têm representado um entrave à implementação das medidas antimanicomiais da Lei 10.216/01 aos manicômios judiciários, pois, nas sentenças analisadas, percebemos que todas as mulheres que receberam medida de segurança de internação tiveram sua sentença fundamentada na afirmação de periculosidade por parte do perito e acatada sem questionamento por parte do órgão judicial. No entanto, em nenhum dos casos os peritos precisaram demonstrar quais os elementos que comprovavam sua afirmação de periculosidade no curso do processo¹¹.

Nesse aspecto, apesar de a “luta antimanicomial” ter ganhado força no Brasil, exigindo a extinção dos manicômios judiciários e a aplicação de um tratamento digno aos portadores de doença mental que cometeram infração penal, os procedimentos judiciais envolvendo o diagnóstico dessas pessoas, no curso do processo penal, continuam representando um entrave à implementação dessas medidas, especialmente no caso de mulheres, em que os diagnósticos são lastreados por preconceitos que as desqualificam e em uma noção de periculosidade que desconsidera os fatores do meio social no qual a mulher estava inserida.

1.2. O crescimento do encarceramento feminino no Brasil.

Atualmente, o vertiginoso crescimento do encarceramento feminino é um dos grandes problemas brasileiros, pois, após o endurecimento nas medidas punitivas do crime

¹¹ DE OLIVEIRA, p. 573-603, 2018.

de tráfico de drogas decorrentes da Lei 11.343/06, muitas mulheres foram encarceradas porque assumiram a posição do companheiro que cumpria pena pelo mesmo crime¹². Diante disso, o encarceramento feminino foi colocado no centro das discussões, pois a pauperização dessas mulheres, especialmente as negras, tem se mostrado o principal responsável pelo seu encaminhamento para o tráfico e seu consequente aprisionamento¹³.

De acordo com o levantamento elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional, o Brasil possui uma população de 42.355 mulheres encarceradas, apresentando um déficit de vagas de 15.326 em relação ao número de vagas no sistema penitenciário feminino, 27.029 vagas em todo o território brasileiro.

Desse total de mulheres, 45% estão presas temporariamente aguardando sentença condenatória, o que se mostra preocupante, tendo em vista que o tempo médio entre o oferecimento da denúncia e a decisão de primeiro grau nas varas, anos nas sentenças avaliadas nessa pesquisa, foi de três anos, sem contar o tempo para o julgamento do recurso. Essa questão leva algumas mulheres a cumprir provisoriamente uma pena muito maior do que a cominada para o crime que haviam praticado. Além disso, o Infopen mulheres 2018 afirma que esse percentual de 45% pode ser bem maior, uma vez que, nesse levantamento, a “expansão do contingente de mulheres presas sem condenação aparece mitigada devido à ausência de dados sobre mulheres em carceragens de delegacias¹⁴”.

Nesse sentido, essa lacuna pode mascarar dificuldades de acesso à justiça em relação às mulheres que se encontram nesses espaços de custódia, o que se mostra especialmente grave em razão das significativas especificidades de gênero apresentada pela população criminal.

No entanto, apesar das deficiências e lacunas encontradas nesses dados, o levantamento demonstra as significativas alterações existente entre os estados brasileiros no encarceramento de mulheres, especialmente em relação à quantidade de mulheres presas em cada estado. Pois, embora o Estado de Mato Grosso do Sul apareça em primeiro lugar no ranking de mulheres encarceradas e o Estado de São Paulo se encontre na sexta posição, esse percentual é calculado em relação à população do estado, de modo que, em

¹² BARCINSKI, p. 52-61, 2012.

¹³ MULHERES, Infopen, 2018.

¹⁴ Ibidem, p.19.

números absolutos, este estado lidera absoluto, com um total de “15.104 mulheres presas” que representam 36% de toda a população prisional feminina do país.¹⁵

A despeito da relevância dessas informações apresentadas no relatório, o número de mulheres encarceradas com doença mental não foi mensurado porque o tópico relativo à saúde especifica os cuidados médicos de forma geral e não apenas em relação à saúde mental. Assim, o número de mulheres encarceradas em manicômios judiciais foi levantado por Diniz em 2011 e publicado em 2013, suprimindo uma importante lacuna, apesar de haver muitas mulheres com doenças mentais encarceradas em penitenciárias comuns, especialmente, aguardando seu julgamento.

1.3. A mulher com doença mental que comete infração penal: encarceramento ou internação?

O julgamento das mulheres que cometeram infração penal sempre suscitou a questão da doença mental, principalmente nos crimes contra a vida, pois a ideia da mulher como um ser dócil e frágil fazia com que automaticamente ela fosse considerada mentalmente inferior quando cometia crimes que envolviam condutas agressivas.

Nesse aspecto, pode-se afirmar que a mulher criminosa, muito mais que o homem, carrega consigo o estigma da loucura, pois existe a crença de que apenas fatores como a doença mental poderiam explicar a anormalidade dos crimes cometidos por mulheres que foram educadas segundo a dócil constituição feminina, especialmente quando os motivos dos crimes não aparentam ser claros¹⁶.

Essa ideia da fragilidade e da inferioridade feminina criou uma crença de que as mulheres criminosas são tratadas com leniência pelos órgãos judiciais que Carlen¹⁷ afirma decorrer do fato de elas cometerem crimes menos graves que os homens. No entanto, essa indulgência é apenas aparente, pois, apesar de ela ter sido verificada em algumas sentenças, em outras, especialmente nos crimes relacionados ao tráfico de drogas, essa afirmativa não ocorreu, uma vez que a leitura das sentenças demonstrou que elas receberam penas tão duras quanto as atribuídas aos homens, levando-nos a indagar se a condição de feminilidade estava, de alguma forma, relacionada à natureza do crime

¹⁵ Ibidem, p. 18

¹⁶ FACCHINETTI, 2008.

