REVISTA LIBERDADES

Edição nº 27 janeiro/junho de 2019

IBCCRIM

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Sumário

4 EXPEDIENTE

7 APRESENTAÇÃO

10 ENTREVISTAS
Letícia Garducci entrevista
Nilo Batista

16 PARECER
Snipers: sua (i)legalidade e a responsabilidade do governador do estado do Rio de Janeiro
Leonardo Isaac Yarochewsky

25 DIREITOS HUMANOS
01) ISIS Brides: the scandal of the UK's nationality laws and justice denial in Shamima Begum case
Sara Arafa

02) Regras de *Bangkok*: análise do sistema carcerário feminino brasileiro à luz dos recentes entendimentos jurisprudenciais e legislativos sobre o tema
Roberta Eggert Poll

03) A ausência de prazo legal da prisão preventiva sob a perspectiva da convenção americana sobre Direitos Humanos
Vinicius Rocha Moço

04) "Bolsonaro X Quilombolas": Racismo recreativo, institucional e a invisibilidade do insulto moral
Fernando Nascimento dos Santos

104 ESCOLAS PENAIS
Dolo em matéria penal: análise à luz da teoria significativa do delito
Vinicius de Faria dos Santos

136 CRIME E SOCIEDADE
01) Projeto de Lei "Anticrime": a tentativa de positivação de uma política pública de extermínio implementada pela pena de morte extrajudicial executada por órgãos de segurança pública no Brasil
Viviane de Souza Vicentin

02) A (des)configuração do Tribunal do Júri como garantia fundamental: estudo de caso na comarca de Lajeado/RS
Larissa Sberse Morás

03) Firmeza na verdade e perdão no direito penal brasileiro
Thaís Pinhata de Souza

04) A influência da opinião pública na criação de leis penais simbólicas
Guilherme Lobo Marchioni

05) As falhas da prisionização: a pena privativa de liberdade como fomentadora da violência
Mariana Suzart Paschoal Ferreira e Vitor Eduardo Lacerda de Araújo

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Sumário

06) A estigmatização do negro como delinquente e o sistema carcerário brasileiro
Bethânia Silva Santana

07) Justiça Restaurativa para os autores de violência doméstica e familiar contra a mulher: uma possibilidade de prevenção e protagonismo
Davi Reis de Jesus

08) A constitucionalidade ou não da implantação dos testes de integridade aos servidores públicos no Brasil
Thais de Nadai Moreira

09) A função social do advogado criminalista
Carla Juliana Viana

297 CONTOS
01) Parábola 4: o plano de fuga
Paula Gomes da Costa Cavalcanti

02) Previsão do tempo
João Pablo Trabuco

301 RESENHAS
01) Resenha do livro "A sociedade dos cativos", de Gresham M. Sykes
Leandro Ayres França, Gisele Kronhardt Scheffer e Ana Maria Magnus Martini

02) Resenha "Zaffaroni, E. R. Pachamama y el humano. Prólogo de Osvaldo Bayer y ilustraciones de Miguel Rep. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo; Buenos Aires: Ediciones Colihue, 2013. 160 p."
Danilo Costa Nunes Andrade Leite

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Expediente

IBCCRIM
Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria Executiva

Presidenta:
Eleonora Rangel Nacif

1º Vice-Presidente:
Bruno Shimizu

2º Vice-Presidente:
Helios Alejandro Nogués Moyano

1ª Secretária:
Andrea D'Angelo

2º Secretário:
Luís Carlos Valois

1º Tesoureiro:
Gabriel Queiroz

2º Tesoureiro:
Yuri Felix

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:
Carla Cilene Gomes

Assessora da Presidência

Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

Membros
Alvino Augusto de Sá
Cristiano Maronna
Ela Wiecko
Geraldo Prado
Sérgio Salomão Shecaira

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 Biazi

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

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

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Leandro Ayres França

Revista Liberdades
Paula Mamede

Sistema Prisional
Patrick Lemos Cacicedo

23º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – Ibccrim
Eduardo Saad Diniz

25º Seminário Internacional
Yuri Felix

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
ARTIGOS
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

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
Nathalia Aparecida Mendes Costa

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
Andréia da Silva Rocha
Hegle Borges da Silva
Tânia Andrade

Núcleo de Publicações
Supervisão
Willians Meneses

Equipe
Rafael Vieira
Taynara Lira

Coordenação da Revista Liberdades

Editora-chefe
Paula Nunes Mamede Rosa
Editores-assistentes
Cássio André Borges dos Santos, Fernando Calix, José Paulo Naves, Letícia Galan Garducci, Marcela Purini Belém, Plinio Leite Nunes, Renato Gomes de Araujo Rocha
Editores-executivos
Rafael Vieira, Taynara Lira, Willians Meneses
Corpo de Pareceristas (deste número)
Adrian Barbosa e Silva (UFPA – Belém/PA), Adriana Padua Borghi (PUCSP – São Paulo/SP), Alexandre Morais da Rosa (UFSC – Florianópolis/SC), Aline Maia Nascimento (UFF – Niterói/RJ), Aline Pires de Souza Machado de Castilhos (PUCRS – Porto Alegre/RS), Ana Carolina Carlos de Oliveira (USP – São Paulo/SP), Ana Clara Gomes Costa (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ), Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca – Espanha), Ana Luisa Leão de Aquino Barreto (UERJ – Rio de Janeiro/RJ), Anamaria Prates Barroso (UFPE – Recife/PE), Anderson Real Soares (UNIMES – Santos/SP), André Luiz de Carvalho Matheus (UERJ – Rio de Janeiro/RJ), Bruna Marcelle Cancio Bomfim (UFBA – Salvador/BA), Bruna Rachel de Paula Diniz (USP – São Paulo/SP), Bruna Schlindwein Zeni (UNISC – Santa Cruz do Sul/RS), Bruno Martins Torchia (FUMEC – Belo

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Horizonte/MG), Bruno Silveira Rigon (PUCRS – Porto Alegre/RS), Caio Cesar Tomioto Mendes (UERJ – Rio de Janeiro/RJ), Camila Damasceno de Andrade (UFSC – Florianópolis/SC), Camila Martins de Oliveira (Escola Superior Dom Helder Câmara – Belo Horizonte/MG), Carolina Bessa Ferreira de Oliveira (USP – São Paulo/SP), Caroline Rocha dos Santos (UERJ – Rio de Janeiro/RJ), Christiany Pegorari Conte (PUCSP – Campinas/SP), Daniel Fonseca Fernandes da Silva (UFBA – Salvador/BA), Davi Rodney Silva (USP – São Paulo/SP), Décio Franco David (UENP – Jacarezinho/PR), Douglas Carvalho Ribeiro (UFMG – Belo Horizonte/MG), Douglas Sena Bello (PUCRS – Porto Alegre/RS), Elisio Augusto de Souza Machado Júnior (Universidade Federal de Sergipe – São Cristóvão/SE), Fábio Augusto Tamborlin (UFPR – Curitiba/PR), Gabriela Schneider (UFSM – Santa Maria/RS), Gabriela Vedova (USP – São Paulo/SP), Giovani Agostini Saavedra (Johann Wolfgang Goethe – Universität Frankfurt am Main, J.W.G.U.F.M. – Alemanha), Guilherme Francisco Ceolin (PUCRS – Porto Alegre/RS), Guilherme Pereira Gonzalez Ruiz Martins (PUCSP – São Paulo/SP), Igor Alves Noberto Soares (PUCMG – Belo Horizonte/MG), Indaiá Lima Mota (UFBA – Salvador/BA), Isabela Rocha Tsuji Cunha (USP – São Paulo/SP), Jádia Larissa Timm dos Santos (PUCRS – Porto Alegre/RS), Jamilla Monteiro Sarkis (UFMG – Belo Horizonte/MG), Jaqueline Aparecida Fernandes Sousa (Universidade Federal de Uberlândia – Uberlândia/MG), Jefferson de Carvalho Gomes (Universidade Católica de Petrópolis – Petrópolis/RJ), Jonatan de Jesus Oliveira Alves (UFU – Uberlândia/MG), José Renato Martins (USP – São Paulo/SP), Julia Hissa Ribeiro da Fonseca (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ), Liziane da Silva Rodríguez (UNISINOS – São Leopoldo/RS), Lucas Minorelli (PUCRS – Porto Alegre/RS), Luísa Câmara Rocha (UFPB – João Pessoa/PB), Marcelo Santiago de Morais Afonso (Universidade de Lisboa – Portugal), Mariana Paganote Dornellas (UFF – Niterói/RJ), Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues (UFAL – Maceió/AL), Rafael Lima Torres (PUCSP – São Paulo/SP), Rafhael Lima Ribeiro (PUCMG – Belo Horizonte/MG), Renata Caroline Pereira Reis Mendes (UFMA – São Luís/MA), Roberta Olivato Canheo (UFF – Niterói/RJ), Rogério Reis dos Santos (UnB – Brasília/DF), Rosana Alves Gama Souza da Silva (Universidade Católica de Petrópolis – Petrópolis/RJ), Tatiana Lourenço Feminino de Souza (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ), Thiago Allisson Cardoso de Jesus (UFMA – São Luís/MA), Túlio Figueiredo Duarte (Faculdade de Direito Milton Campos – Nova Lima/MG), Victor Siqueira Serra (UNESP – Franca/SP), Victor Sugamosto Romfeld (UFPR – Curitiba/PR), Vinícius de Assis Romão (UERJ – Rio de Janeiro/RJ), Vitor Paczek Machado (PUCRS – Porto Alegre/RS).

Autores(as) (deste volume)

Ana Maria Magnus Martini (Estácio – Porto Alegre/RS), Bethânia Silva Santana (Estácio/CERS – Recife/PE), Carla Juliana Viana (UNINOVE – São Paulo/SP), Danilo Costa Nunes Andrade Leite (USP – São Paulo/SP), Davi Reis de Jesus (UNIT – Aracaju/SE), Fernando Nascimento dos Santos (PUCMG – Belo Horizonte/MG), Gisele Kronhardt Scheffer (Universidade Autônoma de Barcelona – Espanha), Guilherme Lobo Marchioni (Universidade de Coimbra – Portugal), João Pablo Trabuco (UFBA – Salvador/BA), Larissa Sberse Morás (Univates – Lajeado/RS), Leandro Ayres França (PUCRS – Porto Alegre/RS), Leonardo Isaac Yarochewsky (UFMG – Belo Horizonte/MG), Mariana Suzart Paschoal Ferreira (UFMG – Belo Horizonte/MG), Paula Gomes da Costa Cavalcanti (UERJ – Rio de Janeiro/RJ), Roberta Eggert Poll (PUCRS – Porto Alegre/RS), Sara Arafa (University Leicester – Inglaterra), Thais de Nadai Moreira (FDV – Vitória/ES), Thaís Pinhata de Souza (USP – São Paulo/SP), Vinicius de Faria dos Santos (UFRRJ – Seropédica/RJ), Vinicius Rocha Moço (Faculdade Legale – São Paulo/SP), Vitor Eduardo Lacerda de Araújo (UFMG – Belo Horizonte/MG), Viviane de Souza Vicentin (ABDConst – Curitiba/PR).

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

Revista Liberdades – revistaliberdades@ibccrim.org.br – www.revistaliberdades.org.br

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

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Apresentação

Temos a alegria de apresentar mais uma edição da *Revista Liberdades*, cumprindo seu papel de difundir conhecimento de forma interdisciplinar e promovendo os estudos dos Direitos Humanos. Esse número é composto por uma entrevista, um parecer, catorze artigos, dois contos e duas resenhas.

Iniciando, temos o privilégio de uma entrevista com o Professor **Nilo Batista**, que além de advogado criminalista e Professor Titular de Direito Penal da UFRJ e da UERJ, também foi Secretário de Justiça e Polícia Civil e Governador do Estado do Rio de Janeiro, e gentilmente compartilhou sua bagagem profissional e de vida com o leitor. Foram abordados temas como o início de sua trajetória, suas referências do pensamento brasileiro, sua experiência no Poder Executivo, sua visão da atual situação do Direito Penal no Brasil para, ao final, nos brindar com sugestões de livros.

Em seguida, uma novidade dessa edição, que é a publicação de um parecer técnico elaborado pelo Professor e advogado **Leonardo Isaac Yarochewsky**, na qualidade de Membro Consultor da Comissão de Defesa do Estado Democrático de Direito da OAB/RJ, a pedido de seu Presidente, Dr. Luís Guilherme Vieira, sobre a violência policial e a política de governo que vem sendo implementada no estado do Rio de Janeiro, "*Snipers*: sua (i)legalidade e responsabilidade do Governador do Estado do Rio de Janeiro".

Inaugurando a seção de Direitos Humanos, o artigo da autora convidada estrangeira **Sara Arafa**, sobre as noivas do Estado Islâmico e o direito à nacionalidade, partindo da análise do caso concreto de Shamima Begum. Esse artigo contribui para as discussões sobre Direitos Humanos de maneira mais ampla e vem informar o leitor brasileiro sobre alguns debates que ainda não possuem grande penetração no território nacional.

Em seguida, fazendo a intersecção de Direitos Humanos e política penitenciária e, ainda, conferindo um recorte de gênero, **Roberta Eggert Poll** se dedica a analisar as Regras de Bangkok no sistema jurídico brasileiro, a partir das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, no artigo "Regras de Bangkok: análise do sistema carcerário feminino brasileiro à luz dos recentes entendimentos jurisprudenciais e legislativos sobre o tema".

Nessa mesma seção, ainda a partir do viés interdisciplinar do Direito Internacional dos Direitos Humanos com o sistema criminal brasileiro e as suas práticas, **Vinicius Rocha Moço** se debruça sobre o estudo do prazo legal para a duração da prisão preventiva, para isso trazendo as previsões da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e verificando a adequação do ordenamento nacional a tais regras, no artigo "A ausência de prazo legal da prisão preventiva sob a perspectiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos".

Fechando essa seção, **Fernando Nascimento dos Santos** desenvolveu um estudo de caso das acusações de racismo e preconceito racial contra o atual Presidente Jair Messias Bolsonaro, em virtude de palestra proferida no Clube Hebraica do Rio de Janeiro, no dia 03 de abril de 2017, evento no qual teria insultado diversas minorias, inclusive quilombolas. Em "Bolsonaro x quilombolas: racismo recreativo, institucional e a invisibilidade do insulto moral", o autor aborda como o racismo recreativo se manifestou na conduta do agente político e como o funcionamento da Justiça contribuiu para a caracterização do racismo institucional.

Na seção sobre Escolas Penais, **Vinicius de Faria dos Santos** desenvolve artigo que analisa o dolo à luz da teoria significativa do delito de Tomás Salvador Vives Antón, introduzida em nosso ordenamento jurídico pelo prof. Paulo

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

César Busato, e cuja principal contribuição é a reformulação da teoria do delito a partir da filosofia da linguagem de Wittgenstein e Habermas.

Na seção Crime e Sociedade, foram inúmeras as contribuições. Inaugurando-a, **Viviane de Souza Vicentin** faz uma análise da ampliação das hipóteses de legítima defesa pelo Projeto de Lei "Anticrime", do Ministério da Justiça, e a política de segurança pública que busca implementar, com o auxílio de dados acerca da letalidade resultante da violência da polícia brasileira, bem como da vitimização dos próprios policiais, no artigo "Projeto de Lei 'Anticrime': a tentativa de positivação de uma política pública de extermínio implementada pela pena de morte extrajudicial executada por órgãos de segurança pública no Brasil".

Larissa Sberse Morás, por sua vez, no artigo "A (des)configuração do Tribunal do Júri como garantia fundamental", a partir de casos concretos julgados na Comarca de Lajeado/RS, analisa se o Tribunal do Júri cumpre seu papel de garantia fundamental, em uma sociedade capitalista e refém do medo.

Thaís Pinhata de Souza, por sua vez, busca destrinchar a materialização da teoria da firmeza da verdade na vida real pela prática da não violência, da manifestação do amor e do exercício da verdade, de forma a analisar os mecanismos de perdão (*clementia principis*) do Direito Penal brasileiro, para justificar sua permanência e estimular sua maior utilização em nosso ordenamento.

Guilherme Lobo Marchioni, por sua vez, analisa o papel da opinião pública na produção legislativa penal e as suas consequências, no artigo "A influência da opinião pública na criação de leis penais simbólicas".

Mariana Suzart Paschoal Ferreira e **Vitor Eduardo Lacerda de Araújo**, traçando um paralelo com o experimento da Prisão de Stanford, de Philip Zimbardo, buscam demonstrar os males da prisionização e a ausência de benefícios sociais promovidos pela utilização da pena privativa de liberdade, no artigo "Os males da prisionização: a pena privativa de liberdade como fomentadora da violência".

Logo em seguida, **Bethânia Silva Santana** confere um recorte racial à análise da estigmatização e reprodução de vulnerabilidades pelo sistema carcerário, no trabalho "A estigmatização do negro como delinquente e o sistema carcerário brasileiro".

Davi Reis de Jesus, por sua vez, em "Justiça Restaurativa para os autores de violência doméstica e familiar contra a mulher: uma possibilidade de prevenção e protagonismo", analisa o uso da justiça restaurativa em casos de violência doméstica, como alternativa ao processo penal tradicional, como modelo que reforça o protagonismo da vítima e propicia um espaço de reflexão e diálogo.

Thais de Nadai Moreira, em tema atual, analisa a constitucionalidade do teste de integridade dos agentes públicos, uma das medidas presentes no Projeto de Lei nº 4850/2016, mais conhecido como Dez Medidas de Combate à Corrupção, e a sua compatibilidade com direitos e garantias fundamentais como a vedação ao uso de provas ilícitas, a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência, a igualdade e a intimidade.

Por fim, no artigo "A função social do advogado criminalista", a autora **Carla Juliana Viana** busca examinar a indispensabilidade do advogado criminalista na concretização dos direitos fundamentais do acusado, sob a ótica de sua

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

função social, para tanto fazendo uma retomada histórica acerca dessa profissão e sua influência no desenvolvimento histórico do Direito Penal, no controle punitivo e na humanização das penas, e sua importância até os dias de hoje.

A seção Contos, por sua vez, conta com brilhantes contribuições de **Paula Gomes da Costa Cavalcanti**, em "Parábola 4: o plano de fuga", e **João Pablo Trabuco**, em "Previsão do tempo".

Fechando o número, apresentamos ao leitor duas resenhas. A primeira, elaborada por **Leandro Ayres França**, **Gisele Kronhardt Scheffer** e **Ana Maria Magnus Martini**, da clássica e importante obra sobre prisão, "A sociedade dos cativos", de Gresham M. Sykes, publicada em 1958 e ainda desconhecida de muitos estudiosos brasileiros do Direito Penal. A segunda, elaborada por **Danilo Costa Nunes Andrade Leite**, de "Pachamama y el humano", de Eugénio Raúl Zaffaroni, em que são analisadas duas mudanças propostas nas Constituições da Bolívia (2009) e do Equador (2008), a respeito do direito à felicidade e ao reconhecimento da Terra como sujeito de direitos.

Encerramos agradecendo às autoras e aos autores dessa edição pela confiança depositada, assim como aos colaboradores e pareceristas que tornaram possível a publicação de mais esse número. Lembramos que a submissão de artigos, resenhas e contos para esse periódico são permanentes e que as políticas editoriais podem ser acessadas em nossa página.

Boa Leitura a todos!

Equipe Revista Liberdades.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Letícia Garducci entrevista Nilo Batista

Leticia Garducci: Bom dia, eu sou a Leticia Garducci, coordenadora adjunta da Revista Liberdades, e hoje, 15 de abril de 2019, tenho a honra de entrevistar para a nossa próxima edição o professor Nilo Batista, advogado criminalista, Doutor Honoris Causa pela Universidade Nacional de General San Martín e livre-docente pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), onde atua como professor titular de Direito Penal. Professor Nilo, muito obrigada por aceitar nosso convite.

Professor, como o senhor se aproximou do Direito Penal? Por que a escolha pelas ciências criminais como objeto de estudo de toda uma vida acadêmica?

Nilo Batista: Se você quer saber a verdade nua e crua, não havia vaga em Direito Privado. Porque a parte que tinha mais me interessado era a Teoria Geral do Direito Privado. Não havia vaga. Eu tinha vindo de Minas e, então, fiz a UEG, Universidade do Estado da Guanabara, que tinha vaga em Direito Penal.

LG: Professor, quais são os interlocutores que mais inspiraram a sua trajetória?

NB: Olha, se a gente fizer a linha do tempo, eu fui influenciado principalmente por dois professores que conheci na pós-graduação: Heleno Fragoso e Roberto Lyra. Esses foram, digamos, dentro do nosso rebanho, as duas maiores influências. O pensamento liberal da escola toscana sempre foi uma referência para mim, [Giovanni] Carmignani e [Francesco] Carrara. Eu não os coloco nem um pouco abaixo de Feuerbach. E tentei compatibilizar isso com uma enorme simpatia pelo marxismo, que eu carrego também desde a juventude.

Mas enfim... aproveitar o que há de bom naquele pensamento liberal, que era sobretudo um pensamento de combate. A beleza e a força que o pensamento liberal tem no Direito Penal é porque na verdade ele era um pensamento totalmente contramajoritário, ele era um pensamento direto contra as execuções espetaculosas, ainda barrocas, ainda carregadas do século XVII, do *Ancièn Regime*. Então era contra aquelas crueldades. O Direito Penal nasce como contrapoder, era um pensamento em todo oposto às práticas punitivas do Antigo Regime. Daí essa vitalidade, porque em certo sentido aquele pensamento tinha isso em comum com a essência do pensamento marxista, que é observar a luta e se engajar na luta.

E procurei me formar um pouquinho. Mas tive muito a preocupação em ser um professor *brasileiro* de Direito Penal, e tenho essa preocupação até hoje.

LG: Quais são as suas maiores referências do pensamento brasileiro?

NB: Eu fui aluno de Heleno Fragoso, devo muito a Heleno Fragoso. Que foi um grande penalista com a virtude de transformar o próprio pensamento. Ele tem um artigo da juventude chamado "O problema da pena", que está publicado em uma Revista Forense... eu também tenho artigos da juventude dos quais tenho vergonha. Mas Heleno fez um giro muito grande. O Heleno Fragoso que escreve "O problema da pena" não tem nada a ver com o Heleno Fragoso que é correlator, junto com Alessandro Baratta, do tema Marginalidade e Justiça Penal, no 9º Congresso da

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Sociedade Internacional de Defesa Social, que aconteceu em Caracas, em uma ocasião especial porque era ainda recente o golpe no Chile. O professor [Eduardo Novoa] Monreal, que tinha sido consultor jurídico de Allende, estava no Congresso – que tinha também uma delegação verminosa de golpistas. Aquele Heleno Fragoso já era um sujeito que estava em uma luta que ele levou até o fim da sua vida muito breve. Heleno morre com 55 anos, um absurdo.

Mas curti muito Hungria também. Curti Aníbal Bruno. Tenho a honra de ter um livrinho para estudantes feito com Aníbal Bruno. Ele era o nosso [Edmund] Mezger, mas sem qualquer simpatia com o demônio, para citar os [Rolling] Stones.

Mezger tinha toda a simpatia do mundo com o nazismo. E muita gente também. Quando um orientando meu [Christiano Fragoso] estudou Direito Penal nazista no doutoramento, eu levava um susto com as descobertas dele. Porque muita gente boa capitulou ali. Eu acho isso útil, e é bom ver hoje. Porque vemos muita gente compondo com esse pacote anticrime, elaborado de uma maneira tão fascista que fez questão de dizer que não queria saber dos professores. Claro, porque aquilo é uma estupidez completa, tosca, rastaquera. Eu acho que se iniciou um processo, ao qual se pode chamar de "desmorolização", que quanto mais o tempo andar mais o "*pacote*" vai aparecer na sua realidade tosca e fascista.

LG: Professor, aproveitando que a gente entrou no assunto "política": no início dos anos 1990 o senhor assumiu o cargo de Secretário da Justiça e da Polícia Civil do Rio de Janeiro, foi eleito vice-governador pelo mesmo Estado e chegou a assumir o cargo de governador em 1994. A sua experiência no Executivo afetou ou alterou a sua perspectiva teórica?

NB: Em tudo o que você falou faltou a palavra mais importante: eu fui um assessor de Leonel Brizola, como Hungria foi um assessor de Getúlio Vargas. A obra do Hungria está ligadíssima a Getúlio, ainda no Estado Novo. Você conhece um artigo dele *O direito penal e o Estado Novo*? Ele está publicado em uma Revista Forense, e é totalmente compatível com aquela lei que ele fez em 1938, a primeira lei penal de intervenção no domínio econômico, talvez no mundo. Talvez você não encontre algo semelhante na Europa, nessa ideia de que o Estado tem que intervir na economia, uma intervenção penal na economia. Tinha crimes contra a economia popular... Hoje nós temos utensílios teóricos que nos permitem ver, digamos, os equívocos dessas ideias. Equívocos que se sedimentaram na ideia de uso alternativo do Direito, que se revelou um desastre na esfera do Direito Penal. Mas a ideia de que o Estado deve intervir na economia é até hoje um ponto polêmico, e nós fomos precursores. Uma intervenção penal na economia aparece em 1938, naquela lei que Hungria fez.

Aníbal Bruno maravilhoso, enfim. Conheci os grandes. Conheci o Munhoz Netto, que tinha um pensamento tão interessante sobre culpabilidade e sobre erro, e também morreu precocemente em um acidente. Conheci Everardo da Cunha Luna. Enfim, eu olhei com atenção para os professores que estavam trabalhando Direito Penal aqui. Mas uma coisa percebi: Hungria, um homem muito espirituoso, e que ficava raivoso com muita rapidez... quando estavam chegando aqui as boas novas da teoria da ação final, ele dizia: "toda vez que na Europa algo pega fogo, aqui sai fumaça". Ele estava falando um pouco de um certo colonialismo cultural, que é uma das marcas tardias do colonialismo. Nós fomos colonizados e temos, dentre outras, essa marca na nossa alma. E também temos uma reverência estúpida por tudo o que está escrito em alemão, italiano ou francês. Eu quis me livrar disso. Na minha biografia isso já ficou marcado porque o Heleno me arranjaria uma bolsa da Alexander von Humboldt-Stiftung, mas eu já estava aqui nos

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

tribunais militares e achei que não tinha nada o que fazer lá. Isso me prejudicou muito porque eu tive que traduzir um artigo do Welzel, que está publicado no número 3 da Revista de Direito Penal dirigida pelo Heleno – onde eu era o faz-tudo, secretário de redação etc. Traduzi com muita dificuldade, porque eu não pratico. Mas fiz bem, porque me interessei em perceber como isso tinha sido recebido aqui. Salgado Martins, o grande catedrático do Sul até que aparecesse Luiz Luisi, na obra póstuma dele em 1974, não trabalha com a categoria da tipicidade. Então, pude ver como chegavam essas ideias aqui e como eram trabalhadas.

Interessa-me muito mais ver como nossos colegas trabalharam isso, com todas as suas dificuldades, do que simplesmente copiar e chancelar. Particularmente porque os funcionalismos nunca me agradaram muito. Claus Roxin é um penalista enorme, é um monumento. Mas é um homem que acredita em prevenção. Se eu tivesse muita vida pela frente seria outra coisa, mas não posso acreditar em histórias da carochinha a esta altura do campeonato.

Então, Roxin tem a grande dignidade de levar a todos os extremos isso, e de constituir uma categoria chamada de "necessidade preventiva", em que pode haver culpabilidade sem que haja punição por falta de "necessidade preventiva". Ora, eu nunca vi um juiz brasileiro deixar de aplicar pena por falta de "necessidade preventiva", mas já vi aplicarem muita pena por uma versão meio trôpega do incremento do risco. Isso eu já vi: o incremento do risco ser o pretexto para muitas condenações, nas quais era absolutamente duvidoso que o bem jurídico tivesse sido exposto a perigo realmente, valendo-se um pouco – e até mutilando um pouco – um princípio básico da imputação roxiniana, o incremento de um risco não permitido.

Então, eu, claro, aproveito muito o Roxin. Ele é muito desfrutável. Bastaria ele ter resolvido o critério da autoria nos crimes comissivos dolosos através do domínio do fato. Mas olha como o domínio do fato foi aplicado pelo Supremo Tribunal Federal no "Mensalão", a começar pelo relator.

LG: Vou aproveitar que o Senhor entrou nesse assunto, e fazer uma pergunta relacionada. Tem sido debatido nos últimos tempos o fenômeno da politização do judiciário no Brasil. Primeiro, eu gostaria de saber se o Sr. concorda e, se sim, como avalia essa politização e qual seria o seu impacto na esfera do Direito Penal.

NB: Claro que houve isso, muito em decorrência desses acontecimentos sobre os quais precisaríamos de uma entrevista à parte só para tratar deles. Estas Seções Especiais de Justiça que se criaram, onde o juiz dança de braços dados com o Ministério Público, e onde de repente se altera um certa interpretação, uma visão das coisas. Caixa Dois não era crime vinte anos atrás. Aí, de repente, se criminalizou essa prática em um nível tão grande que toda doação de campanha não registrada passou a ser elemento de um crime de corrupção ao qual faltava – mas pouco passou a importar isso – o ato de ofício. E, depois, criou-se mesmo a possibilidade de doações praticadas para uma corrupção futura, profética.

Eu trabalhei em um caso em que pude afirmar para o tribunal que se tratava de uma corrupção profética, porque o sujeito tinha feito uma doação para deputados que defendiam os interesses daquele setor empresarial. Eu acho que é assim, não é? Capitalismo é assim, entendeu? Aí, não é um problema da política, é um problema do capitalismo. Na sociedade de classes, a representação política é assim mesmo. Se você convive com a sociedade de classes e acha que está tudo muito certo, você não pode estranhar que um certo grupo, digamos, de empresários ligados a determinado setor tenha os seus representantes. É assim. Então, ele doou dinheiro para esses representantes, sim, defenderem seus interesses enquanto considerarem que esses interesses são compatíveis com a ordem jurídica e

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

defensáveis do ponto de vista moral também. O que não é nada difícil, aliás, de acontecer. Mas de repente virou-se a regra do jogo sem um prévio aviso.

Esse movimento começou a acontecer de forma muito ligada à criação dessas Seções Especiais de Justiça com competência universal. Se esses assuntos estivessem dispersos, distribuídos efetivamente, talvez a gente tivesse decisões menos invasivas. Eu tenho alguns limites para falar sobre isso por questões profissionais, mas eu tenho certeza de que a competência para o julgamento do triplex do Lula não era de Curitiba, tanto que eu entrei no caso. Quando o juiz afirmou sua competência, sempre com a truculência que foi sua marca registrada – como aquela condução coercitiva –, eu saí do caso. O caso não tinha nada a ver com nenhum desvio da Petrobras.

Isso também está muito ligado à libertinagem com a qual a mídia comenta processos criminais em andamento. Outro dia eu disse, sustentando no Supremo, que esse pessoal que quer trazer utensílios teóricos dos quais nós não precisamos, como "cegueira deliberada", devia também importar o comedimento que a mídia tem nos EUA sobre procedimentos criminais, porque a Corte Suprema lá não permite esse tipo de discussão pública. Eles anulam, isso é *trial by the media*. Lá, nem entrar na sala é permitido, salvo em pouquíssimos Estados. Não pode fotografar etc. Não se pode discutir as provas de um caso que está em andamento. O Jornal Nacional do dia da prisão do Temer... nos EUA aquilo seria uma peça ilícita, porque não só dava a palavra para os acusadores, mas também a ilustrava. Parava a matéria para dizer que aquilo que os acusadores diziam era verdade. Onde fica a presunção de inocência e o direito a um julgamento justo depois de um programa desses? Já que a instrução criminal se dá na mídia, não se dá no judiciário, então, a defesa deveria ter direito a usar o mesmo tempo, e não àquela "palavra", lida cinicamente, "a defesa diz...". Não adianta, nada que você possa dizer vai contrabalançar os 15, 20 ou 30 minutos que a hipótese acusatória teve. Acabou, está julgado.

LG: O Sr. organizou junto com a profa. Vera Malaguti no último mês de março, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, o seminário "Criminologia em Tempos Sombrios". Esse cenário que o Sr. descreveu faz parte desses "tempos sombrios"? Como o Sr. caracterizaria esses "tempos sombrios" e como nós chegamos a eles?

NB: Realmente, mais sombrios impossível. Basta ler os jornais. Temos um Estado de milícia implantado, um inacreditável retorno ao passado mais obscurantista. Eu nunca vi tanto idiota em um Ministério só. Há mais de cinquenta anos que eu acompanho, mas hoje é idiota demais. E é uma gente que acredita naquilo, isso é que é o pior. Se fosse um grande cinismo era uma coisa, mas não. É de verdade.

O que salva é que temos uma Constituição e que as Forças Armadas não se sentem representadas em um maluco que, afinal de contas, não é militar coisa alguma. É um político, um velho político do baixo clero que está há décadas na Câmara. Ele era um sindicalista militar. Ele defendia os interesses corporativos de Praças e Oficiais. Nesse sentido, ele foi um deputado representativo de quem votava nele. Agora, ele não representa as Forças Armadas, desculpa.

Há uma *intelligentsia* nas Forças Armadas, em todos os sentidos. Há uma *intelligentsia* de esquerda: Nelson Werneck Sodré foi general. Há uma *intelligentsia* de direita: aquele grupo dos nacionalistas desenvolvimentistas, e não me refiro só ao Golbery. Eu tenho certeza que essa inteligência não se sente representada por um capitão com aquela carreira. Ele não representa as Forças Armadas brasileiras, a limitação intelectual dele é uma vergonha. O despreparo, a maneira atabalhoada como ele e seus familiares vêm fazendo as coisas.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

LG: Professor qual o seu diagnóstico da atual legislação penal brasileira, e como a dogmática se relaciona com o cenário do cárcere, atualmente, no Brasil?

NB: O Código Penal vem sendo mutilado, mas poucas vezes aperfeiçoado. Em 84 e 96 ele foi aperfeiçoado, mas infelizmente o populismo punitivo de direita o vem mutilando. E agora ele está perto da maior mutilação de todas, os dois projetos atuais são igualmente horrorosos. Se você selecionar os 20 maiores professores de Direito Penal e de processo penal no Brasil, por que não interessa ouvir essas pessoas? Porque, se ouvir, essas pessoas acabam com esses projetos. É por isso que esse Ministro da Justiça diz que não quer ouvir os professores. Por quê? Porque ele está mutilando a legislação. Você leu o artigo do Renato Sérgio de Lima? Sabe quanto custa em dez anos o ambicioso projeto de encarceramento do Sérgio Moro? 450 bilhões, quase a metade do que se pretende economizar com a reforma da previdência. E ainda tem gente que desdenha do Wacquant.

LG: Além do campo da política de drogas e da questão carcerária, quais temas hoje merecem a atenção das ciências criminais?

NB: Hoje nós estamos em um ambiente de luta, nós temos que ver os temas que estão em pauta, para tentar ver se a nossa pauta não é ouvida... Os formadores de opinião, os grandes jornalistas também não leem, eles veem um beócio falar e muitas vezes gostam daquilo, mas não procuram saber se a academia pode dar alguma contribuição. Não, eles gostam da coisa mais rude, que deve dar mais ibope. Fecha com as superstições deles, porque eles acreditam na pena. Por mais que nos últimos 40 anos nós tenhamos feito isso sem resultado, "o aumento da pena é o que melhora", eles creem nisso.

LG: Professor, como o Sr. vê a inclusão dos temas gênero e raça na criminologia e quais os desafios a partir dessa perspectiva interseccional?

NB: A "raça" já estava entre nós há muito tempo, com todas as dificuldades, agora temos uma geração bonita com umas professoras que vieram, como Ana Flauzina e Thula Pires Aqui, no Brasil, a relação entre raça e classe social está muito conectada, porque o nosso escravismo tardio deixou esse legado. É muito importante que "gênero" entre, vejo com muito bons olhos esses novos campos, que atualmente conta com representantes maravilhosos como a professora Luana Thomaz, o Grupo Asa Branca de Criminologia, a Marília Montenegro, a Fernanda Rosenblatt... Então, tem uma geração maravilhosa. A Vera Andrade foi uma grande mãe para todo esse movimento, contribuiu muito. E, aqui no Rio, a Vera Malaguti também agita isso enormemente.

Tem aí uma coisa boa, tem uma geração maravilhosa vindo. Eu sou muito otimista com o futuro, apesar dos tempos sombrios. Tem uma rapaziada jovem, como Roberta Pedrinha, o Thiago Fabres, o Taiguara Líbano, o Gustavo Preussler. Na USP já existem grandes figuras, quero saudar a ida do Maurício Dieter, mas tem o querido Sérgio Salomão Shecaira, o professor Alvino Augusto de Sá, Mariangela Gomes, a Ana Elisa Bechara, o Renato Silveira. Cada vez mais eu gosto de ler as coisas do Renato, que entrou na briga, e que *punch* que ele tem! Sim, porque nós todos ficamos um pouco ali nas retortas conceituais, nas categorizações da teoria do delito, aí chega um momento em que a gente tem que ter *punch*, a gente tem que ir pra briga, hoje estamos precisando disso.

Tem um garoto de Santa Catarina, Guilherme Merolli, que escreveu um livro de Introdução, que eu disse pra ele "o seu livro vai substituir o meu", se chama *Fundamentos críticos de direito penal: dos princípios penais de garantia*.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Devem ser mencionados também muitos outros, como Alexandre Morais da Rosa, Ney Fayet Jr., Salo de Carvalho, Davi Tangerino, que está conosco na UERJ; Luís Carlos Valois, em Manaus; Marcus Alan de Melo Gomes em Belém, o Grupo Cabano de Criminologia; em suma, tem gente muito boa em campo. Tá vindo uma geração aí, melhor do que a nossa. Não dá para lembrar de todos os nomes, assim numa entrevista, e me desculpo com os inúmeros omitidos aqui, no improviso.

LG: Para encerrar a nossa entrevista: o Senhor lançou em 2018 o livro *Machado de Assis, criminalista*, pela editora Revan. A Revista Liberdades reserva uma seção exclusivamente para a publicação de contos e resenhas que se relacionem com as Ciências Criminais. O Senhor poderia sugerir algum livro para os nossos leitores?

NB: Tem um conto do Lima Barreto, *Mágoa que rala*, que é a ilustração perfeita de um pequeno texto de Freud chamado *Os criminosos por sentimento de culpa*, parte de uma tríade, na verdade: *Alguns tipos de caráter encontrados na prática psicanalítica*. Até gostaria de saber se o Lima Barreto leu Freud, porque é impressionante como esse conto se alinha.

LG: Muito obrigada pela entrevista.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

SNIPERS: SUA (I)LEGALIDADE E A RESPONSABILIDADE DO GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO[1]

Leonardo Isaac Yarochewsky

Doutor e mestre em Ciências Penais pela UFMG. Membro do IBCCrim. Advogado.

leonardo@yarochewsky.com.br

Recebido em: 10.05.2019
Aprovado em: 15.05.2019
Última versão do(a) autor(a): 02.06.2019

1. VIOLÊNCIA POLICIAL

As Polícias Militares brasileiras têm sua origem nas Forças Policiais, que foram criadas quando o Brasil era Império. A corporação mais antiga é a do Rio de Janeiro, a "*Guarda Real de Polícia*", criada em 13 de maio de 1809 por Dom João VI, Rei de Portugal, que na época tinha transferido sua corte de Lisboa para o Rio, por causa das guerras na Europa, lideradas por Napoleão. Esse decreto assinalou o nascimento da primeira Polícia Militar no Brasil, a do Estado da Guanabara.

A violência policial no Brasil tem raízes históricas. Quando a família real chegou ao Rio de Janeiro encontrou, segundo historiadores, uma "*população hostil e perigosa*" e muitos africanos. Com o temor de que se repetisse no Brasil a mesma revolta de escravos ocorrida no Haiti em 1792, a realeza de Portugal logo formou uma força policial para controlar as chamadas "*classes perigosas*" que viviam no Rio. Constata-se assim que a função original e prioritária da polícia era defender a elite dirigente (realeza e seus aliados) contra as "*pessoas perigosas e de cor*" e, também, de recapturar escravos fugidos. Talvez aí resida a explicação para que até hoje, duzentos anos após sua criação, a polícia continue agindo preconceituosamente e para que defenda prioritariamente os interesses das classes dominantes.

Não se pode negar que a repressão violenta ao crime, ou melhor, ao criminalizado, sempre foi uma "*delegação tácita conferida à polícia por parte dos grupos dominantes*"[2]. É inegável, também, que o Direito Penal tem por alvo, preferencialmente, o crime comum (furto, roubo, "tráfico" e uso de drogas) – "*crime de rua*" – praticado por aqueles que são criminalizados, ou seja, os pobres, negros e excluídos da sociedade.

Em pesquisa realizada no ano de 2011, a Anistia Internacional constatou que, nos vinte países que ainda mantêm a pena de morte, em todo o mundo, foram executadas 676 pessoas, sem contar as execuções ocorridas na China, que não fornece dados. No mesmo período, informa Orlando Zaccone[3], somente os estados do Rio de Janeiro e São Paulo produziram 961 mortes a partir de ações policiais, totalizando um número 42,16% maior do que de vítimas da pena de morte em todos os países pesquisados. Em 2014, de acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, foram 3.022 casos, média de um homicídio a cada três horas. Número de vítimas que supera o dos atentados de 11 de

[1] Parecer emitido, na qualidade de Membro Consultor da Comissão de Defesa do Estado Democrático de Direito da Ordem dos Advogados do Brasil do Estado do Rio de Janeiro, a pedido de seu Presidente, Dr. Luís Guilherme Vieira, que foi aprovado por unanimidade na sessão do dia 24.04.2019, para encaminhamento ao Presidente da OAB/RJ, Dr. Luciano Bandeira, que o submeterá ao Conselho Seccional.

[2] SILVA, 2014.

[3] ZACCONE, 2015.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

setembro nos EUA, em que 2.977 pessoas morreram. O número de mortes provocadas pela polícia em 2014 é 37,2% maior que o registrado em 2013. Em 2017, o Brasil teve 5.012 mortes cometidas por policiais na ativa, um aumento de 19% em relação a 2014.

A letalidade policial mais do que dobrou nos últimos cinco anos no Rio. Em 2013, a cada dois policiais brasileiros assassinados, outras 11 pessoas eram mortas pela polícia. Já em 2017, para cada dois policiais militares ou civis executados, outras 28 pessoas eram mortas por eles[4].

De janeiro a novembro de 2018, policiais mataram 1.444 pessoas no estado do Rio de Janeiro, de acordo com o Instituto de Segurança Pública. Isso significa que o Rio de Janeiro fechou o ano de 2018 com o maior número de homicídios cometidos pela polícia desde que o Estado começou a registrar esse dado em 1998. O recorde anterior foi de 1.330 pessoas mortas pela polícia em 2007[5].

Necessário destacar, como faz com toda propriedade Orlando Zaccone, que "*a polícia mata, mas não mata sozinha*"[6]. Na verdade, quem mata é o sistema penal. O sistema mata os pobres, os negros, os favelados, analfabetos, enfim, os vulneráveis. Quando não mata, encarcera. Conforme salientou o desembargador Sérgio Verani, na obra *Assassinatos em nome da lei*, "o aparelho repressivo-policial e o aparelho ideológico-jurídico integram-se harmoniosamente. A ação violenta e criminosa do policial encontra legitimação por meio do discurso do Delegado, por meio do discurso do Promotor, por meio do discurso do Juiz"[7].

A sociedade não confia na polícia – como também não confia no judiciário – e, na medida em que a polícia perde a credibilidade,

> é sentida e sente-se estrangeira aos olhos de sua comunidade, passa a se ver ameaçada diante de qualquer questionamento social e, ao mesmo tempo, é percebida como uma ameaça. A perda de credibilidade policial corresponde, tacitamente, a uma fragilização do consentimento social, uma perda de legitimidade no exercício do mandato policial. Uma polícia desautorizada se vê premida ao exercício de uma conduta pautada unicamente pela lei, arriscando-se a impor uma visão intolerante, ilegítima de ordem[8].

Indispensável dizer, também, que policiais são assassinados. Segundo levantamento feito pelo jornal Folha de S. Paulo, no ano de 2012, um policial foi vítima de homicídio a cada 32 horas, resultando em um total de 229 policiais. Em 2014, 114 policiais foram mortos no Rio de Janeiro.

Os policiais, de algum modo, acabam se tornando vítimas – vítimas de uma classe dominante –, de um sistema inumano e cruel, de um mundo igualmente perverso. Nesse mundo, "*mocinhos*" e "*bandidos*" se confundem. Mundo e sociedade que, cada dia mais, privilegiam o ter ao invés do ser, que o homem vale pelo que tem e não pelo que é. Como bem disse Eduardo Galeano,

---

4 Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/letalidade-policial-no-brasil-mais-que-dobra-em-cinco-anos-rio-tem-recorde-de-mortes-de-agentes-civis-23598437 Acesso em: 15 abr. 2019,

5 Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/news/2018/12/19/325455 Acesso em: 10 abr. 2019.

6 Op. cit.

7 VERANI, 1996, *apud* ZACCONE, op. cit.

8 MUNIZ; PROENÇA JÚNIOR, 2014.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> A publicidade manda consumir e a economia proíbe. As ordens de consumo obrigatórias para todos, mas impossíveis para a maioria, são convites ao delito. Sobre as contradições de nosso tempo, as páginas policiais dos jornais ensinam mais do que as páginas de informação política e econômica[9].

"A missão da polícia é proteger as pessoas, inclusive aquelas que moram em comunidades carentes", disse Daniel Wilkinson, da *Human Rights Watch*. "O uso excessivo da força coloca todos em risco".

2. SNIPERS

Um *sniper* ("atirador especial", "atirador de elite" ou "franco-atirador") geralmente é um policial militar ou membro das Forças Armadas especializado em tiros de longa distância e de "precisão".

O *sniper* policial é o profissional de segurança pública especializado no tiro de alta precisão, e pode pertencer aos grupos táticos das polícias militares das Unidades Federativas ou de corporações civis, como a Polícia Federal e Civil.

O governador do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, diz que os atiradores de elite da polícia – os chamados *snipers* – já estão sendo usados pela polícia para matar traficantes nas **favelas**. Segundo Witzel, "só não há divulgação". Para o governador do Rio "O protocolo é claro: se alguém está com fuzil, tem que ser neutralizado de forma letal"[10].

Fatos recentes ocorridos no Estado do Rio de Janeiro não deixam dúvidas de que os *snipers* já estão atuando e matando – injustificadamente – "bandidos" ou "homens de bem", não importa. Certo é que as principais vítimas são os mais vulneráveis e, portanto, aqueles que são selecionados pelo perverso sistema penal.

> O Ministério Público e a Polícia Civil colheram um indício que reforça o relato de moradores de Manguinhos, na Zona Norte do Rio, sobre disparos feitos por *snipers* do alto da torre da Cidade da Polícia em direção à favela. O exame cadavérico de Rômulo Oliveira da Silva, de 37 anos – uma das vítimas fatais dos tiros feitos do alto da construção, segundo testemunhas e parentes –, mostra que o tiro que o atingiu veio de cima.
>
> O laudo da autópsia, obtido com exclusividade pelo EXTRA, revela que o disparo entrou no corpo da vítima pelo peito e saiu pela "região lombar esquerda", ou seja, pela base da coluna. Segundo o documento, a causa da morte foi "ferimento do coração". O tiro, segundo o texto do perito Ronaldo Martins Junior, do Instituto Médico Legal (IML), percorreu a barriga de Rômulo e causou ferimentos no fígado, nas alças intestinais e no estômago.[11]

Destaca-se que a atuação dos atiradores de elite se dá nas periferias e nas **favelas**, quase sempre contra os vulnerabilizados. A pesquisadora e criminóloga Vera Malaguti Batista[12] observa que não é de agora que a **favela** aparece nos editoriais como "locus do mal e dissolutora de fronteiras":

---

[9] GALEANO, 2015.

[10] Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/snipers-ja-estao-sendo-utilizados-so-nao-ha-divulgacao-diz-witzel-sobre-acao-da-policia-23563496 Acesso em: 22 abr. 2019.

[11] Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/snipers-em-manguinhos-laudo-revela-que-disparo-que-matou-porteiro-veio-de-cima-23599597.html Acesso em: 15 abr. 2019.

[12] BATISTA, Vera Malaguti, 2003.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> O crime organizado extravasa seu campo de atuação e a partir dali invade todos os bairros da cidade (JORNAL DO BRASIL, 1993).
>
> As elites, a classe média, os políticos ainda não acordaram para a terrível banalização da violência, na ilusão de que ela continuará restrita aos morros – (JORNAL DO BRASIL, 1993).

Mais adiante, Vera Malaguti Batista destaca no editorial *Subindo o morro* (JORNAL DO BRASIL, 1992) os seguintes trechos: "os cidadãos contribuintes são os cativos dos caos", "manter a sociedade sob o signo da lei e da ordem"; e, no editorial *Favela em foco*: "impera nos morros uma anarquia desafiadora da ordem pública".

Nessa perversa lógica de que o "bandido" – o *inimigo* – vive ou se esconde nas **favelas**, o governador do Estado afirma, irresponsavelmente, que os *snipers* "já estão sendo usados pela polícia para matar traficantes nas **favelas**".

2.1 SNIPERS *E LEGÍTIMA DEFESA*

O *sniper*, como qualquer policial ou pessoa, pode agir em legítima defesa ou mesmo, dependendo da hipótese, em estrito cumprimento do dever legal. Contudo, necessário deixar assentado que o policial, principalmente o chamado *sniper,* diferentemente do cidadão sem qualificação específica, deva proceder ainda mais cautelosamente, já que exerce uma função pública que reside na própria defesa e proteção dos cidadãos.

A legítima defesa, segundo Juarez Tavares, é ato individual, "destinado a possibilitar à pessoa humana a defesa de bens jurídicos próprios ou de terceiros, que estejam sofrendo ou na iminência de sofrer uma lesão"[13].

Portanto, não há dúvida, de acordo com Juarez Tavares, de que "os agentes do Estado, assim como qualquer pessoa, podem ser vítimas de agressão e podem se defender legitimamente"[14]. O fato, como já dito, de exercerem função públicanão os impede de agirem em legítima defesa ou amparados por qualquer outra excludente de ilicitude ou de culpabilidade, desde que estejam presentes os requisitos legais.

É certo que os agentes policiais (Polícia Federal, polícias civis e polícias militares), de acordo com o artigo 144 da Constituição da República, estão incumbidos da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Assim, conforme observa Juarez Tavares, "pode-se dizer que os agentes, quando executem atos de ofício no sentido de proteção da ordem pública, das pessoas e do patrimônio, estariam cumprindo um dever legal". Necessário destacar que a proteção das pessoas, por força do postulado constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana, deve sempre prevalecer.

2.2 SNIPER *E ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL*

Quem age em estrito cumprimento de um dever legal cumpre exatamente o determinado pelo ordenamento jurídico; assim, não pratica uma conduta ilícita (*juris, executio non habet injuriam*).

Dever legal é aquele proveniente de disposição jurídica-normativa (lei, decreto, portaria etc.).

---

[13] TAVARES, 2018, p. 344.

[14] Idem, ibidem.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Para Luís Augusto Sanzo Brodt,

> A atuação em estrito cumprimento do dever legal pressupõe que se persiga a realização do interesse público relevante que fundamenta a existência da norma preceptiva. Porém, para a execução de tal escopo, o encarregado de cumprir a determinação legal somente poderá valer-se de meios permitidos pela ordem jurídica e de modo que se lese o menos possível o interesse dos particulares. Em especial, deve-se atentar à necessidade de não violar os direitos fundamentais, a não ser na medida expressamente permitida pela Constituição Federal[15].

É certo que no ordenamento jurídico brasileiro a pena de morte é vedada pela Constituição da República. Assim sendo, o policial (*sniper* ou não), não tem autorização ou licença para matar, salvo se age em legítima defesa ou amparado por outra excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

O cumprimento do dever legal, como bem salienta Sanzo Brodt, é

> essencialmente, a qualidade do fato que se adequa ao dever imposto em lei. Em outras palavras, o agente se limita a realizar aquilo que em função da lei lhe era exigível em determinado momento e numa situação concreta, de tal modo que sua conduta se restrinja a concretizar o comendo abstrato da norma preceptiva[16].

Nesse diapasão, qualquer ordem proferida pelo governador do Estado para que "bandidos", ainda que armados, sejam executados ou "abatidos", sem que haja uma agressão injusta, atual ou iminente (requisitos da legítima defesa), deverá ser considerada uma ordem manifestamente ilegal. Lembrando que aquele que cumpre ordem manifestamente ilegal, ainda que em obediência, será responsabilizado.

Raúl Zaffaroni, Nilo Batista *et al* observam que

> no Estado de direito o problema do funcionário executor de uma ordem vinculante cuja execução realiza um tipo legal de delito estaria praticamente confinado ao direito penal militar da guerra. 'Ninguém' – e aí cabe compreender, na primeira fila, os funcionários públicos – 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' (art. 5º, inc. II CR).

No Estado de direito, prosseguem os autores, "a legalidade é condição prévia de obediência..." Mais adiante, salientam que mesmo o executor de uma ordem vinculante pode ser responsabilizado: "1º) desde que a ordem tenha por objeto a prática de ato manifestamente criminoso (...), ou 2º) quando a lesão antijurídica provenha de excesso nos atos ou na forma de execução..."[17].

Assim, não há, em hipótese alguma, como se cogitar da possibilidade de os chamados *snipers* estarem, nos casos em comento e de execução sumária, amparados pela excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal.

[15] BRODT, 2005, p. 56.
[16] Idem, ibidem, p. 145.
[17] ZAFFARONI, 2017, p. 127.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

3. RESPONSABILIDADE DO GOVERNADOR DE ESTADO

O atual governador do Estado do Rio de Janeiro Wilson Witzel (PSC), desde sua campanha, vem defendendo o uso de *snipers* para executar, segundo ele, "bandidos". O que poderia ser considerado apenas uma verborragia de campanha ou mais um arroubo populista, ganhou forma de **ordem** a partir do momento em que Witzel assumiu o governo do Estado do Rio.

Não é despiciendo lembrar que o governador do Estado, enquanto chefe do Poder Executivo, é também o chefe das polícias (civil e militar) do Estado. Em conformidade com o art. 144, § 6º, da Constituição da República, o comando das forças policiais estaduais (militares e civis) é atribuição do chefe do Poder Executivo, ou seja, os governadores de Estado. Compete ao governador do Estado nomear as autoridades de direção dos órgãos de segurança pública, as quais conduzem a gestão e políticas das respectivas corporações.

A ordem do governador Wilson Witzel para que policiais matem quem estiver portando fuzil – independentemente de se ele estiver atacando os agentes de segurança ou terceiros – é inconstitucional e pode fazer com que o chefe do Executivo do Estado do Rio de Janeiro seja responsabilizado pelas mortes que ocorrerem em decorrência da sua ordem.

Necessário deixar assentado, como já afirmado, que a ordem dada para que o policial (*sniper* ou não) execute qualquer pessoa – para além de uma situação de enfrentamento em que a vida de terceiros ou do próprio policial estejam em real perigo – é uma ordem manifestamente ilegal e inconstitucional. Assim, o policial somente poderá agir em legítima defesa própria ou de terceiros diante de uma agressão injusta, atual ou iminente (art. 25 do CP), utilizando-se dos meios necessários e de forma moderada para repelir essa agressão.

Dentro do complexo tema do concurso de agentes (autoria e participação), destaca-se, no que diz respeito à responsabilidade criminal do governador do Estado, em uma análise sucinta e aquém da complexidade da matéria, a responsabilização do autor da ordem manifestamente ilegal, no caso em comento, como participação por instigação.

Nilo Batista, percorrendo a doutrina nacional e estrangeira, salienta que

> Instigação é a dolosa colaboração de ordem espiritual objetivando o cometimento de crime doloso. Carrara buscou sistematizar as formas que pode tomar a instigação, e falava do mandato, da coação, do comando, do conselho e da sociedade; entre nós, Aníbal Bruno falava do mandato, comando, conselho e ameaça. Na verdade, como diz Wessels, "é indiferente como o instigador alcança seu objetivo. Meios de instigação podem ser todas as possibilidades de influência volitiva: persuasão, dádivas, promessa de recompensa, provocação de um erro de motivo, abuso de uma relação de subordinação, ameaça etc." O chamado princípio da irredutibilidade se opõe a uma configuração exaustiva desses meios. De qualquer forma, só se concebe a instigação dolosa: deve o partícipe ter a "intenção de instigar" a que se referia Beling[18].

Beatriz Vargas Ramos, que também se dedicou ao estudo do "concurso de pessoas", observa que uma das formas de participação é a ordem. Segundo a autora "a ordem é também participação na forma de determinação, mas não uma determinação qualquer, senão a imposta por alguém no abuso da autoridade que exerce sobre outrem"[19].

[18] BATISTA, Nilo2005, p. 181-182.

[19] RAMOS, 1996, p. 77.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Note-se ainda que o Código Penal brasileiro (art. 62, inc. III) prevê o agravamento da pena no caso do agente que: "instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade (...)".

Juarez Cirino dos Santos esclarece que "o instigador provoca a decisão do fato mediante influência psíquica sobre o autor, mas não tem controle sobre a realização do fato, reservado exclusivamente ao autor"[20]. Vários são os meios de influência do instigador no psiquismo do autor: persuasão, pedidos, presentes, recompensas, pagamentos etc. E, evidentemente, como já dito, a ordem.

Desse modo, resta evidenciado que as ordens dadas pelo governado do Estado do Rio para que *snipers* executem (abatam) "bandidos" se enquadram na participação por instigação, conforme a doutrina. O governador age com abuso da autoridade que exerce, notadamente, como chefe supremo das polícias (civil e militar) do Estado.

4. CONCLUSÃO

Por mais que a violência faça inúmeras vitimas e que o medo passe a habitar na sociedade, não se pode permitir ou conferir ao Estado o direito de matar, conforme Juarez Tavares, "ainda que em estado de necessidade, sendo inválido o argumento de que o faz para salvar maior número de vidas do que as que irão ser sacrificadas". Assim, prossegue o autor, "não há estado de necessidade na ação de derrubar avião tomado por terroristas, sob o argumento do perigo de que possa ser lançado contra uma cidade e produzir, com isso, um número enorme de vítimas". Em casos da lei do abate, afirma Tavares, o princípio da dignidade da pessoa humana é violado porque que a lei se transforma em simples objeto da política do Estado[21].

Como já foi dito alhures, estamos diante de uma guerra. Não uma guerra entre Estados, mas "a guerra do Estado contra seus próprios cidadãos". O inimigo não é mais outro Estado, mas membros da própria sociedade. Contudo, nessa guerra, como bem observou Vera Malaguti Batista[22], a Convenção de Genebra[23] é ignorada, a Cruz Vermelha não se faz presente, inocentes morrem, casas são invadidas, a população é aterrorizada etc.

Não há como negar que a repressão violenta ao crime, ou melhor, ao criminalizado, sempre foi uma "delegação tácita conferida à polícia por parte dos grupos dominantes"[24]. É inegável também que o Direito Penal tem por alvo, preferencialmente, o crime comum (furto, roubo, "tráfico" e uso de drogas) – "crime de rua" – praticado por aqueles que são criminalizados, ou seja, os pobres, negros e excluídos da sociedade.

---

[20] SANTOS, 2014, p. 364.

[21] TAVARES, op. cit., p. 327-328.

[22] Em palestra no 24º Seminário Internacional de Ciências Criminais do IBCCRIM (agosto de 2018).

[23] Convenção de Genebra é o nome que se dá a vários tratados internacionais assinados entre 1864 e 1949 para reduzir os efeitos das guerras sobre a população civil, além de oferecer uma proteção para militares capturados ou feridos. A história desses tratados está associada ao suíço Henri Dunant, fundador da Cruz Vermelha. Dunant tomou a iniciativa de organizar esse tipo de acordo em uma convenção na cidade de Genebra, na Suíça, em 1864, que contou com a presença das principais potências europeias. Após o primeiro encontro, várias outras convenções foram realizadas para ampliar e detalhar uma espécie de regulamento para a participação em uma guerra. A cidade de Haia, na Holanda, foi sede de dois dos encontros seguintes (em 1899 e 1907;) e na Suíça mesmo foram assinadas outras três convenções (em 1906, 1929 e 1949).

[24] SILVA, 2014.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Não se pode olvidar que o problema da criminalidade, no dizer de Hassemer e Muñoz Conde[25], é, pois, antes de tudo, um problema social e vem condicionado pelo modelo de sociedade. Seria ilusório, portanto, analisar a criminalidade a partir de um ponto de vista natural, ontológico ou puramente abstrato, desconectado da realidade social em que a mesma surge.

Numa sociedade de classes, destaca Nilo Batista,

> a política criminal não pode reduzir-se a uma "política penal", limitada ao âmbito da função punitiva do estado, nem a uma "política de substitutivos penais", vagamente reformista e humanitária, mas deve estruturar-se como política de transformação social e institucional, para a construção da igualdade, da democracia e de modos de vida comunitária e civil mais humanos[26].

Por tudo, o governador do Estado do Rio, ao ordenar – ainda que por meio de palavras – que atiradores de elite (*snipers*) executem pessoas, está instigando (determinando) por uma ordem ilegal a prática de crime por parte do autor. Assim, a execução, nos moldes defendidos pelo governador Wilson Witzel, além de criminosa, é incompatível com o Estado democrático de direito.

Sendo assim e por todo o exposto, independentemente da responsabilização política e civil, deve o governador do Estado do Rio de Janeiro Wilson Witzel ser responsabilizado criminalmente pelos crimes que decorrerem de sua ordem direta e de sua determinação dolosa para que agentes policiais (*snipers*) executem pessoas.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 181-182.

_____. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera M. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento do dever legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 56.

GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar*: a escola do mundo ao avesso. Trad. Sérgio Faraco. Porto Alegre: L&PM editores, 2015

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminologia*. Valencia: Tirant lo Blanch Libros, 2001.

MUNIZ, Jacqueline; PROENÇA JÚNIOR, Domício. Mandato policial. *In*: LIMA, Renato S. de ; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo G. de (org.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas*: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 77.

[25] HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 2001.

[26] BATISTA, Nilo, 1990.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Curitiba-PR: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 364

SILVA, Luiz Antônio M. da. Violência e ordem social. *In*: LIMA, Renato S. de ; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo G. de (org.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 344.

VERANI, Sérgio. *Assassinatos em nome da lei*. Rio de Janeiro: Aldebarã, 1996.

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.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. v. 2. t. 2. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 127.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

ISIS BRIDES: THE SCANDAL OF THE UK'S NATIONALITY LAWS AND JUSTICE DENIAL IN SHAMIMA BEGUM CASE[1]

NOIVAS DO EI: O ESCÂNDALO DAS LEIS BRITÂNICAS DE NACIONALIDADE E NEGAÇÃO DE JUSTIÇA NO CASO DE SHAMIMA BEGUM

Sara Arafa

Lawyer (Member of the Egyptian Bar Association). LLM Islamic Legitimate Policy and Sharia, Alexandria University, Egypt. LLM Public International Law, University Leicester, United Kingdom.

saraarafa91@gmail.com

Recebido em: 13.05.2019
Aprovado em: 13.06.2019
Última versão do(a) autor(a): 01.07.2019

Abstract: The right to a nationality is a fundamental human right. Being 'stateless' not only breaches that right but renders a person vulnerable to other human right abuses. Without the protection of a state, a person almost does not exist. It is for that reason that international law forbids states from rendering individuals stateless. However, the rise of terrorism has made states more willing to flout this right, revoking nationality of citizens for reasons of national security and public good. This has escalated since the rise of ISIS. Moreover, it applies not just to the fighter but to the phenomenon of 'ISIS brides', young women and girls who go off to join the Islamic State in pursuit of self-proclaimed idealised concept of Islam. The British girl, Shamima Begum, is one such example. After running away at age 15, she asked to come back four years later but was refused and her nationality, revoked. This is despite the fact that she had no other legitimate citizenship and so is now stateless, stranded in a refugee camp, punished for an 'offence' committed as a child, and with no government to help her. Her child, a British citizen, has died. It is not just the humanity of the situation that demands attention but also the legality: how can UK immigration laws be legitimately allowed to deprive persons of their fundamental human right to nationality?

Keywords: Right to Nationality, Human Rights, ISIS Brides, Returnees, British Nationality.

Resumo: O direito a uma nacionalidade é um direito humano fundamental. Ser "apátrida" não apenas viola esse direito, mas torna uma pessoa vulnerável a outros abusos de direitos humanos. Sem a proteção de um Estado, uma pessoa praticamente não existe. É por essa razão que o direito internacional proíbe os Estados de tornarem os indivíduos apátridas. No entanto, a ascensão do terrorismo tornou os estados mais abertos a desrespeitarem esse direito, revogando a nacionalidade de cidadãos por razões de segurança nacional e interesse público. Isso tem aumentado desde a ascensão do Estado Islâmico. Ademais, isso se aplica não apenas ao agente, mas também ao fenômeno das "noivas do EI", meninas e jovens mulheres que se juntam ao Estado Islâmico em busca do autoproclamado conceito idealizado do Islã. A garota britânica Shamima Begum é um desses exemplos. Depois de fugir aos 15 anos, ela pediu

[1] The author's opinion does not represent the opinion of the organization she works for./ A opinião da autora não reflete a opinião da organização para a qual trabalha.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

para voltar quatro anos depois, mas foi recusada e a sua nacionalidade revogada. Isso ocorreu apesar do fato de ela não ter outra cidadania legítima e, por isso, agora ser apátrida e estar em um campo de refugiados, punida por um "crime" cometido quando criança e sem nenhum governo para ajudá-la. Seu filho, um cidadão britânico, faleceu. Não é apenas a humanidade da situação que demanda atenção, mas também a legalidade: como se pode legitimamente permitir que as leis britânicas de imigração privem as pessoas de seu direito humano fundamental à nacionalidade?

Palavras-chave: Direito à Nacionalidade; Direitos Humanos; Noivas do EI; Repatriados; Nacionalidade britânica.

Summary: Introduction; Nationality: a Right under International Law; The Rise of ISIS; ISIS Brides; Citizenship: a Right or a Privilege – the UK's Approach; Shamima Begum; Lack of Safeguards; Conclusion; References.

INTRODUCTION

In February 2019, UK Home Secretary Javid revoked the citizenship of Shamima Begum, a 19 year-old British citizen who had run off, at age 15, to become an 'ISIS bride'. Revoking her citizenship supposedly did not leave her stateless because it was reported that she was also a Bangladeshi citizen.[2] Later, it was revealed that she is not a citizen of Bangladesh, although she has the right to apply for its nationality. As such, a British girl – no more than a girl – has been 'punished' for a stupid act she committed as a child and now finds herself stateless, in a conflict zone, her baby (who was a British citizen) has died and she has no government to turn to.

The injustice is magnified when one learns that over 400 similar young women had been allowed to return to Britain.[3] Shamima's 'crime', therefore, was to have attracted media attention and to not appear repentant. As such, we have ended up with a trial by media, of an 'offence' of a minor, with a result that contradicts the basic tenets of International law.[4] This is not an isolated domestic incident either. Despite the phenomenon of returning ISIS foreign fighters and the issues of statelessness having received publicity, and scholarly review, very little attention has been paid to the more innocent 'bride' (at least according to the famous principle on the presumption of innocence) who finds herself in the same situation without having fired a bullet.

NATIONALITY: A RIGHT UNDER INTERNATIONAL LAW

"Everyone has the right to nationality. No one shall be arbitrarily deprived of his nationality".[5] The Universal Declaration of Human Rights confirms the right of every individual, in any part of the world, to be legally associated to a state. Nationality does not only grant a person their identity, culture and social affiliation, it also provides him/her with state protection and all civil, economic and political rights and privileges. Without nationality, a person is vulnerable, exposed, under the care of no country. De facto, nationality is an inalienable right of every person: nationality is simply "the right to have a right".[6]

---

2 iTV News, 19 February 2019.
3 Financial Times, 3rd March 2019.
4 FARNHAM, 3rd April 2019.
5 Universal Declaration of Human Rights, 1948, Article 15.
6 The Universal Declaration of Human Rights, 2005.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

International law has tackled this problem face on. There are two autonomous, yet complimentary, conventions: the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness, which addresses nationality and how to tackle the problem of statelessness, and the 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons which offers an alternative legal status to those stateless persons in addition to some rights, in an attempt to fill the protection gap created by the statelessness.[7] In addition, many other conventions confirm the right of each child to a nationality, (see Article 24, **the International Covenant on Civil and Political Rights**, signed in 1966 and effective as of 1976 **and the Convention on the Rights of the Child 1989 in Articles 7 and 8**) and outlaw and discrimination against women as regards rights to nationality (see **The Convention on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW) Article 9,** and **The Convention on the Nationality of Married Women 1957, Article 1**).

Despite these tools of international law that regulate the acquisition or denial of a citizenship, millions of people around the world still suffer the fact that they have no nationality and are, hence, 'stateless'. In practice, therefore, it is largely for each country to lay down its own rules. A country's constitution is basically the tool that sets the criteria to determine who shall acquire its citizenship. The state's right to confer its own citizenship, however, is restricted and tied to the right of other states to grant their nationality; in order to avoid impinging provisions on nationality between states.[8] States' nationality laws vary from one to another. According to the nationality laws in different countries, there are various methods of acquiring citizenship. One rule states that if someone is born in a state then he acquires its nationality by birth.

Another rule is that nationality can be inherited from one or both parents. According to international law, citizenship is essential in various international occasions, like the case of expelling a person from the territory of a certain state, or the state being obliged to receive that person is their state of nationality. Moreover, in extradition agreements, there are regulations that oblige states to hand their nationals to other states. The fact that national legislations are different, however, in addition to the weak enforcement of international law and the lack of binding practises, means that the citizenship issue is now facing many controversial problems. This includes the status of persons with dual and multiple nationalities and stateless persons.[9]

Statelessness is the most pressing of these problems: the international community needs to prioritize the concerns of stateless people, as statelessness directly facilitates targeting and subjecting people to massive human rights abuses. Observing groups like Shia Muslims in some Middle East countries, Rohingya in Myanmar and the Kuwaiti Bedoon, all people who are deprived of their right to acquire a nationality,[10] this should remind the international community that this, by itself, is a human rights violation. As a consequence of not having a nationality, a person is automatically prevented from having access to his basic political, economic and sometimes social life. Statelessness is simply a door to evil, no matter what the justification behind it.[11]

---

7 Convention on the Reduction of Statelessness, 1961, Annex 1; Convention Relating to the Status of Stateless Persons, 1954, Annex 2.

8 Encyclopaedia Britannica, 10th April 2018.

9 Law Teacher, 1st April 2019.

10 Ibid.

11 Shia Rights Watch, 6th November 2015.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

THE RISE OF ISIS

The recent problems of statelessness regarding actual and suspected terrorists has to be put in the context of the rise of ISIS. The Islamic State (ISIS or Daesh) has grown from the roots of Al-Qaeda in Iraq, founded by Abu Musab Al Zarqawi in 2004.[12] It faded for a while during the embarkation of the US troops to Iraq in 2007, however, regathered again and took advantage of the instability in both Iraq and Syria in 2011.[13] In 2013, the group changed its name to the Islamic State of Iraq and Syria (ISIS). Later in June 2014, the ISIS Leader, Al Baghdadi, announced the extension of the Islamic State from Aleppo in Syria to Diyaala in Iraq. In 2015, ISIS expanded its network to more than eight other countries initiating a bloody wave of attacks in various countries.[14] It carried out attacks beyond its borders starting with Paris, France following in Belgium, US, Germany, Saudi Arabia, Turkey, Yemen and Egypt, killing at least 624 innocent civilian and causing more than 500 injuries in total.[15] In 2017, Iraqi Prime Minster Haider al Abadi announced victory over ISIS in the Mosul battle and Baghdad declared the demise of ISIS. Afterwards, ISIS suffered a chain of grievous defeats in Syria as well by the Syrian Army backed up by the Russians and the Iranian Armies, and the Syrian Army took back Yarmouk, south of Damascus, and on the frontier with the Israeli-occupied Golan Heights.[16]

The problem of the rise of ISIS and in particular the foreign fighter phenomenon is that, in 2016, the number of people who travelled to Syria and Iraq to join ISIS and other extremist violent groups reached an estimation of between 27,000 and 31,000 persons.[17] Those numbers also include women and children who do not participate directly in the conflict, but represent the families of the foreign fighters and the population needed to form the Islamic Caliphate desired by ISIS Leader.

Furthermore, the foreign fighters joining ISIS comes from at least 86 states. More than 6000 people are from Europe, with the majority coming from Belgium, Germany, UK and France.[18] The UK reported that, up till 2017, at least 760 jihadists had travelled to fight with ISIS in Iraq and Syria. More globally, the countries with the highest number of exported fighters are Tunisia, Saudi Arabia and Russia.[19] The issue is, therefore, a global one.

ISIS BRIDES

It is not just the fighters who attract attention. Indeed, their situation is, in many ways, easier. Rather, in the last few years, the western media has been fascinated by the phenomena of so-called 'ISIS brides' or 'Jihadi brides'. The media picture is of a young girl, seduced to run off to join the Islamic Caliphate, and marry her Islamic freedom fighter or, more metaphorically, to marry her faith.

---

12 WARRICK, 2015, p.32.

13 The Washington Institute for Near East Policy, 2015.

14 CENTRE, 30th April 2019.

15 Homeland Security, 2015; The Straits Times, 17th February 2019.

16 LISTER, COCKBURN, October 2015.

17 KIRK, 24th March 2016.

18 Ibid.

19 Ibid.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Although numbers are difficult to assess, one study totals there being 150 British girls and young women in total who could legitimately be titled 'ISIS Brides'.[20] A Washington report states that in 2015, 550 young Western women left their homes to go to Iraq and Syria and join ISIS.[21] An ICCT 2016, report concerning 11 EU member states put the number at over 1,000.[22] The question is: what could make young 'privileged' European women give up their lives, flee to conflict zones in Iraq or Syria, and marry ISIS fighters and bear their children?

The prevalent stories about 'ISIS Brides' joining the Islamic State in Iraq or Syria are mostly based on stories of innocent young girls in search of love and adventure. However, this understanding of their motivations is overly simplistic.[23] Some of these women had already decided to join their foreign fighter husbands and the marriage simply facilitates these women's presence in ISIS territories. But there also is a significant percentage of women who decide to travel without having a partner or a husband. Again, the media often focus simply on the fact that they are promised to get married to a male fighter after their arrival. This underestimates the commitment to the cause and portrays the women as biddable, 'little women', playing a subservient role behind the scenes. Indeed, as Jacobs argues, it is sexist and "inherently dismissive" as it "misconstrues and over-simplifies women's attraction to the group as stemming not from an idea or opportunity, but from an attachment to a person or relationship".[24] One of the most compelling reasons behind men and women travelling to join ISIS is that they are ensnared by the idea of having a pure political and religious Islamic society, the ideal world as they believe. In this way, women are just committed to the cause, and indeed they are violent in defending that cause. That said, it must be remembered that these are young people, looking to escape parental constraints and in search of adventure. The Institute for Strategic Dialogue conducted a report named "Becoming Mulan" which found that the western women who travel to join ISIS, actually, have almost the same reasons for travelling as men. The report accentuates the prominent reasons mentioned by women who had join ISIS as: a) They believe that Islam is threatened; b) They wanted to participate in building the great Islamic Caliphate; and c) They are convinced they have a duty to join the Islamic State and establish a population.[25] Furthermore, violence is not an anathema to women. Islamic history has a list of strong women who have featured as warriors, like Nusayba bint Kaab Al-Ansariya who participated in the battle of Uhud in 625 where she shielded the prophet during the battle. Another example is Khawla bint Al Azwaar and her active role, in addition to her fighting skills against the Byzantines during the battle of Yarmuk in 636.[26] As such, Moaveni[27] highlights that the press 'infantilise' the women. On the one hand, this is hardly a criticism, seeing as many are indeed children. But there is, she claims, a refusal to accept that these women have legitimate political grievances, based on the "historical and near-universal aversion across so many societies to viewing young women as capable of dreadful violence, and the incentives for powerful governments and militaries to downplay or amplify the nature of female militancy and its implications".

---

20 MOAVENI, 29th February 2019.
21 JACOBS, 26th September 2017.
22 International Centre for Counter-Terrorism, April 2016.
23 MILTON, DODWELL, 2018, 11 CTCS.
24 Ibid 20.
25 ALY, 3rd March 2015.
26 Ibid.
27 Ibid 14.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

The ISIS brides' phenomenon is, therefore, staggering, especially from a western perspective; why would a girl living in Europe and enjoying equality and rights leave for ISIS territory and risk the possibility of oppression and sexual servitude? The answer to these thoughts is that, on the one hand, ISIS recruiters are experts in manipulating those target groups emotions and ambitions, selling euphoria of Muslim love stories, based on how unique the experience is, in addition to the value of strengthening Islam through supporting its Caliphate.[28] On the other hand, teenagers are, by nature, committed, zealous and idealistic: it is not right to trivialise their convictions simply because they are young.

What is truly sad about this phenomenon is how illusion is one of its main components; reality does not meet expectations. Those who joined the caliphate, made their decision based on the stories they were told, the propaganda that worked on distorting the western perspective on ISIS and in certain cases the passion and imprudent independency of youth. This is not to downplay or trivialise the young women's religious and political convictions; it simply recognises that idealism is the nature of youth and often doomed to disappointment.

CITIZENSHIP: A RIGHT OR A PRIVILEGE – THE UK'S APPROACH

It is in light of this, the nature of Shamima Begum's case should be viewed. The power of states to revoke nationality of a citizen who might threaten its own security is highly controversial. International law has granted states the right to draw its own lines with regards to its citizenship; however, international law also provides a ground for inclusion or exclusion based on various international tools.[29] With the rise of the recent terrorism groups, the broad international legal environment has resulted in different nationality revocation policies.[30] Many countries have created articles or acts that includes specific procedures that illuminate the power of the states to rescind its nationality. Other states have outlined certain articles or acts that limit the state's authority in the cases of citizenship revocation. Looking at the EU, there are clear examples of extra-constitutional policies that entitle revocation. Twenty-four European States have included specific laws that entitle them to revoke their citizenship if a person has committed certain activities that might affect the state directly or indirectly.[31] States believe that by revoking their citizenship they strengthen their counterterrorism responses, and that this will lead to less transnational terrorism attacks.[32] This was concluded from the number of western foreign fighters (including UK citizens) joining ISIS. It also, more worryingly, provides a sop to the media, a way to appease the public outcry, after terrorist atrocities. Although public opinion matters, and politicians understandably want re-election, the fear is that they need to be seen to be doing something concrete, and revoking nationality is one way they can do this.

The most worrying aspect of this is that recent steps taken by the UK with regards to the foreign fighters' cases show that the authority of the UK to revoke citizenship has widened dramatically. Above, it is understandable that with the supposed immigration crises, ISIS attacks and the number of British citizens joining ISIS, have created a significant pressure and a need to a powerful policy response.[33] However, the steps taken by the UK take security concerns too

[28] Ibid 18.
[29] HAILBRONNER, 2006.
[30] TRIMBACH, REIZ, 30th January 2018.
[31] Ibid.
[32] MACKLIN, 2015.
[33] Ibid.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

far and end up as undemocratic and anti-human rights measures. This applies in particular to non-native citizens. By these actions, the UK government is taking steps back from the protection that should be provided to a citizen of a liberal democratic country. Not to ignore the fact that these actions are with no doubts increasing the stateless population.

Whether historically or in contemporary law, the British legal instruments with regard to citizenship revocation are considered to be some of the most vigorous and punitive.[34] These legal instruments includes the British Nationality and Status Act of 1914, British Nationality Act 1981, Immigration and Asylum Act 1999, Nationality, Immigration and Asylum Act 2002, Immigration, Asylum and Nationality Act 2006, and the Counter-Terrorism and Security Act 2015. Most importantly, however, based on the rise of the phenomena of UK fighters joining ISIS and based on fear and media hype, Parliament has amended its nationality laws with the recent Immigration Act 2014,[35] and Counter-Terrorism and Security in Act 2015.[36]

The initial starting point does not seem controversial. The 1981 British Nationality Act in section 40(2) stipulated that: "The Secretary of State may by order deprive a person of a citizenship status if the Secretary of State is satisfied that deprivation is conducive to the public good".[37] However, this is on condition that it does not make that person stateless, as seen in s.40 (4).

In 2002, the British Nationality Act was amended with the Nationality, Immigration and Asylum Act expanding its revocation clause by the following article "The secretary of State may by order deprive a person of a citizenship status if the secretary of State id satisfied that the person has done anything seriously prejudicial to the vital interest of a) the United Kingdom, or b) a British overseas territory."[38] The UK is state party to most of the international treaties on statelessness, including both 1954 and 1961 conventions, the UK is also party to the 1997 European Convention on Statelessness. However, the UK is not state party in two of the most vital regional instrument, like the European Convention on Nationality and the Convention on the Avoidance of Statelessness in Relation to State Succession.[39] Despite the fact that UK has ratified the 1954 and 1961 conventions, but by looking up the definition of stateless person in the Immigration Rules, it becomes clear that the exclusion criteria are further away from the ones in the 1954 Convention.[40]

In 2005, the UK changed its citizenship laws again, as result of London terrorist attacks and finding out about the involvement of dual nationality citizens who supported these attacks.[41] This change appeared plainly in the Immigration, Asylum and Nationality Act as it expanded the power of the Home Secretary in citizenship revocation. The vague and broad language of the text substituted section 40(2) of the British Nationality Act 1981 (deprivation of citizenship:

[34] LAVI, 2011, 61 UTLJ 783, 810.
[35] GIBNEY, 2013, 61 Political Studies 639, 655.
[36] JOPPKE, 2016, 20 Citizenship Studies 741,748.
[37] British Nationality Act, Article 40 (2).
[38] Nationality, Immigration and Asylum Act 2002.
[39] UNITED KINGDOM, Statelessness Index, March 2019.
[40] Ibid
[41] OLIVE, STURKE, 21 July 2005.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

prejudicing UK interests) with "(2) The Secretary of State may by order deprive a person of a citizenship status if the Secretary of State is satisfied that deprivation is conducive to the public good" because of actions that are seriously prejudicial.[42] This has widened the scope of actions that allows the revocation of citizenship.

A serious, subsequent problem is that there has since been a most explicit but rather underreported expansion of power. This is found in Section 66 of the 2014 Immigration Act. This does not only increase the power of the Home Secretary in revoking the nationality, but also it gives the ability to the Home Secretary to revoke the citizenship from a person with only one nationality.[43] The issue here is that it is not complicated anymore for the UK government to strip its citizenship from a national that "conducted him or herself a manner which is seriously prejudicial to the vital interest of the United Kingdom, any of the Islands, or any British overseas territory",[44] which is 'conducive to the public good'.

However, in theory, this should not be possible for single-nationality citizens. Yet the Act states that it only applies if the Secretary of State "has reasonable grounds for believing that the person is able, under the law of a country or territory outside the United Kingdom, to become a national of such a country or territory"[45]. This must surely be illegal: it says able 'to become' a national – not 'is' a national. Therefore, by definition, the person who is not a national of another country, but is able to be, will be stateless until they 'become' a national of the other country. Although this only applies to naturalised citizens, based on international law, as shown above, this is still illegal.

Furthermore, in the view of the Government, this does not infringe the two International Conventions that seek to avoid statelessness. In summary, this is because although the UK ratified the 1961 Convention, according to its terms, it was entitled to retain power under the already established domestic law to deprive a person of their nationality if the person had "conducted himself in a manner seriously prejudicial to the vital interests of the state"[46] as per the British Nationality Act 1948. Moreover, although the 1997 Convention categorically prohibits deprivation of nationality that results in statelessness (barring misrepresentation or fraud), this convention has never been ratified by the UK. This argument is rather tenuous, to say the least. Under customary international law, it was not allowable in 1948 to render someone stateless; this is now confirmed in treaty. Therefore, it seems a misuse of the old law to suggest that nationals can be made stateless because it predates the treaty. This interpretation cannot be accepted, as it contradicts the UK treaty obligations; the UK cannot commit to a treaty that aims to reduce statelessness and at the same time use a gap in this treaty to expand its power in revoking citizenship and cause more cases of statelessness.

It should be noted that the Immigration Act of 2014 has not only made life harder for immigrants' life, but has created a biased broad legal provision (almost politicalized) that serves the direction of the government towards expanding its power to citizenship revocation. This act has limited the cases of appeal of the Home Secretary's decision, the number decisions challenged falling from 17 to 4.[47] Also, 'harmful' persons facing deportation, cannot wait any more

[42] The Immigration, Asylum and Nationality Act (IANA) Section 56.
[43] BENNHOLD, 14th May 2014.
[44] Immigration Act 2014, section 66.
[45] ANDERSON, April 2016.
[46] Immigration, Asylum and Nationality Bill, 27 October 2005.
[47] ROONEY, 19th May 2014.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

for their appeals; they can be removed or their nationality revoked before their appeals. Consequently, judicial review will not act as efficient alternative as the claimants are no longer in the country.

In terms of practice, citizenship revocation is believed to be an effective tool to combat suspected terrorists; to give a strong direct message to the individuals involved in terrorist acts that they won't enjoy the state protection anymore. Prime Minister, May, has mentioned that deprivation from citizenship is an effective tool to combat terrorism.[48] May has ignored the fact that her statement is only true if section 66 is abused and only for naturalised citizens. However, to use depriving a person from his nationality as punishment tool is a distortion to the status of the individual within an organized democratic society.[49] Moreover, it creates more vulnerable cases for those who only had the UK citizenship; it directly leads them to statelessness. Though the government knows that power of the Home secretary to revoke someone's nationality is limited and will be monitored, the language of the act points out the fact that protection against statelessness is compromised when it comes to terrorism.[50]As such, both the Immigration Act and the Counter-Terrorism Security Act are considered to be very controversial with the international law concepts on statelessness. Tufyal Choudhury believes that these Acts undermine UK democracy.[51] The UK by passing this Act has decided to abandon its international obligation towards reducing statelessness. Furthermore, it has encouraged countries with less democratic regimes to follow its steps and revoke citizenships on less reasonable basis, like Saudi Arabia for example when it decided to revoke the nationality of Bin Laden's Son.[52] Saudi Arabia decide its deprivation order on the base of fighting terrorism and terrorists, which is even broader than the UK provisions.

SHAMIMA BEGUM

The recent situation in the UK with Shamima Begum has highlighted serious concerns and gaps that directly affect and increase the cases of statelessness. It only took the Home Secretary to consider Begum as not "Conducive to the Public Good" to revoke her nationality, ignoring that Shamima is national by birth and not a naturalised citizen.

Shamima was born in the UK to a Bangladeshi origin parents. She is a British national by birth. She was just 15 years old when she and another two other schoolgirls from Bethnal Green Academy decided to travel to Syria in 2015 to join ISIS.[53] The police at that time had suggested to the families of the girls that they would not face criminal charges if they returned to UK.[54] Begum married an ISIS fighter after her arrival in Syria; her husband was a Dutch national, and she gave birth to three children. Two have died and the third was born in February 2019 in a Syrian Refugee Camp. Shamima was found several years later in squalid conditions in a refugee camp. She asked to come home to her family after she gave birth to her third child. Due to the poor conditions in the Syrian Camp and the abject slowness the British government in deciding the fate of this baby, the baby has now died. During her interviews with the press, Begum claimed that she did not commit anything dangerous and that she was only a housewife during those four

[48] PARSONS, 2016.
[49] Ibid 38
[50] Ibid 29
[51] CHOUDHURY, 2017, 37 Critical Social Policy 229, 244.
[52] CBC, 2nd March 2019.
[53] SPENCER, 1st March 2019.
[54] Ibid

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

years.[55] However, the UK home secretary, Sajid Javid, refused her request before even knowing that her narrative was contradicted by lots of ISIS witness and he revoked Begum's British citizenship. He claimed that she had the right to Bangladeshi citizenship so this did not leave her stateless.

There are several extremely important human rights concerns here. Begum took the decision to join ISIS when she was just 15 years old, which means that she was a minor: the UK government decided to ignore this fact. Indeed, there are questions as to how the British passport authorities allowed a 15 year-old child to travel anyway. It is reported that she flew on a borrowed passport which highlights important failings in security of the very government who, supposedly, is so concerned about security.[56] But the government is following the revocation policy to cover its partial security failure.

Equally, when she requested to come back to the UK, she was not alone but had her child with her who was without doubt a UK citizen, since he was born to a UK citizen (Begum), before her nationality was revoked. As a result of the state's inaction, Shamima's baby has passed away due to the poor living conditions in the Syrian camp. This incident should grab the attention of the world to highlight the fragility of the protection offered by the government to the children affiliated to ISIS returnees, and how the broad language of the recent Acts might affect not only the citizen in concern, but also his/her children. Shamima Begum's parents would reportedly have welcomed the child to be flown back on its own but this was refused: if a country does not protect its innocent infants, it is difficult to have faith in its ability or willingness to safeguard the human rights of its adults, especially those suspected of terrorism. Significantly, as regards Shamima, the UK decided effectively to hand the issue to Bangladesh by claiming that Shamima was eligible to have the Bangladeshi citizenship. This was rebutted by the Bangladeshi Minister of Foreign Affairs when he stated clearly that "Begum is not a Bangladeshi citizen. She is British by birth and has never applied for dual nationality".[57]

Not only are there critical questions about human rights in Shamima's case but there are serious problems about statutory interpretation and application. In Pham v The Secretary of State for the Home Department, the Appeal Court decide to revoke the nationality on the basis that the deprivation may be conducive to the public good,[58] as under section 40(2) of the BNA 1981. However, the phrase 'conducive to the public good' is vague and arbitrary. In terms of exclusions and deportations, the Homes Secretary must use this power "consistently, proportionately and reasonably" while "having regard to the importance of upholding UK values"[59]. However, the very broad discretion in interpretation is a serious cause of concern.

Furthermore, the questions of statelessness is key. Minh Pham had been living in the UK since he was at the age of six, having fled Vietnam with his family when he was a tiny baby. He was deprived of his British citizenship in 2015 even though he was not recognized by the Vietnamese government as a national of Vietnam.

The problem is, however, that s.66 only applies to naturalised citizens. So the question is: how was it used to deprive Shamima of her nationality, given she is a British-born national? A person is either a national of another state or they

[55] Ibid
[56] BBC News, 20th February 2019.
[57] TOBIN, 21st February 2019.
[58] United Kingdom Supreme Court, 25 March 2015.
[59] State Watch, 2005.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

are not. Being theoretically 'able' to be a national of another state is not the same Indeed, Bangladesh has stated categorically that Shamima is not a national and any application would not be accepted. Indeed, they have gone further and said that if she entered the country she would likely be tried, found guilty of terrorism and sentenced to the death penalty.[60] As such, it is clear that Shamima was not a citizen of Bangladesh when her nationality was revoked, as required in *Al Jedda v Secretary of State for the Home Department*[61] and thus was made stateless. Furthermore, the caveat in the 2014 Act allowing for 'reasonable belief' that the person is entitled to become a national does not apply as this is only for naturalised citizens. In which case, how was Shamima deprived of her citizenship? Although the Home Secretary has not answered directly, the answer may lie in the recent case of *E3 and N3 (Exclusion: Preliminary Issue),*[62] where the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) recently considered the relevant provisions of Bangladeshi nationality law and held that two British ISIS operatives who were born to Bangladeshi parents automatically held Bangladeshi nationality until the age of 21, after which age their citizenship lapsed. As Shamima's parents have Bangladeshi nationality, this suggests that, according to the Home Office's interpretation, Shamima is also an automatic national of Bangladesh until the age of 21. This obviously directly contradicts the Bangladeshi Foreign Minister. Moreover, rather than looking after younger people, it makes them even more vulnerable: effectively, if Shamima had been age 22, this could not have happened, but because she was only 15 she is now stateless.

This means that Shamima, right now, at this moment is stateless, since she was not a Bangladeshi citizen at the time when the UK revoked her nationality and has little chance of remedying this as Bangladesh have refused to consider granting her nationality, even if she wanted it. Hence, revoking Shamima's nationality is illegal under both international law and the UK domestic law.

The fact that Shamima's age when she joined ISIS was ignored is also worrying; the government did not take any efficient action to safeguard her, by the contrary, she was even able to leave the UK using her sister's passport without being noticed. This is an epic security failure that the government should be questioned about, instead of putting all the blame on Begum. It is obvious that being a member of terrorist group is a serious crime, since it is considered as a direct support for terrorism even if she was only a house wife .However, Begum should be prosecuted for her crime in the UK. Indeed, even if claims that she was an active terrorist are proven, the result is the same.

Furthermore, Shamima has lost her child because of the carelessness of the government to take back her child, even though the baby was a British citizen. Moreover, Ed Davey, the spokesperson of the Liberal Democrats' home affairs, stated that:

> It is not only hard to see Ms Begum and her baby as constituting a serious threat to national security, but it also seems a huge wasted opportunity. We can learn lessons as to why a young girl went to Syria in the first place; lessons which could improve Britain's security by helping us prevent this happening again.[63]

This is reformative approach is the approach expected from the democratic government that respects its international obligation, not to trade the reduction of statelessness for political gains.

[60] BUSBY, 4th May 2019.

[61] Secretary of State for the Home Department v Al-Jedda, 2013, UKSC 62.

[62] 2018, UKSIAC SC_146_2017.

[63] RAWLINSON, DODD, 19th February 2019.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

LACK OF SAFEGUARDS

Another major issue that must be highlighted is the lack of a review body to review these deprivations decisions or even a body that can grant a balanced procedures. The deprivation orders can be done without a prior judicial approval and the only channel for people to defend their case is the legal appeal, which shows clearly that there is no balance in the whole process.[64] There is no official scrutiny for these deprivation orders, nor periodic review on the publishing these orders.[65] This action should require convincing a jury with the guilt of a person instead of just giving the case to judge who decides based on a balance of probabilities.[66] And there are serious practical concerns: Shamima is trying to appeal the decision but as she is not allowed back into the country, her ability to do so from a refugee camp is sorely restricted. Over 120 people have had their citizenship stripped in the UK in the past two years, with no proper monitoring mechanism. In all but two known cases, the orders have been issued while the individual is overseas, leaving them stranded abroad during legal appeals that can take years.[67] This shows the political insistence on aligning the UK laws with the international standards through reverting the protection against statelessness in the 2002 act.[68]

There is also the problem of trial by media. In the case of Shamima Begum, the media almost directed the public opinion exactly towards the government direction. Shamima has said that she regrets speaking to media.[69] Shamima's purpose of speaking to the media was basically to reach her family, instead, the UK media has used her as an example. Begum has been prosecuted by the media before, effectively forcing the Home Secretary's decision. Allison Pearson, in the Daily Telegraph, confidently noted her judgement that "this fanatically stupid young woman ..... must not under any circumstance be allowed to return back to Britain".[70] Her judgement incited public opinion to rage and retribution; this is made even worse by her belief that preventing Begum from returning to the UK, this "is pretty much the only thing right now that unites this divided kingdom".[71] Trying to use a girl's fate to circumvent Brexit tensions is low. Pearson is not the only one; she was among many who built up their opinions and articles in different newspapers based on the first interview that Shamima had with the BBC, not on facts finding, legal arguments or even strategic thinking of the consequences of this approach. However, because the UK is at the era of far right political wing, Javid who had his eyes on the position of the Prime Minister, has decided to make the best use out of the press direction to the public opinion.[72] Consequently, Shamima's trial was settled and she lost her British citizenship. Her lack of apology was critical in the decision as she was considered disloyal to her country and not deserving of protection

[64] ROSS, GALEY, 23rd December 2013.
[65] Ibid
[66] Ibid
[67] MANTU, 2018, 26 JCES 32, 48.
[68] Ibid
[69] ITV News, ,29th February 2019.
[70] PEARSON, 19th February 2019.
[71] Ibid
[72] GREENSDALE, 24th February 2019.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

anymore.[73] This is little different from the persecution of witches in medieval times. The media influence in Shamima's case, therefore, rings an alarm bell towards the respect of rule of law, the home secretary's expanded power and the influence of politics over law and even UK international obligations. Terrorism, therefore, seems to be such an emotive category that governments can trample on all human rights, included nationality rights, in the supposed greater good of national security. The states' current trend of depriving citizens of nationality (even if they are terrorists) is a kind of disavowal of responsibility. The states have an obligation to fight terrorism, and fighting terrorism is not achieved through statelessness: fighting terrorism can be more effective through rehabilitation of those like Begum, who took the decision to join a terrorist group at such early age. Taking them back, holding them accountable, is reasonable, but leaving them in a war zone and abandoning them, will not help except in boosting their spirit of anger and violence. It is the state's responsibility to hold its citizens accountable, to grant the stability of public order, instead of depriving its citizens from their citizenship and to throw this burden on other states. Furthermore, if this is the state's approach, there will not be any returnees from ISIS. On the contrary, there will be a wider opportunity for those operatives to reunite again and rebuild themselves to form a new, more aggressive and vengeance that targets their own countries more than Syria and Iraq themselves.

CONCLUSION

In conclusion, a young person, not yet 20, has been made stateless by a first-world country for an act committed when she was a child. Whether this was an act of stupidity, inspired by misplaced idealism, or a criminal act with men's rea, it is not relevant. She is a British citizen and should benefit from the British justice system. Instead, she has been abandoned in a conflict zone to fend for herself, with no legal rights or recourse. Furthermore, her tiny baby – also a British citizen – was also abandoned and died. The UK government claim this is justified as Shamima Begum represents a threat to the good of the country and has committed acts seriously prejudicial to Britain's interests. This may be true. However, what is not true is that she is a dual national: she has never had any other nationality. Nor is it true that she is a naturalised citizen and is entitled to another citizenship. Even if this latter test *were* legal, it is not applicable. Therefore, Shamima has been victimised under a government decision regarding legal interpretation that they have refused to explain. This contradicts the rule of law. It shows the power of the media and the susceptibility of politicians. Islamophobia cannot be ignored. Furthermore, the Act cannot be legal under International Law, even for naturalised citizens: a person entitled to another nationality does not actually have one. Therefore, revocation renders them stateless. This cannot be allowed.

REFERENCES

ALY, Anne, *Jihadi brides' aren't oppressed. They join Isis for the same reasons men do,* 3rd March 2015. Available at: https://www.theguardian.com/commentisfree/2015/mar/04/jihadi-brides-arent-oppressed-they-join-isis-for-the-same-reasons-men-do. Accessed 26th April 2019.

ANDERSON, David. *Citizenship removal Resulting in Statelessness*, April 2016, Available at: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/518390/David_Anderson_QC_-_CITIZENSHIP_REMOVAL__print_.pdf. Accessed 25 April 2019.

BBC News, *Shamima Begum: IS teenager to lose UK citizenship*, 20th February 2019. Available at: https://www.bbc.com/news/uk-47299907. Accessed 6 May 2019.

[73] Ibid 3

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

BENNHOLD, Katrin, *Britain Expands Power to Strip Citizenship From Terrorism Suspects,* 14th May 2014. Available at: https://www.nytimes.com/2014/05/15/world/europe/britain-broadens-power-to-strip-terrorism-suspects-of-citizenship.html. Accessed 2 May 2019

British Nationality Act, Article 40 (2).

BUSBY, Mattha, *Shamima Begum would face death penalty in Bangladesh, says minister,* 4th May 2019. Available at: https://www.theguardian.com/uk-news/2019/may/04/shamima-begum-would-face-death-penalty-in-bangladesh-says-minister. Accessed 08 May 2019.

CBC, *Saudi Arabia revokes Hamza bin Laden's citizenship: "This is an example of history rhyming",* 2nd March. Available at: https://www.cbsnews.com/news/saudi-arabia-revokes-hamza-bin-ladens-citizenship-this-is-an-example-of-history-rhyming-2019-03-02/. Accessed 6 May 2019.

CENTRE, Wilson, *Timeline: the Rise, Spread, and Fall of the Islamic State,* 30th April 2019. Available at: https://www.wilsoncenter.org/article/timeline-the-rise-spread-and-fall-the-islamic-state. Accessed 09 May 2019.

CHOUDHURY, Tufyal, *'The radicalisation of citizenship deprivation'*, 2017, 37 Critical Social Policy 229, 244.

E3 & N3 (Exclusion : Preliminary issue), 2018, UKSIAC SC_146_2017.

Encyclopaedia Britannica, *Nationality,* 10th April 2018. Available at: https://www.britannica.com/topic/nationality-international-law. Accessed 23 March 2019.

FARNHAN, Harriet, What the media circus surrounding Shamima Begum can teach us about gender and nation, 3rd April 2019. Available at: https://blogs.lse.ac.uk/gender/2019/04/03/gender_and_nation/. Accessed 03 May 2019.

Financial Times, *UK grapples with how to deal with Isis returnees*, 3rd March 2019. Available at: https://www.ft.com/content/b8aab6ba-3c18-11e9-b72b-2c7f526ca5d0. Accessed 4 May 2019.

GIBNEY, Matthew, *'A Very Transcendental Power: Denaturalisation and the Liberalisation of Citizenship in the United Kingdom'*, 2013, 61 Political Studies 639, 655.

GREENSDALE, Roy, *Sajid Javid is pandering to right-wing press over Shamima Begum*, 24th February 2019. Available at: https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/feb/24/sajid-javid-pander-rightwing-press-shamima-begum. Accessed 02 May 2019.

HAILBRONNER, Kay, "Nationality in Public International Law and European Law," in Rainer Bauböck (eds), *Acquisition and loss of nationality: Policies and trends in 15 European States,* Amsterdam University Press, 2006.

Homeland Security, *Intelligence Assessment: Future ISIL Operations in the West Could Resemble Disrupted Belgian Plot,* 2015. Available at: https://info.publicintelligence.net/DHS-FutureOperationsISIL.pdf. Accessed 14 April 2019;

Immigration Act 2014, section 66.

Immigration, Asylum and Nationality Bill, 27 October 2005, Available at: https://publications.parliament.uk/pa/cm200506/cmstand/e/st051027/am/51027s03.htm. Accessed 31 April 2019.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

International Centre for Counter-Terrorism, *The Foreign Fighters Phenomenon in the European Union: Profiles, Threats & Policies,* April 2016. Available at: https://www.icct.nl/wp-content/uploads/2016/03/ICCT-Report_Foreign-Fighters-Phenomenon-in-the-EU_1-April-2016_including-AnnexesLinks.pdf. Accessed 26 April 2019.

iTV News, *IS schoolgirl Shamima Begum stripped of UK citizenship*, 19 February 2019, Available at: https://www.itv.com/news/2019-02-19/shamima-begum-has-uk-citizenship-revoked-by-british-government-itv-news-learns/. Accessed 10th April 2019.

ITV News, *Shamima Begum says she regrets speaking to the media,* 29th February 2019. Available at: https://www.itv.com/news/2019-02-24/shamima-begum-i-regret-speaking-to-the-media/. Accessed 01 May 2019.

JACOBS, Anne, *The Evolution of Women in the Islamic State,* 26th September 2017. Available at: https://www.washingtoninstitute.org/fikraforum/view/the-evolution-of-women-in-the-islamic-state. Accessed 26 April 2019.

JOPPKE, Christian, *'Terror and the loss of citizenship'*, 2016, 20 Citizenship Studies 741,748.

KIRK, Ashley, *Iraq and Syria: How many foreign fighters are fighting for Isil?,* 24th March 2016. Available at: https://www.telegraph.co.uk/news/2016/03/29/iraq-and-syria-how-many-foreign-fighters-are-fighting-for-isil/. Accessed 15 April 2019.

LAVI, Shia, *'Citizenship Revocation as Punishment: On the Modern Duties of Citizens and Their Criminal Branch'*, 2011, 61 UTLJ 783, 810.

Law Teacher, *The concept of nationality is* important, 1st April 2019. Available at: https://www.lawteacher.net/free-law-essays/human-rights/concept-of-nationality-is-important.php?vref=1. Accessed 10 April 2019.

LISTER, Charles R., COCKBURN, Patrick, *The Islamic State: A Brief Introduction; The Rise of Islamic State: ISIS and the New Sunni Revolution,* October 2015. Available at: https://www.foreignaffairs.com/reviews/islamic-state-brief-introduction-rise-islamic-state-isis-and-new-sunni-revolution. Accessed 26 April 2019.

MACKLIN, Audrey, "Sticky Citizenship," in R. E. Howard-Hassman and M. Walton-Roberts (eds), *The Human Right to Citizenship: A Slippery Concept,* University of Pennsylvania Press, 2015.

MANTU, Sandra, *''Terrorist' citizens and the human right to nationality',* 2018, 26 JCES 32, 48.

MILTON, Daniel, DODWELL, Brian, *'Jihadi Brides? Examining a Female Guesthouse Registry from the Islamic State's Caliphate',* 2018, 11 CTCS.

MOAVENI, Azadeh, *Jihadi bride' doesn't fit: we need a new language for female militants,* 29th February 2019. Available at: https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/feb/26/jihadi-bride-shamima-begum-female-militants. Accessed 4 April 2019.

Nationality, Immigration and Asylum Act 2002.

OLIVE, Mark, STURCKE, James, *Panic as London is hit again,* 21 July 2005. Available at: https://www.theguardian.com/uk/2005/jul/21/july7.uksecurity2. Accessed 2 May 20.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

PARSONS, Victoria, *Theresa May deprived 33 individuals of British citizenship in 2015. Available at:* https://www.thebureauinvestigates.com/stories/2016-06-21/citizenship-stripping-new-figures-reveal-theresa-may-has-deprived-33-individuals-of-british-citizenship. Accessed 06 May 2019.

PEARSON, Allison, *Thank God, Sajid Javid grasped Shamima Begum is the one person uniting Britain against her,* 19th February 2019. Available at: https://www.telegraph.co.uk/women/life/thank-god-sajid-javid-grasped-shamima-begum-one-person-uniting/. Accessed 01 May 2019.

United Kingdom Supreme Court. *Pham (Appellant) v Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, judgment given on 25 March 2015, heard on 18 and 19 November 2014. Available at: https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKSC/2015/19.html&query=(title:(+pham+)). Accessed 05 May 2019.

RAWLISON, Kevin, DODD, Vikram, *Shamima Begum: Isis Briton faces move to revoke citizenship,* 19th February 2019. Available at: https://www.theguardian.com/world/2019/feb/19/isis-briton-shamima-begum-to-have-uk-citizenship-revoked. Accessed 07 May 2019.

ROONEY, Celia*, The UK Immigration Act 2014: Last Minute Amendments – Too Little, Too Late?,* 19th May 2014. Available at: https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2014/05/uk-immigration. Accessed 5 May 2019.

ROSS, Alice, GALERY, Patrick, *Rise in citizenship-stripping as government cracks down on UK fighters in Syria,* 23rd December 2013. Available at: https://www.thebureauinvestigates.com/stories/2013-12-23/rise-in-citizenship-stripping-as-government-cracks-down-on-uk-fighters-in-syria. Accessed 06 May 2019

Secretary of State for the Home Department v Al-Jedda [2013] UKSC 62.

Shia Rights Watch, *Importance of Nationality in Today's World,* 6th November 2015. Available at: http://shiarightswatch.org/importance-of-nationality-in-todays-world/. Accessed 01 April 2019.

SPENCER, Michael, *Shamima Begum: is stripping her of her citizenship the right response?,* 1st March 2019. Available at: https://ukhumanrightsblog.com/2019/03/01/shamina-begum-is-stripping-her-of-her-citizenship-the-right-response/. Accessed 6 May 2019.

State Watch, *Exclusion or Deportation From the UK on Non-Conducive Grounds: Consultation Document,* 2005. Available at: https://www.statewatch.org/news/2005/aug/uk-deportation.pdf. Accessed 5 May 2019.

Statelessness Index, *United Kingdom,* March 2019. Available at: https://index.statelessness.eu/country/united-kingdom. Accessed 2 May 2019.

The Immigration, *Asylum and Nationality Act* (IANA), Section 56.

The Straits Times, *The rise and fall of ISIS in Iraq and Syria,* 17th February 2019. Available at: https://www.straitstimes.com/world/europe/the-rise-and-fall-of-isis-in-iraq-and-syria. Accessed 14 April 2019.

The Washington Institute For Near East Policy, *The Rise of ISIL, Counterterrorism lectures 2015.* Available at: https://www.washingtoninstitute.org/uploads/Documents/pubs/PolicyFocus148_CT7.pdf. Accessed 14 April 2019.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

TOBIN, Olivia, *Shamima Begum case explained: The law surrounding ISIS bride's citizenship,* 21st February 2019. Available at: https://www.standard.co.uk/news/uk/shamima-begum-case-explained-the-law-surrounding-isis-brides-citizenship-a4072606.html. Accessed 06 May 2019.