¹⁷ CARLEN, WORRALL, 2013.

praticado¹⁸. O que nos leva a pensar em relação a esse aspecto, que além da dura política de contenção ao tráfico de drogas encampada pelas normas internacionais de combate a esse tipo de crime, os fatores econômicos relacionados à natureza patrimonial do crime se relacionam mais intimamente com as disputas de poder no espaço público, ensejando-nos a questionar se tal postura não poderia ser uma reação ou embate à ascensão da mulher na sociedade contemporânea.

Nas ações relativas a mulheres com problemas mentais, percebemos que há um descaso na objetivação da doença, o que promove um distanciamento entre o estado julgador e a mulher enquanto sujeito de direitos que necessita de acompanhamento diferenciado em razão da sua condição de vulnerabilidade.

Nesse sentido, percebemos que a verificação da inimputabilidade é permeada de subjetividades, o que acaba não individualizando a condição da mulher doente mental, pois, além de trazer afirmações genéricas sobre ela, é feita com base em perguntas formais que se adequam genericamente a qualquer caso apresentado. A noção de periculosidade que justifica a custódia da mulher com problemas mentais é encartada no processo penal sem uma base científica, apenas com base na sua doença mental ou na natureza do crime que ela cometeu. Assim, a sua internação com base em uma ficção de periculosidade não apenas dificulta seu tratamento como também a sua reinserção na sociedade, contrapondo-se à noção educativa da sanção e fortalecendo as medidas segregativas e de controle social que justificavam o afastamento do doente mental do convívio social.

O problema da ausência de individualização da doença mental é que o mínimo desvio de conduta passou a justificar a segregação desse doente, tratando todos da mesma forma, independentemente das particularidades de cada caso concreto.

Segundo Viana e Souza, no direito penal brasileiro, permanecem as mesmas normas do século passado em relação aos doentes mentais infratores, não tendo havido qualquer avanço no sentido de adequar a legislação penal e processual penal às necessidades da sociedade atual. Nesse sentido, as práticas judiciais também não se modificaram uma vez que os

os dispositivos da legislação penal que disciplinam a matéria continuam a respaldar as decisões judiciais, como se estivessem em consonância com a Constituição Federal vigente, quando estão, como se procurou demonstrar, em absoluta contradição, principalmente no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana¹⁹.

¹⁸ Ibidem

¹⁹ VIANA, 2012, p.175.

Para esse autor, as condições sub-humanas e segregacionistas encontradas no Hospital de Custódia do Estado da Bahia certamente se reproduziram em todos os estados brasileiros, exigindo que a luta antimanicomial busque alternativas para a criação de novos espaços de assistência à saúde que promovam tratamentos humanizados e dignos aos doentes mentais, especialmente às mulheres que, diante de suas especificidades, sempre foram as mais prejudicadas pelos sistemas institucionais criados no final do século XVII e início do século XVIII²⁰.

Apesar da luta de diversas instituições para a reinserção social da pessoa com doença mental no meio social, mesmo o doente mental infrator, a falta de alternativas viáveis para esse tratamento digno está levando as mulheres doentes mentais infratoras e serem jogadas no sistema penitenciário, onde recebem tratamento tão ruim quanto ou até pior do que o vivenciado atrás dos muros dos manicômios judiciários. Esse aspecto vem contribuindo para a superlotação carcerária e permite que a falta de tratamento do doente mental seja mascarada pela tão fadada questão carcerária, promovendo a invisibilidade desses indivíduos ante a ausência de medidas protetivas específicas para essa população de invisíveis. Por isso, Viana e Souza, apontam “a necessidade de fortalecimento de políticas sanitárias inclusivas e de mudanças nas leis e nas práticas judiciais, o que exige ainda a superação de preconceitos socialmente disseminados”²¹.

2. A ASSOCIAÇÃO ENTRE VIOLÊNCIA E DOENÇA MENTAL

Atualmente, tem crescido muito o número de estudos voltados à relação entre violência e doença mental, embora intimamente se saiba que a violência não é prerrogativa do doente mental, mas de uma sociedade disfuncional. A associação criada entre essas instâncias para justificar a exclusão dessas pessoas do convívio social tem sido altamente eficaz. Não se busca, com isso, afirmar que o doente mental não pode ser violento, mas que a violência tanto pode fazer parte do mundo de pessoas com doença mental como de pessoas considerada sãs segundo os padrões internacionais de distúrbios mentais.

Apesar de os estudos da mente humana terem avançado, ainda há muitas perguntas sem resposta em relação à interação entre a mente e o meio ambiente, o que enseja estudos cada vez mais criteriosos na tentativa de explicar a doença mental.

²⁰ VIANA, 2012.

²¹ Ibidem, p.161.

No entanto, o próprio conceito de doença mental ainda não se encontra devidamente delimitado, pois a atual classificação de distúrbios mentais e transtornos de personalidade do DSV 5 ainda se choca com a noção genérica de doença mental do direito, na qual a noção de inimputabilidade depende da afirmação do psiquiatra de que o doente mental, ao tempo do crime, não tinha condições de compreender a ilicitude de sua conduta e se regular de acordo com essa compreensão.

Dessa forma, embora a área da Psicopatologia tenha gerando uma produção de conhecimento tão grande nos últimos anos que chegou a superar 90% do que a humanidade sabia anteriormente em termos de neurofisiologia, ainda não se encontrou a associação entre doença mental e o risco de cometer crimes violentos, pois mesmo as estatísticas relacionando determinadas doenças mentais a crimes violentos não são decisivas como fator determinante para a predisposição de indivíduos com essa doença²².