TRIMBACH, Dr. David, REIZ, Dr. Nicole, *Unmaking Citizens: The Expansion of Citizenship Revocation in Response to Terrorism,* 30th January 2018. Available at: https://cmsny.org/publications/unmaking-citizens/#_ftn4. Accessed 01 May 2019.

UNHCR, *Nationality & Statelessness: A Handbook for Parliamentarians,* 2005. Available at: http://archive.ipu.org/pdf/publications/nationality_en.pdf. Accessed 23 March 2019.

WARRICK, Joby, *Black Flags: The Rise of ISIS,* Random House 2015, p.32.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

REGRAS DE BANGKOK: ANÁLISE DO SISTEMA CARCERÁRIO FEMININO BRASILEIRO À LUZ DOS RECENTES ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS E LEGISLATIVOS SOBRE O TEMA

RULES OF BANGKOK: ANALYSIS OF THE BRAZILIAN FEMALE PRISON SYSTEM IN THE LIGHT OF RECENT JURISPRUDENTIAL AND LEGISLATIVE ABOUT THE SUBJECT

Roberta Eggert Poll

Doutoranda e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Advogada Criminalista.

roberta.poll@hotmail.com

Recebido em: 03.08.2018
Aprovado em: 22.03.2019
Última versão do(a) autor(a): 11.06.2019

Resumo: A contemporânea análise do sistema jurídico brasileiro tem se orientado sob o ponto de vista dos Direitos Humanos, principalmente quando as atenções se voltam para o cárcere. O sistema penitenciário brasileiro é falho, precário e problemático; contrário às ideias de recuperação e ressocialização do preso. A perspectiva só piora quando analisamos essa questão à luz do encarceramento feminino. O aprisionamento de mulheres é um fenômeno que tem aumentado gradativamente no Brasil nas últimas décadas, trazendo impacto para as políticas de segurança pública e social. Nessa perspectiva, o tema do presente artigo é a análise das Regras de Bangkok no sistema jurídico brasileiro, a partir das recentes decisões prolatadas pela Suprema Corte. O objeto de análise do trabalho é a verificação da existência de uma demanda específica no tocante às mulheres em situação de prisão. O método de abordagem será o dedutivo, adotando-se como procedimento o bibliográfico.

Palavras-chave: Regras de Bangkok. Direitos humanos. Mulheres encarceradas. Sistema jurídico brasileiro.

Abstract: The contemporany analysis of the Brazilian legal sistem has been oriented from the point of view of Human Rights, especially when attention turns to prision. The Brazilian penitentiary system is flawed, precarious and problematic; contrary to the ideas of recovery and resocialization of the prisoner. The perspective only gets worse when we look at this issue in the light of female incarceration. The imprisonment of women is a phenomenon that has gradually increased in Brazil in the last decades, bringing impact to public and social security policies. In this perspective, the theme of this article is the analysis of the Bangkok Rules in the Brazilian legal system, based on the recent decisions issued by the Supreme Court. The object of analysis of the work is the verification of the existence of a specific demand for women in prison. The method of approach will be deductive, adopting as a bibliographical procedure.

Keywords: Bangkok Rules. Human Rights. Incarcerated women. Brazilian Legal System.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Sumário: Introdução. 1 Encarceramento feminino: o perfil das mulheres reclusas e suas percepções acerca da família e dos filhos à luz dos direitos humanos; 2 Regras de Bangkok: mudança de paradigma jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal em vista dos direitos humanos; 3 Comportamento da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul com relação às demandas de saúde e filhos de mulheres encarceradas; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal constitui, no âmbito do Estado Democrático de Direito, um mecanismo institucional, previsto em legislação específica, para diminuir e controlar o poder punitivo estatal. Coloca-se na balança da justiça penal dois postulados normativos: de um lado, a proteção dos indivíduos contra o crime; e de outro, a proteção aos direitos fundamentais do acusado. Nessa tênue linha se insere o Direito Penal, o Processo Penal e o Sistema de Justiça Criminal como medidas de freio, tendentes a atenuar os riscos inerentes ao desequilíbrio dos postulados colocados em rota de colisão.

Dentro desta seara de proteção dos direitos fundamentais do acusado, também se insere um regime prisional caótico, incompatível com os fundamentos do cárcere e da tão esperada medida de ressocialização. Ao percorrer o universo escondido, desordenado e obscuro das prisões, vários pensamentos ocorrem. Conhecer a realidade do encarceramento, bem como se aproximar da história e dos motivos que levaram o indivíduo ao cárcere, pode causar impacto e desconforto, já que é algo normalmente rechaçado, afastado e temido pela sociedade contemporânea. Os cidadãos não querem apreender sobre o sistema das prisões a não ser que estejam inseridos nela.

Veja-se que, invariavelmente, os debates sobre encarceramento, segurança pública, crime organizado e a barbárie coletiva acabam por esbarrar no discurso acerca da falibilidade da prisão e da falácia do tratamento ressocializador. Nos dizeres de Juarez Cirino: "a prisão é o aparelho disciplinar exaustivo da sociedade capitalista constituído para exercício do poder de punir mediante privação da liberdade, em que o tempo exprime a relação crime/punição"[1].O método de transformação individual do aprisionamento é a disciplina, ou seja, a política de coerção exercida sobre o corpo do preso, a partir de técnicas de adestramento – vigilância hierárquica, sanção normalizadora e exames.

Na prisão o tempo é vivido de forma diferenciada, como algo vagaroso, cadenciado e compassado. Os aprisionados precisam aprender a conviver entre si, em ambiente hostil, utilizando-se de recursos para ali sobreviverem, tentando se livrar das raivas, frustrações, medos, ansiedades e desapontamentos não compreendidos. São obrigados a vivenciar, novamente, maus-tratos, privações e inseguranças normalmente já experimentadas ao longo de suas vidas. Mas o que acontece quando todos esses sentimentos ultrapassam a pessoa do encarcerado, atingindo outros membros da família como, por exemplo, os filhos? O que fazer quando o cárcere é experimentado por mulheres em estado gravídico ou que recém deram à luz.

Evidencia-se, em nível mundial, um crescente aumento do encarceramento feminino e, consequentemente, uma gama de mulheres-mães nestas condições de extrema fragilidade e precariedade. Estatísticas apontam que uma

[1] SANTOS, 2006, p. 489.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

percentagem significativa de mulheres presas são mães ou cuidadoras primárias das crianças/adolescentes. Tal constatação significa que o aprisionamento feminino não pode ser considerado de forma isolada, na medida em que terá implicações secundárias para sua família e seus dependentes, além de que, nos casos mais graves, poderá ter consequências para a sociedade em geral.

Nessa conjuntura, é imperiosa a necessidade de se analisar a questão do encarceramento feminino, principalmente porque a ótica masculina tem sido tomada como regra geral para o contexto prisional, sendo na maioria das vezes deixados em segundo plano os diversos fatores que compreendem a realidade do aprisionamento de mulheres, tais como idade, particularidades fisiológicas, maternidade, etc.

Por certo, a pesquisa visa responder à questão relativa à existência de uma demanda específica no tocante às mulheres que estão em situação de prisão, na medida em que a imensa deficiência de dados e indicadores sobre o perfil de mulheres em privação de liberdade nos bancos de dados oficiais acaba por contribuir para a invisibilidade das necessidades específicas desses indivíduos[2].

Efetivamente, a hipótese sobre a qual se trabalha é a mudança de paradigma nas recentes decisões da Suprema Corte brasileira, a partir da promulgação das Regras de Bangkok[3]. Isso porque, via de regra, o Brasil adota a restrição de liberdade por meio do cárcere como única medida efetiva para o acautelamento de mulheres no processo penal, independentemente de suas condições e particularidades. Não obstante, a partir de recentes inovações em tema de Direitos Humanos, bem como da introdução dessas relevantes questões no cenário nacional, a prisão domiciliar vem sendo considerada como a melhor medida diante da necessidade de se conferir especial tutela às mulheres, especialmente aquelas que têm filhos ou que são cuidadoras primárias de crianças e/ou adolescentes.

Para construção do objeto de pesquisa, será utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica consistente em explicar o problema por meio das teorias publicadas em obras de um mesmo gênero, partindo do geral para o particular, permitindo a construção de conclusões. O método empregado será o dedutivo, consistente em utilizar o raciocínio lógico, que faz uso da dedução para obter a conclusão.

Por essas razões, a presente pesquisa está estruturada de forma a permitir, em primeiro lugar, uma leitura sobre o encarceramento feminino a partir da análise dos Direitos Humanos, de modo a analisar o perfil das mulheres encarceradas; para, depois, analisar as Regras de Bangkok, tendo em vista as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Por fim, será realizada uma análise jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul com relação às demandas de saúde de mulheres encarceradas.

1. ENCARCERAMENTO FEMININO: O PERFIL DAS MULHERES RECLUSAS E SUAS PERCEPÇÕES ACERCA DA FAMÍLIA E DOS FILHOS À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

[2] O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN-MJ) publicou, em 2015, o *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres – Junho de 2014*, última grande produção de dados oficiais e sistemáticos sobre o encarceramento de mulheres no Brasil.

[3] Conjunto de regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, publicado em 2016 pelo Conselho Nacional da Justiça.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Quando se analisa a prisão, tem-se diversas impressões, por se tratar de algo estranho, perigoso, obscuro e distante do cotidiano da maioria dos indivíduos. Segundo Foucault, a estrutura da prisão representa algo muito maior do que um simples espaço de acautelamento, na medida em que o objetivo primordial é tornar os prisioneiros dóceis por meio de um trabalho preciso sobre seus corpos[4]. A prisão é algo que extrapola os limites da privação de liberdade, representando um local de observação, vigilância e conhecimento do detento, onde ele permanecerá vigiado de forma constante. Por isso Zaffaroni aponta que a prisão se comporta como uma máquina deteriorante, que gera a patologia da regressão[5].

É a partir desse ambiente que o contemporâneo saber penal e a criminologia crítica têm procurado, à luz dos Direitos Humanos, "um novo discurso legitimador da pena mais compatível com a democracia real, que possa desnudar o discurso da criminologia tradicional no sentido de que o controle penal deve reduzir a criminalidade e promover a reeducação dos presos" [6].

A pena privativa de liberdade representa uma grande ruptura com o mundo exterior. Diferentemente de outras instituições totais, como, por exemplo, as congregações religiosas e o exército, nas quais as pessoas desejam ali estar, na prisão os indivíduos são separados da sociedade contra a sua vontade, tendo que conviver em ambiente totalitário, agressivo e solitário. Não obstante, as precárias condições das instalações prisionais brasileiras, aliadas aos danos para aqueles que acabam cumprindo a pena juntamente com o recluso – a família e os filhos –, devem servir de norte para a reflexão acerca da extensão da pena, que vai para além da pessoa do condenado, atingindo terceiras pessoas, principalmente em se tratando do cárcere feminino[7].

Isso porque a natureza do processo de dessocialização a que vive submetida a prisioneira é tão negativa que equivale à desadaptação da vida em liberdade. Inexoravelmente, a apenada acaba por se amoldar a uma subcultura carcerária, perdendo na maioria das vezes a ligação com os familiares e a prole. A propósito desse fenômeno, Pimentel descreve: "ingressando no meio carcerário o sentenciado se adapta, paulatinamente, aos padrões da prisão. Seu aprendizado, nesse mundo novo e peculiar, é estimulado pela necessidade de se manter vivo e, se possível, ser aceito no grupo. Portanto, longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está, na verdade, sendo socializado para viver na prisão"[8].

Na sociedade carcerária surgem subgrupos que imprimem suas vontades sobre os demais indivíduos. Estes se convertem em verdadeiros comandos, com hierarquia, estrutura organizada e regime disciplinar entre seus membros. Ali as mulheres convivem com agressões, falta de privacidade, deterioração, violação de direitos humanos e imposição de novas regras do comado carcerário. Rotuladas e demarcadas pelo cárcere, dificilmente conseguem se adaptar à vida fora da prisão após sua soltura ou eventual fuga.

No Brasil, nos últimos anos, houve gradativo aumento da população carcerária feminina. Segundo os últimos dados do INFOPEN Mulheres de junho de 2014, publicado em 2015, a totalidade da população prisional é de 607.731 indivíduos,

[4] FOUCAULT, 1987, p. 195.
[5] ZAFFARONI, 1991.
[6] TRINDADE, 2002, p. 17.
[7] MELO, 2014, p. 7.
[8] PIMENTEL, 1983, p. 158.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

dentre os quais 37.380 são mulheres. No período que compreende os anos 2000 a 2014, o aumento da população presidiária feminina foi de 567,4%, enquanto a média de crescimento masculino, no mesmo período, foi de 220,2%, refletindo, dessa forma, a curva ascendente do encarceramento feminino[9].

No relatório de 2018, o número de detentas cresceu para 42.355, ou seja, um acréscimo de 12% em apenas quatro anos[10]. As unidades que participaram do levantamento INFOPEN 2018 somam tão somente 27.029 vagas, sendo que a taxa de ocupação é de 156,7%, havendo um déficit total de 15.326 vagas. O Estado do Rio Grande do Sul aprisiona atualmente, em média, 1.967 detentas, considerando aquelas que estão em carceragem de Delegacias de Polícia, ocupando o 5º lugar no ranking de população carcerária feminina brasileira. Os números apontam aindaque o Brasil se encontra na quarta posição mundial, em se tratando do número de população prisional feminina, ficando atrás somente dos Estados Unidos, da China e da Rússia[11].

Os dados apontam para uma situação caótica e descontrolada. A falta de políticas públicas no setor demonstra total despreocupação do poder público frente aos problemas já mencionados. Aliado a isso, temos uma gama de crianças que ficam afastadas de suas mães por ocasião do cárcere.

Geralmente, as mulheres que estão aprisionadas são jovens, têm filhos ou são cuidadoras primárias de crianças/adolescentes, sendo na grande maioria das vezes provedoras do sustento familiar, possuindo baixa escolaridade, fruto da sociedade discriminatória em que vivem. Não têm, dessa forma, formação universitária ou cursos técnicos, exercendo atividades de trabalho informal em período anterior ao encarceramento. O relatório aponta ainda que mais de 50% dessas mulheres possuem vinculação penal por envolvimento com o tráfico de drogas não relacionado a organizações criminosas. São, portanto, meras coadjuvantes do crime, usuárias de drogas, que geralmente se envolvem por motivos de ganho material facilitado e vida confortável[12].

Nesse ponto, destaca-se o trabalho pioneiro de Lemgruber escrito em 1976 sobre a criminalidade feminina. Após diversas visitas à Penitenciária Talavera Bruce, situada na cidade do Rio de Janeiro, Lemgruber pôde constatar que as mulheres reclusas pelo tráfico de drogas correspondiam a 20,8% de toda a população carcerária daquela localidade[13]. Veja-se que, décadas após o trabalho da pesquisadora, Souza apontou forte crescimento do número de presidiárias na mesma penitenciária pelo mesmo crime, representando 56,4% das detentas que cumpriam pena[14].

Ocorre que, se a demanda carcerária feminina vem crescendo, o mesmo não se pode dizer sobre as pesquisas e estudos relacionados à área. Verifica-se que mulheres em situação de prisão têm exigências, necessidades e peculiaridades que são específicas, o que não raro é intensificado por histórico de violência familiar, maternidade precoce, nacionalidade, perda financeira, uso de drogas, entre outros fatores. Nesse sentido, muito bem apontam Frinhani e Souza:

---

9 BRASIL. INFOPEN Mulheres – Junho de 2014, p. 5.
10 BRASIL. INFOPEN Mulheres – Março de 2018, p. 10.
11 Idem, ibidem, p 13.
12 LOPES; MELLO; ARGIMON, 2010, p. 121-131.
13 LEMGRUBER, 1999, p. 70-75.
14 SOUZA, 2005, p. 10-16.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> quando as mulheres vinculam suas práticas criminosas à influência masculina, de certa forma estão tentando reconhecer em si o que é socialmente atribuído às mulheres: são pessoas frágeis, merecedoras de proteção. Deste modo, elas não só agem para a contínua reposição do papeis masculinos e femininos, mas também diminuem as responsabilidades pessoais pelo envolvimento no crime[15].

Denota-se que a forma como as mulheres estabelecem suas relações e vínculos familiares, assim como o próprio envolvimento com o crime, é diferente quando comparado esse quadro com a realidade dos homens privados de liberdade. Tradicionalmente, a ótica masculina tem se potencializado no contexto prisional, com reprodução de serviços penais direcionados para eles, deixando em segundo plano os diversos fatores que compõem o universo feminino, como raça e etnia, idade, particularidades fisiológicas, situação de gestação e maternidade, entre tantas outras[16].

Em que pesem os dados que tratam da criminalidade feminina serem diminutos e, de certa forma, insuficientes, alguns trabalhos científicos merecem destaque, como, por exemplo, o relatório Florizette O'Connor para a Organização das Nações Unidas[17], o qual expõe a situação das mulheres nas prisões mundiais. Nesse editorial científico, Florizette aponta para as dificuldades no relacionamento mãe e filho de mulheres aprisionadas, principalmente em decorrência da distância das prisões em relação ao local de residência dos filhos, bem como da proibição de as crianças frequentarem determinados estabelecimentos prisionais. Essas situações dificultam sobremaneira o contato com os filhos e aumentam a possibilidade de essas mulheres serem abandonadas pelos familiares, bem como de sua prole ficar à mercê das intempéries da vida[18].

Os filhos das prisioneiras acabam se colocando em situação de risco, na medida em que, além de permanecerem invisíveis aos olhos do Estado, acabam perdendo o apoio das famílias, estando nitidamente propensos a experiências de abandono, extrema pobreza e doenças de forma geral, carecendo de proteção, assistência estatal e familiar[19]. Portanto, não se pode fechar os olhos aos efeitos da prisão materna sobre os filhos, à implicação direta do aprisionamento feminino sobre eles. Em verdade, essas crianças, parafraseando Lourival, não passam de figuras anônimas, despojadas de mãe, afastadas de sua família, que estão no mundo sem fazer parte desse mundo.[20]

Foi procurando realizar uma reflexão sobre a relação entre o risco em que se colocam estas mulheres em conflito com a lei e sua prole que foram desenvolvidas as denominadas Regras de Bangkok, as quais buscam maior adequação jurídica à realidade social imposta pelo aprisionamento feminino. Tratam-se, portanto, de regras que visam a proteção da mulher em situação de cárcere por conta de suas particularidades, bem como o atendimento ao princípio do melhor interesse da criança (tutela fundamental da Constituição Federal de 1988).

São em certa medida regras desiguais, quando comparadas com outras normas aplicadas aos presos homens de forma geral, mas que se justificam diante da realidade apresentada.

---

15 FRINHANI,; SOUZA, 2005, p. 61-79 .

16 BRASIL. INFOPEN Mulheres – junho de 2014, p. 5.

17 Documento de Trabalho sobre a questão das mulheres encarceradas: Doc ONU E/CN.4/Sub.2/2004/9 (9 de julho de 2004).

18 VALENTE; HADLER; COSTA, 2012, p. 682.

19 MELO, 2014, p. 8.

20 TRINDADE, 2002, p. 47.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

2. REGRAS DE BANGKOK: MUDANÇA DE PARADIGMA JURISPRUDENCIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM VISTA DOS DIREITOS HUMANOS

Em pleno século XXI continuamos a viver em uma sociedade patriarcal, onde espera-se da mulher bom comportamento e desempenho exemplar enquanto esposa, mãe e amiga[21]. Nas palavras de Helpes: "a mulher que se envolve com criminosos, ou que exerce atividades ilegais, correndo, assim, o risco de ser presa, ou, ainda, que já foi presa, é desacreditada perante a sociedade como uma pessoa honesta"[22]. Esse grupo de mulheres é visto, portanto, como indivíduos desprovidos de caráter, na medida em que deixam a família e a prole à própria sorte, pouco se importando com os sentimentos e dificuldades alheias.

Nesse contexto, as prisões femininas também não fogem à regra da ausência de estruturas sustentáveis, na medida em que impõem que se garantam melhores condições para que a presa cumpra sua pena e não como obrigação para que se construa um ambiente mais digno e adequado às necessidades das detentas. Em outras palavras, o Estado sempre compreendeu as mulheres em conflito com a lei como algo excepcional, baseado no determinismo biológico, que entende que o crime não é algo natural da mulher, devendo esta ser "consertada" para que possa voltar ao seu papel de esposa, mãe e amiga[23].

O Brasil conta atualmente com 53 prisões destinadas ao cumprimento de pena decorrente de sentença condenatória transitada em julgado e nenhuma penitenciária destinada à prisão provisória (cautelar propriamente dita). Dessa forma, a maioria esmagadora dos estabelecimentos prisionais que abrigam mulheres são a bem da verdade espaços mistos, isto é, locais em que convivem homens e mulheres criminosos na mesma unidade, separados apenas por divisões físicas. Tratam-se de penitenciárias masculinas que foram improvisadas para abrigarem indivíduos do sexo feminino[24]. Não possuem, portanto, qualquer recurso voltado a essa nova realidade social; não dispõem de área de maternidade, departamento ginecológico, materiais de higiene pessoal (como, por exemplo, absorventes), espaço para crianças e recém-nascidos etc[25].

Nesse passo, verifica-se que o relatório INFOPEN Mulheres 2018 somente veio a confirmar os argumentos apontados ao longo deste artigo. Em relação à destinação dos estabelecimentos prisionais, os dados são alarmantes: 74% destinam-se aos homens, 16% são espaços mistos e apenas 7% são exclusivamente prisões femininas[26]. Quando o assunto é tratamento médico adequado, os dados causam espanto! Existem apenas 28 médicos (as) – ginecologistas (as) atendendo em toda a malha carcerária brasileira. Se dividirmos esse número pelo número de detentas, teremos

---

[21] Nesse sentido, inclusive, vem apontando o Supremo Tribunal Federal; por ocasião do julgamento da ADI nº 4277, que reconheceu as uniões homoafetivas como uniões estáveis, houve expressa referência à sociedade patriarcal: "A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros." (ADI nº 4.277. Relator ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05/05/2011. DJe 13/10/2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em: 22 mar. 2019).

[22] HELPES, 2014, p. 50.

[23] SOARES; ILGENFRIT, 2002, p. 58.

[24] COLARES; CHIES, 2010, p. 409.

[25] HELPES, , 2014, p. 73.

[26] BRASIL. INFOPEN Mulheres – Março de 2018, p. 22.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

um médico (a) para cada 1.512 mulheres[27]. Evidentemente, estamos diante de um descaso do poder público; não há estrutura para atenção básica à saúde, não há médicos, não há atendimentos, não há tratamento humano digno.

Por ocasião do aumento da curva do encarceramento feminino, espera-se do Estado uma readequação de seus recursos para a implementação de adequadas instalações, a fim de que as mulheres cumpram suas penas em condições dignas de suas especificidades. Porém, o que se vê, cada vez mais, é a improvisação de espaços masculinos e um desatendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana. Diante desse precário cenário, surgem as denominadas Regras de Bangkok – conjunto de normas aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas –, que objetivam assegurar tratamento desigual para mulheres presas, privilegiando medidas não privativas de liberdade para aquelas que se encontram em conflito com a lei[28].

As Regras de Bangkok concedem especial atenção aos procedimentos de ingresso de mulheres e crianças no sistema prisional devido a sua especial condição de vulnerabilidade nesse momento. Por conta disso, as infratoras recém-chegadas têm condições especiais de acesso a parentes, a assistência jurídica, às informações sobre as regras e regulamentos das prisões, bem como sobre o regime prisional. Nesse ponto, deve ser assegurado às mulheres responsáveis pela guarda de crianças a possibilidade de suspensão por um período razoável da medida privativa de liberdade, levando em consideração o princípio do melhor interesse da criança[29].

O encarceramento feminino deve ser realizado em local próximo ao seio familiar, de forma que a presa possa ter acesso facilitado tanto a parentes quanto à prole[30]. Ademais, verifica-se que as Regras de Bangkok determinam que, ao ingressar no estabelecimento prisional, a mulher deva ser submetida a exame médico detalhado, a fim de delimitar suas necessidades especiais e cuidados básicos de saúde[31]. Por isso, a acomodação das presas deve ser feita em instalações que tenham condições mínimas para satisfação das condições de higiene específicas das mulheres e que atendam a um padrão mínimo de saúde.[32].

Caso haja diagnóstico de abuso sexual ou qualquer outra forma de violência antes ou durante a permanência no cárcere, a presidiária deverá ser informada de seu direito de recorrer às autoridades judiciárias, bem como sobre todos os procedimentos envolvidos, ainda que não queira prosseguir com as investigações. Nesse diapasão, deverão ser asseguradas medidas específicas com a finalidade de evitar qualquer espécie de retaliação em face de mulheres que prestem queixa dos abusos, justamente como forma de estimular as delações e a persecução penal em face daqueles que imprimem os abusos e outros crimes de natureza sexual[33].

Diante de todos esses dados, questiona-se: como o Estado brasileiro pretende atender às determinações da Lei de Execução Penal e às Regras de Bangkok se mantém em sua estrutura organizacional apenas 28 profissionais de

[27] Idem, ibidem, p. 58.

[28] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Bangkok..., 2016.

[29] Nesse sentido ver Regra 2. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Bangkok..., 2016.

[30] Nesse sentido ver Regra 4. Idem, ibidem, 2016.

[31] Nesse sentido ver Regra 22 a 26. Idem, ibidem, 2016.

[32] Nesse sentido ver Regra 5. Idem, ibidem, 2016. Disponível em: www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/.../a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf.

[33] Nesse sentido ver Regra 7. Idem, ibidem, 2016.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

medicina ginecológica? Por que a demanda feminina de saúde nos presídios permanece "engavetada" aos olhos do Estado? Não por outro motivo que o Poder Judiciário cada vez mais tem adotado uma postura inovadora e criativa frente às políticas públicas, já que o Poder Legislativo e o Poder Executivo vêm "fechando os olhos" para as necessidades primárias da população encarcerada[34].

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal concedeu prisão domiciliar a uma mulher presa preventivamente em razão de sua peculiar condição: a paciente estava recolhida à Penitenciária Feminina da comarca de Franco da Rocha/SP, era dependente química, tinha completado havia pouco tempo 18 anos de idade, e tinha um bebê recém-nascido. Por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 134.734/SP, entendeu o ministro Celso de Mello que o legislador infraconstitucional brasileiro, ainda que de modo incompleto, procurou refletir no plano do processo penal o espírito das Regras de Bangkok, fazendo-o mediante inovações jurídicas realizadas no Código de Processo Penal, especificamente, nos artigos 6º, 185, 204 e 318 e também na Lei de Execuções Penais (artigos 14, §3º, 83, §2º e 89). Destacou, no ponto, que a Lei nº 13.257/2016, entre outras matérias, dispôs sobre políticas públicas para a primeira infância, instituindo regras autorizadoras da substituição da prisão preventiva em estabelecimento penitenciário fechado pela prisão domiciliar sempre que estiverem presentes os seguintes pressupostos: (a) gestante, (b) mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos, (c) homem, "caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos incompletos", ou (d) agente considerado "imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência[35].

A necessidade de observância das Regras de Bangkok já foi também apontada pelo ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.107/SP, e tem sido constantemente invocada pelo ministro Celso de Mello em seus pronunciamentos orais na Segunda Turma. Sobre o tema, mencionam-se ainda as seguintes decisões monocráticas de membros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal: ministro Luís Roberto Barroso no *Habeas Corpus nº 134.979/DF, DJe 1º.8.2016; Habeas Corpus nº 134.130/DF, DJe 30.5.2016; Habeas Corpus nº 133.179/DF, DJe 5.4.2016 e na Reclamação Constitucional nº 25.560/PA, DJe 2.5.2017; ministro Marco Aurélio no Habeas Corpus nº 133.532/DF, DJe 12.5.2016. Na Segunda Turma, cite-se ainda o Habeas Corpus nº 139.889 MC/SP, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, Dje 14.6.2017*[36].

A aplicação das Regras de Bangkok também é justificada pela necessidade de se conferir especial tutela à população infanto-juvenil, notadamente *às crianças,* para tornar efetivos os compromissos que o Brasil assumiu não só perante o próprio sistema jurídico-constitucional, mas também no plano internacional, ao subscrever a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança[37]. Tal proteção qualifica-se como um dos direitos sociais mais importantes, cujo adimplemento determina ao Estado a satisfação de um dever, na forma do art. 227, caput, da Constituição Federal. Dito de outra forma, o alto valor constitucional da garantia de assistência integral à criança/adolescente justifica a

[34] Trata-se do denominado ativismo judicial, ou seja, a conduta dos magistrados que interpreta a Constituição Federal de forma ampla e abrangente, a fim de contornar eventual prejuízo decorrente da inércia e insuficiência de atuação dos demais poderes, em especial do Legislativo. Nesse sentido: ARANHA,Mariana; ARANHA FILHO, 2014, p. 321.

[35] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 134.734... 4 de abril de 2017.

[36] Todos os julgados supracitados podem ser conferidos no sitio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

[37] A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança foi incorporada formalmente ao sistema de direito positivo interno de nosso país pelo Decreto presidencial nº 99.710, de 21/11/1990.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

adoção de medidas judicias compatíveis com essa nova ordem constitucional, ainda que isso implique tratamento diferenciado para mulheres que estão em situação de aprisionamento.

A *mens legis* dessa inovação no sistema jurídico-penal, nos dizeres de Nucci:

> diz com a necessidade de resguardar, em tal situação, não o agente criminoso, mas sim a pessoa que se encontra em situação de vulnerabilidade legitimadora de maiores cuidados, quais as crianças e deficientes, de modo coerente, inclusive, com a maior proteção a eles deferida pelo ordenamento jurídico nacional, constitucional e infraconstitucional, e internacional. Portanto, o raciocínio que se deve fazer, neste caso, deve partir da consideração do que é melhor para o vulnerável, o filho recém-nascido, e não do que é mais aprazível para a paciente[38].

Notadamente, denota-se que as Regras de Bangkok são inspiradas por princípios e garantias contidos em várias convenções e resoluções das Nações Unidas, e que estão, portanto, em conformidade com o direito internacional em vigor. Tratam-se de normas dirigidas às autoridades penitenciárias, aos agentes de justiça criminal, aos magistrados, servidores, procuradores, ou seja, todos os responsáveis por formulação e aplicação de políticas públicas em benefício de mulheres presas em situação de vulnerabilidade[39]. Medidas estas que acabam inexoravelmente atingindo crianças/adolescentes cuja mãe esteja aprisionada.

Por ocasião da elaboração de tais regras, espera-se uma mudança de paradigma jurisprudencial não somente no Supremo Tribunal Federal, mas em todos os órgãos do Poder Judiciário, em vista da proteção dos Direitos Humanos. São, em verdade, medidas desiguais a serem aplicadas à situação de extrema desigualdade.

Há intenso sofrimento na prisão. Nesse sentido, merece reforço a compreensão entendida por muitos e distante para outros, de que a prisão do século XXI ainda está umbilicalmente relacionada ao suplício da alma, como há tempos referia Foucault. A prisão continua imprimindo sua violência de forma degradante ao ser humano. Assim, não conceber tratamento especial para as mulheres presas significa retrocesso social, processo de estigmatização e abandono da prole. A prisão é lugar de exclusão e não se pode excluir da proteção estatal presas em estágio gravídico, que recém deram à luz ou que são as únicas provedoras e mantenedoras de crianças/adolescentes. A máxima "a prisão não pode passar da pessoa do condenado" deve ser, nessa linha de pensamento, absolutamente respeitada. As crianças não devem sofrer processo de estigmatização e degradação em virtude das escolhas inadequadas de seus pais.

3. COMPORTAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL COM RELAÇÃO ÀS DEMANDAS DE SAÚDE E DOS FILHOS DE MULHERES ENCARCERADAS.

A sociedade brasileira enfrenta grave problema com a quantidade de mulheres submetidas ao cárcere diariamente. Essa alta frequência, somada às dificuldades estruturais e organizacionais do Estado para receber essas pessoas influencia, e muito, nas decisões emanadas do Poder Judiciário quando o assunto em pauta é a saúde da mulher e daqueles que dependem dela.

[38] NUCCI, 2013, p. 114.

[39] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Bangkok..., 2016.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Com base na discussão que esse tema gera não só nas academias brasileiras, mas também em toda a sociedade, acredita-se que a melhor forma de entender o assunto é realizando uma análise acerca do comportamento da jurisprudência sobre o tema, em razão de que, diante das peculiaridades do encarceramento feminino (já trabalhado nos capítulos anteriores), consegue-se identificar um padrão de atuação do Poder Judiciário na matéria. Importante destacar que a exploração dos presentes acórdãos levou em consideração, como critério principal, justamente os pedidos de liberdade em sede de *habeas corpus*, na medida em que este é essencialmente o instrumento do cidadão contra as prisões (ou ameaças de prisões) ilegais.

Tem-se como justificativa para a eleição do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, e esse é um ponto que merece esclarecimento, o fato de ser o local de realização da pesquisa e por caracterizar a relação espaço-temporal do presente artigo; assim como pelo fato de ser reconhecido como um Tribunal de vanguarda em decisões de diversas matérias controversas no âmbito jurídico brasileiro.

Por essa feita, é oportuno esclarecer que a pesquisa teve por base decisões disponíveis no período de dezembro de 2015 a março de 2019, as quais obtiveram em seu texto as expressões "prisão", "saúde" e "mulher", quando analisadas em sede de *habeas corpus*. Ao todo foram encontradas 101 decisões avaliadas até a conclusão da pesquisa. Por essas razões, passa-se a expor um gráfico quantitativo das decisões e seus respectivos anos. Espera-se com isso já identificar um avanço da discussão do tema na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

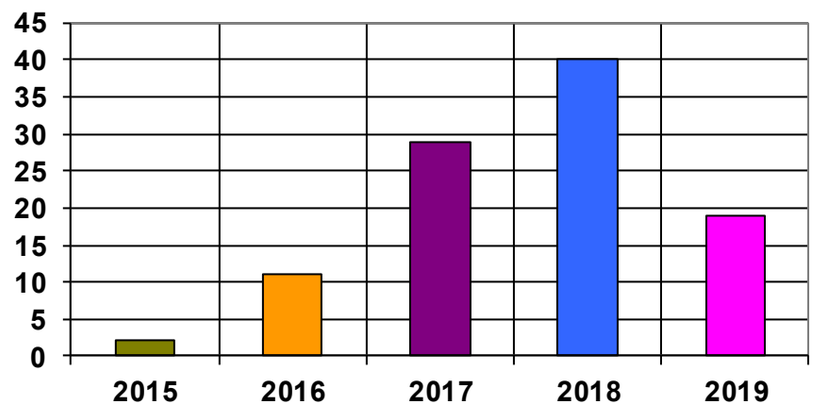


Gráfico 1: Total de *habeas corpus* por ano pesquisado
Fonte: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,

De acordo com os dados exibidos, percebe-se que o assunto relativo à concessão de medidas diversas da prisão para mulheres com problemas de saúde ou que são cuidadoras primárias de crianças era pouco discutido no início do período apresentado na pesquisa, cujo ápice ocorreu no ano de 2018, que obteve 40 decisões. Com um começo tímido, em 2015, nota-se que o assunto não havia chamado atenção de fato, considerando que no ano mencionado apenas dois *habeas corpus* foram impetrados a favor de mulheres encarceradas, cujos motivos fossem saúde ou filhos.

Nesse primeiro ano, foram encontradas apenas duas decisões acerca de tal objeto de pesquisa, a partir das quais não foi possível encontrar uma tendência do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. No ano seguinte, ou seja, em 2016, com um aumento dos casos submetidos a julgamento – especificamente 11 ações de liberdade –, foi possível identificar um entendimento majoritário nas decisões apresentadas: dez *habeas corpus* foram denegados e apenas um foi concedido, em razão de a paciente estar grávida, no sétimo mês de gestação, tendo apresentado quadro hemorrágico. Como se pode perceber pela seguinte ementa:

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> *HABEAS CORPUS*. CRIMES DE HOMICÍDIO TENTADO E CONSUMADO. DEFERIMENTO PARCIAL DE LIMINAR. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. QUANDO DO DEFERIMENTO DA LIMINAR, ASSIM ME POSICIONEI, MEDIANTE DECISÃO ABAIXO PARCIALMENTE REPRODUZIDA: "Trata-se de pedido de reconsideração de liminar em habeas corpus, formulado pelo impetrante em favor de JOSIANE PINHEIRO CORNEAU. Às fls. 64/69, indeferi a liminar pleiteada, pelos seguintes fundamentos: (...) O impetrante, agora, através do pedido de reconsideração, acompanhado de Relatório Psicossocial, emitido por uma Assistente Social e uma Psicóloga, lotadas no Presídio Regional de Sarandi, sustenta que a manutenção da paciente no cárcere, coloca-a em situação de risco. Creio que a decisão indeferitória da liminar é de ser reconsiderada, diante das circunstâncias que agora se apresentam. Com efeito, consta do Relatório Psicossocial, datado de 22NOV2016, que a paciente, atualmente com 07 (sete) meses de gravidez, passou por apenas uma consulta pré-natal, realizada para investigação de quadro hemorrágico, sendo que as solicitações de acompanhamento médico encaminhadas para a Secretaria de Saúde ainda não foram atendidas. Ficou consignado, ainda, que a paciente habita uma cela de aproximadamente 15 m2, com outras 08 (oito) mulheres, todas fumantes, bem como o encaminhamento de Josiane à Penitenciária Feminina Madre Pelletier restou prejudicado, uma vez que paciente não possui familiares residindo na Capital ou Região Metropolitana. Registram, ainda, que a paciente relatou estar sofrendo dispneias frequentes e desmaios. Como se vê, a paciente, embora já se encontrar no 7ª mês de gravidez, não vem recebendo tratamento médico adequado dentro do estabelecimento prisional em que se encontra, uma vez que todas as solicitações de acompanhamento médico encaminhadas à Secretaria Municipal de Saúde não foram atendidas. Além disso, Josiane compartilha uma cela de 15 m2, com outras 08 (oito) apenadas, todas fumantes, o que compromete ainda mais a gravidez. Assim, não obstante a gravidade da imputação, verifico, agora, a partir do relatório psicossocial, que a paciente se encontra na previsão legal para que, na condição de gestante, usufrua do benefício da prisão domiciliar, em homenagem à dignidade da pessoa humana, à proteção integral à criança e, também, ao estabelecido no artigo 318 do Código de Processo Penal. À vista disso, reconsidero a decisão de fls. 64/69, para o fim substituir a prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar até o julgamento do presente remédio heroico, autorizando, desde logo, eventuais saídas para acompanhamento da gestação e tratamento de saúde, mediante a devida comprovação. Alerte-se à acusada que o descumprimento da prisão domiciliar importará o restabelecimento da custódia preventiva, como também poderá ser esta novamente decretada, se sobrevir situação que configure a exigência da cautelar mais [gravosa]. Intime-se a paciente a respeito da condição de sair da residência somente mediante autorização judicial expressa". Em suma, as circunstâncias do caso viabilizam a concessão da ordem, motivo pelo qual reitero os argumentos acima expostos, concedendo a ordem impetrada, ratificando a liminar anteriormente deferida, que concedeu a prisão domiciliar à paciente. LIMINAR RATIFICADA E ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. (*Habeas Corpus* Nº 70071873244, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 15/12/2016).

Esse modo de pensar dos juristas gaúchos permaneceu no ano de 2017, com apenas dois *habeas corpus* concedidos de um total de 29 julgados. O mesmo se deu no ano de 2018, cujo número de concessões não ultrapassou três, dos 40 casos que foram submetidos julgamento no órgão colegiado. Fato esse que se demonstra pelo gráfico a seguir:

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

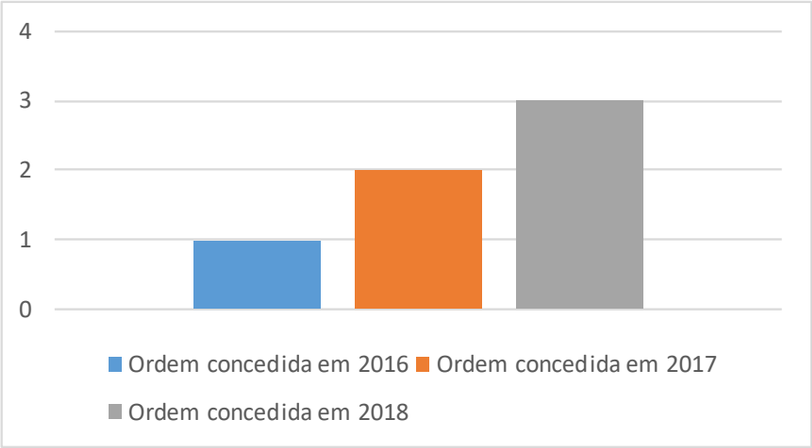


Gráfico 2: Análise das concessões de ordem em *habeas corpus*
Fonte: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

No último ano de pesquisa, qual seja, em 2019, houve nítido acréscimo nas concessões de ordem de *habeas corpus*, mostrando um novo posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul frente às inovações legislativas na matéria. De um total de 19 acórdãos analisados, 14 foram pela concessão da liberdade, enquanto apenas cinco mantiveram a paciente encarcerada. Tal fato se deu em decorrência da orientação firmada pela Suprema Corte no julgamento do *Habeas Corpus* n° 143.641/SP, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowiski, datado de 20/02/2018, no sentido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puerpérias ou cuidadoras primárias de crianças e deficientes, em atendimento às novas regras de Bangkok. Além disso, é possível evidenciar que a promulgação da Lei nº 13.769/2018 auxiliou para a mudança e posicionamento do Tribunal gaúcho. O gráfico a seguir mostra o número de *writ* julgados:

Salienta-se, outrossim, que a grande maioria dos acórdãos foi prolatada tendo por base as disposições da Lei nº 13;769, de 19 de dezembro de 2018[40], conforme epigrafado, que acrescentou os artigos 318-A e 318-B no Código de Processo Penal; senão, vejamos:

> Art. 318-A, do CPP. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:
>
> I – não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
>
> II – não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.
>
> Art. 318-B, do CPP. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.

Como visto, tais dispositivos passaram a estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher ou gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência. Nesse sentido, demonstra uma das jurisprudências analisadas:

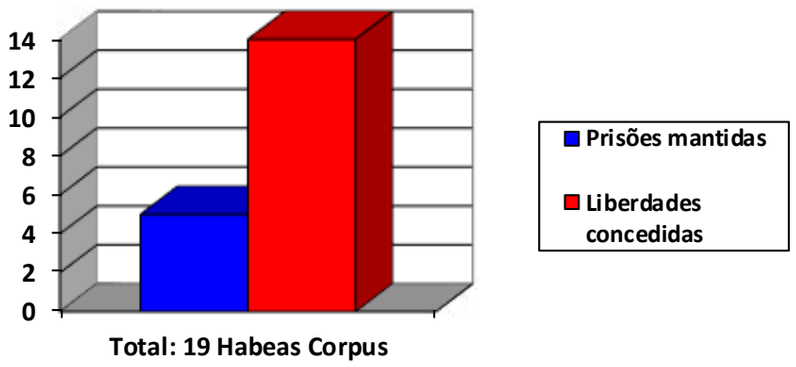


Gráfico 5: Total de *habeas corpus* analisados em 2019
Fonte: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

[40] BRASIL. Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONVERSÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. DECISÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA. RISCO CONCRETO À ORDEM PÚBLICA. PRISÃO DOMICILIAR. Cuida-se o tráfico de drogas de crime grave. E a repercussão social dele decorrente, quer no âmbito da saúde pública, quer na esfera da criminalidade potencializada pelo uso e pelo comércio de substâncias entorpecentes está a evidenciar concreto risco à ordem pública a tornar necessária a prisão preventiva e obstar a aplicação das medidas cautelares a que alude o art. 319 do Código de Processo Penal. Segregação cautelar devidamente fundamentada, fundada nas circunstâncias em que se deu a prisão, restando apreendida significativa quantidade de drogas diversas (27g de cocaína e 70g de maconha), além de diversas armas de fogo, munições e petrechos para recarga de munições, em cumprimento a mandado de busca e apreensão expedido no âmbito de extensa investigação policial que revelou o envolvimento da paciente em associação voltada para o tráfico de drogas. Por outro turno, a alteração produzida no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.769/2018 que acresceu os artigos 318-A e 318-B àquele diploma legal assegurou, indiscriminadamente, à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou responsável por pessoas com deficiência, a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. Oportuno consignar que a novel legislação não está, contrariamente ao que possa parecer, preservando os interesses da prole deficiência atingida, em hipóteses como a vertente, pela prática da narcotraficância desenvolvida pela genitora no local onde todos moravam. Mais, claro está que a colocação em prisão domiciliar em tais casos permitirá a continuidade da atividade delituosa na presença das crianças que resultarão, em verdade, sem proteção alguma. Todavia, tanto assegurou o legislador, o que enseja a substituição da segregação cautelar por prisão domiciliar, mostrando-se anódina a adoção de cautelas alternativas, pois nenhuma delas impedirá que a paciente continue se dedicando à narcotraficância. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (*Habeas Corpus* Nº 70080453087, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 20/02/2019).

Por fim, mas não menos importante, faz-se necessário ressaltar que dos 101 pedidos de liberdade analisados, 85 eram em decorrência do envolvimento das pacientes com o tráfico de drogas ou associação para o tráfico; 13 por crime de ameaça e/ou lesão corporal; um por crime de homicídio; 01 um por crime de roubo e ainda um por crime de peculato. Isso demonstra que a maioria esmagadora – 84% das mulheres – está presa em decorrência da atual política de drogas no país. É cediço que inúmeras infrações criminais que são praticadas giram em torno do tráfico ilícito de entorpecentes, além do que traficantes de drogas exploram a condição de viciado e dependente químico das pessoas que fazem uso, em alguns casos compulsivos, das substâncias para com isso obter dinheiro e outras vantagens.

Os números da pesquisa, principalmente aqueles coletados em 2019, apontam que a temática do encarceramento feminino vem sendo discutida no âmbito jurídico brasileiro de forma crescente nos últimos anos, tendo em vista as recentes inovações legislativas e o atual posicionamento da Suprema Corte brasileira na matéria. Espera-se que o Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul mantenha esse entendimento humanitário e digno às mulheres que se encontram em situação de prisão.

As estruturas de poder do Estado têm de estar preparadas para atender essa crescente demanda de mulheres encarceradas que são cuidadoras primárias de crianças e adolescentes. A família é a base da sociedade; quando afastamos o elo de proteção, cuidado e auxílio dos filhos, estes ficam à mercê de todo tipo de problema, perdem aula nas escolas, se aproximam das drogas e o ciclo acaba se tornando vicioso. Ainda que a prisão tenha sido decorrente do envolvimento com o tráfico de drogas, há necessidade de o Poder Judiciário e o Estado como um todo compreender que muitas dessas mulheres veem no tráfico uma forma de ganho rápido, “de colocar comida na mesa”. Não há mais

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

tempo nem espaço para políticas públicas que deixam de observar esse atual contexto social. A necessidade de resposta é urgente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, nos últimos anos a questão da criminalidade feminina vem ocupando posição de destaque no universo das ciências penais. Estudos apontam que o número de mulheres encarceradas vem aumentando consideravelmente, ainda que a grande maioria dos presos brasileiros continuem sendo indivíduos do sexo masculino. Outro fator importante é a negligência em relação aos estudos e pesquisas sobre a criminalidade feminina, o que faz com que haja evidente distanciamento entre os métodos de aprisionamento e a adequação social.

Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de modo geral, para que uma mulher possa ser submetida ao cárcere em virtude de acautelamento provisório, bastaria a indicação de forma expressa, dos fundamentos para a sua decretação, nos termos do art. 312, do Código de Processo Penal. Contudo, alia-se à explicitação textual dos requisitos previstos em lei a necessária demonstração concreta e firme de que tais condições são imprescindíveis para justificar a segregação cautelar. Em outras palavras, a excepcional situação jurídica de privação da liberdade exige uma interpretação constitucional e infraconstitucional dos dispositivos baseada em elementos da realidade em concreto.

No âmbito constitucional, o art. 1º, inciso III erige a dignidade da pessoa humana como fundamento da república. No rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, encontra-se a proteção da maternidade e da infância, o direito das mulheres encarceradas de permanecerem com seus filhos durante a fase de amamentação, bem como a especial proteção à família pelo Estado. Na esfera infraconstitucional, a Lei 11.942, de 28 de maio de 2009, deu nova redação aos artigos 14, 83 e 89 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 7º a 10) assegura à gestante o atendimento pré e perinatal, bem como o acompanhamento no período pós-natal, garantindo ainda o direito à amamentação, inclusive no caso de mães encarceradas. E, mais recentemente, o Marco Legal da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), que entrou em vigor em março de 2016, alterou a redação do artigo 318 do Código de Processo Penal, a fim de tornar ainda mais amplas as hipóteses de concessão de prisão domiciliar.

A partir desse cenário, é possível concluir que a adoção das Regras de Bangkok no sistema jurídico brasileiro vem no sentido da proteção das mulheres em situação de conflito com a lei, mas principalmente no amparo aos recém-nascidos e às crianças que necessitam de vigilância e cuidado maternos. Entretanto, é preciso que toda esta política de proteção comece a ser implementada, a começar pela melhora das condições de higiene e salubridade dos presídios. É notório que a situação do sistema penitenciário brasileiro tem lesado direitos fundamentais quanto à dignidade, intimidade, higidez física e integridade psíquica das presas. Os presídios enfrentam o problema da superlotação e da falta de agentes, o que, consequentemente, traz danos às mulheres que ali se encontram encarceradas.

Não há dúvida de que o Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto ali permanecerem. E é dever do Estado mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir os danos que daí decorrerem. Não custa recordar que a garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica das detentas constitui dever estatal que possui amplo

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

lastro não apenas no sistema jurídico interno (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, "e"; XLVIII; XLIX; Lei nº 7.210/84, arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei nº 9.455/97 – crime de tortura; Lei nº 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como também em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955).

A despeito do alto grau de positivação jurídica, a efetivação desse direito básico ainda constitui um desafio inacabado.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Mariana Domingues de Castro Camargo; ARANHA FILHO, José Queiroz Telles de Camargo. A legitimidade constitucional do ativismo judicial. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 86, p. 207-325, jan./mar. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Mapa Carcerário*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras*. Brasília, 2016. Disponível em: www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/.../a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf.

BRASIL. Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. *INFOPEN Mulheres – junho de 2014*. Disponível em: www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da.../relatorio-infopen-mulheres.pdf. Acesso em: 08 abr. 2018. p. 5.

BRASIL. Ministério da Justiça. *INFOPEN Mulheres –março de 2018*. Disponível em www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da.../relatorio-infopen-mulheres.pdf. Acesso em: 22 mar. 2019. p. 10.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Brasília, DF, 05 de maio de 2011. *Diário da Justiça*, DF, 13 outubro. 2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em: 22 mar. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 134.734, do Tribunal de Justiça de São Paulo, Brasília, DF, 30 de junho de 2016. *Diário da Justiça*, DF, 4 de abril de 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo861.htm#transcricao1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 143.641, do Tribunal de Justiça de São Paulo, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. *Diário da Justiça*, 09 de outubro de 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Habeas Corpus* nº 70071873244, da Segunda Câmara Criminal, Porto Alegre, RS, 15 de dezembro de 2016. Diário da Justiça, 20 de fevereiro de 2017. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Habeas Corpus* nº 70080453087, da Primeira Câmara Criminal, Porto Alegre, RS, 20 de fevereiro de 2019. Diário da Justiça, 27 de fevereiro de 2019. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris.

COLARES, Leni Beatriz Correia; CHIES, Luiz Antônio Bogo. Mulheres nas so(m)bras: invisibilidade, reciclagem e dominação viril em presídios masculinamente mistos. *Estudos Feministas*, Florianópolis, ano 18, n. 2, p. 407-423, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Tradução Raquel Ramalhete. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; SOUZA, Lídio de. Mulheres encarceradas e espaço prisional: uma análise de representações sociais. *Revista Psicologia Teoria e Prática*, Espírito Santo, ano 7, n. 1, p. 61-79, 2005.

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

LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos*: análise sociológica de uma prisão de mulheres. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LOPES, Regina Maria Fernandes; MELLO, Daniela Canazaro de; ARGIMON, Irani I. de Lima. Mulheres encarceradas e fatores associados a drogas e crimes. *Ciência e Cognição*, Porto Alegre, n. 15, p. 121-131, 2010.

MELO, Daniela Canazaro. *A prisão feminina*: gravidez e maternidade – um estudo da realidade em Porto Alegre – RS/Brasil e Lisboa/Portugal. 2014. 257f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade*: de acordo com a Lei 12.403/2011. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PARANHOS, Ranulfo. A rosa púrpura do cárcere: o encarceramento de mulheres no Brasil (2003-2007). *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, ano 6, n. 2, p. 245-261, 2014.

PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006.

SOARES, Bárbara. M.; ILGENFRIT, Iara. *Prisioneiras*: vida e violência atrás das grades. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SOARES, Gabriela Pinheiro; Félix-Silva, Antônio Vladimir; FIGUEIRÓ, Martha Emanuela Soares da Silva. Teatro-Menor: cartografia em arte e experimentação de mulheres em situação de cárcere. *Psicologia & Sociedade*, Porto Alegre, n. 26, p. 89-99, 2014.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

SOUZA, Simone Brandão. Criminalidade feminina. *Revista Democracia Viva*, Rio de Janeiro, n. 33, p. 10-16, 2005.

TRINDADE, Lourival Almeida. *A ressocialização...uma (dis)função da pena de prisão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

VALENTE, Dirce Lima; HADLER, Oriana Holsbach; COSTA, Luciano Bedin. Por uma klínica cartográfica: a experiência da maternidade em mulheres em privação de liberdade. *Revista de Psicologia da IMED*, Passo Fundo, ano 4, n. 2, p. 681-691, [REVER NUMERAÇÃO] 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Rafael. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

A AUSÊNCIA DE PRAZO LEGAL DA PRISÃO PREVENTIVA SOB A PERSPECTIVA DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

THE ABSENCE OF LEGAL TERM OF THE PRE-TRIAL DETENTION UNDER THE PERSPECTIVE OF THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Vinicius Rocha Moço

Pós-Graduando em Direito Constitucional na Faculdade Legale. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2018). Bacharel em Sistemas de Informação pela Universidade de Mogi das Cruzes (2008).

vcs.rocha@outlook.com

Recebido em: 10.03.2019
Aprovado em: 28.05.2019
Última versão do(a) autor(a): 10.06.2019

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo o estudo da ausência de prazo legal para a duração da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro sob a luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Por meio da análise do diploma internacional, buscou-se compreender como o prazo de duração da prisão preventiva é tratado no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e se a falta de tal prazo no âmbito do direito interno brasileiro o viola de alguma forma. Foi abordada também a inserção da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da análise do Código de Processo Penal e da Constituição Federal.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Processo penal. Direitos humanos. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.

Abstract: This research aims to study the absence of a legal term for the duration of pre-trial detention in the Brazilian legal system under the perspective of the American Convention on Human Rights. Through the analysis of the international convention, it was sought to understand how the duration of pre-trial detention is treated within the American Human Rights System, and whether the lack of such a term within Brazilian domestic law violates it in any way. It was also analyzed the insertion of pre-trial detention in the Brazilian legal system, through the analysis of the Code of Criminal Procedure and the Federal Constitution.

Key words: pre-trial detention; criminal procedure; human rights; American Convention on Human Rights.

Sumário: 1. Introdução – 2. Metodologia – 3. Origens autoritárias do Código de Processo Penal – 4. Espécies de prisões no ordenamento jurídico brasileiro – 5. A inserção da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro: 5.1. Requisitos para a decretação da prisão preventiva; 5.2. Hipóteses de cabimento da prisão preventiva; 5.3. Revogação da prisão preventiva e seu prazo de duração – 6. A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: 6.1. A incorporação da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro; 6.2. Duração da prisão preventiva no âmbito da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – 7. Ausência de prazo legal da prisão preventiva à luz da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: 7.1. Dignidade da pessoa humana; 7.2. Duração razoável do processo; 7.3. Estado de inocência – Considerações finais – Referências.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo o estudo da ausência de prazo legal para a duração da prisão preventiva sob a luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O Brasil possui altos índices de encarceramento. Em 2014, o grupo de trabalho sobre prisões arbitrárias da Organização das Nações Unidas (ONU) emitiu relatório indicando o encarceramento em massa no Brasil. Segundo o relatório, o país possui uma população carcerária com mais de 549.000 pessoas, sendo a maior da América Latina e uma das maiores do mundo. São 248 detentos para cada 100.000 pessoas (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014, p. 11).

Já o relatório "Mapa das Prisões", da instituição de direitos humanos Conectas, emitido em 2014, mostra uma população carcerária de 574.027 pessoas em junho de 2013, sendo, na época, a quarta maior do mundo, atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia. Além disso, entre 1992 e 2013, a taxa de encarceramento no Brasil cresceu 317,9%, passando de 74 para 300,96 presos para cada 100.000 habitantes (CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2014).

Os dados mais atualizados mostram uma continuidade da política de encarceramento. Em 2016 foi publicado o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, o qual indicou uma população carcerária de 726.712 pessoas, ou seja, uma taxa de ocupação carcerária de 197,4% (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2016, p. 8), deixando o Brasil com a terceira maior população carcerária do mundo, ficando somente atrás da China, em segundo lugar, e dos Estados Unidos, em primeiro lugar.

Tal situação se torna mais preocupante ao constatarmos que, nesse universo de pessoas presas, quase metade são presos provisórios, ou seja, são aqueles que, ou por terem sido detidos em flagrante delito ou por ordem judicial, são mantidos encarcerados sem terem ido a julgamento e sem uma sentença definitiva.

O grupo de trabalho da ONU informa em seu relatório um número de 217.000 detentos em condição de prisão provisória, representando 43,5% do total da população em detenção à época. Já o INFOPEN de junho de 2016 mostra um total de 292.450 presos provisórios, representando 40,2% da população carcerária (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2016, p. 8).

Os relatórios demonstram o uso indiscriminado das prisões cautelares – também chamadas de processuais ou provisórias –, principalmente da prisão preventiva, que deveriam seguir o princípio da excepcionalidade, que encontra amparo no artigo 282, §6º do Código de Processo Penal (CPP):"Art. 282 § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319) (BRASIL, 1941)".

Segundo Aury Lopes Júnior (2015, p. 601) "o art. 282, §6º é importante e consagra a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado, enfatizando a necessidade de análise sobre a adequação e suficiência das demais medidas cautelares".

Porém, um dos maiores problemas identificados no instituto da prisão preventiva é o seu prazo indeterminado. Ao contrário da prisão temporária, cujo prazo máximo está estabelecido em lei, a prisão preventiva não possui qualquer limite objetivo de prazo, podendo durar enquanto o juiz achar necessário.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Tal fato permite casos de prisões preventivas extremamente longas, ensejando situações absurdas como o caso de um réu ficar preso provisoriamente por um tempo maior do que o determinado por sua condenação, ou ser até mesmo absolvido.

Constatam-se casos de acusados presos provisoriamente, antes ou depois da sentença condenatória sem trânsito em julgado, por período superior a três, quatro, cinco, seis, sete, oito e até dez anos (SANGUINÉ, 2014).

Pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) constatou que, em 37% dos casos em que há aplicação de prisão provisória, os réus não são condenados à pena privativa de liberdade ao final do processo (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2015, p. 38).

Já relatório emitido pelo Instituto Sou da Paz constatou que:

> Chama a atenção não só o fato de os juízes utilizarem a prisão provisória de maneira abusiva, mas, sobretudo, o seu uso indevido. Muitos dos réus são mantidos privados da liberdade durante o processo e, ao final, mesmo quando condenados, são colocados em liberdade. Nesses casos, fica evidente a utilização da prisão provisória como uma sobrepena processual, frise-se, mais grave do que a pena recebida no processo, violando os ditames legais. (INSTITUTO SOU DA PAZ, 2015, p. 22).

Mesmo possuindo um quadro de flagrante violação aos direitos fundamentais dos detentos, como a dignidade da pessoa humana e o estado de inocência, constata-se que o Brasil é signatário de diversos diplomas internacionais de Direitos Humanos que preveem maior proteção às pessoas sob custódia do Estado, dentre os principais consta a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADH).

Diante da vigência de um instituto controverso como a prisão preventiva, do seu uso indiscriminado e da ausência de um prazo legal para a sua duração, torna-se de suma importância o estudo dessa espécie de prisão à luz de um dos principais diplomas internacionais de proteção dos direitos humanos.

Dessa forma, o presente trabalho terá como objeto a prisão preventiva e a ausência de um prazo legal para a sua duração à luz da CADH. A pesquisa objetivará compreender como a prisão preventiva e o texto internacional se inserem na legislação brasileira, como a questão da duração das prisões cautelares é tratada no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH), quais problemas surgem com a ausência de prazo e se eles ferem o diploma internacional.

2. METODOLOGIA

O método a ser utilizado para o desenvolvimento do estudo será essencialmente o bibliográfico, por meio da análise da doutrina que trata da temática das prisões cautelares, jurisprudência de tribunais nacionais e internacionais e produção acadêmica, além da análise de relatórios produzidos por instituições como a ONU, Conectas, Instituto Sou da Paz, IPEA e do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN do Ministério da Justiça, que permitirão visualizar na prática os efeitos da ausência de prazos legais da prisão preventiva.

O estudo também perpassará pela Constituição Federal, Código de Processo Penal e Código Penal com o intuito de compreender a inserção da prisão preventiva e da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Por fim, será realizada uma análise da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos com o objetivo de verificar como é tratada a temática da duração da prisão preventiva em seu âmbito, e se a falta de prazos legais no ordenamento jurídico interno brasileiro para a duração da prisão preventiva viola tal diploma internacional de algum modo.

3. ORIGENS AUTORITÁRIAS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Antes de ser aprofundado o estudo da prisão preventiva, cabe uma reflexão acerca das origens do atual CPP brasileiro.

O CPP foi instituído por meio do Decreto-lei 3.689 de 1941, e gestado sob a vigência da Constituição de 1937 (também conhecida como "polaca"), de forte influência do fascismo italiano, em pleno Estado Novo de Getúlio Vargas, que perdurou de 1937 a 1945, período este que, segundo Giacomolli (2015, p. 78) "foi cunhado como totalitário, ditatorial, conservador e reacionário".

A grande influência do CPP foi o Código de Processo Penal italiano da década de 30, também conhecido como Código Rocco, de ideologia fascista (GIACOMOLLI, 2015, p. 77). O fascismo visava impor a ordem e a disciplina na sociedade. Segundo Giacomolli:

> O fascismo não acreditava na paz, mas na guerra, no combate incessante, na luta, no jogo. O reflexo disso no Processo Penal é representado pelo paradigma da necessidade de combater o acusado, a concepção de que o réu é inimigo do Estado, um inimigo da sociedade. (GIACOMOLLI, 2015, p. 79).

Logo, tal cenário político só poderia resultar em um código de processo de estilo inquisitorial, que prima pela relação autoritária entre Estado e cidadão, segundo a qual este último é um objeto a sofrer rígido controle estatal.

Um sistema inquisitivo tem o réu como um mero objeto processual, e não como um sujeito de direitos e parte no processo. Também acaba por reunir no juiz as funções de acusar, julgar e defender o investigado, além de toda gestão das provas (MINAGÉ, 2013, p. 5). De acordo com o autor, "a origem da nomenclatura do sistema inquisitivo vem da inquisição (Santa Inquisição – Tribunal Eclesiástico), que possuía como finalidade a investigação e punição dos hereges, pelos membros do clero" (MINAGÉ, 2013, p. 5).

Embora possua inspiração fascista e modelo inquisitivo, o CPP foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (CF) e vem sendo objeto de reformas graduais, de modo a adequá-lo à nova constituição vigente, e aproximá-lo de um sistema processual penal acusatório (NAKAHARADA, 2015, p. 11).

O sistema acusatório é a antítese do sistema inquisitivo, uma vez que há a separação entre as funções de acusar, julgar e defender, além de possuir um juiz imparcial e limitado a julgar, incumbindo às partes a gestão da prova (MINAGÉ, 2013, p. 5).

Porém, diversas marcas inquisitoriais permanecem no CPP até os dias atuais, gerando uma incoerência entre este e a CF, predominantemente garantista, na qual prevalece um sistema processual acusatório. Tal incoerência acabou por criar um sistema processual penal esquizofrênico, sendo que a interpretação do CPP deve ser realizada muitas vezes, de maneira restritiva, pois muitos de seus dispositivos não foram recepcionados pela CF (NAKAHARADA, 2015, p. 12).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Marcas inquisitoriais podem ser encontradas, por exemplo, na possibilidade de o juiz condenar o réu, mesmo diante de um pedido de absolvição do Estado-Acusador (art. 385 do CPP), na viabilidade de o juiz dar uma qualificação jurídica diversa da outorgada pela acusação, mesmo que o imputado não tenha se defendido (art. 383 do CPP), na possibilidade de recurso de ofício, mesmo que a acusação não tenha interposto o recurso cabível (arts. 574 e 746 do CPP) e na decretação da prisão preventiva (art. 311 do CPP) (GIACOMOLLI, 2015, p. 80).

A prisão preventiva, modalidade de prisão cautelar objeto do presente estudo, pode ser considerada como "verdadeiro instrumento persecutório e, por consequência lógica, ao revés de dispensar tratamento de caráter excepcional para a prisão cautelar, considerando-a como efetiva exceção à regra que é a liberdade" (MINAGÉ, 2013, p. 91).

Devido à lógica incorporada ao CPP, a prisão processual passou a ser a regra e não uma exceção, "inclusive sem duração temporal definida, pois a culpa era presumida, ou seja, o ser humano já nasceria culpado" (GIACOMOLLI, 2015, p. 110)

No próximo tópico será dado um breve panorama das prisões no sistema processual penal brasileiro.

4. ESPÉCIES DE PRISÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A regra em todo o sistema jurídico constitucional é a liberdade, conforme preconizado no *caput* do artigo 5º da CF. Ainda que um indivíduo seja réu em uma ação penal, a regra será que o mesmo permaneça em liberdade até que haja uma eventual sentença penal condenatória transitada em julgado, em respeito ao princípio do estado de inocência insculpido no inciso LVII, também do artigo 5º da CF.

No entanto, ainda que seja considerado inocente, há situações excepcionais nas quais o indivíduo possa vir a ter a sua liberdade suprimida antes mesmo de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Conforme lecionado por Minagé (2013, p. 41), no ordenamento jurídico brasileiro, as prisões podem ser divididas em prisão pena e prisão cautelar ou processual.

A prisão pena encontra o seu fundamento em uma condenação à pena privativa de liberdade por meio de uma sentença penal transitada em julgado, ou seja, trata-se de "uma situação fática, debatida e apresentada exaustivamente no processo" (MINAGÉ, 2013, p. 41).

Por sua vez, a prisão cautelar, ou processual, ocorre antes do encerramento da ação penal, ou seja, antes de uma sentença definitiva, e pode ser subdividida em 3 espécies: flagrante, preventiva e temporária. Ao contrário da prisão pena, a prisão cautelar encontra o seu fundamento na cautelaridade, que se trata da necessidade de assegurar a eficácia da prestação da tutela jurisdicional (MINAGÉ, 2013, p. 24). A cautelaridade possibilita:

> O pleno exercício não só da acusação como também do direito de defesa, garantindo a eficácia do direito de punir (caso ocorra a sentença condenatória transitada em julgado) e o direito à ampla defesa e ao contraditório, garantias constitucionais em todos os processo e procedimentos administrativos. (MINAGÉ, 2013, p. 92).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Porém, por ser decretada antes do exaurimento da ação penal, a prisão cautelar carrega em si "uma carga exorbitante de dúvidas quanto ao alegado e decidido, justamente pela falta de aprofundamento do conteúdo fático da questão" (MINAGÉ, 2013, p. 91).

A CF proibiu que o acusado fosse considerado culpado antes da sentença transitada em julgado, mas manteve as medidas cautelares de prisão, uma vez que se mostram instrumentos indispensáveis à proteção do processo e, em certa medida, da sociedade (MINAGÉ, 2013, p. 24).

As prisões cautelares encontram seu fundamento constitucional no inciso LXI do art. 5º da CF, segundo o qual "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei" (BRASIL, 1988).

No entanto, tratam-se da *ultima ratio* do sistema processual penal vigente, ou seja, devem ser aplicadas somente em último caso, quando outras medidas cautelares se mostrarem insuficientes. Esse é o determinado pela Lei 12.403/2011, que reformou as medidas cautelares do CPP.

A reforma empreendida pela Lei 12.403/2011 evidenciou a natureza cautelar da prisão preventiva, pois foram extintas figuras que remontavam à antecipação dos efeitos de eventual sentença condenatória, como a prisão preventiva decorrente de pronúncia e aquela decorrente de condenação recorrível (NAKAHARADA, 2015, p. 110).

Souza ressalta o caráter instrumental da prisão preventiva, já que não é a prisão um fim em si, mas instrumento de proteção da efetividade do próprio processo no qual ela é decretada (SOUZA, 2013, p. 7).

A seguir, será aprofundado o estudo sobre a prisão preventiva, modalidade de prisão cautelar objeto da presente pesquisa.

5. A INSERÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Reis (2012, p. 378) define a prisão preventiva como a "modalidade de prisão processual decretada exclusivamente pelo juiz de direito quando presentes os requisitos expressamente previstos em lei". Já Souza menciona que se trata de "medida cautelar de natureza pessoal, na medida em que recai sobre a liberdade individual de pessoas, em oposição às medidas cautelares reais cuja aplicação, ao contrário, recai sobre bens de um determinado indivíduo" (SOUZA, 2013, p. 4).

Tal modalidade de prisão está tratada nos arts. 311 a 316 do CPP. O art. 311 determina que a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, ou seja, pode ser decretada apenas contra indiciado e acusado, jamais contra suspeito (MINAGÉ, 2013, p. 94).

Ressalte-se que o artigo menciona "investigação policial". Parte da doutrina entende que é vedada a interpretação extensiva de dispositivos que restringem direitos fundamentais, de modo que não haveria a possibilidade de decretação de prisão preventiva em casos de Comissão Parlamentar de Inquérito ou investigação preliminar presidida pelo Ministério Público, por exemplo (MINAGÉ, 2013, p. 94).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

5.1 REQUISITOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Para que a prisão preventiva possa ser decretada, será necessária a presença de certos requisitos.

Existem dois requisitos fundamentais, sem os quais a prisão preventiva não poderá ser decretada, sendo estes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* (MINAGÉ, 2013, p. 41).

O *fumus comissi delicti* está expresso no *caput* do art. 312, *in fine*, ao mencionar a necessidade de existência de "prova da existência do crime" e "indício suficiente de autoria", e pode ser entendido como:

> Verdadeira certeza questionável da tipicidade penal da conduta, ou seja, a conduta imputada ao sujeito deve estar necessariamente enquadrada como criminosa no ordenamento jurídico. E mais, além da aparente tipicidade da conduta, deve o agente ser provavelmente (juízo de probabilidade) o autor da respectiva ação humana que lhe é imputada. (MINAGÉ, 2013, p. 41).

Ou seja, trata-se de um juízo de probabilidade (não de certeza) da ocorrência de um fato tipificado como criminoso e da suposta autoria.

Por sua vez, o *periculum libertatis* pode ser definido como:

> Fundamento do decreto prisional. Necessariamente, para utilização de uma medida cautelar deve estar presente algum tipo de ameaça ou perigo ao normal desenvolvimento do processo, sendo necessário demonstrar que a demora e não utilização da medida cautelar acarretará verdadeiro risco ao desenvolvimento do processo ou frustração na efetivação de uma possível sentença penal condenatória. (MINAGÉ, 2013, p. 93).

Trata-se, portanto, do perigo na liberdade do réu, que pode resultar em prejuízos probatórios, executórios ou no meio social. Logo, para que um indivíduo tenha o seu direito fundamental à liberdade suprimido, necessário é que esses dois elementos sejam presumidos antecipadamente.

Os fundamentos do *periculum libertatis* estão listados no *caput* do art. 312 do CPP, sendo eles: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal, e em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. Este último previsto no parágrafo único do referido dispositivo.

A expressão "garantia da ordem pública" apresenta-se como o requisito mais amplo, genérico e indeterminado do ordenamento jurídico para a decretação de prisão preventiva (MINAGÉ, 2013, p. 95).

A jurisprudência acabou por emprestar à garantia da ordem pública os mais diversos significados, inclusive aqueles que não servem como base ou requisito para a decretação de prisão preventiva, como "comoção social", "periculosidade do réu", "preservar a integridade do réu em caso de possível linchamento", "perversão do crime", "insensibilidade moral do acusado", "clamor público", "repercussão midiática" (MINAGÉ, 2013, p. 95).

De fato, a lei é vaga e imprecisa, não sendo possível extrair dela o real significado do termo "ordem pública", sendo flagrante a inconstitucionalidade da prisão preventiva que tenha como fundamento a "garantia da ordem pública":

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> Seja por não possuir a sobredita medida natureza cautelar (representando, assim, um juízo antecipado de culpabilidade), seja por se fundar ela em conceito extremamente vago e impreciso, violando o princípio da legalidade (que impõe, no processo penal, a taxatividade das medidas cautelares pessoais), o que dificulta a defesa do acusado. (SOUZA, 2013, p. 25).

A "garantia da ordem econômica" está intimamente ligada aos crimes contra a ordem econômica ou contra o sistema financeiro, e se tornaram conhecidos como "crimes do colarinho branco", praticados mediante fraude contra as ordens financeira, econômica ou tributária (MINAGÉ, 2013, p. 98).

A "conveniência da instrução criminal" é um dos requisitos que melhor caracteriza o fundamento do *periculum libertatis*, uma vez que, neste caso, a prisão preventiva visa resguardar o processo penal durante a instrução criminal, principalmente ao proteger a produção probatória (MINAGÉ, 2013, p. 98).

"Assegurar a aplicação da lei penal" procura resguardar a eficácia de eventual provimento final condenatório diante de uma possível fuga do acusado (MINAGÉ, 2013, p. 99).

Por sua vez, a possibilidade de decretação da prisão preventiva em razão de "descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares", constante no parágrafo único do art. 312 do CPP, foi inserida pela Lei 12.403/2011. Nesse caso:

> Deve ser aplicada, apenas, após rigoroso juízo de proporcionalidade, após análise da necessidade e adequação da medida, justificável em situações graves, excepcionais, somente possível na impossibilidade de utilização de outras cautelares pessoais, exatamente como impõe o novo art. 282 do CPP. (SOUZA, 2013, p. 13).

5.2 HIPÓTESES DE CABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA

As hipóteses de cabimento da prisão preventiva estão previstas no art. 313 do CPP, também alterado pela reforma promovida pela Lei 12.403/11.

O inciso I do referido artigo admite a decretação da prisão preventiva em crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, de modo a evitar a decretação de medidas cautelares desproporcionais ao crime cometido e à pena a ele cominada (SOUZA, 2013, p. 12). Seria desproporcional a aplicação de prisão preventiva em crimes com pena máxima inferior a quatro anos pois, nessas hipóteses, a regra é a aplicação, ao final do processo, de benefícios como a suspensão condicional da pena ou a conversão dela em restritiva de direitos (SOUZA, 2013, p. 12).

A reforma do CPP ainda trouxe outras hipóteses de cabimento da prisão preventiva, independentemente da pena aplicada, como quando o acusado for reincidente em crime doloso já transitado em julgado, nos casos de violência doméstica e familiar e quando houver dúvidas quanto à identidade civil do acusado. Todas as hipóteses previstas no art. 313 do CPP.

5.3 REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E SEU PRAZO DE DURAÇÃO

A revogação da prisão preventiva está disciplinada no art. 316 do CPP. Tal dispositivo, em razão do caráter instrumental e cautelar da prisão preventiva, determina que a mesma pode ser revogada a qualquer tempo pelo juiz se for verificado que seus possíveis requisitos e pressupostos não mais se fazem presentes (MINAGÉ, 2013, p. 104).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

O artigo ainda determina que a prisão preventiva pode ser decretada novamente caso sobrevenham razões que a justifiquem.

Conforme lecionado por Badaró e Lopes Júnior "o prazo da prisão cautelar está intimamente vinculado ao princípio da provisoriedade (...); a provisoriedade está relacionada ao fato tempo, de modo que toda prisão cautelar deveria ser temporária, de breve duração" (2009, p. 52).

Ocorre que a prisão preventiva não possui qualquer limite temporal determinado na legislação, ficando a cargo do aplicador do direito avaliar se há ou não razões para revogá-la. A questão da indeterminação da duração das prisões cautelares como um todo é um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro:

> Reina a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão. Excetuando-se a prisão temporária, as demais prisões cautelares são absolutamente indeterminadas, podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender existir o *periculum* libertatis. (BADARÓ; LOPES JÚNIOR, 2009, p. 52).

A doutrina e a jurisprudência brasileira já tentaram construir limites para a duração da prisão preventiva. Baseado em um caso do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, foi criado o critério dos 81 dias. "Os 81 dias decorrem da soma do prazo de todos os atos da persecução penal, desde o início do inquérito policial ou da segregação do acusado, até a prolação da sentença, no procedimento comum ordinário" (BADARÓ; LOPES JÚNIOR, 2009, p. 101).

De acordo com o referido critério, superados os 81 dias de duração da prisão preventiva, estaria configurado o constrangimento ilegal. Ressalte-se que não havia a certeza de que, atingido o limite de 81 dias de duração da prisão preventiva, o indivíduo seria posto em liberdade. Tal argumento serviria apenas para embasar eventual pedido de revogação da prisão, a ser analisado segundo critérios diversos, tais como a complexidade do caso, o comportamento da defesa do acusado e o comportamento das autoridades judiciárias (NAKAHARADA, 2015, p. 13).

"É o que se convencionou chamar de teoria do não prazo, eis que não há sanção processual prevista em lei para o excesso temporal da prisão preventiva" (NAKAHARADA, 2015, p. 13), ou seja, a situação concreta de cada caso determinará se o prazo razoável foi ou não ultrapassado.

Porém, no ano de 2008, a Lei 11.719 promoveu uma uniformização dos prazos relativos aos atos processuais no CPP, de modo que o limite de 81 dias, então aceito, tornou-se obsoleto (NAKAHARADA, 2015, p. 12).

Além disso, tal regra foi sendo distorcida pela jurisprudência com o passar do tempo, como no entendimento da Súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em que o prazo de 81 dias só seria válido até o fim da instrução criminal, não sendo abrangida a fase recursal.

Esforços também foram empreendidos pelo legislativo brasileiro, de modo a impor um limite de duração da prisão preventiva. O Projeto de Lei 4.208/2001, que deu origem à Lei 12.403/2011, previa a inserção do artigo 315-A ao texto do CPP, que limitaria a duração da prisão preventiva em 180 dias, em cada grau de jurisdição, com a exceção de situações em que o investigado tiver dado causa à demora (NAKAHARADA, 2015, p. 113). Entretanto, tal previsão foi vetada no texto final da Lei 12.403/2011.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

O anteprojeto de um novo CPP, tramitando por meio do Projeto de Lei do Senado 156/2009, estipula prazos máximos de duração da prisão preventiva de 180 dias, podendo ser prorrogado dependendo das condições do caso concreto. Além disso, vencido o prazo da prisão preventiva, "o acusado deverá ser posto imediatamente em liberdade, constituindo verdadeira sanção processual ao Estado descumpridor da lei processual" (NAKAHARADA, 2015, p. 13).

Embora nenhuma das tentativas legislativas em colocar um limite objetivo de prazo para a prisão preventiva tenha sido efetivada, o parágrafo único do artigo 22 da Lei 12.850/2013, que revogou a Lei 9.034/1995, determina que "a instrução criminal deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso". Nakaharada defende que este prazo será "o novo norte de duração razoável da prisão preventiva no ordenamento jurídico, ao menos até o término da fase de instrução da persecução penal" (NAKAHARADA, 2015, p. 116).

Ressalte-se que o referido prazo de 120 dias é mera referência para se avaliar se a prisão preventiva se tornou excessiva, uma vez que não há qualquer sanção caso o prazo seja descumprido.

Enquanto perdura a inércia legislativa para estipular marcos temporais para a duração da prisão preventiva, as mais diversas violações de direitos fundamentais continuam a ocorrer por todo o país.

A morosidade do sistema judiciário brasileiro acaba por ensejar prisões preventivas extremamente longas, podendo até mesmo manter o réu preso provisoriamente por tempo maior do que o determinado por sua condenação.

Diante de um quadro de flagrante violação aos direitos fundamentais dos detentos, e um instituto de origens inquisitivas, torna-se de suma importância que, não somente o texto constitucional, mas também os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, sirvam como parâmetro para se interpretar os dispositivos do CPP.

Dentre os principais diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos ratificados pelo Brasil está a CADH, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que será estudada no próximo capítulo.

6. A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

6.1 A INCORPORAÇÃO DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A CADH é tida como a efetiva garantidora dos direitos humanos no contexto americano (NAKAHARADA, 2015, p. 55). Por meio do referido diploma, foi criado o SIDH, sendo este constituído pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo como objetivo monitorar e implementar a efetivação dos direitos em todo o continente (NAKAHARADA, 2015, p. 55).

A CADH foi assinada em 1969, mas entrou em vigência apenas no ano de 1978 (NAKAHARADA, 2015, p. 55). Contudo, o Brasil efetuou a sua aderência, por meio de depósito da carta de adesão, apenas em 25/09/1992, com promulgação em 06/11/1992, por meio do Decreto 678 (GIACOMOLLI, 2015, p. 101).

Muito se questionou, na doutrina e na jurisprudência, sobre a posição que tal espécie de diploma teria no ordenamento jurídico brasileiro. O art. 5º, § 2º, da CF, determina que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

República Federativa do Brasil seja parte" (BRASIL, 1988). Tal previsão levou parte da doutrina a defender a natureza constitucional de tratados e convenções internacionais que tivessem como objeto direitos e garantias individuais, uma vez que se trata de matéria tipicamente constitucional (NAKAHARADA, 2015, p. 21).

Porém, a Emenda Constitucional (EC) 45/2004 inseriu o § 3º no artigo 5º da CF, segundo o qual somente teriam hierarquia constitucional os tratados internacionais que tivessem por objeto direitos humanos, e que fossem aprovados pelo mesmo quórum qualificado necessário para aprovação de emendas constitucionais. Preconiza o referido dispositivo que:

> Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988).

Ocorre que a CADH foi incorporada ao ordenamento jurídico nacional em 1992, sendo anterior à EC 45 de 2004, o que acabou por gerar mais dúvidas quanto ao seu posicionamento perante às leis ordinárias e à própria CF.

Celso Lafer defende que qualquer tratado de direitos humanos incorporado ao ordenamento entre o início da vigência da CF e a entrada em vigor da EC 45, tem hierarquia, no mínimo, superior àquela das leis ordinárias, constituindo o bloco de constitucionalidade (LAFER, 2005 apud NAKAHARADA, 2015, p. 22). Já Flávia Piovesan defende que tais normas têm hierarquia constitucional, independentemente da forma pela qual foram internalizadas no ordenamento (PIOVESAN, 2005, p. 9).

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos do Recurso Extraordinário 466.343, de dezembro de 2008, proferiu entendimento no sentido de que a CADH teria natureza jurídica de norma supralegal, ou seja, estaria acima das leis ordinárias, mas, ainda assim, abaixo da CF (BRASIL, 2009).

Independentemente da posição adotada, claro está a preponderância dos tratados e convenções de direitos humanos celebrados pelo Brasil sobre a legislação penal no ordenamento jurídico brasileiro. Tal entendimento pode ser extraído do art. 1º, I do CPP e do art. 5º do Código Penal (CP). Trata-se do chamado princípio da supremacia da convencionalidade internacional e da preponderância da normatividade pactuada internacionalmente sobre as regras ordinárias internas (GIACOMOLLI, 2015, p. 18).

Ao assumir um compromisso internacional por meio de celebração de um tratado, um país passa a ter a obrigação de adaptar suas leis internas ao pactuado, de modo a não editar leis que violem o disposto no texto internacional (GIACOMOLLI, 2015, p. 18).

Logo, torna-se necessário o estudo da ausência de prazo da prisão preventiva à luz da CADH.

6.2 DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NO ÂMBITO DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

A CADH não possui em seu texto nenhuma indicação de limites máximos de duração da prisão preventiva, adotando, assim, a já mencionada "teoria do não prazo" (NAKAHARADA, 2015, p. 55), ficando a cargo dos Estados-membros a incumbência de delimitar, ou não, a duração das prisões cautelares. Conforme já mencionado, a referida teoria estipula que a situação concreta de cada caso determinará se o prazo razoável foi ou não ultrapassado.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Para avaliar a situação concreta, e determinar se o prazo razoável foi ultrapassado ou não, o SIDH, ou seja, tanto a Comissão quanto a Corte Interamericana, adotou a "teoria dos três critérios", criada pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem (NAKAHARADA, 2015, p. 56).

A referida teoria leva em consideração os seguintes critérios de avaliação do caso concreto: a complexidade do caso, o comportamento da parte, e o comportamento das autoridades judiciárias.

Assim, "a complexidade do caso encontra-se intimamente ligada a vários elementos e fatores, mormente à questão probatória". Em certos casos que possuam uma grande quantidade de provas, ou dificuldades em localizar testemunhas, ou pela complexidade do delito cometido, dentre outros fatores, demanda-se um tempo maior para a conclusão do processo e, consequentemente, aumenta-se a tolerância ao prazo de duração da prisão preventiva (NAKAHARADA, 2015, p. 50).

O comportamento da parte possui dois aspectos, sendo estes o exercício do direito de defesa e o eventual abuso do mesmo exercício do direito de defesa. Logo, deve ser garantida ao acusado a ampla defesa, com todos os instrumentos e prazos necessários a seu exercício. Porém, não se pode admitir o abuso do exercício desse direito por parte do acusado, de modo a protelar o processo. Mas, "mesmo assim, o liame entre o exercício da defesa e o seu abuso é tênue, de modo que não se devem restringir garantias do imputado em nome da celeridade" (NAKAHARADA, 2015, p. 49).

Por sua vez, o comportamento das autoridades judiciárias diz respeito à "atuação do ente estatal, mormente da autoridade judicial, no transcorrer do processo" (NAKAHARADA, 2015, p. 50). Segundo esse critério, deficiências estruturais não podem ser usadas como justificativas para dilações indevidas.

Logo, claro está que a ausência de previsão legal para a duração da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, por si só, não viola a CADH, uma vez que esta se vale da "teoria do não prazo", devendo ser analisado o caso concreto à luz da "teoria dos três critérios", para determinar se foi ultrapassado um prazo razoável ou não. Fica a cargo dos Estados-membros a incumbência de delimitar, ou não, a duração das prisões cautelares no âmbito interno.

Outros países membros do SIDH adotaram limites temporais para as prisões cautelares em seus ordenamentos internos. A Argentina adotou o prazo máximo de dois anos para a duração da prisão preventiva, desde que não tenha sido proferida sentença de primeira instância, podendo ser prorrogada por mais um ano em casos mais complexos (NAKAHARADA, 2015, p. 85). Entretanto, se houver condenação do réu em primeira instância, e for mantida a sua prisão preventiva, esta não estará mais sujeita a qualquer limite temporal.

O Paraguai adotou a pena mínima em abstrato do crime imputado como limite máximo de tempo para a duração da prisão preventiva, desde que não exceda o prazo contido no CPP para o encerramento do processo, nem durar mais de dois anos (NAKAHARADA, 2015, p. 93).

O Chile, por sua vez, estabeleceu, como prazo máximo para as prisões preventivas, a metade da pena prevista em caso de condenação (BADARÓ; LOPES JÚNIOR, 2009, p. 98).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Ocorre que a ausência de um limite para a duração da prisão preventiva no âmbito da CADH não afasta a necessidade de sua adoção por parte dos Estados no âmbito de seus respectivos ordenamentos, uma vez que tal ausência gera efeitos que violam os mais diversos direitos e garantias fundamentais do acusado previstos na própria CADH.

O Brasil, ao ratificar a CADH, nos termos de seu art. 1.1, assumiu a obrigação de cumpri-la e de fazer cumpri-la em todo o seu território e por todas as suas instituições, poderes, agentes públicos e cidadãos. Além disso, com fundamento no art. 2.1, assumiu o dever de adotar medidas de direito interno, suficientes à efetividade dos direitos e das liberdades (GIACOMOLLI, 2015, p. 10).

Logo, é imprescindível "para eficácia do direito fundamental, que a lei preveja o prazo máximo de duração da prisão e imponha como consequência automática do excesso, a soltura do réu" (BADARÓ; LOPES JÚNIOR, 2009, p. 105).

Nesse sentido, também se manifesta Nakaharada

> O processo penal em um Estado Democrático de Direito deve ser pautado pela estrita legalidade, e a manutenção da pessoa em cárcere não pode ficar a critério da subjetividade do aplicador do direito, até mesmo porque a garantia da presunção de inocência demanda que o indivíduo deva ser tratado como inocente durante toda a persecução penal. Daí a necessidade de imposição legislativa de limites legais para a atividade do Estado no exercício de sua pretensão punitiva, principalmente no que se refere à restrição de direitos fundamentais. (NAKAHARADA, 2015, p. 50).

Ressalta-se que a mera existência de uma previsão legal de prazos máximos para a prisão cautelar não afasta a necessidade de se examinar se esses prazos não são longos demais, devendo-se respeitar um limite razoável (BADARÓ; LOPES JÚNIOR, 2009, p. 105).

Diante disso, cabe verificar de qual modo os efeitos gerados pela falta de prazos legais para a prisão preventiva violam os direitos e garantias previstos na CADH, um dos principais diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos ratificados pelo Brasil.

7 AUSÊNCIA DE PRAZO LEGAL DA PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

7.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Há uma grande dificuldade em se obter uma conceituação clara de dignidade da pessoa humana, pois se trata de conceito com contornos vagos e imprecisos. O jurista Ingo Wolfgang Sarlet reconhece a dificuldade em se obter uma definição de dignidade da pessoa humana (SARLET, 2006, p. 39).

Entretanto, após analisar diversas perspectivas do conceito, o jurista apresenta uma proposta de definição, sendo esta:

> A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2006, p. 60).

Logo, "a noção da dignidade da pessoa humana, para dar conta da heterogeneidade e da riqueza da vida, integra um conjunto de fundamentos e uma série de manifestações" (SARLET, 2005, p. 15).

Sendo princípio basilar do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana encontra-se amplamente protegida na CADH. Além de outros princípios abrangidos pela dignidade da pessoa humana, esta é mencionada pelo diploma por três vezes.

O artigo 5.2 preconiza que ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Além disso, é determinado que toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano(COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969). Já o artigo 6.2, ao tratar da pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados, defende que o trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969). Por sua vez, o artigo 11.1 determina que toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

O princípio da dignidade da pessoa produz importantes efeitos jurídicos no âmbito do processo penal, de modo que o imputado não pode ser instrumentalizado e tratado como um mero objeto, ao invés de um sujeito de direitos (GIACOMOLLI, 2015, p. 13).

Indo contra o princípio da dignidade humana apresentado, a prisão preventiva é fruto de um sistema processual penal inquisitorial, o qual possuía a referida modalidade de prisão como regra, servindo como antecipação da pena, além de tratar o "acusado como culpado, objeto do processo, e não como inocente e sujeito de direitos processuais" (NAKAHARADA, 2015, p. 29).

O processo penal, por si só, cria um estigma em torno do indivíduo, que é agravado pelo prolongamento do processo e pela situação de cárcere (BADARÓ; LOPES JÚNIOR, 2009, p. 61). Essa estigmatização influencia em seu bem-estar, mormente o psíquico, em sua vida privada, familiar, social e profissional, em suma, sua dignidade. (GIACOMOLLI, 2015, p. 345).

A falta de um limite para a prisão preventiva gera incertezas na vida do acusado, levando "qualquer pessoa a níveis de estresse jamais imaginados. Não raros serão os transtornos psicológicos graves, como a depressão exógena" (BADARÓ; LOPES JÚNIOR, 2009, p. 61).

Percebe-se que a falta de prazos legais para a prisão preventiva viola os mais variados aspectos da dignidade do acusado, mantendo-o incerto sobre o seu futuro e à mercê do arbítrio das autoridades judiciárias.

Sobre a falta de respeito à dignidade do indivíduo, se manifesta Sarlet.

> O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, 2006, p. 59).

7.2 DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O direito ao prazo razoável no processo também se faz presente na CADH. O art. 7.5 determina que "toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou ser posta em liberdade" (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969). O art. 7.6 também trata do princípio ao prever que "toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais" (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969). Já o art. 8.1 preconiza que "toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável" (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969). Por sua vez, o art. 8.2, "c", trata da razoabilidade do prazo ao tempo que o imputado dispõe à preparação de sua defesa. (GIACOMOLLI, 2015, p. 343).

Giacomolli (2015, p. 344) elucida que "o razoável é um conceito aberto, carecedor de uma delimitação precisa, de difícil determinação *prima facie* e em abstrato". Além disso, é possível situá-lo "na linha do que encontra uma justificativa fática e jurídica dentro da normalidade (ajustado à norma) do procedimento e processo penal" (GIACOMOLLI, 2015, p. 344).

O critério espacial também deve ser considerado ao se tentar chegar a um conceito de razoável, uma vez que o mesmo pode ser diferente diante das particularidades de cada ordenamento jurídico, tradições jurídicas, ideologia, variáveis culturais, econômicas, políticas e sociais (GIACOMOLLI, 2015, p. 344).

Embora a CADH não esclareça o que é razoável, e se valha da "teoria do não prazo", de modo a não adotar um limite para a duração da prisão preventiva, não é afastada a necessidade dos Estados-membros, no âmbito de seus respectivos ordenamentos jurídicos, adotarem prazos legais para as suas medidas cautelares.

A falta de parâmetros e a ausência de sanções específicas ao descumprimento do prazo razoável contribuem para a ausência de efetividade do princípio em questão (GIACOMOLLI, 2015, p. 345). "Em se tratando de suspeito ou acusado preso, o constrangimento ilegal determinante da liberdade é a primeira consequência da falta de razoabilidade temporal" (GIACOMOLLI, 2015, p. 349). Além disso, o estigma causado pelo processo penal só tende a aumentar conforme o prolongamento do processo penal, especialmente se o acusado estiver submetido a medidas cautelares (BADARÓ; LOPES JÚNIOR, 2009, p. 105).

As reformas do processo penal devem ser norteadas também pela garantia da duração razoável do processo, pois cabe ao legislador instrumentalizar o processo penal com técnicas que garantam a sua razoável duração (GIACOMOLLI, 2015, p. 346). Ademais, não basta a mera adoção de prazos para a duração da prisão preventiva; é necessária a adoção de sanções pela demora processual, sendo automática, no caso da prisão, a soltura do réu. (BADARÓ; LOPES JÚNIOR, 2009, p. 105).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

A respeito da eficácia da norma, se manifestou Nakaharada:

> Por tratar-se de norma programática que não possui uma instrumentalidade efetiva, esta acabou por se tornar inócua, eis que carente de uma regulamentação pelo legislador ordinário, pois não há uma definição legal do que viria a ser razoável, em se tratando de prazo de duração do processo, o que deixa larga margem de interpretação em cada caso concreto, afligindo principalmente a situação daqueles que se encontram respondendo a processo presos. (NAKAHARADA, 2015, p. 23).

7.3 ESTADO DE INOCÊNCIA

O princípio do estado de inocência está previsto no art. 8.2, segundo o qual "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa" (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

É preferível a utilização do termo "estado de inocência" ao invés de "presunção de inocência", pois parte-se da "perspectiva de essência do ser, com características induvidosas, diferentemente da presunção, a qual não passa de uma hipótese, permanecendo até a sentença final" (GIACOMOLLI, 2015, p. 104).

Em suma, o ser humano nasce inocente e permanece inocente até que o Estado afaste esse estado natural e jurídico por meio do devido processo legal (GIACOMOLLI, 2015, p. 103). Logo, o encarceramento preventivo, uma vez que não se configura como pena, "não pode sujeitar o acusado e a sua liberdade pessoal a um esforço maior do que aquele que se pode exigir de quem se presume inocente" (BADARÓ; LOPES JÚNIOR, 2009, p. 59).

O prazo da prisão cautelar está vinculado ao princípio da provisoriedade, que, por sua vez, está relacionado ao fato tempo, de modo que toda prisão cautelar deveria ser temporária, de breve e determinada duração (BADARÓ; LOPES JÚNIOR, 2009, p. 52).

O princípio do estado de inocência não se compatibiliza com o cerceamento da liberdade do acusado de forma provisória por um prazo excessivo de tempo, de modo que a prisão cautelar tomará forma de pena antecipada.

Nesse sentido entendeu a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Ricardo Canese vs Paraguai do ano de 2004, na qual o autor da ação, Ricardo Nicolás Canese Krivoshein, após ser condenado por difamação em primeira instância, teve sua liberdade de locomoção cerceada por oito anos, passando a ter que solicitar autorização judicial todas as vezes que desejasse sair do país. Uma vez que não se tratava de decisão transitada em julgado, a Corte entendeu que a medida se converteu de cautelar em punitiva, pois passou a configurar uma verdadeira pena, violando a presunção de inocência do art. 8.2 da CADH (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2004).

O aspecto temporal da prisão preventiva deve estar devidamente demarcado, pois a falta de limites legais possibilita que a duração da prisão cautelar supere até mesmo a duração de uma eventual pena de reclusão, de modo que o réu passaria a ser tratado como condenado. Toma-se como exemplo o caso tratado no *habeas corpus* (HC) 109.298/DF, no qual o réu permaneceu preso por mais de cinco anos pelo crime de tráfico de drogas, previsto no art. 12 da Lei 6.368/1976, tempo este superior ao da própria pena de quatro anos e seis meses de reclusão, determinada na sentença condenatória (BRASIL, 2012).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Logo, o princípio do estado de inocência não admite que uma pessoa não condenada seja tratada como tal. O tempo de duração da prisão preventiva está ligado ao princípio da provisoriedade, ou seja, deve adotar um breve tempo de duração, de modo que se a prisão processual se estender além do razoável, assumirá contornos de pena antecipada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como objeto a ausência de limitação temporal da prisão preventiva, sob a perspectiva da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. A pesquisa perpassou pela inserção do referido instituto no ordenamento jurídico brasileiro, tratando de seus fundamentos, requisitos e de suas origens inquisitoriais.

A prisão preventiva pode ser considerada um instrumento persecutório. Trata-se de uma exceção à regra que é a liberdade e de um resquício do período inquisitivo do processo penal brasileiro.

Uma das características da prisão preventiva é a indeterminação acerca da sua duração, ficando a cargo do aplicador do direito avaliar se há ou não razões para revogá-la. A doutrina e a jurisprudência brasileira já tentaram construir limites para a duração da prisão preventiva ao somar os prazos de todos os atos da persecução penal, criando o critério dos 81 dias. Porém, a reforma empreendida pela Lei 11.719/2008, que promoveu uma uniformização dos prazos relativos aos atos processuais no CPP, tornou este critério obsoleto.

O legislador brasileiro também tentou impor um limite de duração da prisão preventiva por meio da Lei 12.403/2011, que previa a inserção do artigo 315-A ao texto do CPP. Tal artigo limitaria a duração da prisão preventiva em 180 dias, em cada grau de jurisdição, com a exceção de situações em que o investigado tiver dado causa à demora. Porém, tal previsão foi vetada no texto final do diploma.

Conforme o lecionado por Roberto Delmanto Júnior "trata-se de opção política de cada país em prescrever, ou não, em suas leis ordinárias, o prazo máximo de custódia cautelar" (1998, p. 274). Claro está a opção política adotada pelo Estado brasileiro. As várias tentativas frustradas em se limitar o tempo de duração da prisão preventiva demonstram a intensão em continuar a usá-la indiscriminadamente como instrumento persecutório, ao invés de utilizá-la como a *ultima ratio*, conforme o previsto pelo próprio CPP.

Badaró e Lopes Júnior esclarecem que

> As prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. Ao invés de excepcional torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. (BADARÓ; LOPES JÚNIOR, 2009, p. 55).

A questão da indeterminação da duração das prisões cautelares como um todo é um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro, pois, aliada à morosidade do sistema judiciário brasileiro, permite casos de prisões preventivas extremamente longas, o que acaba por violar os mais diversos direitos do acusado.

Diante de um quadro de flagrante violação aos direitos fundamentais do acusado, e um instituto de origens inquisitivas, foi realizado um breve estudo sobre a CADH, diploma este que serve não apenas como parâmetro de interpretação dos dispositivos do CPP, mas também como norteador de eventuais reformas do processo penal.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Verificou-se que não há consenso entre a doutrina e a jurisprudência quanto à posição hierárquica da Convenção no ordenamento jurídico nacional. Porém, independentemente do posicionamento adotado, há a preponderância dos tratados e convenções de direitos humanos celebrados pelo Brasil sobre a legislação penal, por força do art. 1º, I do CPP e do art. 5º do CP. Ademais, ao celebrar um tratado, um país passa a ter o dever de adaptar suas leis à normativa internacional, de modo a não editar normas que a violem.

Constatou-se que a CADH não prevê qualquer limitação temporal para as prisões cautelares, valendo-se da "teoria do não prazo", segundo a qual o caso concreto deve ser analisado de acordo com a "teoria dos três critérios", para determinar se a prisão processual ultrapassou um prazo razoável ou não.

De acordo com a "teoria dos três critérios", a duração da prisão processual deve ser observada segundo os seguintes critérios: a complexidade do caso, o comportamento da parte, e o comportamento das autoridades judiciárias. Logo, conclui-se que a ausência de previsão legal para a duração da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, por si só, não viola a CADH. A Convenção faculta aos Estados-membros delimitar, ou não, a duração das prisões cautelares no âmbito interno.

Porém, chega-se à conclusão de que há a necessidade de se adotarem parâmetros legais de duração da prisão preventiva, uma vez que a ausência de prazos legais gera efeitos que violam os mais diversos direitos e garantias fundamentais das pessoas submetidas à persecução criminal, inclusive direitos e garantias previstos na própria CADH.

A falta de um limite para a duração da prisão preventiva gera incertezas na vida do acusado, influindo em vários aspectos da sua dignidade, como em seu bem-estar físico, psíquico, em sua vida privada, familiar, social e profissional. Acaba por deixar o acusado à mercê do arbítrio das autoridades judiciárias, permitindo que a prisão, e consequentemente o processo como um todo, ultrapasse um prazo justo, contribuindo para a falta de efetividade do princípio da duração razoável do processo, e violando o princípio do estado de inocência, uma vez que a prisão processual acaba por assumir contornos de prisão pena.

Outros países próximos ao Brasil e membros do SIDH adotaram limites temporais para as prisões cautelares em seus ordenamentos internos, como a Argentina, Paraguai e o Chile. Além disso, diversos autores consultados para o desenvolvimento da presente pesquisa chegaram à conclusão de que deve ser estabelecido um prazo legal para a duração da prisão preventiva.

Nakaharada adverte que

> A manutenção da pessoa em cárcere não pode ficar a critério da subjetividade do aplicador do direito, até mesmo porque a garantia da presunção de inocência demanda que o indivíduo deva ser tratado como inocente durante toda a persecução penal. Daí a necessidade de imposição legislativa de limites legais para a atividade do Estado no exercício de sua pretensão punitiva, principalmente no que se refere à restrição de direitos fundamentais. (NAKAHARADA, 2015, p. 135).

Badaró e Lopes Júnior defendem que "é óbvio que o legislador deve sim estabelecer de forma clara os limites temporais das prisões cautelares, a partir dos quais a segregação é ilegal" (BADARÓ; LOPES JÚNIOR, 2009, p. 105).

Por sua vez, Delmanto Júnior conclui que

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> O direito de o acusado ser julgado em prazo razoável ou ser posto em liberdade, não se admitindo dilações indevidas, é um mínimo e não significa que nosso legislador deve se acomodar e delegar, exclusivamente ao Poder Judiciário, a verificação sempre casuística e subjetiva da razoabilidade ou não do excesso de prazo. (DELMANTO JÚNIOR, 1998, p. 341).

É inadmissível que um Estado que se propõe a ser democrático mantenha seus acusados à mercê dos humores e arbítrios das autoridades judiciárias. Posto isso, é patente a necessidade de adoção de prazos legais para a duração da prisão preventiva, uma vez que a ausência de prazo viola os mais diversos direitos fundamentais do acusado. Somente dessa forma, respeitando o indivíduo como sujeito de direitos, poderá ser construído um efetivo Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Doc. A/HRC/27/48/Add.3: Report of the Working Group on Arbitrary Detention*. 30 de jun. de 2014. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session27/Pages/ListReports.aspx>. Acesso em: 04 mar. 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus nº 109.298/DF*. Relator: Ministro Ayres Britto. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico nº 153 de 06/08/2012. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=109298&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 05 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466.343/SP*. Relator: Ministro Cézar Peluso. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico nº 104 de 05/06/2009. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2343529>. Acesso em: 05 mar. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 28 fev. 2019.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *Mapa das prisões 2014*. São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/noticia/25378-mapa-das-prisoes>. Acesso em: 27 fev. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas). 2004. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2019.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 455 p.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho 2016*. 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal:* abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2019.

INTITUTO SOU DA PAZ. *Monitorando a Aplicação da Lei das Cautelares e o Uso da Prisão Provisória nas Cidades do Rio de Janeiro e São Paulo*. 2015. Disponível em: <http://www.soudapaz.org/upload/pdf/pesquisa_lei_das_cautelares_comparativo_sp_e_rj.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2019.

LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais. *In*: NAKAHARADA, Carlos Eduardo Mitsuo. *Prisão preventiva:* direito à razoável duração e necessidade de prazo legal máximo. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-08042016-164648/>. Acesso em: 28 fev. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1148 p.

MINAGÉ, Thiago. *Prisões e medidas cautelares à luz da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. xxviii, 166 p.

NAKAHARADA, Carlos Eduardo Mitsuo. *Prisão preventiva*: direito à razoável duração e necessidade de prazo legal máximo. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-08042016-164648/>. Acesso em: 28 fev. 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 13, n. 153, p. 8-9, 2005.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro (Coord.). *Direito processual penal esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2012. 702 p. ISBN 9788502096264.

SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____ *(org.).* Dimensões da dignidade: *ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.*

SOUZA, Renato Perrotta de. *A inconstitucionalidade da prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública*. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/RenatoPerrottaSouza.pdf >. Acesso em: 04 mar. 2019.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

"BOLSONARO X QUILOMBOLAS": RACISMO RECREATIVO E INSTITUCIONAL E A INVISIBILIDADE DO INSULTO MORAL

"BOLSONARO X QUILOMBOLAS": RECREATIONAL AND INSTITUTIONAL RACISM AND THE INVISIBILITY OF THE MORAL INSULT

Fernando Nascimento dos Santos

Mestre em Direito Público pela PUC Minas. Especialista em Ciências Penais pelo IEC/PUC Minas. Especialista em Estudos de Criminalidade e Segurança Pública pelo CRISP/UFMG.

donnnfernando@gmail.com

Recebido em: 16.03.2019
Aprovado em: 28.05.2019
Última versão do(a) autor(a): 21.06.2019

Resumo: O artigo faz um estudo de caso das acusações de racismo e preconceito racial contra Jair Messias Bolsonaro, em virtude de palestra proferida no Clube Hebraica do Rio de Janeiro, no dia 03 de abril de 2017, quando, em alguns momentos, teria se referido a quilombolas, indígenas, refugiados, mulheres e LGBTs com palavras ofensivas. A partir da análise do desfecho das ações judiciais (INQ 4694, Supremo Tribunal Federal – STF e ação civil pública nº 0101298-70.2017.4.02.5101, 26ª Vara Federal do Rio de Janeiro), aborda-se como o racismo recreativo se manifestou na conduta do agente político e como o funcionamento da Justiça contribuiu para a caracterização do racismo institucional. Ao final, discute as dificuldades das fórmulas legais e institucionais para lidar com o insulto moral racial, tendo-se como hipótese que o desfecho do caso perante o sistema de Justiça é uma evidência de que a aplicação do Direito respalda práticas tendencialmente racistas, como o racismo recreativo constatado neste estudo, e contribui para a naturalização e invisibilização dos insultos raciais na sociedade brasileira.

Palavras-chave: Criminologia. Racismo recreativo. Racismo institucional. Insulto moral. Demanda de reconhecimento.

Abstract: The article analyses the accusations of racism and racial prejudice against Jair Messias Bolsonaro based on a lecture given at the Hebrew Club of Rio de Janeiro on April 3, 2017, when, in some moments, he would have referred to quilombolas, indigenous people, refugees, women and LGBTs with offensive words. From the analysis of the outcome of the lawsuits (INQ 4694, Supreme Federal Court – STF and public civil action nº 0101298-70.2017.4.02.5101, 26ª Federal Court of Rio de Janeiro), it is approached how recreational racism was manifested in the conduct of the politician and how the functioning of Justice contributed to the characterization of institutional racism. In the end, it discusses the difficulties of legal and institutional formulas for dealing with racial moral insult, starting from the hypothesis that the outcome of the case in the Justice System is an evidence that the application of the law supports tendentially racist practices, such as the recreational racism found in this study, and contributes to the naturalization and invisibilization of racial insults in Brazilian society.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Keywords: Criminology – Recreational Racism – Institutional Racism – Moral Insult – demand for recognition

Sumário: 1. Introdução. 2. O fato: o insulto aos quilombolas. 3. Na justiça fluminense o insulto é "discriminatório" e "moralmente execrável", mas o parlamentar é imune. 4. No STF, o insulto é inadmissível, mas não é crime e há imunidade parlamentar. 5. Racismos – incursões terminológicas. 6. A "piada", o "bom humor" e o "tom jocoso" como racismo recreativo. 7. Racismo institucional na atuação do Judiciário. 8. O insulto moral inadmissível. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Pretende-se com este estudo analisar as acusações de racismo e preconceito contra Jair Messias Bolsonaro, em virtude de palestra proferida no Clube Hebraica do Rio de Janeiro, no dia 03 de abril de 2017, quando, em algumas falas, se referiu a quilombolas, indígenas, refugiados, mulheres e LGBTs com palavras ofensivas[1].

Era para ser apenas mais um discurso polêmico do então deputado federal, historicamente conhecido pelo uso despreocupado da liberdade de expressão e agressões verbais contra seus adversários políticos. Mas não demorou para que o caso repercutisse nacionalmente,[2] levando à propositura de ação civil pública de reparação civil (nº 0101298-70.2017.4.02.5101, 26ª Vara Federal do Rio de Janeiro), e de denúncia por crime de racismo (INQ 4694, Supremo Tribunal Federal – STF), que serão analisadas ao longo deste artigo.

Não é objetivo deste estudo apontar o erro ou acerto das decisões judiciais acerca da tipicidade da conduta, dos elementos da responsabilidade civil, da abrangência da liberdade de expressão ou da incidência da imunidade parlamentar.

Busca-se, na verdade, compreender, a partir do desfecho das ações judiciais analisadas, como o racismo recreativo se manifestou na conduta do agente político, como o funcionamento do Sistema de Justiça contribui para a naturalização do racismo no seio da sociedade e as dificuldades das fórmulas legais e institucionais para lidar com o insulto moral racial.

Ao fazer isso, contribui-se para a superação do silenciamento e da invisibilidade que a temática encontra no interior do funcionamento do Sistema de Justiça. Como em Bertúlio (1989), este estudo procura retirar as máscaras dos saberes e práticas judiciais, evidenciando como o Direito, a partir dos textos legais, da sua interpretação e aplicação, e da atuação dos diversos poderes estatais, respalda práticas tendencialmente racistas, a despeito da propalada democracia racial, defendida e alardeada interna e externamente (inclusive pelo corpo diplomático), desde a obra de Gilberto Freire (1946), como sendo a marca do povo brasileiro.

---

[1] O parlamentar já tinha se envolvido em diversas polêmicas, sobretudo pela defesa intransigente de pautas conservadoras, contrárias a práticas, pensamento ou modo de vida dessas pessoas ou grupos, com base nas quais ganhou a simpatia de grande parte do eleitorado brasileiro, sagrando-se, posteriormente, vencedor na eleição presidencial.

[2] Citam-se as matérias jornalísticas da época, dentre elas: <https://www.otempo.com.br/capa/pol%C3%ADtica/procuradoria-acusa-bolsonaro-de-ofensas-a-negros-e-quilombolas-1.1459081>; <http://www.jornaldaparaiba.com.br/politica/senadores-repudiam-declaracoes-de-bolsonaro-sobre-quilombolas.html>; <https://veja.abril.com.br/brasil/bolsonaro-e-acusado-de-racismo-por-frase-em-palestra-na-hebraica/>. Acesso em: 12 jan. 2019.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

O artigo analisa o desfecho das ações judiciais, articulando as estratégias argumentativas das decisões com os aportes teóricos de um conjunto de autores que se debruçaram sobre o racismo, a exemplo de Bertúlio (1989), Duarte (1998, 2014), Prando (2017), Bonilla-Silva (2014) dentre outros, o que permitirá a abordagem das categorias do racismo "recreativo" e "institucional", com destaque para os estudos de Moreira (2018). Ao final, o texto dialoga com a noção de insulto moral, na perspectiva do antropólogo Luís Roberto Cardoso de Oliveira, para ampliar a reflexão sobre as dificuldades de equacionamento desse tipo de demanda por meio do sistema judicial.

Nesse contexto, apresenta-se, à guisa de hipótese, que o desfecho do caso "Bolsonaro X Quilombolas" perante o sistema de Justiça é uma evidência de que a aplicação do Direito respalda práticas tendencialmente racistas, como o racismo recreativo constatado neste estudo, e contribui para a naturalização e invisibilização dos insultos raciais na sociedade brasileira.

2. O FATO: O INSULTO AOS QUILOMBOLAS

Para fins deste estudo, remetemos aos trechos da palestra proferida pelo então deputado federal que fazem referência aos quilombolas:

> "Aqui apenas são as reservas indígenas no Brasil. Onde tem uma reserva indígena, tem uma riqueza embaixo dela. Temos que mudar isso daí. Mas nós não temos, hoje em dia, mais autonomia para mudar isso daí. Entregou-se tanto a nossa nação que chegamos a esse ponto, mas dá pra mudar nosso país. **Isso aqui é só reserva indígena, tá faltando quilombolas, que é outra brincadeira. Eu fui em um quilombola em El Dourado Paulista. Olha, o afrodescendente mais leve lá pesava sete arrobas. Não fazem nada! Eu acho que nem para procriador eles servem mais. Mais de um bilhão de reais por ano gastado com eles.** Recebem cesta básica e mais material em implementos agrícolas. Você vai em El Dourado Paulista, você compra arame farpado, você compra enxada, pá, picareta por metade do preço vendido em outra cidade vizinha. Por quê? Porque eles revendem tudo baratinho lá. **Não querem nada com nada."**
>
> (...)
>
> "Nós não temos 12 milhões de desempregados, nós temos 40 milhões, porque eles consideram quem tem Bolsa-Família como empregado. Só aí, só aí nós temos praticamente 1/4 da população brasileira vivendo às custas de quem trabalha. **Alguém já viu um japonês pedindo esmola por aí? Porque é uma raça que tem vergonha na cara. Não é igual essa raça que tá aí embaixo ou como uma minoria tá ruminando aqui do lado."**
>
> (...)
>
> "Se eu chegar lá, não vai ter dinheiro pra ONG**, esses inúteis vão ter que trabalhar. [...] Não vai ter um centímetro demarcado pra reserva indígena ou pra quilombola."**
>
> **(...)**
>
> **"Se um idiota num debate comigo, caso esteja lá, falar sobre misoginia, homofobia, racismo, baitolismo, eu não vou responder sobre isso."**
>
> (...) (Grifo nosso).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Na mesma semana, a Coordenação Nacional das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (CONAQ)[3] e a organização Terra de Direitos[4], solicitaram da Procuradoria-Geral da República – (PGR) que tomasse providências para o que chamaram de racismo[5].

Na representação das entidades, consta que o discurso do parlamentar constituiria "reprovável ação de discriminação e preconceito de raça, cor e etnia contra todos e todas as integrantes de comunidades quilombolas no Brasil". O uso da expressão "arroba" foi entendido como uma comparação de "um integrante de comunidade quilombola a um animal que tem sua massa corporal medida através de arrobas", que teria como "efeito a desqualificação racista de indivíduos quilombolas em geral, ao comparar um de seus representantes a um animal".

Afirmaram que, "ao se referir a integrante de comunidade quilombola o faz pejorativamente, como se tal pessoa se tratasse de alguém escravizado, que seria passível de comercialização em arrobas". E que o deputado teria afirmado que os quilombolas "não fazem nada" e que "nem para procriador" servem mais.

Aduzem ainda que o parlamentar "fez remissão expressa à condição ignóbil da escravidão vivida por negros e negras no Brasil para inferiorizar, ridicularizar, e discriminar preconceituosamente quilombolas", os quais "não teriam lugar, e nem tampouco função na sociedade brasileira, e que nem mesmo teriam condições de perpetuar suas famílias".

Por fim, concluem que o parlamentar "deu a entender que o Estado brasileiro estaria a desperdiçar recursos públicos envolvidos em políticas públicas para quilombolas" e que "as políticas públicas destinadas a tais sujeitos sociais seriam um gasto desnecessário do orçamento público".

A manifestação das entidades corrobora o sentimento das vítimas, como se depreende dos quilombolas ouvidos meses depois pelo Jornal Folha de S. Paulo[6]:

> **Ditão:** "Por trás dessa fala dele tem o racismo e o interesse econômico."
>
> **Débora:** "Quando uma pessoa fala de um irmão nosso, afeta todos nós."
>
> **Esperança Rosa:** "Como pode uma pessoa que é daqui de Eldorado ficar maltratando os quilombolas, chamando de vagabundo?"
>
> **João Santos Rosa:** "Eu me criei na roça. Não posso aceitar uma coisa dessa."

---

[3] Maiores informações sobre a manifestação da entidades disponíveis em: <http://conaq.org.br/noticias/bolsonaro-e-processado-por-quilombolas-de-todo-o-pais-pelo-crime-de-racismo/>.;<http://conaq.org.br/noticias/bolsonaro-e-acusado-de-racismo-na-pgr-apos-declaracao-sobre-negros-e-indios/>. Acesso em: 12 jan. 2019.

[4] Maiores informações sobre a manifestação da entidade estão disponíveis em: <https://terradedireitos.org.br/noticias/noticias/conaq-e-terra-de-direitos-protocolam-denuncia-contra-bolsonaro-por-racismo/22449/>. Acesso em: 12 jan. 2019.

[5] Íntegra da representação disponível em: <https://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2017/04/repre.-Bolsonaro.pdf>. Acesso em 12 jan. 2019.

[6] A reportagem completa da Folha de S. Paulo está disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/05/quilombos-citados-por-bolsonaro-rebatem-critica.shtml>. Acesso em: 24 jan. 2019

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

O fato foi levado ao Judiciário, nas esferas cível e criminal, visando a responsabilização do parlamentar. Na ordem de ajuizamento das ações judiciais, apresenta-se primeiro o desenrolar da ação civil pública na justiça federal fluminense e, posteriormente, a denúncia criminal no Supremo Tribunal Federal– (STF).

3. NA JUSTIÇA FLUMINENSE O INSULTO É "DISCRIMINATÓRIO" E "MORALMENTE EXECRÁVEL", MAS O PARLAMENTAR É IMUNE

O Ministério Público Federal– (MPF) ajuizou ação civil pública perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro, no dia 10 de abril de 2017, processada sob o número 0101298-70.2017.4.02.5101, na 26ª Vara Federal.

Na petição inicial, sustenta que as palavras proferidas pelo parlamentar continham diversas frases "de conteúdo intensamente racista, misógino e xenófobo" contra as comunidades quilombolas e a população negra em geral e que "não tiveram apenas o intuito de expressar opinião política, mas de ofender os povos quilombolas, além de outras minorias, ultrapassando os limites da razoabilidade, gerando, desta forma, a necessidade de, com caráter reparatório e punitivo, condenar o réu ao pagamento de danos morais coletivos".

Para o MPF, o parlamentar "com o fim de divulgar sua plataforma política, ofendeu, ultrajou, depreciou e ridicularizou a população negra e os indivíduos pertencentes às comunidades quilombolas, bem como incitou a discriminação contra estes referidos povos". Assim, requereu sua condenação ao pagamento de indenização no valor de 300 mil reais pelos danos morais coletivos causados ao povo quilombola e à população negra em geral, a ser revertida em projetos de valorização da cultura e história dos quilombos, a serem indicados pela Fundação Cultural Palmares ou pelo Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos.

A defesa invocou a liberdade de expressão e a imunidade parlamentar para afastar a responsabilização civil, alegando que o réu havia sido convidado pelo Clube Hebraica RJ como deputado federal para expor as suas ideologias para o público em geral e apresentar suas críticas às demarcações de terras produtivas.

Destacou que não tem preconceito com relação a raça, a imigrantes, ao público LGBT, a índios e a mulheres e que palestrou se utilizando de "piadas" e "bom humor" e, por isso, não poderia ser responsabilizado pelo "tom jocoso de suas palavras".

Afirmou que "tem a fama de ser uma pessoa irreverente e que caiu nas graças de boa parte da população por suas opiniões em tom jocoso sobre determinados fatos que ocorrem no Governo" e que "muitas das vezes o demandado concede entrevistas e suas respostas a certas perguntas são como piadas que arrancam gargalhadas de quem se faz presente".

Na primeira instância, o parlamentar foi condenado ao pagamento de indenização por danos morais no montante de 50 mil reais em favor do Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos, conforme sentença prolatada em 25 de setembro de 2017.

Dos argumentos da sentença que importam a este trabalho, a juíza Frana Elizabeth Mendes destacou que a liberdade de expressão não é absoluta, encontrando limites éticos, morais e sociais de respeito ao próximo e à coletividade e que a imunidade parlamentar não alcançaria os atos praticados por parlamentar em local distinto do Parlamento, que escapariam à proteção da imunidade quando as manifestações não guardem pertinência, por um nexo de causalidade, com o desempenho das funções do mandato.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

No entender da juíza, a imunidade parlamentar não se estende a palavras, nem a manifestações do congressista que se revelem estranhas ao exercício do mandato legislativo e que, além disso, ofendam, ridicularizem ou constranjam pessoas, grupos ou comunidades. Enfatizou ser descabida a utilização da imunidade parlamentar para encobrir manifestações ofensivas, discriminatórias a alguém ou a algum grupo, sem nenhuma finalidade relacionada à função do parlamentar.

Prossegue a juíza reiterando que é garantido ao réu a liberdade de expressão e a imunidade parlamentar, previstas nos artigos 5º, IV, e 53 da CF, podendo o mesmo manifestar sua opinião acerca da demarcação de terras à comunidade quilombola, das problemáticas que envolvem a questão de acordo com seu conhecimento e experiência, e dos métodos políticos que entenda razoáveis acerca do assunto, mas, de forma alguma, seja na qualidade de cidadão comum ou de parlamentar, seria lícito ofender, constranger ou desrespeitar pessoas ou grupos.

Sobre a caracterização da ofensa, a juíza afastou a alegação de que o tom de "piada", o "tom jocoso" descaracterizaria a ofensa e a própria intenção de ofender. Ao contrário, considerou que, ao afirmar, em relação à comunidade quilombola visitada, que "o afrodescendente mais leve lá pesava sete arrobas", que "não fazem nada", "que nem pra procriador servem mais", o parlamentar "não expôs simplesmente que discorda da política pública que prevê gastos com o aludido grupo, mas inegavelmente proferiu palavras ofensivas e desrespeitosas, passíveis de causar danos morais coletivos".

A juíza destacou ainda que, como parlamentar e sendo uma pessoa de altíssimo conhecimento público em âmbito nacional, o deputado tinha o dever de assumir uma postura mais respeitosa com relação aos cidadãos e grupos que representa, ou seja, a todos, haja vista que suas atitudes influenciam pessoas, podendo incitar reações exageradas e prejudiciais à coletividade.

Salienta que este é o comportamento exigido de todo exercente de mandato público e que "jamais devem agir de modo ofensivo, desrespeitoso ou, sequer, jocoso. Política não é piada, não é brincadeira. Deve ser tratada e conduzida de forma séria e respeitosa por qualquer exercente de Poder."

Concluiu a sentença afirmando que a conduta, inadequada e, infelizmente, usual, a qual ataca toda a coletividade e não só o grupo dos quilombolas e população negra em geral, é passível de indenização.

O MPF e a Fundação Cultural Palmares recorreram da sentença para, dentre outros pedidos, majorar a condenação, enquanto o parlamentar recorreu, reiterando as alegações da primeira instância.

As apelações foram julgadas no dia 05 de setembro de 2018, pela 8ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2), no Rio de Janeiro. O voto do relator, desembargador Marcelo Pereira da Silva, foi acompanhado pelos demais integrantes do julgamento, os desembargadores Guilherme Diefenthaeler e Vera Lúcia Lima, reformando totalmente a sentença para julgar improcedente o pedido de danos morais.

Os julgadores entenderam que o agente político estava palestrando na condição de deputado federal e, divergindo da juíza de primeira instância quanto ao nexo de causalidade entre as falas ofensivas e a atividade parlamentar, reconheceu que o conteúdo do discurso tinha relação com o exercício do mandato, estando assim protegido pela imunidade parlamentar.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Sobre o conteúdo das declarações, reconheceram que o parlamentar propositalmente buscou deixar clara a sua rejeição e desprezo por minorias étnicas (indígenas, quilombolas e imigrantes), determinados grupos religiosos e população LGBT, além de não esconder também a sua posição contrária à igualdade de gênero.

Em relação aos quilombolas, entenderam que a fala foi proferida no contexto das quantias despendidas "em programas de assistência governamental a tais comunidades afrodescendentes".

Endossando as alegações da defesa, afirmaram que o "linguajar inculto", "em tom jocoso" configurou "deliberada tentativa de arrancar risadas da plateia" e que esse tipo de discurso são características que, lamentavelmente, têm sido utilizadas de forma ostensiva e reiterada não apenas pelo parlamentar, mas por vários outros membros do Legislativo brasileiro, como forma de "angariar simpatias, apoios e votos para suas pretensões políticas".

Os desembargadores mencionaram os potenciais ganhos políticos:

> Ora, se uma parcela considerável do eleitorado brasileiro se deixa seduzir por candidato com o perfil do Réu, cuja autopropalada e notória ignorância sobre economia e outras matérias relevantes para a grave crise que assola o país, **e cujo discurso vazio de propostas efetivas para os grandes problemas nacionais se fazem compensar por gracejos e piadas irreverentes, ataques a minorias e frases de efeito enaltecendo o preconceito e a intolerância, não deixará ele de usar tais artifícios para alcançar seus objetivos políticos, mormente porque, sabidamente, estará dando voz a uma parcela nada desprezível de eleitores que se alinham à sua conduta e, mais do que isso, comungam de seu ideário e princípios**. (Grifo nosso)

De todo o arrazoado, o tribunal fluminense oscilou em reconhecer e negar o teor ofensivo e preconceituoso do linguajar do parlamentar. Em todo caso, se julgou incompetente "para cercear condutas maculadas por possível falta de decoro parlamentar", deixando para o STF resolver a questão criminal no inquérito penal, onde, se condenado, poderia ensejar também reparação cível. E, quanto ao decoro parlamentar, destacaram a competência da Câmara dos Deputados para "coibir e sancionar os eventuais excessos" cometido na palestra.

Para o tribunal fluminense, não havia dúvidas quanto ao nexo entre a manifestação do parlamentar e o exercício do mandato, associada à política de demarcação de terras nas reservas indígenas, inclusive quanto aos "comentários discriminatórios", "destemperados", "moralmente execráveis" e "incompatíveis com a dignidade do cargo máximo da República".

O Recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal contra o acórdão do tribunal fluminense teve seu seguimento negado na segunda instância, em 08 de março de 2019, mediante fundamentos meramente processuais, e, após os trâmites de praxe, ocorreu o trânsito em julgado em 15/05/2019, exaurindo-se o debate do caso no âmbito cível.

4. NO STF, O INSULTO É INADMISSÍVEL, MAS NÃO É CRIME E HÁ IMUNIDADE PARLAMENTAR

Na tentativa de ver o ofensor responsabilizado criminalmente pela prática de racismo, a Procuradoria-Geral da República (PGR) ofereceu denúncia perante o STF, no dia 16 de abril de 2018, dando origem ao Inquérito 4694, distribuído à 1ª Turma, sob a relatoria do ministro Marco Aurélio Mello.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Segundo a denúncia, nas referências aos quilombolas, o parlamentar também praticou, induziu e incitou discriminação e preconceito contra as comunidades quilombolas. Sustenta que o deputado teria tratado com total menoscabo os integrantes de comunidades quilombolas ao se referir a eles como se fossem animais, ao utilizar a palavra "arroba", o que constituiria manifestação inaceitável, alinhada ao regime de escravidão, em que negros eram tratados como mera mercadoria, e à ideia de desigualdade entre os seres humanos.

Para a acusação, dizer que os quilombolas "não fazem nada" e "não servem nem para procriar" deprecia os quilombolas de modo enfático e absoluto, apenas por sua condição pessoal. Além disso, ao comparar os quilombolas aos japoneses, que seria um povo trabalhador, que não pede esmola, estava evidente que, na visão do parlamentar, há indivíduos ou povos superiores a outros, tratando quilombolas como seres inferiores.

No entender da PGR, tais fatos caracterizariam a conduta tipificada no art. 20, *caput*, da lei 7.716/89[7], uma vez que o parlamentar, em seu discurso, teria tratado os quilombolas como seres inferiores, igualando-os a mercadoria (discriminação) e ainda reputou-os inúteis, preguiçosos (preconceito) e também incitou a discriminação em relação aos estrangeiros, estimulando os presentes no Clube Hebraica, um público de cerca de trezentas pessoas, além de outras pessoas que tivessem acesso a vídeos divulgados do evento, a pensarem e agirem de igual forma (induzimento e/ou incitação). Pediu-se, então, além da condenação pelo crime de racismo, a reparação por danos morais coletivos, no valor mínimo de 400 mil reais.

Na resposta à acusação, a defesa reitera a estratégia da ação civil pública, invocando, dentre outros argumentos, a liberdade de expressão e a prerrogativa da imunidade parlamentar. Enfatizou que se tratava de opinião política sobre assuntos que, embora polêmicos, importam à pauta nacional e teria sido proferida no exercício de sua função, em diálogo mantido com o seu eleitorado e que não existia a mínima possibilidade de perpetrar tais crimes (incitação e induzimento à discriminação e preconceito), "porque a plateia era composta de pessoas com nível intelectual e discernimento, as quais entenderiam o sentido crítico e jocoso da mensagem".

A defesa crítica que a interpretação da PGR estava descontextualizada, pois as falas não teriam passado de uma "critica ampla e genérica à política de demarcação de terras e os impedimentos que podem trazer à geração de riqueza e emprego". A título de exemplo, para a defesa, a expressão "arroba" seria apenas uma "hipérbole, voltada a enfatizar o discurso", e não a menosprezar ou discriminar, e que a expressão "não fazem nada" se referia à "postura assistencialista adotada pelo Governo em relação aos membros de tal comunidade".

Insiste na imunidade parlamentar, enaltecendo seu "estilo de fala espontânea e informal, por vezes até jocosa, para se aproximar de seus eleitores", ressaltando que o parlamentar "também é famoso por seu discurso intenso e constante debate de assuntos desagradáveis – mas importantes – com os eleitores", e que as afirmações pronunciadas, "ainda que dotadas de recursos de linguagem voltados a intensificar o discurso, também constituem exercício da atividade política, em particular quando direcionada ao debate de temas polêmicos".

[7] Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Na primeira fase do julgamento, ocorrida em 27 de agosto de 2018, o ministro relator, Marco Aurélio Mello[8], entendeu que as falas extraídas da palestra embora a consubstanciar entendimento de diferenciação e até de superioridade não teria a finalidade de repressão, dominação, supressão ou eliminação, estando ausente o caráter discriminatório, já que proferidas no contexto de demarcação e proveito econômico das terras.

Apesar de entender que a expressão "arroba" foi "de toda infeliz", o ministro acredita que não configura ato de desumanização ou como comparação a animais, mas sim como forma de "enfatizar estar um cidadão específico do grupo acima do peso tido como adequado", sem conteúdo preconceituoso ou discriminatório, não se podendo afirmar que "a fala decorre da condição subjetiva do quilombola".

Além de afastar a tipicidade da conduta, o relator entendeu que a crítica do parlamentar estaria respaldada pela liberdade de manifestação de pensamento e pela imunidade parlamentar.

O voto do relator foi acompanhado pelo ministro Luiz Fux. Na sequência, o ministro Luis Roberto Barroso abriu a divergência[9], votando pelo recebimento parcial da denúncia, afastando a acusação de discriminação e incitação ao estrangeiro, sob o argumento de que a conduta do denunciado estaria protegida pela liberdade de expressão e pela imunidade parlamentar.

Todavia, em relação aos termos "arroba e procriador", o ministro entendeu que "equiparar pessoas negras a bichos, para fins de recebimento da denúncia, é um elemento plausível". Para Barroso, estava evidente o discurso de ódio, que não deve ser tratado com indiferença e o direito constitucional brasileiro não admite o "ódio contra grupos minoritários, historicamente violentados e vulneráveis" e enfatiza que o não recebimento da denúncia, "diante da gravidade dessas alocuções, significaria passar uma mensagem errada para a sociedade brasileira de que é possível tratar com menosprezo, desprezo, diminuição, menor dignidade as pessoas negras ou homossexuais".

A ministra Rosa Weber acompanhou o voto divergente e, em seguida, o julgamento foi suspenso pelo pedido de vista do ministro Alexandre de Moraes, tendo sido retomado em 10 de setembro de 2018, com a apresentação do voto-vista pela rejeição da denúncia, definindo o julgamento pelo placar de a 2.

Na essência, o voto-vista do ministro Alexandre de Morais[10] seguiu o relator quanto à liberdade de expressão e a imunidade parlamentar e destacou a competência da Câmara dos Deputados para punir eventuais excessos e que as falas supostamente ofensivas não teriam passado de "uma crítica grosseira dita de forma mais ampla e genérica", proferida no contexto de críticas a políticas públicas e à demarcação de terra indígena e o custeio de quilombos.

---

[8] As informações sobre o voto do ministro Marco Aurélio foram extraídas do site "Consultor Jurídico, já que, até a conclusão deste artigo, o voto não estava disponível no site do STF e o acórdão não havia sido publicado. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-suspende-analise-denuncia-bolsonaro.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2019.

[9] As informações sobre o voto do ministro Roberto Barroso e Rosa Weber foi extraída da notícia do STF, já que, até a conclusão deste artigo, o voto não estava disponível e o acórdão não havia sido publicado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388193>. Acesso em: 12 jan. 2019.

[10] As informações sobre o voto do ministro Alexandre de Morais foram extraídas do site "Consultor Jurídico, já que, até a conclusão deste artigo, o voto não estava disponível no site do STF e o acórdão não havia sido publicado. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-alexandre-moraes1.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2019.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Prossegue a retórica discursiva repudiando as falas "grosseiras" e, ao mesmo tempo, amenizando-as sob o pretexto da liberdade de expressão e imunidade parlamentar. Observem alguns trechos do voto:

> "Eu não tenho nenhuma dúvida sobre a grosseria, a vulgaridade e, no tocante aos quilombolas, principalmente, total desconhecimento da realidade nas declarações que foram feitas pelo denunciado. Quando se refere, de uma maneira pejorativa, com uma crítica ácida, grosseira, vulgar aos quilombolas, demonstra desconhecer a realidade dos quilombos.
>
> (...)
>
> **Apesar da grosseria das expressões, apesar do erro, da vulgaridade, do desconhecimento**, não me parece que a conduta do denunciado tenha extrapolado os limites de sua liberdade de expressão qualificada que é abrangida pela imunidade material. Não teriam, a meu ver, extrapolado para um verdadeiro discurso de ódio, de incitação ao racismo ou à xenofobia.
>
> Suas declarações, **repito, principalmente as mais grosseiras, e vulgares**, em momento algum, tiveram o intuito objetivo de negar ou ser contra o sofrimento causado aos negros e seus descendentes pela escravidão, negar os direitos dos quilombolas, negar a própria escravidão ou seus efeitos. As declarações do denunciado não defenderam ou incitaram tratamento desumano, degradante e cruel, em relação aos negros, nem fizeram apologia do que foi feito no período abominável da escravidão no Brasil. Igualmente, as declarações não buscaram, **até pela grosseria e falta de conhecimento**, ampliar ou propagar o ódio racial.
>
> Aquela última **frase grosseira**, conforme já referido, – "essa raça aí embaixo, uma minoria" –, referiu-se a todos os brasileiros que recebem bolsa-família, ou seja, não foi direcionada a uma determinada ao negros e seus descendentes. Foi uma **agressão gratuita**, mas dentro da liberdade de opinião do denunciado protegida pela imunidade material.
>
> Em suma, acredito que suas declarações, **por piores e mais rudes que tenham sido**, não caracterizaram a incitação à violência física ou psicológica contra negros, contra refugiados, estrangeiros,; o que, aí sim, caracterizaria um discurso de ódio racial e, entendo que estaria fora dos limites da inviolabilidade. **Por mais grosseiras, por mais vulgares, por mais desrespeitosas**, as declarações foram dadas em um contexto de crítica política a instrumentos governamentais e a políticas governamentais realizadas em relação a quilombolas e aos refugiados, aos estrangeiros, não tendo havido, desvio de finalidade ou extrapolamento que afastassem a incidência da inviolabilidade material.
>
> Concluo com uma análise feita em célebre julgamento da Suprema Corte norte-americana, sobre a liberdade de expressão de agentes públicos. As frases grosseiras, vulgares, desrespeitosas ou com desconhecimento de causa devem ser analisadas pelo eleitor, pois é aquele que tem sempre o direito de saber a opinião dos seus representantes políticos.
>
> Na presente hipótese, apesar de recheada de frases desrespeitosas, o cerne da manifestação foi uma crítica a políticas de governo, com as quais o denunciado não concorda. Entretanto, as declarações não chegaram a extrapolar e caracterizar um discurso de ódio como citado anteriormente. (Grifo nosso)

Os trechos acima, embora extensos, foram citados por evidenciar um tipo de estratégia discursiva característica dos julgamentos de insultos racistas no Judiciário brasileiro, conforme apresentado adiante.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

5. RACISMOS – INCURSÕES TERMINOLÓGICAS

Os argumentos de defesa do parlamentar e o desfecho das ações cíveis e penal são exemplos clássicos do racismo na sociedade brasileira. Mas, de que racismo estamos falando? Dado o problema terminológico que sempre pairou sobre o termo, cumpre retomar, ainda que sucintamente, os estudos de James Jones (1973) sobre preconceito e racismo, com base nos quais Bertúlio (1989, p. 101-105) sintetiza os tipos de racismo, definindo-os enquanto racismo individual (muito próximo do que se entende por preconceito racial), racismo institucional e racismo cultural.

No racismo individual, há uma crença na superioridade de nossa raça com relação a outras, bem como nas sanções comportamentais que mantêm tais posições superiores e inferiores. Assim, o indivíduo racista ou preconceituoso considera que as pessoas negras, como grupo, são inferiores aos brancos por causa de traços físicos (genótipo ou fenótipo), e que esses traços são determinantes de comportamentos, qualidades morais ou intelectuais, etc.

O racismo institucional não deixa de ser uma extensão do racismo individual; e pode ser compreendido a partir das ações das instituições oficiais que, de alguma forma, excluem ou prejudicam indivíduos ou grupos racialmente distintos. Há, nesse tipo de racismo, uma manipulação consciente de instituições a fim de atingir objetivos racistas, que leva à discriminação e segregação racial, como comumente ocorre no sistema de empregos, educacional, econômico e jurídico. Por fim, o racismo cultural, que conta com elementos do racismo individual e institucional, pode ser definido como a expressão individual ou institucional da superioridade da herança cultural de uma raça em relação à outra.

A par dessas definições, Duarte (1998, p.94-98) pondera que os tipos de racismos não devem ser compreendidos de forma compartimentalizada, pois geralmente operam simultaneamente, formando um conjunto de práticas discursivas que se materializam em situações concretas nas quais as atitudes, sejam individuais ou coletivas, compõem um sistema de reprodução-inovação de discursos e práticas, o que permite afirmar que as relações raciais nas quais o racismo se manifesta são relações entre classe e raça. São, enfim, relações de poder, nas quais as classes sociais se constituíram (e constituem-se) a partir de grupos raciais diferenciados, sendo-lhes característica a existência de um espaço privilegiado de manutenção e reprodução das relações de poder capitalistas.

O que está em jogo, então, na perspectiva metodológica foucaultiana do biopoder (FOUCAULT, 1979; 2002), é uma disputa de poder, em que a abordagem deve focar na compreensão de como o poder se manifesta, ou seja, a ênfase recai "sobre como o poder opera e menos sobre a sua natureza" (CARNEIRO, 2005, p. 31).

Os estudos sociológicos de Oracy Nogueira (1985; 2006) abordavam as relações raciais a partir da estruturação em preconceito de "marca" (baseado nos traços físicos do indivíduo, a fisionomia, os gestos, o sotaque) e de "origem" em que as manifestações de preconceito se baseiam na descendência ou origem étnica do indivíduo). No Brasil, seria mais comum preconceito de "marca", dado que os lugares sociais não eram definidos a partir da origem ou presença do sangue negro na pessoa, mas pela sua aparência racial, pelos seus traços negros ou tonalidade da pele. Nos estudos do autor, o racismo brasileiro aparece com uma característica peculiar: as manifestações racistas não impediam a sociabilidade entre as pessoas. Esse fato, aliado à ideologia da miscigenação e ao mito da democracia racial, acaba minimizando e escamoteando as ofensas.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

6. A "PIADA", O "BOM HUMOR" E O "TOM JOCOSO" COMO RACISMO RECREATIVO

Essa postura de escamoteamento das ofensas é frequente no humor com conteúdo racista – o que os estudos raciais passaram a denominar de racismo recreativo. Em recente obra sobre produções culturais humorísticas que reproduzem estereótipos raciais, Adilson Moreira (2018, p. 20-21) alerta para o fato de que os estereótipos raciais negativos presentes em piadas e brincadeiras racistas são os mesmos que motivam práticas discriminatórias em outros contextos. Por isso, considera que o humor racista não possui natureza benigna, pois que se trata de um meio de propagação de hostilidade racial que integra projeto de dominação, denominado racismo recreativo.

Nessa linha de entendimento, o racismo recreativo é um tipo específico de opressão: a circulação de imagens derrogatórias que expressam desprezo por minorias raciais na forma de bom humor, fator que compromete o status cultural e o status material dos membros desses grupos.

O caso "Bolsonaro X Quilombolas" é exemplificativo dessa prática por se tratar de um agente político que se popularizou por esse tipo de discurso. Sua defesa buscou afastar a reparação cível e a pena criminal sob a alegação de que suas falas não passaram de "piadas", de "bom humor", vangloriando-se ainda da sua "fama" de "irreverente", que "caiu nas graças de boa parte da população por suas opiniões em tom jocoso", cujas piadas "arrancam gargalhadas de quem se faz presente". Por isso, não se considera racista e nem percebe ofensividade em seu discurso, pois, como afirmou, a plateia era composta de pessoas com nível intelectual e discernimento que entenderiam o sentido crítico e jocoso da sua mensagem.

Pelo teor da defesa, infere-se que as piadas preconceituosas do discurso do parlamentar podem até ter arrancado gargalhadas dos presentes, mas o nível intelectual da plateia (ou por que não dizer o status social dos ouvintes?) legitimaria a brincadeira com as referências a estereótipos que inferiorizam os quilombolas.

Talvez, para o agente político, seus ouvintes integrem a categoria dos "homens de bem"[11] que tanto propala em seus discursos públicos; ou quiçá sejam o referencial de superioridade moral branca, de padrão ético, de sanidade, de estética, sobre os quais jamais utilizaria a expressão "arroba" ou que "nem para procriar servem". Provavelmente, não soaria nada cômico aos ouvintes se tivesse utilizado tais expressões para se referir a um eventual excesso de peso ou infertilidade dos frequentadores do Clube Hebraica do RJ, mesmo que em "tom jocoso".

O problema, segundo Fonseca (1994, p. 45-46), é que nas piadas, embora façam parte do imaginário coletivo e busquem o riso, o senso comum expresso adquire frequentemente status de verdade, perpetuando estereótipos e preconceitos. E as piadas geralmente discriminam, marginalizam, estigmatizam e, por vezes, criminalizam os negros, representando-os como vadios, malandros, ladrões, aproveitadores, inferiores, etc., em comparação aos brancos.

Partindo da noção de racismo recreativo, o humor depreciativo enaltecido pelo agente político só provoca esses efeitos cômicos e arranca gargalhadas porque se utiliza de estereótipos raciais negativos que circulam em nossa cultura e expressam consenso social dos membros do grupo majoritário sobre o valor das pessoas que pertencem a minorias raciais, como no caso dos quilombolas. Por essa razão, Moreira (2018, p. 58) assinala que o humor racista deve ser interpretado dentro do contexto no qual ele está inserido e não apenas como uma expressão cultural que

[11] Exemplo do uso da expressão "homem de bem" pode ser encontrado na reportagem adiante, disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/bolsonaro-diz-que-vai-dar-fuzis-para-homens-de-bem-contra-marginais-do-mst/>. Acesso em: 25 jan. 2019.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

objetiva produzir um efeito cômico, pois piadas racistas só fazem sentido dentro de um ambiente cultural marcado pela opressão e discriminação racial.

Em estudo antropológico realizado na década de 90 sobre piadas racistas no Sudeste brasileiro, Fonseca (1994, p. 34) constatou que o racismo e o conjunto de estereótipos dirigidos contra o negro nas piadas e outras expressões objetivavam dar visibilidade às diferenças existentes entre os negros e os brancos, manter e denunciar a profunda desigualdade econômica e as noções de diferenças estéticas e de beleza existente entre essas populações.

De acordo com Moreira (2018, p. 21), assim como outras formas de racismo, o recreativo também reforçaria a legitimação de hierarquias raciais presentes na sociedade brasileira. Todavia, o racismo recreativo contém uma característica especial: o uso do bom humor para expressar hostilidade racial. Essa estratégia permite a operação do racismo, mas protege a imagem social de pessoas brancas. Dito de outro modo, o racismo recreativo exemplifica um tipo de manifestação da atual marginalização das sociedades liberais, que é o "racismo sem racistas" ("*racism without racists*"), como abordado nos estudos de Eduardo Bonilla-Silva (2014) no contexto da sociedade norte-americana[12], em que "os reprodutores do racismo se recusam a reconhecer as implicações de suas ações ou omissões na manutenção das disparidades raciais" (MOREIRA, 2018, p. 21).

Não é de se estranhar que propagadores do racismo recreativo, como no caso em estudo, não se consideram responsáveis pelo conteúdo de suas falas porque apenas reproduzem o que circula na sociedade. (MOREIRA, 2018, p.101). Essa compreensão é constante nos estudos sobre as piadas racistas, que consideram o riso racista um substituto simbólico da renúncia da agressão e da violência aberta, utilizado para destituir os negros de importância social[13].

Todavia, como assinalou Fonseca (1994, p. 34), as piadas e seu riso não podem ser interpretados como "algo inocente ou inconsciente", mas como disposição política e cultural e que devem ser analisados com base na leitura de seus códigos e através da contextualização histórica de suas mensagens, das origens e dos fins sociais que fizeram com que elas emergissem dos subterrâneos ou do vértice mais alto da pirâmide social, pois estão submetidas a condições históricas, sociais e morais da sociedade.

A tese de defesa tem um caráter estratégico que, como visto, integra o racismo recreativo e permite que pessoas brancas usem o artifício do humor para encobrir a ofensa racial, que se agrava diante do racismo institucional, abordado a seguir.

7. RACISMO INSTITUCIONAL NA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Como explanado anteriormente, o racismo institucional não deixa de ser uma extensão do racismo individual e, no caso "Bolsonaro X Quilombolas", é bastante evidente como o racismo recreativo praticado foi apropriado pelos órgãos judiciais, não para repreendê-lo, mas sim para legitimar a ofensa. Segundo Moreira (2018, p. 35), o racismo institucional, na forma como se opera, não tem caráter necessariamente intencional, mas integra o funcionamento

[12] Na qual, segundo a obra de Bonilla-Silva (2014), vige a ideologia do "*Color-blind racism*", estruturada em quatro elementos: liberalismo abstrato, naturalização, racismo cultural e minimização do racismo.

[13] A exemplo de: DAHIA, 2008, p. 697-720.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

normal de instituições públicas e privadas, que não leva em consideração o impacto de suas decisões ou de suas omissões na vida dos diferentes grupos raciais.

O desfecho da ação civil pública no TRF2 é elucidativo dessa normalização do racismo no funcionamento do judiciário brasileiro. Analisando os fundamentos do acórdão, percebe-se que os julgadores não consideraram o conteúdo ofensivo das piadas racistas e tentaram minimizar a ofensa pelo "linguajar inculto" e o "tom jocoso", afirmando que o fato não passou de uma deliberada tentativa de "arrancar risadas da plateia" e que, embora seja uma prática lamentavelmente utilizada de forma ostensiva e reiterada, seria apenas uma estratégia de angariar simpatias, apoios e votos para suas pretensões políticas.

A retórica do voto evidencia descaso sobre os efeitos das ofensas e a reprodução do racismo, pois, apesar de entenderem que não passou de piada, "comentários discriminatórios", "destemperados", "moralmente execráveis" e "incompatíveis com a dignidade do cargo máximo da República", não ignoraram que gracejos e piadas irreverentes, ataques a minorias e frases de efeito enaltecendo o preconceito e a intolerância teriam também objetivos políticos, já que o parlamentar estaria dando voz a uma parcela nada desprezível de eleitores que se alinham à sua conduta e, mais do que isso, comungam de seu ideário e princípios.

No STF, a estratégia discursiva dos votos vencedores é bastante semelhante. Se, por um lado, o ministro relator reconheceu que as falas do parlamentar era uma crítica grosseira, a consubstanciar entendimento de diferenciação e até de superioridade, estariam justificadas pelo contexto de crítica às políticas públicas e à demarcação de terra indígena. Contraditoriamente, embora entendesse que a expressão "arroba" foi "de toda infeliz", acredita que não configura ato de desumanização ou de comparação a animais, mas sim como uma forma de enfatizar estar um cidadão específico do grupo acima do peso tido como adequado.

Com a evolução dos estudos sobre a raça e piadas racistas, não há como não compreender a postura da mais alta Corte da Justiça fora do horizonte do racismo institucional, dado que os julgadores não levaram em consideração o "racismo" como uma categoria relevante para a interpretação das práticas sociais, ignorando o contexto social no qual o humor racista está inserido em nossa cultura. O relator não se atentou para o fato de que a referência jocosa a estereótipos depreciativos, por si só, compromete a identidade dos quilombolas e evidencia a hostilidade do discurso.

Mas é no voto-vista do ministro Alexandre de Morais que o racismo institucional e sua negação ("racismo sem racistas"), típica da branquidade e integrante da lógica e de métodos brancos, se manifestam de forma mais clara. A linguagem redundante desse voto expressa uma mensagem subliminar de apoio e solidariedade aos quilombolas e à população negra, com a pretensão de registrar seu repúdio ao discurso do agente político, caracterizando-o como: "grosseria", "vulgaridade", "desconhecimento da realidade", "maneira pejorativa", "crítica ácida, grosseira, vulgar", "grosseria das expressões", "erro", "vulgaridade", "desconhecimento", "mais grosseiras, e vulgares", "grosseria e falta de conhecimento", "frase grosseira", "agressão gratuita", "por mais grosseiras, por mais vulgares, por mais desrespeitosas". Mas a conclusão minimizou a ofensa, afirmando que "apesar de recheada de frases desrespeitosas" não se tratava de discurso de ódio e não caberia à Corte julgar, pois "o cerne da manifestação foi uma crítica a políticas de governo, com as quais o denunciado não concorda".

A quem caberia então? De acordo com os votos vencedores, caberia à própria Câmara dos Deputados julgar os excessos do parlamentar, em processo ético próprio. E, como se não bastasse, tanto o TRF2 quanto o STF insinuam

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

caber aos eleitores a tarefa de julgar, nas urnas, as "frases grosseiras, vulgares, desrespeitosas ou com desconhecimento de causa", os quais teriam "sempre o direito de saber a opinião dos seus representantes políticos", conforme afirmou Moraes.

Como se sabe, o julgamento, nas urnas, ocorreu no mês seguinte; e grande parte dos eleitores absolveram o agente político e, agora, Presidente da República! Na Câmara dos Deputados, por sua vez, não há registro sequer de instauração de processo ético.

Sabemos que o mito da democracia racial e os pressupostos racistas do conhecimento ocidental insistem em ocultar esse problema e manter o negro na invisibilidade. Somos, como expressa Duarte (2004), sempre surpreendidos com fugas teóricas e desculpas estúpidas para ocultar as práticas racistas[14].

O desfecho do caso expressa as fugas discursivas e os ocultamentos das práticas racistas, que tendem a minimizar a dor e o sofrimento das vítimas ou amenizar a intencionalidade das agressões. Os julgadores, aderindo à lógica do "racismo sem racistas"[15], repudiaram com veemência os comentários tidos como moralmente execráveis, preconceituosos, pejorativos, grosseiros, vulgares e desrespeitosos, mas, ao final, acabaram legitimando o uso do humor racista, na forma de piadas, ao considerar o parlamentar como a voz de uma parcela considerável da população e delegando aos eleitores o julgamento das ofensas e à comissão de ética o julgamento de eventuais excessos do parlamentar.

Retomando Moreira (2018, p. 36), o racismo institucional se sustenta na presença de atitudes culturais racistas que permeiam o funcionamento das instituições públicas e privadas e também na mentalidade daqueles que atuam de forma racista quando as representam, embora condenem manifestações abertas de racismo, e dão suporte às instituições que perpetuam a discriminação racial.

As fórmulas jurídicas da liberdade de expressão e da imunidade parlamentar serviram como pretexto legal e institucional para legitimar manifestações racistas, explicitando o racismo institucional que opera no Brasil de forma sutil. Nessa perspectiva, o caso analisado constitui um dado etnográfico relevante para a compreensão do que a intelectualidade negra, a exemplo de Moreira (2018, p. 27-31), tem apontado como um projeto de dominação racial ainda em curso no Brasil. Há, no caso, a constatação de uma tendência histórica Judiciário: "uma aliança entre as práticas sociais sutis de racismo e práticas judiciais que diminuem sua importância" (MACHADO et al, p.25).

Os argumentos da defesa (que foram recepcionados e legitimados pelo Judiciário) é uma manifestação do "racismo sem racistas", típica da branquidade, esta entendida, segundo a abordagem de Lourenço Cardoso (2014), como identidade racial branca que não questiona seus privilégios e que, na compreensão de Camilla Prando (2017, p. 7-8), é tomada como uma posição racializada e normativa das relações sociais e enquanto um lugar privilegiado de onde se definem e subordinam os outros racializados, que serão considerados hierarquicamente inferiores.

---

[14] Se formos acusados pela denúncia de nosso preconceito, fugimos. As fugas teóricas são as mais elementares e estupidamente brilhantes. Defendemos o relativismo dos conceitos. Logo, o conceito de identidade já está superado, pois as identidades são mutantes. Logo, o conceito de raça não é científico e nós não sabemos quem são os negros que são discriminados. Logo, o problema é a miséria de milhões e não se deve falar de negros. A crítica a esse "relativismo de fuga" mereceria algumas páginas, mas seu problema não é de conteúdo, é de atitude. (DUARTE, 2004, p. 13).

[15] Segundo a terminologia adotada por Eduardo Bonilla-Silva (2014).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Percebe-se ainda que os argumentos vencedores e o desfecho judicial estão inseridos no que Zuberi e Bonilla-Silva (2008) compreendem como lógica branca e métodos brancos, cujas estratégicas tendem a minimizar e, em alguma medida, ocultar as ofensas e práticas que sustentam uma ordem social hierarquizada, a qual, no caso "Bolsonaro X Quilombolas", contou com a colaboração decisiva das instituições estatais.

O insucesso das investidas judiciais para a solução das demandas de racismo suscita o debate acerca do insulto moral, que não tem tido uma resposta suficiente nas formas jurídicas tradicionais, o que abordaremos adiante.

8. O INSULTO MORAL INADMISSÍVEL

Sem ignorar os eventos históricos que marcaram o período de mais de 300 anos de escravidão no Brasil até a sua abolição [16] e os textos constitucionais anteriores ao atual, é importante esclarecer que, além de basear a República na dignidade da pessoa humana, no art. 1º, e consagrar a igualdade como princípio fundamental no art. 5º, *caput*, a Constituição Federal de 1988, estabeleceu, no inciso XLVII do art. 5º, que o racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão; e, no inciso XL do mesmo artigo, que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. No art. 3º, inciso IV, há o compromisso de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e, no art. 4º, inciso VIII, de combater o racismo nas suas relações internacionais.

Até então, o racismo era apenas contravenção penal, prevista no artigo 4º da Lei nº 1.390, de 03 de julho de 1951 (Lei Afonso Arinos)[17]. Para atender a Constituição, o crime de racismo foi instituído pela Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei Caó), e ampliou-se com a Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997, a qual alterou os tipos penais de racismo e acrescentou, por meio do §3º do art. 140 do Código Penal, o tipo qualificado de injúria racial ou preconceituosa.

Na justificativa do projeto de lei que alterou a lei de racismo em 1997, o deputado Paulo Paim (autor do Projeto de Lei n. 1.240/1995)[18] se referiu à necessidade de "atacar a impunidade", "eliminar, de todas as formas, a manifestação pública do odioso preconceito", afirmando ainda que "o estereótipo, muito usado nessas condutas, é uma forma de preconceito pois trata-se de um expediente jocoso, irônico, debochado e com acentuado componente de desprezo no descrever alguém".

A esse quadro normativo soma-se a responsabilidade civil, com a possibilidade de reparação por danos morais, tanto no âmbito das relações civis, reguladas pelo Direito Civil[19], quanto nas relações de trabalho, reguladas pelo Direito do Trabalho[20], ambos tendo como referência os dispositivos legais antirracismo informados acima e o marco geral da proteção da honra, previstos nos inciso V e X, do art. 5º da Constituição Federal[21].

[16] Abolida formalmente pela Lei nº 3353, em 13 de maio de 1888 (Chamada Lei Áurea), assinada pela Princesa-Regente Isabel.

[17] Com as alterações da Lei 7.437, de 20 de dezembro de 1985.

[18] Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=275782E4A4D60981BE06D465EEC8D10F.node1?codteor=1133351&filename=Avulso+-PL+1240/1995>. Acesso em: 07 jun. 2019.

[19] Atualmente previstos no art. 186 a 187 e 927 a 954, do Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

[20] No Direito do Trabalho, cita-se ainda o direito social previsto no art. 7º, XXX, da Constituição Federal, que proíbe diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (CF, 7º, XXX).

[21] "V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...)X – são

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Houve também, nas últimas décadas, a ampliação das políticas e do debate públicos sobre o racismo, especialmente a partir do Governo Fernando Henrique Cardoso, que foram aprofundados no Governo Lula, com a criação, pela Lei 10.678, de 2003, da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, com status de ministério, articulando-se uma série de medidas, nas três esferas governamentais, para diminuição das desigualdades raciais[22], dentre elas o programa de ações afirmativas[23], ampliado consideravelmente nos anos seguintes (inclusive em relação ao acesso às vagas em Universidades públicas)[24], a inserção da História e Cultura Afro-Brasileira no ensino obrigatório[25], dentre outras ações.

Especificamente sobre a questão quilombola[26], o artigo 68, do ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT), determinou que, aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estivessem ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos. Até 2018, 206 áreas quilombolas haviam sido regularizadas, correspondente a 7% das terras reconhecidas como remanescentes de quilombos[27].

Apesar desses avanços, a sociedade brasileira continua bastante desigual e racista. Há, nos estudos e dados sobre relações raciais, subsídios significativos que evidenciam essa afirmação. No âmbito penal, por exemplo, o recorte racial é uma constante na atuação do sistema de justiça criminal, em que a cor da pele (negra) continua sendo a "marca" definidora da suspeição[28] e critério de entrada no sistema carcerário[29], o qual é publicamente conhecido como espaço de completa e sistemática violação dos direitos dos presos, a ponto de ter se caracterizado como um estado de coisas inconstitucional (SANTOS, 2017). E, para agravar esse cenário de violência racial, os negros figuram entre as principais vítimas de violência letal, segundo informações do Altas da Violência 2019[30].

invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

22 Mais informações sobre a evolução dessas políticas no Governo Lula em: LIMA, 2010, p. 77-95.

23 Já inserida no âmbito da Administração Pública Federal no final do Governo FHC, em 2002, Decreto nº 4.228, de 13 de maio de 2002.

24 A Lei nº 10.558, de 13 de novembro de 2002, do Governo FHC, criou o Programa Diversidade na Universidade.

25 Lei 10.639, de 09 de janeiro de 2003.

26 Que, na área da cultura, também ganhou proteção constitucional no art. 216, §4º: "ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos".

27 Conforme reportagem da Agência Brasil EBC, Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-05/menos-de-7-das-areas-quilombolas-no-brasil-foram-tituladas. Acesso em: 29 jan. 2019.

28 Há vários estudos recentes sobre o assunto, dentre eles: SANTOS, 2019, p. 259-289; DUARTE, , 2014, p. 81–118; RAMOS; MUSUMECI, 2004; SILVA, 2009; WANDERLEY, 2017.

29 De acordo com INFOPEN/2016, a população carcerária é composta, na sua maioria, por negros (64%), jovens de 18 a 29 anos (55%) e de baixa escolaridade, sendo que 75% da população carcerária atingiram no máximo o ensino fundamental. [BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – 2016. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil. Acesso em: 28.01.2019]

30 Segundo o Atlas da Violência de 2019, em 2017, 75,5% das vítimas de homicídios foram indivíduos negros (definidos aqui como a soma de indivíduos pretos ou pardos, segundo a classificação do IBGE, utilizada também pelo SIM), sendo que a taxa de homicídios por 100 mil negros foi de 43,1, ao passo que a taxa de não negros (brancos, amarelos e indígenas) foi de 16,0. Ou seja, proporcionalmente às respectivas populações, para cada indivíduo não negro que sofreu homicídio em 2017, aproximadamente, 2,7 negros foram mortos. Informações disponíveis em: BRASIL. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSB. Atlas da violência 2019. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf] Acesso em: 07.06.2019 .

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Por outro lado, ao analisar os desfechos das ações judiciais, cíveis ou criminais, que visam à repressão dos ilícitos raciais, os resultados são desoladores. No Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil 2009-2010[31], do Laboratório de Análises Econômicas, Históricas, Sociais e Estatísticas (LAESER), da UFRJ, publicado em 2011, sob a coordenação de Marcelo Paixão, constatou-se que os Tribunais de Justiça (de primeira e de segunda instância), em média, não acolhiam as teses e provas apresentadas pelas supostas vítimas de racismo.

A conclusão do referido relatório se aproxima dos estudos elaborados por Ivair Augusto Alves dos Santos (2015), que, ao analisar um conjunto de sentenças judiciais, despachos de juízes, manifestações de promotores, quadros estatísticos sobre a Lei nº 7.716/1989 e boletins de ocorrências, no âmbito de alguns tribunais de justiça constatou que, se por um lado aumentou o acesso da população negra à Justiça em relação ao combate ao crime de racismo – inclusive cresceu a quantidade de ações penais –, por outro, tem prevalecido a interpretação que transforma a maioria das situações de discriminação racial em injúria, com punição mais branda, abrindo as portas para o racismo e a impunidade.

A pesquisa realizada por Marta Machado, Márcia Lima e Natália Neris (2016), com base nas sentenças judiciais em tribunais de justiça de nove Estados brasileiros, entre 1998 a 2010, constatou a indiferença do Poder Judiciário em relação aos casos de insulto racial. A partir da análise dos argumentos de mérito das sentenças e acórdãos, que tendem a absolver o ofensor ou desclassificar o racismo ou injúria racial para crimes menos graves, as pesquisadoras concluíram que a utilização expressa de referências pejorativas à raça ou à cor negra não é suficiente para que os tribunais reconheçam o ato ilícito atentatório à dignidade do grupo, pois a exteriorização inequívoca do preconceito não basta se não se fizer prova inequívoca da intenção de praticar discriminação[32].

A exemplo do caso "Bolsonaro X Quilombolas", a pesquisa constatou a indiferença dos tribunais em relação às brincadeiras e piadas racistas, ainda que esses episódios tenham sido gatilho para a exteriorização do preconceito. De acordo com as pesquisadoras, é possível afirmar que a brincadeira de "mau gosto", o humor, o "tom jocoso", as piadas, quase sempre são utilizadas não para caracterizar a ofensa, mas sim para excluir a intenção racista de praticar o crime e, consequentemente, absolver o ofensor, embora seja um tipo de manifestação racista plenamente vigente no Brasil.

Esse cenário nos provoca a repensar as ofensas racistas sob a ótica das demandas de reconhecimento, "dado que as demandas por reconhecimento estão frequentemente associadas à afirmação de um direito moral, cuja percepção ou fundamentação não encontra fundamento adequado na linguagem jurídica" (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2011, p. 105).

Segundo os estudos de Cardoso de Oliveira (2004; 2011), os atos de discriminação cívica praticados no Brasil, da qual a discriminação racial seria apenas a ponta do *iceberg*, têm uma dimensão moral, diretamente relacionada ao reconhecimento e consideração da substância moral característica de pessoas dignas que mereceriam reconhecimento pleno. A dificuldade em reconhecer a dimensão moral da identidade de nosso interlocutor significaria a negação de sua dignidade e, portanto, uma dificuldade para tratá-lo como um igual ou como alguém que seja igualmente merecedor do tratamento pessoalizado dispensado às pessoas morais.

[31] Universidade Federal do Rio de Janeiro – LAESER, 2009-2010.

[32] Que, na dogmática penal, compreende o elemento subjetivo ou intencional de discriminar ou ofender em razão da raça ou cor.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Assim, o insulto moral[33] seria o inverso do reconhecimento ou consideração, caracterizado como um ato ou atitude que agride direitos de natureza ético-moral, fruto da falta de reconhecimento de uma identidade autêntica. Sob essa ótica, tanto o reconhecimento quanto o seu inverso (insulto moral), se expressariam com maior nitidez no plano das atitudes ou das intenções do que no plano das ações em sentido estrito.

Esse aspecto dificultaria a comprovação do insulto racial, tanto os mais explícitos quanto nas situações em que a agressão (racista) está embutida nos atos praticados, que nem sempre se traduzem em evidências materiais. Ambas as situações seriam insulto moral, em que os direitos do interlocutor seriam "acompanhados por um ar de desprezo ostensivo, ou simplesmente quando aquele que respeita os direitos não é capaz de transmitir, ao interlocutor, a convicção de que assim o faz porque reconhece sua dignidade ou a adequação normativa dos respectivos direitos àquela circunstância" (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2004, p. 85).

Sob a ótica do autor, é comum no Brasil a discriminação indireta[34], em que, além de associar a dimensão do preconceito e da discriminação racial, uma dimensão pode ser acionada para esconder a outra, especialmente quando a aceitação do negro é apenas aparente e o preconceito disfarçado ou irrefletido conduz à negação de direitos. O caráter nebuloso da discriminação indireta costuma aparecer de maneira dissimulada, sendo por vezes de difícil identificação mesmo para aqueles que sofrem na pele os seus efeitos.

Cardoso de Oliveira (2011, p. 23) adverte que, no Brasil, há um caráter seletivo das manifestações de consideração – negadas àqueles nos quais não conseguimos identificar a substância moral das pessoas dignas –, que atua como filtro discricionário que estimula um padrão lastimável de desrespeito a direitos no espaço público. Para o autor, esse filtro frequentemente tem o poder de invisibilizar a violência física ou moral perpetrada contra pessoas e grupos portadores de algum tipo de estigma na sociedade brasileira, como ocorre em relação a algumas práticas de discriminação racial.

O autor (2004, p. 87) enfatiza o quadro de invisibilidade do preconceito e suas implicações, e acredita que a ideologia da democracia racial e a vergonha são alguns dos fatores que contribuem para isso, além da dificuldade mais geral, e muito mais abrangente, para internacionalizar a orientação normativa, de caráter universalista, que prega a igualdade de direitos e a não discriminação entre os cidadãos.

Dadas essas características, Cardoso de Oliveira (2011, p.24) acredita que os insultos raciais, enquanto demandas por reconhecimento, não podem ser totalmente contemplados no plano da definição de normas, leis ou regras para a orientação da ação dos atores, as quais são debatidas e eventualmente sancionadas no âmbito da esfera pública.

Insultos racistas, como o ocorrido no caso "Bolsonaro X Quilombolas", são um exemplo claro de negação à substância moral dos quilombolas de difícil solução por meio da judicialização. Antes mesmo do desrespeito a algum direito "legal" dos negros e quilombolas[35], há, nas falas do agente político, um insulto moral que supõe uma desclassificação

[33] O autor optou pela expressão "insulto moral" ou agressões cívicas para distingui-la daquelas agressões facilmente definidas na linguagem do Direito, ou imediatamente percebidas como um ato socialmente indevido e objetivamente merecedor de punição ou reparo (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2011, p. 60). Exemplificativamente teríamos o homicídio, facilmente percebido na maioria das sociedades como um ato indevido que merece punição.

[34] A discriminação "direta" se refere à agressão explícita, como no *apartheid*, por exemplo.

[35] Como, por exemplo, o direito à reparação por dano moral ou a caracterização do crime de racismo, com base na legislação constitucional, civil e penal.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

dessas pessoas no plano ético-moral ao atribuir-lhes estereótipos preconceituosos ou manifestar-lhes desprezo, ainda que em "tom jocoso", de maneira indireta, dissimulada e difusa, negando assim a substância moral característica de pessoas dignas de respeito e consideração.

O insucesso da judicialização do caso, além de reforçar o racismo institucional e a tendência do Poder Judiciário de não punição dos infratores, evidencia a dificuldade de administração desse tipo de insulto moral apenas com fórmulas legais e institucionais; sobretudo porque, no plano da esfera pública, o discurso do agente político, quando confrontado com as ofensas, e mesmo em suas defesas nas instâncias judiciais, é de repúdio a qualquer tipo de discriminação, negando veementemente que seja racista ou que tinha intenção racista em sua atitude.

Nesse sentido, partindo da ideia de ação e intenção em Strawson (1954, p.5), corroborada por Cardoso de Oliveira (2011, p. 65), é evidente que uma simples intenção de agressão ou uma atitude de desprezo ostensivo em relação a outrem pode constituir em si mesmo uma agressão. Aplicando-se esse entendimento ao caso "Bolsonaro x Quilombolas", pode-se compreender que o insulto provocou uma relação de indignação compartilhada entre a população negra, semelhante às experiências de ressentimento, o que indicaria, à luz das formulações de Cardoso de Oliveira (2011, p. 65), a possibilidade de fundamentação normativa no insulto moral como uma agressão socialmente inaceitável.

Como afirmou a quilombola Débora, ouvida pelo Jornal Folha de S. Paulo, "*Quando uma pessoa fala de um irmão nosso, afeta todos nós*". A indignação está também na voz de Esperança Rosa, que não entendeu "*como pode uma pessoa que é daqui de Eldorado ficar maltratando os quilombolas, chamando de vagabundo?*". O mesmo sentimento é manifestado por João Santos Rosa, que afirma que se criou na roça e que não pode "*aceitar uma coisa dessa*". Mas os quilombolas sabem bem o que está por trás das ofensas do parlamentar, que causou tanta indignação, pois, como disse o Ditão, "*por trás dessa fala dele tem o racismo e o interesse econômico*".

Essa experiência de ressentimento[36] presente nesses depoimentos é uma evidência de que o insulto perpetrado foi uma agressão socialmente inaceitável, que não pode ser tratada com indiferença. De acordo com as ideias de Strawson (1974) e Cardoso de Oliveira (2011, p. 114), o ressentimento seria provocado mais pela atitude ou pelas intenções que motivam e dão sentido ao ato, do que pelo ato em si. Fato é que, com ou sem negação da intenção, o insulto moral racista praticado pelo agente político ficou imune às fórmulas legais e institucionais.

Há, nessa lógica perversa, um problema ainda mais grave: independentemente do resultado das ações cíveis ou penais, a falta de reconhecimento da substância moral dos negros no Brasil é intrínseca à formação cultural da sociedade brasileira, fazendo com que as práticas e os discursos racistas sejam produzidos, reproduzidos e reinventados de forma tão sutil, dissimulada e irrefletida que muitas pessoas sequer se dão conta de suas atitudes racistas e de seus efeitos.

Na pesquisa empreendida por Machado *et al* (2016), o efeito dos estereótipos racistas nos insultos raciais é posto em evidência: reforçam uma representação do lugar social de subalternidade das vítimas. Estereótipos e ofensas raciais

[36] Segundo Cardoso de Oliveira (2011, p. 162), na linha de Strawson, o ressentimento da parte insultada se torna um sentimento de indignação moral na perspectiva de terceiros que testemunharam o evento, o que significa que a classificação dos respectivos atos como insultos morais pode ser intersubjetivamente compartilhada e, portanto, validada. Por isso o autor sustenta que, apesar de não estar sujeita à regulação jurídico-legal, a expressão de consideração pode ser interpretada como uma obrigação social (moral).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

se reforçam mutuamente e são um mecanismo eficiente para explicar a resiliência da desigualdade racial na vida cotidiana.

Os efeitos desses estereótipos raciais, do desprezo dos outros ou, em síntese, do não reconhecimento, pensados à luz das ideias de Charles Taylor (1994), podem causar danos, podem ser uma forma de opressão, aprisionando alguém numa modalidade de ser falsa, distorcida, redutora, pela imposição de uma identidade destrutiva. Isso porque a nossa identidade é moldada em parte pelo reconhecimento ou por sua ausência, frequentemente pelo reconhecimento errôneo por parte dos outros, de modo que uma pessoa ou grupo de pessoas pode sofrer reais danos, uma real distorção, se as pessoas ou a sociedade ao redor delas lhes devolverem um quadro de si mesmas redutor, desmerecedor, desprezível.

Nessa perspectiva, a luta pela superação do racismo é, antes de tudo, uma demanda de reconhecimento, e, como tal, não é possível equacionar os insultos racistas apenas com a criminalização ou responsabilização civil por danos morais. Inegável que tais condutas, pela gravidade e consequências sociais, merecem o rigor da lei civil e penal, tal como reivindicado pelo movimento negro diante de séculos de passividade do legislador.

Mas é necessário pensar também em outros instrumentos que possam frear o projeto de dominação racial sem apostar tanto nas fórmulas legais e institucionalizadas e, especialmente, na interpretação judicial perpetradas por juízes, os quais, com ou sem intenção, demonstram ser meros reprodutores de uma cultura racista.

As políticas públicas de combate ao racismo e preconceito racial devem ser formuladas visando um processo transformador no plano simbólico, como já se percebe em outros contextos[37], que seja capaz de mobilizar a sociedade e provocar mudança de atitudes, valores e sentimentos das pessoas, para que sejam mais críticas às atitudes racistas e menos seletivas nos atos de consideração, possibilitando assim de forma mais ampla, a desconstrução de padrões sociais marcados por estereótipos negativos atribuídos à população negra.

Espera-se, com isso, caminhar para uma melhor compreensão do insulto moral racial, que, na linha de Cardoso de Oliveira (2011), teria um caráter elucidador e emancipador. Afinal de contas, na medida em que os cidadãos se perceberem iguais em substância moral, o respeito e a consideração tendem a ser recíprocos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar o desfecho das ações judiciais relacionadas às acusações de racismo e preconceito contra Jair Messias Bolsonaro em virtude de palestra proferida no Clube Hebraica do Rio de Janeiro, constatou-se a ocorrência de racismo recreativo, tendo o parlamentar se utilizado do artifício do humor para encobrir a ofensa.

O problema racial se torna ainda mais grave diante do racismo institucional constatado, já que, tanto na ação civil pública que tramitou na justiça federal fluminense, quanto no inquérito penal perante o Supremo Tribunal Federal, o discurso judicial recepcionou os argumentos da defesa, numa clara manifestação do "racismo sem racistas", típica da branquidade, adotando-se estratégias discursivas que tendem a minimizar e ou ocultar as ofensas e práticas racistas que sustentam uma ordem social hierarquizada.

[37] A política de cotas raciais, por exemplo, tal como analisado por Cardoso de Oliveira (2004, p. 87).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

O desfecho do caso, no âmbito cível e criminal, é uma demonstração de que a aplicação do Direito respalda práticas tendencialmente racistas, como o racismo recreativo, e tem contribuído para a naturalização e invisibilização dos insultos raciais na sociedade brasileira.

Diante do insucesso das investidas judiciais para a solução das demandas de racismo, abrimos um diálogo com os estudos dos insultos morais, para enfatizar que as formas jurídicas tradicionais e institucionalizadas, a exemplo da criminalização do racismo ou responsabilização civil, são muitas vezes insuficientes para equacionar adequadamente o conflito.

Assim, propusemos que as políticas públicas de combate ao racismo e preconceito racial devem ser formuladas visando um processo transformador no plano simbólico, que seja capaz de mobilizar a sociedade e provocar mudança de atitudes, valores e sentimentos das pessoas, para que sejam mais críticas às atitudes racistas e menos seletivas nos atos de consideração, possibilitando, assim, de forma mais ampla, a desconstrução de padrões sociais marcados por estereótipos negativos atribuídos à população negra.

REFERÊNCIAS

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. *Direito e relações raciais:* uma introdução crítica ao racismo. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1989.

BONILLA-SILVA, Eduardo, *Racism without racists*: color-blind racism and the persistence of racial inequality in America. 4. ed. Nova York: Rowmann & Littlefield, 2014.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA; Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSB. *Atlas da violência 2018*. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – 2016*. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil. Acesso em: 28 jan. 2019.

CARDOSO, Lourenço. A branquitude acrítica revisitada e a branquidade. *Revista da ABPN*, Florianópolis, v. 6, n. 13, p. 88-106, mar./jun. 2014.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. Racismo, direitos e cidadania. *Estudos Avançados*, 18 (50), p. 81-93, 2004.

_____. *Direito legal e insulto moral*: dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA. 2. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2011.

CARNEIRO, Sueli. *A Construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade de São Paulo, 2005.

DAHIA, Sandra Leal de Melo, A mediação do riso na expressão e consolidação do racismo no Brasil. *Sociedade e Estado*, v. 23, n. 3, p. 697-720, set./dez. 2008. p. 709.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

DUARTE, Evandro Charles Piza. *Criminologia e racismo*: uma introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil. 1998. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1998.

_____. Negro: este cidadão invisível. *Recrie: arte e ciência – Revista Crítica Estudantil*, Florianópolis, ano 1, n. 1., Instituto da Cultura e da Barbárie, Fundação Boiteux, 2004.

_____ *et al.* Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos policiais militares nas cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. *In*: LIMA, Cristiane do Socorro Loureiro *et al.* (org.). *Segurança pública e direitos humanos*. Pensando a Segurança Pública. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), 2014. v. 5. p. 81-118.

FONSECA, Dagoberto José, *A piada:* discurso sutil da exclusão. Um estudo do risível no "racismo à brasileira". Dissertação (Mestrado em Ciêncais Sociais) – PUC/SP, 1994.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France. São Paulo,

Martins Fontes, 2002.

FREIRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. 5. ed. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1946.

JONES, James. *Racismo e preconceito*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Edgard Bluher/EDUSP, 1973.

LIMA, Márcia. Desigualdades raciais e políticas públicas: ações afirmativas no governo Lula. *Novos estudos – Cebrap*, n. 87, p. 77-95, 2010.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; LIMA, Márcia; NERIS, Natália. Racismo e insulto racial na sociedade brasileira: dinâmicas de reconhecimento e invisibilização a partir do direito. *Novos Estudos* – Cebrap, São Paulo, v. 35.03, p. 11-28, novembro, 2016.

MOREIRA, Adilson. O que é racismo recreativo. (coleção Feminismos Plurais). São Paulo, Editor Djamila Ribeiro, 2018.

NOGUEIRA, Oracy. Tanto preto quanto branco: estudos de relações raciais. São Paulo: T.A. Queiroz Editor, 1985.

_____. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem. Sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n. 1, p. 287-308, 2006.

PRANDO. Camila Cardoso de Mello. A criminologia crítica no Brasil e os estudos críticos sobre a branquidade. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n.1, p. 70-84. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25378. Acesso em: 11 fev. 2019.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. "Elemento suspeito", abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. *Centro de Estudos de Segurança e Cidadania. Boletim segurança pública e cidadania*, v. 3, n. 8, 2004.

SANTOS, Fernando Nascimento dos. Direito penal criptografado: a humanidade das penas e estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 981, p. 213-238, jul. 2017.

SANTOS, Fernando Nascimento dos. O estado de suspeição racial permanente e o sucesso das prisões negras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1001, ano 108, p. 259-289, mar. 2019.

SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. *Direitos humanos e as práticas de racismo*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.

SILVA, Gilvan Gomes da. *A lógica da PMDF na construção do suspeito*. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – UnB, Brasília, DF, 2009.

STRAWSON, p. Freedom and Resentment. *In*: _____. *Freedom and resentment, and other essays*. Londres: Methuen & Co. Ltd., 1974. p. 1-25.

TAYLOR, Charles. The politics of recognition. *In*: GUTMANN, A. (org.) *Multiculturalism and the politics of recognition*. Nova Jersey: Princeton University Press, 1994.

Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Laboratório de Análises Econômicas, Históricas, Sociais e Estatísticas – LAESER. *Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil 2009-2010.* Disponível em: http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2011/09/desigualdades_raciais_2009-2010.pdf. Acesso em: 27 jan. 2019.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. *Liberdade e suspeição no Estado de Direito:* o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, 2017.

ZUBERI, Tukufu; BONILLA-SILVA, Eduardo (ed.). *White logic, white methods: racism and methodology*. Lanham: Plymouth, Rowman & Littlefield Publishers, 2008.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

DOLO EM MATÉRIA PENAL: ANÁLISE À LUZ DA TEORIA SIGNIFICATIVA DO DELITO

CRIMINAL DOLUS: ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE SIGNIFICANT THEORY OF THE CRIME

Vinicius de Faria dos Santos

Licenciado e Mestre em Filosofia da Linguagem e do Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela mesma Instituição. Assessor de Relações Institucionais do TJ-RJ.

vinicius.ufrrj2010@gmail.com

Recebido em: 06.03.2019

Aprovado em: 28.05.2019

Última versão do(a) autor(a): 19.06.2019

Resumo: O presente artigo analisa o dolo à luz da teoria significativa do delito elaborada por Tomás Salvador Vives Antón na obra *Fundamentos del sistema penal* (2011) e introduzida em nosso ordenamento jurídico pelo prof. Paulo César Busato. Sua principal contribuição é a reformulação da teoria do delito a partir da filosofia da linguagem de Wittgenstein e Habermas. Para tanto, em um primeiro momento, trataremos dos elementos do instituto (vontade e conhecimento) a partir das teorias volitivas e normativas. Feito isso, passaremos à abordagem significativa do dolo e, enfim, proporemos uma nova compreensão das espécies de dolo direto e eventual. Sustentaremos a tese de que a presente teoria é mais democrática pois passa a considerar a imputação como um processo de comunicação de sentido, do qual participam todos os sujeitos da relação delitiva, respeitados os direitos e garantias fundamentais do acusado.

Palavras-chave: Dolo. Linguagem. Teoria significativa. Wittgenstein. Habermas.

Abstract: This article analyzes the criminal dolus in the light of the significant theory of the crime elaborated by Tomás Salvador Vives Antón in *Fundamentos del Sistema Penal (*2011) and introduced in our legal system by prof. Paulo César Busato. Its main contribution is the reformulation of the theory of the crime from Wittgenstein and Habermas's philosophy of language. To do so, first we will discuss the elements of the institute (will and knowledge) from the volitive and normative theories. After that, we will move on to the significant approach of criminal dolus and, finally, propose a new understanding of direct and eventual dolus's species. We will support the thesis that this theory is more democratic because it begins to consider imputation as a process of communication of meaning in which all the subjects of the criminal relationship participate, looking up to the fundamental rights and guarantees of the accused.

Keywords: Criminal Dolus. Language. Significant Theory. Wittgenstein. Habermas.

Sumário: 1. Introdução – 2. Elementos do dolo: Teorias da Vontade (Ontológicas) – 3. Elementos do dolo: Teorias Normativas – 4. O Dolo significativo – 5. Dolo significativo como vontade – 6. Dolo significativo como conhecimento – 7. Uma nova proposta para o dolo direto – 7.1. Da desnecessidade do dolo direto de segundo grau – 8. Uma nova proposta para o dolo eventual – 8.1. O dolo eventual como consciência das circunstâncias da ação (saber que) – 8.2. O dolo eventual como domínio de uma técnica (saber *como*) – 9. Considerações finais – 10. Referências;

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

1. Introdução

A teoria do delito é um dos temas mais controvertidos na doutrina. Desde a definição do conceito de ação até à própria estruturação de seus extratos de análise, podemos afirmar que o Direito Penal é uma disciplina em permanente revisão.

Paradoxalmente, encontramos um profundo dogmatismo a respeito do instituto do dolo, sua definição, elementos constitutivos e, por que não, relevância para análise. Por certo, cristalizou-se na doutrina brasileira a crença de que o referido elemento subjetivo consiste em uma consciência e vontade de lesionar um dado bem jurídico, sem maiores elucidações. Juristas e aplicadores do Direito em nossos Tribunais e Varas cotidianamente imputam-no aos agentes como se restasse clara sua ocorrência no caso concreto.

Certamente o dolo é dos institutos centrais às teorias do delito modernas, funcionando como "espinha dorsal do princípio da culpabilidade"[1], "vetor imprescindível à justificação de qualquer forma de responsabilidade penal em sistemas de matriz democráticas" (CABRAL, 2016, p. 119 – tradução nossa).

Conforme entendimento sedimentado doutrinária e jurisprudencialmente, a responsabilidade penal difere da responsabilidade civil precisamente pela imprescindibilidade do vínculo subjetivo entre o agente e o dano causado. É dizer, para além dos elementos de ordem objetiva – conduta, nexo de causalidade e resultado –, "o crime depende de um elemento subjetivo, de ordem psicológica, que traduza a consciência e a vontade do agente ou sua falta de cuidado ao agir com risco ao bem jurídico tutelado" (MARTINELLI; DE BEM, 2018, p. 459).

Via de regra, o referido instituto foi concebido como uma instância psicológica intangível, apto a ensejar a imposição de penalidade mais grave ao agente criminoso que aquela cabível na hipótese de cometimento de um delito culposo.

Nesse sentido, define-se genericamente o dolo como consciência e vontade de praticar os elementos do tipo objetivo, sendo o referido instituto composto por dois elementos: o *cognitivo* (consciência) e o *volitivo* (vontade).

Parcela majoritária da doutrina brasileira – ancorada, por sua vez, na doutrina alemã – assumiu uma concepção tripartida do dolo, elencando a existência do dolo *direto de primeiro grau*, dolo *direto de segundo grau* e dolo *eventual*, associados, respectivamente, às teorias da vontade (dolo direto de primeiro e segundo graus) e do consentimento (dolo eventual). Com efeito, isso se sucedeu por força da opção legislativa contida no Código Penal brasileiro ao versar sobre a tipicidade subjetiva[2]:

> Art. 18: Diz-se o crime:
>
> I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

---

[1] Sem pretensão de detalhar o tema, valho-me da definição que lhe prestam João Martinelli e Leonardo Schmitt (2018, p. 458): "Um dos corolários do direito penal é o princípio da culpabilidade segundo o qual ninguém poderá responder penalmente por um resultado lesivo se não houver dolo ou culpa. A mera existência de nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado lesivo não é o suficiente para a responsabilidade penal. Pode-se afirmar que no direito penal não é permitida a responsabilidade *objetiva*, qual seja, a responsabilidade individual que independe de dolo ou culpa". (MARTINELLI; DE BEM, 2018, p. 458).

[2] BRASIL, 1940.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.
>
> Parágrafo único – Salvo nos casos previstos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

O dolo direto se configura "quando o agente tem a consciência do risco de sua conduta E deseja o resultado lesivo, tanto como o fim diretamente proposto quanto como um dos meios para obter esse fim" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 448). Nesse sentido, temos que a teoria adotada para a presente espécie é a *teoria da vontade*.

Age com dolo direto aquele que quer obter o resultado lesivo de sua conduta, "sem considerar os resultados necessários" (MARTINELLI; DE BEM, 2018, p. 464), i.e., a referida espécie de dolo revela uma "pretensão de realização do resultado típico que resulta explicitada nas circunstâncias em que se desenvolve a conduta e que é capaz de identificar um intenso compromisso para com a produção do resultado" (BUSATO, 2015, p. 419).

Assim, o dolo direto de primeiro grau "tem por conteúdo o *fim* proposto pelo autor" (SANTOS, 2014, p. 132), podendo tal finalidade "indiferentemente, constituir o *motivo* da ação, o *fim último* desta ou apenas um *fim intermediário*, como *meio para outros fins"* (*Ibid.*).

A segunda espécie do dolo se projeta sobre os resultados necessários à obtenção do fim principal do agente. Dito em outros termos, "quando se trata de um *fim* diretamente desejado pelo agente, denomina-se *dolo direito de primeiro grau*, e, quando o resultado é desejado como consequência necessária do meio escolhido ou da natureza do fim proposto, denomina-se *dolo direto de segundo grau* ou *dolo de consequências necessárias*" .

A terceira e última espécie de dolo expressa não a vontade livre e consciente de lesar determinado bem jurídico, mas o desprezo ante a possibilidade – e, no mais das vezes, probabilidade – de fazê-lo. A projeção relativa à produção do resultado jurídico desvalioso não intimida o agente em realizar sua ação. O dolo eventual, portanto, baseia-se na eventualidade da produção do resultado jurídico aliada ao respectivo desprezo do agente em relação à referida ocorrência.

Visando contrastar o dolo eventual com a culpa consciente – temática da qual não trataremos no presente trabalho –, Juarez Cirino (2014, p. 135) aponta que "o dolo eventual caracteriza-se, no nível intelectual, por *levar a sério a possível* produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por *conformar-se* com a eventual produção do resultado"[3].

Por fim, registre-se que a Lei Penal não faz distinção entre os dolos direto e eventual para fins de tipificação e aplicação da pena. Por isso, poderá o julgador fixar a mesma pena para quem agiu com dolo direto e para quem atuou com dolo eventual. Via de regra, já que os tipos penais que nada falam a respeito do elemento subjetivo do delito são dolosos (e.g. "matar alguém" – art. 121, CP, no qual nada se diz acerca do dolo), pode-se aplicar tanto o direto quanto o indireto/eventual.

[3] A prova do dolo eventual é produzida à luz das circunstâncias fáticas. Nestes termos, o STF: "O dolo eventual compreende a hipótese em que o sujeito não quer diretamente a realização do tipo penal, mas a aceita como possível ou provável (assume o risco da produção do resultado, na redação do art. 18, I, *in fine*, do CP). 3. Faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do auto eis que não se exige uma declaração expressa do agente" (Segunda Turma – *HC* 97252 – Rel. Min. Ellen Gracie – DJe 04/09/2009).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Excepcionalmente, quando a lei expressamente exige o dolo direto, tal circunstância vem claramente prevista no tipo penal, como se pode observar, ilustrando, nos tipos da denunciação caluniosa ("crime de que *o sabe* inocente") e da receptação ("coisa que *sabe* ser produto de crime), respectivamente, previstos nos artigos 339 e 180 do Código Penal. A teoria encampada pela Lei Penal nesse caso é a *teoria do assentimento*.

Este trabalho visa recolocar a questão a respeito do dolo em matéria penal sobre novas e promissoras bases.

A recente aproximação entre os campos da Filosofia da Linguagem e do Direito Penal tem se mostrado profícua na atualização do debate. As modernas teorias da argumentação jurídica e da comunicação operaram verdadeira alteração do paradigma em relação às aspirações do próprio Direito no sentido de, por um lado, "trocar a pretensão de verdade por uma pretensão de justiça e, de outro, permitir a confluência de aspectos normativos e ontológicos sob a medida da comunicação de um sentido" (BUSATO, 2012, p. 245).

Defenderemos a concepção *significativa* da teoria do delito, a qual parte de "bases democráticas comuns e aceitáveis por toda a sociedade, como os conceitos básicos de linguagem ordinária por ela utilizada" (RUDÁ, 2017, p. 29).

Nosso problema de pesquisa está centrado na possibilidade da revisão teórico-conceitual do instituto a partir da filosofia da linguagem e dos processos de comunicação de sentido, de maneira a evitar os problemas nos quais a abordagem tradicional (que o identifica como um estado mental composto por consciência e vontade) acaba incorrendo.

O desenvolvimento do debate em torno da Teoria do Delito a partir dos novos contributos filosóficos, além de permitir o aprimoramento da dogmática penalista brasileira, pode em muito proporcionar um processo penal mais garantista – tendo em vista a necessidade primordial de resguardo dos direitos fundamentais do acusado (traduzida em termos de *permissões fracas e fortes* pela teoria aqui defendida) – e democrático, na medida em que todos os sujeitos da relação processual contribuem para a construção da própria imputação.

Propõe-se uma reconsideração do conceito de ação[4], de maneira a dar-lhe eficácia social. Nossa hipótese de trabalho é que o dolo significativo ora apresentado torna a discussão sobre a ocorrência da tipicidade subjetiva em determinada conduta mais concreta e intersubjetivamente controlável, limitando o arbítrio do magistrado no momento da formação de seu convencimento.

A abordagem em vigor do dolo tem levado a inúmeras inseguranças e temeridades, sobretudo porque se ao juiz cabe buscar se convencer da ocorrência de um fato típico, ilícito e antijurídico e o dolo, por sua vez, é um estado mental (consciência e vontade), jamais será possível produzir provas da intenção de cometer certa conduta já que a ninguém é dado conhecer a mente alheia. O resultado prático obtido é o encarceramento em massa e os diversos casos de condenações cujo suporte probatório é frágil ou insuficiente para o rigor da pena imposta.

Por outro lado, partindo de um marco neoconstitucional – traduzido na ideia de "limitação do poder e supremacia da lei" (BARROSO, 2009, p. 112) – requer-se que o Direito Penal corresponda às exigências do modelo de Estado Democrático de Direito em que as normas incriminadoras sejam aplicadas em franca observância da Constituição da

[4] Cite-se, pela abrangência da abordagem, a exposição do desenvolvimento histórico-dogmático do conceito de ação elaborada por Lobato (2012, p. 51-68).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

República. A linguagem com a qual o Estado se comunica com os cidadãos sob sua guarda é vazada pelos direitos e garantias fundamentais, que demandam proteção.

O Direito Penal, assim, pode ser definido como uma resposta jurídica às condutas reputadas criminosas dada no contexto da sociedade que o aplica. Trata-se, sobretudo, de uma ferramenta comunicativa[5]. O delito deixa de ser considerado como um fato e passa a ser analisado como um conceito, para cujo reconhecimento concorrem todas as provas das circunstâncias e sentidos comunicados no momento da prática da conduta do agente.

> Apesar de não a ter expressamente denominado assim, Tomás Salvador Vives Antón (2011) formulou uma proposta de estruturação da teoria do delito que acabou posteriormente intitulada "Teoria Significativa do Delito".
>
> A razão para assim denominá-la deve-se ao fato de sua estruturação metodológica partir de uma concepção de ação que o referido doutrinador denomina *significativa*, à vista de que a mesma traduz uma expressão de sentido, com bases assentadas nas *Investigações Filosóficas* de Wittgenstein (1953, 1999) – obra que operou o 'giro pragmático' na filosofia da linguagem com base na ação e na racionalidade prática – e, no seu modo de apresentação, na teoria comunicativa do discurso elaborada por Habermas (1983, 1989).

Os elementos constitutivos do dolo têm despertado intensa controvérsia na doutrina penalista. A despeito do multifacetado debate, podemos identificar dois grandes grupos de teorias que se prestam a defini-los: as teorias *volitivas* ou *ontológicas* e as teorias *normativas* do dolo.

Metodologicamente, partiremos da exposição das linhas gerais de cada grupo de teorias do dolo, enfatizando os diversos problemas em que incorrem. Após, analisaremos a perspectiva significativa e o modo como responde aos questionamentos e objeções endereçadas às primeiras teorias. Ao final, buscaremos elucidar possíveis caminhos de aprimoramento do sistema penal que a filosofia da linguagem tende a abrir.

2. Elementos do dolo: Teorias da Vontade (ou Ontológicas)

No curso de sua elaboração filosófica e dogmática, o instituto do dolo adotou, em maior ou menor grau, caracteres volitivos e normativos.

As origens do dolo remontam ao Direito Penal romano, "que o entendia como ofensa intencional à lei moral e à lei do Estado, apresentada, de modo concreto, como o propósito, a intenção de (matar, roubar)" (PRADO, 2010, p. 331). A bem da verdade, o dolo era concebido como a materialização de uma vontade de fazer o mal, má intenção, astúcia (*dolus malus*, em latim), por oposição à não consciência (*negligentia*), consubstanciada na forma do descuido ou mesmo da negligência escusáveis.

Assim, o dolo era caracterizado por uma tripla perspectiva, na concepção de Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2016, p. 17, tradução nossa): (a) a má intenção do agente, (b) a vontade dirigida ao fim de lesionar (*dolus malus*) e (c) a má vontade. Tais requisitos consagraram o instituto penal do *criminelle dolus*. A prova do dolo, por seu turno, se dava pela via *ex re*, isto é, ocorria pela análise das circunstâncias do fato.

[5] Alinho-me, nesse tocante, à teoria do Direito como tecnologia do poder proposta por Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

A título de exemplo, o delito de homicídio configurava violação à sacralidade da vida humana criada por Deus, pecado dos pecados, consequência de uma má vontade do agente, dirigida a desafiar o Criador. O crime era, sobretudo, a expressão de uma imoralidade, que atentava contra Deus e o Estado.

Prevaleciam as teorias *psicológico-volitivas*, que entendiam o dolo como um "determinado estado mental do agente, normalmente vinculado à ideia de vontade" (CABRAL, 2016, p. 105, tradução nossa). Tradicionalmente, ensina Busato (2015, p. 400), "as primeiras concepções a respeito do dolo o entenderam como uma instância relacionada à consciência empírica do agente" um fenômeno privado, ocorrido na mente de seu possuidor, razão porque são também denominadas teorias ontológicas.

No bojo das teorias volitivas se destacam[6] a teoria *pura da vontade*, a teoria *do consentimento* ou *aprovação*, a teoria da *indiferença* e a teoria *da vontade de evitação*.

A teoria pura da vontade propugnava que o querer era "o principal critério identificador do dolo partindo, assim, da oposição contraditória entre o querido e o não querido, como forma de avaliar se a conduta era dolosa ou imprudente" (PUPPE, 2004, p. 33). Von Hippel, seu proeminente defensor, advogava a necessidade da presença de um estado mental específico para a caracterização do dolo, caracterizado como "a vontade de realizar os elementos objetivos do tipo penal" (ROXIN, 1997, p. 430, tradução nossa).

Mesmo na hipótese de dolo eventual, o defensor da teoria pura da vontade sustentava a presença do querer, ainda que relativizado, "manifestado por um resultado coquerido pelo agente" (CABRAL, 2016, p. 107, tradução nossa). Enfim, o critério distintivo das espécies de dolo – direto de primeiro e segundo graus e eventual – era a intensidade da vontade, pura e simplesmente considerada.

Já nos sistemas causalista e neokantista, o dolo era de tal modo psicológico (*dolus naturalis*) que integrava o plano da culpabilidade, esta a significar o vínculo *subjetivo* entre o autor e o fato delitivo.

O finalismo, por seu turno, a despeito de ter passado a considerar o dolo e a culpa como elementos da tipicidade, permaneceu adotando a teoria pura da vontade, na medida em que o fim perseguido pelo agente "poderia ser justamente a intenção de realização de um delito, ou seja, consciência e vontade orientadas à realização de um propósito delitivo" (BUSATO, 2015, p. 400).

A segunda teoria volitiva, denominada teoria do consentimento ou aprovação, teve o mérito de tentar propor um critério mais delimitado para o dolo eventual, tendo em vista a dificuldade das teorias puras em explicar plausivelmente os presumidos graus da vontade.

Para seus defensores, haveria dolo eventual sempre "quando o agente aprova internamente, num sentido psicológico, o resultado previsto" (ROXIN, 1997, p. 430, tradução nossa), agindo mesmo quando claramente prevê o resultado jurídico de sua conduta.

---

[6] Saliente-se ser o objetivo desta seção tão-somente a caracterização genérica das teorias que centram sua análise na vontade enquanto elemento configurador do dolo, não sendo seu escopo minudenciar o tema. Puppe (2004) e Roxin (1997) são referências obrigatórias a esse respeito.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Todavia, a teoria do consentimento incorreu na mesma ambiguidade conceitual da teoria pura da vontade, pois o conceito de aprovação, em realidade, acabou padecendo do mesmo problema de abarcar sob um denominador comum todas as espécies de dolo: a ambiguidade existente entre a acepção do dolo ora psicológico e ora normativo, isto é, um dolo concebido como vontade dirigida a lesar determinado bem jurídico e outro como aprovação do resultado jurídico desvalioso obtido, ainda que não diretamente querido pelo agente. Nesse sentido, escreve Cabral (2016, p. 111, tradução nossa):

> A proposta acabou por propugnar, ao mesmo tempo, um conceito psicológico de vontade para o dolo direto e um conceito normativo para o dolo eventual, é dizer, um conceito usual e outro fictício do elemento volitivo. Em consequência, a dificuldade de distinguir essas duas versões do conceito de querer [a saber, vontade e aprovação do resultado], leva ao mesmo problema já identificado na teoria pura da vontade, não representando, pois, uma contribuição efetiva para a solução do problema colocado [a distinção clara entre o dolo direto e o dolo eventual].

A terceira teoria, defendida por Karl Engisch (1964), advogava a tese do dolo como indiferença. Trata-se de uma tentativa de aperfeiçoamento da teoria pura da vontade, construída para solucionar o problema específico do dolo eventual, já que o conceito de dolo direto não se mostrava problemático para esse grupo de teorias.

Engisch sustentava que "a indiferença do agente em relação à realização do tipo penal"[7] era o critério distintivo da vontade no dolo eventual. Por conseguinte, o requisito da vontade, presente no dolo direto, acaba por ser substituído pela indiferença no dolo eventual. Nos termos do doutrinador alemão:

> Há dolo quando a realização do tipo é pretendida; quando ela é reconhecida como certa ou altamente provável em consequência de se pu próprio comportamento ou do resultado buscado; e quando o resultado – ainda que apenas reconhecido como possível ou simplesmente provável consequência da conduta ou do resultado pretendido – é indiferente ao agente. (ENGISCH, 1964, p. 219-220 *apud* CABRAL, 2016, p. 112, tradução nossa).

Dentre as diversas críticas endereçadas à presente teoria, nota-se a ausência de uma adequada especificação do que seja a indiferença, o que faz com que o conceito de dolo eventual seja vinculado a um mero estado mental de desejo ou gosto do agente, o que nos leva à inaceitável conclusão de que sempre que faltar indiferença não haverá dolo e, por consequência, crime[8]. Permanecia, assim, o caráter excessivamente psicológico do dolo, cuja comprovação se mostrava inviável.

A quarta e última teoria volitiva concebeu o dolo como uma vontade de evitação. Armin Kaufmann (1973), seu idealizador, sustentava a tese do critério único para identificação dos dolos direto e eventual, afirmando que cumpre analisar se "a vontade de realização do autor foi dirigida especificamente a não deixar produzir a consequência acessória tida em conta como possível, isto é, melhor dirigida a impedi-la" (KAUFMANN, 1973, p. 47, tradução nossa). Em verdade, a vontade de evitação excluiria o dolo quer estivesse dirigida às consequências principais quer às consequências acessórias da ação.

Nessa linha, observa Cabral (2016, p. 115, tradução nossa) que, conforme a teoria de Kaufmann,

---

[7] Idem, ibidem, 2016, p. 112 (tradução nossa).

[8] Conforme oportunamente ressalta Roxin, "alguém não pode se exonerar das consequências de sua atuação conscientemente incluídas no cálculo mediante meras esperanças nas quais nem ele próprio confia" (ROXIN, 1997, p. 432 (tradução nossa)).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> é precisamente a ausência de vontade de evitação do resultado – ou melhor, a ausência de vontade de realização dirigida à evitação do resultado – o que deve ser o critério identificador do dolo. Em outras palavras, estando presente a vontade de evitação, não há dolo.

A principal crítica endereçada à presente teoria recaiu sobre o critério demasiadamente amplo de dolo, o que acabou por abarcar os casos de imprudência[9] na medida em que, em ambos os casos, inexiste vontade de evitação do resultado. Roxin (1997, p. 437, tradução nossa) é enfático ao ponderar que

> (...) com o critério de Kaufmann não se consegue mais que um indício (refutável). Pois, de um lado, a negligência ou ligeireza humana tende com não pouca frequência a confiar na própria sorte também sem aplicar medidas especiais de precaução (pense-se no caso em que se atira a guimba do cigarro no meio de um estacionamento com perigo de incêndio), e, por outro lado, os esforços de vitação tampouco podem excluir o dolo quando nem o próprio sujeito confia em seu êxito e continua atuando apesar disso.

De todo o exposto nesta seção, podemos apontar como principal traço das teorias da vontade a identificação do dolo com um estado mental privado do agente – a vontade, o que torna impossível sua efetiva prova no processo penal, gerando evidente insegurança jurídica e subjetivismo no julgamento das circunstâncias nas quais a conduta foi praticada. As diversas teorias que tentaram solucionar o problema da natureza do dolo eventual, por sua vez, acabaram utilizando um conceito ambíguo de vontade, cuja explicitação sempre se mostrou superficial e pouco prática.

À vista disso, surgiram outras teorias que passaram a prescindir do elemento vontade para a caracterização do elemento subjetivo do tipo penal, partindo da análise das circunstâncias objetivas da conduta, a que se denominou teorias normativas.

3. Elementos do dolo: Teorias Normativas

Os problemas apresentados pelas teorias volitivas ocasionaram a elaboração de diversas alternativas doutrinárias, fundadas, agora não mais em uma análise psicológico-subjetiva, mas "[N]o resultado de uma avaliação a respeito dos fatos que faz com que se impute a responsabilidade penal nesses termos" (BUSATO, 2015, p. 403).

Assim, a concepção normativa do dolo estava ancorada em uma valoração, na medida em que o referido elemento do tipo penal não mais é visualizável, descritível e constatável, mas se valora, atribui e se imputa. Em síntese, o dolo é um caractere que se atribui a um sujeito, não uma realidade mental inacessível a terceiros.

---

[9] A teoria significativa do delito adota a expressão *imprudência* em substituição da expressão *culpa*. Juarez Cirino dos Santos é veemente ao denunciar a inadequação do emprego desse último termo: "O substantivo *culpa* e o adjetivo *culposo* são inadequados por várias razões: primeiro, confundem *culpa*, modalidade subjetiva do tipo, com *culpabilidade*, elemento do conceito de crime, exigindo a distinção complementar de *culpa em sentido estrito* e *culpa em sentido amplo*, o que é anticientífico; segundo, induzem perplexidade no cidadão comum, para o qual *crime culposo* parece mais grave que *crime doloso*, ampliando a incompreensão de conceitos jurídicos; terceiro, o substantivo *imprudência* e o adjetivo *imprudente* exprimem a ideia de lesão do dever de cuidado ou do risco permitido com maior precisão do que os correspondentes *culpa* e *culposo*; quarto, a dogmática alemã usa o termo *Fahrlässigkeit*, que significa negligência ou imprudência, mas a natureza da maioria absoluta dos fatos lesivos do dever de cuidado ou do risco permitido, na circulação de veículos ou na indústria moderna, parece melhor definível como *imprudência*" (SANTOS, 2014, p. 159). Veja-se também Busato (2015, p. 395-399).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Em que pese a diversidade das teorias normativas, a doutrina[10] as subdividiu em dois grandes grupos, as teorias *normativas-volitivas* e as teorias *normativas-cognitivas*, ainda que houvesse nuances e pontos de convergência entre as espécies de ambas.

O primeiro grupo de teorias normativas sustentava a necessidade de um elemento cognitivo e outro volitivo para o dolo, porém, ressalva Cabral (2016, p. 127, tradução nossa), "não se empreende[u] uma busca por um determinado dado psíquico, mas uma valoração normativa da conduta, com o objetivo de imputar a vontade ao autor".

Nessa linha, Hassemer propôs uma teoria dos indicadores externos do dolo, para a qual mais importava discutir a razão da penalização mais severa para os crimes dolosos em contraste com os crimes culposos do que definir o que seja a essência do dolo. Por essa razão, o doutrinador alemão não elaborou um novo conceito de dolo, mantendo-se alinhado à teoria do consentimento propugnada por Kaufmann para a caracterização dos dolos direto e eventual, consubstanciada na ausência de vontade de evitação.

O que, em verdade, o diferenciou das teorias volitivas foi a propositura de um rol (não-exaustivo) de indicadores objetivos que permitam ao julgador atribuir o caráter doloso a uma certa conduta[11], sempre tendo em conta a aplicabilidade de sua teoria na práxis judicial. São eles: (a) seu caráter observável (ou observabilidade); (b) sua exaustividade (ou plenitude); e (c) sua relevância para o elemento subjetivo em questão (ou relevância dispositiva).

No entender de Hassemer, o dolo "não é um fato, mas uma atribuição, ou seja, a exata atribuição de uma decisão contrária ao bem jurídico, na qual se expressam simultaneamente conhecimento e vontade" (BUSATO, 2015, p. 407). Note-se, contudo, que o autor permaneceu caracterizando o instituto como uma disposição ou estado mental internos, porém extraíveis, "indiretamente dos indicadores externos da conduta, que se apresentam, (...) em três níveis, a situação perigosa, a representação do perigo e a decisão a favor da ação perigosa" (CABRAL, 2016, p. 132-133, tradução nossa).

Em suma, a teoria dos indicadores externos não problematizou o conceito de dolo ao adotar a teoria do consentimento de Kaufmann; de forma que redundou nas mesmas críticas endereçadas a essa, expostas na seção anterior do presente artigo[12].

A segunda teoria normativa-volitiva do dolo foi proposta por Roxin (1997, p. 416, tradução nossa), para quem a essência do dolo era caracterizada como sendo uma "realização do plano", de maneira que um certo resultado apenas pode ser identificado como dolosamente produzido "quando e porque é correspondente ao plano do sujeito em uma valoração objetiva" (Idem, ibidem). Em suma, "há dolo quando o agente inclui o resultado em seu cálculo, fazendo o evento lesivo parte de seu plano e, em tal medida, querendo-o" (Id., ibid., p. 426, tradução nossa).

---

[10] Cf. Busato (2010; 2015), Cabral (2016), Santos (2014), Santos (2012) e Vives Antón (2011).

[11] "Evidentemente, os indicadores externos são tantos e tão amplos que não será possível esgotá-los. Trata-se, na realidade, da análise de todas as circunstâncias que estão ao redor do atuar". (BUSATO, 2015, p. 406).

[12] Busato ressalta, a despeito das críticas, que "Dessa construção de Hassemer parece derivar algo muito importante que, porém, o autor não trata de explorar: a ideia de transmissão de um significado. (...) Hassemer assume a ideia de que somente diante da expressão externa, compatível com a norma incriminadora subjetiva dolosa, é possível afirmar a existência do dolo. Vale dizer, o dolo 'é' em sua própria demonstração, sua expressão significativa" (BUSATO, 2015, p. 406).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Nesse sentido, o dolo "sempre encerra uma decisão em que o agente deve levar a sério a realização do resultado, mas essa decisão não deve ser considerada em termos psicológicos, mas normativamente considerada" (CABRAL, 2016, p. 135, tradução nossa)", isto é, "a concretização do critério da decisão, especialmente no dolo eventual, se realiza por meio de fórmulas, indicadores e contraindicadores" (Id., ibid.).

Justamente por preconizar que a análise do plano do agente deve levar em conta as circunstâncias objetivas e subjetivas como um todo, a teoria do plano de Roxin se alinhou com a dos indicadores externos de Hassemer. Em apertada síntese, a teoria do plano defendia a tese segundo a qual o dolo é identificado com um plano cuja análise leva em conta a existência de fatores objetivos, normativamente considerados.

A crítica que a doutrina reiteradamente dispensou à referida teoria consistia em apontar o caráter demasiadamente restritivo com que caracteriza o dolo: o emprego do termo "plano", no entender de Cabral (2016, p. 136, tradução nossa), "remete justamente a uma ideia de planejamento, estratégia, projeto, significados esses que encerram necessariamente uma ação previamente bem pensada, o que resulta incompatível com incontáveis casos de delitos claramente intencionais" e que, no entanto, são cometidos a despeito de uma prévia reflexão por parte do agente.

Ademais, Roxin não define o que entende por "plano", tampouco elucida em que circunstâncias estamos autorizados a concluir pela ocorrência de um plano e, portanto, de um delito doloso.

Por fim, no que se refere aos indicadores objetivos de caracterização do dolo, a teoria do plano se mostrou igualmente vaga ao apontá-los, deixando a cargo do magistrado a atribuição de decidir o que é o dolo, o que acabou por ensejar subjetivismo e insegurança jurídica ao Direito Penal, do mesmo modo como ocorre com as teorias volitivas.

Por outro lado, dentre as várias teorias normativas-cognitivas destaca-se a teoria do dolo *como conhecimento das consequências*, defendida por Jakobs (1997, p. 316, tradução nossa), para quem "a consequência da ação é observada, em uma parte, pelo curso causal querido e, de outra, mediante a percepção, não querida, do fato dependente da ação".

Assim, essa proposta prescindia de qualquer análise do elemento volitivo, firmando suas bases no puro conhecimento das consequências da ação por parte do agente, ainda que Jakobs não tenha se ocupado em formular critérios para a efetiva conclusão de que houve ou não tal conhecimento por ocasião da aplicação da lei penal no caso concreto.

Por todo o exposto, importa ressaltar que, embora as teorias normativas não tenham logrado êxito em solucionar o problema da análise do dolo, tiveram o mérito da busca por bases normativas que se mostrem efetivas na imputação de um delito a certo agente, denunciando as deficiências das teorias psicológicas.

Notamos, enfim, que desde a era do *dolus malus* até o funcionalismo permaneceu a incompreensão acerca do que seja o elemento intencional, por meio do qual podemos identificar uma conduta típica como sendo dolosa.

Se o dolo consistir em um ato subjetivo acessível tão-somente via introspecção, temos como consequência o fato de o Direito Penal carecer de relevância e objetividade, na medida em que a ninguém mais é dado conhecer a vontade que não o sujeito que a sente. Assim, o julgamento criminal nada mais seria que mera encenação arbitrária e encarceradora, em clara violação dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Em consequência disso, a doutrina penalista vem desde fins do século XX sistematizando soluções alternativas e mais adequadas ao referido problema, cumprindo-nos, no presente artigo, passar à tratativa da teoria *significativa* do dolo de Tomás Salvador Vives Antón (2011), a qual propõe a inclusão do *sentido* na construção da imputação, reformulando todos os fundamentos do sistema penal, sobretudo seus elementos subjetivos.

Doravante, as seções subsequentes discutirão as linhas mestras com que o sistema significativo opera, passando, enfim, à construção de um dolo (re)significado.

4. O dolo significativo

A principal contribuição da visão significativa foi incorporar a dimensão do sentido da ação na teoria do delito. Tal se sucedeu após o giro pragmático-linguístico na filosofia contemporânea pós-Wittgenstein e suas póstumas *Investigações filosóficas.* O modelo aqui proposto, contudo, não pretende ser um mero substituto dos demais, mas um sistema de imputação firmado em novas bases filosóficas e jurídicas.