Nas sentenças analisadas, verificamos que, em algumas decisões, o perito considerou o transtorno depressivo como fator de inimputabilidade e, em outras, o juiz desconsidera a depressão como elemento que pode contribuir para a prática de um crime, aceitando no máximo, a tese de semi-imputabilidade, que confere a ele a possibilidade de dar uma sanção de medida de segurança ou uma pena dependendo, do seu entendimento em relação ao fato criminoso e à personalidade da acusada.

No entanto, fatores como álcool e drogas podem potencializar a agressividade latente em determinados tipos de doença mental, como o transtorno de personalidade antissocial, embora boa parte das pesquisas não tenha encontrado diferença na prevalência da violência em doentes mentais sem abuso de substâncias quando comparados com a população geral, demonstrando que a violência desencadeada pelo uso de substâncias topológicas pode ser acarretada da mesma maneira em pessoas com ou sem doença mental.

Em um levantamento sobre esses fatores, Valença e De Moraes verificavam a relação entre homicídios e doença mental e classificaram como homicídios anormais aqueles que ocorrem no seio da família, geralmente entre indivíduos próximos ao convívio do doente mental, e homicídios considerados normais aqueles que remetem a “realidades mais amplas de uma sociedade, como a violência urbana, por exemplo”²³.

²² BALLONE, 2003, revisto em 2005.

²³ VALENÇA, DE MORAES, 2006, p.63.

Nesse estudo, citaram que as pesquisas relacionadas aos homicídios cometidos por mulheres, apesar de ocorrerem em proporções muito menores do que as pesquisas relacionadas à violência cometida pelo sexo masculino, detectaram que os homicídios anormais cometidos por mulheres com problemas mentais que apresentavam transtorno de personalidade, transtorno antissocial ou esquizofrenia tinham um risco 70 vezes maior de ocorrência se houvesse concomitância entre a doença mental e a dependência de álcool ou outras drogas, demonstrando que a porcentagem relacionada apenas à doença mental é baixa se comparada aos crimes cometidos com associação de outros vícios.

Também nessa esteira, Chalub e Telles²⁴ realizaram algumas revisões sobre o tema e concluíram que os estudos voltados a detectar o aumento de risco de cometimento dos delitos por indivíduos com transtorno mental e que utilizam substâncias topológicas sem acompanhamento médico em determinadas comorbidades como a esquizofrenia podem aumentar a chance para o cometimento de crimes violentos.

No caso de associação entre atos violentos e o uso de álcool e drogas, Valença e Nardi²⁵, embora tenham constatado uma variância entre um indivíduo e outro que faz uso dessas substâncias, terminaram concluindo que os efeitos provocados pelas drogas e álcool em diferentes indivíduos são suscetíveis à ação de fatores orgânicos, socioculturais e de personalidade, pois, segundo eles, resta clinicamente comprovado que pessoas com o mesmo grau de intoxicação podem ter respostas emocionais diferentes, bem como condutas diversas em relação à ingestão de determinadas substâncias.

No entanto, eles observam que apesar de os estudos terem demonstrado aumento de comportamento agressivo em pacientes com transtornos afetivos, não conseguiram especificar o risco de violência entre diversas comorbidades como transtorno bipolar e depressão psicótica, pois os pacientes que demonstraram comportamento agressivo eram diagnosticados mais com esquizofrenia do que com depressão psicótica, uma vez que a depressão carrega consigo algumas características letárgicas que, se desacompanhadas de variações de humor, tornam mais difíceis os históricos de agressividade. Além disso, os estudos desenvolvidos ao longo da história demonstraram que pacientes com comportamentos violentos apresentavam sintomas relacionados à agressividade que eram

tipicamente encontrados na mania: senso de funcionamento subjetivo aumentado, humor expansivo, ideias delirantes de grandeza e hiperatividade. Outro achado foi que os pacientes com diagnóstico de mania foram três vezes mais agressivos no primeiro contato do que os pacientes com esquizofrenia²⁶.

²⁴ CHALUB, TELLES, 2006.

²⁵ VALENÇA, NARDI, 2010.

²⁶ VALENÇA, DE MORAES, 2006, p.70.

2.1. A criminologia feminina e sua relação com doença mental

A criminologia feminina, ao longo da história, sempre esteve associada à doença mental, pois o fato de a mulher ser considerada menos agressiva que o homem levava fatalmente a um diagnóstico de doença mental quando ela transgredia as normas e se afastava dos padrões impostos pela sociedade.

No entanto, essa associação entre criminologia e loucura feminina era fruto de uma sociedade patriarcal cuja própria criminologia também era androcêntrica e o estudo do crime e dos processos de justiça eram moldados a partir das experiências masculinas e de seus entendimentos acerca do mundo social. Nesse sentido, os homens criaram o mundo social a partir do seu ponto de vista e as fêmeas que se desviavam desses parâmetros eram vistas como insanas, histéricas, doentes, manipuladoras e desonestas.

Para Simpson²⁷, a criminologia feminista vem mudando drasticamente esses estereótipos e, ao chamar atenção para esses aspectos, tem colocado a criminologia feminina em parâmetros societários mais amplos. As contribuições feministas para o estudo do crime e da justiça começaram com abordagens mais tímidas, discutindo os aspectos liberais e do encarceramento e, recentemente, deram lugar a críticas mais radicais, e a interpretação das feministas ganhou peso nos meios acadêmicos e sociais. Esses avanços se devem ao fato de as teorias feministas acerca da criminalidade feminina levarem em conta os fatores históricos que sacralizaram os elementos de opressão e os processos de vitimização aos quais as mulheres foram submetidas ao longo dos séculos, em que o estigma de doença mental e a crença na inferioridade biológica da mulher funcionavam, também, como fatores de despersonalização e objetivação que permanecem até hoje no tratamento institucional que as mulheres recebem ao tentar exercer seus direitos perante as instituições do Estado²⁸.

Nesse sentido, as insinuações de que há leniência do Judiciário diante da criminalidade feminina podem ser facilmente confrontadas com a desconsideração das falas de mulheres em um processo judicial, especialmente nos casos de violência doméstica, nos quais a palavra da mulher passa a ser desacreditada se não houver outras provas que corroborem suas afirmações.

²⁷ SIMPSON, 1989.

²⁸ Ibidem

No levantamento das decisões judiciais de crimes contra mulheres, apesar de algumas decisões não terem sido avaliadas nesse trabalho, verificamos diversos casos nos quais as mulheres buscavam o Judiciário, denunciando a prática de determinados tipos crimes, mas acabaram processadas criminalmente por calúnia e/ou crime contra a administração da justiça, por acionar o estado policial sem, contudo, conseguir provar suas afirmações. Esses dados demonstram que existe um mecanismo que visa a desestimular e promover o desencorajamento da mulher a buscar auxílio nessas instâncias, levando algumas delas a cometer infrações para se defender ante a impossibilidade do Estado em proporcionar essa defesa. Pois, não raro as decisões de homicídios analisadas mencionavam episódios de violência doméstica e maus tratos, alguns com o registro de diversas queixas nos órgãos competentes, mas que, no histórico de condenação e/ou sanção da mulher, eram simplesmente ignorados tanto pelo psiquiatra quanto pelo juiz.

Esse descrédito, somado à deficiência estrutural das instâncias de justiça para tratamento de mulheres que apresentam algum problema mental, agrava a condição da doença e demonstra o claro intuito da justiça de apenas segregar esses indivíduos do meio social sem agir de forma efetiva sobre o problema de saúde que a acusada apresenta. O tratamento ofertado a mulheres com problemas de saúde mental, antes visto como condescendência, agora assume ares de descaso, demonstrando que, muitas vezes, o Judiciário vem julgando apenas papéis e não pessoas, tal é o distanciamento demonstrado nos textos de algumas sentenças, pois, não raro nos casos em que a acusada responde ao processo presa, o tempo de prisão cautelar excede o montante da pena cominado pelo direito para o crime cometido²⁹.

Nesses casos, o juiz ao, arbitrar a sentença decidindo pela medida de internação, solicita que o Estado encontre uma vaga para a acusada doente mental em hospital de custódia e tratamento ou outro órgão similar para que ela possa cumprir a medida de segurança que lhe foi imposta. A assertiva parece surreal se observarmos que a acusada esteve presa durante o processo e, algumas vezes, pode até ser transferida de uma casa penitenciária a outra, sem que o juiz proclame qualquer decisão nesse sentido, pois percebemos que, ao ser encarcerado, o preso e os papéis relativos a ele ganham dimensões próprias e se desvinculam, a fim de facilitar os trâmites engendrados pelo Estado-juiz

²⁹ STREY, 2018.

3. ANÁLISE E DISCUSSÃO DAS SENTENÇAS DE MULHERES HOMICIDAS DECLARADAS INIMPUTÁVEIS

O crescimento do número de mulheres encarceradas no Brasil tem levado diversos profissionais a pesquisarem os elementos que estão contribuindo para o aumento do encarceramento feminino, nos levando a indagar se as mulheres estão transgredindo mais ou se tem havido um endurecimento no sistema punitivo brasileiro.

Apesar de o tráfico de drogas ser o maior responsável pelo encarceramento de mulheres, não tem sido um crime preponderantemente cometido por mulheres com problemas mentais, pois os crimes de homicídio e tentativa de homicídio foram aqueles cujos exames de insanidade mais resultaram em inimputabilidade, visto que 82% das mulheres submetidas a esse exame receberam um diagnóstico de doença mental no curso do processo penal.

No entanto, quando essas mulheres cometeram homicídio em razão de tráfico de drogas ou outro crime de natureza patrimonial, na maior parte das decisões elas foram consideradas imputáveis ou semi-imputáveis, nos levando a acreditar que somente o crime sem uma razão aparente leva a um diagnóstico de doença mental. Em razão disso, optamos por analisar as sentenças a partir daquelas que foram consideradas inimputáveis no exame de insanidade mental, a fim de verificar como a relação entre a violência e a doença mental é representada no curso de um processo penal, quais os elementos envolvidos na declaração de inimputabilidade e como o diagnóstico de doença mental reflete no julgamento dessas nas mulheres.

Desse modo, foram encontradas 45 sentenças de mulheres acusadas de cometer homicídio ou tentativa de homicídio dentro de um montante de 607 sentenças judiciais entre 1999 e 2018, selecionadas no site do Tribunal de Justiça de São Paulo utilizando como critério de busca a expressão “incidente de insanidade mental”. Essas 45 sentenças foram proferidas em processos de homicídio e tentativas de homicídio que ocorreram entre 2002 e 2017 e que foram julgadas em primeiro grau até dezembro de 2018, de modo que outros crimes ocorridos nesse período que foram julgados após essa data não se encontram nessa amostra. O elemento de busca utilizado, “incidente de insanidade”, se justifica porque o nosso intuito era selecionar apenas aquelas mulheres que já ingressavam no sistema penitenciário com o estigma da doença mental.

Ainda assim, a leitura das 45 decisões judiciais demonstrou que, apesar de a defesa ter solicitado o incidente de insanidade mental em todos esses processos visando a comprovar a inimputabilidade dessas mulheres, nem todas elas foram diagnosticadas como doentes mentais pelo perito, a fim de obter sua inimputabilidade no juízo penal. De fato, em apenas 37 das 45 decisões judiciais, a acusada foi considerada inimputável e diagnosticada com algum problema mental. Essas 37 sentenças foram analisadas a fim de perceber como ocorre a representação da doença mental no curso de um processo penal.