O ponto central é que a teoria significativa pretende analisar o delito sob um ponto de vista filosófico, da linguagem, buscando os sentidos extraídos das circunstâncias, a conduta do agente e da vítima, eventuais causas de justificação ou exculpantes – traduzidas em termos de permissões fortes e fracas. O crime, assim, deixa de ser um *fato* que se subsume a uma norma e passa a ser um *conceito.*

Tomás Salvador Vives Antón (2011) organiza seu sistema de imputação a partir da filosofia do segundo Wittgenstein e de Jürgen Habermas[13]. Busato (2015, p. 251) observa que

> o que faz Vives é organizar a racionalidade penal a partir dos jogos de linguagem expressos na ação e as formas de vida que dão racionalidade prática às regras. Por outro lado, na metodologia de apresentação dos temas de parte geral afirma as realidades a partir da compreensão da linguagem como acordo comunicativo que legitima as normas segundo pretensões de validade.

Nesse sentido, a teoria significativa do delito propõe uma nova consideração das categorias tradicionais com as quais o Direito Penal opera a partir da compreensão do *significado* dos respectivos conceitos. Dentre esses, serão fundamentais ao desenvolvimento da proposta aqui apresentada e defendida os conceitos de *ação* e *norma*.

Vives Antón (2011, p. 210, tradução nossa) sustenta que a ação não consiste em um substrato da imputação penal, mas "um processo simbólico regido por normas" a designar "o significado social da conduta" (Id., ibid.). Em síntese, o conceito de ação pode ser entabulado como "interpretações que podem dar-se, do comportamento humano, segundo os distintos grupos de regras sociais" (Id., ibid.). Assim, "elas deverão representar, em termos de estrutura do delito, já não o substrato de um sentido, mas o sentido de um substrato" (BUSATO, 2015, p. 252).

Confirme observa Wittgenstein (1953, 2006, p. 38), o significado de uma expressão é, mediante certas qualificações, o "uso na prática de um jogo de linguagem" (*IF* §43), de modo que as palavras funcionam como ferramentas, com diferentes usos em diversos contextos. No domínio da ação, seu sentido é dado, não pela intenção do agente, mas

[13] Ao leitor não familiarizado com os filósofos supra, destaca este autor as primorosas introduções, respectivamente, de David Stern (2004/2012) e Alessandro Pinzani (2009). Holtzman (1981) e Cora Diamond (1991) são comentadores clássicos, porém mais densos e pormenorizados.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

pelo "significado que socialmente se atribua ao que fazem"[14]. A ação, desde um ponto de vista linguístico, não é um fato a se descrever, mas uma atribuição de significado.

Em paralelo à centralidade do conceito de ação, Vives Antón (2011, p. 334, tradução nossa) elege a liberdade de ação como seu pressuposto, sendo "o ponto de união entre a doutrina da ação e a doutrina da norma", não concebida em bases empíricas, mas como o "pressuposto da imagem de mundo que dá sentido à própria ação" (BUSATO, 2015, p. 255)". Por certo, pressupor a liberdade pode sugerir um comprometimento com a controversa tese do livre-arbítrio, o que não é o caso, conforme bem nota Manuel Cobo del Rosal:

> Certamente, pode produzir rechace a ideia de que se castiga sobre a base de uma indemonstrável pressuposição de liberdade de vontade. Mas, castigar não é uma opção teórica, mas uma opção prática. *Ou se pressupõe que o homem é livre, e se lhe castiga pelas infrações das normas que livremente comete, ou se pressupõe que não o é, então é necessário recorrer a esquemas causais (não normativos) para dirigir sua conduta.* Por insatisfatório que pareça castigar sobre a base de uma pressuposição, mais insatisfatório resultaria governar a sociedade humana como se se tratasse de um puro mecanismo. O homem poderia então ser tratado como um puro fenômeno natural. Os poderes do Estado sobre o indivíduo não tropeçariam com o limite representado pela dignidade humana, que se baseia na ideia de que o indivíduo é um ser capaz de escolha, "legislador no reino dos fins" para empregar a expressão kantiana. As garantias próprias do Estado de Direito pareceriam desprovidas de sentido, e inclusive a própria ideia de Estado de Direito seria absurda, pois em uma sociedade governada segundo a hipótese determinista não teria sequer porque existir Direito. (COBO DEL ROSAL, M; VIVES ANTÓN, 1999, p. 542-543, tradução nossa).

Ora, se a ação é um sentido – e, portanto, não é subdeterminada pela causalidade – Vives Antón a entende livre, retirando-a da dimensão da culpabilidade e elegendo-a como pressuposto da própria teoria do delito.

Por outro lado, a norma penal possui uma dimensão de validade: "O que pretende uma norma jurídica é ser essencialmente válida, cuja pretensão obviamente não fica satisfeita com a presunção de legitimidade formal" (BUSATO, 2015, p. 256) mas também não se converte em norma moral "pois ainda que pretenda afirmar-se por si mesma e não em relação a um fim, (...) não aspira ao aperfeiçoamento humano, mas simplesmente a gerir a ordem de coexistência humana" (Id., ibid.).

Assim sendo, conclui Vives Antón pela impossibilidade de um conceito (ontológico) universal de ação. A esse respeito, Bitencourt (2010, p. 268) defende a estreita ligação entre a conduta e sua conformação típica, destacando que

> as ações não existem antes das normas (regras) que as definem. Fala-se da ação de furtar porque existe antes uma norma que define essa ação. (...) A ação, cada ação, possui um *significado* determinado, certas práticas sociais que identificam um comportamento humano perante outros.

[14] VIVES ANTÓN, 2011, p. 221, tradução nossa. Destarte, "a determinação da ação que se realiza não depende da concreta intenção que o sujeito queira levar a cabo, mas do código social conforme o qual se interpreta o que ele faz". (Ibid., p. 232).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Não há mais que se falar em categorias do delito – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – mas em distintas pretensões de validade, à semelhança das pretensões de validade do Agir Comunicativo de Habermas[15], cujo conteúdo passaremos a expor[16].

A categoria central do sistema de imputação passa a ser não mais a ação típica, mas "um tipo de ação definido na Lei" (VIVES ANTÓN, 2011, p. 491, tradução nossa). A primeira pretensão de validade é denominada a *pretensão de relevância.*

O tipo de ação tem sua configuração determinada normativamente, pois resulta do reconhecimento de um significado. A aferição dos elementos subjetivos do tipo de ação corresponde à observação das manifestações externas do agente, não ao questionamento a respeito dos processos psicológicos por que passa o sujeito, sua vontade, querer ou desejo.

O perene problema da definição da ação ou da omissão, por sua vez, "torna-se meramente aparente, na medida em que se trata de identificar, circunstancialmente, a existência de ação ou omissão tipicamente relevante" (BUSATO, 2015, p. 258). A relação de causalidade só tem seu sentido identificado a partir de "práticas, interpretações e novas práticas" (VIVES ANTÓN, 2011, p. 321, tradução nossa).

A segunda pretensão de validade da norma penal é a *pretensão de ilicitude*, a qual se identifica, de um lado, com um compromisso do agente com a violação de um bem jurídico – aqui compreendidos os institutos do dolo e da imprudência – e, de outro, os casos em que a ilicitude será excluída em hipóteses contempladas nas leis permissivas, quer estas outorguem "um direito permissivo forte (causas de *justificação*) [quer] se limitem a tolerar a ação, outorgando um permissivo *fraco* (*escusas*) ou *causas de exclusão da responsabilidade pelo fato*" (VIVES ANTÓN, 2011, p. 492-493, tradução nossa).

A terceira pretensão, de *reprovação* (ou de *reproche*) recai não sobre a ação (tal qual as duas primeiras), mas sobre o autor, consubstanciando-se em um juízo de culpabilidade. Anota Vives Antón (2011, p. 494, tradução nossa) que a reprovação jurídica pressupõe a imputabilidade e o conhecimento (ainda que potencial) da ilicitude de sua ação, de modo que "[é] o reproche – não a pena – [que] restitui ao delinquente sua dignidade de ser racional, porque se dirige a ele como pessoa e o trata como sujeito, não como objeto".

A quarta e derradeira pretensão de validade da norma penal é a da *necessidade de pena*. A teoria significativa incorpora o presente eixo de análise da conduta com vistas a concretizar o princípio constitucional da proporcionalidade, cujo conteúdo engloba (a) a necessidade de imposição da pena, (b) a adequação da reprimenda aos fins preventivo e repressivo do Direito Penal, e (c) a proporcionalidade propriamente dita por ocasião da dosimetria da mesma.

Nela estarão albergadas não apenas as condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena como também "as causas pessoais de anulação ou suspensão da pena, graça, anistia e todos os demais institutos que afastam a possibilidade de aplicação da pena ao caso concreto, quer derivadas ou não da lei" (BUSATO, 2015, p. 260).

---

[15] Vide nota 13.

[16] Ressaltamos que buscaremos uma aplicação concreta, por meio de exemplos, quando adentrarmos na análise dos elementos constitutivos do dolo significativo, nas seções seguintes.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

O que se busca é um sistema de imputação moderno e filosoficamente orientado ao *sentido* da ação penalmente relevante. Nesse contexto, substitui-se a aspiração de verdade no processo por uma aspiração de justiça no caso concreto. Espera-se que o Direito Penal forneça a adequada reprimenda estatal aos delitos que efetivamente lesem bens jurídicos relevantes e socialmente reconhecidos, e não permaneça servindo de instrumento de encarceramento em massa e seletividade de grupos, estereótipos e classe sociais.

Tendo apresentado as pretensões gerais com que opera o sistema significativo de imputação, cumpre-nos adentrar na análise dos elementos volitivo e cognitivo do dolo a partir da perspectiva aqui proposta. Buscaremos, na medida do possível, refletir sobre a aplicação prática do instituto, suas consequências e exemplos.

5. Dolo significativo como vontade

Por evidente, a vontade integra o dolo, podendo-se dizer que o referido instituto "envolve também levar a cabo intencionalmente determinada ação" (BUSATO, 2015, p. 260). Não há, assim, ação sem vontade.

Nesse sentido, o elemento volitivo manifesta um vínculo normativo do agente com o significado de sua ação. Em apertada síntese, a intenção "materializa a responsabilidade normativa derivada da ação, materializa o compromisso linguístico do autor" (CABRAL, 2016, p. 284, tradução nossa).

Vives Antón (2011, p. 255, tradução nossa) é claro ao reconhecer a presença do elemento aqui analisado:

> (...) a ideia de domínio de uma técnica não basta para captar esse compromisso com o resultado lesivo em que consiste o dolo. Do médico que, tratando de acudir com urgência ao lugar onde um paciente precisa um tratamento sem cuja rápida administração morreria, conduz uma guinada à esquerda para evitar um largo rodeio, não se pode dizer, se ocasiona um acidente mortal, que tivera a intenção de fazê-lo; isto é, que haja se comprometido com sua causação. Aqui, a ação que engendra o perigo não coleva uma intenção de matar, que exista o domínio da técnica de que se trata (conduzir) e, por conseguinte, o 'conhecimento' do resultado.

Ora se o dolo é vontade, a teoria significativa a define como a "expressão de uma pretensão significada de realizar determinada ação"[17], cujo sentido é identificado pelo contexto em que a ação se desenvolve, pelas circunstâncias que o agente sabe e as respectivas técnicas que domina – "o elemento volitivo do dolo tem seu sentido vinculado ao elemento cognitivo" (CABRAL, 2016, p. 291, tradução nossa).

Uma análise dos usos do verbo 'querer' revela que a intenção não é um substrato ontológico, algo interno, um objeto mental, mas um conceito linguístico[18], e sempre caracterizada por uma ação: há uma *relação interna*[19] (ou *gramatical*) entre o querer e o agir.

---

[17] Vives Antón, por sua vez, a define como "compromisso de atuar de determinado modo" ou mesmo como um "compromisso de levar a cabo a ação correspondente". (VIVES ANTÓN, 2011, p. 242 e 247, tradução nossa).

[18] "(...) o que faça ou deixe de fazer não depende do que eu queira, mas dessas regras ou práticas que preexistem e impõem ao meu desejo. Eu tinha a intenção de dar xeque-mate; mas não o dei. Eu não queria ofender, mas as expressões que proferi são injuriosas (ou vice-versa), etc. Não é o conteúdo do querer; são, ao contrário, as regras que regem a prática de que se trate o que determinam o sentido do que faço, sua descrição ou interpretação como ação". (VIVES ANTÓN, 2011, p. 757, tradução nossa).

[19] Glock define a expressão 'relações internas' como aquelas "que não poderiam deixar de ocorrer, por serem dadas juntamente com os termos (objetos ou elementos relacionados), ou por serem (em parte) constitutivas desses termos, como é o caso de o branco ser mais claro que o

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Intenção e compromisso são termos indissociáveis, contudo, operam em planos distintos, separáveis por razões didáticas. A intenção se vincula ao plano do *significado*, quer dizer, "ao âmbito em que se estabelecem os significados de nossas ações (critérios de sentido) (CABRAL, 2016, p. 295, tradução nossa)[20]; ao passo em que o compromisso se atrela ao plano da *responsabilidade*, isto é, "ao âmbito de como nós assumimos a responsabilidade por nossas ações" (Id., ibid.).

Dito em outros termos, para que se tenha o compromisso caracterizador do dolo, o elemento cognitivo (*saber que* e *saber como*) habilita o autor a prever os resultados significativos advindos de sua ação e, prevendo, o autor intencionalmente realiza a ação, comprometendo-se com a produção do resultado significativo.

A título de exemplo, um atirador de facas, ainda que possua pleno domínio da técnica, saiba o que faz, pode expressar a pretensão de matar ou lesionar a assistente que lhe auxilia, direcionando o instrumento cortante para alcançá-la. O contexto expressa o sentido do compromisso do autor, permitindo diferenciar uma ação dolosa de uma ação imprudente[21], ainda que o substrato das ações seja igual.

O reconhecimento de uma intenção[22] impõe que haja critérios públicos, intersubjetivos, a partir dos quais estejamos habilitados a reconhecer o significado do dolo[23] num certo contexto. Socorrendo-nos dos critérios identificados por Glock[24] e aplicando-os à prova da intenção dolosa, podemos destacar: (a) o *contexto*; (b) as *explicações* e (c) as *confissões*.

O primeiro critério – o contexto[25] – indubitavelmente interessa à prova processual penal, tendo em vista que "não depende da boa vontade do acusado em facilitar importantes informações sobre suas intenções" (CABRAL, 2016, p. 303, tradução nossa). A compreensão sobre a intenção do agente pode ser formada por elementos tais como "os

---

preto. Uma propriedade interna é, da mesma forma, uma propriedade que uma coisa não poderia deixar de possuir, pelo fato de ser essencial para que seja a coisa que é (...). Wittgenstein veio a privilegiar os termos 'relações gramaticais' ou 'conexões gramaticais' em detrimento de 'relações internas'. As relações gramaticais não são relações que determinamos pelo exame dos elementos relacionados, considerando-se que não poderíamos identificar esses elementos independentemente das relações". (GLOCK, 1998, p. 318).

20 Vives Antón a define como "as regras que a identificam e a fazem possível e cognoscível". (VIVES ANTÓN, 2011, p. 295, tradução nossa).

21 Vide nota 9.

22 §337: "A intenção está inserida na situação, nos hábitos humanos e nas instituições". (WITTGENSTEIN, 1953, 1999, p. 144).

23 Contrapondo-se à equivocada cisão entre os mundos interno (mente) e externo (mundo), Vives Antón observa que "(...) certamente, como sublinhou Ramos, fazem falta critérios externos para determinar quando podemos dizer que uma ação determinada é ou não dolosa; mas não se trata de critérios externos a partir dos quais se possa induzir a existência ou inexistência de determinados processos internos, se não que 'tal dicotomia não existe': determinam o uso da palavra e, portanto, os critérios são constitutivos, o dolo é sempre, portanto, *dolus in re ipsa*. Apesar disso, tais critérios não podem ser absolutamente seguros, nem constituem nenhuma 'ciência'; porém, podem proporcionar uma segurança suficiente, que nos permita entendermo-nos ao falar e, em consequência, valorar corretamente nossas ações. Em resumo, cabe terminar esta reflexão sobre o interno e o externo apelando a uma lapidária frase de Wittgenstein: 'O interno é uma ilusão'. Isto é, o complexo total de ideias ao que se alude com esta palavra é uma tela pintada que se levanta diante do cenário do uso efetivo da palavra". (VIVES ANTÓN, 2011, p. 656, tradução nossa).

24 Cf. verbete "Interno" em Glock (1998, p. 279).

25 "A voluntariedade – e as atribuições de intenção – resultam de um contexto e dependem da relação da conduta com as pautas que governam nossas vidas: não são elementos da ação, senão formas ou modos de entender a conduta como ação". (VIVES ANTÓN, 2011, p. 237, tradução nossa).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

objetos empregados (como armas, ferramentas e outros), o local dos golpes ou disparos, o *modus operandi*, situações temporais, compleição física e muitos outros elementos" (Id., ibid., p. 304, tradução nossa).

Os fatos antecedentes (ex.: desavenças, amizades, inimizades, raiva, dentre outros) assim como os consequentes (ocultação dos objetos do crime, socorro à vítima, fuga ou ameaças e quaisquer outros) igualmente importam na consideração do critério do contexto da ação:

> O que *A* quer dizer se evidencia a partir do modo como, caso seja necessário, ele explica, justifica ou elabora seus proferimentos, pelas consequências que ele extrai destes, pelas respostas e reações que ele aceita como pertinentes. (GLOCK, 1998, p. 279).

O segundo e terceiro critérios elencados por Glock (1998) e aplicáveis ao estudo do dolo significativo são as explicações e confissões do autor a respeito de sua ação. Cabral (2016, p. 306, tradução nossa) os define como "o modo de manifestação do autor sobre os fatos, como o autor admite, explica, raciocina sobre o significado da ação e de suas intenções". Wittgenstein (1953, 1999, p. 215) a esse respeito destaca que

> Para a verdade da confissão de que teria pensado nisto e naquilo, os critérios não são os de uma *descrição* adequada à verdade de um processo. E a importância da verdadeira confissão não reside no fato de que ela, com segurança, reproduz corretamente um processo. Reside muito mais nas consequências especiais que são tiradas de uma confissão, cuja verdade está garantida pelos critérios especiais da *veracidade*.

O sentido da confissão, nesses termos, está diretamente relacionado com o "contexto da ação e na forma-de-vida que constitui seu referência" (CABRAL, 2016, p. 251, tradução nossa)[26]. Não cabem questionamentos sobre sua correção ou equívoco, mas apenas acerca de sua honestidade[27].

Em suma, os critérios para a caracterização da intenção elencados acima devem ser analisados em conjunto, cabendo ao intérprete atentar sempre aos sentidos extraídos da ação no contexto em que foi praticada. Com isso, passa-se de um Direito Penal dos fatos para um Direito Penal dos sentidos da ação.

O dolo significativo não se esgota, contudo, na vontade – expressa-se, como vimos, no compromisso do agente com a produção do resultado. Deve haver conhecimento da ilicitude da conduta. Passaremos, enfim, à exposição do elemento cognitivo do instituto.

---

[26] Em relação à noção de "formas de vida" (*Lebensform*), Wittgenstein não a define , pois ela adquire significado na conjunção com os jogos de linguagem e com as regras utilizadas nas mais variadas circunstâncias. A forma de vida consistirá na concordância de respostas de uma certa comunidade linguística, o que consequentemente, desemboca na concordância de juízos e definições dentro de um discurso com valor de verdade. Peruzzo Júnior (2011) é uma referência relevante.

[27] "A intenção de *A* não precisa se fazer evidente a partir de algo que lhe passe pela cabeça; é, antes, manifestada pela expressão de sua intenção, o mesmo aplicando-se às ocasiões em que *A* quer dizer algo. Podemos atribuir-lhe, afirmar que a intenção de realizar o ato de *x*, ou que quis dizer Napoleão I, se é isso que ele exterioriza, na ocasião ou mais tarde, desde que não tenhamos motivos para questionar sua sinceridade (...)". (GLOCK, 1998, p. 279).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

6. Dolo significativo como conhecimento

Uma ação dolosa impõe ao julgador a análise da possibilidade concreta de previsão de resultados e inferência conforme nossas habilidades e as técnicas que dominamos. Vives Antón não nega a presença do elemento cognitivo do dolo, ainda que lhe empreste os novos contornos proporcionados pela filosofia do segundo Wittgenstein, deixando-o de conceber como um objeto mental privado, captado pela via da introspecção.

A filosofia da linguagem elucida que os fatos comunicados não podem ser divorciados do processo de comunicação estabelecido por meio do entendimento entre os membros de uma dada comunidade.

A consequência prática é que o significado dos termos que usamos é estabelecido pelos usos que deles fazemos nos múltiplos contextos em que atuamos. A linguagem passa a ser vista como uma prática governada por regras[28].

Seguir uma regra é algo que fazemos corriqueiramente: seguimos regras de trânsito ou de xadrez, regras de etiqueta ou de inferência. Ao seguir uma regra, nós fazemos algo, agimos de certo modo na medida em que a regra que controla nosso comportamento/atividade nos diz – inclusive requer-nos – o que devemos fazer. Há severas consequências decorrentes da conduta de não seguir regras. Caso nos recusemos a observar as normas do trânsito, dirigimos ilegalmente e contraímos multas e sanções administrativas e penais. Se desdenharmos das regras do xadrez, simplesmente não o jogaremos. Uma vez inobservadas regras de inferência, não pensamos de maneira correta ou válida. Outrossim, as regras determinam quais ações são corretas, a saber, aquelas que estão de acordo com elas.

Dada, de um lado, a multiplicidade de atividades controladas por regras e, de outro, a impossibilidade de fornecer uma definição universal para o que se pode denominar linguagem

> Wittgenstein não apresenta uma definição única e estabelecida sobre o conceito de "regra", mas antes, afirma que este conceito deve ser analisado a partir das semelhanças de família que este conceito possui e que dizem respeito ao seu uso (IF §67). As regras podem ser identificadas através dos exemplos de utilização, de acordo com os quais é possível identificar de que modo uma regra está sendo aplicada em um determinado jogo de linguagem. (PABLOS: 2013, p. 39).

Há que se notar, contudo, que as ditas regras "não descrevem, por exemplo, o que as pessoas falam, mas definem o que é falar com sentido ou corretamente [dentro de um contexto comunicativo]" (GLOCK, 1998, p. 312). Para tanto, faz-se necessária a existência de uma "prática comum, i.e., um entendimento mútuo entre os indivíduos a fim de que se efetive a compreensão da linguagem" (PABLOS, 2013, p. 40).

No plano do Direito Penal, resulta uma verdadeira mudança de paradigma interpretativo: não são os fatos (objetivos, que produzem resultados naturalísticos no mundo) que se adequam às normas penais proibitivas, mas são as normas penais que fixam previamente as regras para que se possa, a partir das circunstâncias concretas e dos agentes envolvidos (neles inclusos os sujeitos processuais) reconhecer determinada conduta como um delito.

[28] O problema do seguir uma regra é, sem dúvidas, um dos temas mais discutidos entre os intérpretes da filosofia do segundo Wittgenstein. Dado o escopo do presente artigo, não nos ocuparemos de esmiuçá-lo sob pena de extrapolarmos os limites editoriais deste texto. Recomenda-se ao leitor interessado o estudo das obras de Diamond (1999), Grayling (1996), Kripke (1982, 2006) e Santos (2016).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Conforme destaca Cabral (2016, p. 243, tradução nossa), é o uso comunicativo da linguagem o que estabelece as formas do conhecimento, de modo que "não há nenhum acesso imediato ao mundo que seja independente de nossas práticas linguísticas e do contexto linguisticamente construído de nossos modos de vida".

Gebauer (2013, p. 28) é elucidativo sobre a questão:

> (...) o ponto arquimediano da filosofia (...) não pode ser o sujeito isolado. Ele também não se encontra fora do mundo. O mundo, como objeto do nosso conhecimento, se origina dos usos da linguagem. Estamos seguros de nossos usos do mesmo modo que estamos seguros de nossos jogos. Nós mesmos o fazemos, mas não arbitrariamente, se não que em harmonia com o que já está aí. Com as práticas, regras, normas e ação em comum com outras pessoas. Os jogos têm seus próprios desenvolvimentos do que já existe, mas eles não inventam um mundo totalmente novo sem nenhum ponto em comum com a *práxis* em que vivemos.

Assim sendo, para que um indivíduo possa tomar parte nos respectivos jogos-de-linguagem, é imprescindível que desenvolva sua capacidade de ação no sistema, a qual se dá, por sua vez, por meio do conhecimento. A descrição dos usos[29] da expressão "conhecimento" certamente lançará luz sobre a compreensão do instituto do dolo.

O primeiro uso se refere ao conhecimento como *saber que* ou como *consciência da ação*. Nesse sentido, o dolo expressa "um compromisso do autor com o resultado significativo de sua ação"[30] e, como consectário lógico, é imprescindível que o autor tenha consciência da ação significativa que realiza; uma vez que, por evidente, "apenas se pode assumir um compromisso com algo se se sabe o que se faz"[31].

Para a caracterização dessa acepção do elemento cognitivo do dolo, o agente deve ter consciência de todos os elementos de sua ação que estejam previstos no tipo penal – quer sejam de ordem descritiva quer sejam de ordem normativa. Tais elementos são tradicionalmente denominados objeto do dolo[32].

De acordo com a perspectiva linguística aqui defendida, o conhecimento e a memória não são algo psicológico, cujo acesso se dá por introspecção, porém consistem em uma habilidade, um certo tipo de fazer[33].

---

[29] "A 'consciência', o 'saber', em que o elemento intelectual [do dolo] consiste, tem uma pluralidade de sentidos: representação, atenção, explicação, cálculo, predição, experiência, previsão, etc.". (VIVES ANTÓN, 2011, p. 264, tradução nossa).

[30] CABRAL, 2016, p. 258, tradução nossa.

[31] Idem, ibidem.

[32] Veja-se, dentre outros, Bitencourt (2010), Gomes (2015) e Régis Prado (2010).

[33] "Nós falamos de *ter*, ou *possuir*, habilidades – essa é a imagem que nós usamos. Porém possuir uma habilidade não é possuir algo – é ser capaz de fazer algo. É importante não se confundir com a forma pela qual nós fazemos referência às habilidades. Posses que não são usadas podem ser armazenadas. Porém, quando alguém não está utilizando uma habilidade, essa não está num armazém. Tampouco está situada em algum lugar, ainda que em seu veículo, se é possível dizer que ela tenha um (...) (p.ex., os órgãos sensoriais são os veículos das habilidades sensoriais). O conhecimento é uma habilidade, e a memória é o conhecimento retido. É um erro comum entre psicólogos e neurocientistas supor que as memórias estão, precisam estar, ou podem estar, armazenadas no cérebro. Mas o conhecimento que é uma habilidade – nomeadamente, saber que algo seja assim –, ou o conhecimento que equivale a uma habilidade ou domínio de uma técnica (como o conhecimento de inglês), não é algo armazenável. O que é conhecido (também denominado conhecimento), no caso de saber que algo é assim, é, evidentemente, armazenável por exemplo, em livros, arquivos e ordenadores – se está escrito, codificado ou fotografado, etc. Porém, não há algo como armazenar o conhecimento no cérebro. A memória é apenas metaforicamente o armazém das ideias. (Certamente, isso não significa que não haja condições neurais para relembrar algo)". (HACKER, 2007, p. 110-111, tradução nossa).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Exemplificativamente, um agente que comete o crime de concussão (art. 316 CP) sabe de sua condição funcional desde quando iniciou efetivamente o exercício de seu cargo público, razão porque desde tal momento tem a consciência necessária sobre o elemento normativo "funcionário público" para a caracterização do tipo objetivo do referido delito contra a administração pública. Nessa perspectiva, não se exige um conhecimento imediatamente atual para a realização física de uma dada ação[34].

Em suma, para avaliar a atualidade dolosamente relevante, não se deve tomar como referencial a ação tomada como um mero movimento mecânico capaz de produzir um resultado naturalístico no mundo, mas de acordo com "um conjunto de circunstâncias que transmitem um sentido de ação"[35].

Por outro lado, não basta para a efetiva verificação do dolo a existência ou não de um compromisso do agente com a produção do resultado significativo; cabe analisar ainda uma outra face do elemento cognitivo do dolo: o conhecimento usado como *saber como* ou como *domínio de uma técnica.*

De acordo com a teoria do delito aqui adotada, dominar uma técnica consiste precisamente "em saber como jogar os jogos-de-linguagem em nosso sistema linguístico de verificação" (CABRAL, 2016, p. 268, tradução nossa)[36]. Saber jogar pressupõe a capacidade de aprendizagem e adestramento[37].

Precisamente por isso, pode-se afirmar que o conhecimento linguístico não é um ato, não é algo que fazemos, tampouco um evento ou processo, mas uma condição permanente, uma capacidade, o domínio de uma técnica de atuar nos mais variados jogos-de-linguagem[38]. Daí se segue que compreender uma expressão significa ter a habilidade (prática) de utilizar a expressão ou realizar lances do jogo de acordo com seu emprego ordinário.

Por conseguinte:

---

[34] Cabral elucida este ponto nos seguintes termos: "Se, por exemplo, um assassino, que faça a guarda em frente à casa da vítima, tenha-na visto entrar em sua habitação há duas horas e não tenha saído, venha a colocar uma bomba na porta da casa matando a ofendida, para que se possa afirmar que tenha conhecimento do elemento típico 'pessoa viva' não é necessário que ele, antes de implantar a bomba, tenha que olhar novamente para dentro da casa a fim de ter certeza de que a vítima está ali". (CABRAL, 2016, p. 264, tradução nossa).

[35] BUSATO, 2015, p. 412.

[36] §199: O que chamamos 'seguir uma regra' é algo que apenas uma pessoa pudesse fazer apenas uma vez na vida? — E isto é, naturalmente, uma anotação sobre a gramática da expressão 'seguir a regra'.

Não pode ser que apenas uma pessoa tenha, uma única vez, seguido uma regra. Não é possível que apenas uma única vez tenha sido feita uma comunicação, dada ou compreendida uma ordem, etc. — Seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez são hábitos (costumes, instituições).*Compreender uma frase significa compreender uma linguagem. Compreender uma linguagem significa dominar uma técnica.* (WITTGENSTEIN, 1953, 2006, p. 113, grifo nosso).

[37] Gebauer é elucidativo ao explicar o que Wittgenstein e Vives Antón entendem por aprendizagem como adestramento, *verbis*: "Desde o nascimento os seres humanos ainda não têm nenhum pano de fundo, não importa de que tipo seja, para um jogo. Na primeira aprendizagem da ação regulada, especialmente da linguagem, os pequenos meninos são levados primeiramente a formar um pano de fundo. O que dificulta essa aprendizagem é o fato de que esse pano de fundo não seja rígido nem imutável. Ao contrário, ele é constituído de tal modo que o agente deve responder ao jogo de linguagem em questão e às situações específicas do jogo de linguagem, é dizer, deve se adaptar às circunstâncias em constante mutação e frequentemente novas. (GEBAUER, 2013, p. 123).

[38] §150: "A gramática da palavra 'saber', está claro, é estreitamente aparentada com a de 'poder, 'ser capaz de'. Mas também estreitamente aparentada com a da palavra 'compreender'. ('Dominar' uma técnica)". (WITTGENSTEIN, 1953, 1999, p. 75).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> quando a pessoa domina certa técnica, passa a ter condições de inferir os resultados significativos derivados de suas ações. Uma pessoa que sabe dirigir um carro, tem capacidade de inferir que, ao arrancar com o veículo, liberar o freio de mão, engatar a marcha e pisar no acelerador, o carro vai andar. (CABRAL, 2016, p. 273, tradução nossa).

O referido exemplo demonstra que o domínio de uma técnica permite ao agente "inferir resultados significativos de suas ações e, portanto, assumir compromissos com eles" (Id., ibid.). Dominar uma técnica, nesse sentido, pode ser analisado nos múltiplos jogos-de-linguagem, desde convenções sociais e profissionais (por exemplo, o domínio da técnica de elaboração de uma sentença judicial ou da técnica de etiquetar) até aqueles que estabeleçam relação com a natureza (por exemplo, escalar uma montanha).

A adoção do critério do domínio de uma técnica permite ao agente conhecer as condições de êxito de um jogo de linguagem e, por sua vez, atuar com compromisso para com o resultado. Justamente por isso, na proporção em que um indivíduo domina a técnica, mais pode tomar parte em situações extremas protegidas pela mesma[39].

Assim, podemos concluir que a adoção do critério do conhecimento como domínio de uma técnica permite a terceiros (neles inclusos aqueles que nada sabem a respeito da técnica) emitirem juízos de valor sobre determinada conduta, tomando por base as regras públicas que nos permitem aferir se o autor possuía a capacidade de inferir as consequências de sua ação (*saber que*) e efetivamente assumiu o compromisso com o resultado significativo (*saber como*).

É oportuno passar em revista as teses e conceitos expostos nas últimas seções deste artigo. Demonstrou-se que a teoria significativa analisa o delito sob um ponto de vista filosófico, da linguagem, buscando os sentidos extraídos das circunstâncias, a conduta do agente e da vítima, eventuais causas de justificação ou exculpantes – traduzidas em termos de permissões fortes e fracas. O crime, assim, deixa de ser um *fato* que se subsume a uma norma e passa a ser um *conceito.*

O dolo significativo permanece compreendendo os elementos vontade e conhecimento, contudo partindo de novas bases. A vontade impõe que haja critérios públicos, intersubjetivos, a partir dos quais estejamos habilitados a reconhecer o significado do dolo em uma certa ação, tais como (a) o *contexto*; (b) as *explicações* e (c) as *confissões*. Já o conhecimento se desdobra em duas faces, (*i*) conhecimento como *saber que* – i.e., a consciência (publicamente compreendida) do agente sobre as consequências de sua ação, competência que abarca os elementos descritos no tipo penal; e (*ii*) conhecimento como *saber como* – a aferição do domínio de uma certa técnica que possibilita ao agente prever os resultados significativos de sua ação.

Nesses termos, defendemos que o conhecimento consiste na possibilidade de inferir resultados, prognosticar o futuro; ao passo que a vontade consubstancia "a pretensão de atuar de acordo com essa inferência, sendo que esses dois elementos manifestam o compromisso com o resultado significativo" (CABRAL, 2016, p. 309, tradução nossa). Ambos

[39] Socorrendo-nos, uma vez mais, das lições de Cabral (2016, p. 275-276, tradução nossa) citamos os seguintes exemplos: "Um piloto de avião habilitado pode conduzir uma aeronave sem temer ser responsabilizado por homicídio doloso em caso de um acidente com mortes em meio às quais ele sobreviva. Do mesmo modo, um experimentado cirurgião pode abrir o peito de um paciente e operar sua artéria ou retirar um tumor de seu cérebro, sem medo de ser responsabilizado a título de dolo. Evidentemente que caso violem a *lex artis* da aviação ou da medicina podem ser responsabilizados a título de imprudência, mas não se constata, justamente por conta do domínio da técnica, um compromisso do agente com o resultado significativo".

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

os elementos devem ser devidamente analisados no contexto dos jogos-de-linguagem, "que nascem e morrem, que têm suas regras específicas e que, do mesmo modo, oferecem possibilidades distintas de se inferir resultados ou de se predizer significados" (Id., ibid.).

Ocorre que, a depender do caso concreto, o grau de previsibilidade do resultado significativo de uma dada ação pode se mostrar maior ou menor, isto é, mais ou menos próximo à certeza, estabelecendo-se, em matéria penal, as distintas classes do dolo: direto e indireto. Nesta parte final deste artigo, cuidaremos de ambas as espécies, ainda cabendo explicitar, a partir da teoria sistematizada por Vives Antón, a desnecessidade da manutenção do instituto do dolo direto de segundo grau (ou de consequências necessárias).

7. Uma nova proposta para o dolo direto

O sentido do dolo direto é extraído nos casos em que "o prognóstico que o agente realiza é seguro, é dizer, o agente prevê com grau de certeza que, ao realizar determinada ação, se chega a determinado resultado significativo" (CABRAL, 2016, p. 312, tradução nossa). O autor, destarte, "com base nas técnicas que domina, infere que o resultado se dará, no caso em que intencionalmente realize a ação" (Id., ibid.)[40].

No dolo direto, o agente prevê com segurança que os meios que lhe estão disponíveis o levarão ao resultado previsto no tipo penal, com o qual se compromete, ao realizar a ação que causa a respectiva consequência. A parte Especial do Código Penal a nada mais se presta que não a elencar as condutas e resultados jurídicos desvaliosos com os quais um sujeito pode se comprometer.

Desde a perspectiva significativa aqui sustentada, podemos afirmar que o dolo direto é aquele em que o agente, em determinado contexto, conforme o elemento cognitivo, realiza intencionalmente a ação que engendra o resultado significativo previsto no tipo penal devidamente previsto, comprometendo-se com este.

Vê-se com isso que a presente acepção do dolo difere daquelas tradicionalmente propostas justamente por elencar como critério para sua identificação, não o perigo, risco ou probabilidade do resultado, mas "a intenção de realizar uma ação, cujo resultado significativo é prognosticado como seguro, de acordo com as circunstâncias que o agente conhecia e com o domínio da técnica que tinha" (CABRAL, 2016, p. 315, tradução nossa). A intenção, por seu turno, não consiste em um estado mental, mas é a expressão de uma pretensão de realizar determinada ação, a qual é sempre contextual e significativa[41].

Sistematicamente, podemos elencar os seguintes elementos caracterizadores do dolo direto[42]: (i) prognóstico intersubjetivo seguro (é dizer, o contexto é claro em demonstrar circunstâncias que nos permitam estabelecer uma

[40] Nesse sentido, explica Gebauer (2013, p. 102) que "Se o sujeito aprendeu um jogo de linguagem, ele elege entre os meios disponíveis e indica por sua eleição que pode diferenciar entre fim e meio em um jogo de linguagem e, com isso, aplicar distintas possibilidades para realizar sua intenção".

[41] Dessa feita, "se pode dizer que haverá, por exemplo, dolo direto de matar se uma pessoa efetua disparos contra a cabeça ou contra o peito de outra, mas não se dispara contra os pés ou as mãos. Do mesmo modo, há dolo de matar ao afogar uma pessoa, enforcar, atear fogo em um corpo embebido de gasolina, apunhalar o peito de outro, decapitar, impedir que respire, enterrar, etc.". (CABRAL, 2016, p. 313-314, tradução nossa).

[42] Cf. CABRAL, 2016, p. 315.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

relação de inferência direta entre a conduta do agente e o resultado significativo); (ii) intenção referida à ação, que se projeta ao resultado; (iii) compromisso do autor com a produção do resultado significativo.

7.1 Da desnecessidade do dolo direto de segundo grau

A doutrina tradicional subdivide o dolo direto em primeiro e segundo graus, sendo aquele diretamente dirigido a cometer determinado delito ao passo em que esse é vislumbrado quando o autor, para realizar seu objetivo principal, que é o objeto do dolo direto de primeiro grau, "tem que necessariamente também cometer delitos contra outras vítimas, cujas violações aos bens jurídicos são consequências necessárias para a realização da conduta principal" (CABRAL, 2016, p. 316, tradução nossa)".

Ocorre que na medida em que a teoria significativa propugna que o elemento volitivo do dolo é composto apenas pela intenção, a presente distinção acaba por perder o próprio sentido. Na realidade, ambos os dolos configuram uma situação de dolo direto de primeiro grau, ou seja, uma ação intencional, na qual há uma relação direta entre a conduta e o resultado significativo.

Não se trata de negar a evidente diferença na direção do objeto do crime – por exemplo, ao introduzir uma faca no abdômen de um presidenciável com intenção de matá-lo (dolo direto de primeiro grau) e explodir uma bomba num comício a fim de ceifar sua vida, ainda que as de outros eleitores o sejam também (caso em que estaríamos diante de um caso de dolo direto de segundo grau) –, mas de questionar sua relevância prática: são dolos diretos. Manter a distinção em termos de graus não nos parece alterar em nada a configuração da ação delitiva tampouco sua desvaloração jurídica.

A teoria significativa do delito defende que tal qual há uma relação inferencial direta entre uma facada e a tentativa de homicídio, há uma relação inferencial direta entre a explosão de uma bomba e a morte dos eleitores no comício, ainda que não sejam tais mortes o objetivo primordial do autor, mas o óbito do presidenciável. Em ambos os casos, contudo, há uma relação inferencial direta, ainda que no segundo caso não haja um desejo referente à morte das demais pessoas no comício. Portanto, haverá sempre dolo direto.

Vives Antón (2011, p. 253, tradução nossa) é contundente ao pôr em manifesto a desnecessidade da suposição de uma subdivisão do dolo direto em termos de graus:

> No Direito Penal, a existência ou inexistência de desejo fundamentaria uma diferença – que, por certo, não é geralmente admitida – entre dolo direto de primeiro grau e dolo direto de segundo grau; mas, ainda se se admite, essa é uma diferença *conceitual* que, no Direito Penal continental, carece de qualquer repercussão *substantiva* sobre a responsabilidade. É, pois, a intenção – não o desejo – o que determina a atribuição de responsabilidade "*prima facie*".

Nesses termos, se o agente cometeu o delito desejando ou não resultado, se o mesmo lhe foi agradável ou não, se se arrependeu ou lamentou o ocorrido, isto é absolutamente irrelevante para fins de imputação de dolo:

> (...) o querer que dá lugar à responsabilidade não é – não pode, ao menos em Direito Penal, ser – nenhuma classe de sentimento. Uma responsabilidade que descansasse basicamente nos sentimentos (...) implicaria um –inadmissível – Direito Penal do ânimo. (VIVES ANTÓN, 2011, p. 252-253, tradução nossa).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Em consequência, se conforme Wittgenstein (1953, 1999, p. 154 observa, "[o] querer, se não deve ser uma espécie de desejo, deve ser o próprio agir" e o desejo ou o propósito não têm nenhuma relevância para a concepção do dolo significativo ora defendida, não há razão substancial para mantermos a distinção entre dolo direto de primeiro e segundo graus. Portanto, o dolo significativo direto é único.

8. Uma nova proposta para o dolo eventual

A proposta de dolo significativo prescinde do elemento querer: basta um compromisso do autor com o resultado, que pode, por sua vez, "estar caracterizado em situações de segurança (dolo direto) e situações de dúvida (dolo eventual) com relação ao resultado significativo da ação" (CABRAL, 2016, p. 319, tradução nossa). Dito diretamente: o traço constitutivo do dolo eventual repousa na dúvida, não naquela ordinária, mas em uma dúvida razoável[43,44].

Isso posto, a diferença fundamental entre os dolos direto e eventual, conforme demonstraremos, repousa, respectivamente, na certeza e na dúvida razoável a respeito da superveniência do resultado.

É preciso, antes, tratarmos de uma crítica bastante comum quanto ao dolo significativo. Se em ambas as suas espécies – os dolos direto e eventual – o agente intencionalmente assume um compromisso com o resultado, sua intenção é referida à ação e ao resultado, ainda que duvidoso; a hipótese da roleta russa[45] mostraria o contrário: em tese, não poderia haver tal compromisso, pois, se houvesse intenção de matar, o agente completaria a arma com munição e certamente mataria a vítima.

Para uma adequada compreensão do instituto, cumpre diferenciar os conceitos de intenção e propósito. A primeira é "a expressão da pretensão de realizar determinada ação" (CABRAL, 2016, p. 342, tradução nossa) e engloba a projeção do resultado delitivo na medida em que o autor tem claros indicativos de que, atuando, o resultado irá ocorrer. Já o segundo é um estado mental do agente, isto é, é seu objetivo, meta, plano idealizado e não necessariamente consubstanciado.

Não é necessário o propósito para que se possa dizer que houve intenção, tendo em vista que, ao colocar intencionalmente em marcha a ação, fica claro que o resultado – caso ocorra – foi intencional: não foi acidente, mera causalidade ou caso fortuito. Vives Antón (2011, p. 255, tradução nossa) a esse respeito escreve que:

> O jogador que aposta na roleta russa pode estar seguro como quiser de que ganhará; pode entrar no jogo sem cogitar, nem mesmo por um momento, que poderia perder; pode "confiar em seu taco"[46] até o ponto de não ter feito nenhum cálculo. Sem dúvidas, se sabe o que é um jogo, se domina a técnica da roleta, tem de saber, também, que pode perder e que, exceto se deixar de jogar, não tem nenhum meio para evitar que o fato de perder se suceda; de modo que, se joga, se comprometeu com a possibilidade de perder: essa possiblidade (perder) forma parte de sua intenção.

[43] Como bem questiona Wittgenstein, no §122 da obra *Da certeza* (1949,1998): "Não precisaremos de razões fundamentadas para duvidar?".

[44] Sérgio Miranda (2000) assinala que "(...) a existência de uma dúvida razoável deve pressupor um contexto suficientemente rico para que a dúvida seja efetiva. Deve existir todo um contexto do qual emerja uma situação de dúvida, em que o autor e terceiros possam constatar a referida situação com base em razões. A dúvida é, pois, intersubjetiva" (MIRANDA *apud* CABRAL, 2016, p. 320).

[45] Tomo o exemplo de Cabral (2016, p. 342).

[46] Vives Antón emprega a expressão "confiar em su estrella", porém optamos por traduzi-la no sentido da expressão em nosso idioma brasileiro.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Exposta a distinção entre propósito e intenção, passaremos a nos ocupar do dolo eventual, tendo sempre claro que a existência de uma dúvida razoável a respeito do resultado é seu traço característico. Tomaremos por base as acepções do termo conhecimento já apresentadas, quais sejam, (a) o *saber que* (consciência das circunstâncias da ação) e (b) o *saber como* (domínio de uma técnica).

8.1 O dolo eventual como consciência das circunstâncias da ação (saber que)

Se, de um lado, há ausência de dolo nos casos de erro e ignorância[47] e, de outro, há clara consciência sobre os elementos do tipo objetivo nos casos de dolo direto, é possível identificar casos em que se constata uma situação intermediária, é dizer, casos nos quais o agente não ignora, porém não conhece plenamente os elementos do tipo objetivo.

Em situações tais, as próprias circunstâncias da ação – tendo por base nossa forma-de-vida – geram uma evidente situação de dúvida intersubjetivamente partilhada, isto é, de dúvida razoável sobre a consciência do agente a respeito das consequências de sua ação. Rodrigo Leite Cabral (2016, p. 327, tradução nossa) exemplifica nos seguintes termos:

> Imagine-se, por exemplo, uma pessoa que é contratada por US$30.000,00 (trinta mil dólares) para recolher um carro em Tijuana (México) e guiá-lo até San Diego (EUA), ou de Ciudad del Este (Paraguai) até São Paulo (Brasil).
>
> A referida pessoa aceita o contrato informal e, ao recolher o automóvel, no local assinalado, limita-se a se sentar e conduzi-lo, sem checar sequer o que havia no porta-malas ou em qualquer outra parte do carro.
>
> As circunstâncias da ação, com nossa forma de vida como pano de fundo, geram uma inegável situação de desconfiança intersubjetiva, de dúvida razoável no sentido de que havia uma grande quantidade de drogas no automóvel, uma vez que ninguém paga um valor tão elevado para um simples transporte de veículo e, ademais, todos sabem que essa fronteira entre EUA e México, ou Paraguai e Brasil, é mundialmente famosa por ser utilizada como rota de tráfico de drogas.
>
> Desde um ponto de vista estrito, não se pode dizer que o agente sabia o que havia no carro. É evidente, contudo, que existia no caso um contexto de prognóstico positivo intersubjetivamente duvidoso, que gerava uma desconfiança que indicava a existência de drogas no veículo.

Constata-se, no presente caso, a existência de uma dúvida razoável referente à existência de algum dos elementos do tipo objetivo que o autor conhecia. Contudo, ao atuar intencionalmente "o autor acaba por vincular-se normativamente com o significado de sua ação, cumprindo, pois, o requisito necessário para fundamentar a existência de uma ação dolosa, uma vez que expresso um compromisso com esse resultado (VIVES ANTÓN, 2011, p. 884, tradução nossa).

Na verdade, há "um compromisso porque o agente chama para si a responsabilidade pelo potencial resultado, que é inferido da situação de dúvida razoável (CABRAL, 2016, p. 328, tradução nossa). Mesmo estando em uma situação tal, o autor não se intimida em agir, justamente por estar comprometido com o potencial resultado significativo inferido. Há, portanto, a ocorrência de dolo eventual.

[47] Casos que, em Direito Penal, configuram os erros de tipo (incidindo sobre o dolo *strictu sensu*) e de proibição (incidindo sobre o dolo normativo – a *potencial consciência da ilicitude*).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Por outro lado, não havendo razões para duvidar razoavelmente, não se cogita de dolo eventual. Assim, não há razão para desconfiar de que eu, ao sair de casa todos os dias e ir ao trabalho, tenha drogas escondidas em meu carro; de maneira a não ser possível afirmar a existência de dolo eventual, na hipótese de que alguém, ao escutar a sirene policial, as tenha escondido no para-choque de meu veículo estacionado na rua e que sobre mim recaia a acusação de tráfico de entorpecentes.

Em apertada síntese, de acordo com a teoria significativa do delito, haverá dolo eventual sempre que houver um contexto de dúvida razoável intersubjetivamente partilhada, que gere uma desconfiança de que algum elemento que o autor desconhece esteja presente e, mesmo assim, ele aja intencionalmente, assumindo a responsabilidade pelo resultado significativo gerado.

Nesses termos, a caracterização do dolo eventual como assunção de um compromisso linguístico com o resultado significativo deve estar, assinala Vives Antón (2011, p. 262, tradução nossa), "além de toda a dúvida razoável (isto é, que respeitem as exigências da presunção de inocência)". O contexto e suas circunstâncias devem indicar claramente uma situação de evidente desconfiança com relação a algum dos elementos do tipo penal. É justamente tal situação que permitirá afirmarmos que o autor, ao realizar intencionalmente a ação, manifestou um compromisso com o resultado delitivo.

Sistematizando, para a caracterização do dolo eventual considerado como consciência das consequências da ação, (*i*) o contexto da ação deve indicar a presença de algum elemento do tipo objetivo que o agente desconhece[48]; (*ii*) o agente prevê a existência do elemento do tipo, mas de modo razoavelmente duvidoso, é dizer, "[ele] não tem certeza ou conhecimento da existência do elemento do tipo objetivo mas tem fundadas suspeitas de que existe" (CABRAL, 2016, p. 337, tradução nossa); (*iii*) *i* e *ii* devem estar ancorados no contexto e na forma de vida na qual a ação foi realizada; (*iv*) o agente deve expressar a pretensão de realizar a ação que serviu de base para a caracterização da dúvida razoável intersubjetivamente partilhada; e (*v*) o compromisso do autor com a produção do resultado significativo.

8.2 O dolo eventual como domínio de uma técnica (saber como)

A outra espécie de dolo eventual estudada a partir de uma perspectiva significativa é aquela estudada como domínio de uma técnica, que consiste em uma mera variação da acepção do saber *como*. Socorrendo-nos do célebre exemplo formulado por Luís Greco (2009, p. 887):

> Dois fazendeiros que brincam de tiro ao alvo numa feira popular decidem fazer uma aposta. O desafio: que o primeiro deles atire no chapéu da menina que se encontra vinte metros adiante, sem a ferir. O prêmio: todo o patrimônio do perdedor. O primeiro fazendeiro atira e ocorre o duplamente indesejado, a menina é atingida e morre.

No caso acima, conforme as técnicas que o fazendeiro dominava, havia uma dúvida razoável intersubjetivamente partilhada, que gerava uma desconfiança de que o agente iria causar a morte da menina com o disparo de arma de fogo, tendo em vista não ser um atirador profissional. Portanto, ainda que não possamos afirmar categoricamente

[48] Cabral (2016) denomina o referido elemento como *prognóstico positivo*.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

que o fazendeiro não tinha o propósito, não queria ou desejava a morte da vítima, não há dúvidas de que, ao atuar intencionalmente, assumiu um compromisso com a produção do resultado morte.

É irrelevante para a caracterização do dolo se o agente subjetivamente confiava em sua habilidade ou se não desejava o resultado. O que importa é que, apesar da dúvida razoável intersubjetivamente partilhada – no sentido de que a morte poderia ocorrer – o agente intencionalmente atuou, chamando para si a responsabilidade de seu ato, assumindo, assim, um compromisso com o resultado significativo.

Distinta seria a hipótese em que o fazendeiro fosse um atirador profissional e que, por sua perícia, seguramente acertaria o chapéu da menina. Nesse caso não haveria desconfiança intersubjetiva de que poderia vir a matá-la haja vista, de um lado, o domínio da técnica de tiro, e, de outro, com base no reconhecimento de sua habilidade pela sociedade.

Caso viesse a lesionar a menina, não estaríamos diante de um caso de dolo eventual, mas de imprudência[49] consciente, posto que houve uma má aplicação da técnica, o que não consubstancia um compromisso com o resultado, mas a violação de um dever objetivo de cuidado.

Por outro lado, seria igualmente distinta a situação em que o fazendeiro, um atirador profissional, tivesse como objetivo matar a menina – ainda que materialmente idêntica à anterior. Nesse caso, expressaria a pretensão de matar a vítima, assumindo um compromisso com sua morte, caracterizando, destarte, o dolo direto: é evidente que o agente tinha absoluta certeza do resultado. Certamente, ele tanto expressou a pretensão de efetuar o disparo contra a cabeça da vítima como também o compromisso de matá-la.

Assim, a partir do critério norteador da ocorrência de uma dúvida razoável intersubjetivamente partilhada, podemos determinar objetivamente se houve compromisso ou não com a produção do resultado significativo e, por consequência, dolo.

Cabe-nos, por fim, contrastar o dolo eventual com a imprudência consciente[50].

---

[49] A teoria significativa do delito adota a expressão *imprudência* como substituta da expressão *culpa*. Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 159) é claro ao denuncar a inadequação do emprego desse último termo: "O substantivo *culpa* e o adjetivo *culposo* são inadequados por várias razões: primeiro, confundem *culpa*, modalidade subjetiva do tipo, com *culpabilidade*, elemento do conceito de crime, exigindo a distinção complementar de *culpa em sentido estrito* e *culpa em sentido amplo*, o que é anticientífico; segundo, induzem perplexidade no cidadão comum, para o qual *crime culposo* parece mais grave que *crime doloso*, ampliando a incompreensão de conceitos jurídicos; terceiro, o substantivo *imprudência* e o adjetivo *imprudente* exprimem a ideia de lesão do dever de cuidado ou do risco permitido com maior precisão do que os correspondentes *culpa* e *culposo*; quarto, a dogmática alemã usa o termo *Fahrlässigkeit*, que significa negligência ou imprudência, mas a natureza da maioria absoluta dos fatos lesivos do dever de cuidado ou do risco permitido, na circulação de veículos ou na indústria moderna, parece melhor definível como *imprudência*".Veja-se, ainda, Busato (2015, p. 395-399).

[50] Busato (2015, p. 439) é categórico em rejeitar a subdivisão entre as espécies consciente e inconsciente da imprudência: "(...) se dolo e imprudência são instâncias normativas derivadas da expressão de sentido de circunstâncias em face da conduta realizada, é esse desvalor – e não a consciência ou inconsciência, que ademais, é uma instância inacessível – que determina a maior ou menor desvaloração do caso. (...). Claro está que a distinção da doutrina em geral entre a imprudência consciente e inconsciente – que sempre careceu de relevância prática, já que não implica qualquer alteração de responsabilidade – esteve permanentemente associada a uma concepção ontológica do fenômeno subjetivo do delito, ou seja, de propostas com pretensões psicológicas de definição do dolo e imprudência".

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

No caso de imprudência consciente, "o agente simplesmente tem consciência da possibilidade do resultado do resultado delitivo. Mas o prognóstico que o autor realiza não é positivo ao ponto de gerar uma desconfiança de que o resultado vai acontecer" (CABRAL, 2016, p. 349, tradução nossa). É dizer, na imprudência consciente não se extrai do contexto em que a ação é realizada uma indicação de que o resultado se produzirá. Não há um indicativo positivo da superveniência do resultado, inexiste compromisso com o resultado significativo. Destaca Vives Antón (2011, p. 258-259, tradução nossa) nesse tocante que

> (...) a imprudência fica delimitada por uma dupla ausência de compromisso: pela ausência desse "compromisso com o resultado típico", em que o dolo consiste, e pela ausência de um compromisso normativamente exigido com a evitação da lesão (a infração do dever de cuidado).

Em suma, na imprudência consciente "o autor não manifesta a intenção de jogar com a sorte dos bens jurídicos alheios" (CABRAL, 2016, p. 350, tradução nossa).

No caso de dolo eventual, ao contrário, o domínio de uma técnica tem uma especial relevância, haja vista que – ante a constatação de uma situação de perigo – o que diferenciará, muitas vezes, uma imputação a título de dolo eventual ou imprudência consciente serão precisamente as habilidades contextualizadas do autor (ainda que tais habilidades contextualizadas dependam da intenção – não do querer ou do desejo – e, portanto, do elemento volitivo).

Analogamente ao que fizemos em relação à primeira acepção do elemento cognitivo, sistematizando o instituto, temos como elementos para caracterização do dolo eventual enquanto domínio de uma técnica[51]: (*i*) o contexto da ação deve gerar uma desconfiança de que resultado significativo vai ocorrer; (*ii*) inexiste certeza da superveniência do resultado, porém há fundada desconfiança nesse tocante; (*iii*) a dúvida é intersubjetivamente partilhada e fundada na racionalidade prática; (*iv*) o agente deve expressar a pretensão de realizar a ação que serviu de base para a dúvida intersubjetivamente partilhada, intenção essa que é referida ao resultado delitivo, ainda que, conforme sustentamos, não seja possível afirmar cabalmente ter sido o propósito ou desejo subjetivo do agente; (*v*) o agente intencionalmente realiza a ação, "assumindo a responsabilidade normativa pelos resultados de sua ação" (CABRAL, 2016, p. 351, tradução nossa).

Tendo nos ocupado, no curso deste artigo, da tratativa do instituto do dolo a partir da teoria significativa do delito, finalizaremos o presente estudo concatenando as principais ideias e propostas aqui defendidas de maneira a elucidar a relevância da adoção da referida teoria no Direito Penal que se pretenda democrático e garantista.

9. Considerações finais

O presente artigo versou sobre a temática do dolo tomando por base a teoria significativa do delito sistematizada por Tomás Salvador Vives Antón a partir, de um lado, da filosofia da linguagem do 'segundo' Wittgenstein e, de outro, do modo de apresentação da teoria do agir comunicativo de Habermas.

Tomando por base a filosofia da linguagem, compreendemos que a ação só pode ter sentido jurídico se for interpretada em conjunto com seu entorno. Logo, as valorações jurídicas só podem ser consideradas como *ações* dentro do marco de seu significado.

[51] Valemo-nos da síntese de Cabral (2016, p. 351-352).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Buscamos com isso pôr em manifesto a necessidade de se operar um giro linguístico na teoria do dolo. Defendemos, com base em Wittgenstein, que o conhecimento que possuímos do mundo se dá desde um sistema de referências linguístico (a *forma de vida*), o pano de fundo de nossos jogos de linguagem, que, por sua vez, está ancorado nos hábitos e práticas de nossas sociedades.

Dito diretamente, o dolo significativo implica um compromisso do agente com o resultado de sua conduta, sendo composto pelos elementos volitivo e cognitivo, (re)significados.

Em primeiro plano, a vontade consubstancia a ideia de compromisso com o resultado, um vínculo de responsabilidade normativa existente entre o autor e os resultados significativos de sua ação. Nessa acepção, sustentamos que o elemento volitivo não se confunde com estados mentais, sentimentos ou paixões, inacessíveis à análise objetiva: dolo é intenção, isto é, a expressão de uma pretensão significada de realizar determinada ação, e, portanto, é sempre linguístico, um conceito em nosso jogo-de-linguagem.

Os critérios elencados pela doutrina aptos a comprovar o elemento volitivo são: (*i*) o contexto da ação; (*ii*) as explicações e confissões do autor a respeito de sua ação, todos devendo ser interpretados conjuntamente, à luz de nossas formas de vida.

Por outro lado, para que pudéssemos melhor compreendê-lo em sua relevância prática, cumpriu-nos ainda tomar por base os usos da palavra 'conhecimento' que importam para a teoria, (*i*) conhecimento como consciência da ação (saber *que*) e (*ii*) conhecimento como domínio de uma técnica (saber *como*).

Enquanto consciência da ação, o dolo se caracteriza pelo conhecimento que o agente efetivamente demonstra enquanto comete um delito, o qual compreende as circunstâncias integrantes do tipo objetivo. O autor age com intenção, comprometido com o resultado, ainda que não se possa afirmar de pronto se ele o faz com desejo, plano ou querer, fatores de ordem subjetiva.

Por outro lado, o conhecimento como domínio de uma técnica refere à ideia de capacidade de aprendizagem – seguir regras, no contexto de um jogo de linguagem – da cultura, seus hábitos e práticas, como domina-los. Nesse sentido, o dolo exprime uma capacidade de avaliação das capacidades e competências que o agente domina, habilitando-o a realizar predições.

Na seção final do presente trabalho ocupamo-nos dos dolos direto e eventual, agora analisados sob o enfoque da comunicação do sentido da ação e a existência ou não de uma dúvida razoável intersubjetivamente partilhada.

O dolo significativo é direto sempre que o agente, em dado contexto, realiza intencionalmente a ação que engendra o resultado significativo previsto no tipo objetivo, prognosticando-o de acordo com as técnicas que domina e o conhecimento das circunstâncias que possui, assumindo, assim, um compromisso para com o mesmo.

Ato contínuo, discutimos as razões pelas quais Vives Antón rechaça a subdivisão do dolo direto em primeiro e segundo graus a partir da preponderância da intenção do agente. Sustentamos que ambas as espécies de dolo ocorrem em ações intencionais, ou seja, em situações nas quais haja uma relação direta entre a conduta e o resultado significativo, ainda que, subjetivamente, o autor não tenha desejado ou querido as consequências necessárias do seu agir.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Por fim, a respeito do dolo eventual, argumentamos que seu fundamento repousa na existência de uma dúvida razoável intersubjetivamente partilhada, a qual gera uma desconfiança que pode incidir tanto no conhecimento como consciência da ação (saber *que*) quanto como domínio de uma técnica (saber *como*).

Dessa forma, se o agente, a despeito da existência da dúvida razoável, intencionalmente põe em marcha a ação que sabidamente pode vir a lesionar bens jurídicos alheios, podemos concluir por sua responsabilidade pelo resultado prognosticado.

Esperamos, por todo o exposto, que a teoria do dolo aqui encampada cumpra seu objetivo de despertar a reflexão sobre o instituto desde novos horizontes de discussão e acalente a reivindicação de um Direito Penal democrático e garantista, que bem cumpra seu papel de repressão e prevenção do crime, sem excessos e arbitrariedades.

10. Referências

BAKER, Gordon; HACKER, Peter. *Wittgenstein:* rules, grammar and necessity. An analytical commentary on the philosophical investigations. v. 2. 1. ed. Oxford: Wiley-Blackwell, 1985.

BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, César R. *Tratado de direito penal:* parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 10 jan. 2019.

BUSATO, Paulo C. *Direito penal e ação significativa*: uma Análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____.Bases de uma teoria do delito a partir da filosofia da linguagem. *Revista Direito e Liberdade* – ESMARN, v.14, n. 01, p. 241-264, jan./jul. 2012.

_____.*Direito penal* – parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CABRAL, Rodrigo L. F. Dolo. BUSATO, Paulo. C. (org.). *Teoria do delito*. Curitiba: Juruá, 2012. p.93-106. (Série Direito Penal baseado em casos).

_____.O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. BUSATO, Paulo C. (org.). *Dolo e direito penal:* modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 119-145.

_____.*Dolo y lenguaje*: hacia una nueva gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje. Tesis (Doctorado en Derecho). – Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2016.

COBO DEL ROSAL, María; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal.* 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

COSTA, Pedro J. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção Ciências Criminais Contemporâneas).

CUNHA, Rogério S. *Manual de direito penal:* parte geral. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

DIAMOND, Cora. *The realistic spirit:* Wittgenstein, philosophy and the mind. New York: MIT Press, 1991.

_____. Rules: Looking in the right place. *In*: PHILLIPS, David.; WINCH, Peter. *Wittgenstein:* attention to particulars. London: Macmillan, 1999.

DONAT, Miriam. *Linguagem e significado nas investigações filosóficas de Wittgenstein*: uma análise do argumento da linguagem privada. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Federal de São Carlos, Programa de Pós-graduação em Filosofia, São Carlos, 2008.

ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Aalen: Scientia, 1964.

FERRAZ JR, Tércio S. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal* – o criminoso e o crime. Campinas: Bookseller, 1996.

FLETCHER, George p. *Rethinking criminal law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

_____. *The grammar of criminal law:* American comparative and international. Foundations, v. 1 .v. 1. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

FONSECA, Pedro H.C. Estrutura significativa de Vives Antón sob a luz da tipicidade e da legalidade no Estado Democrático de Direito. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC-MG, Programa de Pós-graduação em Direito, Belo Horizonte, 2016.

GEBAUER, Gunter. *O pensamento antropológico de Wittgenstein*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2013.

GLOCK,H, H-J. *Dicionário Wittgenstein*. Trad. de Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

GOMES, Luiz F.; BIANCHINI, Alice. *Curso de direito penal* – parte geral. Salvador: Juspodivm, 2015.

GOMES, Renato. *Teorias da conduta*: antecedentes, tendências e impasses. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

GRAYLING, Anthony C. *Wittgenstein*: a very short introduction. Oxford: Oxford University Press, 1996.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração ao 70º Aniversário. Coimbra: Almedina, 2009. Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/21954548/58725187/name/DOLO+SEM+VONTADE.pdf>. Acesso em: 09 set. 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HABERMAS, J. (1981). *Teoría de la acción comunicativa.* Tomo I. Trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Taurus Ediciones, 1987.

_____.(1983). *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Teoría de acción comunicativa, complementos y estudos previos.* Madrid: Cátedra, 1989.

HACKER, Peter M.S. *Wittgenstein:* mind and will. An annalytical commentary on philosophycal investigations. v. 4. London: Basil Blackwell, 1996.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

_____.*Wittgenstein*: sobre a natureza humana. Trad. João Vergílio Cuter. São Paulo: UNESP, 2000. (Coleção Grandes Filósofos).

_____.*Human nature:* the categorial framework. Oxford: Blackwell Publishing, 2007.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HOLTZMAN, Steven H. *Wittgenstein*: to follow a rule. London: Routledge & Kegan Paul, 1981.

JAKOBS, Günter. *Derecho penal*: parte general. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. Estudio preliminar a la obra "Fundamentos del sistema penal" de Tomás S. Vives Antón. *In*: VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Madrid: Tirant lo Blanch, 2011.

JÚNIOR, Léo p. O conceito de *lebensform* (formas de vida) na filosofia de Wittgenstein. *Revista Ítaca,* n. 17, 2011, p. 73-85, 2011.

KAUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la estructura del delito*. Trad. Moisés Moreno. Disponível em: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/3684/2958/>. Acesso em: 18 dez. 2018.

KRIPKE, Saul. *Wittgenstein on rules and private language:* an elementar introduction. Oxford, UK: Blackwell Publishers, 1982. _____. *Wittgenstein a propósito de reglas y lenguaje privado.* Trad. de Jorge Rodríguez Marqueze. Madrid: Editorial Tecnos, 2006.

LOBATO, José D. T. Da evolução dogmática da culpabilidade. *In*: _____. GRECO, Luís. (org.). *Temas de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI?. *Revista Liberdades*, n. 11, p.51-68, set.-dez. 2012.

LYCAN, William G. *Philosophy of language:* a contemporary introduction. 2. ed. London, NY: Routledge, 2008.

MARTINELLI, João P.O.; DE BEM, Leonardo S. *Lições fundamentais de direito penal:* parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MILLER, Alexander. *Filosofia da linguagem*. Trad. de Evandro Lins Gomes e Christian Dit Maillard. São Paulo: Paulus, 2010.

_____. *Philosophy of Language*. 2. ed. London, NY: Routledge, 2007).

MIRANDA, Sérgio. Introdução. *In*: WITTGENSTEIN, L. *Da certeza*. Trad. Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2000.

PABLOS, Mayara R. *As contribuições de Wittgenstein para a filosofia do direito*: uma análise da linguagem e suas regras. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-graduação em Filosofia, Florianópolis, 2013.

PENCO, Carlo. *Introdução à filosofia da linguagem.* Trad. Ephraim F. Alves. Petrópolis: Vozes, 2006.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: ArtMed, 2009. (Coleção Filosofia).

PRADO, Luís.R. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. v. 1. 9. ed. São Paulo: Editora RT, 2010.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la teoria del delito. Trad. Diego-Manuel L. Peña *et al*. Madrid: Civitas, 1997.

RUDÁ, Antonio S. *Teoria significativa da imputação*: um novo conceito para o dolo e a imprudência sob a filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Juruá, 2017.

SANTOS, Henrique S. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. *In*: LOBATO, J.D.T.; GRECO, L. (org.). *Temas de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____.Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, RBCCrim, n. 97, p. 87-118, 2012.

SANTOS, Juarez C. *direito penal*: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SANTOS, Vinicius de F. O que significa seguir uma regra? Significado, normatividade e contexto. 2016. 110p. Dissertação (Mestrado em Filosofia – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – campus Seropédica, Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Programa de Pós-graduação em Filosofia, RJ, 2016.

SIQUEIRA, Eduardo G. *A imagem agostiniana da vontade:* a gramática do querer em Wittgenstein. São Paulo: Novas Edições Acadêmicas, 2016.

STERN, David. *Wittgenstein's philosophical investigations:* An introduction. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

_____. *As investigações filosóficas de wittgenstein:* uma introdução. Trad. de Marcelo Carvalho e Fernando L. Aquino. São Paulo: Annablume, 2012.

VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Madrid: Tirant lo Blanch, 2011.

WITTGENSTEIN, Ludwig (1953). *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

_____._____. *Investigações filosóficas*. Trad. Marcos G. Montagnoli. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio R.; PIERANGELI, José .E. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. v. 1. 9. ed. São Paulo: RT, 2011.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

PROJETO DE LEI "ANTICRIME": A TENTATIVA DE POSITIVAÇÃO DE UMA POLÍTICA PÚBLICA DE EXTERMÍNIO IMPLEMENTADA PELA PENA DE MORTE EXTRAJUDICIAL EXECUTADA POR ÓRGÃOS DE SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

"ANTICRIME" LAW PROJECT: THE ATTEMPTED AFFIRMATION OF A PUBLIC POLICY OF EXTERMINATION IMPLEMENTED BY THE EXTRAJUDICIAL DEATH PENALTY EXECUTED BY PUBLIC SECURITY ORGANS IN BRAZIL

Viviane de Souza Vicentin

Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst (2012). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2007). Assessora jurídica no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (2017-2019).

viviane.vicentin@outlook.com

Recebido em: 03.03.2019
Aprovado em: 28.05.2019
Última versão do(a) autor(a): 24.06.2019

Resumo: O presente artigo faz um levantamento sobre a letalidade resultante da violência da polícia brasileira, bem como da vitimização dos próprios policiais no Brasil. Trata-se da existência de uma política pública de extermínio, a qual atinge especialmente jovens, pobres e negros, com baixa escolaridade, moradores das periferias urbanas brasileiras. Da criminologia às políticas institucionais, esse grupo advindo das camadas mais baixas da sociedade é visto como uma massa de vidas descartáveis, passível de aniquilamento, em nome da proteção de "cidadãos de bem". Tal prática é reforçada pelo Projeto de Lei "Anticrime", proposto pelo Ministério da Justiça ao Congresso Nacional. Com o respaldo de dados empíricos e com base em pensadores da criminologia crítica, propõe-se demonstrar que o projeto de "Lei Anticrime" se desnatura na tentativa de positivação dessa verdadeira política pública de aniquilamento.

Palavras-chave: Violência policial. Legítima defesa. Política de extermínio. Controle social.

Abstract: This article presents a survey of the lethality and police victimization in Brazil, revealing the existence of a public policy of extermination, which affects especially young people, poor and black, with low schooling, living in the urban peripheries of Brazil. From criminology to institutional politics, this group coming from the lower strata of society is seen as a mass of disposable lives, liable to annihilation, in the name of protecting "citizens of good." This practice is reinforced by the "Anti-crime" Bill, proposed by the Ministry of Justice to the National Congress. With the backing of empirical data and based on critical criminology thinkers, it is proposed to demonstrate that the "Anti-Crime Law" project is denatured in the attempt to positivize this true public policy of annihilation.

Keywords: police violence; self-defense; extermination policy; social control.

Sumário: 1. Notas Introdutórias; – 2. A letalidade resultante da violência da polícia e a vitimização dos próprios policiais em números; –3. O projeto da "lei anticrime" e a proposta de ampliação das hipóteses de legitima defesa; – 4. O extermínio do inimigo em nome da segurança dos "cidadãos de bem": uma política pública de extermínio implementada pela pena de morte extrajudicial; – 5. Considerações finais; – 6. Referências.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

O aumento da insegurança, aliado à sensação de impunidade, demanda punições mais graves e legitima a postura de extermínio do "perigo", de modo que a morte de bandidos é vista como indispensável diante de um sistema que não oferta segurança aos "cidadãos de bem".

A resposta a esse clamor é evidenciada quando se analisa o aumento exponencial de mortes causadas pela polícia, assim como o índice de vitimização dos próprios profissionais de segurança pública, atingindo – em grande escala – jovens, negros e de baixa renda, como reconheceu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao condenar o Brasil no caso Favela Nova Brasília.

Esses índices são o reflexo de uma cultura autoritária de segurança pública e demonstram que o Estado Brasileiro está longe de atingir parâmetros mínimos de um modelo verdadeiramente democrático.

O número de mortos, seja no âmbito da violência da polícia, seja no espectro da vitimização dos agentes policiais, indica que o Estado Democrático é mera aparência, uma vez que a prática é típica de um Estado punitivo.

Constata-se que há uma verdadeira política pública de extermínio de grupos considerados indignos de viver, em função de estigmas e racionalidades seletivas, respaldada na ideia de defesa da sociedade, já implantada na prática (e, pasmem, com o aval do Estado!).

Tal prática – ao que parece – é reforçada pelo projeto de "Lei Anticrime", apresentado recentemente pelo Ministério da Justiça ao Congresso Nacional, o qual, dentre outras propostas, pretende modificar a redação dos artigos 23 e 25, ambos do Código Penal, e também inserir o art. 309-A, do Código de Processo Penal, alargando os contornos da legítima defesa e, em tese, autorizando que policiais e outros agentes de segurança pública executem pessoas escorados em uma excludente de ilicitude.

Essa política de extermínio ganha ares civilizatórios a partir de uma forma jurídica, ao construir a figura do inimigo indigno de viver, substancializada como ser maligno, ao qual se nega o tratamento como pessoa.

Assim, com respaldo de dados empíricos e com base em pensadores da criminologia crítica, propõe-se demonstrar que o projeto de "Lei Anticrime" se desnatura na tentativa de positivação dessa verdadeira política pública de aniquilamento, contribuindo para um massacre sistêmico de jovens considerados "inimigos" da sociedade, caminhando, assim, na contramão do que recomendam instituições e organismos internacionais responsáveis pela defesa e promoção dos direitos humanos.

2. A LETALIDADE RESULTANTE DA VIOLÊNCIA POLICIAL E A VITIMIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DA POLÍCIA EM NÚMEROS

A Human Rigths Watch apresentou o Relatório Mundial, em 2009, no qual analisou a violência das forças policiais nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo, concluindo que há "provas confiáveis de que muitas pessoas mortas nos supostos confrontos com a polícia foram, na realidade, executadas por policiais".

A instituição relacionou essa "impunidade crônica" a uma sequência de falhas na investigação realizada no inquérito policial. Nesse relatório, a Human Rights Watch apurou que a polícia no Estado de São Paulo matou mais pessoas ao

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

longo dos cinco anos anteriores do que a polícia em toda a África do Sul, país com taxas de homicídio maiores do que São Paulo.

Em 2011, a situação não foi muito diferente. A Human Rights Watch, no Relatório Mundial, destacou que "o abuso policial, inclusive execuções extrajudiciais, é um problema crônico", pois a polícia foi responsável por 505 mortes apenas no Estado do Rio de Janeiro nos primeiros seis meses de 2010, concluindo que "isso equivale a cerca de três mortes causadas por policiais por dia, ou, pelo menos, uma morte causada por policial a cada seis casos de homicídio doloso regular".

Interessante destacar, nesse contexto, as considerações tecidas por Orlando Zaccone (2015, p. 21), no bojo do livro *Indignos de vida: A forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*, no qual o autor faz um paralelo entre os dados de uma pesquisa apresentada pela Anistia Internacional, em 2011 – em que se apresenta o número de mortes advindas da atuação policial –, e o número de pessoas vitimadas em razão de pena de morte na última guerra na América Latina (Guerra das Malvinas):

> A anistia internacional divulgou pesquisa, realizada em 2011, na qual constatou que, nos vinte países que ainda mantêm a pena de morte, em todo o planeta, foram executadas 676 pessoas, sem contabilizar as penas capitais infligidas na China, que se nega a fornecer dados. No mesmo período, somente os estados do Rio de Janeiro e São Paulo produziram 961 mortes a partir de ações policiais, totalizando um número de 42,16% maior do que de vítimas da pena de morte em todos os países pesquisados e ainda superior ao da letalidade da última guerra em nosso continente.

Por sua vez, no relatório *Você matou meu filho – Homicídios cometidos pela Polícia do Rio de Janeiro*, a Anistia Internacional apurou que, de cada 10 casos reportados como homicídios decorrentes de intervenção policial em 2014, na favela de Acari, no Rio de Janeiro, nove deles apresentaram fortes indícios de execuções extrajudiciais, apresentando inclusive um diagnóstico da impunidade e recomendações direcionadas ao Estado e ao Ministério Público no sentido de conter essa rotina de violações.

Especialistas sugerem possíveis soluções para a redução dos altos números de homicídios advindos de intervenção policial; os discursos dos mesmos convergem no sentido de construir mecanismos efetivos e eficientes de redução de violência policial.

Dentre todos, cita-se Alexandre Pereira da Rocha (2013, p. 84-100), o qual faz uma reflexão sobre a necessidade de se construir polícias cidadãs como meio de superar o discurso e a prática da violência policial, situando, portanto, a polícia como instituição promotora de cidadania no Estado Democrático de Direito.

No entanto, os números alarmantes apresentados pela Human Rigths Watch em 2018 demonstram que o combate à violência policial não tem sido efetivo.

Segundo a instituição, no bojo do mencionado relatório, "problemas crônicos persistem no sistema de justiça criminal brasileiro, incluindo execuções extrajudiciais cometidas pela polícia", concluindo que as mortes causadas pela polícia se aproximam de níveis recordes:

> Policiais, incluindo aqueles fora de serviço, mataram 4.224 pessoas em 2016, cerca de 26% a mais do que em 2015, de acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Após dois anos de queda no número de mortes causadas por

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> policiais em serviço no Estado de São Paulo, as 494 mortes no período de janeiro a setembro de 2017 representaram um aumento de 19% em relação ao mesmo período de 2016. Os policiais em serviço no Rio de Janeiro mataram 1.035 pessoas de janeiro a novembro, um aumento de 27% em relação ao mesmo período de 2016.

Em regra, a polícia afirma que esses são casos de "resistência seguida de morte", situações nas quais criminosos entram em confronto com a polícia e acabam perdendo a vida.

Não se duvida que muitos homicídios cometidos pela polícia resultem, de fato, do uso legítimo da força por policiais; no entanto, certo é que muitos outros casos são execuções extrajudiciais, conforme observa a Human Rights Watch no artigo *Força letal: violência policial e segurança pública no Rio de Janeiro e São Paulo*, publicado em 2009:

> Identificamos provas confiáveis de que muitas pessoas mortas nos supostos confrontos com a polícia foram, na realidade, executadas por policiais. Na maioria dos 51 casos de "resistência seguida de morte" ou "autos de resistência" estudados pela Human Rights Watch, os supostos tiroteios alegados por policiais parecem ser incompatíveis com os tipos de ferimentos das vítimas documentados nos laudos necroscópicos. Em muitos desses casos, determinadas lesões demonstravam que a vítima fora atingida à queima-roupa.
>
> Embora seja impossível determinar o número exato de execuções extrajudiciais cometidas pela polícia, dados estatísticos do governo são compatíveis com a visão das autoridades do sistema de justiça de que a prática é generalizada nos dois estados, e particularmente mais pronunciada em certas áreas das capitais dos dois estados. O elevado número de casos onde se alega "resistência seguida de morte" – 11.000 casos desde 2003 – torna-se ainda mais dramático quando contrastado com os índices relativamente baixos de vítimas não fatais e de óbitos de policiais nos mesmos episódios ou áreas de operação. (...) Tanto nos casos de "resistência seguida de morte" quanto nos casos de mortes causadas por grupos de extermínio, os policiais normalmente procuram acobertar a natureza real dos homicídios; e os investigadores da polícia comumente não tomam as medidas necessárias para determinar a verdade dos fatos, o que contribui para impedir a atribuição de responsabilidade criminal e para que os responsáveis permaneçam impunes.

É o que também concluiu Orlando Zaccone (2015, p. 21) em sua tese de doutorado, após analisar mais de 300 procedimentos, com pedidos de arquivamentos realizados pelo Ministério Público, em inquéritos provenientes de autos de resistência instaurados na capital do Rio de Janeiro entre os anos de 2003 e 2009.

Como reflexo desses números, em fevereiro de 2017, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, em razão das falhas e demora na investigação e sanção dos responsáveis pelas execuções extrajudiciais de 26 pessoas durante operações realizadas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro no Complexo do Alemão, durante os anos de 1994 e 1995.

Na sentença, a Corte determinou que o Estado brasileiro deveria publicar anualmente um relatório oficial com os dados referentes às mortes decorrentes de intervenção policial em todas as Unidades Federativas; que o Estado, no prazo de um ano, deveria estabelecer os mecanismos normativos necessários para que, nos casos de mortes decorrentes de intervenção policial, o responsável pela investigação seja um órgão independente da força pública envolvida, uma autoridade judicial ou o Ministério Público (MP); e que o Estado brasileiro deveria adotar as medidas necessárias para que o Estado do Rio de Janeiro estabeleça metas e políticas de redução da letalidade e violência policial.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

A Corte Interamericana, no julgado, indicou que, entre as vítimas fatais de violência policial no caso brasileiro havia predominância de jovens, negros, pobres e desarmados; bem como mencionou que o Brasil, ainda em 1996, já teria reconhecido perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU a necessidade de adoção de medidas para acabar com a impunidade das violações de direitos humanos atribuídas a autoridades policiais; mas que o país se manteve, contudo, inerte.

Afora os indicativos de letalidade resultantes da violência policial, também é preciso falar da vitimização dos próprios profissionais da polícia, que àquela se associa – ambas, a propósito, produto de um modelo de combate à violência que pouco dialoga com a sociedade, com especialistas em segurança pública ou com setores da própria administração pública.

Como indica o Atlas de Violência de 2017, "dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública indicam que, em 2015, ao menos 358 policiais civis e militares constam das estatísticas de homicídio do país".

A pesquisa de vitimização e percepção de risco entre os profissionais do sistema de segurança pública realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública em 2015 indica que no Brasil 73% dos policiais militares tiveram algum colega próximo vítima de homicídio em serviço e 77,5% tiveram algum colega próximo vítima de homicídio fora do serviço.

Muito embora os indicativos de letalidade policial e vitimização policial venham apresentando aumento exponencial nos últimos anos, e mesmo diante de recomendações de organismos internacionais, nada tem sido feito para combater essa verdadeira política de extermínio.

Decorrido um ano da prolação da sentença pela CIDH, no caso Favela Nova Brasília, nenhum mecanismo normativo com o escopo de combater a violência policial foi apresentado.

Tanto é verdade que o Ministério da Justiça, na contramão do que sugere a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, recentemente apresentou Projeto de Lei ao Congresso Nacional, intitulado "Lei Anticrime", no qual, dentre outras propostas, pretende modificar a redação dos artigos 23 e 25, ambos do Código Penal e também inserir o art. 309-A, do Código de Processo Penal, com o propósito de alargar os contornos da legítima defesa; e, com isso, autorizar que policiais e outros agentes de segurança pública executem pessoas escorados em uma excludente de ilicitude.

3. O PROJETO DA "LEI ANTICRIME" E A PROPOSTA DE AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE LEGÍTIMA DEFESA

A teor do que dispõe o 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".

Nota-se que o Código Penal, atualmente, não cita expressamente a atuação da polícia, muito embora as regras atualmente estabelecidas também se apliquem a situações de confrontos travados por policiais.

O projeto de lei propõe, basicamente, quatro alterações sobre a temática.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Muito embora mantenha a previsão de punição do excesso na legítima defesa, a proposta dispõe que o juiz poderá deixar de aplicar a punição, ou reduzir a pena até a metade, caso o excesso na legítima defesa tenha decorrido de "escusável medo, surpresa ou violenta emoção".

E também prevê duas situações em que o policial, ou agente da área de segurança pública, estaria agindo sob o pálio da legítima defesa. Segundo o projeto de lei, age em legitima defesa o "agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem", e também o "agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes".

No mais, o projeto pretende inserir no Código de Processo Penal o art. 309-A, o qual dispõe que:

> se a autoridade policial verificar, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, que o agente manifestamente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 23 do Código Penal, poderá, fundamentadamente, deixar de efetuar a prisão, sem prejuízo da investigação cabível, registrando em termo de compromisso a obrigatoriedade de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revelia e prisão.

Vê-se que, em verdade, a pretensão do projeto é alargar os contornos da legítima defesa e, com isso, autorizar que policiais e outros agentes de segurança pública matem, preventivamente, sob o pálio da excludente de ilicitude, como bem observam Rômulo Moreira e Victor Minervino Quintiere.

Trata-se de uma medida um tanto quanto perigosa, principalmente se consideramos que a violência policial no Brasil é a responsável direta pelo grande número de homicídios, especialmente de jovens, negros e pobres.

Caso aprovada, a legislação tolerará homicídios cometidos pela polícia em diversas circunstâncias inaceitáveis, partindo-se do pressuposto de que a redação proposta não oferece nenhum critério para determinar em quais circunstâncias "medo", "surpresa" ou "violenta emoção" são justificáveis.

O projeto tramita na contramão do dever do Estado de prevenir execuções extrajudiciais e outros abusos violentos pela polícia e, ao invés de potencializar investigações, processos e punições, fortalece a prática de tais crimes.

Segundo nota oficial da organização Conectas Direitos Humanos, "a medida é um arroubo ideológico, demagoga e não apresenta estudos e critérios técnicos nos quais se respalda".

4. O EXTERMÍNIO DO INIMIGO EM NOME DA SEGURANÇA DOS "CIDADÃOS DE BEM": UMA POLÍTICA PÚBLICA DE EXTERMÍNIO IMPLEMENTADA PELA PENA DE MORTE EXTRAJUDICIAL.

Otávio Pontes Corrêa, em sua tese de mestrado (2017, p. 97), investigou, por meio da criminologia, as relações entre a implementação da política econômica neoliberal e o fenômeno do hiperencarceramento nos Estados Unidos e seus reflexos na política criminal brasileira, concluindo que: "a pena de morte extrajudicial é largamente utilizada pelas agências de controle, principalmente as polícias militares, na intenção de impor a ordem a qualquer custo, vitimando principalmente jovens negros dos bairros miseráveis".

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Entendendo que o combate ao crime no Brasil se dá através de uma política militarizada de controle sobre as áreas de risco, ignorando direitos civis da população e implementando uma verdadeira *política de extermínio dos criminosos*, através de um discurso de guerra, Corrêa (2017, p. 98) destaca:

> A identificação do criminoso com o favelado e a ligação desse ao inimigo social do qual decorrem os problemas da violência urbana, cria uma categoria de pessoas, ou de não pessoas, nos termos de Jakobs, que podem ser mortas "e mesmo nas reportagens da mídia, sua morte é apresentada em oposição à morte de pessoas inocentes", fazendo com que o estereótipo do traficante de drogas, jovens negros dos bairros pobres, carreguem a identidade para o extermínio.

Nessa linha, Michel Misse (2011, p. 35) defende que o aumento da insegurança, aliado à sensação de impunidade, demanda punições mais graves e legitima a postura de extermínio do "perigo", de modo que a morte de bandidos é vista como indispensável diante de um sistema que não oferta segurança aos "cidadãos de bem".

A resposta a esse clamor é evidenciada quando se analisa o número de mortes decorrentes da violência policial nos grandes centros urbanos.

Segundo Orlando Zaccone (2015, p. 21)

> *os estados do Rio de Janeiro e São Paulo produziram 961 mortes a partir de ações policiais, totalizando um número de 42,16% maior do que de vítimas da pena de morte em todos os países pesquisados e ainda superior ao da letalidade da última guerra em nosso continente.*

A pena de morte extrajudicial no Brasil tornou-se, infelizmente, um fato corriqueiro e sem controle pelo Direito; é o que constata Misse (2011, p. 53), tratando-se de verdadeira política pública de extermínio.

Otávio Pontes Corrêa (2017, p. 100), citando Zaffaroni (2001, p. 125), constata que a morte é o símbolo mais marcante do sistema penal brasileiro. Nas palavras do jurista argentino:

> Há mortes em confrontos armados (alguns reais e a maioria simulada, ou seja, fuzilamentos sem processo). Há mortes por grupos parapoliciais de extermínio em várias regiões. Há mortes por grupos policiais ou parapoliciais que implicam a eliminação de competidores em atividades ilícitas (disputa por monopólio de distribuição de tóxicos, jogo, prostituição, áreas de furtos, roubos domiciliares, etc.). Há mortes anunciadas de testemunhas, juízes, fiscais, advogados, jornalistas, etc. Há mortes de torturados que não aguentaram e de outros que os torturadores passaram do ponto. Há mortes exemplares, nas quais se exibe 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 alta frequência de mortes nos grupos familiares desse pessoal, cometidas com as mesmas armas cedidas pelos órgãos estatais. Há mortes pelo uso de armas, cuja posse e aquisição é encontrada permanentemente em circunstâncias que nada têm a ver com os motivos dessa instigação pública. Há mortes em represália ao descumprimento de palavras dadas em atividades ilícitas, cometidas pelo pessoal desses órgãos do sistema penal. Há mortes violentas em motins carcerários, de presos e de pessoal penitenciário. Há mortes por violência exercida contra presos nas prisões. Há mortes por doenças não tratadas nas prisões. Há mortes por taxa altíssima de suicídios entre os criminalizados e entre o pessoal de todos os órgãos do sistema penal, sejam suicídios manifestos ou inconscientes. Há mortes...

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Esse cenário, que se dá em plena democracia, pode ser justificado por fatores políticos e históricos, como afirma Vera Lucia Malagutti Batista (2015, p. 22-30):

> O verdadeiro e real poder do sistema penal na América Latina é positivo, configurador e dirigido aos setores pobres e aos dissidentes, com o máximo de arbitrariedade seletiva. O marco deste sistema de controle social tem sido o genocídio. Zaffaroni afirmou que a projeção genocida da última revolução tecnocientífica e neoliberal faria empalidecer a crueldade histórica dos colonialismos anteriores. Na transição da ditadura para a "democracia" no Brasil (1978-1988), com o deslocamento do inimigo interno para o criminoso comum, com o auxílio da mídia, permitiu-se que se mantivesse intacta a estrutura de controle social, com mais e mais investimentos na "luta contra o crime". E, o que é pior, com as campanhas maciças de pânico social, permitiu-se um avanço sem precedentes na internalização do autoritarismo. Podemos afirmar sem medo de errar que a ideologia do extermínio é hoje muito mais massiva e introjetada do que nos anos imediatamente posteriores ao fim da ditadura. Talvez hoje as manifestações de rua do campo progressista representem um novo ciclo de questionamentos ao Estado de Polícia forjado nos últimos trinta anos.

Nas palavras de Zaccone (2015, p. 141-205), as agências do sistema penal atuam em conjunto, com o propósito de dar legitimidade à política pública de massacre dos pobres, tanto é que a investigação das mortes é tratada com verdadeiro descaso pelo Estado brasileiro. O autor, ao elaborar sua tese de doutorado, constatou que é ínfimo o número de casos em que policiais foram responsabilizados e que, em quase todos os demais casos, houve pedidos de arquivamentos dos inquéritos instaurados.

Assim, pelo que se vê, o controle penal efetuado pelos agentes de segurança tem sido feito – na grande maioria das vezes – de forma extrajudicial, casos em que a violência empregada é o grande diferencial, como bem salienta Vera Andrade (2006, p. 289), ao analisar o poder punitivo da "margem":

> A diferença entre o controle penal do centro e da margem tem sido desta forma reiterada pela criminologia crítica latino-americana como sendo uma diferença de especificidade e dose de violência. Aqui, na periferia, a lógica da punição é simbiótica com uma lógica genocida, e vigora uma complexa interação entre controle penal formal e informal, entre público e privado, entre sistema penal oficial (pena pública de prisão e perda da liberdade) e subterrâneo (pena privada de morte e perda da vida); entre lógica da seletividade estigmatizante e lógica da tortura e do extermínio, a qual transborda nas dores do aprisionamento, para ancorar na própria eliminação humana, sobretudo dos sujeitos que não têm lugar no mundo.

Parece claro que há no Brasil uma verdadeira política pública de extermínio extrajudicial por órgãos de segurança, a qual faz anualmente incontáveis vítimas, oriundas das camadas mais baixas da sociedade.

A propósito, destaca-se o recente caso de um músico negro que teve seu carro alvejado por 80 tiros disparados por militares. Nesse caso, os militares teriam disparado "por engano".

Casos como esse indicam que o cenário de letalidade policial tende a se agravar caso o Projeto de Lei Anticrime seja aprovado pelo Congresso Nacional, notadamente no que diz respeito à criação de hipóteses de justificação da conduta do agente policial ou de segurança pública que mata preventivamente, em serviço.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Isso porque o projeto de lei proposto se desnatura na tentativa de positivação da política pública de extermínio já implantada (na prática) há tempos, contribuindo – ainda mais – para o massacre sistêmico de jovens considerados "inimigos" da sociedade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência policial é, em verdade, uma política de Estado no Brasil, a qual tem sido utilizada como mecanismo de extermínio daqueles que são considerados inimigos pela sociedade.

O aniquilamento de jovens de periferia, por meio da legitimação de homicídios cometidos por policiais, evidencia a função mais importante do sistema de justiça criminal, que é a canalização da vingança.

O projeto de lei anticrime, ao tentar justificar a violência do Estado, nada mais faz do que criar a infida sensação de que o crime pode ser combatido através do próprio poder punitivo, por meio da canalização da vingança, reforçando a falsa premissa de que "bandido bom, é bandido morto!".

Em nome da proteção da vida e do patrimônio, está-se em verdade produzindo um massacre anunciado, com a chancela do Estado de Direito.

Imperioso destacar que é através do modelo de combate à criminalidade que o Estado legitima o aniquilamento do inimigo/criminoso.

Destaque-se, outrossim, que a ânsia da sociedade pela redução da impunidade tem servido apenas para o aumento desenfreado dos índices de encarceramento, não resultando em fator de redução da violência e da letalidade do sistema penal.

Sabe-se bem que qualquer sugestão de redução da violência deve incluir a contenção do poder punitivo, além de apuração e responsabilização das barbáries perpetradas pelo Estado.

Do contrário, a irracionalidade do discurso de combate à criminalidade acarretará no fortalecimento de uma política criminal de extermínio da população jovem, negra e pobre do nosso país.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A colonização da justiça pela justiça penal: potencialidades e limites do Judiciário na era da globalização neoliberal. *Katálysis*, Florianópolis, v. 9, n. 1, 2006.

ANISTIA INTERNACIONAL. "Você matou meu filho – Homicídios cometidos pela polícia do Rio de Janeiro". Disponível em: <https://anistia.org.br/direitos-humanos/publicacoes/voce-matou-meu-filho/>. Acesso em: 25 fev. 2019.

BATISTA, Vera Malagutti Batista. Juventude e a questão criminal no Brasil. *In*: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; SALUM, Maria José Gontijo; OLIVEIRA, Rodrigo Tôrres (org.). *Mitos e verdades sobre a justiça infanto-juvenil brasileira: por que somos contrários à redução da maioridade penal?* Conselho Federal de Psicologia. Brasília: CFP, 2015. p. 22-30.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *"Pacote Anticrime" de Moro reedita soluções inconstitucionais e ineficazes*. Nota pública. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/pacote-anticrime-de-moro-reedita-solucoes-inconstitucionais-e-ineficazes>. Acesso em: 26 fev. 2019.

CORREA, Otávio Pontes. Neoliberalismo, Estado penal e seus reflexos na realidade brasileira: perspectivas a partir da criminologia crítica. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017. 100 p.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: Caso Favela Nova *vs* Brasil. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Pesquisa de vitimização e percepção de risco entre os profissionais do sistema de segurança pública*. São Paulo, 2015.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Relatório mundial 2009*. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/report/2009/12/08/256012>. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. *Relatório mundial 2011*. Disponível em: https://www.hrw.org/pt/world-report/2011/country-chapters/259514. Acesso em: 25 fev. /2019.

_____. *Relatório mundial 2018*. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2018/country-chapters/313303>. Acesso em: 25 fev. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Atlas da violência 2017*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/2/atlas-2017>. Acesso em: 27 fev. 2019.

MISSE, Michel. A categoria "bandido" como identidade para o extermínio: algumas notas sobre a sujeição criminal a partir do caso do Rio de Janeiro. *In*: SÁ, Leonardo; AQUINO, Jânia Perla. Violência e dilemas civilizatórios: as práticas de punição e extermínio. Campinas: Pontes Editores, 2011.

MOREIRA. Rômulo de Andrade; QUINTIERE, Victor Minervino. Justificando: Mentes inquietas pensam direito. Observações sobre a proposta de alteração na legislação criminal brasileira. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/02/08/observacoes-sobre-a-proposta-de-alteracao-na-legislacao-criminal-brasileira/>. Acesso em: 25 fev. 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Projeto de Lei Anticrime*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2019.

PASTANA, Débora Regina. Justiça penal no Brasil contemporâneo: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: Ed. UNESP, 2009.

_____. Justiça penal autoritária e consolidação do estado punitivo no Brasil. *Revista de Sociologia e Política.* v. 17, n. 32, p. 121-138, fev. 2009.

ROCHA. Alexandre Pereira da Rocha. Polícia, violência e cidadania: o desafio de se construir uma polícia cidadã. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 7, n. 1, fevereiro/março de 2013.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

ZACCONE. Orlando. *Indignos de vida*: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. 1. ed. Rio de Janeiro: REVAN, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

A (DES)CONFIGURAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI COMO GARANTIA FUNDAMENTAL: ESTUDO DE CASO NA COMARCA DE LAJEADO/RS

THE (DE)CONFIGURATION OF THE JURY COURT AS A FUNDAMENTAL GUARANTEE: CASE STUDY IN THE DISTRICT OF LAJEADO/RS

Larissa Sberse Morás

Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Taquari – UNIVATES (2018). Advogada.

larissasbmoras@gmail.com

Recebido em: 11.02.2019
Aprovado em: 28.05.2019
Última versão do(a) autor(a): 21.06.2019

Resumo: No Brasil, o Tribunal do Júri foi implementado no ano de 1822, com competência exclusiva para o julgamento dos crimes de imprensa. Atualmente, essa instituição democrática, conforme previsão do artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal de 1988, é tida como uma garantia e um direito fundamentais e tem competência para julgar os crimes dolosos contra a vida. Ocorre que hoje a sociedade brasileira apresenta outra configuração, sendo capitalista e refém do medo, o que desestabiliza a efetivação dos direitos humanos. Nesse sentido, a pertinência do estudo sobre a Corte Popular no Brasil decorre do fato de essa instituição democrática ser semelhante àquela apresentada pela Constituição de 1946 e permanecer estática há praticamente um século; e também de serem desconsideradas as novas circunstâncias que envolvem o mundo criminoso hoje. Tem-se como objetivo averiguar se na Comarca de Lajeado/RS há desconfiguração do Tribunal do Júri enquanto direito e garantia fundamentais; e, em sendo positiva a resposta, verificar quais são os fatores que o afastam dessa condição. Trata-se de pesquisa quali-quantitativa, realizada pelo método dedutivo, por meio de procedimento técnico bibliográfico, documental e pela realização de estudo de caso. Assim, inicialmente, é descrito o perfil da sociedade brasileira contemporânea, inserindo o acusado como integrante desta e apresentando os seus direitos. Adiante, é apresentada a evolução histórica do Tribunal do Júri e seu procedimento no Brasil. Finalmente, são expostos os procedimentos metodológicos e averiguada a (não) configuração do Tribunal do Júri como garantia fundamental, bem como eventuais causas para tanto.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direito e garantia fundamentais. Tribunal do Júri. Crimes dolosos contra a vida. Sociedade contemporânea. Sociedade do medo. Motivação delitiva. Desigualdade social.

Abstract: In Brazil, the Jury Court was implemented in 1822, with exclusive jurisdiction for the trial of press crimes. Currently, this democratic institution, according to article 5, item XXXVIII, of the Federal Constitution of 1988, is considered a fundamental guarantee and right and has the competence to judge intentional crimes against life. It happens that, today, Brazilian society presents another format, being this capitalist and hostage of fear, which destabilizes the realization of Human Rights. The pertinence of the study of the Popular Court in Brazil arises from the fact that this democratic institution is similar to that presented by the Constitution of 1946 and has remained static for almost a century and that the new circumstances surrounding the criminal world are disregarded. The goal is to assess if, in the District of Lajeado/RS, there is deconfiguration of the Court of Jury as a fundamental right and guarantee

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

and, in a positive response, to check what are the factors that remove this condition. This is qualitative-quantitative research, carried out by the deductive method, through a technical bibliographical, documentary procedure and by the accomplishment of case study. Thus, initially, the profile of contemporary Brazilian society is described, inserting the accused as a member of the latter and presenting their rights. Next, the historical evolution of the Jury Tribunal and its procedure in Brazil is presented. Finally, the methodological procedures will be exposed and the (non) configuration of the Jury's Court will be examined as a fundamental guarantee, as well as possible causes for it. Keywords: Human rights. Fundamental right and guarantee. Jury court. Felony crimes against life. . Contemporary society. Society of fear. Criminal motivation. Social inequality.

Sumário: 1 Introdução. 2 A sociedade contemporânea e o autor do fato criminoso; 2.1 O perfil da sociedade contemporânea; 2.2 O réu no processo judicial contemporâneo. 3 O Tribunal do Júri; 3.1 Evolução histórica; 3.2 A atual organização dos trabalhos para o Júri. 4 A (des)configuração do Tribunal do Júri como garantia fundamental; 4.1 Procedimentos metodológicos; 4.2 Coleta e exposição de dados; 4.3 A verificação da (des)configuração da garantia fundamental do acusado julgado perante a Corte Popular. 5 Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A criação do Tribunal do Júri remonta à Inglaterra do século XIII. Tal modelo, contudo, estava ainda muito associado à religião, especialmente porque era doze o número de jurados, exatamente o mesmo número de apóstolos de Cristo. Por se tratar de um período em que apenas a aristocracia tinha espaço, inclusive na magistratura, essa foi a primeira grande conquista da sociedade em participar da vida política do país.

No Brasil, o Tribunal do Júri foi implementado no ano de 1822, com competência exclusiva para o julgamento dos crimes de imprensa. Após resistir a inúmeras e significativas mudanças constitucionais e legislativas, a atual competência dessa instituição democrática é a de julgar os crimes dolosos contra a vida, quais sejam, homicídio, induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, infanticídio e aborto. Previsto no artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal de 1988, é tido como garantia e direito fundamentais. Já a organização de seus trabalhos compete à lei ordinária, de forma que os artigos 406 a 497 do Código de Processo Penal isso regulamentam.

Ocorre que, além de a instituição do Tribunal do Júri no Brasil, nos moldes em que é apresentada hoje, ser semelhante àquela da Constituição de 1946, a sociedade brasileira atual – que se se coloca na condição de jurado ou que se constitui no polo passivo do processo penal – tem outra configuração, sendo capitalista e refém do medo, o que desestabiliza a efetivação dos direitos humanos. Dessa maneira, é incompreensível que o Júri permaneça estático há mais de meio século e que as novas circunstâncias que envolvem o mundo criminoso sejam desconsideradas.

Por exemplo, cogita-se que, por se tratar de um direito e uma garantia fundamental, cabe ao acusado pela prática de crime doloso contra a vida optar por ser ou não julgado por seus pares, na medida em que, na atualidade, frequentemente não se está diante de seus semelhantes. Tal situação pode comprometer o resultado do julgamento, tornando o Tribunal do Júri um instituto que vá de encontro com a pretensão exposta na Carta Magna.

Somado a isso, o objeto jurídico tutelado pelos crimes tipificados pelos artigos 121 a 127 do Código Penal é a vida, bem mais importante no ordenamento jurídico brasileiro. Como reflexo disso, os crimes dolosos contra vida são complexos, na medida em que podem ser praticados por qualquer integrante da sociedade, diferentemente do que

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

ocorre, a título de exemplo, com os crimes contra o patrimônio, em que se pode ousar traçar um perfil do criminoso que os comete. Assim, a dificuldade encontrada pelos jurados durante o julgamento é nitidamente superior àquela dos próprios juízes, que, além de possuírem conhecimento técnico na área, diuturnamente proferem julgamentos de crimes cujos bens jurídicos são tutelados em segundo plano.

Por tais aspectos, reputa-se ser de singular importância o desenvolvimento do presente estudo, na medida em que este poderá servir de impulso à reflexão e ao questionamento acerca do Tribunal do Júri enquanto efetivo direito do acusado a garantias fundamentais.

Nesse sentido é que a pesquisa objetiva averiguar se na Comarca de Lajeado/RS há desconfiguração do Tribunal do Júri enquanto direito e garantia fundamentais e, em sendo positiva a resposta, verificar quais são os fatores que o afastam dessa condição. Como hipótese para o problema, entende-se que o Tribunal do Júri, na atualidade e na referida Comarca, é afastado da sua condição de direito fundamental, dada a mudança das circunstâncias em que acontecem os crimes dolosos contra a vida, especialmente no que diz respeito ao crime organizado, e às características da sociedade brasileira atual; são esses os fatores determinantes dessa descaracterização, em que pese a previsão constitucional, devendo talvez ser facultada ao réu a escolha de seu julgador.

Nesse diapasão, o primeiro capítulo descreverá o perfil da sociedade brasileira contemporânea, inserindo o acusado como integrante desta e apresentando os seus direitos. No segundo capítulo, será apresentada a evolução histórica do Tribunal do Júri e seu procedimento no Brasil.

Já no terceiro e último capítulo, serão apresentados os procedimentos metodológicos e averiguada a (não) configuração do Tribunal do Júri como garantia fundamental na Comarca de Lajeado/RS, bem como eventuais causas para tanto. Então, utilizar-se-á a pesquisa quali-quantitativa, na medida em que os dados quantitativos, além de complementarem os dados qualitativos, conferem maior credibilidade às conclusões alcançadas pelo pesquisador. Quanto ao método de pesquisa, adotar-se-á o dedutivo, o qual parte de argumentos gerais para argumentos particulares, sendo que as conclusões obtidas a partir desse procedimento não podem ultrapassar o estudo específico. Já no que diz respeito aos procedimentos técnicos, estes se resumem à pesquisa bibliográfica, à pesquisa documental e ao estudo de caso. O estudo de caso, por sua vez, foi composto por três diferentes etapas, as quais envolveram questionários aplicados a jurados atuantes na Comarca em estudo no período de novembro de 2017 a março de 2018 e a condenados e/ou acusados que responderam, perante o Tribunal do Júri da citada Comarca, a processo pela suposta prática de crime doloso contra a vida e que se encontravam recolhidos no Presídio Estadual de Lajeado/RS no período de fevereiro de 2018; assim como análise de processos submetidos a julgamento pela instituição democrática da referida Comarca nos períodos de 2010 a 2011 e 2016 a 2017.

2. A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E O AUTOR DO FATO CRIMINOSO

Não obstante a criação do Tribunal do Júri remontar ao século XIII, sua implementação no Brasil ocorreu apenas no ano de 1822, quando tinha competência exclusiva para o julgamento dos crimes de imprensa. Desde então, a instituição passou por diversas e significativas mudanças constitucionais e legislativas até que atingisse o formato previsto hoje no artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal de 1988, enquanto direito e garantia fundamentais do acusado processado pelo cometimento de crime doloso contra a vida.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Acontece que, a partir de diferentes acontecimentos (inter)nacionais nos âmbitos social, cultural, político e econômico, a sociedade brasileira, assim como as legislações do país, sofreu alterações em seu perfil, o que diretamente influencia as motivações delitivas e os julgamentos proferidos pelo Tribunal do Júri. A partir disso, esta seção terá por objetivo descrever o perfil da sociedade contemporânea, inserindo o acusado como integrante desta e apresentando os seus direitos.