Nesse sentido, percebemos que os crimes contra a vida cometidos por mulheres, desde que não se trate de latrocínio, que envolve o roubo ou cometidos em razão do tráfico de drogas, parecem ser acompanhados de predisposição a considerar sua autora como portadora de algum transtorno mental, eliminando algumas circunstâncias que também podem explicar a razão para o crime.

Ainda, é importante observar que, embora doença mental e a inimputabilidade não se confundam, pois a primeira é apenas uma das causas da segunda, uma vez que outras formas de inimputabilidade podem ser alegadas, como, por exemplo, a embriaguez involuntária, não provocada pela acusada, o fato de a doença mental ser a causa mais comumente alegada leva à confusão entre esses termos, nos levando a crer que todo doente mental é inimputável. No entanto, para que a doença mental seja considerada fator de inimputabilidade é necessário que o perito assevere que no momento do crime, a acusada, em razão de uma doença mental, não tinha condições de compreender a ilicitude de seu ato e nem de se regular de acordo com essa compreensão. Se o sujeito criminoso alegar que não sabe por que praticou o delito ou que não se lembra do ato praticado, mas o juiz não se convencer da sua insanidade, ele poderá indeferir o exame de insanidade ou encaminhar o caso ao psiquiatra para que este verifique a veracidade dessas afirmações.

Segundo Taborda³⁰, a prática do direito penal torna o parecer do perito muito difícil, pois ele não deve apenas atestar que a acusada possui doença mental, mas também que no momento do crime, em razão dessa doença, ela não tinha como compreender a ilicitude de sua conduta e se regular de acordo com essa compreensão, o que exige muita experiência por parte desse profissional, uma vez que, quanto maior o tempo decorrido entre o fato criminoso e o exame, mais difícil se torna afirmar a inimputabilidade do agente.

³⁰ TABORDA, 2012.,

Entretanto, como o diagnóstico psiquiátrico se arvora em uma lógica probabilística, é comum o perito argumentar, perante o juiz, que se encontra apenas diante de indícios e não da certeza que busca o processo penal para a condenação de uma pessoa acusada de infração penal. Dessa forma, pode ocorrer de uma mulher portadora de doença mental crônica como esquizofrenia ser considerada imputável ao cometer um crime se ficar comprovado no curso do processo que no momento do crime ela não apresentava qualquer manifestação da doença, uma vez que, em virtude de medicação, se encontrava em processo de remissão da doença. No entanto, nas ações analisadas isso não foi percebido por que a simples junção de documentos médicos pelo advogado comprovando ser a ré, a acusada, portadora de alguma doença mental, se aceitos pelo juiz, acarretava sua inimputabilidade e a decretação de medida de segurança.

Nos crimes de homicídio, a práxis é o encaminhamento da mulher ao perito para que este forneça um diagnóstico que afaste a responsabilidade dela pelo ato praticado, caso detectada sua inimputabilidade. Apesar da retroatividade inerente a esse tipo de exame conferir ao diagnóstico apenas uma condição indiciária, uma probabilidade que se baseia na existência de indícios de doença mental, cabe ao juiz refutar ou aceitar o resultado desse laudo para a decretação de pena ou medida de segurança, julgando segundo suas convicções e seu convencimento.

Nesse sentido, em duas decisões o juiz pronunciou as acusadas para que o júri decidisse sobre a questão da inimputabilidade deixando para o momento de proferir a pena a verificação de ser caso de medida de segurança. Nos demais casos, a aceitação do diagnóstico de doença mental levou à declaração de inimputabilidade e à decretação de medida de segurança.

Ao observar o teor das decisões, percebemos que, nos crimes de homicídio, o juiz aceitou muito mais o diagnóstico de inimputabilidade do perito do que em outros crimes, como o tráfico de drogas, nos quais, na maioria das vezes, ele considerava que a simples dependência não afastava a capacidade de compreensão pelo ato praticado. Apenas um caso no qual a mulher estava sendo acusada de homicídio e de tráfico de drogas, por ter sido diagnosticada como dependente química, o juiz proferiu uma pena comum, mas posteriormente converteu essa pena em medida de segurança de internação. Dessa forma, mesmo o juiz verificando que a mulher recebeu diagnóstico de inimputabilidade, se ele verificar que sua conduta não demonstra nenhum traço de doença mental pode considerar

ela imputável ou semi-imputável, aplicando pena com redução de um a dois terços conforme prescrito no art. XX do CPC.

Nesse sentido, verificamos que a maioria das mulheres que receberam diagnóstico de doença mental em razão de dependência química eram consideradas semi-imputáveis e recebiam pena privativa de liberdade apesar de a condição de dependência toxicológica ser equiparada a inimputabilidade da doença mental.

As sentenças, como todas as fontes documentais, são ficções mediadas por aqueles que as produziram e não raro nos fornecem informações parciais e amplamente lacunosas, muitas vezes citando páginas de um processo que não está disponível porque corre em segredo de justiça. Além disso, as informações são transcritas de acordo com o interesse do juízo, o que faz com que outras informações importantes deixem de ser encontradas porque foram consideradas irrelevantes para o curso do processo. Um exemplo dessas lacunas é o fato de a sentença informar que a acusada foi considerada inimputável porque possui algum transtorno psiquiátrico ou doença mental sem especificar o tipo de doença diagnosticada pelo perito, enquanto outras discorrem sobre o tipo de doença que acomete a paciente e como essa inferiu no desenrolar dos fatos.

No entanto, para o judiciário, esse diagnóstico genérico parece constituir um problema, pois mesmo se ocorrer divergência em um diagnóstico oferecido pelo perito do juízo e outro pelo assistente técnico contratado pela parte, desde que ambos resultem em inimputabilidade não importa o tipo de doença que acomete o paciente, já que o resultado da sentença seria o mesmo nos dois casos. No entanto, essas omissões tornam mais difícil a tarefa do pesquisador de compreender as bases nas quais se arvoram a junção dos poderes jurídicos e psiquiátricos para fundamentar a noção de periculosidade das pessoas acometidas por doença mental. Ainda assim, verificamos que das 37 sentenças de mulheres que cometeram crimes contra a vida, os diagnósticos de transtornos mentais foram especificados da seguinte forma:

Tabela 1: Diagnóstico das doentes mentais nas sentenças

Diagnóstico	Qtde de sentenças
Distúrbio neuropsiquiátrico	19
Transtorno depressivo agudo	3
Dependência toxológica	1
Esquizofrenia	5
Epilepsia	1
Psicose crônica sem esquizofrenia	1
Psicose aguda	2
Psicose esquizoafetiva	2
Psicose puerperal	2
Transtorno bipolar	1
Total de sentenças	37

Tabela elaborada pela autora a partir dos dados das sentenças

Conforme pode ser verificado na tabela 1, 50% desses diagnósticos foram apresentados na sentença de forma genérica, sendo que em 14% dos casos em que as pessoas tiveram atos de violência nessa amostra, isso se deu em razão de esquizofrenia e os 35% restantes em razão de surtos provocados por transtornos diversos.

O Transtorno depressivo foi diagnosticado em apenas 3% casos demonstrando, um baixo índice quando comparado a problemas relacionados à psicose. Nesse sentido, o transtorno depressivo apresenta uma faceta dúbia quando se trata de o juiz afastar a responsabilidade do agente criminoso, pois em uma sentença o juiz optou pela tese da semi-imputabilidade, contrariando o laudo de inimputabilidade, por considerar que a depressão não afasta a capacidade de entendimento, mesmo que opere sobre o autocontrole da acusada.

No que diz respeito às vítimas de mulheres com diagnóstico de transtornos mentais, verificamos que a maioria se volta contra os filhos, companheiros, mães, pais, e outros familiares. Em apenas um caso o homicídio foi cometido contra pessoa estranha ao convívio da doente, pois se tratava de um caso de latrocínio no qual a ré matou para roubar a vítima.

Tabela 2: Vítimas das mulheres com doença mental

Tipo de vítimas	quantidade
filhos	15
Filho da vizinha	1
companheiro	7
conhecido	5
pai/padrasto	3
mãe/sogra	5
latrocínio	1
total	37

Tabela elaborada pela autora a partir dos dados das sentenças

Conforme tabela 2, as vítimas dessas mulheres que cometeram homicídio, ou tentativa de, geralmente eram membros da família ou pessoas próximas, como parentes amigos e vizinhos. Em relação aos filhos, dos 15 casos verificados, oito eram meninos e sete meninas, demonstrando que o sexo não foi um fator determinante para a violência, apesar de alguns trabalhos de psicologia afirmarem que os meninos são mais lesionados pelas mães que as meninas³¹. Em várias decisões, pode-se perceber que a vítima não se relacionava bem com a doente mental e, em muitos casos, a relação entre eles padecia de violência constante. No caso dos filhos, observa-se, ainda, que a doente mental não nutria uma relação de afeto saudável com a criança, muitas vezes nutrindo sentimento de rejeição e vergonha. Esse aspecto pode ser verificado em uma sentença cuja mãe foi acusada de negligenciar os cuidados com o filho de 11 meses que morreu engasgado enquanto mamava sozinho, mesmo tendo sido advertida pelos médicos dos riscos de engasgamento da criança, que tinha lábios leporinos. No depoimento das testemunhas, uma vizinha afirmou que a mãe tinha vergonha do filho e em uma ocasião foi socorrê-lo quando ela o agredia e percebeu que a mãe não gostara de sua atitude.

Este trabalho se ocupou de sentenças judiciais de mulheres que cometeram atos de violência e foram diagnosticadas com doença mental. Em vista disso, procuramos, além de verificar os crimes que elas cometeram, examinar como o juiz conduziu o processo em relação a elas, a fins de lhes aplicar uma sanção de medida de segurança. Nas decisões acerca dessas mulheres, percebemos que 41% delas receberam liberdade provisória

³¹ FREIRE, 2006.

no curso do processo, aguardando a sentença em liberdade provisória, mas a grande maioria, 59%, continuou presa aguardando a sentença, com base em um diagnóstico de periculosidade que estava relacionado à gravidade do delito cometido. O curioso é que o juiz, ao pronunciar a sentença, solicita ao estado que encontre uma vaga em hospital de custódia e tratamento ou instituição congênera para essas mulheres, levando-nos a concluir que nesse interim elas ficam presas em cadeias provisórias que não dispõem de estrutura nem meios para garantir seu tratamento.

Apesar de a maioria dos processos serem julgados em um prazo médio entre três e quatro anos, houve casos em que entre o fato criminoso e a sentença decorreram-se nove anos e, se especificamente nesse caso a doente mental estivesse presa, aguardando a sentença, provavelmente ela teria cumprido toda a pena nessa condição.