2.1 O PERFIL DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Este tempo, segundo Bauman (2005, p. 121-122), é tratado como uma fase líquida, na qual todas as relações – pessoais, profissionais, econômicas, políticas etc. – são desprovidas de solidez e de permanência, razão pela qual são fortemente marcadas pela efemeridade e pela possibilidade de tudo ser facilmente substituível. Essas características acabam apresentando uma sociedade individualista, superficial, caracterizada pela disputa de poderes e que sofre da síndrome da impaciência contemporânea, na medida em que as pessoas não mais conseguem esperar, pois esperar demais torna o tempo exaustivo e entediante (p. 137).

O sociólogo e filósofo polonês afirma que essa sociedade enfrentou dificuldades quando da ocorrência demasiada de demissões nas empresas em virtude da substituição da mão de obra artesanal por maquinários. Tal processo, além de ter contribuído para o surgimento da depressão e de ter feito com que os homens assumissem a função de consumidores, e não mais de produtores, provocou o fluxo migratório moderno, no qual as pessoas consideradas "desnecessárias" pela e para a cadeia produtiva deixaram seus países na busca de se sentirem úteis em outro lugar (BAUMAN, 2005, p. 14 e 24). Bauman (2005, p. 12) define essas pessoas como sendo refugo humano que se marginaliza na sociedade, depende de terceiros para a sua manutenção e, muitas vezes, se sujeita ao mundo criminoso para prover sua subsistência.

Paralelamente, a contemporaneidade é marcada pela tecnologia, que ganhou proporções imensuráveis na sociedade, atingindo diretamente as relações interpessoais, as quais são revestidas de fragilidade e de superficialidade, no entendimento do filósofo (BAUMAN, 2005, p. 161). As pessoas, além de temerem um compromisso duradouro e de não se dedicarem às outras, utilizam-se das redes sociais virtuais para estabelecer diálogos e para expressarem seus sentimentos e suas emoções, evitando ao máximo o contato pessoal e visual (BAUMAN, 2005, p. 162).

Tem-se também que a hierarquia social, diante do fenômeno do consumismo, é medida pela capacidade de se ter. De acordo com Bauman (2005, p. 140), "o crédito e o débito são as parteiras do refugo", pois facilitam o surgimento de novos desejos e "abreviam o tempo entre o nascimento de um desejo e a sua satisfação". A partir dessa facilidade promovida pelas empresas de crédito e da tentativa do setor secundário de sempre defasar os equipamentos antes do tempo, "o 'novo' tende a ficar 'velho', a ser alcançado e ultrapassado, instantaneamente" (p. 148).

Ao encontro desse pensamento, Capra (1982, p. 227) observa que os Estados Unidos e outros países industrializados, fortemente "obcecados com a expansão, com os lucros crescentes e o aumento da 'produtividade'", criaram "sociedades de consumo competitivas, que induzem as pessoas a comprar, usar e jogar fora quantidades cada vez maiores de produtos de pouca utilidade". Como um dos resultados desse processo, tem-se o acúmulo daquilo que o renomado físico entende por lixo químico perigoso, na medida em que a tecnologia (aqui compreendida pelos eletrônicos),

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

ao ser descartada, desintegra e perturba "seriamente os processos ecológicos que sustentam nosso meio ambiente natural e que são a própria base de nossa existência", o que se verifica especialmente por meio da poluição da água.

Nesse contexto econômico, destaca-se a extrema desigualdade na distribuição de renda no Brasil, consoante revela o estudo apresentado pela Organização Não Governamental (ONG) britânica Oxfam, por meio do relatório *A distância que nos une, um retrato das desigualdades brasileiras*:

> No início de 2017, **os seis maiores bilionários do País juntos possuíam riqueza equivalente à da metade mais pobre da população**. Ao mesmo tempo, iniciamos o ano com mais de 16 milhões de pessoas vivendo abaixo da linha da pobreza. Entre os países para os quais existem dados disponíveis, **o Brasil é o que mais concentra renda no 1% mais rico, sustentando o 3º pior índice de Gini na América Latina** e Caribe (atrás somente da Colômbia e de Honduras). Segundo o último Relatório de Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), **o Brasil é o 10º país mais desigual do mundo, num ranking de mais de 140 países**. (ONG OXFAM, 2017, p. 18). (Grifo nosso).

Segundo Baratta (2013, p. 171), a distribuição desigual de recursos e de benefícios pode ser vista como um dos fatores responsáveis pela geração e pela mantença da violência que se manifesta através da criminalidade, uma vez que o sistema penal "responde à exigência de reproduzir e de assegurar as relações sociais existentes, isto é, de conservar a realidade social [capitalista]", esta baseada "no egoísmo e na violência ilegal, no interior das quais os indivíduos socialmente mais débeis são constrangidos a papéis de submissão e de exploração" (p. 186).

Acrescenta-se, ainda, que a sociedade atual é marcada pelo medo: "medo sempre e em toda parte" (BAUMAN, 2008, p. 08). O escritor define medo como sendo "o nome que damos a nossa incerteza: nossa ignorância da ameaça e do que deve ser feito – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrentá-la, se cessá-la estiver além do nosso alcance" (p. 08). Esse sentimento, fomentado pela insegurança e pela vulnerabilidade, é um dos responsáveis por orientar o comportamento do indivíduo, que, independentemente da presença de risco iminente, altera "sua percepção do mundo e as expectativas que guiam suas escolhas" (p. 09).

Sobre o medo, Bauman (2005, p. 11) revela que o que amedronta é a "ubiquidade dos medos": "de pessoas que encontramos e de pessoas que não conseguimos perceber" ou "de outras pessoas (prontas, como dificilmente antes em nossa memória, a devastar nossos lares e empregos e ameaçando destruir nossos corpos com a súbita abundância de atividades terroristas, crimes violentos, agressões sexuais, comida envenenada, água ou ar poluídos)".

Esse último medo – de pessoas prontas a cometer ilícitos – exige maior abordagem acerca do comportamento criminoso, especialmente por estar intimamente relacionado ao presente estudo. Segundo Rosa e Carvalho (2011, p. 159), "o comportamento criminoso se apresenta quando há uma violação da ética, da lei, da moral e dos bons costumes de determinada sociedade". Na tentativa de explicar esse comportamento – que é igualmente influenciado pela impulsividade –, surgem diversas teorias sociológicas, psicológicas e biológicas, as quais devem ser compreendidas conjuntamente, "pois sozinhas se viram impossibilitadas de acharem o causador da criminalidade" (p. 165). Por tal razão, sustenta-se que o indivíduo é um ser biopsicossocial.

No tocante aos parâmetros biológicos, Rosa e Carvalho (2011, p. 165) discorrem que, nesse aspecto, tem-se a "ideia de que os criminosos já nascem assim, 'prontos para o crime', dotados de características físicas" que, além de os

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

diferenciarem das demais pessoas, são explicadas "através de patologias, disfunções cerebrais ou algum transtorno orgânico, dando ênfase a todos os fatores biológicos".

Já "as ideias que enfocam o aspecto psicológico como determinante para a ação criminosa englobam fatores como os aspectos cognitivos, afetivos, traços de caráter, temperamento e controle dos impulsos" (ROSA; CARVALHO, 2011, p. 165).

E quanto aos aspectos sociológicos, Serafim (2003, p. 57), indo ao encontro das interpretações esboçadas por Bauman (2005), elenca os seguintes fatores sociais como determinantes à prática de crime:

> [...] exagerado crescimento demográfico; o desequilíbrio na distribuição de renda (provocando consequentemente uma superpopulação de marginalizados e surgimento de favelas e conglomerados urbanos); o desemprego; o ócio da juventude; desestruturalização do núcleo familiar; e a ineficácia de muitos países em relação ao excessivo tráfico de substâncias tóxicas, bem como o alcoolismo.

Corroborando a discussão, Fiorelli e Mangini (2010, p. 328) destacam o crime como resultado da privação e o crime como produto do meio; a privação, na ótica dos autores, pode ser entendida tanto sob o viés afetivo quanto sob o viés econômico, com ambos influenciando "negativamente no desenvolvimento do ser humano". Já a delinquência enquanto produto do meio é compreendida "como o resultado inexorável do microssocial. Nega-se ao indivíduo o livre-arbítrio e a possibilidade de percorrer um caminho diferente daquele dos seus pares" (p. 330). Quanto aos fatores determinantes para a ocorrência do crime nessa última modalidade, os autores elencam três hipóteses: "os condicionamentos (comportamentos apreendidos do grupo) não podem ser alterados, ainda que o indivíduo tenha a oportunidade de praticar novas convivências"; "os indivíduos tornam-se escravos de seus modelos"; e "os indivíduos são dominados por crenças inadequadas, perversas, antissociais" (p. 330-331).

A partir da ordinária prática de atos ilícitos, surge, na atualidade, a figura das facções criminosas, que se caracterizam "por aglutinarem grupos de indivíduos partidários de uma mesma causa – prática de atividades ilegais e antissociais – em oposição à de outros grupos antagônicos" (SILVA JUNIOR, 2012, p. 129). Nesse sentido, Messa (2012, p. 68) afirma que a violência nos centros urbanos brasileiros atinge "os mais diversos grupos e classes sociais", com a atuação do crime organizado gerando, na vida pública e na vida privada, "uma rede de consequências" e de mobilização social, as quais se manifestam através das sensações de medo e de insegurança que "estão cada vez mais presentes no cotidiano das pessoas".

Relacionando essas constatações acerca do comportamento criminoso à prática de crimes dolosos contra a vida, Rosa e Carvalho (2011, p. 160) observam que "o número de homicídios de uma região está intimamente ligado ao nível de violência existente nesta comunidade e com os problemas sociais da população".

Diante do exposto, não se pode negar a presença de criminosos na sociedade contemporânea. Tais indivíduos, em que pese cometam uma conduta altamente reprovável pelo ordenamento jurídico pátrio e passível de punição, ainda são sujeitos de direitos e demandam um olhar atento por parte do Estado, conforme será analisado a seguir.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

2.2 O RÉU NO PROCESSO JUDICIAL CONTEMPORÂNEO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, assegura direitos e garantias fundamentais a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. Prudente, contudo, que se estabeleça a diferença entre direitos e garantias. Na visão de Silva (2007, p. 178), direitos fundamentais são "aquelas prerrogativas e instituições que ele [o direito positivo] concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas". Segundo o constitucionalista, são fundamentais porque "se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados" (p. 178).

Nesse momento, interessante que se traga à tona a conceituação de direitos humanos. Segundo a Organização das Nações Unidas (texto digital, 1948), os direitos humanos são os direitos conferidos a qualquer ser humano, "independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição", dando-lhe chances para ter uma vida digna. O Brasil, ao aderir à Declaração Universal dos Direitos Humanos no ano de 1948, concordou em dar cumprimento ao referido documento, com esse compromisso encontrando assento no § 2º do artigo 5º da Carta Política.

Já as garantias fundamentais, para Bonavides (2006), permitem a concretização, por parte do Estado, desses direitos, os quais podem (e devem ser) reclamados pelo cidadão, eis que titular destes. O autor complementa, ainda, que "sem as garantias constitucionais os direitos contidos em declarações formais cairiam no vazio das esferas abstratas, ou perderiam o fio institucional de contato com a realidade concreta" (BONAVIDES, 2006, p. 532).

Quanto à titularidade, são sujeitos dos direitos, conforme referido anteriormente, os brasileiros e os estrangeiros que residem no Brasil. Entre esses titulares, inserem-se, por lógica, aqueles que são acusados pela prática de um ato previsto em lei como crime. Nesse contexto, passa-se, então, a analisar os principais direitos conferidos pelo artigo 5º da Lei Maior aos réus.

O inciso XXXVIII do citado artigo, ao reconhecer a competência – não absoluta – do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, alcança ao acusado pela prática de crimes de tal espécie o direito de ser julgado por essa instituição, sob o argumento de que deve ser submetido "ao julgamento de seus pares e não ao da Justiça togada" (PACELLI, 2014, p. 719).

Prevê também a Magna Carta, no inciso XL do artigo em estudo, que a lei penal tão somente poderá retroagir se em benefício do réu. Como reflexo dessa disposição, Lopes Júnior (2012, p. 260) alerta que "as regras da retroatividade da lei penal mais benéfica devem ser compreendidas dentro da lógica sistêmica, ou seja, retroatividade da lei penal [...] mais benéfica e vedação de efeitos retroativos da lei [...] mais gravosa". Capez (2014, p. 64) igualmente assinala que essa regra não se aplica às normas processuais penais, pois, de acordo com o artigo 2º do Código de Processo Penal, "a norma de caráter processual terá incidência imediata a todos os processos em andamento, pouco importando se o crime foi cometido antes ou após sua entrada em vigor ou se a inovação é ou não mais benéfica".

Já os incisos XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX e L disciplinam a imposição de eventual pena ao acusado. Em suma, os dispositivos anunciam que "nenhuma pena passará a pessoa do condenado", o que é reforçado pelo princípio da individualização da pena. Além disso, são permitidas as penas de privação ou restrição da liberdade; de perda de

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

bens; de multa; de prestação social alternativa; e suspensão ou interdição de direitos. Em contrapartida, são vedadas as penas de morte – salvo em caso de guerra declarada –; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; e penas cruéis. Ainda, àqueles que se virem privados ou restritos de sua liberdade é assegurado, além do respeito à integridade física e moral, o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, conforme espécie delitiva, idade e sexo do apenado. Às mulheres que se encontram presas serão proporcionadas condições que viabilizem sua permanência com seu(s) filho(s) durante o período de amamentação.

Na sequência, os incisos LI e LII abordam a extradição, que, consoante Sarlet (2015, p. 683), é o ato por meio do qual um Estado, após aprovação de requerimento formulado por outro país, entrega um indivíduo "à justiça repressiva do Estado requerente para que possa ser julgado criminalmente ou cumpra pena já imposta". Para a efetivação da extradição, contudo, devem ser observadas as regras e as hipóteses de cabimento previstas nos citados incisos do artigo 5º da Carta Política, quais sejam, a não extradição de brasileiro, salvo o naturalizado, "em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins" e a não concessão de extradição de estrangeiro "por crime político ou de opinião".

Adiante, os incisos LIII e LIV dispõem, respectivamente, que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" e que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Essa última previsão é igualmente amparada pelo princípio do devido processo legal, a partir do qual, de acordo com Canotilho (1999, p. 461), o processo será devido quando for resultante de um "processo justo de criação legal de normas jurídicas" e quando for rigorosamente observado "um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade". Ou seja, o processo, para o referido autor, será considerado devido se for justo no momento da criação da lei que prevê o procedimento (teoria processual) e no momento da sua tramitação, oportunidade em que devem ser observados os demais princípios da justiça (teoria substantiva).

Em decorrência do mencionado princípio, tem-se outras duas garantias fundamentais conferidas ao acusado: o contraditório e a ampla defesa, previstos no inciso LV. Segundo Oliveira (2003, p. 81), a ampla defesa corresponde "ao direito do réu de lançar mão de todos os recursos legítimos para a sua defesa, isto é, de produzir provas, argumentar da maneira que entender mais conveniente e até mesmo de mentir sobre os fatos". Ainda na concepção do autor, a ampla defesa, "na esfera do Júri Popular, assiste ao acusado, como componente necessário do direito à plenitude de defesa, que ele seja submetido a julgamento perante um conselho de cidadãos imparciais e oriundos do povo" (p. 81). Quanto ao contraditório, Nery Junior (2002, p. 137) assevera que este deve ser compreendido como "a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e [...] a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis".

Ainda, consoante regra do inciso LVI, "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". A respeito, Lopes Júnior (2012, p. 601) discorre acerca do princípio da contaminação, também conhecido pela teoria dos frutos da árvore envenenada, a partir do qual são inadmissíveis – e, portanto, devem ser desentranhados do processo – "os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado", eis que contaminados "com a mesma intensidade". A exceção para tal encontra assento no artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal, em que as provas derivadas da ilícita serão aceitas se "puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras".

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Igualmente merece destaque o inciso LVII, que define que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Reflexo dessa norma é o princípio da presunção de inocência, segundo o qual o indivíduo é considerado inocente até que o Estado comprove sua culpabilidade. Para tanto, Avena (2015, p. 27) destaca que esse princípio deve ser observado em três momentos processuais, quais sejam, o da instrução processual, "como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova"; o da valoração da prova, "impondo-se seja valorada em favor do acusado quando houver dúvidas sobre a existência de responsabilidade pelo fato imputado"; e durante a tramitação processual, "como parâmetro de tratamento do acusado, em especial no que concerne à análise quanto à necessidade ou não de sua segregação provisória".

Exatamente nessa direção é o conteúdo do artigo XI, item 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que assegura a todo acusado pela prática de conduta ilícita "o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".

Acontece que o princípio em comento vem sendo violado, de forma reiterada, especialmente desde que o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2016, ao julgar o Habeas Corpus nº 126292, firmou o entendimento – e consequentemente o precedente – acerca da possibilidade de execução da pena privativa de liberdade após condenação em segunda instância, o que fragiliza a presunção de inocência e, por efeito, o próprio texto constitucional e os Direitos Humanos consagrados em âmbito internacional. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, inclusive, já pacificou esse entendimento por meio da Súmula nº 122, cujo teor é o que segue: "Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário".

Prosseguindo, é alcançado ao acusado o direito ao segredo de justiça nas hipóteses em que "a defesa da intimidade ou o interesse social" isso exigir, conforme previsão do inciso LX do artigo 5º, combinado com o artigo 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal.

Acerca da prisão, têm-se as garantias previstas nos incisos LXI a LXVI. Sucintamente, tais normas estabelecem que, em regra, "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente", sendo que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança". Devem ser comunicados sobre a prisão o juiz competente e a família do preso ou a pessoa por ele indicado. O preso, além de ser informado de seus direitos, terá direito à assistência da família e de advogado e à "identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial". Dispõem os dispositivos, ainda, que a autoridade judiciária relaxará, imediatamente, a prisão ilegal.

Finalmente, o inciso LXXVIII prevê o direito à razoável duração do processo e a todos "os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Não obstante a ausência de previsão legal acerca do que se compreende por duração razoável do processo, o constitucionalista Bulos (2009, p. 548) sustenta que "as autoridades jurisdicionais [...] e administrativas [...] devem exercer suas atribuições com rapidez, presteza e segurança, sem tecnicismos exagerados, ou demoras injustificáveis, viabilizando, a curto prazo, a solução dos conflitos".

No processo penal, isso se justifica especialmente por duas razões. Primeiramente, conforme Lopes Júnior e Badaró (2006), deve o processo penal ser célere, para que eventual sanção imposta seja justa e útil. Em segundo lugar,

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

observa-se que, à luz do *caput* do artigo 5º da Carta Magna, a liberdade é considerada a regra; e a prisão, a exceção. Dessa forma, tratando-se de processo em que preso preventivamente o acusado, a observância dos preceitos da celeridade e da duração razoável do processo é de extrema importância, a fim de não serem violados os direitos fundamentais– especialmente o direito à liberdade – e de não configurar excesso de prazo.

Por ser, então, o processo penal um processo que permite a construção de um espaço dialógico e democrático e, por conseguinte, a concretização das garantias fundamentais, optou-se por estudar, a seguir, o instituto do Tribunal do Júri, na medida em que se trata do procedimento em que se tem maior interação entre o povo e o Poder Judiciário.

3. O TRIBUNAL DO JÚRI

A instituição do Tribunal do Júri sofreu modificações legislativas desde sua introdução no Brasil até que fosse apresentada nos moldes em que determina o artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal. Por tal razão, esta seção terá como objetivo apresentar a evolução histórica do Tribunal do Júri e seu procedimento no Brasil.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O Tribunal do Júri, nos moldes em que é apresentado atualmente pelo ordenamento jurídico brasileiro, foi criado na Inglaterra no século XIII. Na época, a instituição estava intimamente relacionada à religião, na medida em que atuavam doze jurados, "número correspondente ao de apóstolos de Cristo sobre os quais recaiu o Espírito Santo no dia de Pentecostes" (OLIVEIRA, 2003, p. 64). A própria terminologia "Júri" evidencia a inter-relação entre a instituição e a religião, que, no inglês *Jury*, significa, em seu amplo sentido, "juramento, com a invocação de Deus como testemunha" (p. 65). No sentido restrito, o Júri pode ser compreendido, na visão de Marques, Porto e Canosa Neto (1997, p. 28), como sendo "a participação popular nos julgamentos criminais".

Na França, conforme apontado por Streck (2001, p. 79), o Tribunal do Júri foi introduzido no século XVIII "pela Revolução Francesa, visando a retirar da magistratura o poder de julgar e repassá-lo ao povo, detentor da soberania e da legitimidade".

Já no Brasil, o Tribunal Popular foi adotado no século XIX, mais especificadamente pela lei de 18 de junho de 1822, inicialmente "com competência afeta exclusivamente aos delitos de imprensa. A partir de então, encontrou assento em diversos textos legais [...] como no caso das Constituições de 1824, 1934, 1946 e, finalmente, 1988" (BONFIM; PARRA NETO, 2009, p. 1). Nesse período, Streck (2001, p. 87) informa que o Júri "era composto por vinte e quatro membros, recrutados dentre 'os homens bons, honrados, inteligentes e patriotas'".

Com a Constituição Imperial de 25 de março de 1824, restou definido que o Júri, além de ser um segmento do Poder Judiciário, era independente, atuaria tanto no cível quanto no crime e seria composto por juízes e jurados, com estes se pronunciando acerca do fato e com aqueles aplicando a lei (NASSIF, 2009). Já em 1871, sobreveio a Lei nº 2.033, que, regulada pelo Decreto Imperial nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, redefiniu a competência do Tribunal do Júri "para toda a matéria criminal" (NASSIF, 2009, p. 18), havendo, com isso, a exclusão de sua competência para julgamento de causas cíveis.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Duas décadas mais tarde, com a queda da monarquia, foi promulgada a primeira Constituição Republicana, a qual preservou o Tribunal do Júri, mas, segundo Nassif (2009, p. 18), o instituto assumiu um "novo caráter jurídico-constitucional", eis que foi elevado "ao nível de garantia individual" (OLIVEIRA, 2003, p. 69). Foi o primeiro momento da história brasileira em que a Corte Popular apresentou-se na condição de garantia individual.

A referida Constituição de 1891 ainda "consagrou a autonomia política dos Estados Federados" (NASSIF, 2009, p. 19), razão pela qual, conforme destacado por Luz (2001), cada Estado membro tinha competência para legislar sobre a matéria processual penal, o que incluía legislar inclusive sobre o Tribunal do Júri. Com isso, o instituto passou a ter uma abordagem legislativa diversificada. No que diz respeito ao Estado do Rio Grande do Sul, Nassif (2009, p. 19) destaca a lei regulamentadora da Corte Popular, Lei nº 19, de 16 de dezembro de 1895, na qual restou definido que as sentenças proferidas pelo Conselho de Sentença seriam "proferidas pelo voto a descoberto da maioria" e, a respeito dos jurados, estes não poderiam ser recusados. Por outro lado, conforme fossem sendo sorteados, poderiam as partes apresentar suspeição motivada, a qual seria decidida pelo Juiz Presidente.

Adveio, em 1934, nova Constituição, que, de acordo com Streck (2001, p. 89), transferiu a instituição do Júri do Capítulo "Dos Direitos e Garantias Individuais" para o Capítulo "que tratava 'Do Poder Judiciário', saindo, assim, da esfera da cidadania para a órbita do Estado". Três anos mais tarde, conforme informa Nassif (2009, p. 20), estava-se próximo ao término do mandato do então presidente Getúlio Vargas, quem revogou a Carta e outorgou "à Nação a Constituição de 10 de novembro de 1937", a qual inaugurava "o Estado Novo, de vocação notadamente ditatorial". A citada Carta silenciou quanto ao Tribunal do Júri, porquanto o doutrinador considerou isso como "a primeira tentativa de alijamento da Instituição" (p. 20).

Essa situação gerou certo desconforto entre os juristas e a regulamentação da Corte Popular acabou dando-se com o Decreto-Lei 167, de 5 de janeiro de 1938, sendo, então, a primeira oportunidade em que sua existência foi reconhecida "sem expressa referência na Carta Nacional" (NASSIF, 2009, p. 20). Sobre o decreto – que posteriormente foi recepcionado pelo Código Nacional de Processo Penal –, Oliveira (2003) observa que a soberania dos veredictos do Júri foi abolida. Ainda sobre esse período, prudente destacar que, segundo Nassif (2009, p. 21), era autorizada a pena de morte quando os homicídios fossem cometidos "por motivo fútil e com extremos de crueldade".

Já em 1º de janeiro de 1942, entrou em vigor o Código de Processo Penal, que, regulamentado pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, abordou minuciosamente o procedimento do Tribunal do Júri, inclusive quanto à organização e à composição do tribunal popular (LUZ, 2001).

Diante da repercussão das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, e influenciada pelos ideários de democracia, liberdade e igualdade, consoante aponta Nassif (2009), promulgou-se a Constituição de 1946, a qual retomou o Júri enquanto direito e garantia individuais, recuperando, dessa forma, sua soberania (STRECK, 2001). A referida Carta determinou a manutenção do Tribunal Popular para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, competindo à lei ordinária a sua organização, conquanto fossem observados alguns requisitos, quais sejam, composição do Conselho de Sentença por número ímpar de jurados, garantia do sigilo das votações, "a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos" (NASSIF, 2009, p. 21).

Luz (2001, p. 26) ainda destacou outras novidades introduzidas pela Constituição de 1946, como a "prevalência do tribunal popular, nos casos de conexão", as regras para formulação dos quesitos e o estabelecimento das hipóteses

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

em que é possível a apresentação de recurso de apelação das decisões do Tribunal do Júri. Ainda acerca da Carta em comento, Oliveira (2003, p. 70) bem observa que essa é "a redação que, na história do constitucionalismo brasileiro, mais se aproxima do sistema atual".

Adiante, a Constituição de 1967 manteve o Tribunal do Júri nos termos em que foi apresentado pela Carta anterior. Entretanto, no ano de 1969, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 1, a qual Nassif (2009, p. 22) considera como uma "nova Constituição" e que revogou a soberania dos veredictos.

Finalmente, em 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, que, além de manter o instituto do Tribunal do Júri entre os direitos e as garantias fundamentais, "restabeleceu a soberania dos veredictos e limitou-se a definir competência mínima de seus julgamentos, mantendo, todavia, como preceito constitucional e exclusivo, a relativa aos crimes dolosos contra a vida" (NASSIF, 2009, p. 22-23). A respeito da competência, Bonfim e Parra Neto (2009, p. 3) oportunamente destacam que "a competência do júri pode ser prorrogada, alcançando outras infrações penais. Nos casos, portanto, de conexão ou continência entre duas ou mais infrações penais [...] haverá, a princípio, necessidade de unidade de processos".

Prosseguindo, a previsão constitucional da Corte Popular está no inciso XXXVIII do artigo 5º da Carta Magna, que, em suas alíneas, além de estabelecer os princípios da plenitude de defesa, do sigilo das votações e da soberania dos veredictos, determina a sua competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Para Bonfim e Parra Neto (2009, p. 1), a "posição topográfica no texto constitucional, contemplado entre as garantias fundamentais dos cidadãos" evidencia, desde já, "o estreito liame da instituição do júri com os ideais democráticos acolhidos pela nação, há um tempo servindo de garantia ao acusado de ser julgado por seus pares e permitindo a participação popular na administração da justiça criminal" (p. 1).

Ainda, infere-se, a partir da leitura do mencionado inciso XXXVIII do artigo 5º da Lei Maior, que compete à lei infraconstitucional a organização do Tribunal do Júri, o que se passará a analisar.

3.2 A ATUAL ORGANIZAÇÃO DOS TRABALHOS PARA O JÚRI

Estabelece a alínea "d" do inciso XXXVIII do artigo 5º da Carta Magna que a instituição do Júri é competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Segundo Greco (2013, p. 185), configura-se um crime doloso quando a vontade e a consciência do agente estão "dirigidas a realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador". Em se tratando de crimes dolosos contra a vida, tem-se que são aqueles elencados entre os artigos 121 e 127 do Código Penal, quais sejam, homicídio, induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, infanticídio e aborto, sejam eles na sua modalidade consumada ou tentada.

Em que pese a previsão constitucional acerca da competência do Tribunal do Júri, esta igualmente é abordada pelo § 1º do artigo 74 do Código de Processo Penal. Ao lado disso, observa o artigo 78, inciso I da citada lei que, havendo conexão ou continência entre crime de competência do Júri e crime de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá aquela. Com isso, será a instituição competente para julgar, por exemplo, um furto que foi cometido nas mesmas circunstâncias e entre as mesmas partes que as do crime doloso contra a vida.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Já a organização da Corte Popular, conforme exige o já citado artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal, vem disciplinada em lei infraconstitucional, qual seja, o Código de Processo Penal de 1941, em seus artigos 406 a 497. A respeito do procedimento previsto para os processos de competência da instituição do Júri, Bonfim e Parra Neto (2009, p. 5) observam que se trata de um procedimento bifásico – também denominado escalonado –, eis que "composto de duas fases distintas: *iudicium accusationis* (juízo de formação da culpa) e o *iudicium causae* (juízo da causa)".

Esses doutrinadores assim descrevem as duas fases que compõem o procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri:

> **O juízo de formação da culpa tem por objetivo** [...] **fixar os limites da acusação**. A decisão de pronúncia, nesse sentido, nada mais faz do que declarar a viabilidade da pretensão inicial, em reconhecendo presentes indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do fato. Ademais, delineia os limites da acusação, fixando o objeto da lide, declarando a norma legal em que julgar o réu incurso e especificando, ainda, as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena pertinentes ao caso. [...] **O juízo da causa** [...] **tem por objeto a solução do litígio penal** [...] **O juízo de formação da culpa inicia-se com o recebimento da denúncia ou da queixa e termina com a prolação da decisão de pronúncia. O juízo da causa começa após a preclusão da decisão de pronúncia, com a preparação do processo para o julgamento em plenário, findando com a publicação da sentença pelo Juiz**. (BONFIM; PARRA NETO, 2009, p. 5-6 – grifo nosso).

Pacelli (2014, p. 721) ainda complementa que o juízo da formação da culpa é desenvolvido "perante o juiz singular", enquanto que, no juízo da causa, o juiz togado torna-se o juiz presidente do Tribunal do Júri e os julgadores são os jurados, que, consoante artigo 436 do Código de Processo Penal, são "cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade", cuja principal função é a de identificar o "grau de aprovação ou reprovação de determinada conduta social, no seio daquela comunidade" (LUZ, 2001, p. 30).

Quanto ao início do procedimento judicial, este se dará com o recebimento, por parte do juiz singular, da denúncia ou da queixa, quando não for hipótese de rejeição da peça incoativa (artigo 395 do Código de Processo Penal). Na mesma oportunidade, será ordenada a citação do acusado, para que, no prazo de dez dias, apresente resposta à acusação, tudo conforme o disposto no artigo 406 do mencionado diploma.

Apresentada a defesa, será designada audiência de instrução, na qual, segundo o artigo 411, serão tomadas as declarações da vítima, quando possível, e proceder-se-á à "inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa", até o número de oito para cada parte, "aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado". Encerrada a instrução, "se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa", segundo dispõe o artigo 384 do Código de Processo Penal.

Em não sendo caso de apresentação de aditamento, as partes apresentarão, nos termos do artigo 411, § 4º, combinado com o § 3º do artigo 403, as alegações finais, de forma oral ou escrita. Na sequência, o juiz togado proferirá decisão, seja pela pronúncia, pela impronúncia, pela desclassificação ou pela absolvição sumária do acusado. Ao presente estudo, interessa a decisão que pronuncia o acusado, eis que esta permite a remessa da acusação ao Tribunal do Júri.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Será, então, pronunciado o réu quando o magistrado estiver "convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação", conforme teor do artigo 413 do Código de Processo Penal. Observa Pacelli (2014, p. 731), nesse ponto, o que segue:

> Em relação à materialidade, a prova há de ser segura quanto ao fato. Já em relação à autoria, bastará a presença de elementos indicativos, devendo o juiz, tanto quanto possível, abster-se de revelar um convencimento absoluto quanto a ela. É preciso considerar que a decisão de pronúncia somente deve revelar um juízo de probabilidade e não o de certeza.

Com o trânsito em julgado dessa decisão, abrir-se-á prazo para que as partes, conforme determina o artigo 422 do diploma em comento, apresentem eventual "rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco)", acostem documentos e requeiram diligências que entendam ser imprescindíveis para a elucidação dos fatos em Plenário.

Em paralelo, observando-se os artigos 425 e 426 do Código de Processo Penal, será formada a lista geral de jurados, a qual será publicada pela imprensa até o décimo dia do mês de outubro de cada ano. Considerando-se a Comarca de Lajeado/RS – objeto de estudo desta pesquisa e que compreende oito municípios jurisdicionados, com um total de 115.434 habitantes, segundo senso do IBGE (2017) –, a lista geral será composta por 300 a 700 jurados. A partir dessa composição, para cada reunião, serão sorteados 25 jurados, consoante determinação dos artigos 433 e 447.

No dia designado para a sessão plenária, dentre os 25 jurados que comporão a lista para a reunião[1], serão sorteados sete, que, segundo o artigo 447 do Código de Processo Penal, formarão o Conselho de Sentença. A respeito do sorteio, atenta o artigo 468 que acusação e defesa poderão recusar, imotivadamente, cada uma, até três jurados. Formado o Conselho de Sentença, os jurados, sob exigência do artigo 472, prestarão seu compromisso, no sentido de examinar o fato submetido a julgamento com imparcialidade e de proferir a decisão de acordo com a sua consciência e os ditames da justiça. Ainda, determina o parágrafo único do mencionado dispositivo que os jurados procederão à leitura da decisão de pronúncia e, "se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo".

Na sequência, dar-se-á início à instrução em Plenário, em que, à luz dos artigos 473 e 474, serão colhidas as declarações do ofendido, quando possível, das testemunhas de acusação e de defesa e interrogar-se-á o acusado. Finda essa etapa, começam os debates. Inicialmente, em regra, é concedida a palavra ao agente ministerial, que, nos termos do artigo 476, à luz da pronúncia ou de decisões posteriores que julgaram admissível a imputação de conduta delitiva, fará a acusação. Após, fará o uso da palavra a defesa. Ainda, abre-se a possibilidade de a acusação apresentar réplica; e a defesa, tréplica. Quanto à duração dos debates, determina o *caput* do artigo 477 que é de uma hora e meia o tempo concedido a cada parte e, para a réplica, assim como para a tréplica, é destinada uma hora. Entretanto, a norma do § 2º do mencionado artigo é a de que, em havendo mais de um réu, "o tempo para a acusação e a defesa será acrescido de 1 (uma) hora e elevado ao dobro o da réplica e da tréplica".

Concluídos os debates, inicia-se a quesitação. Dispõe o artigo 489 que "as decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos". Dessa forma, considerando-se o conteúdo do artigo 483, *caput* e § 1º, do Código de Processo

[1] À luz do disposto no artigo 453 do Código de Processo Penal e dos ensinamentos de Nassif (2009, p. 100), em uma reunião, que pode ser ordinária ou extraordinária, consoante demanda de cada Comarca, "ocorrem uma ou várias sessões de julgamento, que são os Júris como popularmente conhecidos".

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Penal, o acusado será considerado absolvido quando mais de três jurados responderem negativamente aos quesitos dos incisos I e II do citado dispositivo, que versam sobre a materialidade delitiva e sobre a autoria ou participação. Por outro lado, em se obtendo mais de três respostas afirmativas, serão os jurados questionados se absolvem o réu, tudo conforme § 2º do artigo em análise. Ao se obter maioria de votos negativos ao mencionado quesito, expõe o § 3º que prossegue a quesitação, oportunidade em que se verificará causa de diminuição de pena alegada pela defesa e/ou "circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação". Ainda, exigem os §§ 4º e 5º que, sendo sustentadas teses de desclassificação da infração ou de ocorrência da forma tentada do delito, estas deverão ser igualmente objeto de votação. Já o § 6º esclarece que, "havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas".

Finalizada a votação, a qual acontece nos moldes do artigo 485 do Código de Processo Penal e observa os princípios do sigilo das votações e da soberania dos veredictos, estes previstos no inciso XXXVIII do artigo 5º da Carta Política, o juiz presidente do Tribunal do Júri proferirá sentença, em consonância com a decisão do Conselho de Sentença. A sentença, conforme ordem do artigo 493, será lida em plenário e, após, serão declarados encerrados os trabalhos da sessão de julgamento. Por último, importa destacar que cabe recurso de apelação das decisões proferidas pela Corte Popular quando preenchida pelo menos uma das situações expostas pelas alíneas do inciso III do artigo 593.

Resta verificar, então, sob a ótica dos jurados e dos acusados e/ou condenados e a partir da análise de processos submetidos a julgamento da Corte Popular da Comarca de Lajeado/RS, se a sentença resultante do procedimento do Tribunal do Júri obedece a processo penal constitucional.

4. A (DES)CONFIGURAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

Esta seção terá como objetivo apresentar os procedimentos metodológicos aplicados neste artigo e averiguar, a partir da aplicação de questionários a jurados e a acusados pela prática de crimes dolosos contra a vida na Comarca de Lajeado/RS e da análise de processos submetidos a julgamento perante a Corte Popular da mencionada Comarca nos períodos de 2010 a 2011 e de 2016 a 2017, a (não) configuração do Tribunal do Júri como garantia fundamental, assim como eventuais causas para tanto, almejando apresentar solução(ões) ao problema.

4.1 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Quanto ao modo de abordagem, o tipo de pesquisa é quali-quantitativa. A pesquisa qualitativa, consoante Mezzaroba e Monteiro (2014, p. 136), "pode possuir um conteúdo altamente descritivo [...], mas vai preponderar sempre [...] o exame rigoroso da natureza, do alcance e das interpretações possíveis para o fenômeno estudado e (re)interpretado de acordo com as hipóteses" previamente estabelecidas. A pesquisa quantitativa, por sua vez, "representa aquilo que pode ser medido, mensurado, contado" (CHEMIN, 2015, p. 57).

A associação dessas duas formas de pesquisa, em trabalhos que contemplem estudo de caso, torna-se essencial, na medida em que, conforme destacado por Chemin (2015, p. 57), os dados quali e quantitativos complementam-se. Agregado a isso, "o estudo de caso se propõe a investigar e a aprofundar um fenômeno/problema contemporâneo

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

dentro do seu contexto, por meio de várias fontes de evidência", inclusive de dados quantitativos, tudo isso a conferir maior credibilidade às conclusões alcançadas pelo pesquisador.

A partir de tais aspectos, optou-se pela união das pesquisas quali e quantitativa, com predominância daquela, de modo a averiguar se, na Comarca de Lajeado/RS, há desconfiguração do Tribunal do Júri enquanto direito e garantia fundamentais e, em sendo positiva a resposta, verificar quais são os fatores que o afastam dessa condição, não obstante a previsão constitucional.

Para que o objetivo do trabalho fosse alcançado, adotou-se o método dedutivo. Conforme definição apresentada por Mezzaroba e Monteiro (2014, p. 91), "o método dedutivo parte de argumentos gerais para argumentos particulares". Dessa forma, inicialmente "são apresentados os argumentos que se consideram verdadeiros e inquestionáveis para, em seguida, chegar a conclusões formais, já que essas conclusões ficam restritas única e exclusivamente à lógica das premissas estabelecidas" (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2014, p. 91). Em outras palavras, as conclusões alcançadas não podem ser tidas como universais, na medida em que não podem ultrapassar o estudo específico.

Sendo assim, aplicando o mencionado método ao presente estudo, fez-se, primeiramente, uma análise da sociedade contemporânea, passando pelo instituto do Tribunal do Júri a partir da doutrina e da legislação, até chegar ao estudo de caso, o qual, a partir do confronto entre a fundamentação teórica e a análise dos dados coletados na Comarca de Lajeado/RS, serviu para averiguar a (não) configuração do Tribunal do Júri enquanto direito e garantia fundamentais e eventuais causas para tanto.

Os procedimentos técnicos, na presente pesquisa, resumem-se à pesquisa bibliográfica, à pesquisa documental e ao estudo de caso. A pesquisa bibliográfica deu-se por meio de livros de doutrina, artigos de publicações periódicas e de sites especializados; a técnica documental utilizou a legislação relacionada ao estudo que ora se apresenta, principalmente a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal; já o estudo de caso foi composto por três diferentes etapas, as quais envolveram questionários aplicados a jurados atuantes na Comarca de Lajeado/RS e a acusados julgados perante o Tribunal do Júri da citada Comarca, assim como análise de processos.

A coleta de informações para o estudo de caso consistiu em três etapas distintas, as quais foram previamente aprovadas pelo Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade do Vale do Taquari Univates[2]. Inicialmente foi aplicado a 65 jurados atuantes na Comarca de Lajeado/RS nas reuniões ordinárias de novembro de 2017 e março de 2018 e na reunião extraordinária de fevereiro de 2018, um questionário com dez perguntas. Destas, são consideradas questões de fato as de número 1 e 2. De acordo com Marconi e Lakatos (2010, p. 191), perguntas de fato "dizem respeito a questões concretas, tangíveis, fáceis de precisar; portanto, referem-se a dados objetivos: idade, sexo, profissão, [...]".

As questões 3, 4, 6, 8, 9 e 10 são fechadas. Isso quer dizer que tais indagações são assim consideradas porque apresentam "um conjunto de alternativas de respostas objetivas e diretas para que seja escolhida a que melhor demonstra a situação ou ponto de vista do informante" (CHEMIN, 2015, p. 67). Contudo, importante informar que, enquanto a questão 8 é de múltipla escolha, em que o participante deveria optar, dentre um rol limitado de dez opções, por três respostas, as demais são dicotômicas, que são aquelas questões que apresentam "duas alternativas: sim, não" (p. 68).

[2] Certificado de Apresentação para Apreciação Ética (CAAE) nº 79862517.3.0000.5310.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Já as questões 5 e 7 são mistas, na medida em que há uma mescla entre pergunta fechada e pergunta aberta. Após o participante optar entre a dicotomia "sim ou não", foi-lhe solicitado que respondesse ao questionamento "por quê?", de forma livre, "usando linguagem própria" (MARCONI; LAKATOS, 2010, p. 187) e esboçando opinião, característica de uma pergunta aberta.

Quanto à aplicação do mencionado questionário, esta aconteceu após o início da primeira Seção das Reuniões Ordinárias do Tribunal do Júri de novembro de 2017 e de março de 2018 e da primeira Seção da Reunião Extraordinária de fevereiro de 2018, que ocorreram no Salão do Tribunal do Júri da Comarca de Lajeado/RS. Após breve introdução formulada pelo Juiz Presidente, a pesquisadora apresentou-se e explicou, rapidamente, a pesquisa que se aplicava, especialmente acerca do sigilo das respostas e da não obrigatoriedade de participação. Então, foi entregue ao participante, de forma impressa, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE); e, para os jurados que aceitaram responder às perguntas, foi entregue o questionário. A leitura, bem como a marcação das respostas, coube ao participante. No instante em que terminou de responder às perguntas, o participante entregou à pesquisadora a folha com as respostas dobrada ao meio, a fim de evitar quaisquer eventuais constrangimentos. A duração da aplicação do questionário foi de cerca de cinco minutos.

O segundo questionário, composto por quatro perguntas, foi aplicado a uma amostra de onze condenados e/ou acusados que responderam, perante o Tribunal do Júri da já citada Comarca, a processo pela suposta prática de crime doloso contra a vida e que se encontravam recolhidos – por este ou outro fato – no Presídio Estadual de Lajeado/RS no período de fevereiro de 2018. Dentre as perguntas que compuseram o questionário, as questões 1, 2 e 4 são fechadas e, mais especificadamente, dicotômicas. Já a questão 3 é considerada mista, uma vez que foi solicitada a justificativa do participante.

Como há uma escola na casa prisional, a pesquisadora, devidamente acompanhada por um agente penitenciário, reuniu os participantes no citado ambiente e informou-os acerca da pesquisa, assim como seus objetivos, o sigilo das informações e a voluntariedade na participação. Àqueles que concordaram em responder ao questionário foi entregue o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) e os questionamentos, incumbindo-se o participante da leitura, interpretação e assinalamento das respostas. Ao terminar de responder, o participante entregou a folha dobrada ao meio, de forma a evitar quaisquer eventuais constrangimentos. A duração da aplicação do questionário, que aconteceu no mês de fevereiro de 2018, foi de em torno de dez minutos.

Por último, procedeu-se à análise dos processos submetidos a julgamento perante o Tribunal do Júri na Comarca de Lajeado/RS nos períodos de 2010 a 2011 e de 2016 a 2017[3]. A pesquisadora, ao proceder à leitura, junto ao Sistema Themis (sistema do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul), da denúncia transcrita no relatório da decisão de pronúncia, preencheu, manualmente, uma tabela, a qual continha lacunas para as seguintes informações: quantidade de processos submetidos a julgamento nesses períodos, possível motivação delitiva e solução dada no julgamento proferido pelo Conselho de Sentença. Essa pesquisa aconteceu nas dependências da 1ª Vara Criminal, no mês de janeiro de 2018.

[3] Optou-se por trabalhar com dois lapsos temporais, a fim de que se pudesse estabelecer comparativos. Além disso, escolheu-se o período de 2010 a 2011 por ser o período mais próximo à alteração do procedimento do Tribunal do Júri instituída pela Lei nº 11.689/2008 e pelo fato de o arquivo físico referente a esses anos estar completo junto à 1ª Vara Criminal da Comarca de Lajeado/RS. No tocante ao período de 2016 a 2017, este foi selecionado por ser a época mais próxima ao período de execução deste estudo.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

4.2 COLETA E EXPOSIÇÃO DE DADOS

Dos trinta e dois processos (100%) submetidos a julgamento perante a Corte Popular da Comarca de Lajeado/RS nos anos de 2010 e 2011, o Conselho de Sentença proferiu, em relação ao crime doloso contra a vida, 23 (71,88%) sentenças condenatórias, cinco (15,63%) sentenças absolutórias, três sentenças (9,38%) parciais[4] e uma (3,13%) sentença desclassificatória. Insta salientar que todos os processos versavam sobre a prática do crime de homicídio, fosse ele consumado ou tentado, simples, privilegiado ou qualificado.

Já da análise da denúncia transcrita na decisão de pronúncia, pode-se classificar os processos em sete categorias diferentes. Nove processos (28,1%) estavam relacionados a desavenças anteriores sem ter seus motivos revelados; seis processos (18,8%) tiveram como motivação delitiva relacionamento amoroso (ciúmes e/ou não aceitação do fim do relacionamento, em que a ação foi praticada contra a ex-companheira ou contra o atual parceiro desta); cinco processos (15,6%) foram originados por discussão em bar/festa após ingestão de bebida alcoólica; cinco processos (15,6%) tratavam de vingança em relação a crimes anteriores (contra o patrimônio ou contra a honra); quatro processos (12,5%) não tiveram sua motivação delitiva revelada; dois processos (6,3%) foram frutos de retaliação pelo fato de a vítima ser parte contrária

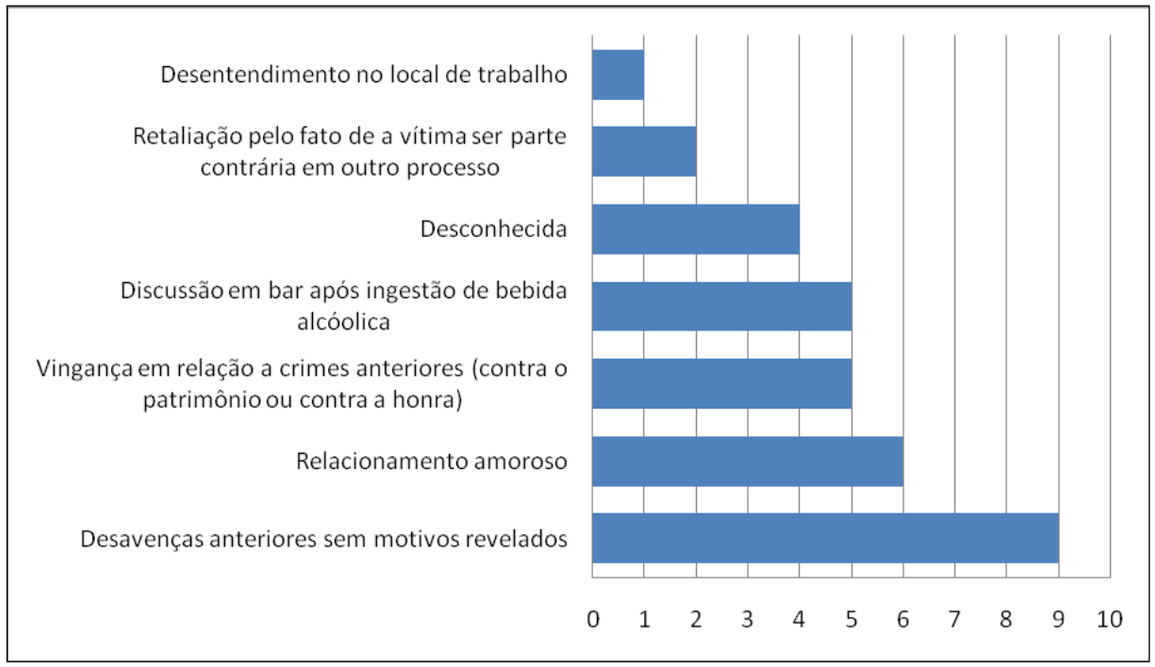


Gráfico 1 – Motivações delitivas de processos submetidos a julgamento do Tribunal do Júri da Comarca de Lajeado/RS nos anos de 2010 e 2011.
Fonte: a autora, com base na coleta de dados

[4] Diz-se sentença parcial quando, em um processo, dois ou mais réus estavam sendo acusados pela prática de crime doloso contra a vida e, como solução, um ou dois réus restou/restaram condenado(s) pelo cometimento de tal espécie delitiva e o outro/os demais, absolvido(s).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

em outro processo; e um processo (3,1%) teve como motivação delitiva desentendimento no local de trabalho.

Da análise dos 37 processos (100%) levados a julgamento pelo Tribunal do Júri da Comarca de Lajeado/RS nos anos de 2016 e 2017, todos igualmente tratavam da prática do crime de homicídio, fosse ele consumado ou tentado, simples, privilegiado ou qualificado. Foram proferidas, pelo Conselho de Sentença, 31 (83,78%) sentenças condenatórias, cinco (13,51%) sentenças absolutórias e um (2,70%) resultado foi parcial.

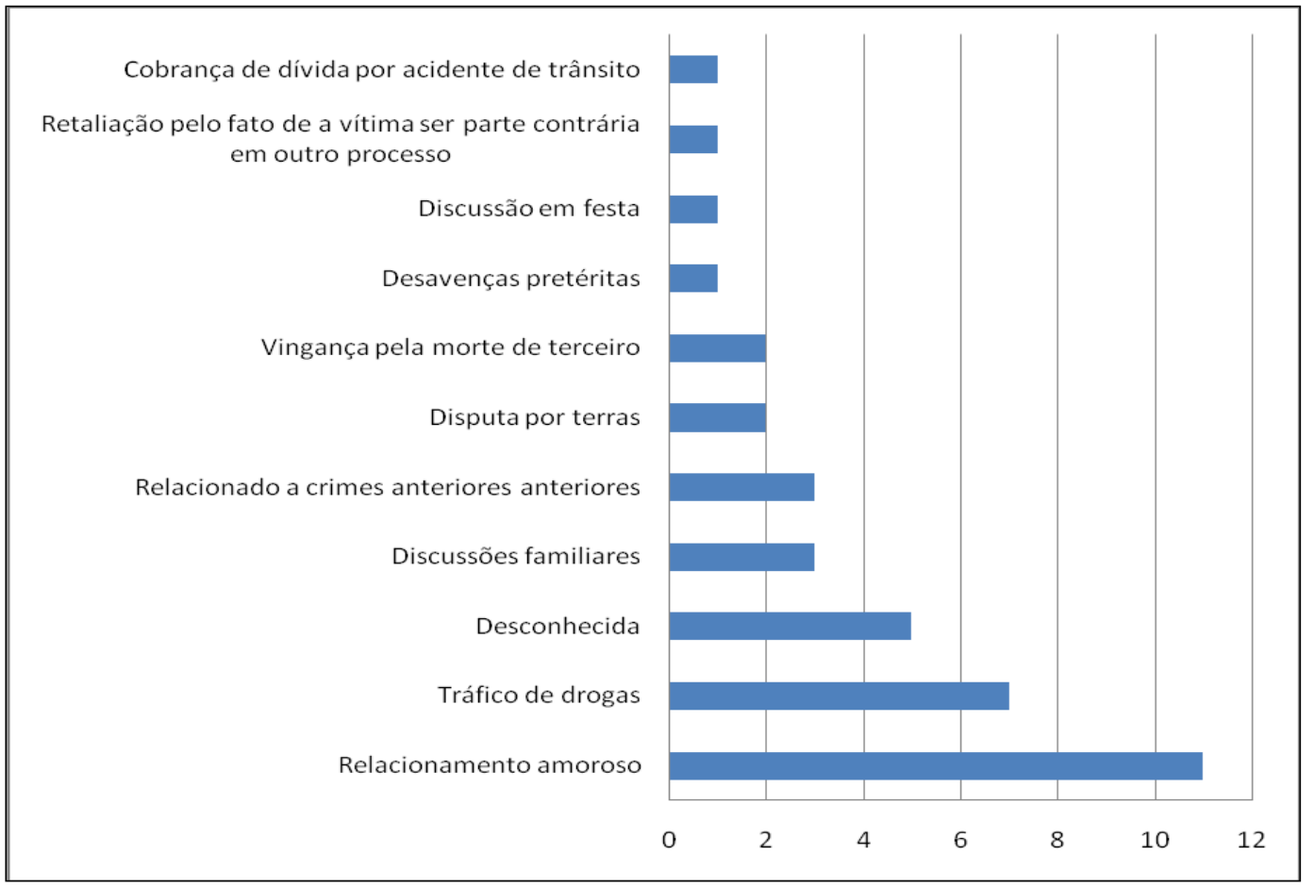


Gráfico 2 – Motivações delitivas de processos submetidos a julgamento do Tribunal do Júri da Comarca de Lajeado/RS nos anos de 2016 e 2017
Fonte: a autora, com base na coleta de dados

No que diz respeito aos motivos que levaram esses crimes a serem cometidos, pode-se classificá-los em 11 diferentes grupos, distribuídos da seguinte maneira: 11 processos (29,7%) tratavam de crimes dolosos contra a vida praticados em decorrência de relacionamento amoroso (feminicídio motivado pela não aceitação do término da convivência ou ataque perpetrado contra atual parceiro da ex-companheira, em razão de ciúmes); sete processos (18,9%) tiveram como motivação delitiva o tráfico de drogas; cinco processos (13,5%) não tiveram seus motivos revelados; três processos (8,1%) são originários de discussões familiares; três processos (8,1%) estão relacionados a crimes anteriores (contra o patrimônio ou contra a honra); dois processos (5,4%) estão ligados à disputa por terras; dois processos (5,4%) são consequências da vingança pela morte de terceiro; um processo (2,7%) foi decorrente de cobrança de dívida por acidente de trânsito; um processo (2,7%) está relacionado a desavenças pretéritas; um processo (2,7%) é reflexo de discussão em festa; e um processo (2,7%) é resultado de retaliação pelo fato de a vítima ser parte contrária em outro processo.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

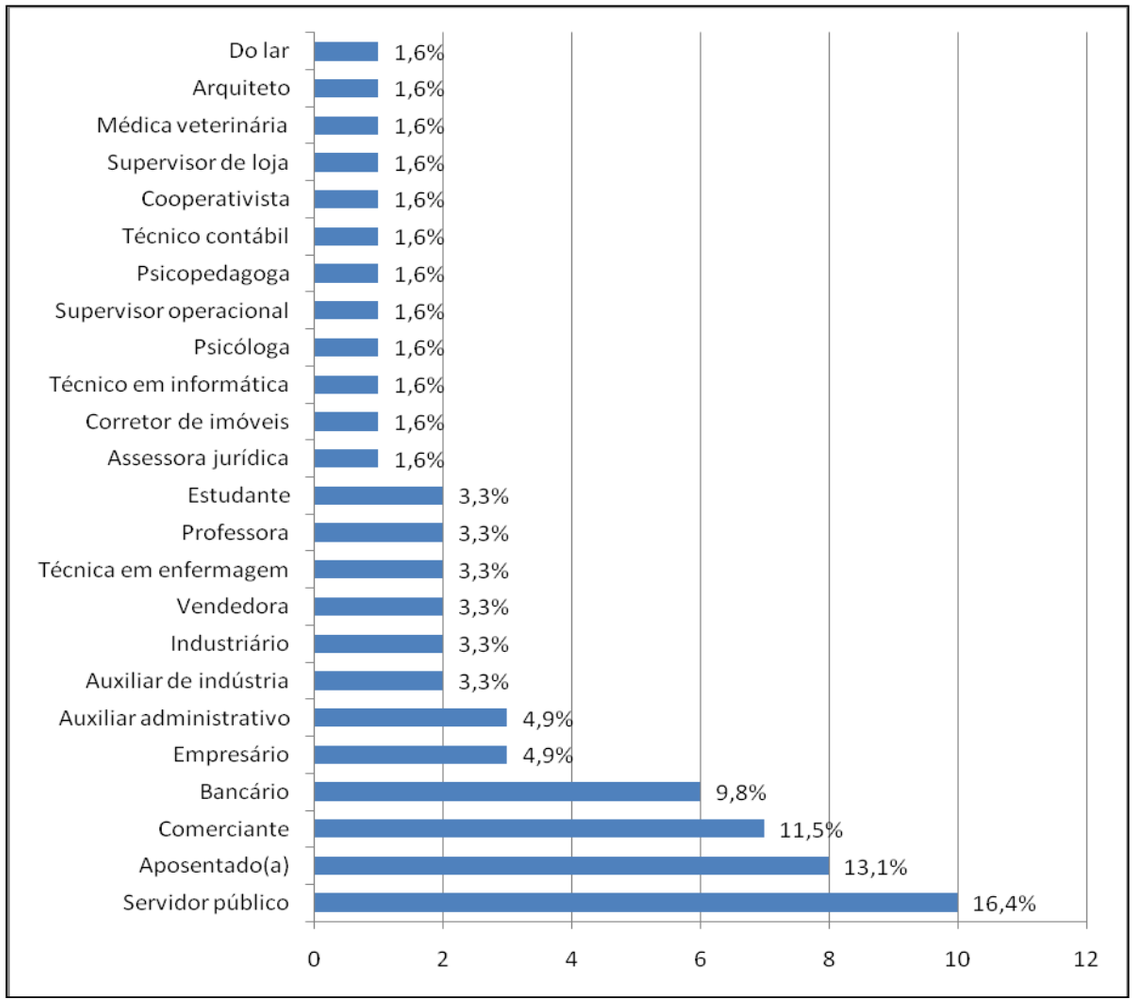


Gráfico 3 – Profissões dos jurados participantes
Fonte: a autora, com base na coleta de dados

Paralelamente, aplicou-se questionário a 65 jurados (100%) atuantes na primeira Seção das Reuniões Ordinárias do Tribunal do Júri de novembro de 2017 e de março de 2018 e na primeira Seção da Reunião Extraordinária de fevereiro de 2018[5]. Inicialmente, apurou-se que, das 24 profissões exercidas e mencionadas por 61 respondentes (100%), seis são as que mais se destacam. Dez jurados (16,4%) são servidores públicos[6], oito (13,1%) são aposentados, sete (11,5%) são comerciantes, seis (9,8%) são bancários, três (4,9%) são empresários e três (4,9%) são auxiliares administrativos, de maneira que 37 participantes (60,6%) ocupam tais cargos.

Quanto ao grau de escolaridade, verificou-se que um jurado (1,54%) tem ensino fundamental completo, três (4,62%) têm ensino médio incompleto, 15 (23,08%) concluíram o ensino médio, 11 (16,92%) têm o ensino superior incompleto, 22 (33,85%) possuem ensino superior completo e 13 (20%) têm pós-graduação.

Como terceiro questionamento[7], perguntou-se se o jurado tinha conhecimento significativo na área do Direito. Constatou-se que, dos 65 entrevistados (100%), 38 jurados (58,5%) reputam não ter significativo conhecimento na referida área e 27 jurados consideram-se possuir tal conhecimento (41,5%).

[5] Trezentos e trinta jurados compunham a lista geral de jurados da Comarca de Lajeado/RS, a qual, nesse caso, teve vigência de setembro de 2017 a agosto de 2018. Dessa forma, 65 participantes representam 19,7% dos jurados com possibilidade de atuação durante o mencionado período.

[6] Insere-se na categoria de servidor público o jurado que ocupa o cargo de auxiliar de tabelião.

[7] 3. O(A) senhor(a) tem conhecimento significativo na área do Direito? ( ) Sim ( ) Não

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Ao se indagar se o jurado se considerava apto a votar, para absolver ou condenar, a partir da análise da prova dos autos, dos debates em Plenário e de seu conhecimento[8], 60 participantes (92,3%) viam-se habilitados para tal finalidade, enquanto cinco (7,7%) disseram não se sentirem preparados a proceder à votação.

Questionou-se ainda se o jurado sabe distinguir, conceituar e exemplificar termos jurídicos como "excludentes de ilicitude", "excludentes de culpabilidade", "privilegiado" e "qualificado"[9]. Das 64 respostas obtidas (100%), 51 (79,7%) foram afirmativas e 13 (20,3%), negativas. Dos 51 participantes que dizem saber distinguir as expressões jurídicas (100%), 26 (50,98%) justificaram a sua resposta. Dentre as principais razões elencadas pelos 26 respondentes (100%), oito jurados (30,77%) informaram ser acadêmicos ou já bacharéis em Direito. Seis participantes (23,08%) afirmaram que esse conhecimento é decorrente de suas atuações em Júris. Quatro respondentes (15,38%) entendem as expressões pelo contexto em que foram apresentadas durante a Sessão Plenária. Três jurados (11,54%) têm compreensão acerca de termos jurídicos em razão de seus trabalhos. Outros três (11,54%) disseram isso saber porque realizam leituras e estudos diários. E duas justificativas (7,69%) foram apresentadas de maneira incompleta, não permitindo, assim, à pesquisadora, a compreensão de por que o jurado sabe proceder à distinção, à conceituação e à exemplificação dos termos elencados.

Na sequência, perguntou-se se o jurado melhor compreendia os termos jurídicos acima elencados a partir de explicações feitas pelo representante do Ministério Público, pela Defesa e pelo Juiz Presidente[10]. Sessenta e quatro participantes (100%) responderam à indagação, sendo que todas as respostas obtidas foram afirmativas (100%).

O sétimo questionamento[11] visava a saber se o jurado se sente à vontade em participar de sessões do Tribunal do Júri na condição de juízes da causa. Trinta e oito participantes (58,5%), dos 65 (100%), afirmaram sentirem-se confortáveis ao exercerem o múnus público. Já 27 jurados (41,5%) têm certo constrangimento em participar das Sessões Plenárias.

Dos 38 jurados que responderam afirmativamente à indagação (100%), 26 (68,42%) apresentaram justificativas para tanto. Quinze participantes (57,7%) entendem ser esse um momento no qual podem exercer a cidadania; três jurados (11,5%) nunca sofreram ou souberam de represálias; três respondentes (11,5%) veem o Tribunal do Júri como uma oportunidade de aprendizado; outros três (11,5%) sentem-se confortáveis por confiarem nas partes envolvidas na Sessão Plenária e por serem cautelosos no momento da votação; e dois jurados (7,7%) consideram-se capazes de proferir um julgamento justo.

Já dos 27 participantes que responderam negativamente à pergunta (100%), apenas 11 (40,7%) justificaram suas respostas. Quatro respondentes (36,4%) não se sentem à vontade de atuar como jurado porque tal função afeta a vida profissional; três participantes (27,3%) têm receio, seja pela presença do réu ou por estarem envolvidas pessoas do seu círculo de convivência; um (9,1%) sente-se tenso; um (9,1%) afirma que não tem garantia ou proteção ao seu

[8] 4. O(A) senhor(a) considera-se apto a votar, para absolver ou condenar, a partir da análise da prova dos autos, dos debates em Plenário e de seu conhecimento? ( ) Sim ( ) Não

[9] Ao mencionar termos jurídicos como "excludentes de ilicitude", "excludentes de culpabilidade", privilegiado", "qualificado", o(a) senhor(a) sabe distingui-los, conceituá-los e exemplificá-los? ( ) Sim ( ) Não – Por quê?

[10] 6. A partir de explicações feitas pelo representante do Ministério Público, pela Defesa ou pelo Juiz Presidente sobre os termos jurídicos acima citados, o(a) senhor(a) consegue melhor compreendê-los? ( ) Sim ( ) Não

[11] 7. O(A) senhor(a) sente-se à vontade em participar de sessões do Tribunal do Júri na condição de jurado? ( ) Sim ( ) Não – Por quê?

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

favor; um (9,1%) diz que "*algumas vezes não considero justo o resultado*"; e um participante (9,1%) reputa não estar "*totalmente qualificado*", receando "*cometer algum erro de julgamento*"[12].

Como oitava pergunta[13], quis-se averiguar quais são os três principais fatores que o jurado mais considera na hora de votar. Dentre dez possíveis motivações [provas produzidas durante o processo e em Plenário; desempenho do Ministério Público; desempenho da Defesa; atuação do Juiz Presidente em Plenário; antecedentes criminais; aparência (física e pessoal) do acusado; comportamento do acusado durante a Sessão Plenária; gravidade do fato; repercussão do crime (meios de comunicação); e presença de familiares (do acusado e/ou da vítima)], o participante, a partir desse questionamento de múltipla escolha, elegeu os três aspectos que mais sopesa ao votar.

A partir das respostas de 59 (100%) participantes, obteve-se que 51 (86,4%) consideram as provas produzidas durante o processo e em Plenário; 48 (81,4%) ponderam a gravidade do fato; 34 (57,6%) analisam os antecedentes criminais; 16 (27,1%) observam o desempenho do Ministério Público; 11 (18,6%) consideram relevante a atuação do Juiz Presidente em Plenário; nove (15,3%) sopesam o desempenho da Defesa; três (5,1%) examinam a aparência (física e pessoal) do acusado; três (5,1%) observam o comportamento do acusado durante a Sessão Plenária; e três (5,1%) analisam a repercussão do crime nos meios de comunicação.

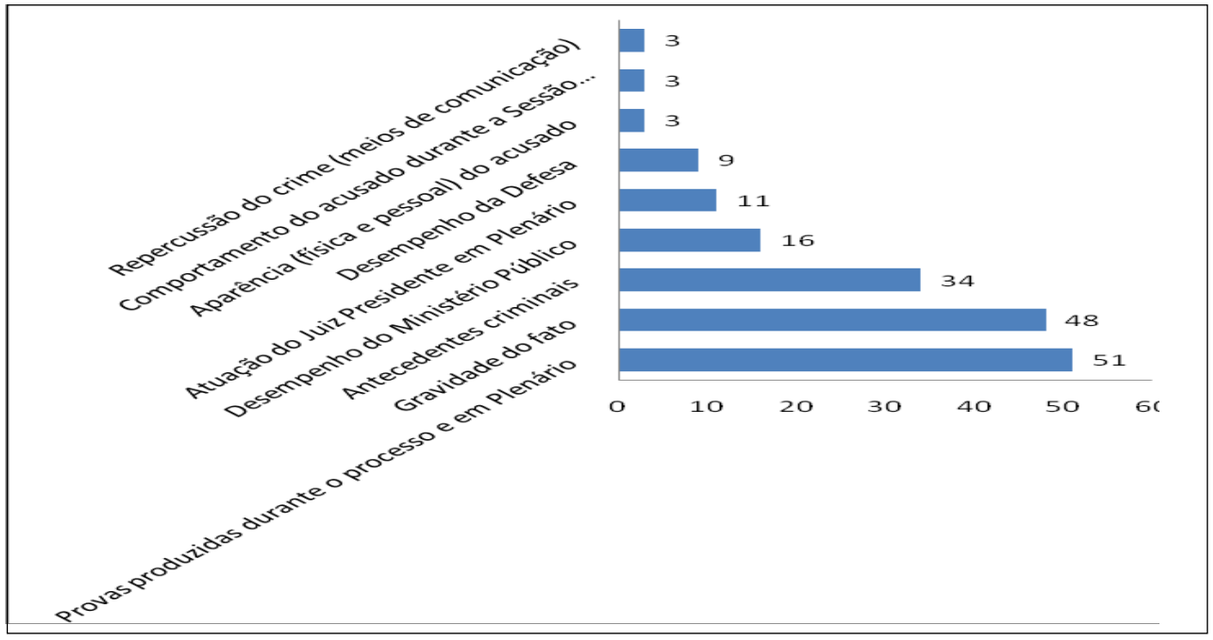


Gráfico 5 – Aspectos que jurados participantes consideram na hora de proceder à votação
Fonte: a autora, com base na coleta de dados

Adiante, perguntou-se se o jurado entende ser benéfico ao acusado a possibilidade de ele poder escolher, entre o juiz ou os jurados, a autoridade para julgá-lo[14]. Das 60 respostas obtidas (100%), 32 (53,3%) foram no sentido de ver essa faculdade de escolha como algo positivo. Já 28 jurados (46,7%) responderam negativamente a essa indagação.

[12] Trechos das respostas dos participantes são apresentadas em letra itálica, assim possibilitando a diferenciação entre as citações doutrinárias.

[13] 8. Marque os três principais aspectos que o(a) senhor(a) mais considera na hora de votar: ( ) Provas produzidas durante o processo e em Plenário; ( ) Desempenho do Ministério Público; ( ) Desempenho da Defesa; ( ) Atuação do Juiz Presidente em Plenário; ( ) Antecedentes criminais; ( ) Aparência (física e pessoal) do acusado; ( ) Comportamento do acusado durante a Sessão Plenária; ( ) Gravidade do fato; ( ) Repercussão do crime (meios de comunicação); ( ) Presença de familiares (do acusado e/ou da vítima).

[14] 9. O(a) senhor(a) entende ser benéfico ao acusado a possibilidade de ele poder escolher, entre o juiz ou os jurados, a autoridade para julgá-lo? ( ) Sim ( ) Não

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

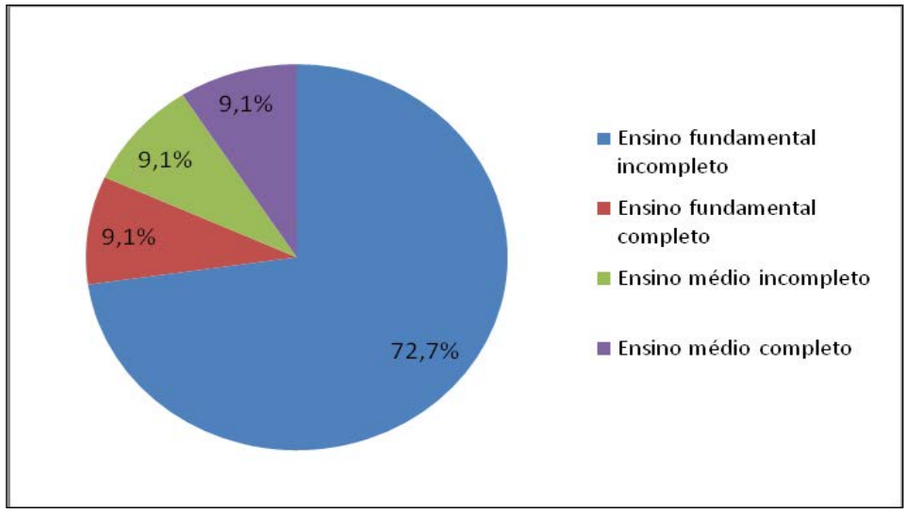


Gráfico 6 – Grau de escolaridade dos acusados e/ou condenados participantes
Fonte: a autora, com base na coleta de dados

Por fim, questionou-se se o participante considera que essa faculdade de escolha seria benéfica aos jurados[15]. Trinta e quatro (56,7%) participantes, dos 60 (100%), entendem que isso seria, de fato, benéfico para eles. Os outros 26 entrevistados (43,3%) divergem na resposta, compreendendo que essa possibilidade de escolha não afetaria o jurado.

Já quanto à aplicação do questionário aos 11 condenados e/ou acusados (100%) que responderam perante o Tribunal do Júri da Comarca de Lajeado/RS e que se encontravam recolhidos – por este ou outro fato – no Presídio Estadual de Lajeado/RS no mês de fevereiro de 2018, averiguou-se que oito (72,7%) têm ensino fundamental incompleto, um (9,1%) possui ensino fundamental completo, um (9,1%) tem ensino médio incompleto e um (9,1%) completou o ensino médio.

Quanto à ocupação profissional, dos 11 participantes (100%), três (27,3%) afirmam não possuir profissão definida, dois (18,2%) são auxiliares de serviços gerais, um (9,1%) é mecânico, um (9,1%) é borracheiro, um (9,1%) é motorista de caminhão, um (9,1%) é autônomo, um (9,1%) é jardineiro e um (9,1%) é pedreiro.

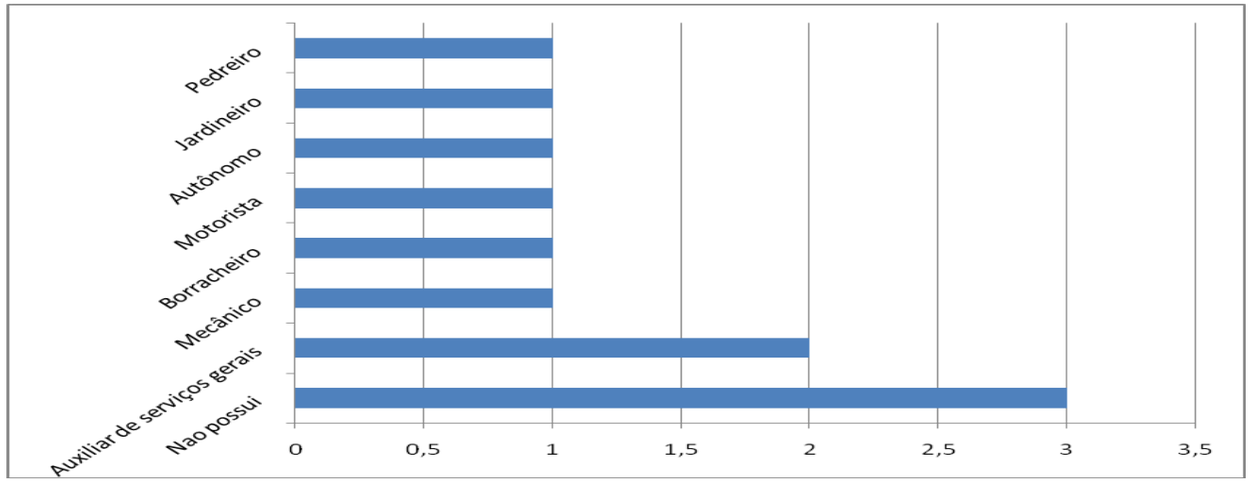


Gráfico 7 – Profissões dos acusados e/ou condenados participantes
Fonte: a autora, com base na coleta de dados

Como primeiro questionamento[16], quis-se saber se o acusado foi absolvido ou condenado pelo Tribunal do Júri. Dos 11 respondentes (100%), oito (72,7%) foram condenados e três (27,3%), absolvidos.

[15] 10. O(a) senhor(a) considera que essa faculdade de escolha seria benéfica aos jurados? ( ) Sim ( ) Não

[16] 1. O(A) senhor(a) foi absolvido ou condenado pelo Tribunal do Júri? ( ) Absolvido ( ) Condenado

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Questionou-se, em seguida, se o acusado entendia que o julgamento proferido pelos jurados foi justo/acertado[17]. Foram obtidas 11 respostas (100%), das quais seis (54,5%) foram afirmativas e cinco (45,5%), negativas.

A terceira pergunta[18] visava a saber qual autoridade o participante escolheria para julgá-lo em se tratando de crime doloso contra a vida. Seis respondentes (54,5%) escolheriam ser julgados pelos jurados e cinco (45,5%), pelo juiz. As razões apresentadas pelos cinco participantes que optariam ser julgados por um juiz togado são as seguintes[19]: "*Porque o juiz já tem experiência em julgar crimes*"; "*Juiz porque me absolve*"; "*Por ter fatos concretos*" e "*Porque ele entende do meu caso*". Os seis condenados e/ou acusados que escolheriam os jurados para serem seus julgadores apresentaram as justificativas a seguir: "*Porque quando se faz algo contra a vida de alguém afeta não só a justiça, mas também a sociedade em si*"; "*Não conhecer*"; "*Porque tem mais pessoal analisando o caso*"; "*Em júri geralmente quem julga são os jurados, não o juiz*"; "*Porque é mais fácil de ser absolvido*" e "*Porque são pessoas da sociedade igual a mim no dia a dia*".

Adiante, perguntou-se se o participante considera ser benéfico ter a possibilidade de escolher entre o juiz ou os jurados para julgá-lo[20]. Das 11 respostas obtidas nesse questionamento (100%), nove (81,8%) foram no sentido de considerar positiva essa faculdade de escolha. Outros dois respondentes (18,2%) não consideram isso benéfico.

Finalmente, interessante consignar que, após a aplicação dos questionários, um condenado e/ou acusado que foi julgado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Lajeado/RS conversou com a pesquisadora, revelando e, inclusive, registrando no formulário que "*o problema do júri é o promotor porque ele faz um teatro para te condenar através de mentiras. Muitos não falam por medo da reclusão*". Outros dois participantes, posteriormente, igualmente manifestaram-se acerca do tema ora pesquisado, expondo, oralmente[21]: "*O réu não tem defesa na mão dele*"; "*Não acatam a defesa*"; "*O promotor desmentiu a perícia. Não precisaríamos de perícia e de testemunha*"; "É ele [promotor] *que manda no júri. Não é nem o juiz nem os jurados*".

4.3 A VERIFICAÇÃO DA (DES)CONFIGURAÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO ACUSADO JULGADO PERANTE A CORTE POPULAR

Expostos, na seção anterior, os dados coletados a partir do estudo de caso, que compreendeu a aplicação de questionários a jurados e a condenados e/ou acusados julgados perante o Tribunal do Júri e a análise de processos, todos da Comarca de Lajeado/RS, necessário confrontá-los, a fim de que se atinja o objetivo central do presente estudo, qual seja, averiguar se, na Comarca em estudo, há desconfiguração do Tribunal do Júri enquanto direito e garantia fundamentais e, em sendo positiva a resposta, verificar quais são os fatores que o afastam dessa condição.

[17] 2. O(A) senhor(a) entende que o julgamento proferido pelos jurados foi justo/acertado? ( ) Sim ( ) Não

[18] 3. Em se tratando de crime doloso contra a vida, se o(a) senhor(a) pudesse escolher a autoridade para julgá-lo:

( ) Escolheria ser julgado pelo juiz ( ) Escolheria ser julgado pelos jurados – Por quê?

[19] As citações de respostas dos onze participantes serão reproduzidas em letra itálica, a fim de que se possa diferenciá-las das citações doutrinárias.

[20] 4. O(a) senhor(a) considera ser benéfico ter a possibilidade de escolher entre o juiz ou os jurados para julgá-lo? ( ) Sim ( ) Não

[21] Anota-se que se tratou de uma conversa informal provocada pelos participantes, que permitiram a utilização de suas falas na presente pesquisa.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Conforme abordado na seção 3.2, o Tribunal do Júri tem competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida – homicídio, induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, infanticídio e aborto. Ocorre que, da análise dos 69 processos levados a julgamento da Corte Popular da Comarca de Lajeado/RS nos anos de 2010, 2011, 2016 e 2017, todos versavam sobre a prática do delito tipificado pelo artigo 121 do Código Penal, na sua modalidade tentada ou consumada, simples, privilegiada ou qualificada. Dessa maneira, verifica-se a não ocorrência, na Comarca em análise, dos crimes de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, infanticídio e aborto.

Observa-se também o elevado número de condenações proferidas pelo Conselho de Sentença. No período de 2010 a 2011, foram 23 sentenças condenatórias, o que representa 71,88% dos processos submetidos a julgamento da Corte Popular. Já no biênio de 2016 e 2017, 31 sentenças foram condenatórias, atingindo 83,78% dos processos levados para julgamento da instituição. Dessa forma, pode-se concluir que houve um aumento de 16,55% de éditos condenatórios. Essa realidade é confirmada no instante em que, dos 11 acusados perante o Tribunal do Júri da Comarca de Lajeado/RS que participaram desta pesquisa, oito (72,7%) foram condenados pelo Conselho de Sentença.

Já da análise das motivações delitivas, infere-se que houve a inserção das disputas e das desavenças provocadas pelo tráfico de drogas como motivo para cometimento dos crimes de homicídio. Além disso, houve aumento de 57,98% em homicídios praticados em razão de relacionamentos amorosos, a demonstrar, especialmente com a introdução do feminicídio, outra característica da sociedade (não só brasileira, tampouco atual), que é a verticalidade das relações, nas quais restam evidentes o poder de um e a submissão de outro. Em contrapartida, percebe-se diminuição de 82,7% de homicídios cometidos por discussões em bar após ingestão de bebida alcoólica ou em festas.

Com base nos resultados atingidos a partir da aplicação de questionários a 65 jurados atuantes na Comarca de Lajeado/RS (100%), observa-se que 46 participantes (70,77%) tiveram a oportunidade, pelo menos, de acessar uma instituição de ensino superior, diversamente do que se verifica com os 11 acusados e/ou condenados pela Corte Popular da referida Comarca, em que apenas um (9,1%) concluiu o ensino médio – grau de escolaridade máximo constatado entre o grupo dos acusados. Como reflexo disso, tem-se que, das oito profissões ocupadas pelos acusados entrevistados, todas exigem maior habilidade manual do que estudo formal, ao passo que 12 ocupações profissionais dos jurados participantes (50%), das 24 por eles elencadas (100%), demandam, necessariamente, conhecimento técnico específico.

A realidade de vida do jurado, além de ser distante daquela do acusado, retrata uma zona onde geralmente não acontecem crimes dolosos contra a vida, especialmente pelas oportunidades profissionais, educacionais e de convivência que lhe são proporcionadas. À medida que o réu se aproxima, cada vez mais, de um ambiente que não é seu naturalmente, os jurados, no dia a dia, sentem mais medo, pois projetam possíveis consequências de qualquer atitude que venham a tomar.

Esse quadro vem a confirmar que o julgamento de acusado pela prática de crime doloso contra a vida não é proferido pelos seus pares, idêntica conclusão alcançada por Rangel (2009, p. 44):

> No júri há a afirmativa de que os iguais julgam os iguais: o réu é julgado pelos seus pares. Contudo, basta verificar a formação do Conselho de Sentença para se saber que tal afirmativa não é verdadeira: em regra, funcionários públicos e profissionais liberais. E os réus? Pobres. Normalmente, traficantes de drogas [...]. O que, por si só, faz com que o júri faleça de legitimidade.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Prudente ainda tecer observações sobre o conhecimento (ou não) significativo dos jurados na área do Direito. Referiu-se na exposição de dados coletados (seção 4.2) que, dos 65 participantes (100%), 38 jurados (58,5%) afirmam não ter conhecimento expressivo na citada área, enquanto 27 (41,5%) alegam possuir tal conhecimento. Paralelamente, necessário associar esses dados àqueles coletados com o quinto questionamento (que indagava sobre a habilidade de distinguir, conceituar e exemplificar termos jurídicos). Foram obtidas 64 respostas (100%), das quais 13 (20,3%) foram no sentido de não ter conhecimento para essas finalidades e 51 (79,7%) informaram saber isso fazer. Destes últimos, apenas oito jurados (30,77%) são acadêmicos ou já bacharéis em Direito.

A informação de que 38 jurados consideram não possuir conhecimento significativo na área do Direito somada ao fato de 51 participantes reputarem ter condições de distinguir, conceituar e exemplificar termos jurídicos acaba por desestabilizar a resposta da quinta questão a eles formulada, de modo que paira dúvida acerca do que os jurados realmente sabem e acerca da necessidade (ou não) dos esclarecimentos realizados pelas partes durante o Plenário, o que se passa a verificar.

Atenta-se à essencialidade, de fato, das explicações feitas pelo representante do Ministério Público, pela Defesa e pelo Juiz Presidente sobre termos jurídicos para uma melhor compreensão destes. Isso porque os 64 participantes que responderam ao sexto questionamento foram unânimes em afirmar que, a partir das explicações realizadas pelas partes, fica facilitada a compreensão das expressões utilizadas em Sessão Plenária.

Adiante, a pesquisa revelou que os três principais aspectos que os jurados mais consideram na hora de votar são as provas produzidas durante o processo e em Plenário, a gravidade do fato e os antecedentes criminais do acusado que se encontra em julgamento. Destes, constata-se que os dois últimos são fatores extrínsecos ao processo, isto é, não influenciam – ou pelo menos não deveriam influenciar – na decisão de condenação ou de absolvição, eis que o juiz togado, por exemplo, ao proferir decisões definitivas em processos que não de competência do Tribunal do Júri, analisará essas circunstâncias tão somente quando da fixação da pena se condenatória a sentença.

Outro ponto interessante de se examinar a partir dessa pergunta é o de que os jurados observam a atuação das partes, na seguinte ordem, para proferir seus votos: desempenho do representante do Ministério Público, atuação do Juiz Presidente em Plenário e desempenho da Defesa. Com isso, depreende-se que as partes não estão em pé de igualdade, afetando, assim, o princípio da isonomia. Isso acontece principalmente porque o Promotor de Justiça sempre menciona, durante os debates em Plenário, os antecedentes criminais do acusado que se encontra em julgamento pela Corte Popular, o que fomenta a cultura do medo.

Averigua-se, também, que os jurados sopesam – mais do que a performance da Defesa – as intervenções realizadas pelo Juiz Presidente durante a Sessão Plenária, autoridade esta que, com exceção do ato de redigir a sentença em consonância com a decisão do Conselho de Sentença, tem função exclusiva de administrar os trabalhos, além de ser imparcial no julgamento. Essas constatações são confirmadas pelas seguintes falas de dois dos acusados que responderam à pesquisa: "*O réu não tem defesa na mão dele*" e "*Não acatam a defesa*".

Ademais disso, o fato de nenhum participante assinalar alternativa "presença de familiares (do acusado e/ou da vítima)" como relevante na hora de proceder à votação revela que esse é um aspecto que não exerce qualquer espécie de influência sobre os jurados.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Prosseguindo, a pesquisa mostrou que, de 60 jurados que responderam à pergunta 09, trinta e dois (53,3%) entendem ser benéfico ao acusado a possibilidade de ele poder escolher, entre o juiz ou os jurados, a autoridade para julgá-lo, enquanto 28 (46,7%) têm entendimento diverso, apontando diferença. Já a análise do resultado da terceira pergunta apresentada aos 11 acusados e/ou condenados evidenciou que nove (81,8%) – contra dois (18,2%) – compreendem que essa possibilidade de escolha seria benéfica para si. Assim, a introdução da citada faculdade de escolha no processo penal mostra-se interessante. Inclusive, o Tribunal do Júri português segue modelo exatamente nesse sentido. Streck (2001, p. 81) destaca que, em Portugal, a Corte Popular, com exceção dos crimes de terrorismo, tem competência "para julgar os crimes mais graves". Assinala ainda que "o Júri intervirá somente quando a acusação ou a defesa assim o requeiram" (p. 82). Entretanto, "uma vez requerida a intervenção, ela será irretratável" (RANGEL, 2009, p. 56).

Finalizando, relevante atentar à informação de que seis (54,5%) acusados e/ou condenados entrevistados, dos 11 (100%), entendem que o julgamento proferido pelos jurados foi justo, ao passo que cinco (45,5%) consideram o oposto, ou seja, que a decisão do Conselho de Sentença não foi acertada. Esses dados permitem a conclusão de que os réus submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri da Comarca em estudo compreendem a situação que experimentaram ou estão experimentando, inclusive de que esta é passível de punição.

A partir dos aspectos extraídos dos estudos de casos, conclui-se que, na Comarca de Lajeado/RS, há desconfiguração do Tribunal do Júri enquanto garantia fundamental, com esta não se concretizando de maneira efetiva em decorrência da mudança das circunstâncias em que acontecem os crimes dolosos contra a vida, principalmente no tocante aos crimes organizados, e das características da sociedade brasileira atual, aspectos esses que serão adequadamente abordados e esmiuçados no tópico a seguir.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Tribunal do Júri foi inserido no Brasil no ano de 1822, época em que tinha competência exclusiva para julgamento dos crimes de imprensa. Após perpassar por nove importantes alterações legislativas, essa instituição democrática finalmente assumiu, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, caráter de direito e garantia fundamental, estando previsto no artigo 5º, inciso XXXVIII, da Carta Política e regido pelos princípios do sigilo das votações e da soberania dos veredictos.

Acontece que o presente estudo, que engloba revisão bibliográfica e dados extraídos a partir de estudo de caso, permitiu a conclusão de que há, de fato, na Comarca de Lajeado/RS, a desconfiguração do Tribunal do Júri enquanto garantia fundamental e, com base no problema oferecido para essa pesquisa, confirmou a hipótese inicialmente levantada para tal questionamento, pelas razões que se passa a declinar.

A mudança das circunstâncias em que foram cometidos os crimes tipificados pelos artigos 121 a 127 do Código Penal restou visível a partir da análise dos processos levados a julgamento da Corte Popular da Comarca de Lajeado/RS nos anos de 2010 e 2011 e de 2016 e 2017. Isso porque, conforme analisado nas seções 4.2 e 4.3, houve a inserção, como motivação delitiva dos homicídios, das disputas e das desavenças provocadas pelo tráfico de drogas, crime esse que está articulado com outras condutas ilícitas. Essa conclusão é corroborada pelo exposto na seção 2.1, no sentido de que surgiu, na atualidade, a figura das facções criminosas.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

No que toca à sociedade brasileira atual, observou-se, com este estudo, que as suas principais características são o medo e o capitalismo, com este influenciando fortemente a desigualdade na distribuição de renda no país, em que, como apontado na seção 2.1, no ano de 2017, os seis maiores bilionários brasileiros possuíam, juntos, riqueza equivalente à metade mais pobre da população (ONG OXFAM, 2017). Como reflexo da significativa desigualdade na distribuição de renda, verifica-se que as oportunidades – especialmente as referentes ao direito à educação, que também é um direito fundamental – são proporcionadas de maneira diversa aos brasileiros. A partir da dificuldade dos pobres em estudar e em terem condições dignas de subsistência, tem-se a criação de um quadro de geração e de mantença da violência que se manifesta através da criminalidade, conforme aponta Baratta (2013).

Essas condições afastam os pares, que acabam vivendo realidades diferentes. Foi exatamente isso que restou evidente a partir dos dados coletados com a aplicação dos questionários a jurados atuantes na Comarca de Lajeado/RS nos meses de novembro de 2017 e de fevereiro e março de 2018 e a acusados e/ou condenados que se encontravam recolhidos no Presídio Estadual de Lajeado/RS no mês de fevereiro de 2018. Conforme apontado na seção 4.3, 70,77% dos jurados participantes tiveram a oportunidade de acessar pelo menos uma instituição de ensino superior, realidade diversa daquela experimentada pelos 11 acusados e/ou condenados pela Corte Popular da referida Comarca, em que apenas um (9,1%) concluiu o ensino médio. Como consequência disso, das oito profissões ocupadas pelos acusados entrevistados, todas exigem maior habilidade manual do que estudo formal, enquanto 12 ocupações profissionais dos jurados participantes (50%), das 24 por eles elencadas (100%), demandam, necessariamente, conhecimento técnico específico. Essa situação, por si só, afasta a intenção constitucional de que os acusados pela prática de crimes dolosos contra a vida sejam julgados por seus pares.

Outrossim, o direito fundamental em questão não é concretizado de forma efetiva, na medida em que é significativo o número de condenações proferidas pelo Conselho de Sentença da Comarca de Lajeado/RS, em especial se observados os três principais motivos que o jurado mais considera na hora de votar, quais sejam, as provas produzidas durante o processo e em Plenário, a gravidade do fato e os antecedentes criminais do suposto autor do crime doloso contra a vida e de eventuais crimes conexos. Isso porque os dois últimos são fatores não relacionados diretamente ao processo, razão pela qual não devem (ou não deveriam) exercer qualquer influência sobre o édito absolutório ou condenatório, sendo apenas sopesados se proferida sentença condenatória.

Ao lado disso, têm-se as dúvidas remanescentes a partir do confronto entre as terceira[22] e quinta[23] perguntas formuladas aos jurados participantes da pesquisa, ao que se somam ainda as falas dos acusados e/ou condenados que se encontravam recolhidos ao Presídio Estadual de Lajeado/RS à época da coleta de dados, no sentindo de o Conselho de Sentença dificilmente acolher a tese defensiva. Ao encontro dessa última constatação, a pesquisa revelou que os jurados sopesam mais o desempenho do representante do Ministério Público e as intervenções realizadas pelo Juiz Presidente durante a Sessão Plenária do que a performance da Defesa. Essa diferenciação no tratamento das autoridades atuantes é perceptível já na disposição dos mobiliários em Plenário, em que o órgão acusatório e o Juiz Presidente estão dispostos mais próximos ao Conselho de Sentença.

[22] O(A) senhor(a) tem conhecimento significativo na área do Direito?

[23] Ao mencionar termos jurídicos como "excludentes de ilicitude", "excludentes de culpabilidade", "privilegiado", "qualificado", o(a) senhor(a) sabe distingui-los, conceituá-los e exemplificá-los?

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Frente a essa realidade, em que pese não seja o objetivo central do presente estudo, já que constatada, na Comarca de Lajeado/RS, a desconfiguração da Corte Popular como garantia fundamental, situação essa que, a partir do revelado especialmente pelos meios de comunicação, provavelmente se estenda ao âmbito nacional, sugere-se, como primeira ideia a ser refletida em estudos futuros, a adequação do modelo de Tribunal do Júri português à realidade brasileira – o que pressuporia, por lógica, uma revisão constitucional –, com consequente introdução na legislação vigente no país da possibilidade de o acusado pelo cometimento de crime doloso contra a vida optar, entre o juiz e os jurados, pela autoridade para julgá-lo. Essa faculdade de escolha, que, consoante respostas dos jurados e dos acusados e/ou condenados participantes, é compreendida como benéfica, permitiria efetiva concretização do direito (e não do dever, como hodiernamente acaba sendo encarado, eis que a submissão de acusado pela prática de crime doloso contra a vida é medida impositiva, indo de encontro ao texto constitucional, que prevê a instituição do Júri como uma espécie de proteção) fundamental de ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal*: esquematizado. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. *Vidas desperdiçadas*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 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: 12 out. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). *Súmula nº 122*. Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas_trf4>. Acesso em: 04 abr. 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONFIM, Edilson Mougenot; PARRA NETO, Domingos. *O novo procedimento do júri*: comentários à Lei n. 11.689/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal* – parte geral: arts. 1º a 120. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPRA, Fritjof; CABRAL, Álvaro. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 1982.

CHEMIN, Beatris F. *Manual da Univates para trabalhos acadêmicos*: planejamento, elaboração e apresentação. 3. ed. Lajeado: Univates, 2015.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 15. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

IBGE. *Estimativas da população residente no Brasil e Unidades da Federação com data de referência em 1º de julho de 2017*. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2017/estimativa_dou_2017.pdf>. Acesso em: 14 out. 2017.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUZ, Delmar Pacheco da. *Júri*: um tribunal democrático. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2001.

MARQUES, José Frederico; PORTO, Hermínio Alberto Marques; CANOSA NETO, José Gonçalves. *A instituição do júri*. Campinas: Bookseller, 1997.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASSIF, Aramis. *O novo júri brasileiro*: conforme a Lei 11.689/08 – atualizado com as Leis 11.690/08 e 11.719/08. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Marcus Vinicius Amorim de. *Tribunal do júri popular na ordem jurídica constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ONG OXFAM. *A distância que nos une, um retrato das desigualdades brasileiras.* 25 set. 2017. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/Relatorio_A_distancia_que_nos_une.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2017.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

ONU. *O que são os direitos humanos?* Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>. Acesso em: 16 maio 2018.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri*: procedimento e aspectos do julgamento, questionários. 5. ed. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri*: visão lingüística, histórica, social e jurídica. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSA, Tânia Batista; CARVALHO, Maria Cristina Neiva de. O comportamento do criminoso: aspectos jurídicos, sociais e psicológicos do crime de homicídio. *In*: _____; MIRANDA, Vera Regina (org.). *Psicologia jurídica*: temas de aplicação. Curitiba: Juruá, 2011. p. 159-178.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. *In*: _____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SERAFIM, Antonio de Pádua. Aspectos etiológicos do comportamento criminoso: parâmetros biológicos, psicológicos e sociais. *In*: _____; BARROS, Edgard Luiz de (org.). *Temas em psiquiatria forense e psicologia jurídica*. São Paulo: Vetor, 2003. p. 49-64.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA JUNIOR, Gaspar Pereira da. Facção criminosa. *In*: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coords.). *Crime organizado*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 127-156.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri*: símbolos e rituais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

FIRMEZA NA VERDADE E PERDÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

FIRMNESS FOR TRUTH AND THE FORGIVENESS IN BRAZILIAN'S CRIMINAL LAW

Thaís Pinhata de Souza

Doutoranda e mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogada.

thapides@gmail.com

Recebido em: 19.12.2018
Aprovado em: 28.05.2019
Última versão do(a) autor(a): 10.06.2019

Resumo: Partindo da teoria da firmeza na verdade, destrincharemos sua materialização na vida real pela prática da não violência, da manifestação do amor e do exercício da verdade, de forma a analisar os mecanismos de perdão (*clementia principis*) presentes no Direito Penal brasileiro, que se convencionou estudar como direitos de graça, de forma a justificar sua permanência e estimular sua maior utilização em nosso Ordenamento.

Palavras-chave: Firmeza na verdade. Direito penal. Direito de graça.

Abstract: Starting from the theory of firmness in truth, considering its materialization in real life by the practice of non-violence, manifestation of love and the pursuit of truth, in order to analyze the mechanisms of forgiveness (*clementia principis*) present in the Brazilian Criminal Law which is conventionally study under the name "direito de graça", in order to justify their stay and encourage their greater use in our system.

Keywords: Firmness in Truth, Criminal Law, Forgiveness in Law

Sumário: 1. Introdução: 1.1. Imagens e Signos: possibilidades de uma iconografia Jurídica1.2. A questão da religião: Obstáculo ao estudo? 2. De Gandhi, o homem para Gandhi, o mahatma. 3. Deus tem muitos nomes: Traçando a firmeza na verdade. 4. Aplicação da Satyagaha no Direito: 4.1. O Perdão no Direito Penal Brasileiro: Uma leitura pela firmeza na verdade. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

[O único dever que há é de cumprir a missão e não de questionar o resultado da ação. Não se considere alvo de seus próprios atos e não se dedique à inação.] *Bhagavad-Gita*, Capítulo 2, Versículo 47.

1. INTRODUÇÃO

Gandhi era por si só uma imagem de/da Justiça, mas, olhando para fora de si, tratou de transcendê-la, descrevendo-a e, sobretudo, buscando-a em cada uma de suas ações. Essa imagem de justiça, tão plástica e tão estética a ponto de poder se manifestar como imagens de um Deus que para ele teve na infância mil nomes[1] e, na velhice, tantos quantos

[1] A *Mahabharata*, considerada uma das mais antigas dentre as escrituras sagradas da Índia revela em seu texto os mil nomes de Deus (*Viṣṇusahasranāma*), que evocam suas mais variadas formas e qualidades. Trataremos de alguns deles ao longo do trabalho de forma mais

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

fossem suas criaturas, é o que dá sentido a esse estudo. Ele, que andou sobre o fio de *ahimsa*, como poucos foram capazes, nos dará uma nova representação de Justiça, passível de transformar aquela que já trazemos em nossa tradição, possibilitando, com sorte, novas leituras de velhos institutos, e novas justificativas a velhas normatizações. Essa nova ideia, a qual se denominou *Satyagraha,* ou firmeza na verdade, está galgada na não violência.

A firmeza na verdade é antiga. Gandhi certa vez disse se tratar de uma sabedoria tão antiga quanto as montanhas; entretanto, sua explicitação como teoria, e principalmente como prática de vida, só ganhou concretude nas ações e palavras do *mahatma*, alegoria, em sânscrito, para alma iluminada[2]; e por isso mesmo só é possível de ser pensada a partir dele. A não violência, nesse mesmo contexto, é a aplicação desses valores de firmeza na vida real, a manifestação do amor e da verdade no cotidiano. Buscaremos assim rever algumas passagens de sua vida, da criação de sua imagem, de forma a apresentá-la e, posteriormente, aplicá-la para pensar o perdão no ordenamento nacional. Retomar a figura de Gandhi não é algo que se faz sem justificativa. A academia tem a missão de ressuscitar profanamente, em termos de mudança e (re)apropriação, os mortos e trazê-los para a luta do presente, traçando uma relação dialética entre o hoje e o ontem, pela qual esse hoje dá cognoscibilidade àquele ontem, e este, quando compreendido, dá a força fundamental e necessária para o sucesso da luta pela justiça do 'agora'.

Antes de chegarmos ao pensamento de Gandhi, entretanto, se fazem necessárias algumas considerações sobre a metodologia desse tipo de pesquisa; por tanto, trataremos (brevemente) da questão da iconografia jurídica, necessária em virtude da plasticidade das representações da Justiça no mundo hindu e das representações do próprio *mahatma*, já que Gandhi, ainda que grande discursista, nunca foi um acadêmico. Seus ensinamentos se dão para além do 'científico', além do 'material' e, por isso, pensar a Justiça a partir dele deve se dar para além disso também. Trataremos ainda de questões básicas do hinduísmo e sua estruturação, também de forma breve, chave para o entendimento da firmeza na verdade e da não violência.

1.1 IMAGENS E SIGNOS: POSSIBILIDADES DE UMA ICONOGRAFIA JURÍDICA

Não poderíamos começar esse estudo de outra forma, senão lembrando Manuel Igualada, em seu texto *Justicia, derecho, arte*, quando diz que

> Nenhuma ideia da humanidade comoveu as almas tão rapidamente e de um modo tão profano, nenhum influenciou na vida dos homens de modo tão duradouro e penetrante quanto à ideia de Justiça. Essas palavras, com as que George Formmhold inicia seu estudo monográfico sobre a Justiça na arte, explicam a ânsia constante de expressá-la de modo plástico[3].

Seguindo os passos certeiros do professor argentino Manuel Igualada,ingressamos na tão pouco explorada zona dos signos e imagens jurídicos, a chamada iconografia jurídica. Esses signos – significados, significações, representações –, como Igualada argumenta, circulam culturalmente em seu lugar e em sua época, podendo ser recuperados com grande facilidade nas mais variadas expressões artísticas, não faltando exemplos 'plásticos' para representar ordem,

aprofundada. Sobre os nomes ver: EASWARAN, 1987.

[2] *Mahatma* é a junção de duas palavras do sânscrito: *maha*, que significa grande e *atman*, que pode ser traduzida como alma, ou espírito. Sua primeira aparição é atribuía ao Gita, quando Krishina diz a Arjuna, no versículo 14, do cápitulo 09: "Sempre cantando as minhas glórias, as grandes almas (mahatmas), quando tornam a mim, atingem a perfeição mais elevada".

[3] IGUALADA, 1995, p. 266. Livre tradução.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

direitos e deveres. Uma imagem pode dizer mais que mil palavras, diz-se popularmente, e não poderia ser diferente no caso da Justiça; o olhar, menos alheio a erro que a abertura das letras, e mais democrático em seu acesso do que elas, fez necessária a superação da "distância da abstração à expressão concreta requerendo uma encarnação, a atribuição de uma imagem capaz de ser representada e captada pelos sentidos"[4].

A imagem, ainda que mais cara aos homens do que as letras, porque compartilhada por todos, não é por isso menos dificultosa no que se trata da leitura. Ler fotos, gestos, sons, cheiros, pode muitas vezes ser mais perigoso que ler livros e revistas. Mantendo-nos em nosso campo nesse momento, aquele que vê um homem de vestes brancas na rua de uma Nova Délhi fervilhante dos anos 1930 podia facilmente associá-lo a um velho ancião que se recusa a adotar os novos costumes europeus tão em voga na cidade, deixando passar aos olhos que essa cena também poderia ser retrato da renúncia ao material de que tantas vezes falou Sri Krishina nas escrituras sagradas. Faz-se necessária uma visão mais holística. No Direito, não faltaram exemplos desse tipo, aquele que vê a pura letra da Lei sem associá-la à prática diária dos fóruns terá uma ideia que, muitas vezes, passa longe do que acontece na realidade. Isso não significa, de toda forma, que estejamos nos propondo a abandonar os livros, estamos sim nos propondo a questioná-los, e complementá-los com aquilo que não são capazes de captar, ou que ainda não foi captado. Existe uma urgência no resgate da ideia de "narratividade jurídica como categoria de filosofia do direito conciliada com o imaginário social constituinte"[5], de forma a "liberar a justiça como valor relembrando assim sua real vocação" [6].

Tendo-se em conta o "conjunto de significações imaginárias sociais que conferem um sentido específico aos dados da existência" [7], é necessário, para entender imagens que vêm de uma cultura diferente da nossa, despir-nos de algumas certezas, abrindo os sentidos a novas possibilidades.

Essa preocupação com o que está para além do escrito, ou seja, com as *discursidades* paralelas, não é em vão. Gandhi deixou pouca coisa escrita sobre seus ensinamentos, que se davam em sua grande maioria de forma simbólica, em seus gestos, vestes, atitudes; fora isso, existe uma série de registros secundários – em especial jornalísticos. Nem por isso devemos achar que esses discursos careçam de concretude, como bem lembra Foucault, "os discursos são efetivamente acontecimentos, os discursos têm materialidade. (...) O discurso sempre funcionou assim. Simplesmente toda uma tradição filosófica disfarçou-o, ocultou-o" [8]; em outras palavras, os discursos não são meros conjuntos de significados, eles se transformam em prática, e ganham novas significações que não teriam como conjunto. Tendo isso em mente, a iconografia pode assim nos fornecer novas leituras, e novos caminhos para pensar a Justiça e o perdão, e não poderíamos seguir sem recorrer a ela.

1.2 A QUESTÃO DA RELIGIÃO: OBSTÁCULO AO ESTUDO?

Ao discutir-se a questão do perdão concretamente, e mais abstratamente os ensinamentos de Gandhi, chegamos, sem possibilidade de desvio, ao encontro da religiosidade. No primeiro caso, existe a conexão imediata do perdão à

[4] IGUALADA, 1995, p. 266. Livre tradução.
[5] OST, 2004, p. 24.
[6] Idem, ibidem, p. 41.
[7] Idem, ibidem, p. 28.
[8] FOUCALT, 2005, p. 141.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

ideia de culpa; ainda existe no ordenamento no tocante à pratica dos crimes; na segunda, a ligação é mais evidente, já que os ensinamentos do *mahatma* (e seu próprio título) apontam diretamente para os ensinamentos e práticas do hinduísmo. Torna-se inevitável nos questionarmos sobre se trazer essas ideias de um lado e assumir que elas existem do outronão seria uma corrupção do Direito moderno, um desvirtuamento de sua (pretensa) laicidade. Não.

O Direito moderno, vestindo-se de racionalização formal, bem que tenta, mas não é capaz de esconder que ainda hoje existe um paralelo entre o pensamento jurídico e o pensamento religioso [9] nas sociedades ocidentais; sobretudo partilha-se a ideia de uma lei imposta ao mundo e aos homens. Se, num primeiro momento, essa ideia foi associada a Deus, passou no decorrer do tempo a ser associada ao Estado, que tomou para si a tarefa da concretização de um bem comum, uma transformação que se daria pelo Direito. Nesse sentido, Bertúlio dirá,

> Religião, Moral e Direito são categorias que, até certo período da história da humanidade, caminharam juntas e, na maioria das formações sociais, não eram passíveis de serem departamentalizadas. Essa intrínseca ligação havida, na verdade, não está ou foi rompida de todo. Os indivíduos elevam, ainda que informalmente, o Direito à categoria do "divino" e, portanto, infalível e inquestionável, do certo e justo (moral) no trato comum, dadas as suas ações e relações sociais.[10].