Essa assertiva pode ser verificada no caso de E.R.S., que cometeu tentativa de homicídio em 04 de janeiro de 2016 e, em 21 de junho de 2018, o juiz, ao pronunciar sua sentença, decretou uma medida de segurança de tratamento ambulatorial pelo prazo de um ano, mas verificou que a paciente se encontrava internada em hospital de tratamento por mais de dois anos em custódia, decidindo que fosse posta em liberdade, com o argumento de que:

não obstante as considerações supra, a ré já se encontra presa desde 4 de janeiro de 2016, ou seja, há mais de dois anos, prazo que supera pelo dobro a pena de detenção que seria em seu desfavor aplicada após a desclassificação reconhecida pelo Conselho de Sentença, e constituiria excesso penal a esta altura aplicar-lhe medida de internação, com período de reavaliação médica pelo prazo no mínimo um ano³².

A desclassificação do crime de tentativa de homicídio para lesão corporal, embora benéfica para a acusada, chegou tarde, pois, quando ocorreu, ela já havia cumprido um tempo maior do que a pena máxima imposta para lesão corporal simples, ou seja, aquela que não acarreta danos permanentes. Se considerarmos que tentativa de homicídio e lesão corporal possuem uma linha tênue que permite ao Ministério Público denunciar por um ou outro, percebemos que o diagnóstico de doença mental é extremamente prejudicial, ainda mais se for acompanhado de uma representação de periculosidade, pois, fatalmente, levará essa mulher a ficar presa por tempo indeterminado, quando a pena máxima para o crime de lesão corporal é de um ano.

³² TJSP, Processo Digital nº: 0000069-20.2016.8.26.0536, 2018, p. 3.

CONCLUSÕES

A questão da periculosidade, embora tenha sido esmiuçada pela doutrina, ainda hoje, no curso do processo penal, permanece como fundamento para a internação de mulheres com problemas mentais.

Nesse aspecto, percebemos que a liberdade provisória tem sido uma exceção no caso das mulheres com problemas mentais, o que se mostra um problema, dada a morosidade dos procedimentos judiciais nos processos penais, o que não raro leva a doente mental a cumprir um período de privação da liberdade maior do que as presas comuns.

Nas sentenças encontradas, uma mulher ficou internada por um período muito superior à pena cominada para o crime que ela havia cometido, pois, quando houve a desclassificação do seu crime, ela já havia cumprido mais do que o dobro da pena. Isso se mostra problemático no sentido de que a internação, apesar de ser considerada tratamento, tem a mesma dinâmica da pena privativa de liberdade na prática.

Além disso, os mecanismos para diagnósticos das doentes mentais e sua caracterização como perigosa se mostram totalmente subjetivos, permitindo grande margem de discricionariedade, tanto por parte do órgão julgador quanto do psiquiatra que, na prática, acaba substituindo o juiz com o seu veredito de periculosidade. Isso acarreta uma inversão da lógica processual de presunção de inocência, pois a forma indiciária sob a qual a Medicina é erigida subverte o sentido do princípio “*in dubio pro reo*”³³, porque impede que outras provas possam inferir no julgamento.

Apesar de o juiz poder rejeitar o diagnóstico do psiquiatra em relação à periculosidade, raramente o faz, pois verificamos que, na maioria dos casos em que a mulher foi considerada perigosa, recebeu medida de segurança de internação e o juiz fundamentou essa decisão na afirmação da periculosidade do perito, o que pode levar essa mulher a ficar presa indefinidamente uma vez que a cronicidade de algumas doenças impede que ela deixe de ser considerada perigosa.

³³ O Princípio *in dubio pro réu* se coaduna com o Princípio da verdade real informando ao juiz que em caso de dúvida sobre a verdade dos fatos o réu deve ser absolvido, mas na prática esse princípio não foi aplicado aos caso de diagnósticos de doença mental, pois mesmo o psiquiatra afirmando que seu exame é probabilístico, a periculosidade foi atribuída a mulher portadora de doença mental para fundamentar seu julgamento.

Essa assertiva confere um amplo leque de discricionariedade tanto ao juiz quanto ao perito, pois este não precisa comprovar a cientificidade dos seus laudos, mas, ao mesmo tempo, substitui o juiz quanto ao veredito de periculosidade da agente.

Essa associação entre os poderes médico e judiciais serviram para promover, de um lado, o fortalecimento do poder de punir do judiciário, uma vez que aqueles crimes sem motivação aparente podem receber medida de segurança de internação, bastando que o perito forneça um laudo de periculosidade. Por outro lado, gerou um conhecimento epistemológico para a psiquiatria que dificilmente poderá ser contestado, uma vez que não exige comprovação científica para as afirmações do perito.

Em outras palavras, a doença mental, ao se tornar baseada em uma noção de normalidade que é uma ficção social, permitiu a qualquer um que se afaste desse padrão de normalidade ser diagnosticado com problemas mentais que, em tese, justificariam sua periculosidade, liberando o juízo de buscar outras motivações para o crime que justificassem o seu poder de punir. Dessa forma, o diagnóstico de doença mental passou a ser tão amplo e genérico que qualquer pessoa pode ser diagnosticada com algum problema mental e ficar sujeita ao estigma de periculosidade se cometer algum crime cujo interesse de agir não se mostre tão evidente.

REFERÊNCIAS

BALLONE, Geraldo José; ORTOLANI, Ida Vani. Comportamento violento, in. PsiqWeb, Internet, escrito em 2003, revisto em 2005. disponível em: <http://www.psiqweb.med.br/site/DefaultLampo.aspx?area=NO/LerNoticia&idNoticia=87>

_____, Geraldo José; ORTOLANI, Ida Vani. Comportamento violento. 2003.

BARCINSKI, Mariana. Mulheres no tráfico de drogas: a criminalidade como estratégia de saída da invisibilidade social feminina. **Contextos Clínicos**, v. 5, n. 1, p. 52-61, 2012.

_____; MOURA, E. C. Personalidade psicopática. PsiqWeb Psiquiatria Geral, Internet, 2001.

BRASIL; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Levantamento nacional de informações penitenciárias: **Infopen mulheres**. 2018.