Existe assim uma ideia de exterioridade associada à ideia de justiça; as sociedades descarregam "suas responsabilidades sobre uma entidade exterior a elas mesmas" [11].

Esse ranço de religiosidade é descrito e estudado, causando em geral grande preocupação, por diversos juristas, e em especial por Hans Kelsen e Feuerbrach, sendo que Kelsen afirmará com nitidez que entre Deus e o Estado existe não apenas um paralelo lógico, mas relações reais que os aproximam.

Tendo isso em mente, afirmar que modelos teológicos levam defeitos teológicos à análise do Direito significaria atacar a teoria do Direito, ela própria, uma vez que tudo está em uma mesma lógica de imaginário. Assim, a teoria do Estado não está distante da teoria da religião, já que ambos geram ilusões e mitos autoafirmativos e autoconfirmadores; resumidamente, são sistemas autorreferenciáveis. Essa autorreferencialidade, que não permite que falhas ou problemas sejam pensados para fora do sistema, exige que busquemos outros métodos capazes de fazer a análise crítica, entre eles, o método iconológico.

O método iconológico se dá em três fases: a primeira, pré-iconográfica, é aquela em que se identificam as formas a serem analisadas; num segundo momento, há uma iconografia informal, quando se identificam as primeiras impressões, não profundamente elaboradas; para se chegar ao terceiro momento de iconologia, quando sobrepesam-se as referências ao meio onde o ser está inserido e ao meio onde se produziu a forma, o símbolo.

Aqui nossos símbolos serão os nomes de Deus, assumindo o referencial mítico que essa escolha carrega. Os nomes, juntamente com os mitos por detrás deles, darão os parâmetros para interpretar as escolhas de Gandhi, seus juízos sobre seu contexto, já que o conteúdo desses mitos tem uma "manifesta hierarquia valorativa, uma escolha de

[9] ROULAND, 1990, p. 60.
[10] BERTÚLIO, 1989.
[11] ROULAND, 1990, p. 65.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

estratégias e um posicionamento em face dos aspectos da vida social" [12] que guiam a vida daqueles que vivem sob seu signo.

2. DE GANDHI, O HOMEM, PARA GANDHI, O MAHATMA

Gandhi disse, certa feita, em comentário ao *Gita*, que pode ser chamado de devoto aquele que

> não tem ciúmes de ninguém; quem é fonte de bondade; quem não tem egoísmo; quem é desprendido de si; quem dispensa o mesmo tratamento ao frio e ao calor, à felicidade e à infelicidade; *quem está sempre perdoando*; quem se mostra sempre satisfeito; aquele cujas resoluções são firmes; quem haja dedicado mente e alma a Deus; quem não causa pavor; quem não tem medo dos outros; quem é livre de exultação, de tristeza e de receios; quem é puro; quem é versado em ação e contudo se conserva não influenciado por ela; quem renuncia a todo fruto, bom ou mau; quem trata por igual amigo e inimigo; quem não é atingido pelo respeito, nem pelo desrespeito; quem não se envaidece com o elogio; quem não se diminui quando o povo fala mal dele; quem ama o silêncio e a solidão; quem tem raciocínio disciplinado. Tal devoção é incompatível com a existência, ao mesmo tempo, de fortes apegos [Grifo nosso] [13]..

Essa devoção passará por caminhos de elevação, árduos e tortuosos como o próprio Ganges, envolvendo o treinamento contínuo para a verdade, para a disciplina e para o amor; e mesmo estando ao alcance de todos, será percorrido por muito poucos.

É comum entre biógrafos e estudiosos de Gandhi atribuir o início de sua elevação a dois feitos: o primeiro deles, sua expulsão a pontapés de um tribunal após questionar a decisão contrária de um juiz à causa que defendia; e, o segundo, à resistência em Maritzburg, quando, em razão de sua cor, foi forçado por policias brancos a abandonar o vagão de primeira classe do trem em que estava, se recusando a aceitar um lugar distinto do qual havia comprado. Sua resistência foi encarada de forma nada gentil, sendo ele obrigado a passar a noite na estação, enquanto seus casacos e sua bagagem ficaram retidos. Ainda que tenha embarcado no dia seguinte na primeira classe, foi mais uma vez obrigado a sair de seu lugar, terminando sua viagem na boleia, junto ao cocheiro[14]. Esse segundo acontecimento, mais explorado que o primeiro, gerou no mahatma a vontade de lutar pelo que tinha como justo. Em diversas ocasiões, o próprio Gandhi atentou para a importância de todas essas humilhações no curso de sua história, e na necessidade que encontrou em desenvolver uma forma de resistir a esse tipo de violência. Entretanto, para nosso estudo, tem maior destaque a outra passagem, que, menos pública que essas duas, será a base (e a prova) de que o caminho da não violência é possível a todos, inclusive àqueles que se encontram, a princípio, mais distante dele.

Louis Ficher conta, em uma biografia chamada apenas *Gandhi*, possivelmente a mais famosa das narrativas sobre o *mahatma*, uma briga entre este e sua esposa, Kasturbai[15], enquanto ainda viviam na África do Sul, contando que Gandhi tinha o costume de oferecer sua casa como abrigo para todos aqueles que precisassem; e que se recusava a contratar o serviço de quem quer que fosse para cuidar dos afazeres domésticos, que ele próprio dividia com sua esposa e filhos. Certa vez, hospedou-se em sua casa um homem recém-contratado por ele como assistente no

[12] SEGATO, 1995, p. 355.
[13] FISCHER, 2007, p. 26.
[14] GANDHI, 2007.
[15] FISCHER, 2007, p. 43.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

escritório de advocacia. Cabia à esposa de Ghandi o cuidado dos urinóis. Kasturbi, hinduísta ortodoxa, ao saber que se tratava de um intocável, implorou ao marido que a livrasse da obrigação. Conta-se que muitas vezes ela passava noites chorando, o que muito o irritava; e que, em uma dessas noites, em meio ao choro e ao desespero da esposa, ele, ainda longe do título de *mahatma*, a arrastou para fora do portão e ameaçou fechá-lo, o que, naquele tempo, era um sinal do fim de um casamento. Ela, então, mais desesperada, implorou para que ele a deixasse entrar, lembrando-o de que não tinha família para além dele e de seus filhos; e que, diferentemente do que ele dizia sobre possuir inclinação para as boas ações, não podia forçar uma situação que a deixava desconfortável. O marido conteve-se, desculpou-se e, envergonhado, foi meditar.

É bem verdade que a situação ocorrida anos antes no trem marca o momento em que Gandhi, munido apenas de coragem, passa a enfrentar o dragão das injustiças, mas é a partir do enfrentamento familiar, dos questionamentos da esposa, e da tomada de consciência de sua própria violência que ele iniciou sua mudança de homem que foi para a *alma elevada* que se tornaria. Kasturbi não sabia ainda o efeito que suas reclamações teriam, mas encontramos nelas dois fundamentos essenciais da firmeza na verdade: o primeiro, a inexigibilidade de cobrança de ação recíproca ou igual para o amor; e, a segunda, a necessidade de tratamento amoroso, não apenas com os que necessitam, mas com todos. Em suma, Gandhi começa a delimitar o que é o amor e como lidar com ele, o primeiro passo concreto de todos os seus ensinamentos; que, ao fim da vida, serão unidos sob o nome de *Satyagraha* e definidos na maior simplicidade possível como a disposição interna de amor incondicional.

Gandhi acreditava, como é comum entre os iogues, prática religiosa radical da qual era adepto, que a perfeição do espírito, assim como a perfeição do corpo, está ligada ao exercício contínuo da virtude, o que em muito lembra as teorizações dos antigos gregos, quando tratavam da possibilidade de se ensinar, e por consequência de se aprender a virtude. E foi para essa prática e aprendizado da virtude que ele se dedicou em toda vida a partir dessas experiências. Os primeiros passos para a prática que ele desenvolveria já apareciam nesses dois momentos: a busca pela justiça e pelo amor. O terceiro passo veio com o retorno à religião.

Durante seus anos como estudante em Londres, Gandhi rompeu as exigências de sua mãe, conhecida pela religiosidade ortodoxa[16], e se afastou do hinduísmo, deixando de praticar as diversas orações e obrigações diárias[17]. Nesse período, teve grande contato com o cristianismo, refúgio de muitos indianos que viram na conversão a possibilidade de abandonar o velho (e, nas palavras do próprio Gandhi, injusto) sistema de castas. Esse contato marcaria de forma profunda a vida de Gandhi, em especial, o sermão da montanha[18], que citou diversas vezes, e o qual dizia inspirá-lo em muitas de suas ações. Ainda assim, manteve-se hinduísta e, com o passar dos anos, voltou às obrigações diárias da época de sua mãe, estendendo-as com a prática do Ioga, de onde tirará forças e inspiração para suas conhecidas greves de fome. Em 1925, escrevendo para uma revista, afirmou que

[16] FISCHER, 2007, p. 11; p. 19.

[17] Idem, ibidem, p. 19. Manteve apenas as restrições a carne, por cuidado a uma promessa feita à mãe antes de deixar a Índia, que não foi descumprida um único dia de sua vida.

[18] FISCHER, ibidem, p. 26.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> Quando as dúvidas me acossam, quando as desilusões me fitam em pleno rosto, e quando não vejo sequer um raio de esperança no horizonte, volto-me para o Bhagavad-Gita e acho um verso para me confortar; e começo imediatamente a sorrir, em meio a um aborrecimento acabrunhador[19].

Sua aproximação da religião foi cada vez mais intensa, e as faces (nomes) de Deus serão claras em seus ensinamentos, formando uma ideia única e interessante de justiça. Por isso, fizemos questão de trazer algumas delas ao longo do texto. Ele próprio, em sua autobiografia, dirá que toda a sua vida aponta para a autorrealização, que para um hindu é simbolizada pela liberação final, ou seja, o encontro com Deus face a face; e, mais que isso, finalmente encontrar sua completude. Chegamos aqui ao primeiro dos nomes de Deus. O homem, para os hindus, nasce incompleto, e nunca encontrará essa completude na terra, porque um pedaço seu sempre estará com Deus; por isso, quanto mais perto de estamos, pela prática das virtudes, mais próximos ficamos também da completude. Esse pensamento é fruto de um dos mais difundidos (e curiosos) nomes de Deus no hinduísmo: *Hare*, do sânscrito, "o ladrão". As escrituras contam que Deus rouba os corações dos homens para que esses sempre o amem, e busquem por ele para ter de volta sua completude[20]. Esse primeiro nome nos aproxima de forma interessante das ideias de justiça que se apresentam no hinduísmo. Quando temos uma representação divina manifestada como um ladrão, sem que essa atitude seja considerada errada, temos um significado diverso daquele difundido no Ocidente. O 'roubo de corações' é justificado, pois leva o homem sempre de volta aos caminhos do 'bem'; e assim como esse roubo tem justificativa, outros poderão ter sem incorrer em critérios como culpa; e poderão, portanto, ser perdoados.

Cabe aqui uma ressalva importante, ainda que a religião hinduísta seja politeísta, quando falamos dos mil nomes de Deus, estamos falando de um só Deus, o Deus criador, de onde proveria todo o restante. Este tem diferentes nomes em cada morada: ele que é Olorum entre os iorubás, Kami-Samá para muitos japoneses, o N'zambi Apungo dos povos bantos; atende por Alá entre os islâmicos, por Yavé entre os hebreus e por Nhanderú em terras guaranis. A confirmação vem do Gita, em seu capítulo 7, versículo 24-7, onde Krishna diz "os homens sem inteligência, que não me conhecem perfeitamente, pensam que Eu, a Suprema Personalidade de Deus, Krishna, era impessoal antes e agora assumi esta personalidade. Devido ao seu pequeno conhecimento, eles não conhecem Minha natureza superior, que é imperecível e suprema".

3. DEUS TEM MUITOS NOMES: TRAÇANDO A FIRMEZA NA VERDADE

Para Gandhi, a firmeza na verdade é uma opção de vida; e, por tanto, permeará todas as ações, palavras e pensamentos que um indivíduo possa ter. Essa firmeza na verdade pode ser traduzida como a certeza de que apenas a verdade é capaz de libertar o homem para uma vida com Deus. O professor Fabio Konder Comparato identifica duas inspirações para a firmeza na verdade; as quais buscaremos explicar aqui a partir dos nomes de Deus.

Pensando em Deus como Bhavana, encontramos a primeira inspiração da firmeza na verdade: viver de corpo livre, de corpo e alma, de coração e mente, não nos deixando dominar pelas sensações e pelos sentimentos[21]. Na Mahabharata,

[19] FISCHER, 2007, p. 20
[20] EASWARAN, 1987, p. 19
[21] COMPARATO, 2006, p. 396.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

temos a apresentação de Deus como Bhavana[22], que pode ser traduzido como "ser"; ou como a afirmação "Deus é". Ao ensinar o significado dessa afirmação para as crianças, é normal que se faça uma comparação com o coco. Os homens pouco desenvolvidos são como o coco verde, sua membrana interna ainda está pouco desenvolvida e por isso se apega à casca; da mesma forma, os homens se apegariam ao corpo (ao mundano), com medo do que está além de sua compreensão. A elevação do espírito leva ao desprendimento, permitindo que o homem se desconecte do corpo físico, assim como a carne do coco se desconecta de sua casca, bastando para tanto que se balance o coco. Em nossa vida, esse 'balanço' é dado pela verdade. Se Deus apenas é, o homem deve buscar apenas sertambém liberando-se das ilusões que o prendem em sua casca. Bhavana é muitas vezes associada a outro nome de Deus: Satya, traduzido na expressão Deus é verdade.

A segunda inspiração é o reconhecimento da superioridade incontestável da ação sobre a inação, mas sem que o agente, ao cumprir seu dever de agir, procure, ainda que indiretamente, obter para si recompensa. Percebemos a grande influencia do nome *Danda*, traduzido na expressão "Deus é um querido". *Danda*[23] em realidade é um diminutivo carinhoso pelo qual se chamam as crianças de uma família. Ao ser chamado de *Danda*, Deus divide conosco seus brinquedos e suas alegrias, sendo punido por sua mãe quando tenta mantê-los só para si, evitando assim os egoísmos. O agir que nos aproxima de Deus é sempre o agir desinteressado, associado às crianças. Isso não significa que o agir deva ser impulsivo e desfocado, mas que não pode ser revestido de intenções escusas ou não claras. O Gita traz uma série de situações onde Krishina estimula, e mesmo obriga Arjuna a ações que ele próprio não entende, ou não concorda; aqui é importante voltar à ideia da busca de unidade com o todo. Quando todos visam à unidade, o ato de um só afeta a todos; e, portanto, o não agir também, quando nos dedicamos à inação, ou nos consideramos atos de nossos próprios atos, nos afastamos dessa unidade e, portanto, do próprio Deus.

Nas palavras de Comparato, "ambos esses princípios significam a busca da plena autorrealização, que para ele nada mais é do que a aproximação com Deus"[24]. E como pensar em aproximação maior do que seguindo-lhe os ensinamentos e aproximando-se de suas representações, que para o hinduísmo são sempre no plural? Retomamos a discussão do primeiro ponto. A discussão do simbólico, dos discursos não necessariamente escritos (oficiais) é essencial para o entendimento das teorizações. Quando falamos no agir, por exemplo, temos uma carga que nos permite compreender esse signo, mas ele ganha novas significâncias quando vemos na figura dele um Deus criança. Essas percepções, que envolvem a significação dos elementos a partir de seus contextos, e não necessariamente do contexto do leitor, é dificultosa e incompleta, mas seus frutos são muito positivos.

A firmeza da verdade se calcará em três preceitos que já apresentamos rapidamente pelas ações do *mahatma*: a verdade, a justiça e o amor, sendo essas duas últimas reflexos especificados da primeira. Sendo Deus verdade, a fonte da qual saem todas é o próprio Deus, que assumirá diferentes formas para mostrá-las, sendo a mais completa de todas elas o próprio homem. Diferente da concepção cristã, onde Deus envia seu filho ou torna-se homem para descer à terra uma única vez, na concepção hindu é comum que os Deuses tomem formas humanas e habitem sobre a Terra em diferentes períodos da história. O maior desses exemplos é o próprio Gita, que narra em forma de poema a conversa de um Krishina que, tendo tomado a forma humana, encarna para ajudar Arjuna com seus ensinamentos. Todas essas

[22] EASWARAN, 1987, p. 67
[23] EASWARAN, 1987, p. 93
[24] COMPARATO, 2006, p. 396.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

manifestações guardam entre si três qualidades, que devem ser exemplos para todos os homens, mostrando-lhes que está ao alcance geral, e que são justamente os nossos preceitos: a verdade, a justiça e o amor, todas interligadas e associadas à vida humana, já que é com base nessas características que nos diferenciamos dos animais.

Essas características conferem à vida humana um nível de respeitabilidade enorme, elevando-a aos espaços de maior evolução; entretanto, e sem medo de soar repetitivo aqui, devido à sua importância, nossa leitura deve ser sempre permeada pela ideia de unidade; sendo assim, o respeito à vida humana deve se refletir em respeito a todas as formas de vida, já que toda ela é um só. Se nos socorrermos mais uma vez nos nomes de Deus, chegaremos ao nome *Vishva*, traduzido na expressão: "Deus é tudo que vive"; portanto, qualquer ofensa à vida é uma ofensa direta ao próprio Deus. Passemos rapidamente por cada uma dessas virtudes humanas.

O Amor (*ahimsa*) é, nas palavras do próprio Gandhi, a não violência, ou seja, capacidade de amar o seu inimigo, aquele que te causa sofrimento. A primeira condição da não violência é a justiça em cada departamento da vida[25]. Ele dirá que "assim como é preciso aprender a arte de matar no treinamento para a violência, cada um deve aprender a arte de morrer na formação para a não violência"[26]; esse forte trecho se baseia na ideia de que a "violência não significa a emancipação do medo, mas descobrir os meios de combate à causa do medo. A não violência, por outro lado, não tem motivo para ter medo(...) [ele]tem apenas um medo, que é o temor de Deus" [27].

Podemos ver o amor, portanto, como a renuncia absoluta ao individual. Superando os nosso sentimentos e emoções, devemos dar igual tratamento a todos os homens, inclusive àqueles que nos ferem, e nos exigem o sacrifício. Em um paralelo com definições ocidentais e modernas de direito, o amor aqui representado se parece em muito com a ideia de imparcialidade, mas a supera, atendendo ao pedido (ordem) do Gita de evitar a inação. Não basta ser imparcial, deve-se ir além, buscando harmonizar (-se) com o todo. O amor como não violência exige ação. É com base nessas ideias que Gandhi defenderá o direito à resistência por diversos meios, em especial pela desobediência civil.

> Resistência passiva é um método de garantir os direitos através de sofrimento pessoal, é o inverso da resistência armada. Quando eu me recuso a fazer uma coisa que é repugnante à minha consciência, eu uso a força da alma. Por exemplo, o governo passou uma lei que se aplica contrariamente a mim. Eu não gosto disso. Se pelo uso da violência eu forçar o governo a revogar a lei, estou empregando o que pode ser chamado de força do corpo. Se eu não obedecer a lei e aceitar a pena de sua violação, eu uso a força da alma. Trata-se de um sacrifício de si mesmo. Todo mundo admite que o sacrifício de si mesmo é infinitamente superior a sacrificar dos outros. Além disso, se este tipo de força é usada em uma causa que é injusta, só a pessoa a usá-la sofre. Ele não faz os outros sofrerem por seus erros. Os homens têm até agora feito muitas coisas que foram posteriormente consideradas erradas. Ninguém pode alegar que está absolutamente certo em uma coisa ou que o outro está particular errado, porque ele pensa assim, mas é errado para ele, desde que esse seja o seu julgamento deliberado. É, por conseguinte, conhecer que ele não deveria fazer aquilo que ele sabe ser errado, e sofrer a consequência, seja ela qual for. Esta é a chave para a utilização da força da alma[28].

[25] KRIPALANI, 1958, p. 85. Livre tradução.
[26] Idem, ibidem.
[27] Idem, ibidem.
[28] KRIPALANI, 1958, p. 86. Livre tradução.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Nada que pudesse ser dito com palavras, entretanto, foi superior a uma única ação, tão plasticamente e iconoclasticamente perfeita que talvez dispense todas as nossas considerações anteriores. No auge do imperialismo britânico que vigia na Índia, a proibição da circulação e comercialização do sal, que era exclusividade do governo, fez com que Ghandi, preocupado com o alto custo que essa exclusividade gerava para a população, saísse de seu *ashram* rumando para o litoral, em uma caminhada de cerca de 400 km, que terminou na praia. Chegando lá, com uma comitiva de mais de mil pessoas, entre elas diversos fotógrafos e jornalistas, Gandhi abaixa-se na área e toma um punhado de sal, entregando-o a um transeunte. Um gesto simples, inofensivo, que sozinho desafiou a grandeza de todo um Império, iniciando uma série de protestos que só terminariam com o fim do domínio inglês[29].

Por tudo isso, o amor só existe quando existir coragem, e onde quer que ela exista pode-se cultivar o amor. Gandhi, ele próprio violento e impulsivo, como nos alerta a passagem sobre a discussão com sua mulher, libertou-se (e disciplinou-se) pela coragem de enfrentar suas próprias fraquezas; e, aceitando-as, mudou-as. Ele próprio é a prova de que o violento pode adotar a não violência; e, pela renúncia às paixões e pela ação corajosa, vivê-la. O covarde, por outro lado, não pode ser "corrigido", ainda que seus pensamentos apontem para a justiça, suas ações nunca serão dignas de confiança ou lealdade, visto que, em virtude de seu medo constante, poderá sempre não as executar.

Do amor, passamos à justiça. Não poderiam ser diferentes, já que são princípios complementares. Justiça sem amor acaba por fenecer, perde o viço, o atrativo, e rapidamente deixa de fazer sentido aos grupos, perdendo sua validade. O amor, por outro lado, sem a justiça, corre o risco de virar egoísmo disfarçado de bem-querer, ou sentimentalismo barato pouco inspirador. Superando antiga ideia de Platão de "dar a cada um o que lhe é devido", justiça aqui envolve dar a cada um o que ele necessita, não em termos materiais, mas em termos espirituais. É justo aquilo que aproxima os homens (todos eles de Deus). Sendo assim, aquele que rouba para comer se aproxima mais de *Hare* do que do mal; e uma condenação apenas o afastaria de Deus. Por outro lado, aquele que egoisticamente toma um brinquedo de seu irmão se afasta da figura de Deus; e um dos caminhos para reaproximá-lo é a punição (*Danda)*.

A justiça tem ainda outra característica, assim como o amor e a verdade, ela se transforma pela ação: "um pecador é igual ao santo aos olhos de Deus. Ambos terão igual justiça, e uma oportunidade igual, quer para ir para frente ou para recuar"[30]; caberá ao homem decidir se irá se aproximar ou se afastar de Deus; em outras palavras, a justiça é construída, não podendo ser imposta, ainda que possa ser cobrada. Diferentemente do amor, cujo total desprendimento impede a cobrança por reciprocidade, a justiça é uma exigência que cada um está legitimado a fazer aos demais.

Acredita-se que a justiça é união das linhas de contemplação aos argumentos lógicos, levando ao alcance de Deus[31]. Sendo assim, abandonamos a imagem de uma senhora que, vendada, decide sobre os destinos. A justiça aqui enxerga, e tem de enxergar bem, de forma a achar respostas compatíveis com o amor e com a unidade universal.

---

[29] Como grande político que era, Gandhi muito provavelmente sabia o que se seguia a sua ação, mas muitos observaram atônitos, imaginando as possíveis reações, e alguns sem entender de imediato o que se passava. Conta-se que a ação foi tão inesperada que muitos dos fotógrafos simplesmente perderam o momento do registro.

[30] KRIPALANI, 1958, p. 78. Livre tradução.

[31] CHINMAYANANDA, 2002, p. 73. Livre tradução.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Chegamos por fim à verdade, lugar de onde se manifesta a justiça e o amor. A verdade. Se, diferentemente do cristianismo, não temos aqui a formula Deus é amor, ou outra que se traduza em Deus é justiça, temos Deus como Sayat[32]: Deus é verdade, e, por isso, verdade e Deus são palavras substituíveis uma pela outra. Essa verdade, transfigurada em Deus, deve ser entendida de forma mais completa. Ao atribuir-lhe essa 'divindade', as escrituras nos mostram que a verdade está no plano não acessível pelo corpo; e não, como nós ocidentais tendemos a pensar, no plano do mundo que chamamos real. O real hinduísta está no plano da divindade; é real aquilo que não muda; o irreal, por outro lado, está no mundo dos homens, onde as paixões e sentimentos, e a própria vida, são passageiras, deixando apenas 'impressões' de sua existência no todo.

Existe uma inversão, pois a verdade exige uma estabilidade (ela é imutável) que o (nosso) mundo 'real' não seria capaz de dar. Ainda assim, ela reside também no (nosso) real, em cada um dos homens, e a busca por ela deve ser incessante. Essa vivência entre o real – que é o inverso do nosso real – e o irreal (mundo dos homens) se justifica na assertiva de que Deus é *tat* (o real) [33] e *nu-tat* (o irreal) [34], mas também é um só. Sendo ele o real, e o irreal, e também a verdade, esta última tem que estar em todo lugar.

4. APLICAÇÃO DA SATYAGAHA NO DIREITO

Como juristas, nossos estudos devem estar sempre focados no Direito, ou em uma ideia de cultura jurídica. Levando em conta que o Direito apresenta uma movimentação dupla, positiva (quando institui a realidade) [35] e negativa (quando codifica a realidade)[36], veremos onde é possível aplicar os ensinamentos de Gandhi. Esse Direito que construirá a realidade, é importante dizer, a constrói conforme um projeto que ele mesmo traça e segundo o qual ser-lhe-á permitido julgar sua fluidez e irradiação depõem assim contra um momento apenas repressivo; antes de tudo, ela forma, cria, e depois estabiliza. Esses momentos se dão complementarmente, ao mesmo tempo, gerando algumas complicações. O Direito é estrutura que se dará a uma realidade, tendo sentido em função de sua eficácia performativa, mas ele será também a função limitadora entre duas realidades, conformando os possíveis.

Nesse sentido, teorias como a firmeza da verdade permitem estabelecer novas fronteiras conformativas, sem que para isso seja necessário alterar-se o que está normatizado. Ela mudará assim a conformação. Quando olho a palavra perdão, por exemplo, já não vejo mais apenas a minha bagagem ocidental. Enxergando-o com outros olhos, posso significá-la e assim transformar o Direito. Encaramos assim o próprio Direito com certa iconoclastia, capaz de ressignificar seus standards.

4.1 O PERDÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: UMA LEITURA PELA FIRMEZA NA VERDADE

No Direito Penal brasileiro possuímos mecanismos de 'perdão' (*clementia principis*) que se convencionou estudar como direitos de graça, sendo eles: a graça, o indulto e a anistia. Esses direitos possuem como característica a eficácia

[32] EASWARAN, 1987, p. 88
[33] Idem, ibidem, p. 22
[34] Idem, ibidem, p. 23
[35] OST, 2004, p. 13
[36] Idem, ibidem, p. 13

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

para extinguir a punibilidade de fatos criminosos (artigo 107, II, CP). Existe ainda o perdão judicial propriamente (artigo 107, IX, CP), em que se pratica a exclusão judicial da pena; e o perdão oferecido pela vítima ao condenado nos casos de crime em que somente se procede mediante queixa (artigos 105 CP), em que a não apresentação desta pelo ofendido que perdoa obsta a persecução penal.

Em termos gerais, a anistia é ato de competência exclusiva do poder legislativo, tendo por objeto apenas os crimes políticos, militares e eleitorais; e por objetivo descriminalizar condutas de forma a beneficiar um coletivo de autores, anulando-se para tal todos os efeitos penais da criminalização. Independentemente do aceite dos beneficiados, uma vez concedida, não poderá ser revogada.

A graça é ato de competência do presidente da República, tendo por objeto os crimes comuns com sentença transitada em julgado; como no caso da anistia, extingue-se a punibilidade. Aqui o objetivo é beneficiar uma pessoa determinada através da extinção ou comutação da pena aplicada, de forma a corrigir injustiças em sua aplicação, ou rigor excessivo de lei que, ainda presente no ordenamento, não tem mais respaldo na opinião pública.

O indulto, como a graça, é ato de competência do presidente da República, tendo por objetivo os crimes comuns; entretanto, busca-se beneficiar uma coletividade de condenados, agrupados pela natureza de seus crimes ou pela pena a eles aplicada, com exigências complementares e facultativas, em geral relacionadas ao cumprimento parcial da pena. Em situações excepcionais, a Lei de Execução Penal prevê que o indulto possa ser individual (artigo 188, LEP), dependendo de petição do condenado, do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa.

O perdão judicial tem por objeto as hipóteses legais de exclusão judicial da pena, determinadas por circunstâncias, resultados ou consequências especiais do fato. Diversos artigos criam essa possibilidade, exemplos a saber: art, 121 § 5°, art. 129 § 6°, art. 140, § 1° CP, art. 180 §3° e §5° CP. A sentença concessiva do perdão não produz os efeitos da sentença condenatória, não sendo considerada assim para efeitos de reincidência ou de certeza da obrigação de indenizar.

Por fim, temos o perdão da vítima, que, em virtude de haver perdoado, deixa de prestar a queixa necessária ao prosseguimento da ação em alguns crimes. Essa forma de perdão deve atender a algumas questões previstas no artigo 106 do CP. A primeira é que o perdão concedido a qualquer um dos querelados se aproveita a todos eles; a segunda é a obrigatoriedade da aceitação pelo condenado; mesmo recusando-o, não terá efeitos. Por fim, o perdão pode ser oferecido de forma expressa, mas também de forma tácita, quando há a prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir com a ação.

A pergunta é simples: será que podemos considerar que essas formas de extinção da punibilidade são realmente formas de perdão? Pela firmeza da verdade, devemos entender que

> A não violência supõe, antes de tudo, a capacidade de lutar. Mas é indispensável reprimir, de modo consciente e deliberado, todo desejo de vingança. Não há como negar, porém, que em qualquer hipótese a vingança tem mais valor que a pura submissão, totalmente inútil e efeminada. Na verdade, o *perdão é superior a tudo*. A vingança não passa de fraqueza,

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> nascida do teor real ou imaginário de se sofrer um mal. O homem que não teme ninguém sobre a terra achará até mesmo inútil querer suprimir a raiva daquele que tem a intenção de feri-lo. [Grifo Nosso][37].

Perdoar é assim um ato de aceitação do fato como real, e não de seu esquecimento; e por essa razão é próximo de Deus. Perdoar é um estímulo ao amor incondicional (que se dirige para aquele que nos fere); um estímulo ao crescimento individual e à aproximação com Deus. Essa prática é, assim, essencial à vida, e uma expressão do próprio amor, devendo existir em todas as suas regulamentações, inclusive no Direito. Entretanto, só fará sentido quando atender a essa superação da ideia de vingança, e calcada na coragem de enfrentar o problema, dando a ele a solução mais adequada para a elevação do espírito, seja esta a punição ou o perdão. Ao pensarmos os institutos de nosso Direito pátrio sob essa ótica, encontraremos alguns entraves à aplicação de algumas das formas de perdão; e a exultação e possibilidade de ampliação de outras.

Antes mais nada, uma ressalva. Poderíamos argumentar que existe um problema em deixar nas mãos do Estado um perdão, que é algo que, como fruto do amor, não pode ser exigido, como a justiça; entretanto, como nos explica o próprio *mahatma*, baseando-se na ideia de unidade, "cada assassinato ou outra lesão, não importa o motivo, comprometida ou infligido em outro é um crime contra toda a humanidade"[38], devendo assim serem resolvidas nas suas instâncias de deliberação conjunta, quis sejam, o aparato estatal.

Verificando uma a uma, comecemos pela anistia. Ao passar uma lei descriminalizadora, que "perdoaria" crimes políticos, eleitorais e militares, os governos buscam em geral uma pacificação social que andava perdida. No Brasil, temos como exemplo o caso da Anistia Geral pós ditadura militar, que encerrou um período de extremo martírio para muitos brasileiros exilados, que puderam retornar ao convívio dos seus. O grande problema do mecanismo da anistia é que funciona como uma pedra sobre os acontecimentos, não se discutindo seus efeitos na vida das vítimas, nem as consequências (para além da pena judicial) na vida dos opressores. Há, assim, um esquecimento inadmissível para a firmeza da verdade, que não seria capaz de justificá-la sob a ótica do perdão.

Uma anistia pensada sob os preceitos da *satyagraha* exigiria um esforço contínuo para recuperação histórica do fato; e posteriormente a isso, o perdão, algo muito similar ao que vem se buscando com o novo direito à memória[39]. A presença dos opressores, arrependidos ou não, perante os ofendidos para discutir as situações que ambos viveram é um bom reconciliador social, e diversos países adotaram essa prática, ainda que décadas depois de promulgarem Leis de Anistia.

Passando ao indulto, temos duas situações: a primeira, aquela em que ele é concedido coletivamente; a segunda, quando é concedido individualmente. Iniciemos pela segunda. O indulto individual em muito se coaduna com a firmeza na verdade. Conforme nos alerta Radbruch

[37] BOSE, 1948, p. 153. /

[38] KRIPALANI, 1958, p. 85. Livre tradução.

[39] Sobre isso ver: Brasil. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos / Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/biblioteca/livro_direito_memoria_verdade/livro_direito_memoria_verdade_sem_a_marca.pdf. Acesso em 06/05/2013

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> todas as épocas de tendências dogmáticas que prestaram culto à soberania absoluta e útima da Razão (...) combateram sempre o direito ao indulto, a começar por Beccaria, seguido por Kant, o qual via no direito de perdoar ao criminoso o mais escandaloso de todos os direitos do soberano"[40].

Pois se aqui temos justamente o contrário, a necessidade de quebra dessa tradição iluminista, e a ingerência da religião em todos os campos da vida humana, o perdão, por seu ar divino deve ser concedido indubitavelmente àquele que demonstre merecê-lo, e também a aquele que não. Aqui, como na graça, acredita-se que o condenado passou por um processo de ressocialização (que é por muitos tomado como abertura para o arrependimento), ou que cumpriu com seu dever perante o Estado; e, mais que isso, que o Estado cumpriu seu dever de aproximá-lo da elevação, não fazendo mais sentido mantê-lo sob qualquer tipo de domínio.

Tanto graça como indulto nos permitem "alcançar um direito justo, no sentido em que realizam os provérbios jurídicos (...) 'todo direito sem misericórdia é injusto' ou ainda 'a misericórdia deve andar junto ao direito'"[41]; e por isso mesmo é uma busca do amor incondicional. Quando tratamos da justiça, alertamos para sua complementariedade com o amor. Quando buscamos a justiça, buscamos de uma forma ou de outra o amor; eles são dois lados de uma mesma moeda: a verdade.

O indulto e a graça deveriam assim, em especial em suas formas individuais, ser estimulados. Hoje, não temos o registro de uma única concessão de indulto individual, por exemplo, subutilizando um elemento promotor de justiça.

O perdão judicial, com suas hipóteses de exclusão da pena, é talvez entre os perdões a cargo do Estado aquele que mais se aproxima da ideia de perdão oferecida pela firmeza na verdade. Aqui, o Estado abre mão de seu direito de punir por entender que a situação em que se dá o ato já o justifica, ou já perdoa o agressor. Fazendo uso da não violência, e não do seu monopólio sobre essa, o Estado aceita abrir mão de um direito que tem de punir para não violar o bem-estar e a liberdade daquele que o viola.

Por fim, temos o perdão da vítima ao ofendido. A vítima, ao não fazer a queixa naqueles casos em que a ação está condicionada à representação, impede a persecução penal, considerando o Direito que houve o perdão do acusado pela vítima. Existem aqui duas possibilidades: a primeira é de que realmente a vítima, levando em consideração o fato, tenha perdoado seu ofensor, cumprindo perfeitamente o ensinamento da firmeza na verdade. Abrindo mão do rancor e do desejo de vingança, o ofendido não recorre ao sistema penal. A segunda possibilidade, entretanto, vai de encontro total a essa ideia e se dá nos casos em que a vítima, por medo das consequências, não procura o Estado. Como já foi dito, a inação baseada na covardia é a pior forma de se portar, não podendo nem ao menos ser corrigida. O indivíduo não apenas dificulta para seu ofensor a retomada do caminho de encontro a Deus, pois não será julgado, mas se afasta ela própria Dele ao fugir da realidade do fato.

[40] RADBRUCH, 1979, p. 335.
[41] RADBRUCH, 1979, p. 336.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

CONCLUSÕES

O encerramento, assim como o restante deste texto, não poderia se dar senão no plural. Acreditamos que esse seja um trabalho não concluso, e quiçá talvez também não conclusivo, devido ao pouco que se tem sobre o assunto da firmeza da verdade aplicada ao Direito. Entretanto, algumas ideias já podem ser tiradas de seu âmago.

A primeira delas é sem dúvida o poder que teorias diferenciadas têm na abertura do Direito, e, por conseguinte, no seu crescimento. Quando Dworkin tratava da expansão do Direito através da consciência do juiz[42], muito provavelmente tinha ideias como a firmeza da verdade em mente. Ideias capazes de se somar ao capital cultural de que esse juiz se utilizou como armas na luta por um Direito mais justo.

A segunda delas tem a ver com iconografia. Buscar novas possibilidades discursivas para o Direito é não apenas uma possibilidade, mas uma necessidade. Recorrendo mais uma vez a Ost, digo que nós, juristas, aprendemos desde muito cedo na faculdade,

> que o Direito se origina no fato: 'ex facto ius oritur'. Para reflexão (...), seria mais exato dizer: 'ex fabula ius oritur' – é da fábula que sai o Direito. Tudo se passa como se, entre toda a gama dos roteiros que a ficção imagina, a sociedade selecionasse uma intriga tipo que ela normativa a seguir sob a forma de regra imperativa acompanhada de sanções. Mas as coisas não param aí: tão logo estabelecidas, essas escolhas são discutidas, matizadas, modificadas – nos bastidores judiciários em particular, que são como a antecâmara de uma legalidade mais flexível [43].

Por essa razão, devemos estar prontos para esse jogo de criação e modificação do Direito; e só existe uma forma, ler para além da *letra da lei*, para além da *vontade do legislador*. Devemos estar prontos para as trocas sinérgicas, para os cheiros, sons, nomes e formas de Deuses, e imagens que se leem de melhor forma pelo método iconológico.

A terceira delas, mais propriamente ligada ao perdão, é a necessidade de definirmos em nosso sistema penal o que vamos entender por perdão. Sem essa definição, permitimos que institutos promotores de justiça sejam deixados de lado. Devemos nesse mesmo sentido estimular o uso do perdão, judicial e extrajudicial, como forma efetiva de busca por pacificação social. Com base na *satryagaha*, é urgente a necessidade de prática do amor incondicional; e a melhor forma de exercê-lo é, justamente, o perdão. Baseados nisso, ou não, possuímos meios jurídicos para trazer esse perdão para o dia a dia dos tribunais; cabe a nós, juristas, portanto, buscar efetivá-los e encontrar justificativas para sua permanência e uso.

Por fim, e de forma fiel ao texto, recorro ao ensinamento de Santo Agostinho, ao falar de Deus –esse nome tão caro a nós ocidentais, quando nos mostra que o sentimento procurado na firmeza da verdade, expresso nos mil nomes de *Vishu*, e tantos outros nomes quantos forem os corações roubados por *Hare*, é um sentimento partilhado por todos os homens, independentemente dos nomes a que clamemos. Diz o Santo, prevendo o futuro, que, neste

> então, Deus será inoperoso no sábado, quando tornar inoperoso em si mesmo aquele mesmo sábado que nós seremos [unidade](...) e esse será o nosso sábado, cujo fim não conhecerá ocaso, mas só o dia do senhor [a verdade], quase em um eterno oitavo dia(...). Aí seremos inoperosos (*vacambes,* inoperosos, porém ativos, e não *vacabundis*) e veremos,

[42] RODRÍGUEZ, 1997, p. 78-90.

[43] OST, 2004, p. 24.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> veremos e amaremos. Amaremos e louvaremos. Esse será o fim sem fim [a realidade]. Qual será o nosso fim senão alcançar o Reino que não tem fim? [Comentários nossos][44].

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *O reino e a glória*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2011.

BERTÚLIO, Dora Lúcia. *Direito e relações raciais*: uma introdução crítica ao racismo. Tese, 1989.

BOSE, Nirmal Kumar. *Selection from Gandhi*. Ahemadabad: Jitendra T. Desai Press, 1948.

CHINMAYANANDA, Swami. *Thousand ways to the transcendental*. Mumbai: Central Chinmaya Mission Trust, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Gandhi, a purificação da vida na verdade e no amor *In*: Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

EASWARAN, Eknath. *Thousand names of Vishu*. Califórnia: Nilgiri Press, 1987.

FISCHER, Louis. *Gandhi*. São Paulo: Círculo do Livro, 2007.

FOUCALT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

GANDHI, Mohandas. *Gandhi*: autobiografia – minha vida e minhas experiências com a verdade. São Paulo: Palas Athena, 2007.

IGUALADA, Manuel Utande. Justicia, derecho, arte. *Boletín de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando*, n. 80, 1º Semestre de 1995.

KRIPALANI, Krishna. *All men are brothers*: life and thoughts of Mahatma Gandhi as told in his won words. Genebra: UNESCO, 1958.

OST, François. *Contar a lei*: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2004.

RADBRUCH, GUSTAV. O indulto. *In*: *filosofia do direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

RODRÍGUEZ, César. Teoria del derecho y decision judicial: en torna el debate de H.L.A. Hart y R. Dworkin. *In*: *La Decision judicial*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.

ROULAND. Norbert. *Antropologie juridique*. 2. ed. Paris: Presses Universitaries de France, 1990.

SEGATO, Rita Laura. *Santos e daiomnes*: o politeísmo afro-brasileiro e a tradição arquetipal. Brasília: Editora da UnB, 1995.

[44] AGAMBEN, Giorgio. O Reino e a glória. São Paulo: Boitempo Editorial, 2011, p. 79.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

A INFLUÊNCIA DA OPINIÃO PÚBLICA NA CRIAÇÃO DE LEIS PENAIS SIMBÓLICAS

THE INFLUENCE OF PUBLIC OPINION ON THE MAKING OF SYMBOLIC CRIMINAL LEGISLATION

Guilherme Lobo Marchioni

Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público. Pós-Graduado em Direito Fundamentais pelo Universidade de Coimbra e IBCCRIM. Advogado.

guilhermemarchioni@gmail.com

Recebido em: 22.07.2015
Aprovado em: 12.06.2018
Última versão do(a) autor(a): 11.06.2019

Resumo: Este artigo científico propõe uma breve análise da opinião pública como controle democrático a partir da consideração de aspectos de Direito Constitucional e Direito Penal. Investiga-se a forma pela qual o Estado, nos atos referentes ao processo legislativo, se adapta à pressão social, e em que medida se compreende a liberdade de expressão e circulação de ideias como circunstância determinante da proliferação desenfreada de leis emergenciais. Discute-se a consequência desse proceder, estabelecendo uma relação entre a opinião pública massificada e a produção da legislação penal, conquanto não raro culmine na elaboração de normas repressivas que apresentam predominância de elementos simbólicos em desfavor do caráter instrumental e técnico-jurídico dos textos legais.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Direito penal simbólico. Opinião pública. Lei penal emergencial. Procedimento legislativo.

Abstract: This article proposes a brief analysis of public opinion and democratic control by analyzing aspects of Constitutional Law and Criminal Law. It investigates how the legislative adapts to social pressure causing the proliferation of laws made with little discussion by the congress, so it can be ready as soon as possible. This article discuss the consequence of this situation, establishing a connection between the public opinion and the development of criminal law, often resulting in the creation of repressive laws that are conceived with a predominance of symbolic elements and contributes to diminish the whole instrumental purpose of criminal law.

Keywords: Freedom of Speech. Symbolic criminal law. Public opinion. Emergency criminal law. Legislative procedure.

Sumário: 1. Liberdade de Expressão e Opinião Pública; 2. Opinião pública como forma de controle democrático; 3. Sensação de insegurança – meios de comunicação e opinião pública; 4. Pressão social como estímulo de legislações penais; 5. Direito Penal simbólico; 6. Considerações finais; 7. Bibliografia.

1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OPINIÃO PÚBLICA

A liberdade de expressão é direito genérico que finda por abarcar um sem-número de formas e direitos conexos, que não pode ser restringido a um singelo externar sensações ou intuições, com a ausência da elementar da atividade intelectual, na medida em que a compreende. Dentre os direitos conexos presentes no gênero liberdade de expressão podem ser mencionados aqui os seguintes: liberdade de manifestação de pensamento; de comunicação; de informação; de reunião; de acesso à informação; de opinião; de imprensa; de mídia e divulgação.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo principalmente tema de interesse público, bem como diferentes assuntos e formas de manifestação de pensamento. Cabe, todavia, de acordo com Leonardo Martins, a seguinte regra hermenêutica: toda vez que uma afirmação de um fato puder ser atribuída a um posicionamento (político-ideológico) daquele que se expressa, estar-se-á diante da expressão do pensamento no sentido contemplado pela Constituição Federal[1].

A caracterização da liberdade de expressão encontra antepassado na liberdade religiosa. Com efeito, após a compreensão acerca da necessidade de garantir-se liberdade religiosa, a partir da tolerância religiosa, é que as demais liberdades se constituíram. A liberdade de crença é a versão religiosa da liberdade de consciência; assim, somente após admitido o exercício de crença é que se desenvolveu a liberdade de expressão.

Nesse sentido, escreveu Luís Roberto Barroso que, para a doutrina brasileira, a liberdade de expressão é como direito fundamental que se destina a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano[2].

Conforme pondera Frank Michelman, só é possível afirmar que a liberdade de expressão está em vigor quando o Estado se abstém de suprimir ou obstruir a liberdade por meio dos próprios atos e leis do Estado[3]. Com base nesta reflexão, a melhor forma de compreendermos a profundidade do direito à liberdade de expressão e manifestação do pensamento no Brasil é consultar a Constituição vigente.

O atual diploma constitucional, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, foi o símbolo da recondução do país a um efetivo Estado Democrático de Direito. Seu texto evidencia a garantia dos direitos fundamentais como preocupação premente do Estado.

> Art. 5º 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, nos termos seguintes: IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

A Constituição vigente, então, cogita da liberdade de expressão de modo direto, principalmente no transcrito art. 5º. É de ressaltar que referida constituição constitui o Brasil como Estado Democrático, calcado no respeito à dignidade humana e observância de direitos fundamentais. Sua concepção democrática apresenta a "proposta de equacionar entre si valores de convivência e inter-relação humana, *v.g.,* igualdade, liberdade, dignidade, e permitir a resolução desses conflitos aberta publicamente aos membros do coletivo social[4]".

A referência no texto constitucional também é explícita no art. 220, tratando especificamente dos meios de comunicação social e da liberdade de imprensa, quando dispõe que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a

[1] MARTINS, 2012, p. 215

[2] BARROSO. Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. *In:* SARLET, 2007, p. 80.

[3] MICHELMAN, Frank I. Relação entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. *In:* SARLET, 2007, p. 51.

[4] SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre estado direito e política. *In:* AMARAL JÚNIOR, 2010, p. 78.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".

Destarte, a liberdade de expressão é, desde há muito, patrimônio indeclinável do Estado Constitucional, direito plenamente consagrado pelo constitucionalismo moderno. Nesse quadro, a liberdade de expressão surge enquadrada pelos objetivos de promoção da igual dignidade e liberdade de todos, estando também a serviço da comunicação dos grupos sociais e da coletividade, com o fim de fazer ouvir a vontade do povo.

A liberdade de expressão, quando consagrada no texto constitucional, denota, portanto, a importância desse direito fundamental. A referida liberdade encontra-se consolidada no texto constitucional por meio dos preceitos do art. 5º, IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição Federal, que asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral.

No intuito de verificar os elementos da liberdade de expressão é oportuna a menção à jurisprudência produzida pela Corte Constitucional.

Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 650, de 28 de novembro de 2011:

> a real consagração da liberdade de expressão, nos termos do art. 5º, IX, da CF, dependeria da liberdade de comunicação social, prevista no art. 220 da CF, de modo a garantir a livre circulação de ideias e de informações, a comunicação livre e pluralista, protegida da ingerência estatal. A respeito, anotou a liberdade de programação como uma das dimensões da liberdade de expressão em sentido amplo, essencial para construir e consolidar uma esfera de discurso público qualificada.

Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 631, de 13 de junho de 2011:

> assinalou-se que a liberdade de reunião, enquanto direito-meio, seria instrumento viabilizador da liberdade de expressão e qualificar-se-ia como elemento apto a propiciar a ativa participação da sociedade civil na vida política do Estado. A praça pública, desse modo, desde que respeitado o direto de reunião, passaria a ser o espaço, por excelência, para o debate. E, nesse sentido, salientou-se que esta Corte, há muito, firmara compromisso com a preservação da integridade das liberdades fundamentais contra o arbítrio do Estado.

Desses entendimentos acerca do direito à liberdade de expressão, consignados em informativo do Supremo Tribunal Federal, dois elementos se destacam: (i) a circulação de ideias possibilitada pelo direito em comento em seu escopo de construir e consolidar "uma esfera de discurso público qualificada", e (ii) a liberdade de expressão como elemento propiciador da participação ativa da sociedade civil na vida política do Estado.

Nessa toada, o direito à liberdade de expressão, aliado ao direito de reunião enquanto instrumento viabilizador desse direito, liga-se intimamente a este direito e ao sistema democrático de governo. Fala-se aqui, portanto, da construção da opinião pública. Consoante Gilmar Mendes e Paulo Branco, a livre opinião pública é fundamental para o controle do exercício do poder e é tributária da garantia da liberdade de expressão e também do direito de reunião, pelo qual

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

se assegura às pessoas a possibilidade de ingressarem na vida pública e interferirem ativamente nas deliberações políticas, pressionando por uma variante de ação estatal[5].

Outrossim, importa fixar desde logo, na lição de Leonardo Martins, que "pensamento" pode ser traduzido por "opinião" em sentido amplo, ou seja, expressar o pensamento significa revelar um juízo de valor a respeito de um dado objeto[6].

Por outro lado, José Afonso da Silva leciona que a liberdade de opinião é subdivisão da liberdade de expressão e resume a própria liberdade de pensamento, em suas várias formas de expressão. Identifica a liberdade de opinião com a liberdade de expressão ao afirmar sobre esta: "trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual da sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro"[7].

A opinião pública, portanto, parece-nos ser, em apertada síntese, a soma das manifestações de pensamento acerca de temas de interesse político. Por meio da opinião pública, portanto, pode a sociedade civil revelar ao Estado o juízo formado sobre os mais diversos assuntos.

Ademais, uma opinião pública é assim definida não só porque é do público, mas também porque interessa à coisa pública, isto é, assuntos que são de natureza pública: o interesse geral, o bem comum, os problemas coletivos.

Giovanni Sartori convida a refletir sobre o significado da palavra opinião na seguinte lição: "opinião é doxa, não é episteme, não é saber ciência; é simplesmente um parecer, um opinar subjetivo, para o qual não se requer prova"[8].

Em termos políticos a efetividade da liberdade de expressão permite um governo fundando na democracia representativa, a qual se caracteriza por um governo da opinião fundado no sentimento de res publica. Sartori completa esta noção afirmando que "para a democracia representativa existir e funcionar, é suficiente que o público tenha opiniões próprias; nada mais, mas também – atenção – nada menos"[9].

2. OPINIÃO PÚBLICA COMO FORMA DE CONTROLE DEMOCRÁTICO

A doutrina constitucional sublinha que "o princípio democrático tem como subprincípio o princípio da democracia comunicativa, estruturado em torno das noções de opinião pública e comunicação cívica e política democrática"[10]. Pretende-se, por esta via, delinear o fato de que a existência no seio da comunidade política de uma opinião pública autônoma funciona como garantia substantiva da democracia.

A garantia da validade e do cumprimento do contrato social depende da possibilidade de livre discussão de todos os assuntos de relevo social e interesse público. Nisso se consubstanciam as referências teorético-políticas ao valor

[5] MENDES; BRANCO, 2012, p. 401. Na referida obra os autores afirmam, em interessante constatação acerca do tema, que *o direito de reunião a céu aberto é mais importante para o processo de formação de opinião pública do que o direito de reunião em salas fechadas.*

[6] MARTINS, 2012, p. 214.

[7] SILVA, 2009, p. 241.

[8] SARTORI, 1999, p. 59.

[9] Idem, ibidem. p. 62.

[10] MACHADO, 2009, p. 74.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

da razão pública e da razão comunicativa numa ordem constitucional livre e democrática. As mesmas dependem da existência de uma esfera de discurso público desinibida, robusta e amplamente aberta, necessária à existência de uma opinião pública autônoma, permanentemente informada a partir de uma estrutura policêntrica de comunicação social[11].

O Estado constitucional, portanto, concebe-se hoje como acordo discursivamente conseguido, estruturado com base no debate aberto, informado e permanente em torno das questões de interesse público.

Nesse sentido, Gilmar Mendes e Paulo Branco afirmam que a liberdade de expressão é enaltecida como instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático (pluralismo de opiniões é vital para a formação da vontade livre)[12].

Sendo assim é indissociável da função democrática da liberdade de expressão a sua função de suporte ao Estado de direito. Essa finalidade apresenta-se intimamente relacionada com a noção de autodeterminação democrática da comunidade política, consubstanciando-se em controle democrático do comportamento dos poderes públicos, tendo em vista a sua conformidade com as decisões democraticamente tomadas pelos órgãos representativos dos cidadãos.

É o que ensina Jonathas Machado:

> verificando-se uma conexão interna entre o princípio democrático e o princípio do Estado de direito, compreende-se que a função de fiscalização *(Kontrollfunktion)*, ou o valor de controle *(checkingvalue)* da atividade governativa, realizada pela liberdade de expressão, possa e deva ser compreendida também por referência a este último princípio. As liberdades da comunicação constituem mecanismos fundamentais de crítica e controle do exercício dos poderes públicos[13].

Neste quadro da função de controle, não é apenas o poder político que está submetido à publicidade crítica democrática, mas todos os poderes sociais, especialmente aqueles que, pelo seu relevo, protagonismo e notoriedade, conseguem conferir às suas atividades ramificações políticas, administrativas, econômicas, sociais e culturais suscetíveis de influenciar o regular funcionamento do sistema.

Dessa forma, os direitos de manifestação do pensamento e comunicação estão em posição central em nosso modelo de democracia, e prova disso são as disposições constitucionais que consagram esses direitos fundamentais, com expressão direta em diversos artigos da Constituição Federal e que permitem à sociedade civil a participação na vida política do Estado como consolidação da democracia.

No regime de governo democrático brasileiro "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente". Não obstante à categórica menção ao exercício do poder por meio de representantes, consoante disposição do art. 1º da Constituição Federal, são variadas as maneiras pelas quais a opinião pública é levada em consideração de forma a transparecer um exercício da democracia realizado em atenção direta à vontade manifestada pelo povo.

[11] Idem, ibidem, p. 73.
[12] MENDES; BRANCO, 2012, p. 370.
[13] MACHADO, 2009, p. 76.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Assim, o sistema de partidos, com o sufrágio universal e a representação proporcional são características elementares da democracia representativa; contudo, outra dimensão integra e convive no sistema do Estado democrático – o princípio participativo da democracia, no qual se presenta a participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo[14].

As primeiras manifestações da democracia participativa consistiram em institutos de democracia semidireta, que combinam instituições de participação direta com instituições de participação indireta, tais como a iniciativa popular, o plebiscito e referendo e ação popular.[15]

Os institutos do plebiscito e referendo representam modos de consulta popular pelos quais o Estado verifica a vontade do povo e a considera na condução de importantes decisões de governo; consequentemente figuram como maneiras pelas quais o exercício da liberdade de expressão da opinião afeta diretamente a elaboração do governo democrático.

O plebiscito visa a decidir previamente uma questão política ou institucional, antes de sua formulação legislativa, quando a opinião pública pode autorizar ou não a formulação da legislação em pauta. Por sua vez, o referendo busca conhecer a opinião popular sobre texto de lei ou emenda constitucional já aprovados, pelos quais a população é consultada para ratificar ou rejeitar a entrada da lei no ordenamento jurídico.

Igualmente importa atenção a provocação popular para produção legislativa por meio da iniciativa popular, consagrada na Constituição Federal em seu art. 61, pela qual a opinião pública se faz ouvir, para diretamente iniciar procedimento para elaboração de lei no congresso nacional. Prevê o dispositivo constitucional que os cidadãos podem apresentar lei de iniciativa popular à Câmara dos Deputados, desde que o texto do projeto tenha sido subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Os institutos acima referidos representam maneiras diretas de intervenção da opinião pública, por meio de atitudes positivas dos cidadãos. Aponta-se, portanto, que a possibilidade de a população expressar opiniões, e que essa expressão tenha capacidade de influir na condução do Estado, ainda que em tese, é pedra de toque do Estado Democrático de Direito.

Temos, entretanto, maneiras diversas pelas quais a manifestação da opinião pública gera outros efeitos, mais sutis, porém com consequências não menos impactantes no destino de um Estado.

Com efeito, a opinião lançada por grandes (ou pequenos, mas relevantes) grupos, cada qual defendendo seus interesses vem a influenciar a maneira como determinado assunto é enfrentado pelo Congresso Nacional. Considerar os interesses dos cidadãos, que têm a manifestação de seus interesses garantido pelo direito à liberdade de expressão, é, evidentemente, parte do processo legislativo.

Luís Roberto Barroso sintetiza a questão exposta, no que concerne à manifestação do pensamento como opinião pública enquanto influenciadora do plano político, nos seguintes dizeres:

[14] SILVA, 2009, p. 141.

[15] A constituição adotou outras formas de democracia participativa, como as consagradas nos art. 10, 11, 31, §3º, 37, §3º, 64, §2º, 194, parágrafo único, VII, 206, VI, 216, §1º.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo portanto uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa[16].

Compreende-se, nesse sentido, a elaboração de leis calcadas na necessidade de apaziguar o clamor da população por respostas estatais aos problemas sociais, representando, consequentemente, uma repercussão política da produção legislativa, hoje em dia efetivada principalmente com base em leis penais, consoante nos ocuparemos a seguir.

3. SENSAÇÃO DE INSEGURANÇA – MEIOS DE COMUNICAÇÃO E OPINIÃO PÚBLICA

Se a opinião pública é um dos elementos que compõe o raciocínio por trás da criação da lei, quando falamos em lei penal o sentimento que desponta na sociedade é o desejo de segurança.

Com relação a esse ponto é salutar a menção à expansão do Direito Penal, que é característica marcante das sociedades pós-modernas. Relacionada com causas profundas da realidade política atual, conforme observa Silva Sánchez, a expansão do Direito Penal deita suas raízes no modelo social, notadamente a partir de novas expectativas que as camadas sociais têm em relação ao papel conferido pelo Direito Penal[17]. Isso culmina na formação de uma demanda social por mais proteção e segurança frente à caracterização da hodierna sociedade de riscos[18].

Ocorre que o alarde dos perigos imanentes à atual sociedade de risco acaba por influir de forma peculiar na opinião pública massificada. O papel das empresas de difusão de informação passa a ser relevante na medida em que possibilita à grande mídia o poder de influir na quebra do monopólio do poder; torna-se a mídia – os *telejornais* – os verdadeiros conselheiros políticos, interferindo nos rumos dos partidos políticos e até dos funcionários ministeriais[19].

Sobre a forma como a opinião pública, dirigida pela grande imprensa, molda os caminhos da democracia não precisamos nos deter largamente, porquanto é fato conhecido. A título de exemplo, o professor italiano Giovanni Sartori, recordando-nos o evento da eleição do presidente Fernando Collor no Brasil: *um pequeno partido organizado à pressa, mas com um forte apoio televisivo*[20]. No contexto da exposição (e exploração) midiática da violência, os meios de comunicação fazem de seus canais campo fértil à exposição sensacionalista de fatos, nem sempre correspondendo à verdade dos fatos, e os exemplos desta prática tendem ao infinito.

É verdade que, para a democracia representativa funcionar, é necessário que exista uma opinião pública que seja realmente do povo e possa exercer influência na condução do Estado. Contudo, como alerta Sartori, "é cada vez

[16] BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. *In:* SARLET, 2007, p. 82.

[17] SANCHEZ, 2002, p. 25.

[18] Cf. BECK, 2011.

[19] LIVIANU, 2006, p. 169.

[20] SARTORI, 1999.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

menos assim, dado que a videocracia está a fabricar uma opinião maciçamente heterodirigida, que aparentemente reforça, mas substancialmente esvazia, a democracia enquanto governo de opinião"[21].

Pierangeli e Zafaroni abordam esse aspecto como uma forma de controle social; nos dizeres desses autores "os meios de comunicação social de massa induzem padrões de conduta sem que a população, em geral, perceba isso como *controle social*, e sim como formas de recreação"[22].

Nesse sentido é, na realidade, a opinião de um grupo qualificado de pessoas, aquelas que têm condições de determinar o conteúdo dos meios formadores de opinião, desde os repórteres, jornalistas, articulistas e colunistas, até os diferentes setores privados, corporativos, políticos e outros que, atuando diretamente sobre os veículos midiáticos, organizam-se para condicionar ou influir em seus conteúdos[23]. E esses formadores de opinião ditam os rumos do pensamento massificado e, por consequência, acabam exercendo influência determinante na produção legislativa.

Assim, os meios de comunicação são construtores de realidade social (ainda que produzindo uma visão simplificada e superficial da realidade), ostentado papel decisivo como instrumento de controle democrático. Desde a criação legislativa, constituem canal privilegiado para a manifestação sobre a justiça penal e, notavelmente, "formam" a opinião pública.

É nesse quadro que o modo como as imagens de violência são propagadas pela mídia cria uma sensação de insegurança generalizada, que culmina no surgimento de um Direito Penal emergencial. O medo é redimensionado, gerando um medo social; fatos cujo impacto é muitas vezes exacerbado pela mídia para chamar atenção do telespectador são repercutidos em veículos de mídia social à exaustão e servem de motivação para atuação reacionária, tanto de uma política criminal desprovida de lógica estratégica quanto para a criação de institutos legais.

A consequência para o Direito Penal é que essa situação confere legitimidade ao figurino da sanção criminal; faz com que a sociedade aceite e clame pela solução de questões de Estado pela utilização de instrumentos legais de viés criminal, como se tal ramo do direito fosse capaz de responder definitivamente às mazelas sociais.

O controle social a ser exercido por meio da opinião pública deve ser analisado com cautela, a fim de que não se verifique o que Habermas adverte: "Se produz uma tensão entre tecnocracia dominante e massa social despolitizada e manipulada, que faz da legitimação uma questão crônica"[24].

4. PRESSÃO SOCIAL COMO ESTÍMULO DE LEGISLAÇÕES PENAIS

O discurso político acerca de segurança pública, então, abandona a imagem recorrente do criminoso como um produto do meio, como pessoa necessitada e desajustada, tornando-se agora uma fonte de medo, mais ameaçadora, como a dos criminosos recalcitrantes, drogados e predadores, para os quais a comunidade em geral possui intensa

[21] SARTORI, 1999, p. 62.
[22] ZAFARONI, 1999, p. 61.
[23] PAIVA, 2009, p. 106.
[24] HABERMAS, Jurgen. *Teoria y práxis*. Barcelona: Alianza, 1995, p. 84, *apud*LIVIANU, 2006, p. 170.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

sensibilidade. Nos dizeres de José Francisco Lyra, "o sentimento piedoso que outrora se identificava com o criminoso deslocou-se para a vítima e para o público atemorizado"[25].

Sobressai-se, portanto, na racionalidade das leis penais da fase pré-legislativa – anterior à produção de texto legal – a maneira como o legislador recebe as informações sociais e interpreta (no plano axiológico) a manifestação das opiniões populares, uma vez que os agentes sociais (opinião pública) noticiam e tornam críveis os riscos da sociedade, reclamando intervenção penal.

De fato, o procedimento de criação das normas é, em última análise, um ato de poder do Estado, que transforma uma demanda individual em coletiva. Sendo assim, a mediação entre as demandas sociais e o poder estatal configura-se no aspecto central de todo o processo de administração dos conflitos por meio do sistema jurídico amplamente considerado.

Nesse contexto, grupos sociais vinculam um desajuste social violento a uma necessidade de intervenção jurídico-penal, fundados no senso comum de que uma lei penal que determine sanções aflitivas é a melhor forma de intervenção estatal contra o crime. Tal ideologia é manejada sob o enfoque de uso político, que desconsidera a racionalidade inerente ao Direito Penal, reverberando em populismo punitivo cujo procedimento é fazer uso do controle penal como estratégia para afrontar problemas sociais[26].

A raiz da questão ora investigada é que, no âmbito da sociedade contemporânea, a sensação generalizada de insegurança, enaltecida pelos meios de comunicação, acaba por converter-se em um discurso de emergência; e, assim, em atenção à pretensão social crescente, o Estado legisla, por meio do Direito Penal, na pretensão de fornecer resposta.

Conforme identifica Giovanni Sartori, "os políticos relacionam-se cada vez menos com acontecimentos genuínos, e cada vez mais com acontecimentos mediáticos, isto é, com acontecimentos selecionados pela videovisibilidade e depois insuflados, e até distorcidos, às vezes, pela câmara". O referido autor discorre sobre aspecto daquilo que denomina videopolítica afirmando que "a televisão privilegia – sem querer, mas também querendo – a emocionalização da política, isto é, uma política reduzida a cachos de emoções"[27].

O perigo que pode ocorrer com a apresentação deformada ou escandalosa das imagens da criminalidade pelos meios de comunicação é o surgimento de um alarme social, exigindo-se uma resposta rápida, o que implica, na maioria das vezes, a expedição de uma legislação emergencial, ou mesmo de uma intervenção violenta, sem a observância dos direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Esse fato acaba por culminar na criação de um Direito Penal destinado, precipuamente, a não atingir suas finalidades declaradas, mas sim fins latentes, o que é característico do momento histórico contemporâneo. Ligados à configuração de nossa sociedade como uma sociedade de risco, em que há prementes necessidades sociais de controle – seja porque, efetivamente, existem riscos novos e de maior magnitude, seja porque a percepção de determinados perigos é, por diversos fatores, aumentada. Diante de um Estado enfraquecido e pressionado, o uso do Direito Penal como

[25] LYRA, 2012, p. 251.
[26] LYRA, 2012, p. 253.
[27] SARTORI, 1999, p. 105.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

resposta de expressão, porém vazia em termos de conteúdo, torna-se uma estratégia política que é cada vez mais frequentemente utilizada.

Ademais, verifica-se que, em se tratando de projetos de lei penal oriundos de casos com grande repercussão nacional, a discussão de mérito no Congresso é deliberadamente ignorada em prol da rápida apresentação de resultados, com o propósito declarado de atender rapidamente aos anseios da opinião pública[28].

Diante desse quadro, a par dos movimentos de restrição do Direito Penal, surgem cada vez mais demandas voltadas a uma ampliação da proteção penal, que ponha fim, ainda que nominalmente, à angústia coletiva[29].

Tal raciocínio é bem complementado por Helena Regina Lobo da Costa, ao afirmar que "o direito penal parece adequar-se perfeitamente às reivindicações escolhidas pela opinião pública, pois fornece a necessária carga de atenção pública para fortalecer o valor em questão"[30].

A esse direito decorrente do apaziguamento da opinião pública podemos denominar, com Ana Elisa Bechara, Direito Penal de Emergência, uma forma de legislação penal marcada pela perda do caráter subsidiário e fragmentário e pela missão de instrumento político de segurança do Direito Penal. Nessa linha, as normas elaboradas a partir dos discursos de emergência integram um Direito Penal simbólico, cujo objetivo é, antes de buscar soluções efetivas, demonstrar a especial importância outorgada pelo órgão legislador aos aspectos de comunicação política a curto prazo na aprovação social das normas correspondentes[31].

5. DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Segundo Claus Roxin

> as leis penais simbólicas não buscam a proteção de bens jurídicos. Entendo como tipos penais simbólicos as leis que não são necessárias para o asseguramento de uma vida em comunidade e que, ao contrário, perseguem fins que estão fora do Direito Penal como o apaziguamento dos eleitores ou uma apresentação favorecedora do Estado[32].

A este respeito, o renomado jurista Winfried Hassemer esclarece que o simbolismo na legislação penal subverte a razão do direito repressor, um direito penal simbólico é aquele no qual funções ocultas (tal qual o atendimento ao clamor público), predominam sobre as funções manifestas da determinada lei penal e da própria lógica do Direito criminal, qual seja, a proteção de bens jurídicos.

> Simbólico en sentido crítico es por consiguiente un Derecho penal en el cual las funciones latentes predominen sobre las manifiestas: del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos que los descritos en la norma. Como ello se entiende – como ya expresa la determinación del concepto – por funciones manifiestas llanamente las condiciones objetivas de realización de la norma, las que la propia norma alcanza en su formulación: una regulación

[28] PAIVA, 2009, p.149.
[29] BECHARA, 2008
[30] COSTA, 2010.
[31] BECHARA, 2008.
[32] ROXIN, 2013.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

del conjunto global de casos singulares que caen en el ámbito de aplicación de la norma, esto es, la protección del bien jurídico previsto en la norma[33].

Por conseguinte, uma lei só é lei simbólica – na expressão da efetividade – quando ela própria figura especialmente como símbolo, quando a lei em si se torna um sinal muito mais importante do que a conduta por ela prescrita. Ou seja, porquanto todas as leis possuem em maior ou menor grau uma dimensão simbólica na tutela do direito que representa, a distorção ocorre na legislação cujas funções simbólicas predominam sobre as instrumentais e técnicas[34].

O caso típico de legislação simbólica seria a de alta efetividade político-simbólica antecipativa e baixa efetividade jurídico-normativa material. Quanto maior a pressão relacionada ao problema (pressão da opinião pública ou de grupos de interesses), maior a probabilidade de surgir uma norma simbólica[35]. Igualmente, quanto menores as possibilidades de resolução efetiva do problema (por exemplo, altos custos em comparação com os benefícios ecológicos), maior a probabilidade de se tentar "resolvê-lo" apenas simbolicamente; acrescenta-se que quanto maior a complexidade do problema, maior a probabilidade de surgimento de uma legislação simbólica.

Helena Lobo da Costa, conclui o raciocínio afirmando que, conjugada à presença de outros parâmetros, a aplicação esporádica, pontual e esparsa, geralmente com ampla divulgação midiática é típica da norma simbólica. A autora afirma a respeito que a utilização de tal técnica legislativa, volta-se, de um lado, à satisfação das "necessidades de penalização da opinião pública" e, de outro, a impressionar o cidadão comum"[36].

É fundamental averiguar a presença de algumas das seguintes situações quando do procedimento legislativo: pressão pública, especialmente após escândalos bastante divulgados pela mídia; situações de crise ou apresentadas como tal; interesses eleitorais e proximidade com eleições. Nessas hipóteses, o legislador (ou o Poder Executivo) busca dar uma resposta ao mesmo tempo rápida e que deixe transparecer o máximo de seriedade no trato com a questão. A lei penal surge, pois, como demonstração de prontidão, capacidade de ação e presteza, transmitindo a mensagem de *resolução* da situação problemática. Especialmente nos casos de leis de crise ou leis álibi, o estudo do momento da criação da norma fornece um bom indicativo da presença do direito penal simbólico[37].

Dessa concepção é exemplo a extensão legislativa que se emprestou à conceituação de crimes hediondos, como resultado de uma política criminal fortemente simbólica. Sobre ampliação dos crimes considerados hediondos – o que não se está aqui a discutir profundamente, mas de oportuna ilustração –, explicam Gilmar Mendes e Paulo Branco que

[33] HASSEMER, 1991, p. 23-36.

[34] Cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 26: *Evidentemente, a distinção entre a função instrumental, expressiva e simbólica só é possível analiticamente, na prática dos sistemas sociais estão sempre presentes estas três variáveis. Porém, quando se afirma que um pleno de ação tem função simbólica instrumental ou expressiva, quer-se referir à predominância de uma dessas variáveis, nunca de sua exclusividade. Assim é que a legislação simbólica aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental.*

[35] COSTA, 2010, p. 124.

[36] Idem, ibidem, p. 121.

[37] Idem, Ibidem, p. 120.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> todos os crimes mais graves ou que provocam maior repulsa na opinião pública passam a ser tipificados como crimes hediondos e, por conseguinte, exigem o cumprimento de pena em regime inicialmente fechado. Os direitos básicos do apenado a uma individualização são totalmente desconsiderados em favor de uma opção política radical[38].

Nessa toada, a lei dos crimes hediondos foi promulgada em um desses momentos sociais, nos quais se faz presente uma repulsa da opinião pública sobre temas penais, e em que se identifica algo como uma dramatização intencional do fenômeno da criminalidade. Estimulado o sentimento de insegurança do cidadão comum em face da delinquência, decorre a justificação de incremento do controle da sociedade civil pelo Estado, através do reforço constante do aparato repressivo. No entanto, conforme retrata Antônio Magalhães Gomes Filho, a exigência popular de recrudescimento da legislação penal pouco pode alcançar o objetivo desejado, com efeito,

> a lei que definiu os crimes hediondos contém nítido caráter sensacionalista, até porque o estudo da ciência penal e da criminologia demonstra que o problema da criminalidade, urbana e rural, é por demais complexo para ser resolvido apenas por uma lei rigorosa, que impede a concessão de liberdade provisória, que dobra penas, dobra prazos para o encerramento do processo etc. [39].

Corroboram esta reflexão considerações de Miguel Reale Júnior, que, evidenciando o caráter simbólico da legislação sobre crimes hediondos, afirma ter sido

> uma resposta penal de ocasião, para dar satisfação diante do sequestro de Roberto Medina, sem que o legislador sopesasse as vantagens em matéria de execução de pena das limitações impostas, que quebram o sistema do Código Penal, com a exigência de cumprimento integral da pena no regime fechado, gerando-se uma esfera no meio prisional, que não tem nada a perder. O importante, no entanto, é verificar que, editada a lei bem mais rigorosa, aumentaram vertiginosamente os sequestros, a mostrar nenhuma correspondência entre a gravidade da pena e redução da criminalidade[40].

Na mesma linha, Alberto Silva Franco, ao discorrer sobre a elaboração da lei dos crimes hediondos, denuncia "o clima emocional, em que os mecanismos de pressão, e, em especial, os da mídia, atuavam sem peias, não poderia realmente causar espécie a aprovação de um texto legislativo tão inçado de impropriedade e tão rico de contradições e de conceitos penais levianos[41].

Um interessante exemplo pontual a ser mencionado é a alteração da legislação sobre falsificação, corrupção, adulteração de produtos alimentícios ou de produtos para fins terapêuticos ou medicinais, "posta a nu, de modo gritante nas televisões e nos jornais no segundo trimestre do ano de 1998, necessitava ser equacionada e, como de hábito, o Direito Penal foi chamado a exercer seus poderes mágicos"[42]. Nessa questão, no magistério de Alberto Silva Franco,

[38] MENDES; BRANCO. 2012, p. 678
[39] GOMES FILHO, 1991, p.1.
[40] REALE JÚNIOR, 1992, p. 275.
[41] FRANCO; LIRA; FELIX, 2011, p. 162.
[42] Idem, ibidem, p. 176-177.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> o legislador preferiu recorrer de pronto – e de modo puramente simbólico – à exacerbação punitiva em algumas hipóteses já previstas no Código Penal, e criou, em outras cominações de pena, até então inexistentes, e cuja desproporcionalidade com a gravidade do fato chega às raias do absurdo. Sob vários ângulos, portanto, a Lei 9.677/98, em nome de um falso eficientismo, entra em confronto com a Constituição Federal, dando mostras que o legislador continua na sua tarefa de implodir o Código Penal, retirando-lhe o mínimo de coerência e de unidade que um sistema penal deve possuir[43].

É assim, portanto, possível destacar que o Direito Penal emergencial, de características simbólicas, tem relação estreita com transformações sociais e o impacto do vertiginoso crescimento da livre circulação da opinião pública, contando entre esses elementos o protagonismo desmedido dos meios de comunicação social e o deslocamento acentuado do âmbito de resolução dos diversos dilemas valorativos sociais para o plano jurídico-penal. Porquanto nesse ramo do Direito é conferida atenção significativa pela população, ao expressar o desejo público de verificar uma resposta perceptível, ainda que carregando falsa noção da efetividade dessa resposta, seu emprego fortalece o ideal social e preenche a necessidade de política de apresentar solução, qualquer que seja ela, e mesmo se ineficaz.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com efeito, o Direito Penal parece adequar-se às demandas propagadas pela liberdade de opinião pública, eis que fornece a necessária carga de atenção pública para fortalecer o valor em questão; contudo, a sua utilização pode prejudicar a própria lógica do Direito Penal.

Por óbvio, não se está aqui a criticar a livre circulação da opinião. De fato, não se pode perder de vista que a liberdade de expressão, consagrada na Constituição Federal, é pressuposto do Estado Democrático e Direito fundamental, imprescindível à realização da dignidade humana.

Tampouco se pretende condenar a grande mídia – ainda que a opinião pública seja por ela manipulada –; o direito à informação é por demais necessário à construção do pensamento político; de fato, o sensacionalismo deletério dos meios de comunicação se faz ônus da modernidade que não demanda solução, mas compreensão.

Deveras, a questão trazida a lume que merece reflexão reside na influência particular da opinião pública massificada e heterodirigida no processo legislativo, capaz de comprometer a lisura da reflexão nas discussões parlamentares de projetos de leis, bem como de impedir maiores sopesamentos sobres os assuntos votados; e pode, até mesmo, obstar o exercício da convicção do legislador, suplantando a racionalidade legislativa.

Permitimo-nos, em sede de conclusão, uma salutar referência com o propósito de retratar a fragilidade do processo legislativo enquanto procedimento controlado pela opinião pública conduzida pela mídia. Em manifestação que transparece a influência da opinião pública (e da mídia) no processo legislativo, afirmou um parlamentar, durante sessão no Congresso Nacional na qual se debatia a aprovação de importante legislação criminal, o seguinte:

> O SR. PLÍNIO DE ARRUDA SAMPAIO – Sr. Presidente, quero fazer uma proposição, com vistas a um entendimento. Todos sabemos da responsabilidade que temos perante a opinião pública de votar rapidamente uma lei que agrave a punição dos crimes de sequestro para extorsão de dinheiro (...) Por uma questão de consciência, fico um pouco preocupado em dar meu voto a uma legislação que não pude examinar. Se o projeto se limitasse ao crime de sequestro para extorsão de

[43] Idem, ibidem, p. 180.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> dinheiro, sobre o qual há consenso do Plenário, poderíamos aprová-lo desde já (...) Será que não haveria possibilidade de votar outra matéria antes? Daqui a uma hora, leremos novamente essa matéria com calma e então poderemos votá-la. Tenho todo o interesse em votar a proposição, mas não quero fazê-lo sob a ameaça de, hoje à noite, na TV Globo, ser acusado de ser a favor do sequestro. Isso certamente acontecerá se eu pedir o adiamento da votação. (Diário do Congresso Nacional, 29.06.1990, seção I, p. 8233)

Do excerto (mesmo que se discorde da conduta do parlamentar ou se desacredite seus receios) o mero fato de o temor do juízo condenatório da opinião pública ter sido invocado na discussão, como fundamento para a urgente necessidade de votação de uma lei, ainda que sem a devida meditação, sustenta o argumento do presente artigo.

Portanto, em decorrência das demandas alardeadas pela mídia e, então, defendidas pelo povo no uso de sua liberdade de expressão, temos um processo legislativo desmedido e carente de discussão, realizado às pressas para atender pressões sociais numa lógica evidentemente populista.

Se por um lado é importantíssimo que a elaboração das leis no Estado Democrático se faça em conformidade com a opinião pública, é também razoável que tais leis sejam entregues ao povo com qualidade. Contudo, acabam por servir de engodo político para apaziguar a opinião pública.

De outro lado, situações que poderiam (ou deveriam) ser solucionadas por meio de políticas públicas são tuteladas pelo meio rápido e econômico da apresentação de leis, principalmente leis penais que conferem ao público a impressão de que o Estado cumpriu seu papel.

Ora, se o Direito Penal nasce como estratégia política, desde o início apresenta-se como norma simbólica; sua aplicabilidade é demovida a segundo plano. Nesse sentido, a seriedade com a qual se reveste a efetividade e justeza do Direito Penal se vê, então, desautorizada por uma lógica exclusivamente simbólica.

Ocorre que o Direito Penal não pode contentar-se a funcionar como instrumento simbólico ou mesmo inútil. O alerta é o seguinte: tranquilizador à sociedade não é ter um simbolismo penal respaldado em um sistema cientificamente construído; porquanto, na verdade, a insegurança jurídica gerada pela presença de um Direito Penal meramente simbólico supera a suposta segurança social dele oriunda.

Destarte, se a livre circulação de ideias, garantida pela Constituição, é base para o funcionamento do regime democrático, é correto que o Estado, por seu turno, admita a consideração da opinião pública na condução de atos de governo. Contudo, deve fazê-lo de maneira real e efetiva e, quando o caso, buscar na expressão do povo a base para fundamentar a motivação das normas elaboradas pelos legisladores, sempre, porém, com a devida prudência na apresentação dessas leis, para que não findem em legislações com fundamento meramente simbólico.

Mais ainda, há que se evitar a construção de legislação penal de emergência, instaurada com o único propósito de apaziguar a opinião pública; precisa-se, sim, atender aos anseios sociais por meio de atos de governo eficazes e normas repressivas a propósitos indispensáveis que possam, efetivamente, proteger os bens jurídicos mais importantes e garantir a necessária segurança social.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

7. REFERÊNCIAS

BECHARA, Ana Elisa. O discurso de emergência e o comprometimento da consideração sistêmica do direito penal. *Boletim do IBCCrim,* n. 190, setembro de 2008.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANCO. Alberto, Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar.* São Paulo: Saraiva, 1991.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado: revista hispanolatinoamericana,* n. 1, p. 23-36, 1991.

LIVIANU, Roberto. *Corrupção e direito penal*: um diagnóstico da corrupção no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoeisis do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de expressão, interesse público e figuras públicas equiparadas. *Boletim da Faculdade de Direito,* v. LXXXV, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009.

MARTINS, Leonardo. *Liberdade e estado constitucional:* leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Acadêmica, 1994.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *A fábrica de penas*: racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A expansão do direito penal*: aspetos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais, informática e comunicação*: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARTORI, Giovanni. *Homo videns:* televisão e pós-pensamento. Tradução Simonetta Neto. Lisboa: Terramar, 1999.

SCHAFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais:* do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre estado, direito e política. *In:* AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Avanços e retrocessos*. Estudos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

TAVARES. André Ramos. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro* – parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

AS FALHAS DA PRISIONIZAÇÃO: A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMO FOMENTADORA DA VIOLÊNCIA

THE FAILURES OF PRISONIZATION: THE PRIVATIVE PENALTY OF FREEDOM AS A PROMOTER OF VIOLENCE

Mariana Suzart Paschoal Ferreira

Mestranda em Direito Penal, Filosofia do Direito e Interdisciplinaridade na Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduanda em Direito Processual Penal pela Faculdade Internacional Signorelli. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada.

marianasuzart.pf@gmail.com

Vitor Eduardo Lacerda de Araújo

Mestrando em Direito Penal, Filosofia do Direito e Interdisciplinaridade na Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado Corporativo.

vitore.lacerda@gmail.com

Recebido em: 11.02.2019
Aprovado em: 22.03.2019
Última versão do(a) autor(a): 12.06.2019

Resumo: Segundo a posição majoritária da doutrina penalista brasileira, a pena, especialmente a privativa de liberdade, tem como funções precípuas a retribuição e a prevenção do cometimento de novos delitos. Todavia, as condições precárias do ambiente carcerário, o contexto de constantes abusos, a estigmatização, dentre outros fatores, são responsáveis por fomentar a geração de mais violência, dificultando ou até mesmo impossibilitando a ressocialização do apenado. Desse modo, a pena privativa de liberdade não é apta à prevenção ou à preparação do agente para a vida em sociedade, mas tão somente retribui o ato delituoso com um mal igual ou maior ao por ele perpetrado. Nesse contexto, a Psicologia Social, que se dedica ao estudo do poder das circunstâncias e seus impactos sobre o comportamento humano, revela que um ambiente tóxico, tal qual o prisional, amplifica o cometimento de crimes. Assim, procura-se demonstrar, por meio de um paralelo com o consagrado experimento da Prisão de Stanford de Philip Zimbardo, os males da prisionização e a ausência de benefícios sociais advindos da utilização da pena privativa de liberdade, ao menos nos moldes como é empregada no Brasil, trazendo como alternativa ao cárcere a opção pela redução da prisionização.

Palavras-chave: Prisionização. Pena Privativa de Liberdade. Experimento da Prisão de Stanford. Conformidade Social. Ressocialização.

Abstract: According to the majority position of the Brazilian criminal doctrine, the punishment, especially the custodial sentence, has as its primary functions the retribution and prevention of the commission of new crimes. However, the precarious conditions of the prison environment, the context of constant abuses, stigmatization, among other factors, are responsible for fomenting the generation of more violence, making it difficult or even impossible to re-socialize the grieving. Thus, deprivation of liberty is not apt for the prevention or preparation of the agent for life in society, but only rewards the criminal act with an equal or greater evil than the one for him perpetrated. In this context, Social Psychology that is dedicated to the study of the power of circumstances and its impacts on human behavior, reveals

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

that a toxic environment, such as prison, amplifies the commission of crimes. Thus, this article tries to demonstrate, by a parallel with the consecrated Stanford Prison Experiment of the of Philip Zimbardo, the ills of the prision and the absence of social benefits coming from the use of the custodial sentence, at least in the mold as it is used in Brazil, bringing as an alternative to the jail the option for the reduction of the imprisonment.

Key Words: Imprisonment. Custodial Sentence. Stanford Prison Experiment. Social Compliance. Resocialization.

Sumário: 1 Introdução. 2 A pena privativa de liberdade no Brasil. 3 O experimento da Prisão de Stanford: Um paralelo com a realidade carcerária. 4 A conformidade social. 5 A influência da conformidade social no ambiente carcerário. 6. A prisionização como causa geradora de crimes e impossibilitadora de ressocialização. 7 Alternativas ao sistema prisional retributivo. 7. 1. Analogia da quarentena. 7.2. A teoria negativa ou abolicionista da pena. 8. Considerações Finais. 9 Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Diante do enorme contingente carcerário existente no Brasil, o qual se posiciona entre as cinco populações prisionais mais volumosas do mundo[1], torna-se imperioso investigar quais os impactos que a prisionização traz ao encarcerado, bem como à sociedade de maneira geral. O Direito Penal brasileiro sustenta como funções conferidas à pena privativa de liberdade a retribuição e a prevenção.

As novas descobertas realizadas pela Psicologia Social, responsável pela investigação do comportamento humano e das causas que o determinam, apontam, todavia, para o sentido de que as diretrizes ditadas pelas teorias da pena não condizem com a realidade dos resultados produzidos no interior das prisões brasileiras. Isso porque o ambiente carcerário, para além de embrutecer o apenado e torná-lo ainda mais propenso ao cometimento de violências, dificulta, sobremaneira, sua reabilitação para o retorno à vida em sociedade. Desse modo, o objetivo da pena privativa de liberdade é, na prática, ainda que veladamente, apenas retribuir o mal cometido pelo condenado.

Nesse cenário, inicialmente, será tecido um panorama acerca das teorias e funções tradicionalmente conferidas à pena privativa de liberdade no Brasil, introduzindo o questionamento acerca da pertinência da referida espécie de pena no tocante à eficiência e aos benefícios para a sociedade.

Em seguida, são delimitados os aspectos gerais acerca da dinâmica do Experimento de Stanford idealizado e executado por Philip Zimbardo e que, enquanto simulação das circunstâncias vivenciadas em uma prisão, foi utilizado como parâmetro para evidenciar os males da prisionização. Ressalte-se que o experimento explanado, em razão dos importantes resultados acerca dos efeitos da prisionização sobre o comportamento humano, será usado como parâmetro para abordar os efeitos negativos que a pena privativa de liberdade produz no apenado e, consequentemente, na sociedade em geral, haja vista a ineficiência dessa espécie de coerção em gerar a reabilitação dos detentos.

Desse modo, a prática indica que a prisionização atua muito mais como geradora de novos delitos do que propicia a inibição da criminalidade. A hostilidade do contexto prisional potencializa a reprodução da violência. Assim, são

[1] WORLD PRISON BRIEF. Londres: *Institute for Criminal Policy Research*. Londres: Birbeck University of London, 2018. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All>. Acesso em: 3 fev, 2018.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

necessárias alternativas à aplicação da pena privativa de liberdade, quais sejam, a analogia da quarentena de Derk Pereboon e a teoria negativa da pena, idealizada por Eugenio Zaffaroni.

Visa-se, portanto, demonstrar o poder que as circunstâncias exercem sobre o comportamento humano, revelando que este é fortemente influenciado pelo contexto a que é exposto, assim como pelo papel institucional que lhe é designado pela sociedade.

2. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL

Muito se discute acerca do conceito e da verdadeira função da pena privativa de liberdade. Conforme lição de Eugenio Zaffaroni, a pena delimita o horizonte de projeção do direito penal, ainda que seu conceito esteja longe de ser dotado de precisão[2]. Nesse contexto, a doutrina brasileira, ainda que não seja pacífica sobre o assunto, concorda em sustentar que a pena privativa de liberdade visa a atender duas funções precípuas, quais sejam, a retribuição e a prevenção.

Considerando que cada uma das mencionadas funções da pena e, consequentemente, do Direito Penal, se relacionam diretamente às teorias da pena, cabe, preliminarmente, tecer um panorama acerca destas, em especial das teorias positivas da pena.

A primeira das teorias positivas da pena – para as quais a pena possui uma função positiva, a de produzir um bem para alguém – é a absoluta ou retributivista. Na visão de Cezar Roberto Bitencourt, a característica marcante das teorias absolutas é a concepção da pena como um mal, não como um meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado[3].

Ainda, segundo Luigi Ferrajoli, são absolutas "todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como um "castigo", "reação", "reparação" ou ainda "retribuição do crime"[4], sem ponderar os custos humanos com sua aplicação. Desse modo, as teorias absolutas dizem respeito ao passado, reforçando que o fato delituoso praticado deve ser retribuído de modo proporcional.

No modelo retributivista vigente, alguém é moral e penalmente responsabilizado pela prática de um ato que sabia ser errado, sendo merecedor, portanto, de uma punição[5]. Desse modo, na prática, a noção retributivista permite que o Estado retribua o mal perpetrado pelo agente com outro mal, a pena privativa de liberdade, o que justifica a denominação retributivismo.

Ressalte-se que uma segunda vertente das teorias absolutas, ao lado da retributivista mencionada, é a teoria da expiação do agente. De acordo com essa noção, hoje tida como uma compensação da culpabilidade[6], a pena seria uma reparação, uma correspondência entre a culpabilidade do agente e a sua punição.

---

[2] ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003.
[3] BITENCOURT, 2013, p. 133.
[4] FERRAJOLI, 2002, p. 204.
[5] PEREBOON, 2013.
[6] PRADO, 2004.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Ainda sob o marco de Ferrajoli, a segunda das teorias positivas da pena engloba "todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para o fim utilitário da prevenção de futuros delitos"[7], de modo que os custos de sua aplicação para vítimas, criminalizados e para a sociedade devem ser ponderados. Assim, essas teorias direcionam-se a evitar que as condutas delituosas ocorram novamente e podem ser subdivididas em prevenção geral, especial, negativa e positiva.

Cumpre ressaltar que a prevenção geral tem como objetivo produzir efeitos de prevenção de novos delitos em todos os cidadãos, ao passo que a prevenção especial destina seus efeitos somente sobre o delinquente. Por outro lado, a prevenção negativa diz respeito ao efeito neutralizante da pena, enquanto a positiva, à produção de um efeito benéfico.

A prevenção geral negativa possui um caráter predominantemente intimidatório, buscando-se prevenir a ocorrência de eventos conflituosos por meio da ameaça de sanção cominada pelo tipo penal, seja pela persuasão ou pela efetiva condenação. O condenado é um bode expiatório para ilustrar o que poderá advir aos que delinquirem.

Para a prevenção geral positiva, o Estado é visto como orientador moral[8]. Segundo essa teoria, a pena possui função de integração social, um valor simbólico, e não intimidatório, sobre os não apenados. Um mal é aplicado pelo poder punitivo como um símbolo para reforçar a confiança e o poder do sistema, uma propaganda negativa do próprio crime.

A especial negativa, por sua vez, implica a neutralização ou eliminação do condenado, na medida em que a especial positiva estabelece que a pena é um instrumento para a ressocialização do sujeito, um verdadeiro "instrumento benéfico para a reabilitação do condenado"[9]. Com forte ligação entre direito e moral, remonta às concepções cristãs de que o Estado tem a faculdade de obrigar os homens a serem bons, transformando sua personalidade desviada por meio da aplicação de castigos. Assim:

> Sobre a influência do direito canônico nos princípios que orientaram a prisão moderna, afirma-se que as ideias de fraternidade, redenção e caridade da Igreja foram transladadas ao direito punitivo, procurando corrigir e reabilitar o delinquente[10].

Por meio das mencionadas justificativas ao uso da pena privativa de liberdade no Brasil, a função retributiva da pena, que é a de fato alcançada pelo sistema prisional brasileiro, fica mascarada diante da promessa ilusória da consecução de benefícios sociais. Dessa forma, o próprio significado de pena fica escondido. Conforme lição de Eugenio Zaffaroni,

> A sociedade industrial oculta-lhe até a própria etimologia, pois pena provém da latina *poena*, que tem por origem a voz grega *poné*, que corresponde a vingança, sentido que lentamente se foi acercando ao de dor, do *pain* inglês através da dupla valência ativa: castigar; passiva: sofrer[11].

---

7 FERRAJOLI, 2002, p. 204.
8 Idem, ibidem.
9 Idem, ibidem, p. 221.
10 BITENCOURT, 2011, p. 73.
11 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 91

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Superados os suplícios, tal qual definido por Foucault[12], punições empreendidas no corpo do agente delituoso, verdadeiras barbáries consagradas como forma de expiação: "A limitação temporal da punição confere uma aparência de racionalidade e de ciência à aplicação e administração da dor"[13]. A prisionização, como é sabido, é desagradável, mas o caráter de sanção limitada no tempo a reveste de uma pretensa racionalidade.

A Constituição da República de 1988 consagra a vedação à submissão de indivíduos a tortura e a tratamento desumano ou degradante[14], bem como a proibição de penas cruéis[15]. Estabelece, por fim, que "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado", conforme redação do artigo 5º, inciso XLVIII.

Cabe indagar, entretanto, se a escolha pela aplicação da pena privativa de liberdade é, realmente, a forma de coerção mais eficaz à prevenção de novos delitos ou se tão somente atende à função retributiva. A atual estrutura e condições carcerárias do país não são aptas a desenvolver uma função social, funcionando apenas como um ambiente que fomenta o cometimento de novos delitos.

Desse modo, "As prisões podem ser lugares brutalizantes, que invocam o pior da natureza humana. Elas produzem mais violência e crime do que fomentam a reabilitação construtiva"[16], haja vista as profundas consequências psicológicas causadas pela prisionização na pessoa do encarcerado, geradoras de desequilíbrios em sua saúde física e mental.

3. O EXPERIMENTO DA PRISÃO DE STANFORD: UM PARALELO COM A REALIDADE CARCERÁRIA

O experimento da Prisão de Stanford, idealizado e empreendido por Philip Zimbardo, em 1971, teve como objetivo inicial o estudo da psicologia do aprisionamento, a investigação dos efeitos de um conjunto de variáveis situacionais sobre o comportamento de sujeitos comuns interpretando os papéis de prisioneiros e guardas que lhe foram atribuídos em uma prisão simulada.

Para tanto, procedeu-se à reprodução de um experimento, no porão do Departamento de Psicologia da Universidade de Stanford, o mais próximo possível da realidade vivenciada em uma prisão. As celas foram construídas de modo a recriar o contexto de anonimato característico das prisões, sem nenhuma mobília que não os três catres posicionados lado a lado em um espaço de três metros por três metros e meio. As portas foram trocadas por grades de ferro, cada uma delas contendo a numeração da cela. A ausência de iluminação natural, contando apenas com a proveniente das luzes de neon instaladas, contribui para a criação do efeito soturno das prisões. Finalmente, um pequeno closet utilizado pela Universidade para fins de armazenamento, foi transformado na solitária, chamada de "O Buraco", na qual os prisioneiros transgressores seriam punidos por suas desobediências.

[12] FOUCAULT, 1987.
[13] PACHECO, 2018, p. 75.
[14] Art. 5º, inciso III, *Constituição Federal*: "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;".
[15] Idem, inciso XLVII, *Constituição Federal*: não haverá penas: [...] e) cruéis.
[16] ZIMBARDO, 2013, p 293

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Os guardas e prisioneiros foram selecionados dentre um grupo heterogêneo de aproximadamente cem estudantes universitários de classe média, que responderam aos anúncios veiculados em jornais, os quais prometiam uma recompensa de quinze dólares por dia de participação no experimento. A fim de atestar que todos os selecionados fossem os mais "normais" possíveis, isto é, não apresentassem instabilidades físicas, emocionais ou maior propensão ao crime, foram realizados testes de personalidade e de saúde.

Na sequência, os voluntários recrutados – frise-se, estudantes de classe média – foram aleatoriamente divididos entre guardas e prisioneiros. Os primeiros foram chamados para o Departamento de Psicologia de Stanford, local onde a falsa prisão foi montada, receberam um uniforme do Exército e uma breve orientação sobre o que era esperado de sua atuação[17].

Em contrapartida, os nove voluntários prisioneiros são um a um detidos em suas residências por policiais verídicos que contribuíram com o experimento e conduzidos vendados até a falsa prisão de Stanford, onde começa o processo de ruptura da identidade pessoal; sendo-lhes "distribuídos os uniformes, cada prisioneiro é pulverizado com talco, sob o pretexto de eliminar piolhos, para livrá-lo de parasitas que podem ser trazidos para dentro e contaminar o espaço da nossa cadeia"[18], bem como são apresentados às regras prisionais.

Ao longo dos dias, as tensões entre guardas e prisioneiros se acirraram. Punições eram voluntariamente aplicadas pelos estudantes encarregados do papel de agentes penitenciários. Em trinta e seis horas de falsa prisão, o primeiro prisioneiro precisa ser libertado em razão de um colapso nervoso, no qual avisou que estava disposto a fazer o que fosse necessário para deixar o ambiente prisional, inclusive cortar os pulsos; o "detento" Doug-8.612 é liberado[19].

Passados três dias na falsa prisão, novas crises ocorrem. O voluntário Stew-819 apresenta aparência física de esgotamento, acessos de fúria e incessante dor de cabeça. O Superintendente o encontra recurvado em um corpo trêmulo e histérico[20], pelo que precisa ser dispensado imediatamente, mesmo contra sua vontade.

No dia seguinte às mencionadas dispensas, apenas quatro dias após o começo da experiência, os prisioneiros que permanecem na prisão parecem não mais se recordar que a experiência de perda de liberdade é uma experimentação da qual podem sair a qualquer momento e passam a agir como verdadeiros apenados. Durante uma suposta audiência perante o Conselho que poderia lhes conceder liberdade condicional, a maioria dos presos preferia abrir mão da remuneração pactuada em troca de deixar o experimento. Embora não mais desejassem permanecer na falsa prisão, nenhum dos prisioneiros foi capaz de exigir o fim do contrato e sua liberdade.

Constatou-se que, na verdade, "Nenhum prisioneiro relatou mais tarde ter sequer cogitado que poderia abandonar o experimento, porque, na prática, todos eles pararam de pensar em suas experiências como apenas um experimento"[21].

---

[17] Zimbardo, nesse ponto, especifica qual foi o tipo de orientação genérica que foi dada aos guardas nas seguintes palavras: "(...) tudo o que fizemos foi dar a eles uma breve orientação; nenhum treinamento específico sobre como atuar em seus novos papéis. O principal é que mantenham a lei e a ordem, não pratiquem nenhuma violência contra os prisioneiros, e não permitam nenhuma fuga. Também tentei transmitir-lhes o tipo de disposição mental de impotência dos prisioneiros que desejamos criar nesta prisão". (ZIMBARDO, 2013, p. 59).

[18] ZIMBARDO, 2013, p. 71

[19] Idem, ibidem, p. 122

[20] Idem, ibidem, p. 160

[21] Idem, ibidem, p. 209

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Por fim, mais duas liberações foram realizadas ao final do quinto dia. Os encarcerados Rich-1.037 e Jim-4.325 apresentaram sintomas similares aos dos anteriormente "libertados".

Diante da seriedade crescente dos abusos cometidos pelos falsos guardas e das graves perturbações de ordem física e mental provocadas nos detentos fictícios, Philip Zimbardo, em seu papel de superintendente da Prisão de Stanford, opta por antecipar o encerramento do experimento, pondo fim à simulação em seu sétimo dia, e não ao final das duas semanas conforme inicialmente planejado. Em suma, apesar de a atmosfera da Prisão de Stanford ser evidentemente mais humanizada, limpa e cômoda do que a da maioria das prisões reais, os voluntários destinados ao papel de prisioneiro não resistiram às privações e à pressão típicas da restrição de liberdade.

Importante destacar a relevância da escolha de estudantes universitários ordinários, ao invés de indivíduos com problemas com a lei ou, tampouco, da observação de apenados em um estabelecimento criminal. O ponto-chave dessa escolha consiste em explorar do ponto de vista psicológico por quais mudanças um ser humano passa durante o processo de se tornar um encarcerado. Isto é, analisar se o indivíduo assume o papel que lhe é designado pela sociedade, podendo, por vezes, incorporar uma identidade diversa da que lhe é própria, em uma manifestação latente de conformidade social.

Ressalte-se que o experimento da Prisão de Stanford, ainda que tenha sido duramente criticado pela ausência de observância aos procedimentos éticos, constitui um experimento empírico que demonstra como seres humanos reagem diante da vivência do encarceramento, o que pode ser replicado em qualquer microssistema de pessoas frente a situações semelhantes.

4. A CONFORMIDADE SOCIAL

O fenômeno da conformidade social pode ser usado para a manutenção da paz social, e como ferramenta para instauração do caos[22]. A pressão social e o desejo de se sentir parte de um grupo levam o indivíduo a ter comportamentos que provavelmente não teria caso estivesse sozinho.

Conforme ensinamento de David Myers:

> Conformidade não é apenas agir como outras pessoas agem, mas também ser afetado pela forma como elas agem. É agir ou pensar de uma maneira que difere de como você agiria ou pensaria se estivesse sozinho. Assim, conformidade é uma mudança de comportamento ou de crença para concordar com os outros. Quando, em meio a uma multidão, você se levanta para aplaudir um gol de vitória, você está se conformando? (...) A chave é se o seu comportamento e suas crenças seriam os mesmos fora do grupo. Será que você se levantaria para aplaudir o gol caso fosse o único torcedor na arquibancada? [23]

[22] "A conformidade é uma coisa boa ou ruim? Essa pergunta não tem uma resposta cientifica. Pressupondo os valores que a maioria de nós compartilha, podemos dizer que a conformidade às vezes é ruim (quando leva alguém a dirigir embriagado ou participar de comportamento racista), às vezes é boa (quando inibe as pessoas a furarem uma fila) e às vezes é inconsequente (quando dispõe tenistas a se vestirem de branco)." (MYERS, 2014, p. 162).

[23] MYERS, 2014, p. 162.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Evolutivamente, a conformidade favorece a vida do indivíduo, na medida em que não seria conveniente para um sujeito se posicionar, frequentemente, contra a opinião de seus aliados[24]. Desse modo, reproduzir o comportamento do grupo geraria uma espécie de proteção ao sujeito conformado.

Ademais, a conformidade também se mostra útil em situações desconhecidas. Diante de um contexto no qual o sujeito não sabe previamente como se portar, o mimetismo, ato de procurar nos outros sinais de como agir, é um instrumento vantajoso.

Por outro lado, o desejo de ser aceito e valorizado pelo grupo social, bem como o medo da rejeição, podem levar uma pessoa a comportamentos extremos, por vezes, a atrocidades. A influência normativa, isto é, o ato de "acompanhar o grupo" para evitar rejeição, manter-se nas boas graças das pessoas ou obter sua aprovação"[25] possui grande impacto sobre o indivíduo.

Ressalte-se que, conforme estudos de Leslie Janes e James Olson Janes constataram, por meio de experimento empírico, que os "participantes que assistiram a vídeos de ridicularização de terceiros foram mais conformistas e tiveram mais medo de falhar do que aqueles que assistiram a vídeos de autorridicularização ou de nenhuma ridicularização" (tradução nossa)[26]. O referido estudo indica, portanto, que a influência normativa tem um impacto maior em indivíduos que acabaram de observar outros sendo enjeitados pelo grupo social, de modo que presenciar a rejeição social faz com que os sujeitos se tornem mais conformistas.

Dessa forma, a conformidade social se torna um poderoso instrumento de modelação dos comportamentos:

> Esse medo de rejeição, quando se deseja a aceitação, pode debilitar iniciativas e negar a autonomia pessoal. (...) a ameaça imaginada de ser atirado para fora do grupo pode levar algumas pessoas a fazer praticamente qualquer coisa para evitar esta terrível rejeição. As autoridades podem ordenar obediência total, não por meio de punições ou recompensas, mas por meio dessa arma de dois gumes: o encanto da aceitação unido à ameaça da rejeição"[27].

Além disso, é notório que os indivíduos tendem a assumir os papéis que lhes são designados pela sociedade, em detrimento de sua própria identidade. Em outras palavras, pessoas comuns se adaptam a cenários institucionais[28]. Dessa maneira, os papéis que são atribuídos pela sociedade a cidadãos comuns transformam-se em verdadeiras profecias autorrealizáveis porquanto "uma pessoa ao acreditar na possibilidade da ocorrência de determinados eventos contribui para que de fato eles ocorram sem perceber sua participação *[para a ocorrência desses fatos]*"[29].

[24] HAIDT, p. 814-834, 2001.

[25] ZIMBARDO, 2013, p. 179.

[26] Participants who viewed ridicule of others were more conforming and more afraid of failing than were those who viewed self-ridicule or no ridicule.

[27] ZIMBARDO, 2013, p. 364

[28] Idem, Ibidem, p. 122

[29] MYERS, 2014, p. 106

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Ao exposto sobre conformidade social, pode-se somar a obediência cega à autoridade, uma forma menos sutil de adequação ao grupo. O experimento de Stanley Milgram[30] demonstrou o poder que uma figura de autoridade exerce sobre o comportamento de um indivíduo. A noção, por vezes equivocada, de que a autoridade que dá o comando tem controle e a expertise sobre o que está ordenando, somado à transferência da responsabilidade do agente para o especialista e ao efeito do "pé na porta", isto é, os aumentos gradativos na voltagem dos choques empreendidos, criam o contexto perfeito para que a submissão irrefletida se manifeste.

À primeira vista pode parecer que os mencionados fenômenos de latente conformidade social têm sua ocorrência restrita ao laboratório experimental. A realidade indica, contudo, episódios frequentes envolvendo tal instituto, conforme se verá a seguir.

5. A INFLUÊNCIA DA CONFORMIDADE SOCIAL NO AMBIENTE CARCERÁRIO

Retomando a temática do citado experimento da Prisão de Stanford, cabe salientar que a atuação da conformidade social pode ser facilmente observada no contexto da falsa prisão, o que evidentemente se reproduz no dia a dia de um presídio ordinário. Isso porque os estabelecimentos carcerários nada mais são do que um recorte das relações sociais cotidianamente experimentadas na vida em liberdade.

Nesse sentido, verificou-se que, gradualmente, guardas e prisioneiros assumiram com muita veracidade as novas identidades que seus papéis demandavam. Os prisioneiros, que, nos primeiros dias na falsa prisão, possuíam uma postura de relaxamento e eram insubordinados em relação às arbitrariedades cometidas pelos guardas tornaram-se deprimidos e submissos. Além disso, em menos de vinte e quatro horas de exposição a condições precárias, tais quais restrições alimentares e de sono, punições coletivas[31] e humilhações, começaram a apresentar os primeiros sinais de perturbações emocionais. Frise-se que as referidas condições aviltantes são inúmeras vezes mais severas na realidade prisional brasileira.