CABRAL, Ana. Sofia; MACEDO, Antonio.; VIEIRA, Duarte. Nuno. Da doença mental a violência. 2008. **Revisões**, vol X, nº6, nov/dez, 2008.

- CAMPOS, Carmen Hein de et al. Teoria crítica feminista e crítica à (s) criminologia (s) estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil. 2013.
- CARLEN, Pat; WORRALL, Anne. **Analysing women's imprisonment**. Willan, 2013.
- CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. Alcohol, drugs and crime. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, v. 28, p. s69-s73, 2006.
- CHAZKEL, Amy. Social life and civic education in the Rio de Janeiro city jail. **journal of social history**, p. 697-731, 2009.
- CRUZ, Rogerio Schietti Machado. Pena e punição no Brasil do século XIX. **Revista do CNMP**, p. 223, 2014.
- DE BRITO, Débora Cidro; DE ALMEIDA, Marco Antonio Bettine. Os saberes, o crime e a loucura: Um enfoque da psicologia política. **Debates e Embates de um Campo Interdisciplinar**, p. 70
- DE TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracy in America**. Regnery Publishing, 2003.
- FACCHINETTI, Cristiana. As Insanas do Hospital Nacional de Alienados (1900-1939). **Rio de Janeiro**, 2008.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Leya, 2014.
- _____. A sociedade punitiva. São Paulo. Martins fontes, 2015
- _____. MARCHETTI, Valerio; SALOMONI, Antonella. **Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)**. Martins Fontes, 2001.
- FREIRE, Ana Cristina; FIGUEIREDO, Bárbara. Filicídio: Incidência e fatores associados. **Análise Psicológica**, v. 24, n. 4, p. 437-446, 2006.
- GOFFMAN, Erving. Manicômios, prisões e conventos. Tradução Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015
- LOMBROSO-FERRERO, Gina. **Criminal man: According to the classification of Cesare Lombroso**. New York/London: GP Putnam, 1911.
- LOPES, Regina Maria Fernandes; DE MELO, Daniela Canazaro; DE LIMA ARGIMON, Irani I. Mulheres encarceradas e fatores associados a drogas e crimes. **Ciências & Cognição**, v. 15, n. 2, 2010.
- MACHADO Gustavo Gomes Crime e Castigo, in DIAS, Wladimir Rodrigues. Poder Legislativo e cidadania. Antônio José Calhau de Resende, coordenador. Belo Horizonte:

Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, Escola do Legislativo, Núcleo de Estudos e Pesquisas, 2015. 431 p.

MACHADO, Ana Elise Bernal; DOS REIS SOUZA, Ana Paula; DE SOUZA, Mariani Cristina. Sistema Penitenciário Brasileiro-origem, atualidade e exemplos funcionais. **Revista do Curso de Direito**, v. 10, n. 10, p. 201-212, 2013.

DE OLIVEIRA, Patricia Fonseca Carlos Magno; BOITEUX, Luciana. Quando a luta antimanicomial mira no manicômio judiciário e produz desencarceramento: uma análise dos arranjos institucionais provocados pela defensoria pública no campo da política pública penitenciária e de saúde mental. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, p. 573-603, 2018.

MAIA, Clarissa Nunes et al. **História das prisões no Brasil**. Anite Atro, 2017.

MOURA, Bruno Henrique; POPPERL, Mariana Soares. Belas, recatadas e loucas: mulheres no Manicômio Judiciário de São Paulo. **Humanidades em diálogo**, v. 9, n. 1, p. 53-65, 2019.

MOURA, Tatiana Whately de; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen: junho de 2014. **Brasília, DF, Ministério da Justiça**, 2014.

MULHERES, Infopen. Levantamento nacional de informações penitenciárias. 2018.

NUNES, Clarissa et al. História das prisões no Brasil. **Rio de Janeiro, Rocco**, v. 1, 2009.

PASSOS, Alan de Freitas; STUMPF, BÁRBARA PERDIGÃO; ROCHA, FÁBIO LOPES. Vitimização de doentes mentais. **Rev. psiquiatr. clín.**, São Paulo.[Internet], p. 191-6, 2013.

PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio. A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. **Hist Cienc Saude**, v. 9, n. 2, p. 335-55, 2002.

STREY, Marlene Neves; JARDIM, Renata Teixeira. Protocolos de avaliação de risco: ferramentas para avaliar e combater a violência contra as mulheres. **Revista de Ciências Humanas**, v. 52, p. 1-16, 2018.

VALENÇA, Alexandre Martins; DE MORAES, Talvane Marins. Relação entre homicídio e transtornos mentais Relationship between homicide and mental disorders. **Rev Bras Psiquiatr**, v. 28, n. Supl II, p. S62-8, 2006.

_____; NARDI, Antonio Egidio. Responsabilidade penal no transtorno bipolar. **J Bras Psiquiatr**, v. 59, n. 1, p. 77-9, 2010.

SIMPSON, Sally S. Feminist theory, crime, and justice. *Criminology*, v. 27, n. 4, p. 605-632, 1989.

_____; NARDI, Antonio Egidio. Responsabilidade penal no transtorno bipolar. *J Bras Psiquiatr*, v. 59, n. 1, p. 77-9, 2010.

TABORDA, José GV; CHALUB, Miguel; ABDALA-FILHO, Elias. **Psiquiatria forense**. Artmed Editora, 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América: leis e costumes. **São Paulo: Martins**, 1998.

VIANA, Itana; DE SOUZA, Luis Eugenio. Como são tratados os doentes mentais infratores? Periculosidade, medida de segurança e Reforma Psiquiátrica. **Revista de Direito Sanitário**, v. 12, n. 3, p. 161-176, 2012.