Trazendo a temática para o contexto carcerário brasileiro, em que pese a previsão de garantia de assistência material, saúde, jurídica, educacional, social, religiosa e ainda de apoio para que o egresso se reintegre à sociedade, no Capítulo II, da Lei de Execuções Penais, isso não se concretiza no cotidiano das prisões nacionais. Os maus-tratos perpetrados pelos agentes estatais perpassam por castigos sádicos, insultos, crueldades sem justificativas e torturas.

Por outro lado, a negligência estatal para com as condições carcerárias envolve superpopulação, alimentação inadequada e insuficiente, liberdade para a prática de abusos de ordem sexual, ausência de condições de higiene,

[30] "O experimento de Stanley Milgram, realizado originalmente em 1961, na Universidade de Yale, consistiu em levar sujeitos experimentais a aplicar (falsos) choques elétricos gradativos até o limite de 450 volts em supostos aprendizes inocentes, sob a falsa alegação de se verificar o efeito da punição sobre a aprendizagem. Cerca de vinte experimentos foram realizados envolvendo centenas de indivíduos, pessoas comuns, presumivelmente afeitas aos valores ocidentais e sensíveis à causa científica. Tais indivíduos, de forma consistente, demonstraram um alto índice de submissão à autoridade do pesquisador ao obedecerem à ordem de provocar choques elétricos, com a voltagem máxima, em indivíduos inocentes". (DAHIIA, p. 227, 2015).

[31] "Em seguida, na primeira façanha de suas vinganças coletivas [dos guardas], eles retiram os cobertores das camas das celas, levam-nos para fora do prédio, e arrastam-nos pela vegetação rasteira até que estejam cobertos de espinhos e carrapichos. A não ser que não se incomodem em serem espetados, precisam passar uma hora ou mais retirando os espinhos e carrapichos, se quiserem utilizar os cobertores." (ZIMBARDO, p. 98, 2013).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

o que facilita a proliferação de doenças e a degradação do ser humano, entre outras tantas infrações[32]. Em carta veiculada pela Organização Internacional de Direitos Humanos, *Human Rights Watch*, ao Congresso Nacional, foram comprovadas fortes evidências de cometimento, por agentes penitenciários, de atos de tortura e de maus-tratos a presidiários, ocorridos nos estados de São Paulo, Espírito Santo, Bahia, Paraná e Rio de Janeiro. Os abusos "incluíram espancamentos, ameaças de agressões físicas e de violência sexual, choques elétricos, sufocamento com sacos plásticos e violência sexual"[33,34].

O descaso do Estado para com a garantia de condições dignas na custódia de seus presos, deixando-os totalmente à mercê de um ambiente violento e de constantes abusos fomenta o recrutamento de condenados pelas facções criminosas. Na tentativa de se integrar a um subgrupo social no interior do presídio visando a sua aceitação e, consequentemente, proteção pelo endogrupo, os encarcerados ingressam em facções criminosas e se conformam ao comportamento determinado por esta, tal qual mencionado no tópico anterior.

Ressalte-se que até mesmo fatores físicos, como o calor excessivo causado pela superlotação das prisões, têm efeitos diretos no aumento da irritabilidade e, por conseguinte, da agressividade. Estudos indicaram que oito estudantes americanos homens, quando provocados por um terceiro, em um contexto de exposição a altas temperaturas, tiveram maiores índices de retaliação à provocação sofrida[35].

---

[32] Nesse sentido, Bitencourt elenca as arbitrariedades praticadas dentro dos presídios brasileiros: "De modo geral, as deficiências prisionais compendiadas na leitura especializada apresentam muitas características semelhantes: maus-tratos verbais (insultos, grosserias, etc) ou de fato (castigos sádicos, crueldades injustificadas e vários métodos sutis de fazer o recluso sofrer sem incorrer em evidente violação do ordenamento etc.), superpopulação carcerária, o que leva também a uma drástica redução do aproveitamento de outras atividades que o centro penal deve proporcionar (a população excessiva reduz a privacidade do recluso, facilita a grande quantidade de abusos sexuais e de condutas inconvenientes); falta de higiene (grande quantidade de insetos e parasitas, sujeiras e imundícies nas celas, corredores, cozinhas, etc.), condições deficientes de trabalho, que podem significar uma inaceitável exploração dos reclusos ou o ócio completo, deficiência nos serviços médicos, (...), assistência psiquiátrica deficiente ou abusiva, regime alimentar deficiente; elevado índice de consumo de drogas, muitas vezes originada pela venalidade e corrupção de alguns funcionários penitenciários, que permitem e até realizam o tráfico de drogas; reiterados abusos sexuais, nos quais normalmente levam a pior os jovens reclusos recém-ingressos, sem ignorar, evidentemente, os graves problemas do homossexualismo e onanismo; ambiente propício à violência, em que impera a utilização de meios brutais, onde sempre se impõe o mais forte." (BITENCOURT, p. 163/164, 2011).

[33] "A Human Rights Watch constatou fortes indícios do *envolvimento de agentes estatais em 64 casos de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante ocorridos entre 2010 e o início de 2014 em São Paulo, na Bahia, no Espírito Santo, no Paraná e no Rio de Janeiro*. Obtivemos não somente depoimentos de testemunhas, mas também filmagens, fotografias, laudos periciais e decisões judiciais, entre outras informações e documentos. Além disso, analisamos outros 65 relatos de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante que consideramos coerentes e consistentes com os padrões revelados nos outros incidentes.

Os atos de tortura e de tratamento cruel, desumano ou degradante que documentamos incluíram espancamentos, ameaças de agressões físicas e de violência sexual, choques elétricos, sufocamento com sacos plásticos e violência sexual. Em muitos casos, as vítimas foram submetidas a mais de uma forma de tortura e relataram terem sido ameaçadas para não denunciar as violações. Em 40 dos 64 casos, as informações que analisamos sugerem que os abusos constituíram efetivamente tortura.

As violações *ocorreram em diversas localidades: nas ruas, residências, viaturas policiais, delegacias e unidades de detenção.* Em muitos casos, nos quais as vítimas foram detidas em residências, policiais aparentemente entraram sem mandados de busca. Pelo menos 103 policiais militares, 24 policiais civis, 17 agentes penitenciários ou agentes do sistema socioeducativo e 10 agentes estatais não identificados estiveram envolvidos nos casos que examinamos." (HUMAN RIGHTS WATCH, 2017, grifos nossos).

[34] HUMAN RIGHTS WATCH, 2014.

[35] BELL, 1980, p. 97-100.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Ademais, é imprescindível salientar o importante papel que a estrutura do sistema penitenciário possui no psicológico do presidiário. A reiteração de procedimentos que são sabidamente aplicados no cotidiano de uma prisão, tais quais a raspagem do cabelo, a utilização de uniformes, a aplicação de punições coletivas, a convivência em locais insalubres e superlotados levam a um processo de desumanização dos presos.

As referidas medidas minam a visão do preso sobre sua própria identidade, fazendo-o distanciar-se da realidade fora do ambiente carcerário e esquecer-se da personalidade que lhe era característica. Além disso, o sentimento de dignidade pessoal perde força, o que, ao contrário de propiciar a função de reabilitação do indivíduo conferida à pena pela doutrina brasileira, a torna quase impossível.

Resta demonstrado, portanto, que as pessoas se adaptam aos papéis institucionais que lhes são impostos, de modo que o papel de detento supera a identidade pessoal do indivíduo. Em consonância com o alegado, cumpre salientar que o experimento da Prisão de Stanford comprovou que "Noventa por cento de todas as conversas entre os prisioneiros eram relacionadas à questão da prisão"[36]. Assim, ainda quando dispunham da chance de reafirmar sua identidade pessoal, deixando de lado o papel de detento, os prisioneiros não o fizeram.

Ademais, a ausência de trocas de experiências, provocada pela imersão do detento na experiência do cárcere, faz com que ele desconheça seus pares, uma vez que o que um preso conhece sobre seu semelhante se restringe ao que vê no dia a dia da prisão, ou seja, situações degradantes que estimulam a formação de uma imagem negativa em relação aos companheiros de presídio.

Vale ressaltar que a desumanização possui um caráter dúplice: ao mesmo tempo em que o próprio sujeito encarcerado passa a não mais se enxergar como indivíduo, passa a ser inferiorizado pelos próprios companheiros de cárcere, pelos agentes penitenciários e pela sociedade em geral, que o tratam como se houvesse deixado de ser um humano. Desse modo, "Os objetos desse processo psicológico [*de desumanização*] perdem sua condição humana diante dos desumanizadores"[37], que passam a considerá-lo como uma forma inferior de vida.

O citado processo de desumanização conduz a um desligamento moral, ou seja, é mais fácil para o desumanizador ter atitudes de crueldade e até de eliminação com objetos desumanizados do que com sujeitos com quem compartilha o status de humano. Ressalte-se que a desumanização não atinge somente o ambiente de prisão, mas também é a base para processos como o racismo, o preconceito e para os grandes massacres presenciados pela humanidade[38].

O viés de favorecimento grupal é outro fator que estimula a violência no ambiente penitenciário, visto que instiga a rivalidade entre os presidiários de grupos diferentes, bem como entre encarcerados e guardas, na medida em que

[36] ZIMBARDO, 2013, p. 291

[37] ZIMBARDO, 2013, p. 430.

[38] Sobre o processo de engajamento de soldados e cidadãos com o fim de que se envolvam e apoiem uma guerra, Philip Zimbardo discorre: "Uma forma especial de condicionamento cognitivo por meio de propaganda contribui para consumar essa difícil transformação. As "imagens do Inimigo" são criadas pela propaganda midiática nacional (em cumplicidade com os governos) para preparar as mentes dos soldados e dos cidadãos para odiar os que se encaixam na nova categoria do "Inimigo". (...) Sem ela, ele [o soldado] jamais poderia colocar outro jovem na mira de sua arma e atirar para matá-lo. (...) ao criar um novo inimigo maligno nas mentes de bons membros de tribos justas, o "inimigo" é: agressor, sem rosto, estuprador, sem deus, bárbaro, ganancioso, criminoso, torturador, assassino, uma abstração ou um animal desumanizado." (ZIMBARDO, p. 437/438, 2013).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

mesmo em grupos recém-formados e aleatórios, os membros do grupo favorecem a seus pares e prejudicam o grupo contrário. Além disso, membros de um endogrupo frequentemente atribuem características humanas a seu grupo e desqualificam o outro[39].

A prisão aliena o homem, o distancia da realidade, o confunde e o esmaga, levando um dos voluntários que participou como detento da falsa prisão a declarar que "se a prisão é minimamente parecida com o que passei aqui, não vejo como ela auxiliaria alguém"[40].

De maneira idêntica ao que ocorreu com os pretensos prisioneiros de Stanford, a conformidade social também se mostrou latente no comportamento dos voluntários incumbidos do papel de guardas. Estes, antes cidadãos equilibrados, passaram a deliberadamente aplicar constantes e severas sanções aos prisioneiros, mesmo que estes não tivessem dado causa para tal. Abusos psicológicos e físicos perpetrados voluntariamente pelos carcereiros eram a regra, e não a exceção.

Aos poucos, e com o auxílio da desumanização e do viés endogrupal, os agentes penitenciários desejavam e acreditavam que os detentos eram merecedores de punições gradualmente mais severas, chegando a castigos que envolviam humilhação sexual[41,42]. Os supostos apenados, por sua vez, esqueciam-se de que não haviam cometido nenhum crime, aceitando as acusações contra eles.

O comportamento descrito, isto é, o aumento gradual no cometimento de abusos tem relação direta como o fenômeno do pé na porta. A prática de uma ilegalidade ou violência menor leva a uma maior e assim sucessivamente. Logo, "experimentos sugerem que se você quer que as pessoas lhe façam um grande favor, uma estratégia efetiva é pedir-lhes primeiro um pequeno favor"[43] para que, posteriormente, ao internalizar os atos praticados como próprios e não como impostos por um terceiro, as pessoas tomem atitudes mais extremas com menor resistência.

---

[39] Nesse sentido, o experimento "The Robber's Cave", empreendido por Muzafer Sherif, por meio do qual estabeleceu a tese de que dois grupos entram em conflito quando expostos a contextos de escassez de recursos. Garotos de doze anos de idade brancos e de classe média que se conheciam previamente e foram divididos em dois grupos aleatoriamente. Esses meninos eram buscados em suas casas e levados, diariamente, a um acampamento no Cave State Park, em Oklahoma. As crianças não sabiam da existência do outro grupo e eram incentivadas a executar tarefas com seus companheiros de grupo visando a executar objetivos comuns, desenvolvendo um forte laço entre si. Na segunda fase da experiência, os dois grupos eram incentivados a competir, de modo que o grupo perdedor se sentisse frustrado com a derrota. Os primeiros sinais de conflito intergrupal foram as ofensas verbais entre os membros das equipes, o que foi seguido pela queima da bandeira e saques aos dormitórios do grupo rival. Ao final, restou evidenciado que os garotos descreviam seus pares com termos positivos e os do grupo oposto com termos de inferiorização.

[40] ZIMBARDO, 2013, p. 236.

[41] "- Agora todos vocês, prisioneiros fedorentos, abaixem, vocês vão brincar de pula carniça; [*frase do guarda Hellman*]

Eles começaram a brincar, mas passam a ter dificuldades porque seus tamancos ficam caindo dos pés e seus guarda-pós sobem pelo corpo, expondo as genitálias quando saltam sobre os corpos dobrados dos companheiros. (...) – É assim que os cachorros fazem, não é? Não é assim que os cachorros fazem? Ele está pronto, não está, bem atrás de você e em posição de cachorrinho? Por que você não faz como um cachorro? *[frase do guarda Hellman]*" (ZIMBARDO, p. 179/180, 2013).

[42] Após uma breve consulta entre John Wayne e Burdan [dois dos guardas], seu assistente, um novo jogo sexual é elaborado. "Está bem,, prestem atenção. Vocês três serão camelos fêmeas. Venham aqui e se inclinem até tocarem as mãos no chão." (quando o fazem, seus traseiros nus ficam expostos, já que não usam roupas de baixo sob os guarda-pós). Hellmann dá continuidade, com incontida alegria: "Agora vocês dois, vocês são camelos machos. Fiquem atrás dos camelos fêmeas e montem sobre elas." (ZIMBARDO, p. 249, 2013)

[43] MYERS, 2014, p. 121.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

O exposto aponta para o fato de que, em determinadas circunstâncias, as características constitucionais do sujeito são ofuscadas pelo contexto, o qual é crucial para seu comportamento. Os efeitos sociais do poder e do anonimato induzidos em um ambiente que encoraja a agressão têm o condão de gerar comportamentos abusivos em pessoas com temperamento pacífico ou que até então apresentavam convivência social bastante adequada.

6. A PRISIONIZAÇÃO COMO CAUSA GERADORA DE CRIMES E IMPOSSIBILITADORA DE RESSOCIALIZAÇÃO

Diante das evidências coletadas, podem ser tiradas algumas conclusões acerca das consequências do modelo penal com base na pena restritiva de liberdade, ao menos nos moldes como é empregada atualmente. Inicialmente, resta evidente que o ambiente hostil do sistema prisional encoraja o cometimento de abusos. As constantes punições arbitrárias, as condições aviltantes e insalubres enfrentadas pelos detentos e a falta de uma perspectiva de melhora conduzem à subserviência e à alienação dos apenados, que perdem sua identidade pessoal passando a ter a prisão como único horizonte.

Por outro lado, as emoções, que são essenciais à manutenção da humanidade de um indivíduo não podem aflorar no ambiente prisional, no qual a repressão dos sentimentos é imprescindível para que o sujeito consiga sobreviver ao contexto de violência e intimidações. A referida necessidade de repressão de sentimentos estimula o distanciamento da moralidade e, portanto, torna o detento mais propenso para o cometimento de novos crimes. Assim, "O problema da prisão é a própria prisão. Aqui, como em outros países, avilta, desmoraliza, denigre e embrutece o condenado"[44].

Cabe destacar, ainda, que o poder das circunstâncias no comportamento do sujeito é desprezado no modelo atual. Superestima-se a suposta personalidade do indivíduo, em detrimento das circunstâncias às quais fora submetido, desconsiderando o poder que o contexto exerce sobre o comportamento humano. Deve ser levado em conta, portanto, que a exposição a uma situação tóxica pode transformar alguém normal em um perpetrador do mal[45].

Em suma, a prisionização de um modo geral e, em especial, a que não siga rigorosos parâmetros humanitários e garantistas, serve apenas como uma forma de reprodução de mais violência, sem nenhum benefício social, prestando-se apenas ao retributivismo moral, a devolver o mal causado com um mal proporcional. Logo, ao contrário do que se prega na doutrina penal brasileira, a aplicação de uma pena privativa de liberdade não se presta à ressocialização. Nesse sentido, César Roberto Bitencourt leciona[46]:

> Grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado. (...) os argumentos que indicam a ineficácia da pena privativa de liberdade podem ser, sinteticamente, resumidos em duas premissas:
>
> a) Considera-se que o ambiente carcerário, em razão de sua antítese com a comunidade livre, converte-se em meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso.
>
> (...)

[44] BITENCOURT, 2011, p. 26.
[45] ZIMBARDO, 2013, p. 430
[46] BITENCOURT, 2011, p. 162/163.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

b) Sob outro ponto de vista, menos radical, porém igualmente importante, insiste-se que na maior parte das prisões do mundo as condições materiais e humanas tornam inalcançável o objetivo reabilitador.

Desse modo, a pena não tem o condão de reabilitar o apenado para a vida em sociedade, mas tão somente de estigmatizá-lo, contribuindo para uma maior marginalização. O sujeito condenado por um crime é encarcerado, forçado a uma profunda transformação psicológica para que assuma a identidade de presidiário e, ao final de sua expiação, é abruptamente devolvido à sociedade sem que tenha recebido nenhum tipo de preparo para tanto. Pelo contrário, no ambiente carcerário, recebe apenas incentivos para odiar ainda mais a sociedade que o aprisionou em condições desumanas.

As regras sociais extremamente diversas das do cárcere, o distanciamento dos laços familiares e sociais, assim como a estigmatização intrínseca à prisionização constituem um forte entrave à readaptação do ex-detento. Nesse sentido, "A segregação de uma pessoa do seu meio social ocasiona uma desadaptação tão profunda que resulta difícil conseguir a reinserção social do delinquente, especialmente no caso de pena superior a dois anos"[47].

Nesse sentido, Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis[48] explicam que:

> Quando se veicula a imagem de um comportamento criminoso de natureza excepcional, muitas pessoas, no geral inteligentes e benevolentes, passam a acreditar que se justifica a adoção de medidas excepcionais contra as pessoas apanhadas pelo sistema penal. E, quando se imagina que se trata de colocar tais pessoas separadas das outras, para que fiquem impedidas de causar mal, passa-se a aceitar facilmente o próprio princípio do encarceramento, que as isola.

Logo, o conjunto circunstancial das prisões potencializa a prática de novos crimes, em vez de promover a reabilitação do condenado. Um cenário violento dessensibiliza aqueles que a ele estão submetidos, criando o contexto perfeito para a reprodução de transgressões.

7. ALTERNATIVAS AO SISTEMA PRISIONAL RETRIBUTIVO

7.1 A ANALOGIA DA QUARENTENA

No explanado contexto de ineficácia da pena privativa de liberdade, a analogia da quarentena figura como um caminho alternativo à responsabilização penal com pena privativa de liberdade. Tal analogia se baseia em três premissas: (i) O portador de doença contagiosa não é responsável pela contração da moléstia, mas ainda deve ser isolado das demais pessoas; (ii) devem ser tratados na exata medida do necessário para que não sejam um perigo à sociedade, não sendo razoável nenhum tipo de tratamento com maior severidade do que o absolutamente imprescindível; (iii) quanto menos perigosa a doença, menos invasivos os métodos preventivos que devem ser aplicados[49].

Dessa feita, o tratamento conferido aos condenados penais deve seguir as premissas descritas para o tratamento dos portadores de doenças contagiosas, o que implica retirar a carga retributivista conferida à pena privativa de

[47] BITENCOURT, 2011, p. 166.
[48] HULSMAN; CELIS, 1993, p. 57.
[49] PEREBOON, 2013.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

liberdade, ou seja, que o mal perpetrado pelo agente criminoso deve ser retribuído na mesma proporção, por meio do emprego da pena.

A extirpação da noção retributivista conferida à pena privativa de liberdade cria a possibilidade de um Direito Penal mais humanitário, em que haja maior preocupação com o futuro, ou seja, em efetivamente garantir que o agente não volte a delinquir e em promover sua ressocialização, do que em penitenciá-lo pelas atitudes pregressas. Tal mudança de paradigma tem o condão de trazer mais benefícios à sociedade do que a visão retributivista tradicionalmente adotada.

7.2 A CONCEPÇÃO FUNCIONAL REDUTORA DO DIREITO PENAL OU TEORIA AGNÓSTICA DA PENA

Em posição oposta, Eugenio Zaffaroni defende uma concepção funcional redutora do Direito Penal, no qual os dados sociais devem ser analisados quando do processo de criminalização, pois demonstram os impactos reais do sistema em vigor.

A criminalização primária consiste na tipificação de uma determinada conduta pelas agências políticas, os legisladores, "o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas"[50], ao passo que a secundária engloba a efetiva aplicação da ação punitiva sobre indivíduos concretos que tenham realizado o ato previsto na criminalização primária.

O Direito Penal desconsidera, todavia, que ambas as formas de criminalização abrangem apenas uma parcela ínfima da população, escolhida de acordo com as conveniências das classes dominantes, que se utilizam da comunicação social para selecionar os criminalizados e os vitimizados de acordo com sua conveniência. Isso fica evidente na medida em que tanto a criminalização primária quanto a secundária selecionam propositalmente condutas grosseiras de fácil detecção, cometidas por pessoas com menos acesso à comunicação social, ao poder político e econômico, formando, assim, um estereótipo da delinquência que recai sobre as classes sociais menos favorecidas[51].

Por outro lado, a comunicação social, a qual dita os rumos da criminalização, a reforça, transmitindo a falsa noção de que as prisões seriam povoadas predominantemente por pessoas que cometeram crimes graves, quando na verdade a grande maioria são indivíduos que cometeram obras toscas e de menor relevo. Assim, cria-se um pensamento coletivo do estereótipo do criminoso, o que causa uma vulnerabilização de determinados segmentos sociais[52].

É necessário ter em mente que "os criminalizados, os vitimizados e os policizados (...) são selecionados nos estratos sociais inferiores, cabe reconhecer que o exercício do poder estimula e reproduz antagonismos entre as pessoas desses estratos mais frágeis, induzidas, a rigor, a autodestruição"[53]. O sistema é, portanto, criado para manter a estratificação e para providenciar a autodestruição das camadas sociais menos privilegiadas.

[50] ZIMBARDO, 2013, p. 43

[51] ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 47.

[52] Idem, ibidem.

[53] Idem, ibidem, p. 58.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Nesse contexto, percebe-se que o modelo de Direito Penal adotado desconsidera o exercício do poder como realmente é, reforçando a política de seletividade ao invés de tentar combatê-la[54]. Ademais, afirma que todas as demais ciências que lidam com os dados sociais da realidade comportamental são alheias ao Direito, fazendo com que este seja o único apto a programar o poder punitivo.

A pena impõe privação de direito e ainda sofrimento ao apenado, sem que com isso haja nenhum benefício para a vítima, que permanece sem nenhuma reparação, ou mesmo para a sociedade. Desse modo, a pena privativa de liberdade, justificada pelas teorias positivas, é tão somente uma expressão de poder, que não guarda relação com a tutela de bens jurídicos.

Desse modo, na visão de Zaffaroni, a pena é uma demonstração de poder do Estado que deve ser limitada ou reduzida, embora não deva ser eliminada[55]. Nesse contexto, apenas os crimes mais graves devem ser selecionados e tratados pelo Direito Penal, devendo os demais serem regulados por outros ramos do Direito, no exercício de verdadeira função corretiva redutora do Direito Penal.

Assim, Zaffaroni sustenta a adoção da concepção funcional redutora do Direito Penal ou ainda a teoria agnóstica da pena, tendo em vista que nenhuma das teorias positivas da pena, em razão do uso de argumentos puramente retribucionistas, é apta a legitimá-la. Propõe, então, a substituição do modelo punitivo pelo restitutivo, com vistas à reparação da vítima.

Ressalte-se que o referido modelo restitutivo já encontra guarida no ordenamento brasileiro, estando presente nas infrações de menor potencial ofensivo; e a possibilidade de transação penal consagrados na Lei nº 9.099/95, na despenalização do consumo de drogas do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006[56], bem como da Lei nº 9.714/98, que introduziu as penas restritivas de direitos no direito penal brasileiro.

A tentativa de redução da prisionização, promovida por intermédio dos citados diplomas legais, entretanto, não é suficiente para resolver a questão da ineficácia da pena privativa de liberdade em razão da timidez com que a substituição dessa pena foi introduzida no Brasil. O modelo restitutivo, e a consequente redução expressiva da aplicação da pena privativa de liberdade devem ser amplamente adotados pelo Estado brasileiro, a fim de adotar padrões punitivos mais adequados e que produzam algum resultado social.

---

[54] BRODT, 2010, p. 104.

[55] Idem, ibidem, p. 101.

[56] Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

7.3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA

O modelo penal vigente deixa as partes, em especial a vítima, alijadas da resolução do conflito. Isso porque, nesse sistema, o juiz, um terceiro alheio ao ocorrido, impõe uma medida que, por vezes, não é suficiente para as partes e para a própria conformação com a questão. O Estado, ao longo dos anos, tem assumido o monopólio da sujeição passiva, deixando de lado quem foi afetado diretamente pelo crime. Desse modo, a pena privativa de liberdade nem sempre põe um fim adequado ao conflito.

A ideia da justiça restaurativa é colocar as partes no centro da resolução do processo de resolução do conflito, para que, por meio do diálogo e do empoderamento de ambos os lados, cheguem a uma conclusão sobre o deslinde da questão.

Conforme lição de Alcides Marques Porto Pacheco[57]:

> Mas não é só o crime que é enxergado com um novo olhar; a ideia de justiça no modelo restaurativo também é distinta, deixa ter como objetivo a retribuição e passa a centrar o foco na reparação e cura para as vítimas pelos danos causados em razão do conflito gerado pela prática delitiva, ou seja, as vítimas assumem uma posição de protagonistas do processo, diferentemente do modelo retributivo de justiça criminal.

Tal ideia tem sua raiz no direito tribal e é amplamente aplicada em algumas regiões, principalmente em culturas coletivistas, nas quais os problemas devem ser resolvidos no cerne da própria comunidade lesada pela conduta delituosa.

Desse modo, a cura do conflito delituoso deve abranger o ofensor, reinserindo-o na sociedade, a vítima e a comunidade afetada como um todo. Assim, é necessário o comprometimento com o combate ou ao menos a redução da aplicação do modelo punitivista moderno. Soluções alternativas tais quais as apresentadas possuem o condão de promover benefícios futuros para a sociedade, não se fixando apenas na punição do fato passado.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, a constatação de que a opção pela pena privativa de liberdade não atende às funções sociais conferidas a ela pela doutrina brasileira implica a necessidade de uma reforma do sistema penal tradicional vigente, adotando novas maneiras de lidar com os delinquentes, mais benéfica para a sociedade e com a ponderação dos custos humanos envolvidos.

A pena privativa de liberdade não atende à finalidade de prevenção, na medida em que a uma não satisfaz aos objetivos de intimidar o condenado a não cometer novos crimes, de integração social ou de ressocialização do sujeito. Desse modo[58]:

> Um dos dados frequentemente referidos como de efetiva demonstração do fracasso da prisão são os altos índices de reincidência, apesar da presunção de que durante a reclusão os internos são submetidos a tratamento reabilitador.

[57] PACHECO, 2018, p. 86.

[58] BITENCOURT, p. 168.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Sendo assim, nos moldes em que é empregada, a referida pena alcança, no máximo, os fins postulados pela prevenção especial negativa, isto é, a neutralização ou eliminação do delinquente.

Ademais, a justificativa retributivista para a pena restritiva de liberdade, a única que encontra efetividade no contexto carcerário brasileiro, se centra em retribuir o mal com mal, o que não possui nenhuma finalidade benéfica para a sociedade. Penalizar com a finalidade de causar dano ao agente delituoso constitui uma verdadeira vingança institucionalizada, demonstrando que "seletividade, repressividade e estigmatização são algumas características centrais de sistemas penais como o brasileiro"[59].

Importante destacar ainda que a cominação de penas mais severas não está ligada à efetividade da punição, e sim à agilidade e à certeza na aplicação da pena[60]:

> *A certeza e a rapidez também são marcas de punição criminal eficaz*, observam John Darley e Adam Alter (...). Estudos mostram que o comportamento criminoso, em grande parte impulsivo, não é desencorajado pela ameaça de sentenças severas. Assim, quando o Arizona introduziu uma sentença excepcionalmente dura para indivíduos flagrados dirigindo alcoolizados pela primeira vez, a medida não afetou o índice de motoristas embriagados. Porém, quando Kansas City começou a patrulhar uma área dominada pelo crime para aumentar a certeza e a rapidez da punição, a criminalidade caiu drasticamente.

Dessa forma, a compreensão dos fundamentos utilizados para legitimar a aplicação da pena privativa de liberdade contribui para a verificação de suas falhas. Cabe salientar que a investigação acerca do poder das circunstâncias no comportamento do indivíduo não implica extinguir a responsabilização moral e penal. A sociedade continuará punindo por questões práticas[61].

Contudo, as novas reflexões e descobertas das ciências sociais, sobretudo da Psicologia Social, sobre o funcionamento cerebral e o comportamento humano, indicam que o tratamento concedido aos apenados deve ser reformado. Desse modo, imperioso que as práticas sociais envolvendo o encarceramento sejam reformadas para que se tornem aptas a produzir a reabilitação do condenado.

Frise-se que tal reforma passa pela redução da abrangência da coerção por meio de pena privativa de liberdade, substituindo-a, para a maior quantidade de delitos possível, por meios alternativos de sanção que sejam certos e rápidos. Além disso, a melhoria nas condições de encarceramento durante o processo de reformulação e/ou para as condutas típicas que remanescerem sendo puníveis com essa espécie de pena é imprescindível.

Ao contrário da teoria da natureza humana do bom selvagem, postulada por Rousseau, as pesquisas modernas indicam que o homem não possui uma natureza boa que é corrompida pela sociedade, e sim a potencialidade de ser bom, mau ou ainda um meio termo, de acordo com a interação entre suas características biológicas, seus processos químicos cerebrais e as circunstâncias que lhe são impostas pelo sistema[62].

---

59 BATISTA, 2013, p. 26.
60 MYERS, 2014, p. 236.
61 FERRAJOLI, 2002.
62 ZIMBARDO, 2013.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

A Psicologia Social evidencia o poder do contexto, isto é, que os fatores circunstanciais e a influência dos demais membros do grupo operam sobre o comportamento de um sujeito. Isso porque um ambiente nocivo gera transformações nas personalidades dos indivíduos, ou seja, cada pessoa deve ser o que o papel exige quando está sobre determinado palco[63], o que reafirma a existência de identidades situacionais.

9. REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Marcelo. Más condições das prisões facilitam crescimento de facções, dizem especialistas. *Agência Brasil*, Manaus, 14 jan. 2017.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BELL, Paul. A. Effects of heat, noise, and provocation on retaliatory evaluative behavior. *Journal of Social Psychology*, n. 110, p. 97–100, 1980.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Tratado de direito penal*: parte geral 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 20 mai. 2018.

BRODT, Luis Augusto Sanzo. O direito penal sob a perspectva funcional redutora de Eugenio Raul Zaffaroni. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 101, p. 104, 2010.

BOTTOMS, Anthony E. Interpersonal violence and social order in prisons. *Crime and Justice*, v. 26, p. 205-281,1999.

DAHIA, Sandra Leal de Melo. Da obediência ao consentimento: reflexões sobre o experimento de Milgram à luz das instituições modernas. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, v. 30, n. 1, jan.-abr. 2015.

DEAN, Ghi. *Deprived of a fighting chance*: an inside look at rehabilitation in a Canadian detention centre, 1ª Edição. CreateSpace Independent Publishing Platform, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 768 p.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987. 288p.

HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail. *Psychological Review*. v.108. n. 4, p. 814-834, 2001.

HOLLANDER, E. p. Conformity, status, and idiosyncrasy credit. *Psychological Review*. v. 65, p. 117-127, mar. 1958.

[63] Idem, ibidem.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Karam. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Luam Editora, 1993

HUMAN RIGHTS WATCH. *Brasil*: proteja pessoas sob a custódia do Estado – Carta ao Congresso Nacional. 25 jul. 2014.

JANES, Leslie; Olson, James. Jeer pressures: the behavioral effects of observing ridicule of others. *Personality and Social Psychology Bulletin*. v. 26(4), p. 474-485, 2000.

Laughlin, Charles D. Justice: a neuroanthropological account. Jan. 2015, p. 299-322. *In*: CLAUSEN, Jens; LEVY, Neil (eds.). *The handbook of neuroethics*. 1ª. Ed. Springer Reference, 2015.

MCLEOD, Saul. Robbers cave. Realistic conflict theory. *SimplyPsychology*, 2008. Disponível em: <https://www.simplypsychology.org/robbers-cave.html>. Acesso em: 12 de jun. de 2019.

MYERS, David G. *Psicologia social*. Tradução: Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa. 10. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

PACHECO, Alcides Marques Porto. Há um retorno do pensamento retribucionista? Sobre a (des)conformidade entre teoria da pena, política punitiva e legitimação. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 63, n. 1, p. 65-91, jan./abr. 2018.

PEREBOON, Derk. Free will skepticism and criminal punishment. *In*: NADELHOFFER, Thomas. The tuture of punishment. New York: Oxford University Press, 2013. p. 49-78.

PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. *Revista dos Tribunais Online, Ciências Penais*, v. 0, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SHERIF, Muzafer; HARVEY, O. J.; WHITE, B. J.; HOOD, W. R.; SHERIF, C. W. Intergroup conflict and cooperation: the Robbers Cave experiment. *Norman, UK: University Book Exchange*, v. 10, 1961.

WORLD PRISON BRIEF. *Londres*: Institute for Criminal Policy Research. Londres: Birbeck University of London, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZIMBARDO, Philip. *O efeito Lúcifer*: como pessoas boas se tornam más. Tradução Tiago Novaes Lima. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2013.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

A ESTIGMATIZAÇÃO DO NEGRO COMO DELINQUENTE E O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

STIGMATIZATION OF BLACK PEOPLE AS DELINQUENT AND THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM

Bethânia Silva Santana

Pós-graduanda em Ciências Criminais pela Estácio/CERS. Coordenadora Adjunta do Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM em Uberaba/MG. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2017). Advogada.

bethaniassantana@live.com

Recebido em: 10.01.2019
Aprovado em: 22.03.2019
Última versão do(a) autor(a): 11.06.2019

"O sistema penal de uma dada sociedade não é um fenômeno isolado, sujeito apenas às suas leis especiais. É parte de todo o sistema social, e compartilha suas aspirações e defeitos." (Rusche e Kirchheimer)

Resumo: Inicialmente, este artigo se propõe a analisar a construção do "ser" negro e a observar as teorias da criminologia, inauguradas por Cesare Lombroso na escola positivista, seguido por Rafael Garofalo e Enrico Ferri, que objetivavam fixar critérios para as causas da delinquência com base no estudo do delinquente. Posteriormente, abordar a estigmatização do negro como delinquente, tendo em vista que os negros constituem a maioria da população carcerária no Brasil, como mostram os dados apresentados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. E por último, expor brevemente o Estado Inconstitucional de Coisas em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, abordando como o entrave ao acesso às políticas públicas pelas classes vulneráveis dentro do sistema penal contribui com a reprodução da estigmatização sobre estas.

Palavras-chave: Criminologia. Discriminação racial. Delinquente.

Abstract: First, this paper proposes to analyze the "being black" construction, also to observe the theories of criminology, founded by Cesare Lombroso in the Positivist School, followed by Rafael Garofalo and Enrico Ferri, who aimed to steady criteria for the delinquency causes based on the study of the delinquent. After, it talks about stigmatization of the black as delinquent, considering that the blacks constitute the majority of the prison population in Brazil, as shown by the data presented by national surveys of Prison Information. And finally, the study aims to briefly expose the "Unconstitutional State of Affairs" in which the Brazilian prison system is set, addressing how the barrier to access public policies by the vulnerable classes within the penal system contributes to the reproduction of stigmatization over them.

Keywords: Criminology. Racial discrimination. Delinquent.

Sumário: 1. Introdução; 2. O "ser negro"; 3. A escola positivista italiana; 4. A adoção e as críticas da teoria lombrosiana no brasil; 5. A estigmatização do negro como delinquente: um levantamento da população carcerária brasileira; 6. O sistema carcerário brasileiro: estado inconstitucional de coisas; 7. Conclusão; referências.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

1. INTRODUÇÃO

Escreve Foucault que "a prisão em seu todo é incompatível com toda essa técnica da pena-efeito, da pena-representação, da pena-função geral, da pena-sinal e discurso. Ela é a escuridão, a violência e a suspeita"[1].

O modelo do sistema prisional que vivemos atualmente no Brasil só reforça o pensamento de Foucault; e a crescente criminalização nada mais é do que fruto do modelo sócio-histórico e econômico, no qual predominam intensas disparidades sociais, geradoras de violência e de desrespeito aos direitos humanos. Esse contexto é o responsável por levar muitos jovens a escolherem o mundo da violência como principal referência identitária, tornando-os, assim, mais vítimas do que autores da violência.

Apesar de o encarceramento em massa dos economicamente e racialmente excluídos não ser algo restrito ao Direito Penal contemporâneo, a questão tem ficado mais evidente devido ao fato de que vivenciamos um momento em que a dramatização operada pelos meios de comunicação em massa, a chamada impressa sensacionalista, induz a população a acreditar que há grande impunidade no sistema de justiça penal; quando, na verdade, se verifica, pelos dados apresentados no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN –, que o Brasil é um dos países que mais encarceram[2].

A teoria do Direito Penal do Inimigo, proposta por Gunther Jakobs[3], acolhida pela maioria da população, considera que certas pessoas, por serem inimigas da sociedade (ou do Estado), não merecem deter todas as proteções penais e processuais que são dadas aos demais indivíduos. Assim, escolhem-se aqueles de quem se deve retirar os direitos de defesa e punir de forma mais severa, o que comprova a seletividade do sistema punitivo penal brasileiro; induz-se a escolha de grupos sociais a quem se deseja punir, geralmente negros, jovens e pobres, como demonstram os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Ao que tudo indica, o Direito Penal contemporâneo promove o encarceramento em massa dos economicamente e racialmente excluídos.

2. O "SER" NEGRO

No sistema colonial, o negro era visto somente como mão de obra barata. Com essa exploração, deixaram de pensar e agir por si próprios, acarretando-lhes a impossibilidade de se constituírem como sujeitos da própria história, de modo que passaram a se ver e a se constituir a partir do olhar branco.

É a partir daí que surge a questão "O que quer o homem negro?". Ele quer ser humano, mas ser humano é ser branco. Assim, é preciso se embranquecer para ser considerado humano. O negro quer apenas ter o seu espaço; consequentemente, faz-se necessário que ele possa falar por si, e não que tenha uma voz determinando qual é o lugar dele dentro da sociedade.

---

[1] FOUCAULT, 1987, p. 95.

[2] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN). Brasília: 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2019.

[3] JAKOBS; MELIÁ, 2009.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Diante dessa dificuldade do negro de se considerar um homem, tal qual se considerava o homem branco, Frantz Fanon traz uma interessante passagem em sua obra:

> Queria simplesmente ser um homem entre outros homens. Gostaria de ter chegado puro e jovem em um mundo nosso, ajudando a edificá-lo conjuntamente. (...) Na América, os pretos são mantidos à parte. Na América do Sul, chicoteiam nas ruas e metralham os grevistas pretos. Na África Ocidental, o preto é um animal. (...) Da parte mais negra de minha alma, através da zona de meias-tintas, me vem este desejo repentino de ser branco. Não quero ser reconhecido como negro, e sim como branco. Ora – e nisto há um reconhecimento que Hegel não descreveu – quem pode proporcioná-lo, se não a branca? Amando-me ela me prova que sou digno de um amor branco. Sou amado como um branco. Sou um branco. Seu amor abre-me o ilustre corredor que conduz à plenitude, esposo a cultura branca, a beleza branca, a brancura branca. Nestes seios brancos que minhas mãos onipresentes acariciam, é da civilização branca, da dignidade branca que me aproprio[4].

No sentido de o branco ser visto como normal e superior ao negro, Isis Aparecida da Conceição diz:

> Os brancos são racializados em sociedades racializadas simplesmente por viverem nessa sociedade, a possibilidade de verem-se como neutros, padrão de normalidade, em si já é uma racialização de percepção de mundo. Em oposição à negritude a branquidade traz como elemento de sua construção a neutralidade, construída para manter a superioridade em face dos outros grupos raciais[5].

Assim, notamos que desde o colonialismo o negro tem dificuldades de se sentir parte da sociedade, assumir a sua negritude e não negar sua identidade. A luta por essa integração persiste até os dias de hoje.

Nas palavras dos Racionais MC:

> Tem que acreditar, desde cedo a mãe da gente fala assim: 'Filho, por você ser preto você tem que ser duas vezes melhor!' [...] Como fazer duas vezes melhor, se você tá pelo menos cem vezes atrasado pela escravidão, pela história, pelo preconceito, pelos traumas, pelas psicoses... por tudo que aconteceu? Duas vezes melhor como? [...] Você vai escolher o que tiver mais perto de você, o que tiver dentro da sua realidade, você vai ser duas vezes melhor como?[6].

Em um país escravocrata como o Brasil, que foi um dos últimos a abolir a escravidão, de maioria negra, mas que criou mecanismos de exclusão dessa população, é preciso pensar em novas formas de sociabilidade. É necessário que o negro ocupe espaços e ajude a transformá-los.

3. A ESCOLA POSITIVISTA ITALIANA

No intuito de encontrar possíveis causas da delinquência e a partir disso viabilizar políticas públicas adequadas ao combate à violência, a teoria da Escola Positivista Italiana foi a mais influente. Ademais, mantém resquícios no pensamento contemporâneo, haja vista que se voltou ao estudo da criminologia, buscando relacionar características biológicas à propensão à conduta delitiva e violenta.

---

4 FANON, 2008, p. 69-106

5 CONCEIÇÃO, 2009. p. 26

6 RACIONAIS MC's. A vida é desafio.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Antes do surgimento da Escola Positiva, inaugurada pelos estudos de Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo, ocorriam diversas pesquisas na tentativa de relacionar aspectos morfológicos, capacidades e habilidades, com as condutas dos seres humanos.

A criminologia italiana desenvolvida nessa escola passou por três fases, cada uma com aspectos preponderantes: iniciou-se com a fase antropológica de Cesare Lombroso, seguida pela fase jurídica, com destaque para Rafael Garofalo, concluindo com a fase sociológica, encabeçada por Enrico Ferri.

A teoria lombrosiana interpretava o comportamento social a partir de características físicas e biológicas, tendo por base a análise de centenas de casos, o que lhe possibilitou estabelecer tendências comportamentais da grande maioria dos delinquentes: frequente realização de tatuagens (com diversos significados, muitas vezes com conteúdo obsceno), vaidade excessiva, preguiça, insensibilidade à dor, ausência de senso de moralidade, vícios na sexualidade, desvios e impulsos excessivos em sua conduta.

Outras características que sobressaíam eram a assimetria e o achatamento do crânio (a capacidade craniana, por sua vez, seria geralmente inferior "no selvagem ou no homem de cor", além de elementos como fronte deprimida e maxilares de grandes proporções, bem como a base epiléptica, e ainda desprovido de barba, enquanto a mulher delinquente possuiria pilosidade robusta e avançada. Outro elemento comum na caracterização do delinquente era a utilização de jargões e gírias, como uma linguagem própria que dificultaria a identificação das informações quando o indivíduo não era membro praticante do crime.

Na fase jurídica da Escola Positivista, Garofalo apresentou um discurso criminológico mais consistente que o de Lombroso. Para ele, o argumento racial está no centro do discurso, pois: no lugar do indivíduo está a pertinência a um grupo racial; para o criminoso, cria-se a equivalência aos "caracteres" dos selvagens; no controle social, vê-se o meio eficaz de se garantir a "purificação da raça". Daí o Direito Penal da "eliminação" e o papel da administração científica do controle social e, por parte dos "patólogos do crime", os purificados que, em nome da raça e da ciência, serão os responsáveis pela saúde do organismo Sociedade/Estado[7].

Concluindo a Escola Positivista, com a fase sociológica, a teoria de Ferri propiciou uma abertura ao discurso raciológico. Segundo ele, se baseando na teoria de Darwin, o criminoso continua a ser um "anormal". E o crime, "a expressão genuína da sua personalidade"[8].

Na atualidade, ainda persiste o interesse por descobrir novas razões para a inclinação criminosa, mas agora baseado em fundamentos genéticos, neurológicos e fisiológicos, com a aplicação complementar de instrumentos tecnológicos.

4. A ADOÇÃO E AS CRÍTICAS DA TEORIA LOMBROSIANA NO BRASIL

A teoria Lombrosiana teve alguns seguidores no Brasil. Dentre estes, podemos destacar Raimundo Nina Rodrigues, médico legista, psiquiatra, antropólogo. Nina Rodrigues foi um dos introdutores da antropologia criminal, da antropometria e da frenologia no país. Em 1899 publicou *Mestiçagem, degenerescência e crime*, procurando provar suas teses sobre a degenerescência e as tendências ao crime dos negros e mestiços.

[7] DUARTE, 1998. p. 167

[8] FERRI, 1931, p. 197-205

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Nina é categórico ao afirmar a superioridade da raça branca sobre a raça negra e a necessidade da diferenciação quando da responsabilidade penal: "A presunção lógica, por conseguinte, é que a responsabilidade penal, fundada na liberdade do querer, das raças inferiores, não pode ser equiparada à das raças brancas civilizadas"[9].

Foi principalmente baseado nas teorias lombrosianas que Nina Rodrigues desenvolveu as ideias apresentadas em *As raças humanas*, no qual o autor apresentava as modificações que as condições de raça imprimiam à responsabilidade penal, assim como criticava o Código Penal Brasileiro de 1890. Sustentava que cada região do país devia possuir seu próprio código, adaptado às condições raciais e climáticas de cada uma destas.

Não obstante os adeptos da teoria lombrosiana no Brasil, surgiram os críticos, e, dentre estes, podemos destacar Tobias Barreto, o qual afirmava que a teoria de Lombroso misturava ciência e arte, sendo um homem dado a excessos.

Nas palavras de Barreto:

> Em toda sua obra, transparece este dualismo interessante da mentalidade de Lombroso, o poeta e o homem de ciência. As pesquisas feitas por Lombroso, paralelamente, nas prisões e nos asilos, mostrando-lhe cada dia, as afinidades frequentes e íntimas que existem entre a epilepsia, a psicose, a degenerescência e a criminalidade, conduziram, naturalmente, seu temperamento de artista a exageros e a generalizações aventurosas. Aparece, a todo instante, o dualismo do poeta e do sábio, sem que daí derive antagonismo e contradição nos seus escritos[10].

Observa-se como o legado das teorias bioantropológicas contribuiu para a formação do estereótipo dos negros como infratores, transformando-os em alvo de constante vigia por parte do sistema criminal. Basta lembrar das denúncias de agressão por parte dos policiais ao realizarem as famosas "batidas" e "revistas" nas favelas. Mesmo sabendo que a maioria dos moradores é formada por trabalhadores pobres, acabam tratando a todos como traficantes.

No que tange ao desenvolvimento das teorias da escola positivista italiana e a estigmatização do negro como delinquente, leciona Vera Malaguti que "no Brasil do século XIX, discursos impressos tornam visível a relação entre um "racismo contra o degenerado" e um racismo propriamente étnico-racial, pois constroem a figura da pessoa e da população negra como um mal biológico"[11].

No intuito de identificar o perfil do criminoso e condenar aqueles que estariam dentro dos padrões, perde-se a razão da sanção penal como restabelecimento e manutenção da ordem social, sendo esta justa e de acordo com o grau de culpabilidade do autor e proporcional à gravidade do dano e do injusto causado. Pune-se de forma totalmente arbitrária; e a população anseia por uma punição cada vez mais severa, como se o "medo" imposto fosse inibir a criminalidade.

Diferentemente do que dispõe a Carta Magna em seu artigo 5º, "todos são iguais perante a lei", o sistema de justiça criminal seleciona quem deve ser punido; em sua grande maioria são aqueles socialmente vulneráveis, ou seja, negros, pobres e pouco escolarizados.

[9] RODRIGUES, 2011, p. 50
[10] MORAIS, 1939, p. 145
[11] BATISTA, 2003.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

5. A ESTIGMATIZAÇÃO DO NEGRO COMO DELINQUENTE: UM LEVANTAMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

Inicialmente, devemos salientar que a responsabilidade pelo alto índice de prisionalização, sobretudo pelo encarceramento massivo da juventude negra, deve ser imputada ao Poder Judiciário, vez que é este que profere as sentenças condenatórias.

Ocorre que os nobres magistrados deixaram de ser "*la bouche de la loi*"[12], como bem dizia Montesquieu, e passaram a proferir sentenças condenatórias *in dubio pro societate*, não observando o caso concreto e as provas carreadas aos autos; deixando de aplicar a pena proporcional ao delito e ainda os princípios constitucionais limitadores da pena.

Segundo o Levantamento de Informações Penitenciárias divulgado no dia 08 de dezembro de 2017 pelo Ministério da Justiça[13], o Brasil encontra-se com a quarta maior população carcerária mundial, contando com 726.712 pessoas privadas de liberdade, o que representa um aumento da ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90.

Analisando o perfil sociodemográfico da população privada de liberdade no Brasil, realizado através da pesquisa retromencionada, verifica-se que 55% da população prisional é formada por jovens, considerados até 29 anos, segundo classificação do Estatuto da Juventude (Lei nº 12.852/2013). Ainda, que 64% das pessoas privadas de liberdade são negras, 51% possuem ensino fundamental incompleto e, em relação aos tipos penais, 28% se relacionam ao tráfico, 37% aos delitos de roubo e furto e 11% homicídio.

Tal estereótipo é construído pelo fato de que os aparelhos de resposta ao crime selecionam mais certos tipos de ação e de agente do que outros; de que os crimes selecionados são também os que provocam maior reação moral e social, os chamados crimes violentos, aqueles cujos agentes, dispondo ou não de outros meios de poder, utilizam-se da coação física imediata (ou sua ameaça) ou executam o aniquilamento físico do outro em seu desenvolvimento; de que os agentes "pobres" (ou com parcos recursos alternativos) que operam diretamente a ação criminal, por limitação social na escala da seleção de meios e de preferências criminais, mas também por outras razões, tendem a estar mais sujeitos ao emprego da violência como meio criminal[14].

Alessandro Baratta (ANO), observando a influência do estereótipo racista, explicita que a criminalização se restringe a 10% de todas as infrações, uma resposta meramente simbólica correspondente aos delitos típicos da classe subalterna, restando na imensidão de 90% os delitos próprios da classe dominante, que são imunes. Esta, então, se torna a regra, e não a exceção[15].

Independentemente de quem cometeu ou não o crime, a punição, em síntese, pode ser vista mais como consequência da vigilância racial. O aumento da punição é mais comumente resultante de um aumento na vigilância. As comunidades que são objeto de vigilância policial têm muito mais chances de fornecer indivíduos para a indústria da punição. Mais

[12] Expressão francesa do século XIX, utilizada por Montesquieu, que significa a boca da lei.

[13] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN). Brasília: 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2019.

[14] MISSE, 2011, p. 23.

[15] BARATTA, 2011, p. 49-50

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

importante do que isso, a prisão é a solução punitiva para uma gama completa de problemas sociais que não estão sendo tratados pelas instituições que deveriam ajudar as pessoas na conquista de uma vida mais satisfatória. Esta é a lógica do que tem sido chamado de farra de aprisionamento: em vez de construírem moradias, jogam os sem teto na cadeia. Em vez de desenvolverem um sistema educacional, jogam os analfabetos na cadeia[16].

A alta taxa de indivíduos negros na população carcerária brasileira demonstra uma relação direta entre raça e condenação. Tendo em vista que a grande maioria dos indivíduos negros são pobres, isso os impede de se servir de uma assessoria jurídica de qualidade. A testemunha de defesa, por exemplo, que pode ser de extrema importância num processo criminal, não é apresentada pela grande maioria, favorecendo a condenação baseada apenas na palavra de policiais apresentados como testemunha de acusação.

Assim, segundo Salo de Carvalho, para entender melhor a responsabilidade do judiciário pelo encarceramento seletivo, devemos analisar algumas questões: a lei de crimes hediondos, a política criminal de drogas, os delitos patrimoniais sem violência, os delitos patrimoniais violentos, os substitutivos penais, a aplicação judicial das penas e o encarceramento de adolescentes em conflito com a lei[17].

A Lei 8072/90 (Lei dos crimes hediondos) foi responsável pelo cenário do grande encarceramento, tendo em vista que impõe aos condenados uma série de restrições, como serem insuscetíveis de graça, indulto, anistia e fiança; regime inicial fechado para cumprimento da pena e critério diferenciado para progressão de regime. Ocorre que, em um sistema democrático, no qual os poderes deveriam exercer simultaneamente as funções de controle e de limitação dos excessos, caberia ao Judiciário, frente à adesão parlamentar ao populismo punitivo, fixar diretrizes mínimas com a finalidade de racionalizar o sistema penal, sobretudo por meio do controle de constitucionalidade.

Segundo a Lei de Drogas (Lei 11343/06), observando os artigos 28 e 33 da referida lei, objetivamente a mesma conduta empírica pode ser capitulada como "consumo" (efeito legal: pena alternativa) ou "tráfico" (efeito legal: reclusão de 05 a 15 anos). Nota-se que, na maioria das vezes, a "cor" do "suspeito" é que definirá o sujeito como "traficante" ou "usuário". A política criminal de drogas é seletiva, pois mulheres e negros representam os grupos mais vulneráveis à seletividade criminalizante da repressão às drogas. Essa criminalização às drogas implica, na verdade, a criminalização da miséria, o controle punitivo de grupos que vivem na periferia dos grandes centros urbanos, o genocídio e o encarceramento massivo da juventude negra.

Em relação aos delitos patrimoniais sem violência, estes representam menos de 20% do encarceramento nacional. O que coloca óbice é a reincidência, tendo em vista que, diante desta, o cumprimento inicial da pena é determinado em regime fechado ou semiaberto, sem a possibilidade de conversão em pena restritiva de direito.

Quanto às elites econômicas (e brancas), são evidentes as imunidades punitivas que as beneficiam, considerando-se que não há quaisquer óbices à extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo nos casos de reincidência. No entanto, o autor do crime patrimonial não violento (furto, estelionato, receptação), quando da indenização ou restituição de coisa à vítima, não usufrui da mesma benesse.

[16] DAVIS, 2009, p. 47.

[17] CARVALHO, p. 623-652, 2015.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Relativamente aos delitos patrimoniais violentos, as digressões sobre violência e grave ameaça são relevantes para que sejam problematizados os critérios mínimos de imputação de uma das espécies de delito que mais encarceram a juventude brasileira, sobretudo a juventude vulnerável, frequentemente negra, da periferia dos grandes centros: o delito de roubo. Para definir uma conduta como roubo, qualquer ato relativamente constrangedor é qualificado como violência; e qualquer intimidação se converte em grave ameaça, situação que, nas práticas punitivas, amplia de forma substancial as hipóteses de encarceramento.

Tendo em consideração os substitutivos penais, apesar da "recente" alteração do Código Penal, nas últimas duas décadas, as penas e medidas alternativas se converteram em um conjunto de alternativas à liberdade, e não ao cárcere ou ao processo. Os dados apresentados no Levantamento do INFOPEN permitem concluir que o Poder Judiciário seguiu, apesar das inovações legislativas, determinando prisões preventivas e condenando à prisão os "culpados de sempre" (juventude negra das periferias dos grandes centros urbanos). Mas, para além da cotidiana ação seletiva, em reforço ao populismo punitivo, o Judiciário ampliou a rede de sanções, consolidando uma espécie de inversão ideológica do princípio do *in dubio pro reo*.

No tocante à aplicação judicial da pena, a adesão do Poder Judiciário nacional ao populismo punitivo pode ser confirmada igualmente por meio da análise do tempo médio das penas judicialmente aplicadas. Ao comparar a quantidade média das penas aplicadas nos anos de 1985, 1995 e 2010, Pavarini e Giamberardino atestam o significativo aumento da severidade das condenações[18].

Quanto ao encarceramento de jovens autores de atos infracionais, de acordo com Salo de Carvalho, "verifica-se que tem superado significativamente as taxas de prisionalização de adultos, situação que demonstra e projeta a tendência nacional de aumento do punitivismo em todos os níveis do controle formal"[19].

É de se observar ainda que comunidades com alto índice de encarceramento sofrem de instabilidade familiar, insegurança econômica, privação de direitos políticos, pobreza segregada, fracasso escolar e violência; ou seja, sofrem de todos os males sociais que se não foram agravados, foram causados pelo aprisionamento concentrado.

Se não bastassem as dificuldades que já encontravam no meio social em que viviam, quando saem do sistema prisional carregam o estigma de "ex-presidiários", o que, somado ao fato de serem pobres, negros e sem qualificação profissional, os impede de alcançar trabalhos de "classe média", que exigem qualificação e instrução, obrigando-os a aceitar trabalhos degradantes, precários, mal remunerados e frequentemente informais, sem usufruir dos direitos previstos aos trabalhadores, como férias, descanso semanal remunerado, entre outros.

Um caso emblemático que ilustra essa seletividade do sistema prisional é o do jovem Rafael Braga[20], que desde junho de 2013 vem sofrendo o peso do poder punitivo racista e seletivo do Estado. Em junho de 2013, ante a repressão do Estado aos movimentos sociais, Rafael foi condenado sob a acusação de porte de Pinho Sol e água sanitária, com os quais a polícia achou que ele fosse fazer um coquetel molotov, mesmo com o laudo técnico apontando para a impossibilidade de os materiais serem usados como elementos incendiários.

[18] PAVARINI, 2012, p. 78-82.
[19] CARVALHO, 2015.
[20] PINA, 2018.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Em janeiro de 2016, foi preso novamente por policiais militares da Unidade de Polícia Pacificadora da Vila Cruzeiro, em um flagrante forjado por tráfico e associação ao tráfico de drogas, enquanto cumpria liberdade condicional utilizando uma tornozeleira eletrônica. Foi posteriormente condenado a 11 anos de prisão, mesmo havendo testemunha ocular que relatou ter visto a polícia implantando a droga do flagrante. Em setembro do ano passado, o Superior Tribunal de Justiça concedeu prisão domiciliar a Rafael Braga para tratar de tuberculose contraída na Penitenciária Alfredo Tranjan, mas em 12 de dezembro o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manteve a condenação por tráfico de drogas[21].

Ao mesmo tempo, em abril de 2017, o empresário Breno Fernando Solon Borges, dono de uma metalúrgica e serralheria em Campo Grande, no Mato Grosso do Sul, e filho da presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul, a desembargadora Tânia Garcia Freitas Borges, foi preso carregando com outras pessoas em dois carros 130 quilos de maconha, uma pistola nove milímetros e 199 munições de fuzil calibre 7,62, de uso exclusivo das forças armadas. Em julho, ele conseguiu direito de aguardar seu julgamento em liberdade sob alegação médica de ser portador de "síndrome de Borderline"[22].

Outro recente caso que demonstrou também a seletividade do sistema penal foi a decisão da juíza Lissandra Reis Ceccon, da 5ª Vara Criminal de Campinas/SP, na sentença na qual condenou Klayner Renan Sousa Masferrer a 30 anos de prisão por latrocínio, argumentando que "o réu não possui o estereótipo padrão de bandido, possui pele, olhos e cabelos claros, não estando sujeito a ser facilmente confundido" [23].

Precisa-se admitir, antes de qualquer coisa, que a luta contra o encarceramento em massa é a luta contra a desigualdade, tendo em vista que o sistema de justiça seleciona a população negra, pobre, parcialmente instruída e desfavorecida, fazendo com que essa população desapareça da sociedade, gerando uma grave distorção dos índices de desigualdade social.

6. O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: ESTADO INCONSTITUCIONAL DE COISAS

Diante da preocupante situação do sistema carcerário brasileiro, ante as indignas, desumanas e manifestamente cruéis condições a que são expostos os detentos nas cadeias brasileiras, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que foi autuada sob o nº 347[24]. Referida cautelar pede que se reconheça a violação de direitos fundamentais da população carcerária e seja determinada a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional do país.

Importante colacionar o teor da ementa da ADPF acima mencionada:

> CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental

[21] BRASIL. Cartório da 39º Câmara Criminal da Comarca de Rio de Janeiro/RJ. Juiz Ricardo Coronha Pinheiro. Processo n. 0008566-71.2016.8.19.0001. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=00040DF0FF64CDE7A6B8EAFE5F0FDFEB80C5E6C50621360E>. Acesso em: 23 mar. de 2019.

[22] JD1 NOTÍCIAS, 2017.

[23] **COUTO, 2019.**

[24] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 MC.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como "estado de coisas inconstitucional". FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos consignou que:

"Quando os cárceres não recebem a atenção e os recursos necessários, a sua função se distorce e, em vez de proporcionarem proteção, se convertem em escolas da delinquência e comportamento antissocial, que propiciam a reincidência em vez da reabilitação"[25].

Para o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, a tese de Carlos Alexandre de Azevedo Campos demonstra que existem três pressupostos:

> O primeiro pressuposto é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas. [...] O segundo pressuposto é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. [...] O terceiro pressuposto tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades[26].

A propósito, para reforçar ainda mais a necessidade de ter reconhecido o Estado Inconstitucional de Coisas (EIC), segundo levantamento do INFOPEN, 41% das pessoas encarceradas correspondem a presos provisórios. Quando se tem direito fundamental à liberdade, o encarceramento deveria ser a *ultima ratio.*

Vale ressaltar que além do reconhecimento do EIC, foi requerido que União, Estados e Distrito Federal apresentassem um plano de superação da problemática situação carcerária com definição de metas específicas, como a redução da superlotação e do número de presos provisórios no país, a serem submetidas à análise do Supremo Tribunal Federal, que poderá homologar ou impor medidas alternativas.

A adoção do EIC pela cultura jurídica brasileira tem, pois, a oportunidade de revestir de eficácia a declaração de omissão inconstitucional pelo Poder Judiciário. Para tanto, é preciso ter em mente que, frente a uma omissão que gera

[25] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2011,. p. 4-5.

[26] CAMPOS, 2015.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

uma evidente violação à Constituição, é dever do Judiciário agir ativamente e propositivamente de modo a assegurar a autoridade da norma constitucional[27].

Tendo em vista os inaceitáveis episódios de violações de direitos em presídios brasileiros, 32 organizações de direitos humanos nacionais e internacionais apresentaram denúncia em desfavor do Brasil perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)[28], com fulcro em informações sobre tortura, maus tratos e condições intoleráveis de higiene e saúde, relacionadas ao encarceramento em massa e à superlotação de unidades de privação de liberdade de pessoas adultas e também de adolescentes.

Nesse contexto, observa-se que o sistema prisional carece de políticas públicas que tornem possíveis o cumprimento de sua função ressocializadora, pois que aquele não dispõe de estrutura para proporcionar as condições mínimas e harmônicas previstas na Lei de Execução Penal. Assim, fica negligenciado o papel do Estado para com o custodiado que está cerceado da liberdade e, consequentemente, refém da falência estatal e marginalizado pela sociedade. A pena ultrapassa os limites, tendo em vista que, além da liberdade, atinge os demais direitos do ser humano.

Nesse sentido, o Min. Marco Aurélio, na liminar da ADPF 347, afirma,

> No sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se 'lixo digno do pior tratamento possível', sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre[29].

Assim, ante esse Estado Inconstitucional de Coisas em que vive o sistema prisional brasileiro, é preciso criar políticas públicas para impedir que direitos fundamentais sejam violados dentro do sistema prisional e mudar o pensamento da população em geral, que acredita que a prisão é o único e o melhor modo de repreender aquele que pratica o delito. É desconexa a realidade do sistema prisional em si, que não respeita a dignidade humana, tendo em vista que se convive em amontoados sem qualquer condição de salubridade e higiene.

O recrudescimento de leis que aumentam o poder punitivo, a falta de conscientização da sociedade e a ausência de políticas públicas de qualidade não permitem que o apenado se reinsira à sociedade, fato que contribui para a reincidência e a criminalidade, sendo infrutífero o trabalho da segurança pública, favorecendo-se o ciclo vicioso e um permanente Estado Inconstitucional de Coisas.

[27] SERENATO, 2016.

[28] LEITE, 2017. .

[29] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 MC.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

7. CONCLUSÃO

A tendência contemporânea nos países desenvolvidos é a política do desencarceramento e aplicação de penas alternativas. Contudo, no Brasil, segue-se no sentido contrário, em que o Estado "prega" que o único e melhor meio de resolver a frágil questão da segurança pública é o encarceramento – uma verdadeira falácia.

Quanto ao encarceramento em massa, considerando os números e dados expostos no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, há que se falar que o controle punitivo do Estado é altamente seletivo e preconceituoso, pois a maioria dos encarcerados são jovens, negros, pobres e com pouco estudo.

Conclui-se, assim, que é necessário um olhar mais atento e mais humano ao sistema prisional como um todo, principalmente aos jovens negros encarcerados, considerando-se que, em um país de maioria negra como o Brasil, criaram-se ao longo do tempo mecanismos institucionais de exclusão à população negra.

É imprescindível repensar todo o funcionamento do sistema prisional brasileiro e questionar a aplicação seletiva da lei que criminaliza toda e qualquer conduta, falhando em resolver os problemas sociais que se apresentam, vez que as únicas políticas públicas que parecem alcançar as classes mais vulneráveis, como os negros, são a de repressão, confinamento e extermínio, quando deveriam existir políticas públicas que realmente efetivassem a diminuição da desigualdade social no Brasil. Vê-se um sistema que encarcera os excluídos, neutraliza-os por um tempo e os devolve à sociedade em condições de maior marginalidade.

REFERÊNCIAS

BALERA, José Eduardo Ribeiro; DINIZ, Nilza Maria. A eticidade de pesquisas bioantropológicas de delinquência no cenário científico contemporâneo. *Revista Bioética*, v. 21, p. 536-545, set./dez. 2013.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro:* dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 MC, Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. Cartório da 39º Câmara Criminal da Comarca de Rio de Janeiro/RJ. Juiz Ricardo Coronha Pinheiro. Processo n. 0008566-71.2016.8.19.0001. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=00040DF0FF64CDE7A6B8EAFE5F0FDFEB80C5E6C50621360E>. Acesso em: 23 mar. 2019.

CAMPOS, Carlos. O Estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. *Consultor Jurídico*, 01 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 29 mar. 2018.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da população negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 67, p. 623-652, jul./dez. 2015.

_____. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, v. 21, n. 104, p. 279-303, set./out. 2013.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. 2011. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>. Acesso em: 13 set. 2017.

CONCEIÇÃO, I. A. *Os limites dos direitos humanos acríticos em face do racismo estrutural brasileiro*: o programa de penas e medidas alternativas do Estado de São Paulo. 1009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

COUTO, Marlen. 'Réu não possui estereótipo padrão de bandido', diz juíza em condenação por latrocínio. *O Globo*, 01 mar. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/reu-nao-possui-estereotipo-padrao-de-bandido-diz-juiza-em-condenacao-por-latrocinio-23492053>. Acesso em: 31 mar. 2019.

DAVIS, Angela. *A democracia da abolição*: para além do império, das prisões e da tortura. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

DUARTE, E. C. p. *Criminologia e racismo*: introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil. 1988. 415 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 1998.

FANON, Frantz. *Pele negra, máscaras brancas*. Tradução de Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*: o criminoso e o crime. Tradução de Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo: Livraria do Globo, 1931.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giancomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2009.

JD1 NOTÍCIAS. *Filho de desembargadora do TRE é transferido para clínica psiquiátrica*. 18 jun. 2017. Disponível em: <https://www.jd1noticias.com/geral/filho-de-desembargadora-do-tre-e-transferido-para-clinica-psiquiatrica/37769>. Acesso em: 23 mar. 2019.

LEITE, Hellen. Brasil é denunciado em Corte Internacional por violência em presídio. *Correio Braziliense*, 23 mar. 2017. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/outros/ultimas-noticias/63,37,63,12/2017/03/23/internas_polbraeco,583010/brasil-e-denunciado-em-corte-internacional-por-violencia-em-presidios.shtml>. Acesso em: 23 mar. 2019.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN). Brasília: jun. 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2018.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Iacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN). Brasília: 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2019.

MISSE, Michel. *Crime e violência no Brasil contemporâneo*: estudos de sociologia do crime e da violência urbana. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORAIS, Evaristo de. Tobias Barreto: primeiro crítico de Cesar Lombroso no Brasil. *Revista de Direito Penal*, v. 25, ano 7, p. 140-147, mai./jun. 1939.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena & execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PINA, Ruti. Símbolo da seletividade penal, caso Rafael Braga completa cinco anos. *Brasil de Fato*, São Paulo, 20 jun. 2018. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/06/20/simbolo-da-seletividade-penal-caso-rafael-braga-completa-cinco-anos>. Acesso em: 23 mar. 2019.

RACIONAIS MC's. A vida é desafio. *Nada como um dia após o outro*. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/racionais-mcs/66802/>. Acesso em: 29 mar. 2018.

RODRIGUES, Raymundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2011.

SANTOS, E. M. G. dos. *A face criminosa*: o neolombrosianismo no Recife na década de 1930. 2008. 135 f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal de Pernambuco, 2008.

SERENATO, Mauricio Wosniaki. A possibilidade de ressignificação da omissão constitucional. *Consultor Jurídico*, 21 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-21/mauricio-serenato-ressignificacao-omissao-inconstitucional>. Acesso em: 29 mar. 2018.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA OS AUTORES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: UMA POSSIBILIDADE DE PREVENÇÃO E PROTAGONISMO

RESTORING JUSTICE FOR AUTHORS OF DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE AGAINST WOMEN: A POSSIBILITY FOR PREVENTION AND PROTAGONISM

Davi Reis de Jesus

Aluno-Pesquisador do curso de Direito da Universidade Tiradentes (UNIT/SE/CNPq – Grupo de Pesquisas em Execução Penal). Membro-Pesquisador do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM/SP).

davi.reis@souunit.com.br

Recebido em: 18.11.2018
Aprovado em: 28.05.2019
Última versão do(a) autor(a): 21.06.2019

Resumo: O presente trabalho possui o fito de demonstrar as possibilidades e impasses da aplicação da técnica de Justiça Restaurativa no Brasil, em especial em casos de violência doméstica de gênero. Para tanto, ressalta-se no texto que, desde 2002, com as recomendações do Conselho Econômico da ONU para o Brasil, a fim de implementar as práticas restaurativas no âmbito interno, os tribunais de justiça do país lançaram projetos pilotos, objetivando atender a recomendação. Com os resultados positivos, a Justiça Restaurativa chegou com força total nos TJs do país, mesmo com percalços ainda a serem superados. Com atuação essencial nas varas de infância e juventude, a pretensão de aplicação das práticas restaurativas em outros casos começou a surtir efeitos, como é o caso do uso da JR em varas de violência doméstica, e a atuar como atividade auxiliar ao processo penal tradicional, reforçando o protagonismo da vítima, bem como desvinculando-a do fato delituoso e agressor, sem desconsiderar o agente da agressão e sua devida responsabilização perante a vítima e a comunidade. Dessa forma, o presente artigo visa apresentar as leis nº 11.304/06 e nº 13.104/2015, com as quais o Direito Penal se fundamenta para atuar repressivamente em casos de violência doméstica e familiar, para então se refletir e discutir se apenas com o Direito Penal esse contexto de violência pode ser sanado. Nesse sentido, a partir desta exposição, pode-se concluir que, além do Direito Penal, cabem ainda métodos interdisciplinares da criminologia, de prevenção ao delito e repressão à violência, como é o caso da Justiça Restaurativa, a qual é capaz de desacorrentar a mulher, após a aplicação da lei penal sobre o infrator; proporciona ainda um espaço de reflexão, diálogo e protagonismo, reduzindo as possibilidades de reincidência dos infratores e de invisibilidade da mulher no processo penal meramente retributivo.

Palavras-Chave: Justiça restaurativa. Responsabilização. Violência doméstica e familiar.

Abstract: The present work has the purpose of demonstrating the possibilities and impasses of the application of the Restorative Justice technique in Brazil, especially in cases of Domestic Violence of Gender. Therefore, it is highlighted in the text that since 2002 with the recommendations of the UN Economic Council for Brazil, in order to implement restorative practices internally, the country's Courts of Justice have launched pilot projects, in order to comply with the recommendation. With the positive results, the Restorative Justice arrived with full force in the TJ's of the country, even with mishaps still to be overcome. With an essential role in the sticks of childhood and youth, the pretension of applying restorative practices in other cases began to have effects and activity, as is the case of the use of the JR in

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

sticks of domestic violence, in order to be the restorative technique an activity to assist the traditional criminal process, as a substrate to give the protagonism to the victim, as well as, its disruption of the criminal and aggressor fact, not forgetting the best reflection of the agent of aggression and its due accountability to the victim and the community. Thus, this article aims to present Laws Nos. 11304/06 and 13.104 / 2015, with which the Criminal Law is based to act repressively in cases of Domestic and Family Violence, to then reflect and discuss whether only with the Right Criminal this context of Violence can be remedied. In this sense, from the expositions, it can be concluded that in addition to Criminal Law, there are also interdisciplinary methods of Criminology, prevention of crime and repression of violence, which is the case of Restorative Justice, which is capable of disarming Women, after the application of the criminal law on the offender, as well as, it also allows a space for reflection, dialogue and mutual protagonism, reducing the possibility of recidivism and the absence of invisibility of women in the merely retributive criminal process.

Keywords: Restorative Justice. Accountability. Domestic violence and Family.

Sumário: 1. Introdução. 2. Breves considerações acerca do tratamento penal da violência doméstica de gênero. 3. Desenvolvimento e desafios da justiça restaurartiva. 4. Oposições à aplicação da justiça restaurativa em casos de violência doméstica. 5. Por que restaurar agressores da violência doméstica? 6. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Com o protocolo de cooperação dos Tribunais de Justiça no Brasil, através da resolução 225 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a política de Justiça Restaurativa passou por maior efetivação. Em casos em que haja crime, a partir das inspirações nos modelos de Justiça da nova Zelândia e Austrália, no Brasil já é possível aplicar a prática restaurativa no âmbito do Juizado Criminal, bem como subsidiariamente em casos de violência doméstica. Mas afinal, qual o objetivo do princípio restaurativo presente nesse espectro de Justiça?

Sabe-se que, seguindo a inteligência estabelecida pelo processo penal, havendo denúncia ofertada pelo Ministério Público, a ação penal é iniciada e o Judiciário é provocado para que então se julguem a denúncia e os fatos nela contidos. Feito isso, havendo a condenação do infrator, a depender da tipificação do delito, o mesmo cumprirá a pena longe da comunidade o qual ele atingiu. Contudo, apenas a privação do infrator não é o bastante; afinal, a vítima não foi ouvida corretamente, sendo meramente vetor de colheita de provas; nem o infrator foi ouvido da maneira mais adequada, para que então a sua característica humana fosse preservada perante todos. Como bem alertou Michel Foucault em sua obra *Vigiar e punir* (1975, p.64), é através do reconhecimento da dignidade que enxergamos direitos.

Por isso, num primeiro momento, este artigo discorrerá sobre o tratamento penal da violência de gênero na contemporaneidade, bem como, observará as engrenagens motivadoras que levaram o legislador brasileiro a redigir as leis nº 11.304/06 e nº 13.104/2015, dando tratamento especial para os casos de violência de gênero, especificamente no ambiente doméstico e familiar.

Nessa linha, num segundo momento, será possível observar e discutir que o reconhecimento do Direito Penal aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, por si só, não é o bastante. É necessário pautar-se na doutrina da moderna criminologia e política criminal, com o fim de angariar proteção à mulher e prevenção contra o delito de modo científico. É preciso empreender o combate à reincidência reconhecendo a mulher como vítima e afetada,

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

fortalecendo seu protagonismo diante do delito, deixando de tratá-la como mera coadjuvante no processo penal, e baseando-se para isso nos modelos ressocializadores (ou reintegradores) e, especificamente, na Justiça Restaurativa.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO TRATAMENTO PENAL DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Em uma sociedade patriarcal, pautada historicamente na dominação e supremacia do homem, em quesito de gênero, o papel da mulher na sociedade até os dias de hoje é algo que causa estarrecimento, dados os altos índices de preconceito social e desrespeito.

Destarte, pode-se destacar a dicotomia preconceito *versus* esclarecimento, por dois motivos iniciais: 1) a despeito das novas tecnologias, do desenvolvimento industrial, do conhecimento espacial e astronômico, do advento das engenharias genéticas, da afirmação de direitos fundamentais, a mente humana parece não ter acompanhado tanto progresso como esse que se apresenta no século XXI; 2) a noção de progresso deveria andar ao lado da noção de esclarecimento, conforme apregoavam os iluministas no século XVIII para romper com as tradições absolutistas; segundo eles, como dissertam Nascimento e Nascimento (2005, p. 5) tinham "atingido um nível intelectual avançado", erradicando toda a ignorância de então. Essa ideia do esclarecimento foi melhor desenvolvida por Immanuel Kant em 1789. O filósofo prussiano afirmava que o esclarecimento é a saída do homem da sua condição menor para a elevação. Ou seja, todos, em algum momento da vida, se deparam com algum tipo de menoridade intelectual. Quando essa menoridade se reflete em violências aos direitos fundamentais e/ou a tratamentos vilipendiosos aos semelhantes, devemos, segundo Kant, sair da menoridade para a maioridade intelectual, o esclarecimento. Uma vez alcançadas tantas conquistas tecnológicas, as mesmas deveriam servir também à consolidação de direitos fundamentais[1].

Com efeito, a violência de gênero é causada também por ausência de esclarecimento, uma vez que o agressor não é capaz de perceber que a mulher é igual a ele, que a existência de um gênero feminino não o faz superior, mas apenas diverso.

A cada dia se presencia o aumento do número de casos de violência doméstica no Brasil. Dados como o crescimento da quantidade de telefonemas de denúncias para as delegacias da mulher espalhadas no país são divulgados com frequência. Segundo dados do Instituo AVON e do Data Popular, divulgados pelo portal da agência Patrícia Galvão, a violência doméstica tem como um de seus efeitos a perpetuação de uma cultura de agressividade. De acordo com a pesquisa, 43% dos jovens presenciaram a mãe ser agredida por um parceiro masculino. E entre os que admitem ter praticado alguma forma de violência contra parceiras, 64% estavam no grupo de quem assistiu cenas violência doméstica em casa. Já entre os que nunca presenciaram tais práticas, 47% admitem ter praticado ações agressivas[2].

Foi nesse cenário, especificamente em 2006, que surgiu a Lei Maria da Penha. Esse nome, como já é conhecido nacional e internacionalmente, é decorrente de um caso entre as milhões de vítimas da história de agressão à mulher no país: o caso da cearense de 72 anos, Maria da Penha Maia Fernandes, que viveu anos de agressão e tristeza ao lado do seu então marido, a quem conheceu quando fazia mestrado na Universidade de São Paulo.

[1] KANT2005, p. 63-71.

[2] Disponível em: <http://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/66-das-mulheres-jovens-ja-sofreram-violencia-em-relacionamentos-aponta-pesquisa/>.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Maria da Penha ficou paraplégica após levar um tiro de Marcos, professor de economia em uma universidade. Toda a sua história foi contada em um livro, lançado por ela em 1994 – *Sobrevivi, posso contar* –, que relata o grau de agressões sofridas por ela, em nada diferentes dos dados anuais de agressão de gênero no país[3].

Como consequência daquele caso, foi sancionada em 2006 a Lei Penal Extravagante n° 11.340/06, que prevê endurecimento no tratamento penal aos agressores em ambiente doméstico e familiar, atendendo a essas situações, bem como aos documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, como é o caso da Convenção Interamericana de Eliminação de Todas as Formas de Violência Contra a Mulher, e a dispositivos Constitucionais.

Em seu art. 1°, a lei corrobora isso, legitimando que

> Art. 1°
>
> *Esta Lei cria mecanismos para coibir e* prevenir *a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência Contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (Grifo nosso).*

Destarte, em seu art. 2° a lei penal, ratifica que

> *Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.*

Ou seja, a lei Maria da Penha institui uma inovação no Direito Penal, na política criminal e principalmente na sociedade, por dar atendimento e atenção maior aos casos de agressão no ambiente doméstico, o que configura num avanço jurídico-social diferente do que já se tinha em atividade até 2006 em matéria de violência de gênero, reiterando, como já foi dito, o compromisso do Brasil com os documentos internacionais, que versam sobre direitos humanos, dos quais o país é signatário.

A Lei Maria da Penha foi a primeira legislação penal especial a versar a respeito da violência doméstica. Visou incialmente discutir as perspectivas de proteção à mulher, levando em conta os dados alarmantes que colocam o Brasil em destaque internacionalmente; em segundo lugar, visou, como toda lei penal, a criminalização dessa conduta violadora de um bem jurídico tutelado, a integridade da mulher. Data vênia, isso não foi o bastante para erradicar os dados de violência contra a mulher no ambiente doméstico e familiar, cometida pelos seus parceiros, resultado da cultura de dominação do homem sobre a mulher e da pseudo-hierarquia masculina, uma vez que, em muitas famílias, o homem é o provedor dos bens e da manutenção do lar.

[3] Disponível em: http://www.brasil.gov.br/governo/2012/04/maria-da-penha-1.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

O aumento da violência doméstica de gênero foi cada vez mais chamando a atenção da sociedade por causa dos homicídios dolosos perpetrados contra a mulher nos ambientes domésticos.

Nessa esteira, em 2015, mais uma lei foi sancionada no Brasil, a lei de feminicídio, tratando os homicídios contra a mulher como crime hediondo. Em outras palavras, a lei 13.104/2015, visou inicialmente alterar:

> *(...) o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.*

A lei acrescenta o crime contra a vida da mulher ao artigo 121 do Código Penal, além de trazer um *cheklist* na categoria do aumento de pena, ampliando o raio de alcance, não somente para o ambiente doméstico, mas também para toda mulher, como disserta a legislação extravagante:

> *Art. 1º O art. 121 do* Decreto-Lei no *2.848, de 7 de dezembro de 1940* – Código Penal, *passa a vigorar com a seguinte redação:*
>
> *Homicídio simples*
>
> *Art. 121.*
>
> *Homicídio qualificado*
>
> *§ 2º*
>
> *(...)*
>
> *Feminicídio*
>
> *VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:*
>
> *(....)*
>
> *§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:*
>
> *I – violência doméstica e familiar;*
>
> *II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher.*
>
> Aumento de pena
>
> *§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:*
>
> *I – durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;*
>
> *II – contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;*
>
> *III – na presença de descendente ou de ascendente da vítima." (Grifo nosso).*

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Ou seja, alterando o artigo 121 do Código Penal, que trata sobre os crimes contra a vida, novamente o tema da violência de gênero no ambiente doméstico volta à tona, de forma mais incisiva, que nunca se viu nos 500 anos de história do Brasil. Mas, é claro que não se deve comemorar quando uma nova lei que versa sobre um crime de gênero é sancionada; afinal, o fato só demonstra o nível de violência que se presencia no país, sendo necessária proteção e reconhecimento do Direito Penal *(ultima rattio* do Direito) acerca do tema.

A noção de punição está cada vez mais sendo discutida no Brasil, tanto com a lei 11.304/06 (lei Maria da Penha) quanto com a lei 13.104/2015 (Lei de Feminicídio), cada vez mais o foco está no solo doméstico. De acordo com o Mapa da Violência de 2015:

> *Entre 2003 e 2013, o número de vítimas do sexo feminino passou de 3.937 para 4.762, incremento de 21,0% na década. Essas 4.762 mortes em 2013 representam 13 homicídios femininos diários. 89,8 para 99,8 milhões (crescimento de 11,1%). Vemos que a taxa nacional de homicídio, que em 2003 era de 4,4 por 100 mil mulheres, passa para 4,8 em 2013, crescimento de 8,8% na década. Limitando a análise ao período de vigência da Lei Maria da Penha, que entra em vigor em 2006, observamos que a maior parte desse aumento decenal aconteceu sob égide da nova lei: 18,4% nos números e 12,5% nas taxas, entre 2006 e 2013. Se num primeiro momento, em 2007, registrou-se uma queda expressiva nas taxas, de 4,2 para 3,9 por 100 mil mulheres, rapidamente a violência homicida recuperou sua escalada, ultrapassando a taxa de 2006.*

É mister, no entanto, a percepção de que a lei penal traz consigo criminalizações de condutas que, sozinhas, não surtem efeitos tão positivos como se acha. Falta a devida prevenção, bem como análise científica pautada em políticas criminais e modelos de prevenção da criminalidade.

As discussões acerca do tema reação social e prevenção da criminalidade são frequentes em trabalhos científicos de pesquisadores em Direito Penal e política criminal. Como comenta Lima Jr. (2017, p. 93) no "Estado Democrático de Direito, o saber criminológico tem como norte a orientação prevencionista, pois o interesse se volta a evitar o delito, não puni-lo".

A violência doméstica, que se configura tanto na agressão verbal quanto na física contra a mulher, apresenta alto índice de reincidência de infratores enquadrados nesse crime. A criminologia, ciência interdisciplinar que busca entender e discutir o fenômeno do crime e suas nuances na sociedade, além de servir como norte ao Direito Penal, e como lembra o promotor de justiça José César Naves de Lima Júnior (2017, p. 56), não serve apenas como um banco de dados ou uma ciência isolada, mas sim como "uma fonte dinâmica de informações que permita compreender cientificamente o fenômeno criminal".

A criminologia dispõe de dois métodos de prevenção da criminalidade: o ressocializador e o restaurador. Na ressocialização (ou reintegração social do apenado), o foco está no egresso do sistema penal, pois é voltado a promover sua integração social, a reinserir o delinquente no meio social, tendo sido sua pena já cumprida e sua "dívida" paga junto ao Estado e à sociedade.

No segundo modelo, o restaurador, o foco é na renovação e na restauração dos laços do infrator com a vítima, bem como com a sociedade cuja confiança ele violou ao cometer o ato delitivo. Principal diretriz da Justiça Restaurativa, o princípio restaurador foi instituído no Brasil há cerca de 11 anos, inspirado nos modelos de justiça mais avançados do

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

mundo, presentes na Nova Zelândia, Austrália, Bélgica, entre outros países. Também é conhecido, como lembra Lima Jr. (2017, p. 100) como modelo integrador. No Brasil, o paradigma de Justiça Restaurativa é utilizado de forma tímida ainda nos conflitos de violência doméstica de gênero; ao contrário do que ocorre na seara da Infância e Juventude.

Mesmo assim, alguns resultados já se mostram positivos, como demonstra o CNJ[4]. Nesse sentido, a Justiça Restaurativa deve ser cada vez mais campo de pesquisa para os interessados em entender os meios de prevenção do delito e de humanização da Justiça Penal.

2. DESENVOLVIMENTO E DESAFIOS DA JUSTIÇA RESTAURARTIVA

Para início e fomento do debate, fazemos agora o histórico do surgimento da Justiça Restaurativa, tema central desta pesquisa. Como lembra o professor Daniel Achutti (p. 55), a Justiça Restaurativa surgiu em 1974, na cidade de Kitchener, no Estado de Ontário, Canadá, como uma iniciativa da comunidade para dirimir conflitos entre os moradores, especificamente entre vítima e ofensor. Inspirada nas relações sociais típicas de tribos neozelandesas, a Justiça Restaurativa institui uma dinâmica essencialmente humana, pois cria um espaço (círculo) em que participem todos os envolvidos no fenômeno criminal: vítima, ofensor e comunidade.

A Justiça Restaurativa se funda no modelo consensual de justiça, que possibilita a observação das condições humanitárias dos indivíduos envolvidos em conflitos, bem como a participação protagonista deles na resolução desses mesmo conflitos[5].

Seu surgimento no país se consolidou a partir de três projetos pilotos recomendados pela ONU: na Vara da Infância e da Juventude da Comarca de São Caetano do Sul (SP); na 3ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre (RS), com competência objetiva para executar as medidas sócio-educativas; e no Juizado Especial Criminal do Núcleo Bandeirantes, em Brasília (DF)[6].

O Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (2002) define a Justiça Restaurativa como:

> *[...] qualquer processo no qual a vítima e o ofensor e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador [...].*

---

[4] Esse trabalho, segundo a juíza de Ponta Grossa, impede que muitos conflitos se transformem em ações judiciais. "Além de finalizados de maneira mais rápida e efetiva, os casos poderiam ter se multiplicado em dezenas de processos cíveis, de guarda de filhos, pensão, alienação parental e até mesmo criminais", reforça. Os benefícios vão além das questões jurídicas. "Vi mulheres chegarem aqui amarguradas, com muita raiva ou deprimidas e, após as sessões, mudarem: tornarem-se mais confiantes e os homens, mais conscientes", afirma Jurema Gomes, que já teve contato com aproximadamente 170 casos desde 2015. No Rio Grande do Sul, a prática da Justiça Restaurativa também já funciona em algumas comarcas da capital e do interior. Além da prática de violência doméstica, as unidades prestam atendimento em casos de infância e juventude e execuções criminais. Segundo o Tribunal de Justiça do Estado (TJRS), até o final de 2017, o programa pretende contar com 35 unidades implantadas no Estado. O trabalho desenvolvido nessas unidades é semelhante ao do Paraná, com Círculos de Construção de Paz e o apoio da rede de proteção e atenção a vítima e familiares. (CNJ, 2017, disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85041-justica-restaurativa-e-aplicada-em-casos-de-violencia-domestica.)

[5] JESUS, 2016.

[6] Disponível em: http://www.dpu.def.br/images/esdpu/revista/artigo09_-_camila_ungar_jo%C3%A3o_e_eloisa_de_sousa_arruda.compressed.pdf.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Através da afirmação de valores como responsabilização, inclusão, participação e diálogo, a Justiça Restaurativa vem responder a anseios civilizatórios inadiáveis nos tempos atuais, em que a violência teima em se impor como forma natural de sociabilidade.

Esse novo paradigma de justiça, ao invés de competir com os procedimentos corriqueiros, adotados pela justiça convencional, dá a eles um sentido novo, baseado na participação, autonomia, inclusão e observação das configurações sociais. Sua introdução nos programas de atendimento da privação de liberdade pode contribuir para a responsabilidade ativa de todos os envolvidos na busca de alternativas para enfrentar a realidade de violências.

As práticas restaurativas não são feitas para substituir o sistema da justiça tradicional, mas sim para complementar as instituições legais existentes e melhorar o resultado do processo de justiça. A Justiça Restaurativa, ao descentralizar a administração de certas demandas da justiça, determinadas de acordo com a gravidade legal e moral da ofensa, e ao transferir o poder de tomada de decisão para o nível local, beneficia tanto o sistema de justiça estatal quanto os cidadãos.

A *microjustiça* pode ter um efeito intrínseco no processo, levando-o a resultados positivos, tais como: reduzir o volume de casos para os tribunais; melhorar a imagem do sistema formal; dotar de poder os cidadãos e as comunidades, através da participação ativa no processo de justiça; favorecer a reparação e a reabilitação, ao invés da retribuição; ter por base os consensos e não a coerção[7].

Os programas de justiça restaurativa diferem daqueles da justiça tradicional, uma vez que possibilitam a participação dos envolvidos no processo. O envolvimento ativo em projetos de microjustiça, como administradores, usuários, ou como testemunhas participativas funciona para dar poder aos cidadãos e comunidades menos privilegiados.

No sistema retributivo, o que se espera do infrator é que ele suporte sua punição. Para a justiça restaurativa, o que importa é que ele procure restaurar ativamente a relação social quebrada. Para isso, os procedimentos restaurativos deverão considerar a situação vivida pelo infrator e os problemas que antecederam e agenciaram sua atitude. Assim, paralelamente aos esforços que o infrator terá que fazer para reparar sua infração, caberá à sociedade oferecer-lhe as condições adequadas para que ele possa superar seus limites; como, por exemplo, déficit educacional ou moral ou condições de pobreza ou abandono[8].

Os procedimentos da justiça restaurativa começam com a quebra do relacionamento social, mas o que deverá ser restaurado não é a ocasião desse relacionamento, e sim um ideal de igualdade na sociedade. Como "relacionamento ideal", define-se a importância de valores como dignidade e respeito; um ideal que sobrevive quando os direitos básicos, como a segurança das pessoas, são respeitados, ainda que o contexto mais amplo esteja marcado por desigualdades e injustiças sociais.

As punições produzidas pela justiça criminal retributivo levam ambos, infrator e vítima, a uma situação pior. A retribuição tende a legitimar a paixão pela vingança e, por isso, seu olhar está voltado para o passado; o que importa aí é a culpa individual, não o que deve ser feito para enfrentar a situação conflitante e prevenir a repetição.

[7] OLIVEIRA, 2017.

[8] Disponível em: https://www.megajuridico.com/justica-restaurativa-e-politicas-publicas-de-combate-a-criminalidade-no-brasil-solucao-de-conflitos-ou-aplicacao-da-tese-acerca-da-reducao-da-maioridade-penal/?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Nesse contexto, a Resolução 225 de 31 de maio de 2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), assinada pelo então presidente desse mesmo conselho, Ricardo Levandowski, tem como finalidade organizar os tribunais de justiça do Brasil para a promoção das práticas restaurativas em casos de conflitos que resultem em crimes. No capítulo primeiro da Resolução, instituiu-se a definição do CNJ para a Justiça Restaurativa, que se constitui

> *Como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos geram dano, concreto ou abstrato.*

Portanto, é mister o comprometimento da prática restaurativa em observar o dano causado pelo conflito, bem como a participação dos envolvidos para aproximação e reconhecimento mútuo da dignidade humana, aproximação essa que possibilita também a participação da comunidade que foi atingida pela atitude infratora do ofensor, bem como das famílias dos envolvidos, vítima e ofensor, como expõe o art. 1°, inciso I da Resolução

> *I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença de representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos.*

Isso remete ao que bem dissertaram Gomes e Molina (2008, p. 363), considerando que o crime "não é um tumor nem uma epidemia que assola a sociedade, mas sim, um doloroso problema interpessoal e comunitário", uma realidade próxima do cotidiano, quase doméstica, que nasce na comunidade e deve(ria) ser resolvido pela sociedade, em suma, um problema social, o que implica o seu diagnóstico e tratamento.

3. OPOSIÇÕES À APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Em matéria divulgada no site da Câmara dos Deputados acerca de Audiência Pública realizada pelo órgão legislativo em agosto de 2017, pesquisadoras do tema violência doméstica, se opõem à aplicação da Justiça Restaurativa.

A procuradora federal Débora Duprat asseverou que usar a Justiça Restaurativa nesse tema é ineficaz e inviável. A procuradora explicou que "Sempre se soube que a conciliação é um modelo reprodutor da violência. Nós só vencemos a violência contra a mulher mediante sanção típica do Direito Penal. A justiça restaurativa aparece na contramão, porque o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) não admitia as práticas de conciliação, nem os institutos despenalizadores da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95)".

A deputada Érika Kokay (PT-DF), por sua vez, explicou que "A mulher sofre por muito tempo calada e quando decide levar o processo adiante é depois uma construção que pode ser prejudicada quando você tenta uma conciliação".

Para elas, é inviável a aplicação da Justiça Restaurativa, uma vez que a Lei Maria da Penha veda explicitamente a autocomposição do processo, além de causar revitimização da mulher vítima da violência de gênero. A própria lei 9.099/95 veda a autocomposição em crimes tipificados com pena acima de dois anos[9].

[9] Disponível em: http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/543639-ESPECIALISTAS-CRITICAM-USO-DA-JUSTICA-RESTAURATIVA-EM-CASOS-DE-VIOLENCIA-DOMESTICA-CONTRA-MULHER.html.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

No entanto, os princípios restaurativos possuem natureza humanitária; não buscam a revitimização da mulher, mas sim a afirmação de seu protagonismo, uma vez que no processo comum isso não existe. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça, na XI Jornada Maria da Penha, discutiu o uso da prática restaurativa em casos de violência, retificando, conforme Carta lavrada após o encontro, a ideia de que a aplicação da Justiça Restaurativa acabaria com a responsabilização tradicional do apenado. Instituiu diversas recomendações aos tribunais do Brasil para a implementação das práticas restaurativas "como forma de pacificação, nos casos cabíveis, independentemente da responsabilização criminal, respeitando-se a vontade da vítima".

Além disso, cabe ainda aos Tribunais:

> solicitar *ao Conselho Nacional de Justiça a criação de grupos de trabalho com a participação de magistrados que atuam diretamente nas varas e juizados especializados para construção de suas Diretrizes e Políticas nas temáticas de gênero e Justiça Restaurativa (Grifo do documento)*[10].

Ao se examinar a Carta de encerramento da Jornada de 2017, extrai-se que a Justiça Restaurativa possui caráter muito além do processo, estabelecendo vinculação direta entre as partes, principalmente com a vítima, uma vez que o seu protagonismo é o objetivo da lente restaurativa; além do mais, busca-se restaurar também quem é apenado, através da conscientização e responsabilização, institutos que a aplicação da pena sozinha não o faz.

4. POR QUE RESTAURAR AGRESSORES DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA?

Conforme aludido no capítulo anterior, há quem se oponha à Justiça Restaurativa pelo fato de esta se encontrar na esfera da justiça consensual.

Essa opinião é a dos adeptos da intervenção máxima do Direito Penal e/ou dos operadores do Direito que, por ausência ou inobservância de leituras em criminologia, se cercam de ideias apenas processualistas, valendo-se de que apenas o processo penal é responsável pela responsabilização do infrator, bem como por seu encarceramento após o encerramento do caso[11].

É nesse espectro que a Justiça Restaurativa no Brasil vem ganhando espaço, como instrumento de superação às sequidões do processo penal convencional, permitindo que a vítima a mulher, tenha empoderamento[12], possa ser ouvida pelo infrator, ter voz junto à comunidade e ser apoiada na superação do conflito; do mesmo modo, para que o agente do delito venha a cumprir a pena a ele imputada sem incorrer depois em reincidência.

Ou seja, restaurar, a partir dessas discussões, parte da ideia da criminologia moderna no que diz respeito à prevenção do delito; de modo tal que o agente infrator ganhe consciência de seus atos e se livre do estigma após a saída do sistema prisional, podendo retornar ao convívio com a comunidade daqual fazia parte antes do delito; restaurar significa eliminar o fenômeno da *dessocialização* da pena.

---

[10] Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/08/706fdfd1d015b74a169c11d9b56810cb.pdf.

[11] Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c23da4fc9c3c0a23>.

[12] **Empoderar** é um verbo que se refere ao ato de dar ou conceder poder para si próprio ou para outrem. A partir do seu sentido figurado, **empoderar** representa a ação de atribuir domínio ou poder sobre determinada situação, condição ou característica.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

As motivações da Justiça Restaurativa têm a ver como os seus princípios, bem destacados na Resolução 225 do CNJ:

> *A corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a celeridade e urbanidade.*

Ou seja, o documento reconhecido e divulgado nacionalmente pelo CNJ, conjuntamente com a última Carta de Encerramento da Jornada Maria da Penha (2017), visa humanizar o processo penal tradicional, por levar em consideração que, seja físico ou seja eletrônico, cada amontoado de processos traduz vidas sobre as quais os operadores do Direito, independentemente da carreira, passam a ter responsabilidades. A Justiça Restaurativa não veio para competir com a tradicional, mas sim, como técnica que objetiva ajustar as lentes da justiça.

A Justiça Restaurativa possibilita que a mulher seja escutada, não apenas a respeito do fato criminoso em si, mas sobre sua história e suas expectativas, contribuindo para que a mesma se reafirme ter sua história confirmada pelos outros. (LARRAURI, 2008, p.233).

A escuta respeitosa, um dos grandes princípios que orientam a Justiça Restaurativa, possibilita uma análise mais profunda do conflito que levou à prática do delito. O diálogo entre as partes interessadas no processo decisório fortalece o senso de responsabilidade e dá maior legitimidade à decisão, fazendo com que de fato mulher-vítima e homem-agressor revejam os papéis sociais estabelecidos e promovam mudanças comportamentais reais. Ademais, muitas das vezes, os atos de violência, principalmente psicológica, não se enquadram em tipos penais, não podendo ser objeto de processo criminal no modelo retributivo; mas encontram lugar na Justiça Restaurativa, como parte da decisão construída pelas partes. (COSTA; MESQUITA, 2012, p. 13)

Por fim, conclui-se que, se no modelo retributivo tradicional a vítima assume o papel de coadjuvante no processo criminal – processo pautado na retribuição primeiramente ao agente do delito no caso concreto, como lembra Hungria sobre a retribuição do "mal do crime com o mal da pena" (NUCCI, 2017, p. 366) –, na Justiça Restaurativa a mulher passa ao papel primordial na discussão, pois a sua escuta é o mais importante; e sua dor e a superação desta são norteadores do processo; bem como, uma visão humanizada do infrator.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível concluir que o atual modelo de processo penal pautado apenas na retribuição tem demonstrado seu fracasso – por motivos simples, como a alta taxa de reincidência dos indivíduos que deixam o sistema prisional, e uma vez que o sistema retributivo não permite que os envolvidos no processo penal se reconheçam como humanos.

Como afirma Michel Foucault (1975, p. 95), se o objetivo é o respeito da humanidade, logo, os envolvidos no delito têm que se reconhecer como humanos, para então enxergarem seus direitos. Segundo o filósofo "uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos [alguém]: sua 'humanidade'".

Como se viu neste texto, a violência de gênero no Brasil, principalmente no ambiente doméstico, aumenta a cada ano; viu-se também que apenas a punição não se faz eficaz sem mecanismos de prevenção do delito; prevenção esta bastante cabível por meio das técnicas de ressocialização e restauração da Justiça Restaurativa. Com efeito, demonstrou-se também que a aplicação da Justiça Restaurativa não provoca o fenômeno da revitimização da mulher em estado de violência, mas sim a coloca como protagonista no processo.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

A Justiça Restaurativa é ainda modelo de humanização e titularidade de direitos, contribuindo para que, como foi discutido inicialmente nesse texto, o homem saia de sua condição de ignorância e parta para o esclarecimento, defendido por Kant. Ou seja, objetivou-se também neste texto apresentar a Justiça Restaurativa como paradigma penal pautado na ciência criminológica, não apenas processual, mas experimental, empírica, fundada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais, foco nuclear do Direito na sociedade.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal:* contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

ARAÚJO, L. *Três em cada 5 mulheres jovens já sofreram violência em relacionamentos, aponta pesquisa.* Agência Patrícia Galvão. Disponível em: <http://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/66-das-mulheres-jovens-ja-sofreram-violencia-em-relacionamentos-aponta-pesquisa/>. Acesso em: 20 abr. 2018

BARRETO, Daniela Lima. *O direito penal dos vulneráveis*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016.

BRASIL. *Lei 11.340/2006. Lei Maria da Penha*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra As Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra A Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra A Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm > Acesso em: 12 de mar. 2018

BRASIL. 13.104/2015. *Lei de Feminicídio*. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018

BRASIL. *Mapa da Violência 2017*. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018

BRASIL. *Resolução de Nº 225* do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=228 >. Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL. *Carta de Encerramento da XI Jornada Maria da Penha* do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/08/706fdfd1d015b74a169c11d9b56810cb.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Especialistas criticam uso da justiça restaurativa em casos de violência doméstica contra mulher.* 2017. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/543639-ESPECIALISTAS-CRITICAM-USO-DA-JUSTICA-RESTAURATIVA-EM-CASOS-DE-VIOLENCIA-DOMESTICA-CONTRA-MULHER.html > Acesso em: 20 abr. 2018.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* o nascimento da prisão. São Paulo: editora Vozes, 1975.

GOMES, L.F.; MOLINA, A. G. p. *Criminologia*. v.. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Coleção: Ciências Criminais)

JESUS, Davi Reis de; OLIVEIRA, Patricia Nara de Santana. Justiça restaurativa: desafios e concretização. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 154, nov. 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/id=6301?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18171&revista_caderno=22>. Acesso em: mar. 2018.

KANT, Imamnuel. Resposta à pergunta: que é *esclarecimento*? Textos Seletos. Tradução Floriano de Sousa Fernandes. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. p. 63-71.

LARRAURI, Elena. *Mujeres y sistema penal:* violência doméstica. Buenos Aires: B de F, 2008.

LIMA JR., José César Neves de. *Manual de criminologia*. Salvador: Juspodvm, 2017.

MESQUITA, Marcelo Rocha. *Justiça restaurativa:* uma opção na solução de conflitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher. 2015. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2015.

NASCIMENTO, M. M do; e NASCIMENTO, Maria das Graças L. *Iluminismo:* A revolução das luzes. São Paulo: Ática, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal.* São Paulo: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Patricia Nara de Santana; JESUS, Davi Reis de. Justiça restaurativa: elementos e particularidade para o garantismo penal juvenil. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 160, maio 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18915&revista_caderno=3>. Acesso em: mar. 2018.

UNGAR JOÃO, Camila. A justiça restaurativa e a sua implantação no Brasil. *Revista da Escola Superior da Defensoria Pública da União*, Brasília/DF, nº 7, jan/fev 2014. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/esdpu/revista/artigo09_-_camila_ungar_jo%C3%A3o_e_eloisa_de_sousa_arruda.compressed.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

A CONSTITUCIONALIDADE OU NÃO DA IMPLANTAÇÃO DOS TESTES DE INTEGRIDADE AOS SERVIDORES PÚBLICOS NO BRASIL

THE CONSTITUTIONALITY OR NOT OF THE IMPLANTATION OF INTEGRITY TESTS TO PUBLIC SERVANTS IN BRAZIL

Thais de Nadai Moreira

Pós-Graduada em "Compliance, Lei Anticorrupção Empresarial e Controle da Administração Pública" pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada.

thais_denadai1@hotmail.com

Recebido em: 19.03.2019
Aprovado em: 28.05.2019
Última versão do(a) autor(a): 25.06.2019

Resumo: Considerando os inúmeros casos de corrupção que têm assolado nosso país, bem como os acalorados debates acerca da constitucionalidade ou não de se implantar os testes de integridade aos servidores públicos brasileiros, o presente estudo analisa se a parte da proposta legislativa denominada "Dez Medidas de Combate à Corrupção" concernente a tais aspectos diverge de alguns princípios fundamentais previstos em nossa Constituição. Para tanto, parte-se da abordagem internacional de tais avaliações de probidade, assim como do histórico que envolveu a ideia de implantá-las em nosso país. Aborda-se, ainda, o destino que os aludidos testes têm tomado no Congresso Nacional e uma possível inconstitucionalidade formal no caso de se aprovar a lei nos moldes em que se encontra na Casa Legislativa bicameral. Aprofundam-se, posteriormente, as questões referentes à compatibilidade das avaliações de probidade mencionadas e aos princípios constitucionalmente previstos da vedação ao uso de provas ilícitas, da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da igualdade e da intimidade.

Palavras-chave: Corrupção. Teste de integridade. Constitucionalidade. Servidores Públicos. Princípios constitucionais.

Abstract: Considering the countless cases of corruption that have plagued our country, as well as the heated debates about the constitutionality or not of implementing integrity tests for Brazilian civil servants, the present study analyzes whether the part of the legislative proposal titled "Ten Measures of Combating Corruption " which provides for such tests would be in collision with some fundamental principles provided for in our Constitution. In order to do so, it is based on the international approach of such probity assessments, as well as the history that involved the idea of implanting them in our country. Also considering the fate that the aforementioned tests have taken in the National Congress and a possible formal unconstitutionality in the case of approving the law as it is in the bicameral Legislative House. It then goes on to elaborate further on the questions regarding the compatibility of the aforementioned probity assessments and the constitutionally foreseen principles of the prohibition of the use of illegal evidence, the dignity of the human person, the presumption of innocence, equality and intimacy.

Keywords: Corruption. Integrity Test. Constitutionality. Public Servers. Constitutional Principles.

Sumário: Introdução. 1. O combate à corrupção no Brasil e o surgimento do pacote das dez medidas de combate à corrupção. 1.1 Observações sobre o combate à corrupção no brasil. 1.2 Contexto histórico de surgimento do pacote das dez medidas de combate à corrupção. 2. O teste de integridade. 2.1 A origem dos testes de integridade e sua

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

aplicação no âmbito internacional. 2.2 Modo como fora proposta sua aplicação no brasil. 2.3 A tramitação das 10 medidas no congresso nacional e o teste de integridade. 2.4 Teste de integridade no brasil e a possível colisão com direitos constitucionais. 3 A constitucionalidade da aplicação de testes de integridade aos servidores públicos brasileiros. 3.1 Os testes de integridade e o princípio constitucional da proibição do uso de provas ilícitas. 3.2 O teste de integridade e o princípio da dignidade da pessoa humana. 3.3 Os testes de integridade e o princípio da presunção de inocência. 3.4 Os testes de integridade e o princípio da igualdade. 3.5 O teste de integridade e o princípio constitucional da intimidade. Referências.

INTRODUÇÃO

A corrupção não consiste em uma problemática recente, uma vez que sempre pôde ser observada na política, nos atos de governo e na vida social de diferentes povos e culturas da humanidade. Ocorre que, a depender do contexto histórico, econômico e cultural, a corrupção poderá ser em maior ou menor grau[1].

No Brasil, estima-se que a corrupção tenha um custo médio de 200 bilhões ao ano; nas cifras da corrupção, está o desvio de recursos das áreas mais importantes para a sociedade, como saúde, educação e infraestrutura do país[2]. Apesar de tal fato, indicadores mundiais de governança, do Banco Mundial, demonstram que o Brasil está em segundo lugar na América Latina em relação ao controle da corrupção e em 17º lugar mundial quanto à transparência nos dados públicos, segundo o ranking *Open Data Barometer*[3].

Vale ressaltar que tais avanços são resultados de duas grandes ocorrências na política brasileira dos últimos anos, o julgamento do "Mensalão" e a operação Lava-Jato, que geraram uma verdadeira crise ética e revolta na população, desencadeando uma série de medidas e leis, como a lei anticorrupção empresarial, que visa moralizar a política brasileira e a vida pública em geral.

Nesse contexto, surge o Projeto de Lei nº 4850/2016, mais conhecido como Dez Medidas de Combate à Corrupção, elaborado pelo Ministério Público Federal que, com apoio de mais de mil instituições do país como igrejas, universidades e organizações não governamentais, angariou a assinatura de cerca de 2,028 milhões de cidadãos brasileiros[4].

Saliente-se que, em linhas gerais, as propostas dessas Dez Medidas são baseadas em três pilares: a prevenção dos atos de corrupção, o combate à impunidade e a punição e a recuperação do dinheiro desviado[5].

O presente trabalho tem por escopo analisar uma das medidas de prevenção dos atos de corrupção previstas nesse projeto de lei: o teste de integridade dos agentes públicos.

Os testes previstos na referida proposta legislativa são, em resumo, simulações de situações em que a honestidade do agente público será testada sem seu conhecimento prévio, ou seja, agentes da corregedoria ou de um órgão similar

[1] PEREIRA, 2015, p. 42-43.
[2] POLZIN, 2016.
[3] ZANONI, 2016.
[4] UOL. Campanha "10 medidas contra a corrupção" recebe 2 milhões de assinaturas...
[5] GUALTIERI; CERQUEIRA, 2016, p.375-376.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

criarão um contexto fictício em que o funcionário, escolhido de forma aleatória ou dentre aqueles sob suspeita, será tentado a praticar atos de corrupção[6].

É necessário ressaltar que esse tipo de teste não é uma inovação criada no Brasil, uma vez que é considerado uma medida de combate à corrupção recomendada pelas Nações Unidas e por organismos como a Transparência Internacional, tendo sido inclusive implantado e aplicado em países como Estados Unidos, Austrália e Reino Unido[7].

Todavia, a possível implantação desses testes em nosso país tem gerado grande controvérsia e discussões acerca de sua compatibilidade ou não com os princípios constitucionais, pois alguns entendem que haveria uma verdadeira violação aos direitos fundamentais, tais como a vedação ao uso de provas ilícitas, a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência, a igualdade e a intimidade.

Dessa forma, convém fazer o seguinte questionamento: a implantação e a aplicação dos testes de integridade no Brasil seriam constitucionais ou inconstitucionais?

1. O COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL E O SURGIMENTO DO PACOTE DAS DEZ MEDIDAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO

1.1 OBSERVAÇÕES SOBRE O COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL

Primeiramente, é importante destacar que a corrupção representa um grave problema para o Estado de Direito; e o enfrentamento a essa prática reúne esforços e energias nacionais e internacionais.

Para a comunidade internacional, os atos de corrupção consistem em verdadeira ameaça não só para o desenvolvimento das populações, mas para a estabilidade e a segurança das instituições sociais e dos valores democráticos como a ética, a justiça e o império da lei[8].

Ainda que seja uma problemática enfrentada, em menor ou maior grau, em todas as sociedades atuais, a corrupção não é algo recente, pois é mazela que anda praticamente junto com a história da humanidade. A fim de confirmar tal ideia, o professor Flávio Cardoso Pereira chega a mencionar em sua obra *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais* que a corrupção é a segunda mais antiga profissão do mundo[9].

Contudo, apesar de ser um fenômeno antigo e ainda presente, conceituar corrupção não é tarefa fácil. Tal missão pode envolver diversas áreas de estudo e questões relacionadas à moral, à ética, à legalidade e até mesmo à cultura de um povo. Como afirma Juliano Heinen, o termo pode receber várias definições, a depender do parâmetro utilizado[10].

O conceito de corrupção a ser adotado para fins deste trabalho é aquele relacionado com um desvio de conduta[11], ou seja, um comportamento que vai de encontro aos deveres funcionais de um cargo público, a fim de se obter

[6] SAHIONE, 2016.
[7] CALABRICH, 2016.
[8] PEREIRA, p. 42.
[9] Idem, ibidem.
[10] HEINEN, 2015, p. 20.
[11] Idem, ibidem.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

vantagens, ganhos pecuniários ou algum tipo de *status* oferecido ao corrompido, seus familiares ou amigos. Dessa forma, em outras palavras, o corrupto, dentro da órbita do funcionalismo público, é aquele que se vale de sua posição, cargo ou poder para uma finalidade distante da legítima, a fim de obter alguma vantagem de cunho pessoal[12].

Quanto a essa questão, no Brasil, embora os servidores públicos gozem de uma série de prerrogativas, tais como estabilidade, salários razoáveis e benefícios previdenciários superiores aos da iniciativa privada, tais regalias, conferidas por lei, não são suficientes para combater ou evitar a corrupção[13]. Em pesquisa realizada em 2011, que tomou como parâmetro uma amostragem de 687 demissões de servidores públicos federais, no período de 1993 a 2005, verificou-se que 64,19% dos funcionários demitidos estavam realmente envolvidos em práticas corruptas[14].

Deve-se evidenciar que o ordenamento jurídico de nosso país possui inúmeras regras relacionadas ao combate à corrupção. A princípio, notabiliza-se que a Constituição Federal Brasileira de 1988 consagra, de forma expressa, em seu artigo 37, o princípio da moralidade administrativa, fato demonstrativo de que o agir ético, probo e incorruptível deve nortear toda a Administração Pública.

Nesse sentido, existem inúmeras leis infraconstitucionais cujo escopo é prevenir e reprimir tal mazela transfronteiriça, dentre as quais pode-se citar as leis que regem os crimes de responsabilidade praticados pelos chefes do Executivo (Lei 1079/50, Decreto-lei 201/67), a Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar 64/90), Lei de Combate à Improbidade Administrativa (Lei 8429/92), Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010) e Lei Anticorrupção Empresarial (Lei 12.850/13).

Contudo, não obstante a existência de tais regramentos, uma pesquisa realizada a pedido da Transparência Internacional demonstrou que, embora as leis brasileiras sejam adequadas aos padrões internacionais, a aplicação dessas deixa a desejar, de maneira que seria importante conceber e implantar instrumentos que acelerem a responsabilização das partes envolvidas em atos de corrupção[15].

1.2 CONTEXTO HISTÓRICO DE SURGIMENTO DO PACOTE DAS DEZ MEDIDAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Conforme supramencionado, embora existam inúmeras figuras legislativas que possuem o intuito de combater a corrupção no Brasil, essas têm se mostrado, de certa forma, pouco eficazes[16]. Tais regramentos já estavam inseridos no ordenamento jurídico pátrio quando houve a deflagração da Operação Lava Jato, a qual descobriu, de acordo com pesquisas realizadas pela Transparência Internacional, o segundo maior caso de corrupção do mundo[17].

---

12 PEREIRA, op. cit., p. 60-61.

13 ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO Jr., Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.. 7, n. 1, p. 75-98, 2011.

14 Idem, ibidem.

15 SANEN; DONEGÁ. *Integridade e empresas no Brasil...*

16 Idem, ibidem.

17 **16** *MACEDO, Fausto. Petrobrás é o segundo maior escândalo de corrupção do mundo, aponta Transparência Internacional.* ESTADÃO. *Disponível em:*<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/petrobras-e-o-segundo-maior-escandalo-de-corrupcao-do-mundo-aponta-transparencia-internacional/>. *Acesso em: 30 mai. 2019.*

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Vale destacar que, apesar de a sociedade brasileira sempre ter suspeitado de que a corrupção estava presente nas mais diversas esferas governamentais, após o julgamento do "Mensalão" e da deflagração da operação Lava-jato, aquela teve a certeza incontestável da teia colossal e sofisticada de corrupção no Brasil.

Nesse contexto, observou-se nos últimos anos o crescimento e o fortalecimento da mobilização social em prol de reformas político-sociais.

Em junho de 2013, por exemplo, houve diversas manifestações populares, denominadas Jornadas de Junho, que, muito embora estivessem inicialmente discutindo a questão do reajuste de tarifas de transportes coletivos[18], suscitaram um amplo leque de questões, influindo inclusive no comportamento de alguns atores políticos, que passaram a considerar a necessidade de dar importância às demandas por justiça e combate à corrupção reivindicadas por ampla parcela da sociedade[19]. Os legisladores, por exemplo, levando em conta o clamor público, aceleraram a aprovação da Lei Anticorrupção Empresarial, cujo projeto já estava há cerca de 3 anos em trâmite no Congresso Nacional.

A aprovação dessa nova figura legislativa de repressão e inibição das práticas corruptas empresariais no país não foi suficiente, no entanto, para dar fim ao clamor social por medidas mais eficazes e enérgicas de combate à corrupção, o que só foi crescendo nos meses e anos que se seguiram às Jornadas de Junho de 2013, em especial após a crescente divulgação das descobertas promovidas pelo desencadear da Operação Lava-Jato. Esta, que consiste na maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro no Brasil, passou a ser amplamente divulgada pela mídia a partir de 2014, instigando manifestações públicas em prol do combate a todo e qualquer tipo de corrupção.

Nesse contexto, em 2015, um novo movimento social denominado "Vem para a rua" ganhou força. Os brasileiros demonstraram, em especial após as informações levantadas com as referidas operações, toda a sua aversão às articulações políticas e à corrupção no Brasil. Em 16 de agosto do ano citado, os protestos foram encampados por uma novidade: a coleta de assinaturas para as denominadas "10 Medidas Contra a Corrupção", propostas pelo Ministério Público Federal, com o objetivo de aprimorar o combate à corrupção[20].

A proposição obteve milhares de assinaturas e foi entregue em 20 de março de 2016 ao Congresso Nacional. No entanto, como seria necessária a checagem de cada uma das assinaturas para que se tornasse um projeto de lei popular, o documento acabou sendo apresentado pelo deputado Mendes Thame e, posteriormente[21], consolidado no projeto de lei 4850/2016[22], que ainda está em tramitação e cujos pontos têm gerado muita polêmica e controvérsia.

As propostas dessas dez medidas podem ser resumidas em[23]:

> *1. Prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação.*
>
> *2. Criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos.*

[18] GREGORI, 2014, p. 99.
[19] SILVA, 2014, p. 227.
[20] CHEQUER; BUTTERFIELD, 2016, p. 131.
[21] Idem, ibidem, p. 133.
[22] GUALTIERI; CERQUEIRA, 2016, p. 375-376.
[23] CHEQUER; BUTTERFIELD, op. cit., p. 132.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

3. Aumento das penas e classificação de crime hediondo para corrupção de altos valores.

4. Aumento da eficiência da justiça em relação aos recursos no processo penal.

5. Celeridade nas ações de improbidade administrativa.

6. Reforma do sistema de prescrição penal.

7. Ajuste das nulidades penais.

8. Responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa dois.

9. Prisão preventiva para evitar a dissipação do dinheiro público.

10. Recuperação do lucro desviado do crime.

Destaca-se que, no âmbito da primeira medida de combate à corrupção, surge o denominado teste de integridade dos servidores públicos, que terá sua constitucionalidade como objeto de análise no presente trabalho.

2. O TESTE DE INTEGRIDADE

2.1 A ORIGEM DOS TESTES DE INTEGRIDADE E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Os testes de integridade fazem parte de um conjunto de técnicas e fórmulas incentivadas pela Transparência Internacional e pela Organização das Nações Unidas a fim de se combater a corrupção.

Em documentos internacionais, tais como o Guia Técnico das Nações Unidas de Combate à Corrupção, é possível observar que os testes de integridade são vistos como um método eficaz para prevenir e desincentivar a prática corrupta. Eles são realizados por meio da criação de uma situação em que é oportunizada a um funcionário público a possibilidade de se envolver em crimes ou de se comportar de forma ímproba[24].

Essas avaliações são comumente aplicadas nos Estados Unidos, no Reino Unido e na Austrália. Nesses países, os testes são realizados não por meio de um suborno a ser oferecido por um policial infiltrado, mas sim pela geração de um contexto em que o funcionário é tentado a cometer um ato imoral em uma situação de oportunidade criminal criada. Uma das características desses testes é que, ao funcionário testado, não é oferecida uma vantagem extraordinária, mas sim algo proporcional às funções regularmente desempenhadas pelo agente público[25].

Essas experiências são realizadas nos Estados Unidos desde a década de 1970; e se caracterizavam tradicionalmente por um cenário em que um cidadão entregava uma carteira perdida, com dinheiro e informações pessoais do suposto dono, a um policial e, a partir daquele momento, observava-se se tal oficial iria entregar o objeto na delegacia ou simplesmente se apoderar do dinheiro[26].

[24] VIENNA. United Nations Office on Drugs and Crime.

[25] GOUNEV, Philip; DZHEKOVA, Rositsa; BEZLOV, Tihomir. *Study on anti-corruption measures in EU border control...*

[26] Idem, ibidem.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Em Nova Iorque, por exemplo, desde 1994, o departamento de polícia conduziu um programa muito específico de teste de integridade. Nesse projeto, eram criadas situações baseadas em cenários comuns de corrupção, como o roubo de dinheiro de um traficante de rua, a fim de se testar a integridade dos oficiais nova-iorquinos. Os testes eram cuidadosamente gravados por meio de vigilância eletrônica de áudio e vídeo, bem como por meio da colocação de numerosas "testemunhas" perto da cena. Os policiais sabiam da existência de tais testes e tinham consciência de que de tempos em tempos poderiam ser submetidos a eles[27].

Enquanto algumas dessas avaliações eram dirigidas a funcionários específicos, suspeitos de corrupção e denunciados por cidadãos, criminosos e policiais, outras eram aplicadas a oficiais selecionados aleatoriamente, com base no fato de estarem envolvidos em trabalhos com maior suscetibilidade à prática de corrupção[28].

Em Nova Iorque, anualmente, cerca de 1500 oficiais eram testados e a média de servidores sob as quais recaíam suspeitas e que falharam era de cerca de 20%; já aqueles que foram testados aleatoriamente eram de cerca de 1%[29].

No Reino Unido, desde 1998, sob a denominação de Q*uality Assurance Check,* adotou-se o mesmo mecanismo simulatório a fim de se fiscalizar as atividades desenvolvidas pelos policiais de Londres. Na Austrália, a partir das recomendações do *Parliamentary Joint Committee on the Australian Commission for Law Enforcement Integrity,* também foram introduzidos, desde 2012, os testes aos agentes da polícia[30].

Em Hong Kong, também foram aplicadas tais experiências, mas essas não ficaram restritas apenas ao âmbito policial, ao contrário das outras localidades supramencionadas[31].

2.2 MODO COMO FOI PROPOSTA SUA APLICAÇÃO NO BRASIL

Os testes de integridade, previstos no artigo 3º da proposta das "10 Medidas de Combate à Corrupção", consistem em simulações de situações em que a honestidade do agente público é testada, por meio de agentes da corregedoria ou de órgãos similares que criam um contexto fictício em que o funcionário será tentado a se corromper[32]; o objetivo é testar sua conduta moral e sua predisposição para cometer ilícitos contra a Administração Pública. Utiliza-se, para tanto, uma verdadeira oportunidade disfarçada para a prática de um ilícito, a fim de se aferir se existe, por parte do agente avaliado, uma predisposição ao cometimento do ato ímprobo[33].

Vale observar a justificativa do anteprojeto no concernente ao teste de integridade: o objetivo central do teste de integridade é criar, preventivamente, a percepção de que todo o trabalho do agente público está sujeito a escrutínio e que, a qualquer momento, a atividade pode estar sendo objeto de análise, inclusive sob o ponto de vista de honestidade.

[27] EUROPA. Organização para Segurança e Cooperação.
[28] EUROPA, op. cit.
[29] Idem, ibidem, p. 142-143.
[30] BRASIL, Câmara dos Deputados. *Comissão de Segurança pública e Combate ao Crime Organizado...*
[31] Idem, ibidem.
[32] SAHIONE, 2016.
[33] CALABRICH, 2016.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

A realização do teste não parte da premissa da desconfiança sobre os servidores em geral, mas sim da noção de que todo agente público tem um dever de transparência e *accountability*, sendo natural o exame de sua atividade[34].

Conforme artigo 2º da referida proposta, os destinatários das simulações podem ser escolhidos de forma aleatória ou não, a depender da existência de alguma suspeita prévia sobre funcionário. Prevê ainda que o referido teste poderá ser gravado e que a ele serão aplicadas, no que couber, as normas previstas na Lei Anticorrupção.

Ademais, os resultados dessa avaliação, que será obrigatória para os policiais e facultativa para os demais entes da administração, poderão ser utilizados para instruir processos administrativos, cíveis e criminais.

Deve-se ressaltar que tais atos simulatórios não podem criar, para o agente público testado, uma oportunidade de vantagem desarrazoada, uma vez que o desrespeito à proporcionalidade seria um verdadeiro incentivo para a prática da corrupção e, portanto, desaconselhável por parte das Nações Unidas. A fim de exemplificação, não se poderia realizar um teste cujo escopo fosse oferecer a um agente de trânsito milhares de reais a fim de que ele deixasse de aplicar uma multa de trânsito por estacionamento irregular[35].

Tal anteprojeto de lei prevê também que os resultados dos testes simulatórios serão divulgados anualmente, sem, contudo, revelar quem foram os agentes públicos testados e qual foi o desempenho desses. Além disso, prevê que a documentação referente aos atos de simulação será armazenada pelo prazo de 5 anos e que, durante a aplicação, a administração pública poderá efetuar gravações audiovisuais ou registrar, por qualquer outro método, o que ocorre nas repartições públicas ou nas viaturas e nos carros oficiais, desde que seja respeitado o direito à intimidade[36].

2.3 A TRAMITAÇÃO DAS 10 MEDIDAS NO CONGRESSO NACIONAL E O TESTE DE INTEGRIDADE

Primeiramente, deve-se ressaltar que o pacote das dez medidas de combate à corrupção, apesar de ter atingido o quórum necessário para tramitar como um projeto de iniciativa popular, foi apresentado pelo deputado Antônio Carlos Mendes Thame, pois houve dificuldade de checagem das informações de cada assinatura.

É preciso ressaltar também que, embora os testes de integridade tenham recebido incentivos dos organismos internacionais, bem como tenham logrado êxito e, comprovadamente, bons resultados nos países em que foram aplicados, essas avaliações têm sido alvo de diversas discussões e críticas no Brasil.

Com o objetivo de amenizar tais polêmicas, o relator do projeto de lei que trata da implantação das aludidas avaliações, o deputado Onyx Lorenzoni, em terceira versão de seu parecer à proposta legislativa, decidiu modificar os testes, retirando a possibilidade de que sua aplicação pudesse acarretar consequências penais aos agentes testados. Ademais, acresceu que as avaliações só poderiam ser aplicadas após treinamento dos servidores públicos[37].

[34] BRASIL. Ministério Público Federal. *Anteprojeto de lei*, 2016. Disponível em: <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.

[35] CALABRICH, 2016.

[36] BRASIL, op. cit.

[37] G1. Em novo parecer, relator reduz de 17 para 12 as medidas contra a corrupção...

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Não obstante tais alterações, em 24 de novembro de 2016, a comissão especial da Câmara que analisava o programa de integridade decidiu, por 16 votos a 12, retirá-lo, integralmente, do pacote anticorrupção[38].

A votação das chamadas Dez Medidas, das quais o teste de integridade já não fazia mais parte, ocorreu na madrugada de 30 de novembro de 2016, ocasião em que o projeto proposto pelo Ministério Público Federal fora totalmente desfigurado, o que acabou por ensejar a impetração de mandado de segurança pelo deputado Eduardo Bolsonaro[39].

Ao analisar esse *mandamus*, o Supremo Tribunal Federal verificou uma "multiplicidade de vícios"[40]. Segundo o Ministro Luiz Fux, relator do referido *write*, o Projeto de Lei 4850/2016, por ser de iniciativa popular, deveria ter seguido um trâmite diferenciado e não poderia ter sido apropriado pelos parlamentares. Ademais, ressaltou que, segundo o regimento da Câmara dos Deputados, um projeto popular deve ser debatido em sua essência, evitando-se emendas e substitutivos que desfigurem a proposta original, pois ao fazer isso, os parlamentares simulam apoio público a um texto distinto ao subscrito pelos eleitores. Segundo o relator, no caso em questão, uma emenda do Plenário acabou desfigurando o projeto ao incluir tópicos referentes a crimes de abuso de autoridade por parte dos magistrados e membros do Ministério Público, além de dispor sobre a responsabilidade de quem ajuíza ação civil pública e de improbidade administrativa temerárias, de má-fé ou com o objetivo de promoção pessoal e perseguição política[41].

Assim, com base em tais argumentos, em dezembro de 2016, o ministro Luiz Fux suspendeu a tramitação do referido projeto de lei e anulou todas as fases por ele percorridas, inclusive no concernente às diversas alterações promovidas pelos deputados até a votação final na Câmara[42], determinando assim que o projeto seguisse o trâmite específico das propostas populares[43].

Após um acordo firmado entre o supramencionado ministro e o presidente da Câmara na época, Rodrigo Maia, em que se pactuou realização da recontagem dos votos dados pela população, a fim de que o projeto tramitasse segundo o rito de iniciativa popular, o processo judicial foi extinto[44].

Assim, depois de realizada a referida contagem das assinaturas, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados validou como sendo de iniciativa popular o projeto de lei que trata das Dez Medidas de Combate à Corrupção, encaminhando-o para o presidente da Câmara dos deputados, Rodrigo Maia[45], o qual, por sua vez, desobedecendo às determinações judiciais, conduziu o projeto diretamente ao Senado, sem que novamente houvesse votação[46].

---

38 ISTOÉ Comissão retira teste de integridade do pacote anticorrupção...

39 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Liminar determina que PL sobre 10 medidas de combate à corrupção reinicie trâmite na Câmara. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=332000>. Acesso em: 2 mai. 2017.

40 Idem, ibidem.

41 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Liminar determina que PL sobre 10 medidas de combate à corrupção reinicie trâmite na Câmara...

42 JORNAL DO BRASIL. *CCJ valida assinaturas de projeto popular das dez medidas anticorrupção....*

43 GOMES, Luiz Flávio. Maia causa espanto geral...

44 JORNAL DO BRASIL, op. cit.

45 GOMES, op. cit.

46 JORNAL DO BRASIL, op. cit.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

O que se observa, portanto, é a existência de flagrante ilegalidade na tramitação do projeto de lei, uma vez que, após o ministro Luiz Fux anular todos os atos camerais e determinar que o projeto retornasse à Câmara dos Deputados, para ser analisado tal como proposto pelo Ministério Público Federal e conforme a ritualística própria dos procedimentos dos projetos de iniciativa popular, a proposta legal de Combate à Corrupção não poderia ter sido encaminhada diretamente ao Senado.

Pelo exposto, observa-se que, embora o teste de integridade tenha sido expurgado do Pacote Anticorrupção, o debate quanto a ele não se esvaziou. O projeto, que ainda tramita no Congresso Nacional, embora tenha recebido a denominação de "projeto de iniciativa popular", não tem respeitado a ritualística própria, tornando ilegais todos os atos praticados pela Câmara dos Deputados, inclusive a exclusão do teste de integridade. Isso nos leva a afirmar que, caso essa proposta de combate à corrupção seja votada e aprovada pelo Senado, haverá aprovação de uma lei fadada à inconstitucionalidade formal, por conta da inobservância dos procedimentos prescritos para o seu ingresso no ordenamento jurídico.

2.4 TESTE DE INTEGRIDADE NO BRASIL E A POSSÍVEL COLISÃO COM DIREITOS CONSTITUCIONAIS

Além das já mencionadas controvérsias que envolvem a tramitação do projeto de lei intitulado de "Dez Medidas de Combate à Corrupção", existe uma série de críticas e discussões referentes à moralidade e à constitucionalidade da aplicação dos testes de integridade aos servidores públicos brasileiros.

Em relação ao primeiro ponto, a maior parte das discussões pode ser traduzida pela dificuldade de alguns estudiosos do tema em compatibilizar as avaliações com a ética, a moral e a boa-fé exigidas de um Estado que se pretenda Democrático de Direito. Nesse sentido, Antônio Carlos Alencar Carvalho, em um artigo escrito sobre o tema, chega a caracterizar os testes de integridade como desleais, traiçoeiros, vis, medievais e contraditórios, uma vez que, em prol da busca pela moralidade, o Estado estaria apelando para a própria falta dela.[47] Na mesma toada, há quem afirme que a implantação desse mecanismo de combate à corrupção geraria punições pela personalidade do agente, de maneira que estariam sendo implantadas técnicas dos primórdios do Direito Penal e da Escola Positiva da Criminologia (método Lombrosiano)[48].

No que tange à constitucionalidade dos testes, a grande discussão gira em torno do fato de que estes supostamente colidem com diversos direitos e princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, a intimidade, a moralidade administrativa e a vedação à produção de provas ilícitas. É necessário ressaltar que essa presumida colisão dos testes com as regras constitucionalmente previstas é inclusive o sustentáculo argumentativo utilizado não só por doutrinadores e estudiosos do tema, mas também pelos deputados brasileiros que votaram pela eliminação dos denominados mecanismos do anteprojeto das "Dez Medidas de Combate à Corrupção". Quanto a essa temática,

---

[47] CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Teste de integridade para servidores públicos. *Portal de Debate Jurídico em Geral, Processo Administrativo Disciplinar, Sindicância.* Disponível em: <http://www.claudiorozza.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=128:antonio-carlos-alencar-carvalho&catid=4:tribuna-de-honra&Itemid=5>. Acesso em: 29 mai. 2019.

[48] LOPES; BARATA, 2016.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

a própria Organização das Nações Unidas, ao mesmo tempo em que reconheceu serem os testes de integridade instrumentos extremamente efetivos ao combate da corrupção[49], admitiu que sobre eles paira grande controvérsia[50].

A fim de exemplificar a polêmica, acentua-se que, em estudo feito pelo Núcleo da Consultoria Legislativa do Congresso Nacional, foram apontados cerca de três custos que poderão ser gerados pela implantação dos testes de integridade no Brasil, sendo o primeiro de ordem moral, o segundo de cunho jurídico (inconstitucionalidade) e o terceiro de caráter financeiro[51]. O presente trabalho tem o escopo de discutir a viabilidade jurídica da implantação das avaliações.

Quanto ao viés jurídico dos testes, deve-se acentuar que as Nações Unidas advertem que para a adoção dos testes de integridade, os Estados devem primeiramente se ater à sua compatibilidade em face do ordenamento jurídico interno[52].

Dito isso, passa-se a discutir aqui se a implantação dos testes de integridade seria, de fato, uma forma de vulnerar direitos fundamentais ou, ao contrário, consistiria em um mecanismo legal, viável e eficaz de combate à corrupção, mas cujas críticas advêm, em verdade, de um certo temor de eventual submissão aos testes.

3. A CONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DE TESTES DE INTEGRIDADE AOS SERVIDORES PÚBLICOS BRASILEIROS

3.1 OS TESTES DE INTEGRIDADE E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROIBIÇÃO DO USO DE PROVAS ILÍCITAS

Primeiramente, urge ressaltar que um dos pontos de grande controvérsia acerca da viabilidade da aplicação dos testes de integridade no Brasil relaciona-se com o fato de tal avaliação, ao pretender simular situações fictícias para testar se o agente público irá se corromper, estar, na verdade, criando um verdadeiro flagrante preparado, que resultaria em prova ilícita.

Com o objetivo de debater tal problemática, deve-se preliminarmente destacar o conceito do princípio da vedação do uso de provas ilícitas, expressamente consagrado no artigo 5º, LVI[53] da Constituição Federal brasileira de 1988.

Tal preceito normativo consiste na inadmissibilidade do uso, nos processos cíveis, penais e administrativos, de meios probatórios contrários aos requisitos formais e materiais de validade presentes nas normas jurídicas de nosso ordenamento[54].

Quanto a esse tema, vale acentuar o que preleciona Fernando da Costa Tourinho Filho, segundo o qual todos os meios probatórios obtidos ilicitamente, seja em afronta ao texto constitucional, seja em desrespeito ao direito material ou

[49] UNCAC. *Thechnical Guide*...

[50] OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes *et al*. Combate à Corrupção: uma análise de impacto administrativo das propostas do Ministério Público... p. 14

[51] Idem, ibidem.

[52] Idem, ibidem, p. 15.

[53] Art. 5º LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

[54] BULOS, 2012, p. 695.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

processual, não podem ser admitidos em juízo[55]. Frisem-se ainda as palavras de Eugênio Pacelli e Douglas Fischer, para quem a prova ilícita é aquela que é obtida, produzida, introduzida ou valorada de modo contrário a uma previsão legal[56]:

> *A prova ilícita significa, então, a prova obtida, produzida, introduzida ou valorada de modo contrário à determinada ou específica previsão legal. A ilicitude que acabamos de mencionar surgiria nas fases essenciais do aparecimento da prova no processo penal, a saber: a) a da sua obtenção; b) a da sua produção; c) a da sua introdução no processo; e, por fim, d) a da sua valoração pelo juiz da causa*[57].

Nesse sentido, dentro da temática da ilicitude probatória, sobreleva-se que o Supremo Tribunal Federal considera o flagrante preparado, ao menos em relação aos ilícitos penais, como uma prova ilícita, entendimento pacificado desde 1963, com a edição da súmula 145 do referido tribunal[58].

Diante de tal entendimento jurisprudencial, há grande probabilidade de que, caso aplicados à esfera criminal, tais testes sejam declarados inconstitucionais. A maior parte da doutrina e dos críticos das "Dez Medidas de Combate à Corrupção" considera, de fato, que essas avaliações seriam flagrantes preparados e, portanto, provas ilícitas e inutilizáveis no processo penal.

Destaca-se inclusive que o entendimento majoritário sobre a suposta violação à aludida súmula levou à alteração do teor dos testes de integridade pelo deputado relator Onyx Lorenzoni, que, em terceiro relatório ao projeto de lei 4850/2016, retirou os efeitos penais das simulações de integridade, mantendo apenas seus efeitos administrativos[59].

Contudo, apesar de corroborarmos com o entendimento de que seria ilícita a utilização dos testes de probidade para fins de criminalização do agente avaliado, não se pode afirmar o mesmo no que concerne à aplicação de sanções administrativas, cujas penalizações seriam, por exemplo, a demissão do funcionário ímprobo.

No julgamento do *Habeas Corpus* de número 40.289, que deu ensejo à criação da Súmula 145 da Suprema Corte[60], ficou consignado que, embora no caso em subsunção não tenha ocorrido crime, teria havido fato suficiente para a demissão administrativa do acusado[61]. O aludido *write,* julgado em 1963, teve por base um caso muito semelhante ao que hoje seria um teste de integridade.

No caso subsumido à época, foi informado à polícia que um funcionário público solicitava suborno a fim de relevar multas de diversas panificadoras. Uma das vítimas, com apoio das autoridades policiais, fingiu aceitar pagar a propina, e quando foi realizada a entrega do envelope com o dinheiro, a polícia prendeu o servidor público pelo crime tipificado

[55] TORINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal.* São Paulo: Saraiva, 2009. p. 59.
[56] PACELLI; FISCHER, 2013, p. 327.
[57] Idem, ibidem.
[58] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 89.
[59] CÂMARA NOTÍCIAS. *Comissão exclui teste de integridade do projeto anticorrupção...*
[60] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, op. cit.
[61] OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes *et al*, op. cit.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

no artigo 317 do Código Penal[62]. Contudo, no julgamento desse *write*, a Corte Suprema decidiu, por unanimidade, que tal fato consistiu um verdadeiro flagrante preparado, tendo em vista que a vítima teria instigado o crime ao ter fingido ceder à solicitação do réu. Embora a Corte tenha afastado a tipificação da conduta do funcionário como um ilícito penal, entendeu que cabiam sanções administrativas ao servidor governamental que havia solicitado dinheiro em troca da não prática de seu dever funcional. Vejamos uma parte do voto do Habeas Corpus supracitado:

> *É lamentável que um fato como esse aconteça com um consultor jurídico de uma repartição do Governo, fato realmente grave e que enseja processo administrativo para demissão do acusado se comprovado. Mas, ao que parece não há crime, no caso de que se trata. Há ilícito administrativo, não crime, porque não há* pericolo corso *de que fala Mansini. Com efeito, não haveria possibilidade de o acusado se tornar mesmo vítima. A nossa jurisprudência tem decidido pela inexistência de crime em caso de flagrante preparado*[63].

No mesmo sentido, deve-se ressaltar que, em um julgado mais recente (2006), Mandado de Segurança de número 22.373, de relatoria da ex-ministra Ellen Gracie, decidiu-se que o conteúdo da Súmula 145 não teria aplicação aos processos administrativos disciplinares, conforme observa-se na ementa:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. DEMISSÃO. FLAGRANTE PREPARADO. 1. O Plenário desta Corte, quando do julgamento do MS 23.442, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 17.02.2002, entendeu que a alegação de flagrante preparado é própria de ação penal e que não tem pertinência na instância administrativa[...][64].

Esse último julgado era um caso em que a Polícia Federal teria sido informada de que um auditor fiscal do Tesouro Nacional teria exigido dinheiro para deixar de autuar uma empresa de ótica por descumprimento de obrigação tributária. Assim, no dia da visita do fiscal à empresa, a polícia efetuou a prisão do servidor[65].

O caso relatado acima, para o qual não se aplicou a súmula 145 do STF, se aproximaria, guardadas as devidas proporções, do que serão os chamados testes de integridade. No referido julgado, a defesa do impetrante tentou utilizar o entendimento sumular a fim de se eximir da responsabilização administrativa. Contudo, tal tese não foi aceita pela Corte Suprema, uma vez que a alegação de flagrante preparado e crime impossível seriam defesas capazes de eximir a responsabilização na esfera penal, mas não na civil ou administrativa, tendo em vista serem autônomas e independentes entre si[66].

Pela leitura dos julgados acima, conclui-se que a crítica mais assídua aos testes de integridade, como a de que seriam um flagrante preparado e violariam, por conseguinte, a súmula 145 da Corte Suprema, não se sustenta quando limitamos a aplicação de tais exames apenas a punições no âmbito administrativo.

Nessa linha de pensamento, vale transcrever as palavras de Bruno Calabrich em seu artigo *Teste de integridade: aplicação, críticas e constitucionalidade*:

---

[62] BRASIL, Código Penal. Art. 317 – "Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem".

[63] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 40289.*

[64] BRASIL Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 22.373...*

[65] Idem, ibidem.

[66] Idem, ibidem.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> *O entendimento baseado na súmula 145 do STF, segundo o qual o teste de integridade caracteriza um flagrante forjado, ou um crime impossível por obra do agente provocador, pode ser fundamento suficiente para obstar o uso do teste de integridade para a punição criminal da própria conduta praticada na simulação; para outras esferas (cível e administrativa, e mesmo para a investigação de crimes distintos), esse óbice não há*[67].

Dessa forma, fica evidente que a discussão envolvendo flagrante preparado, provas ilícitas e, por consequência, a inconstitucionalidade dos testes de integridade se esvazia quando sua aplicação é limitada ao sancionamento na esfera administrativa.

3.2 O TESTE DE INTEGRIDADE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Primeiramente, deve-se destacar que a dignidade humana é um direito fundamental de todo indivíduo, em qualquer circunstância e fase da sua vida, inclusive quando este atua na qualidade de servidor público.

Quanto à conceituação desse princípio, preleciona Alexandre de Moraes:

> *A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*[68].

Uma das críticas recebidas pelo teste de integridade se relaciona com sua suposta afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para alguns, o exame acabaria por cultivar, no agente testado, um certo "estado de tensão permanente" e, ainda, de "presunção constante da sua desonestidade"[69].

Corroborando com tal crítica, o professor José dos Santos Carvalho Filho, por exemplo, chegou a comparar tais testes a métodos medievais de autoincriminação e de verdadeira instrumentalização do servidor público:

> *A proposta fere de morte o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, III, da Constituição... De fato, adotar o regime do "teste de integridade" é converter o agente provocado em instrumento a serviço do Estado, carreando-lhe os ônus que caberiam a este. Na verdade, não cabe ao Estado perscrutar a intenção, remota ou imediata, do agente, mas, ao contrário, deve ser-lhe exigido que reúna os elementos necessários à comprovação de que o agente cometeu efetivamente o ato de improbidade, e não instar o indivíduo à autoincriminação. Afinal, como bem consigna Cretella Junior sobre a dignidade da pessoa humana, deve ser "repelido, como aviltante e merecedor de combate, qualquer tipo de comportamento que atente contra esse apanágio do homem". Fica, pois, flagrante a inconstitucionalidade desse método medieval*[70].

[67] CALABRICH, 2016.
[68] MORAES 2005, p. 128.
[69] CALABRICH, 2016.
[70] CARVALHO FILHO, 2016.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Entretanto, segundo Bruno Calbrich, a maior parte dos funcionários públicos é honesta, e, para estes, a possibilidade de ser submetido a um teste de integridade não lhes soará como um fardo, uma vez que têm a plena convicção de que não irão se corromper[71]:

> *A imensa maioria dos funcionários públicos é honesta. Para um funcionário honesto, o ônus de poder ser submetido a um teste de integridade não soará pesado. Para um funcionário desonesto, propenso a praticar ilícitos administrativos e criminais, o teste de integridade será nada mais que um risco – um novo risco, que hoje simplesmente não existe para ele. Se a mera possibilidade de que lhe seja aplicado um teste de integridade submete o funcionário desonesto a um "estado permanente de tensão", que assim o seja! Tanto melhor para a sociedade e para o Estado que um agente público predisposto a praticar um ilícito conviva com o risco de ser fiscalizado num teste de integridade. Não é dever do Estado proteger o interesse de um funcionário corrupto de praticar um ilícito, não é dever do Estado tutelar seu interesse de "não ser pego". Um interesse particular não tutelado pela ordem jurídica não passa disso, um interesse. Ninguém tem direito à impunidade[72].*

Ademais, pode-se afirmar que os testes de integridade, se implantados, estariam para o princípio da moralidade administrativa assim como as avaliações periódicas de desempenho estão para o princípio da eficiência, ambos dispostos no artigo 37 de nossa Constituição e corolários do agir da Administração Pública[73]. Os testes não são considerados afrontosos à dignidade da pessoa humana por "presumirem a ineficiência do agente público" ou criarem um certo "estado de tensão permanente" nos servidores, que precisam cumprir certas metas para adquirirem a estabilidade e, após alcançá-la, não serem exonerados de seus cargos por não cumprirem as metas de eficiência.

Conclui-se, então, que os testes de integridade constituem um método de fiscalizar a moralidade do funcionário público e, de certa forma, garantir a concreção desse princípio constitucional, combatendo, assim, a corrupção.

A fiscalização, que já se faz por meio de avaliações periódicas de desempenho do servidor, através das corregedorias e dos tribunais de contas, não parte da presunção de que os servidores possuem predisposição à má atuação, nem tampouco são capazes de incutir um clima de tensão no serviço público.

3.3 OS TESTES DE INTEGRIDADE E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Uma das críticas formuladas ao teste de integridade se refere ao fato de que supostamente sua aplicação no âmbito da administração pública fulminaria o princípio da presunção de inocência, pois acabaria por condenar um servidor público em virtude de sua predisposição a cometer crimes[74].

---

[71] CALABRICH, op. cit.

[72] Idem, ibidem.

[73] Artigo 37 da Constituição Federal de 1988. "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)".

[74] EXPRESSO MT. *Deputados afirmam que teste de integridade é inconstitucional...*

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Antes de adentrar em tal discussão, é necessário salientar que a aplicação das avaliações de probidade deve se limitar ao seu propósito administrativo, pois, de fato, na esfera penal, tais testes se enquadrariam no conceito de flagrante preparado, o que culminaria na ilicitude da prova e em sua inconstitucionalidade.

A partir dessa observação, passa-se a discutir se os testes de integridade, caso aplicados, violariam o princípio da presunção de inocência, a qual não se limita apenas ao processamento penal, mas abrange os processos como um todo.

O princípio da presunção de inocência está expresso no artigo 5º, LVII da Constituição Federal, e prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória[75]. Contudo, apesar da menção expressa ao processo penal, tal norma também se aplica aos procedimentos administrativos.

No processo administrativo disciplinar, o ônus da prova cabe à administração pública, uma vez que a presunção de inocência milita a favor do servidor público. Conforme preleciona Mauro Roberto Gomes de Mattos, a fim de respeitar tal regra principiológica, a comissão disciplinar deverá verificar três aspectos, quais sejam: provas obtidas licitamente, que se observe o devido processo legal e que as provas sejam suficientes para elucidar os fatos apurados[76].

Quanto a essa temática, os testes de integridade não violam o princípio da presunção de inocência, pois, como visto, não há proibição de flagrante preparado em âmbito administrativo, de modo que as provas obtidas a partir dos testes de integridade são consideradas lícitas pelo Supremo Tribunal. Assim, desde que o processo disciplinar respeite o contraditório e a ampla defesa, como também colha, por meio dos testes de integridade, material suficiente e contundente para embasar os fatos, não há de se falar em violação à presunção de inocência.

Assim, partindo-se dos citados alicerces do princípio da presunção de não culpabilidade, sobreleva-se a total ilogicidade de se afirmar que as avaliações de integridade, apenas por serem aplicadas, estejam presumindo a culpabilidade do agente testado.

Ademais, enquanto o princípio da presunção de inocência é uma garantia processual, os testes de integridade são um instituto extraprocessual e incapazes, portanto, de gerar, por sua simples aplicação, a deflagração de um processo.

O fato de tais avaliações poderem ser aplicadas aleatoriamente[77], a qualquer servidor, já é um demonstrativo da total dissonância entre o teste e a presunção de culpabilidade do testado.

Por fim, e em consonância com o que foi dito, citamos as palavras do procurador da República Hélio Telho, do Núcleo de Combate à Corrupção da Procuradoria da República em Goiás: "Foi dito aqui que o teste fere a presunção de inocência. Mas o teste não presume culpa. Ele é uma ferramenta de prevenção e de detecção de maçãs podres[78].

---

[75] Artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988- "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

[76] MATTOS, Mauro Roberto Gomes. Da Presunção de Inocência do Servidor Público: no processo disciplinar brasileiro o ônus da prova incumbe à administração...

[77] Art. 2º da Medida 1 do Anteprojeto de Lei. "A Administração Pública poderá, e os órgãos policiais deverão submeter os agentes públicos a testes de integridade aleatórios ou dirigidos, cujos resultados poderão ser usados para fins disciplinares, bem como para a instrução de ações cíveis, inclusive a de improbidade administrativa, e criminais".

[78] CÂMARA NOTÍCIAS. *Debatedores divergem sobre propostas do Ministério Público contra a corrupção...*

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

3.4 OS TESTES DE INTEGRIDADE E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.

Um ponto do teste de integridade que vem sendo muito criticado refere-se ao fato de, no anteprojeto de lei, constar que a Administração Pública poderá – e os órgãos policiais deverão – submeter seus agentes públicos aos exames[79].

Em nota técnica, a Federação Nacional de Policiais Federais (Fenapef) demonstrou grande repúdio à obrigatoriedade de as avaliações de probidade serem aplicadas somente aos policiais, afirmando que, se aprovada, além de discriminatória, tal prescrição seria uma verdadeira afronta ao princípio da igualdade previsto no artigo 5º da nossa Constituição Federal. A fim de melhor explanação, vale citar os argumentos apresentados pela Fenapef:

> *Vê-se que o projeto de lei impõe obrigatoriedade do teste de integridade somente para policiais, motivo pelo qual a medida é plenamente repudiada pela Fenapef por criar uma discriminação para os agentes públicos policiais em relação aos demais, ferindo o princípio da igualdade, cláusula pétrea assegurada no art. 5º da Constituição Federal que dispõe que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza[...]*[80].

Contudo, tal compreensão não se sustenta, pois a atividade desempenhada pelos policiais não se iguala à dos demais servidores públicos da administração em geral, de maneira que o tratamento diferenciado acaba sendo medida que se impõe.

Nesse ponto, havendo diferenças entre os agentes policiais e os demais servidores públicos, o tratamento díspar é medida que se impõe a fim de se garantir a própria não vulneração do princípio da igualdade, que, em sua vertente material, engloba tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Quanto a essa temática, qual seja, a de que o princípio da igualdade engloba o tratamento legal diferenciado àqueles que não são iguais, mostra-se de suma importância transcrever as palavras prelecionadas na obra de Canotilho:

> *[...] O princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça distinções. Proíbe, isso sim, o arbítrio; ou seja, proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objetivo constitucionalmente relevantes. Proíbe também que se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E proíbe ainda a discriminação: ou seja, as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas [...]*[81].

Os policiais desempenham atividades totalmente diferenciadas dos demais agentes públicos. Aqueles, com o escopo de proteger a incolumidade física e o patrimônio social, além de possuírem a prerrogativa de confrontar fisicamente os agentes que se opõem à harmonia social, inclusive, com uso de força letal, acabam, no cumprimento de seus deveres, ficando em contato permanente com a criminalidade. Por essa última razão, que é potencializada pelos baixos salários, insatisfação com suas carreiras e medo de represálias, os agentes da polícia acabam estando mais suscetíveis a propostas de subornos e de associação com o crime[82].

---

79 Art. 2º da Medida 1 do Anteprojeto de Lei, op. cit. "

80 BRASIL. Federação Nacional de Policiais Federais Nota técnica nº 002/2016....

81 CANOTILHO, 2003, p. 429.

82 AQUINO FILHO, 2016, p.1158.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Uma pesquisa realizada pela Transparência Internacional evidenciou que a polícia é vista como uma das instituições mais corruptas do mundo, sendo que, no Brasil, 62% dos entrevistados coadunaram com tal afirmação. Para melhor evidenciar as peculiaridades da atividade policial, a Anistia Internacional divulgou, em 2015, relatórios sobre o uso abusivo da força e violação dos direitos humanos praticados, por exemplo, pela polícia do Rio de Janeiro[83].

Diante do exposto, fica evidente o quão especiais são as atividades desempenhadas pelos policiais; por estarem mais suscetíveis a desvios e possuírem maiores poderes coercitivos, demandam tratamento diferenciado em relação aos outros servidores públicos.

Conforme proclama o procurador Aquino Filho, sendo insuficientes as formas ordinárias para conter os desvios da atividade policial, faz-se necessário um controle adicional[84], [85]; controle que, de acordo com este trabalho, pode ser os testes de integridade.

O que se conclui é que tratar os agentes da polícia de forma desigual, impondo-lhes a obrigatoriedade de se submeterem às avaliações de probidade, não pode ser considerado como afrontoso ao princípio da igualdade previsto em nossa Carta Magna, uma vez que, em verdade, consiste em forma de garantir o máximo cumprimento dessa norma principiológica, que constitui arquétipo de um Estado que se pretenda democrático.

3.5 O TESTE DE INTEGRIDADE E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE

Outro ponto de destaque atinente aos testes de integridade seria que estes, caso aplicados no Brasil, violariam a intimidade dos agentes públicos testados[86], já que o artigo 10º do anteprojeto de lei prevê que, durante a realização das aludidas avaliações, poderá haver gravação audiovisual do que ocorre nas repartições públicas e nos carros oficiais[87], sendo que tais imagens poderão ser utilizadas para fins disciplinares[88].

O princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas está expresso no catálogo de direitos fundamentais, especificamente no inciso X do artigo 5º de nossa Carta de 1988[89]. A doutrina e a jurisprudência majoritárias não distinguem ambos os direitos, mas, para alguns, a intimidade seria mais específica e, portanto, parte da privacidade mais ampla[90].

---

83 Idem, ibidem.

84 Idem, ibidem.

85 Idem, ibidem.

86 OABRJ. *Para OAB, propostas anticorrupção do MP são inconstitucionais...*

87 Artigo 10 do anteprojeto de lei. "A Administração Pública, durante a realização dos testes de integridade, poderá efetuar gravações audiovisuais ou registrar, por qualquer outro método, o que ocorre nas repartições públicas ou nas viaturas e nos carros oficiais, respeitado o direito à intimidade".

88 O GLOBO. *Teste de integridade divide opiniões dos agentes públicos....*

89 Artigo 5º, X. "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

90 MENDES; COELHO; BRACO, 2009, p. 420.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Enquanto o direito à vida privada estaria relacionado a comportamentos e acontecimentos referentes aos relacionamentos pessoais, comerciais e profissionais dos indivíduos, o direito à intimidade seria alusivo às conversações e aos episódios envolvendo relações familiares e outras mais próximas[91].

Aos servidores públicos, enquanto indivíduos, também se deve assegurar a proteção a tais direitos. Isso acaba por suscitar a seguinte questão: empregar mecanismos audiovisuais durante os testes de integridade implicaria a vulneração do direito à intimidade dos agentes públicos testados?

Com a devida vênia às opiniões contrárias, nos parece que a resposta a tal questionamento é negativa, pois o local onde se aplicariam os referidos exames de probidade e, por consequência, se implantariam mecanismos audiovisuais, como câmeras e filmadoras, seria o ambiente público, ou seja, as repartições e os carros oficiais.

Nesse sentido, conforme a jurisprudência pátria, não há ilicitude em cinematografar um ato de corrupção praticado em repartição pública, uma vez que inexiste situação de intimidade nesses locais. Vejamos parte do voto proferido pelo ministro Sepúlveda Pertence em sede de um *Habeas Corpus*:

> *Também acompanho o eminente Relator. Entendo que não há nenhuma ilicitude na documentação cinematográfica da prática de um crime, a salvo, é claro, se o agente se encontra numa situação de intimidade. Obviamente não é o caso de uma corrupção passiva praticada em repartição pública. (*HC *n. 87341-3, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 07.02.2006)*[92].

Em mesma acepção, ressalta-se, ainda, um trecho do voto proferido em *Habeas Corpus* de relatoria da ministra Laurita Vaz no Superior Tribunal de Justiça:

> *Na hipótese dos autos, contudo, em que a conduta criminosa dos acusados, então ocupantes de cargos públicos – de exigirem vantagem indevida de um indivíduo, para não lhe forjarem um flagrante de tráfico de drogas –, era realizada em via pública, não há sigilo a ser preservado, sendo incabível, portanto, falar-se em tutela da intimidade e, consequentemente, em ilicitude da prova obtida. (*HC *n. 118.860, Min. Rel. Laurita Vaz, Julgamento 02.12.2010)*[93].

Salienta-se ainda o entendimento exarado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no que tange à possibilidade de se efetuarem gravações em ambientes públicos:

> *As críticas feitas às gravações efetuadas por jornalista, merece destaque o consignado no V. Acórdão que adotou o parecer do Ministério Público e que ficam adotadas como razão de decidir. Senão vejamos: 'As gravações ambientais não padecem de nenhum vício, pois foram efetuadas em local público, dispensando a autorização das pessoas filmadas, pela inexistência de sigilo a ser preservado na atividade desenvolvida pelos acusados, testemunhada pelas pessoas que participaram das gravações, que pela falta de autorização dos envolvidos, nem por esse fato ficam impedidas de relatar o que viram, inexistindo razão para não se levar em conta as gravações*

[91] Idem, ibidem.

[92] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 87341-3...*

[93] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 118.860...*

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> *ambientais apenas de imagens, focando pessoas que exercem funções públicas, em plena via pública'. (fls. 3924)*[94].

Ademais, Américo Bedê Freire Júnior, em sua tese de doutorado, afirma:

> *O funcionário público deve dar o exemplo para toda a sociedade, sendo razoável a restrição de sua intimidade. Ninguém é obrigado a ocupar um cargo público, mas ao fazê-lo precisa estar consciente de que renunciou a parte de sua intimidade. Não se está falando que há uma renúncia total e que o funcionário público não tenha direito à intimidade, todavia, o âmbito de abrangência é naturalmente menor que do particular*[95].

Diante disso, fica evidente que inexiste qualquer inconstitucionalidade ou inovação na utilização de mecanismos audiovisuais durante os testes de integridade, já que, conforme visto, admite-se a utilização de tais técnicas a fim de se capturarem atos de corrupção de funcionários da administração quando estes estiverem nos ambientes públicos, o que engloba evidentemente as repartições e os carros oficiais.

Assim, conclui-se que as avaliações de integridade, se aplicadas em nosso país, não violarão o direito à intimidade dos servidores públicos, pois não há de se falar em tal garantia constitucional quando o servidor estiver em ambiente público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável o caos político existente hoje em nosso país, em virtude dos inúmeros casos e esquemas de corrupção descobertos e noticiados na mídia nacional e internacional, em especial nos últimos anos.

Devido a isso, bem como a todos os males socioeconômicos ocasionados pelos atos corruptivos, a implantação dos testes de integridade aos servidores públicos brasileiros parece ser um excelente caminho para prevenir e combater a corrupção no Brasil. Apesar da grande celeuma envolvendo, de um lado, seu estabelecimento e, de outro, uma suposta colisão com princípios constitucionalmente previstos, ficou evidenciado ao longo deste trabalho que inexiste qualquer tipo de inconstitucionalidade e afronta a direitos fundamentais na implantação dos testes de integridade em nosso país.

Em relação ao princípio da vedação do uso das provas ilícitas, por exemplo, ficou evidenciado que, desde que os resultados de tais avaliações não sejam utilizados para fins penais, não há de se falar em qualquer inconstitucionalidade em sua implementação, pois o entendimento baseado na súmula 145 da Corte Suprema é de que os testes de integridade seriam verdadeiro flagrante preparado; e, por conseguinte, crime impossível não se aplica, conforme entendimento jurisprudencial, às esferas administrativas e cíveis.

Em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, mostrou-se incontestável que as referidas avaliações de probidade estariam para o princípio da moralidade, assim como as avaliações periódicas de desempenho estão para o princípio da eficiência. Se estas não são consideradas inconstitucionais por gerarem uma certa presunção de

[94] Idem, ibidem.

[95] BEDÊ Jr., Américo. *O conteúdo retórico do direito à privacidade e validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado.*

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

ineficiência e estado de tensão no servidor, aquelas também não serão capazes de imbuir, nos agentes testados, tais efeitos. Ademais, como preleciona Bruno Calabrich[96], para um servidor honesto, a possibilidade de ter sua integridade testada não será um fardo ou algo capaz de lhe gerar temor, pois o agente tem a plena convicção de que não se corromperá.

No que se refere ao princípio da presunção de inocência, constatou-se que os testes de probidade, se implantados, também não são capazes de afrontá-lo, pois, por não haver proibição de flagrante preparado em âmbito administrativo, as provas obtidas a partir das avaliações serão consideradas lícitas desde que o processo disciplinar respeite o contraditório e a ampla defesa. Além disso, a simples aplicação dos referidos exames não são capazes de presumir a culpabilidade do agente, até porque, enquanto a referida norma principiológica é uma garantia processual, os testes de integridade são um instituto extraprocessual e incapazes, portanto, de gerar, por sua simples aplicação, a deflagração de um processo.

No que diz respeito ao princípio da igualdade, concluiu-se que os referidos testes também não serão capazes de afrontá-lo, pois sua aplicação obrigatória aos agentes policiais se justifica no fato de que a polícia consiste em uma categoria de servidores públicos diferenciada das demais.

Por último, restou indubitável que os testes de probidade também são incapazes de afrontar a intimidade dos servidores públicos, uma vez que o entendimento jurisprudencial pátrio é no sentido de não haver garantia de tal direito em locais públicos, como vias públicas e repartições, de maneira que é perfeitamente lícita a utilização dos mecanismos audiovisuais durante a aplicação das aludidas avaliações.

Portanto, vale dizer que, caso sejam implantados no Brasil, os testes de integridade não afrontarão qualquer princípio ou direito fundamental previsto constitucionalmente, ao contrário do que já foi afirmado por muitos. Além disso, assim como nos outros países em que foram aplicados, poderão auxiliar no combate à corrupção.

REFERÊNCIAS

AQUINO FILHO, Carlos Augusto Guarilha. Controle externo da atividade policial. *In*: VITORELLI, Edilson (org.). *Temas atuais do Ministério Público Federal.* Salvador: JusPodivm, 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Comissão de segurança pública e combate ao crime organizado*. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 30 abr. 2017.

_____. *Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Federação Nacional de Policiais Federais (Fenapef). *Nota técnica nº 002/2016*. Jota. Disponível em: <www.jota.info>. Acesso em: 11 mai. 2017.

_____. Ministério Público Federal. *Projeto de lei 4850/2016*. Disponível em: <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br>. Acesso em: 15 nov. 2016.

[96] CALABRICH 2016.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 87341-3*. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 07.02.2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com>. Acesso em: 16 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 40289*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança 22.373*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 145. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. *In*: _____. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 118.860.* Min. Rel. Laurita Vaz. Julgamento: 02.12.2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 16 mai. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2012.

CALABRICH, Bruno. Pelo MP: o teste de integridade. *Jota*, 12 mar. 2016. Disponível em: <http://jota.info>. Acesso em: 13 nov. 2016.

CÂMARA NOTÍCIAS. *Comissão exclui teste de integridade do projeto anticorrupção.* Disponível em: <www2.camara.leg.br>. Acesso em: 1 mai. 2017.

_____. *Debatedores divergem sobre propostas do Ministério Público contra a corrupção.* Disponível em: <www2.camara.leg.br>. Acesso em: 14 mai. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CHEQUER, Rogerio; BUTTERFIELD, Colin. *Vem pra rua*: A história do movimento popular que mobilizou o Brasil. São Paulo: Matrix, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Teste de integridade: afronta à dignidade da pessoa humana. *GenJurídico*, 31 out. 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br>. Acesso em: 17 abr. 2017.

EUROPA, Organização para Segurança e Cooperação. *Best practices in combating corruption*. Disponível em: <http://www.osce.org>. Acesso em: 26 nov. 2016.

EXPRESSO MT. *Deputados afirmam que teste de integridade é inconstitucional*. Disponível em: <http://www.expressomt.com.br>. Acesso em: 13 mai. 2017.

BEDÊ Jr., Américo. *O conteúdo retórico do direito à privacidade e validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado.* Disponível em: <http://site.fdv.br/wp-content/uploads/2018/06/americo-bede-freire-junior-1.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2019.

G1. *Em novo parecer, relator reduz de 17 para 12 as medidas contra a corrupção*. Disponível em: <http://g1.globo.com>. Acesso em: 29 abr. 2017.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

GOMES, Luiz Flávio. *Maia causa espanto geral*. Câmara deve votar novamente as 10 medidas anticorrupção? Sim ou não? Disponível em: <http://luizflaviogomes.com>. Acesso em: 29 abr. 2017.

GOUNEV, Philip; DZHEKOVA, Rositsa; BEZLOV, Tihomir. *Study on anti-corruption measures in EU border control*. Disponível em: <http://frontex.europa.eu>. Acesso em: 30 mar. 2017.

GREGORI, Lúcio. Mobilidade e tarifa zero. *In*: BORBA, Maria; NATASHA, Felize; Reys, João Paulo (org). *Brasil em movimento*: reflexões a partir dos protestos de junho. Rio de Janeiro: Rocco, 2014.

GUALTIERI, Lucas de Morais; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. O informante confidencial como instrumento de combate à corrupção. *In*: VITORELLI, Edilson (org.). *Temas atuais do Ministério Público Federal*. Salvador: JusPodivm, 2016.

HEINEN, Juliano. *Comentários à lei anticorrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ISTOÉ. *Comissão retira teste de integridade do pacote anticorrupção*. Disponível em: <http://istoe.com.br>. Acesso em: 29 abr. 2017.

JORNAL DO BRASIL. *CCJ valida assinaturas de projeto popular das dez medidas anticorrupção.* Disponível em: <http://www.jb.com.br>. Acesso em: 29 abr. 2017.

LOPES Marina Magalhães; BARATA, Ana Paula Calandrini. Prevenção à corrupção transparência e proteção à fonte de informação – crítica apenas ao teste de integridade *In*: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *10 medidas em xeque*: uma análise crítica das propostas de combate à corrupção. 2016. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/imagens/d8a82703a08b4a4096424c576bdff239.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2019.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes. Da presunção de inocência do servidor público: no processo disciplinar brasileiro o ônus da prova incumbe à administração. *Âmbito jurídico*. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 14 mai. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRACO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* São Paulo: Atlas, 2005.

OABRJ. *Para OAB, propostas anticorrupção do MP são inconstitucionais*. Disponível em: <www.oabrj.org.br>. Acesso em: 16 mai. 2017.

O GLOBO. *Teste de integridade divide opiniões dos agentes públicos*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com>. Acesso em: 16 mai. 2017.

OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes *et al. Combate à corrupção*: uma análise de impacto administrativo das propostas do Ministério Público. Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br> Acesso em: 1 mai. 2017.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2013

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

PEREIRA, Flávio Cardoso. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*. São Paulo: Atlas, 2015.

POLZIN, Peter Claus. Somos muito corruptos? *Legal Ethic Compliance*, 18 out. 2016. Disponível em: <http://www.lecnews.com>. Acesso em: 13 nov. 2016.

SAHIONE, Yuri. 10 medidas contra a corrupção: o teste de integridade. *Legal Ethic Compliance*, 18 ago. 2016. Disponível em: <http://www.lecnews.com>. Acesso em: 13 nov. 2016.

SANEN, Claudia; DONEGÁ, Guilherme. *Integridade e empresas no Brasil*. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.brf>. Acesso em: 30 mai. 2019.

SILVA, Jailson de Souza e. Quando novos personagens entram em cena no Brasil de 2013. *In*: BORBA, Maria; FELIZE, Natacha; REYS, João Paulo (org). *Brasil em movimento*: reflexões a partir dos protestos de junho. Rio de Janeiro: Rocco, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal.* São Paulo: Saraiva, 2009.

UNCAC. *Thechnical guide*. Disponível em: <http://www.unodc.org>. Acesso em: 1 mai. 2017.

UOL. Campanha "10 medidas contra a corrupção" recebe 2 milhões de assinaturas. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br>. Acesso em : 25 jun. 2019.

VIENNA, United Nations Office on Drugs and Crime. *Technical guide to the United Nations convention against corruption*. Disponível em: <https://www.unodc.org>. Acesso em: 30 mar. 2017.

ZANONI, Lucas. Uma agenda anticorrupção. *Legal Ethic Compliance*, 6 mai. 2016. Disponível em: <http://www.lecnews.com>. Acesso em: 13 nov. 2016.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

A FUNÇÃO SOCIAL DO ADVOGADO CRIMINALISTA

THE SOCIAL FUNCTION OF THE CRIMINAL LAWYER

Carla Juliana Viana

Acadêmica de Direito pela Universidade Nove de Julho em São Paulo/SP. Estagiária de Direito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

carla.cjviana@gmail.com

Recebido em: 06.03.2019
Aprovado em: 28.05.2019
Última versão do(a) autor(a): 26.06.2019

Resumo: O presente estudo busca examinar a indispensabilidade do advogado criminalista no que se refere a assegurar os direitos fundamentais garantidos ao acusado, sob a ótica de sua função social – característica intrínseca à figura do patrono. Para tanto, buscar-se-á investigar o desdobramento da profissão da advocacia criminal, sua influência social ao longo do desenvolvimento histórico do Direito Penal e seu papel substancial frente à evolução dos métodos punitivos, em busca de penas mais humanizadas, de forma a priorizar o princípio da dignidade da pessoa humana. Outrossim, pretende-se propor uma reflexão acerca da importância da figura do advogado criminalista na implantação do Estado Democrático de Direito, ele que se especializa, dia após dia, na respeitável arte da eloquência para solucionar conflitos, e em sua corajosa escolha diante do esforço desempenhado para defender grupos deveras marginalizados pelo clamor social.

Palavras-chave: Advogado criminalista. Função social. Direitos fundamentais. Direito penal.

Abstract: The present study aims to examine the indispensability of the criminal lawyer to ensure the fundamental rights guaranteed to the accused, according to your social function – feature of the figure of the patron. To this end, shall to investigate the unfolding of the profession of the criminal lawyer, the social influence throughout the historical development of criminal law and the substantial role front of the evolution of punitive methods in search of feathers more humanized, in order to prioritize the principle of human dignity. In addition, intend to propose a reflection about the importance of the figure of the criminal lawyer in the unfolding of the Democratic State of Law, which specializes in respectable art of eloquence to resolve conflicts, and the brave choice and effort played to defend marginalized groups by social outcry.

Keywords: Criminal Lawyer. Social Function. Fundamental Rights. Criminal Law.

Sumário: 1. Introdução – 2. Função social do advogado criminalista: considerações iniciais; 2.1. Os advogados: grandes oradores da antiguidade. – 3. O direito penal como mecanismo de controle social; 3.1. Suplício – A pena sobre o corpo dos condenados; 3.2. Instituição-prisão: a justiça penal e seu viés humanitário. – 4. O advogado criminalista à luz de sua função social. Considerações finais. Referências.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

1. INTRODUÇÃO

A problemática a ser enfrentada pela presente pesquisa busca examinar a função social, e ainda o propósito em amplo sentido, do advogado especialista em ciências penais através do método hipotético-dedutivo[1], sendo a análise bibliográfica fonte primária de pesquisa.

A vida em sociedade proporciona, de forma inescusável, uma série de descobertas e constante desenvolvimento aos indivíduos nela inseridos. Fato é que a convivência comunitária, ainda que formada por seres humanos e racionais, necessita de um conjunto de normas e valores que norteiem as condutas aceitáveis e permitidas socialmente, bem como os atos proibidos de serem praticados, no intento de manter a ordem e a paz social de forma unânime.

Para tanto, faz-se imprescindível a formação não somente de um ordenamento regulador dessas condutas, concebido como Direito, mas principalmente de figuras capazes de defendê-lo justamente.

Dessa forma, pretende-se, por meio do presente estudo, analisar a indispensabilidade do advogado criminalista na defesa dos direitos e garantias fundamentais daqueles que optam, independentemente de suas razões subjetivas, por transgredir as normas de conduta que regulam a sociedade, causando danos não raramente irreparáveis.

Busca-se abordar a problemática do advogado criminalista como figura necessária à consecução e garantia do exercício do direito de defesa, principalmente no tocante à esfera penal e à luz de sua função social.

Faz-se necessário, portanto, analisar o nascimento da profissão, suas circunstâncias peculiares e sua influência na construção da vida em sociedade. Mais à frente, pretende-se tratar da evolução do Direito Penal como forma de controle social, vislumbrando identificar qual a importância do advogado criminalista para o desenvolvimento positivo, ou não, desse cenário.

Por fim, pretende-se investigar, embora sem qualquer pretensão de esgotar o tema, a função social e o propósito da atividade do advogado criminalista quanto à sua escolha por defender o grupo marginalizado composto por supostos delinquentes, ainda que para isso seja-lhe acarretado o ônus de estar solitariamente ao lado do acusado até o momento da sentença, e de ser associado, pelo clamor social, à defesa do crime, e não efetivamente do Direito.

2. FUNÇÃO SOCIAL DO ADVOGADO CRIMINALISTA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Direito fez-se presente no controle e na construção das relações humanas através do regramento da conduta das pessoas inseridas na estrutura concebida como sociedade, independentemente de essas regras estarem relacionadas aos costumes ou efetivamente ao ordenamento jurídico. (BOBBIO, 2016).

Isso porque é improvável imaginar determinado espaço ocupado por uma coletividade de pessoas completamente diferentes em suas características, crenças, sonhos, desejos e vontades, convivendo em absoluta paz e sob relevante controle social sem que haja qualquer agrupamento de normas reguladoras e norteadoras de suas condutas. A

[1] Utilizar-se-á, no presente estudo, o método hipotético-dedutivo desenvolvido por Karl Popper, a partir de suas críticas ao problema da indução. (POPPER, 2013)

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

convivência humana é dotada de inúmeras complexidades, conflitos e disputas que não raramente necessitam de uma intervenção externa para que se realize justa composição.

Daí a importância de elementos que especifiquem e delimitem os atos a serem praticados, de forma que se garanta equidade e limite nas relações humanas, para que resultem em significativo equilíbrio ao convívio comunitário. Dessa forma, Castro Neves (2018, p. 23) bem define que "para viver em sociedade, o homem estabeleceu uma série de regras imperativas. Essas normas de conduta impõem determinados comportamentos. O nome desse conjunto de regras é Direito".

E é justamente para o amparo e resguardo da correta aplicação desse conjunto normativo, tencionando convencer a todos acerca do direito pleiteado, que surge a necessidade de haver um especialista do Direito, profissional plenamente habilitado e capacitado para defender seu assistido e auxiliá-lo na disputa: ou seja, o *"Ad vocare",* aquele que é chamado para falar, como esclarece Carnelutti: "o nome mesmo de advogado soa como um grito de ajuda. '*Advocatus, vocatus ad*', chamado a socorrer. [...] Advogado é aquele ao qual se pede, em primeiro plano, a forma essencial de ajuda, que é propriamente a amizade". (CARNELUTTI, 2010, p. 15).

2.1 OS ADVOGADOS: GRANDES ORADORES DA ANTIGUIDADE

Não se sabe com exatidão quando ou sob quais circunstâncias surgiu o primeiro defensor das normas e direitos presentes na sociedade. Entretanto, Pedro Paulo Filho (1987, p. 164) explica que "o primeiro advogado foi o primeiro homem que, com a influência da razão e da palavra, defendeu os seus semelhantes contra a injustiça, a violência e a fraude". É possível identificar grandes oradores na história da antiguidade responsáveis pela liderança de revoluções e atos de resistência, com perfil obstinado, dotados de bravura e incompreendidos ante as injustiças – características inerentes ao advogado contemporâneo.

Assim, não há como falar sobre os advogados sem mencionar a arte da eloquência como sua ferramenta fundamental de trabalho, da mesma forma que o bisturi se faz indispensável ao médico cirurgião, e o livro ao professor. Nas palavras de Hélio Sodré:

> É que a oratória, com efeito, entre todas as artes, monopoliza uma maior força expressiva. Um quadro reproduzindo heróis pode sugerir, aos seus contempladores, a ideia de que também devem ser heróis; uma escultura representando um corpo humano perfeito pode despertar o desejo da perfeição física; uma música contendo imitação de canto de pássaros pode fazer com que seus ouvintes sintam vontade de se dirigir ao campo; um poema, descrevendo o amor, pode tornar generalizado o prazer de amar. Mas, só a eloquência exprime e impõe, ao mesmo tempo, sentimentos, desejos e emoções. Toda arte sugere, comunica, convida. Mas a eloquência impõe. O efeito das outras artes é lento; o da oratória imediato. Um livro – palavra escrita – pode gerar uma revolução. Mas a eloquência – palavra falada – pode desencadear a revolução. (SODRÉ, 1948, p. 27).

A oratória foi a grande paixão dos povos da antiguidade, de forma que gregos e romanos dedicavam-se de corpo e alma à arte dialética, visto que seu domínio era considerado com brio e respeitabilidade.

A história registra protagonistas como Demóstenes (384-322 a.C.), celebrado como o maior orador de seu tempo. Natural de Atenas, ainda menino descobriu o poder imensurável da oratória ao assistir a uma espécie de julgamento

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

que aparentava estar completamente perdido para o acusado. O veredito ganhou outro rumo, porém, através da perspicaz arte da dialética improvisada pelo orador Calístrato, figura representativa da defesa.

Demóstenes, ao contrário do que se pressupõe, não nasceu com o dom da argumentação. Não obstante, era acometido por constante fraqueza física, problemas de dicção e entraves em sua eloquência, o que lhe rendeu famigerado reconhecimento por sua força de vontade ao superar tantas dificuldades.

Ciente de suas limitações, construiu um espaço subterrâneo em sua residência para dedicar-se à oratória junto a Iseu – orador e logógrafo especialista em casos de herança –, buscando aperfeiçoar-se até a completa exaustão, após a perda de seu pai e a consequente dilapidação do patrimônio de sua família, causada pelos que deveriam ser, em tese, seus tutores e guardiões.

Destarte, quando seu país foi ameaçado por forças externas, como Filipe II (382-336 a.C.), rei da Macedônia e pai de Alexandre, o Grande, Demóstenes ergueu sua voz em defesa de Atenas e causou verdadeiro temor aos inimigos junto ao exército grego, retardando a queda da Grécia. Plutarco (2012, p. 23) exalta, então, o caminho de superação do orador, considerando que somente através de um propósito com tamanha grandeza seria possível encontrar possibilidades que transformassem a própria vida e a vida de todos ao redor, apesar dos inúmeros entraves aparentes.

Demóstenes atuou também como logógrafo, ou seja, escrevia poderosos discursos para que seus clientes pudessem defender-se nos julgamentos dos tribunais, tendo em vista que, àquela época, não existia a formalização da profissão de advogado; e que o exercício de defesa era realizado pela própria parte envolvida no processo.

Apesar de todos os férreos esforços empenhados por Demóstenes, Atenas foi vencida pelo rei da Macedônia, que passa a persegui-lo e decreta sua prisão. Concluindo que não havia vida ante um Estado autoritário, Demóstenes comete suicídio; julgou que o fim da liberdade de Atenas culminava em seu próprio fim.

Ao contrário do ideológico e sonhador Demóstenes, Cícero (106-43 a.C.), outra figura de suma importância na história da eloquência, era demasiado ambicioso e buscava incessantemente por fama e reconhecimento; como bem expõe Hélio Sodré (1948, p. 138), ao afirmar que “não teve a grandeza de alma dos verdadeiros heróis. Foi político insincero, excessivamente vaidoso, sobretudo preocupado com seu próprio êxito e com sua celebridade pessoal”.

Nascido em Roma e apaixonado pela retórica, formou-se em Direito porque considerava “necessário às causas privadas” (SODRÉ, 1948, p. 152). Logo no início de sua carreira jurídica, deparou-se com um difícil caso de fraudulenta acusação de parricídio, delito que configura o homicídio contra o próprio genitor, sendo a defesa do acusado recusada por todos os advogados locais, visto que a falsa denúncia partia de Crisógono, poderoso e temido governante romano.

Contrário à essência da advocacia, Cícero, embora distante de qualquer senso de justiça, escolhe por aceitar o caso, no intuito de obter fama e notoriedade. Nesse julgamento, com emblemático e contundente discurso, Cícero alcança a absolvição unânime do acusado e, consequentemente, a glória popular esperada, tornando-se um dos maiores advogados da história.

Ao longo de sua carreira, posicionou-se contra a corrupção do Estado, principalmente quanto aos privilégios particulares atribuídos em benefício próprio pelo rei, Júlio César, por meio dos famigerados discursos acusatórios denominados Filípicas. Essa disposição para a rebeldia lhe rendeu uma vida acometida por combates, resultando

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

em dramático fim, ao ser decapitado pelos carrascos de Júlio César, conforme narra Sodré (1948, p. 174): "a cabeça e a mão direita do grande orador, por ordem de Antônio, ficaram expostas durante algum tempo no *Forum* romano, naquele mesmo local em que, inúmeras vezes, Cícero houvera feito uso da palavra, arrebatando multidões".

A gênese da advocacia se funda, portanto – o que se contrapõe aos rumores da atualidade –, na paixão pelo exercício e garantia do direito de defesa e pela força estrutural contida no poder das palavras. A opção pela advocacia é evidente ato de coragem, considerando a imensa exposição à qual os advogados se submetem ao assumir o papel de patronos de seus assistidos.

É imprescindível destacar que, desde a antiguidade e ainda que inexistindo qualquer tipo de regulamentação oficial ou reconhecimento acerca da advocacia como profissão, inúmeras foram as consequências sofridas por aqueles que se empenharam em dominar a arte dialética e a palavra como ferramenta de combate contra as injustiças sociais, buscando garantir a força efetiva do povo no exercício da democracia.

Mais do que o próprio domínio do poder argumentativo, da oratória, das normas jurídicas e do caso concreto em si, a advocacia requer extrema coragem ante toda a exposição de seus profissionais; intrínseca à atividade é a busca pela garantia do devido cumprimento do exercício de defesa e, por conseguinte, a efetividade da justiça em todas as suas formas. Através da palavra, sua espada e escudo de batalha, o advogado defende e forma o Direito. (CASTRO NEVES, 2018).

Castro Neves (2018, p. 26) explica que a evolução jurídica acompanhou principalmente o crescimento de Roma, em decorrência do florescimento comercial, sendo cada vez mais necessária a figura do *advocatus* para a manutenção e organização social, e para o desenvolvimento de modelos de administração mais refinados, dotados de estabilidade e segurança jurídica.

O autor afirma que "à medida que o Direito Romano se sofisticou, majorando-se o número de normas e procedimentos, fez-se imprescindível, nas demandas, auxílio de pessoas capacitadas a discutir com base nas leis e nas regras". (CASTRO NEVES, 2018, p. 35).

Essa capacitação passou a existir com a criação das escolas de Direito, que abordavam temas de diversa complexidade acerca das normas que regulavam as relações sociais, sob seus aspectos literais e subjetivos. A especialização em Direito mostrou-se fundamental para a consecução do Estado Democrático de Direito, considerando que a proteção jurídica oferecida por essa consistente interpretação e aplicação das normas resultou em uma sociedade muito mais civilizada e, por consequência, mais evoluída.

Grande modelo de civilização, o Direito Romano, por meio do imperador Cláudio (41 a 54 d.C.), foi responsável pela regulamentação da profissão dos advogados, permitindo inclusive a cobrança dos honorários advocatícios como contraprestação pelo trabalho realizado pelos patronos, condicionados, entretanto, ao amplo conhecimento jurídico e à boa reputação dos profissionais.

Ao mesmo passo em que a civilização se desenvolve e necessita de um sistema jurídico mais eficiente, faz-se necessária a presença dos advogados para garantir a ordem jurídica e o efetivo exercício de defesa, conforme explica Castro Neves (2018, p. 26) ao afirmar que "o Direito é a própria razão de existência dos advogados".

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

3. O DIREITO PENAL COMO MECANISMO DE CONTROLE SOCIAL

É fato inescusável que a gênese do Direito, em todas as suas formas, esteve pautada pelo fato social, ou seja, pelos valores, costumes e estruturas culturais presentes na sociedade. E é em decorrência das divergências inerentes à vida comunitária que surge a necessidade de regular as relações humanas, objetivando manter a ordem, a paz e, principalmente, a sobrevivência social.

Entretanto, conjuntamente com a criação do Direito como fator primordial para garantir a ordem social, está a indivisível transgressão da norma presente no ordenamento jurídico. Isso porque não é possível identificar com exatidão, ao longo da história, qual o primeiro ato ilícito praticado pelo homem, senão, porém, nas palavras de Beccaria:

> [...] não é senão depois de terem vagado por muito tempo no meio dos erros mais funestos, depois de terem exposto mil vezes a própria liberdade e a própria existência, que, cansados de sofrer, reduzidos aos últimos extremos, os homens se determinam a remediar os males que os afligem. (BECCARIA, 1999, p. 07).

A simples ideia acerca da existência de uma norma, ou de conjunto de normas reguladoras, não garante, de forma alguma, sua completa e absoluta aplicabilidade e eficácia de forma prática ao meio social. O homem tem, em sua essência, a racionalidade como grande diferencial, que lhe permite questionar, debater e escolher o melhor caminho a seguir quanto aos seus atos e decisões. (BOBBIO, 2016).

Porém, isso não significa que tais decisões coadunem, em regra, com o sistema normativo presente na sociedade em que se encontre. Partindo desse pressuposto, os atos contrários àquilo que é esperado, tanto pelo Estado quanto pelos outros membros da comunidade, e que causem danos à coletividade, são definidos como atos ilícitos, que ferem a segurança social e ameaçam as boas práticas consideradas como bem comum a todos.

Dessa forma, faz-se necessário a adoção de medidas coercitivas mais rigorosas, no intento de prevenir a transgressão das normas jurídicas, reparar o dano causado quando possível e, ainda, punir o transgressor de forma a servir como exemplo aos demais. Sob essa perspectiva, surge a famigerada *ultima ratio*[2], caracterizada como o agrupamento de normas jurídicas específicas, que estabelecem sanções aos indivíduos cujo comportamento acabe por ferir os interesses de outrem. Assim, o Direito Criminal, que mais tarde passou a ser tratado e denominado como Direito Penal, tem a finalidade de combater os atos criminosos e proteger os mais significativos bens jurídicos tutelados, reestabelecendo a paz social. Acerca do tema, Damásio de Jesus esclarece:

> Contra a prática desses fatos o Estado estabelece sanções, procurando tornar invioláveis os bens que protege. Ao lado dessas sanções, o Estado também fixa outras medidas com o objetivo de prevenir ou reprimir a ocorrência de fatos lesivos dos bens jurídicos dos cidadãos. A mais severa das sanções é a pena, estabelecida para o caso de inobservância de um imperativo. Dentre as medidas de repressão ou prevenção, encontramos as medidas de segurança. Vemos que o Estado estabelece normas jurídicas com a finalidade de combater o crime. A esse conjunto de normas jurídicas dá-se o nome de Direito Penal. (DAMÁSIO DE JESUS, 2015, p. 45)

[2] Expressão oriunda do Latim, que significa "última razão" ou "último recurso", premissa de que a lei penal deve ser aplicada como o último recurso a ser utilizado para intervir na conduta do indivíduo, recorrendo-se a ela somente por extrema necessidade, nos casos em que mera composição não é o suficiente para reparar o dano causado pelo ato ilícito praticado pelo transgressor. (Tradução livre nossa)

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

As mais variadas sanções aplicadas aos transgressores caminharam em conjunto com a evolução histórica da humanidade, seguindo as particularidades dos povos e regiões, tendo em vista a impossibilidade de desvincular a vida humana da real necessidade de regular seus atos. O Direito Penal foi a primeira ramificação do Direito plenamente introduzida nas relações do homem; este, mesmo antes da constituição da sociedade em sua forma civilizada e regida pelo Estado como se conhece atualmente, era obrigado a exercer a autotutela para garantir sua própria segurança e sobrevivência.

Nos primórdios da civilização, precedente à existência de qualquer forma de administração de justiça, o Direito Penal era exercido sob a forma denominada de vingança privada, ou seja, a punição era exercida pelos próprios membros pertencentes ao grupo do infrator, com penas sem qualquer proporcionalidade ou humanidade, podendo a reação instintiva estender-se até mesmo à família ou tribo do transgressor. O revide, sempre desmedido e guiado pelo desejo de vingança, não permitia qualquer exercício de defesa, e produzia como sequela a aniquilação de povos inteiros.

> Que lhe perdoe o céu como a nós todos! Uns sobem pelos crimes; outros caem pela virtude. Alguns impunemente vivem sempre, nos vícios atolados, outros por uma falta são julgados. (SHAKESPEARE, 1995, p. 33).

Sob a intenção de limitar tais desagravos, surge, em aproximadamente XXIII a.C., a pena de Talião, caracterizada por estabelecer a proporcionalidade entre a conduta praticada pelo agressor e a reação punitiva do agredido, popularmente conhecida como "olho por olho, dente por dente". Nas palavras de Carnelutti (2010, p. 23), o "delito e pena consistem, devem se resolver em um sofrimento do ofensor idêntico ao sofrimento do ofendido".

Contrariamente ao dito popular conhecido, a pena de Talião não é somente um conjunto de normas com simples objetivo de ordem e regulação, mas sim um instituto punitivo que buscava limitar a proporcionalidade das punições, devendo o transgressor sofrer as consequências de seus atos na mesma medida do dano por ele causado ao ofendido.

Ocorre que esse modelo de punição acabou por enfraquecer a defesa da sociedade contra possíveis ataques externos, visto que os transgressores, como forma de execução da pena, sofriam inúmeras agressões e mutilações corporais, muitas vezes irreparáveis, e tinham sua força física substancialmente diminuída. Por conseguinte, os exércitos e demais grupos de defesa restavam fragilizados, e as consequências dessa debilidade refletiam-se diretamente em toda a sociedade.

Visando reparar as fraquezas decorrentes da pena de Talião e proteger a coletividade, importante instituto conhecido como "composição" foi criado, configurando na possibilidade concedida ao transgressor de satisfazer a ofensa cometida mediante o pagamento de quantia predeterminada, com moeda local, quando a punição equivalente ao dano ocasionado fosse excepcionalmente desaconselhável – dadas as circunstâncias prejudiciais serem sobressalentes aos supostos benefícios da aplicação da pena de Talião.

O *jus puniendi*[3] também foi exercido por longo período por meio da denominada vingança divina. Acreditava-se que a prática dos atos delituosos representava ofensa direta às divindades sagradas, e que seria possível ser reparada apenas através do sacrifício humano e dos suplícios em sua forma mais atroz. Nesse período, a punição era executada pelos sacerdotes, figuras representativas das entidades divinas, resultando no que ficou conhecido como Direito Penal Teocrático, tendo em vista sua direta relação com as instituições religiosas.

[3] Expressão oriunda do Latim, que significa "o direito de punir." (Tradução livre nossa)

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

A título de exemplo, os acusados eram submetidos pelos executores representantes de Deus a provas físicas extremamente dolorosas, rituais denominados ordálios[4]; a resistência significava inocência ante as temidas acusações, à medida que o flagelo e sofrimento eram considerados castigo divino em razão da culpa pelo crime do qual era acusado. Castro Neves (2018, p. 69) explica que "o julgado era forçado a segurar um ferro em brasa. Alguns dias depois, [...] se houvesse marcas da queimadura, consideravam-no culpado. Se sua mão não mostrasse sinais, Deus havia indicado sua inocência".

Todo processo penal tinha como alvo de punição o corpo dos condenados, que eram diretamente agredidos e torturados através dos suplícios, e não havia qualquer exercício de defesa, sendo esta exclusivamente pautada na resistência física do acusado, e não em análise de conjunto probatório ou devido processo legal.

3.1 SUPLÍCIO – A PENA SOBRE O CORPO DOS CONDENADOS

O suplício imposto diretamente ao corpo dos condenados estendeu-se por longo período, executado em sua forma mais cruel. Como narra Foucault (2009, p. 35), "é fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para a barbárie e a crueldade".

Apesar da evidente atrocidade das penas aplicadas, o suplício representava significativa parcela punitiva, sendo friamente calculado de acordo com o dano causado pelo infrator, e com o objetivo de suposta reparação.

Ademais, indispensável que a pena de suplício obedecesse a alguns critérios específicos: calculava-se a produção da exata quantidade de sofrimento a ser apreciado –a título de exemplo, basicamente nulo em casos de decapitação; e altíssimos em casos de esquartejamento –, fazia-se a ponderação entre o sofrimento produzido e a conduta delituosa praticada pelo condenado; e, por fim, media-se a função purgatória almejada, com o objetivo de permanecer na memória de todos, como forma de ratificar a justiça alcançada.

> Há um código jurídico da dor: a pena, quando é supliciante, não se abate sobre o corpo ao acaso ou em bloco: ela é calculada de acordo com regras detalhadas: números de golpes de açoite, localização do ferrete em brasa, tempo de agonia na fogueira ou na roda (o tribunal decide se é o caso de estrangular o paciente imediatamente, em vez de deixá-lo morrer, e ao fim de quanto tempo esse gesto de piedade deve intervir), tipo de mutilação a impor (mão decepada, lábios ou língua furados). Todos esses diversos elementos multiplicam as penas e se combinam de acordo com os tribunais e os crimes. [...] a memória dos homens, em todo caso, guardará a lembrança da exposição, da roda da tortura ou do sofrimento devidamente constatados. (FOUCAULT, 2009, p. 36).

Não obstante, a tortura como mecanismo de obtenção de provas também fazia parte do Direito Penal à época, transgredindo a pessoa do condenado e estendendo-se às supostas testemunhas, cúmplices, e até mesmo familiares, a fim de se obter a descoberta ou origem dos supostos delitos.

[4] Os ordálios, também conhecidos como "juízo de Deus", eram provas utilizadas para determinar a culpa ou inocência do acusado submetido à tortura através de elementos da natureza, como a água e o fogo, de forma que os resultados obtidos (queimaduras, afogamentos e demais dilacerações físicas) eram interpretados como a sentença divina. (FOUCAULT, 2009)

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Os interrogatórios tortuosos persistiam por vários dias, de modo que os interrogados permanecessem sem qualquer alimento, resultando em enfraquecimento físico, e, não raramente, em confissões descabidas. Foucault (2009, p. 41) denomina esse procedimento de "suplício da verdade"; e explica que a tortura representa um "jogo judiciário estrito".

É possível afirmar, portanto, que os meios de punição adotados ao longo da história da humanidade eram procedimentos pormenorizadamente planejados, admitidos sob a égide da lei e de seus representantes, e se afirmando na ideia de justiça como reparação de danos causados pelo ato ilícito e no forte autoritarismo do poder punitivo. Segundo Foucault, era "a aplicação da vindita soberana, o ponto sobre o qual se manifesta o poder, a ocasião de afirmar a dissimetria das forças." (FOUCAULT, 2009, p. 55).

Os suplícios, realizados sempre em praças públicas, para servir de exemplo aos demais, obedeciam rigoroso ritual de execução, incluindo a morte, o banimento, o açoite em público, diversas queimaduras, esquartejamento e tantas outras penas cabíveis conforme a criatividade dos executores; o sofrimento físico tinha maior representatividade e refletia diretamente a gravidade do ato ilícito praticado pelo supliciado.

Todo o processo penal tramitava sob pleno sigilo, tendo apenas a execução da pena o caráter público, considerando seu viés político de demonstração de poder exercido convenientemente pelo governante soberano. O mencionado viés político fazia-se claramente perceptível; a título de exemplo, através da pena aplicada aos denominados regicidas, ou seja, aqueles que cometiam assassinato contra seu rei ou príncipe. A punição destes era a conjunção de todos os tipos de suplícios possíveis em sua extensão mais cruel.

Apesar da forte defesa que os soberanos e executores faziam de que os suplícios buscavam alcançar a justiça e reparar o dano social causado pelo supliciado, o real propósito das penas tortuosas tornou-se evidente com o passar dos anos e de todo o sangue derramado através das penas aplicadas.

A precisão no cumprimento dos rituais, a minuciosa preparação por parte dos carrascos, a impiedosa execução e todas as demais características e componentes inerentes à sua consecução demonstraram que as penas impostas pelos suplícios não tinham por objetivo a pura e simples punição do condenado pelo crime praticado, a fim de garantir a obtenção de justiça.

Os rituais visavam atingir muito além do corpo e da estrutura física do condenado: estendiam-se por dias a fio no intuito de garantir sua total e completa humilhação moral, extrair confissões sem quaisquer indícios de veracidade e, por fim, certificar aos olhos do povo que a alma do supliciado fora plenamente salva através do martírio por ele suportado. "Realiza ao mesmo tempo a ostentação da verdade e do poder; é o ritual do inquérito que termina e da cerimônia onde triunfa o soberano. E ela os une no corpo do supliciado." (FOUCAULT, 2009, p. 55).

> Então, à medida que o corpo continua a virar, os dentes na extremidade do rastelo removem o algodão das feridas, atiram-no ao fosso e o rastelo tem trabalho outra vez. [...] Seja como for exige muito trabalho; ele precisa de seis horas para completá-lo. Mas aí o rastelo o atravessa de lado a lado e o atira no fosso, onde cai de estalo sobre o sangue misturado à água e o algodão. A sentença está então cumprida e nós, eu e o soldado, o enterramos. (KAFKA, 2011, p. 44/45).

A força do *jus puniendi* conferida aos soberanos, completamente de acordo com suas próprias leis e (i)limitações, transformava os suplícios e demais penas de morte em completa banalidade, incomodando com frequência a própria multidão espectadora.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

A história registra casos como furto em pequenos estabelecimentos, arrombamentos, comércio irregular e outros delitos de baixa periculosidade relacionados às difíceis condições sociais da época, sendo punidos desnecessariamente com a forca e decapitação. Essa total desproporção e o desequilíbrio entre crime cometido e pena cominada trouxeram à luz a evidente proximidade do Direito Penal com as questões políticas de poder, e o consequente distanciamento desses atos da verdadeira concepção de justiça.

Destarte, essa conduta desmedida acabou por gerar forte descontentamento popular, levando inúmeros filósofos, pensadores e juristas a manifestarem-se contrariamente à sua manutenção. Consequência disso foi o surgimento do "século das luzes", o Iluminismo, período humanitário que buscava combater o atroz Direito Penal vigente. Castro Neves (2018, p. 101) afirma que o Iluminismo "foi um movimento, liderado por intelectuais, no qual se enaltecia a razão. De certa forma, os advogados antecederam esse movimento – e forneceram fundamentos para que ele pudesse florescer".

O movimento iluminista operou inúmeras críticas e profundas modificações ao Direito Penal, propondo o desenvolvimento de mecanismos disciplinares de mais humanidade e proporcionalidade ante o ato ilícito praticado, em busca de compreender não somente qual seria a melhor e mais justa forma de punir, como também as verdadeiras razões que levaram o delinquente efetivamente a delinquir. Beccaria, considerado como o principal representante do Iluminismo penal, assevera:

> Um crime já cometido, para o qual não há remédio, só pode ser punido pela sociedade política para que os outros homens cometam outros semelhantes pela esperança da impunidade. Se é verdade que a maioria dos homens respeita as leis pelo temor ou pela virtude, se é provável que um cidadão prefira segui-las a violá-las, o juiz que ordena a tortura expõe-se constantemente a atormentar inocentes. Direi ainda que é monstruoso e absurdo exigir que um homem seja acusador de si mesmo, e procurar fazer nascer a verdade pelos tormentos, como se essa verdade residisse nos músculos e nas fibras do infeliz! (BECCARIA, 1999, p. 22).

Tais reflexões acerca da suposta justiça por trás dos suplícios desencadearam uma série de questionamentos sobre a necessidade de eliminar a confrontação entre o corpo do condenado e a vingança do soberano pelas mãos do carrasco.

Essa intolerância aos rituais de suplício parte do pressuposto de que a punição, por mais severa que seja, deve preservar ao menos a humanidade do delinquente, de forma que a pena a ele imposta não seja carregada de desprezo e desejo de vingança, mas sim da pretensão de corrigi-lo e principalmente de recuperá-lo.

3.2 INSTITUIÇÃO-PRISÃO: JUSTIÇA PENAL E VIÉS HUMANITÁRIO

O Iluminismo marca, segundo Foucault (2009, p. 72), a "fronteira legítima do poder de punir", trazendo novos limites ao direito punitivo; o delinquente se torna então objeto de intervenção penal pelas autoridades que buscam não apenas puni-lo pela transgressão cometida, mas também reduzir a criminalidade através da ressocialização e recuperação desse indivíduo, a fim de que ele não sinta vontade ou necessidade de voltar a delinquir.

A concepção de detenção, portanto, decorre desse movimento fundado no progresso de ideias iluministas, em que a abordagem ao corpo do condenado que se dá por meio da educação, do preparo para o trabalho, do amadurecimento

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

espiritual, entre tantos outros aspectos de desenvolvimento pessoal e intelectual, tem a dupla finalidade de (i) puni-lo, através da restrição de sua liberdade, e (ii) recuperá-lo, para que saia do cárcere com uma nova perspectiva de vida.

Como se pode perceber, essa espécie de "reformatório integral", como define Foucault (2009, p. 217), visa muito além da simples privação jurídica de liberdade do condenado. Foucault explica que o isolamento proporcionado pelo cárcere induz o aprisionado a uma constante reflexão acerca de seus atos; ele se vê obrigado a conviver com o crime por ele praticado. Dessa forma, passa a odiá-lo, é acometido pelo remorso e, consequentemente, sua alma é salva através do arrependimento proporcionado pela solidão oriunda da reclusão.

O trabalho laboral exercido durante o cumprimento da pena também influencia diretamente na ressocialização do aprisionado, visto que a disciplina decorrente da rotina de trabalho, segundo Foucault (2009, p. 229), "requalifica o ladrão em operário dócil". O labor aproxima o condenado da ideia de submissão à norma, à disciplina, readaptando-o à vida em sociedade em sua forma ideal, e afastando-o da possibilidade de transgredir as leis novamente.

As técnicas penitenciárias partem de uma visão progressista dos delinquentes, primando pela possibilidade de incorporar o delinquente à vida social novamente e não mais por executá-lo da maneira mais atroz possível, sem qualquer possibilidade de arrependimento por suas ações.

Porém, no presente trabalho não cabe analisar a efetividade da instituição-prisão como mecanismo de redução da criminalidade, nem mesmo posicioná-la como a real solução para os crimes praticados em decorrência da vida comunitária.

O ponto a ser ressaltado é a discussão levantada pelos pensadores do "século das luzes" sobre novas formas de se estabelecer justiça e de se limitar o poder exercido de forma exasperada pelos governantes soberanos.

Os filósofos, juristas e advogados envolvidos naquele processo transformador, no que se refere ao Direito Penal, são parte significativa e elementar do caminho percorrido em direção ao Estado Democrático de Direito. Acima de qualquer interesse punitivo ou reparador, passaram a prevalecer os direitos fundamentais à vida, à liberdade, ao devido processo legal, ao pleno exercício do direito da ampla defesa e do contraditório, perpetuados na história do ordenamento jurídico e presentes até os dias atuais em documentos como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[5] e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948[6].

4. O ADVOGADO CRIMINALISTA À LUZ DE SUA FUNÇÃO SOCIAL

Não restam controvérsias quanto a que a palavra é o principal, e mais importante, instrumento de trabalho dos advogados. Mas sua relevância não se restringe somente a esses profissionais: o poder da palavra é o que faz diferirem os seres humanos dos demais seres da natureza, de forma que somente através dela é possível nos identificarmos no tempo-espaço conscientemente, buscando o significado da própria existência.

[5] A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 5º, um rol de direitos e garantias fundamentais assegurados a todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no País, de forma a nortear os demais institutos presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

[6] Adotado pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, trata-se de documento de significativo marco histórico, proclamado em período pós-Segunda Guerra Mundial, no intento de estabelecer a proteção universal dos direitos humanos.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Através das palavras, transfere-se sentimentos à realidade, atribuindo-lhes valor; do mesmo modo, a palavra proporciona a composição de acordos, a organização social, a evolução científica, o avanço tecnológico, o apaziguamento de conflitos, a educação e, por óbvio, a aplicação do Direito em todas as suas formas.

É ainda sob o bom uso dessa poderosa ferramenta que o advogado exerce suas funções no intento de proteger, a contrário senso, os interesses e direitos legais de outrem. Em seu discurso de convencimento, ele recorre também, vez e sempre, e conforme o conhecimento multidisciplinar adquirido, ao auxílio proveniente de outras áreas – como ciências políticas, sociologia, psicologia e filosofia.

A importância da figura do patrono para o bom desenvolvimento e evolução da sociedade é inegável, considerando sua imprescindível atuação para a garantia de direitos civis, fundamentais e humanos ao longo da história. Porém, dissertar sobre o advogado criminalista requer reconhecimento ainda mais especial.

O advogado criminalista escolhe a árdua missão de representar os transgressores das normas sociais e jurídicas, geralmente alvos de aversão e repulsa social em decorrência dos delitos por estes praticados. Por inúmeras vezes, o advogado criminalista recebe a mesma inimizade pública em razão da defesa que faz daquele que, ao senso comum, não merece qualquer tipo de apoio. Brilhantemente narra Carnelutti:

> A essência, a dificuldade, a nobreza da advocacia é esta: sentar-se sobre o último degrau da escada ao lado do acusado. As pessoas não compreendem aquilo que de resto nem os juristas entendem; e riem, zombam e escarnecem. Não é um mister, que goza da simpatia do público, aquela do Cirineu. As razões, pelas quais a advocacia é objeto, no campo literário e também no campo litúrgico, de uma difundida antipatia, não são outras senão estas. Perfino Münzoni, quando teve que retratar um advogado, perdeu a sua bondade e a Igreja deixou introduzir no hino de Santo Ivo, patrono dos advogados, um verso afrontoso. As coisas mais simples são as mais difíceis de entender. Deixemos claro: a experiência do advogado está sob o signo da humilhação. Ele veste, porém, a toga; ele colabora, entretanto, para a administração da justiça; mas o seu lugar é embaixo; não no alto. Ele divide com o acusado a necessidade de pedir e de ser julgado. Ele está sujeito ao juiz, como está sujeito o acusado. (CARNELUTTI, 2010, p. 27)

A escolha do advogado pela atuação criminal é bastante questionada pela sociedade, que duvida da lisura da própria conduta daquele profissional, estendendo sua desconfiança, não raramente, da vida profissional para a vida pessoal do advogado.

Essa incompreensão se deve principalmente à postura da sociedade perante as condutas delituosas: a fúria e o clamor social não pretendem esquecer-se do ato ilícito cometido, ainda que tenha havido incontestável evolução dos métodos punitivos ao se priorizarem os direitos humanos, o respeito à dignidade da pessoa humana e a possibilidade de ressocialização do acusado.

> Nem aqui seja dito, ainda uma vez, contra a realidade que se quer de fato protestar. Basta conhecê-la. A conclusão de havê-la conhecido é esta: as pessoas creem que o processo penal termina com a condenação e não é verdade; as pessoas creem que a pena termina com a saída do cárcere, e não é verdade; as pessoas creem que o cárcere perpétuo seja a única pena perpétua; e não é verdade. A pena, se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca. Quem em pecado está é perdido. Cristo perdoa, mas os homens não. (CARNELUTTI, 2010, p. 23).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Segundo Carnelutti, o advogado criminalista, portanto, assume o papel protagonista no processo penal, utilizando-se de todos os mecanismos e ferramentas disponíveis para garantir o efetivo exercício de defesa ao acusado, conforme assegurado pela Lei Maior.

Outro aspecto relevante a ser elencado no que se refere à indignação social e que merece destaque é a esperança em obter célere resposta punitiva ao criminoso através do processo penal. Essa caçada em busca de um culpado –que pode não significar, necessariamente, buscar o *real* culpado, e sim tão somente uma figura à qual se possa atribuir a responsabilidade em questão –confunde-se com a ideia de buscar justiça. Carnelutti (2010, p. 13) bem explora o contumaz anseio por encontrar um culpado ao afirmar que as algemas são, na verdade, o principal símbolo do Direito, ainda mais expressivo do que a própria balança e a espada.

Essa controversa celeridade processual, definida por Aury Lopes Jr. (2008, p. 53) como um "atropelo de direitos e garantias individuais", é importante desafio para a missão do advogado criminalista, ele que atua visando tempo razoável para o debate, fomentando a paridade de armas e estimulando prudente julgamento em busca da verdade real.

É, portanto, através da atividade praticada pelo advogado criminalista que se estabelece a ponte que une o Direito à Justiça. Não fosse desse modo, a proteção às garantias legais restaria desamparada. Independentemente de qual seja o delito praticado pelo acusado, a função do advogado, nas palavras de Rui Barbosa (1979, p. 10) "consiste em ser, ao lado do acusado, inocente, ou criminoso, a voz de seus direitos legais".

Rui Barbosa (1979, p. 10) assevera, outrossim, que cabe ao advogado criminalista não somente combater as injustiças que porventura acometam inocentes, mas também reivindicar "no julgamento dos criminosos, a lealdade às garantias legais, a equidade, a imparcialidade, a humanidade".

O patrono tem ainda o dever de assumir a defesa criminal do acusado sem considerar sua própria opinião e questões morais quanto à culpa ou inocência do assistido, visto que inexistem causas criminais indignas de defesa[7]. É parte fundamental de seu trabalho utilizar-se de todos os instrumentos possíveis para assegurar que os direitos constitucionais do acusado não sejam violados pelo clamor popular, de ânimos exacerbados, que se refletem na concepção emocional adotada como "justiça" dentro do caso concreto.

A voz do advogado, portanto, deve ecoar mais alto do que a insatisfação pública, em nome do Direito, ainda que não raramente sua defesa seja associada ao crime em si e não aos direitos do criminoso.

O caminho da advocacia é uma das mais nobres escolhas profissionais. Entretanto, ser advogado criminalista requer nada menos do que a coragem em seu significado mais puro: a capacidade de agir não pela ausência de medo, mas sim apesar do medo. É preciso considerar sempre que todos os indivíduos, independentemente da hediondez de suas ações, têm o direito de ser representados por uma figura capacitada e profissional em meio a quaisquer circunstâncias desfavoráveis.

[7] O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil prevê, em seu artigo 23 e parágrafo único, a inexistência de causas criminais indignas de defesa, cabendo ao advogado garantir o efetivo exercício de defesa do acusado, bem como o tratamento condizente com a dignidade da pessoa humana.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

O advogado criminalista, ao predispor-se a defender a figura do acusado mesmo que diante da mais severa denúncia, sobreleva a garantia de que não haverá condenação sem justo julgamento. Atua para que a condenação seja realizada sob a observância da inteligência legislativa e, primordialmente, da tutela fundamental à liberdade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe, em seu artigo 133, que "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei". Evidente, inclusive constitucionalmente, a importância da figura do advogado como sendo "indispensável à administração da justiça", porém a profissão representa muito mais.

Ainda que não se tenha aqui a pretensão de exaurir o tema, é preciso acrescentar que o advogado é indispensável também para que a justiça exista de fato. Não há que se falar em construção e consecução do Direito sem a participação da figura que o represente, da mesma forma que não seria possível evoluir sem os desmedidos esforços da figura do professor ante seu propósito de educar.

É justamente nessa perspectiva de priorizar o Direito assegurado a todas as pessoas de forma equânime que se enquadra o conceito de função social da advocacia aqui investigado. Função social que é a responsabilidade perante a todos e comum a todos indistintamente, a despeito da moralidade popular que julga o indivíduo acusado como não digno da defesa que lhe é estabelecida por lei.

Portanto, a função social do advogado criminalista se consagra a partir do momento em que os direitos e garantias fundamentais do acusado são colocados acima de qualquer opinião ou crença pessoal quanto às acepções do que viria a ser justo ou injusto na defesa do acusado; materializa a aplicação do Direito e não apenas da lei em abstrato, atenuando as desigualdades sociais.

O advogado criminalista é o representante máximo do princípio da isonomia no ordenamento jurídico, considerando que luta pelo tratamento homogêneo a todos os indivíduos, independentemente das circunstâncias em que estejam inseridos ou de suas opiniões pessoais quanto à conduta do acusado; e luta principalmente para evitar que a cólera popular – conforme registra a história no enorme montante de sangue derramado nos rituais dos suplícios – atravesse a linha tênue que separa a vingança da justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou analisar a importância da figura do advogado criminalista para assegurar a proteção e garantia dos direitos fundamentais do acusado no Direito Penal. Para tanto, identificou-se, em capítulo preliminar, a gênese da profissão, a partir do desdobramento do Direito nas relações humanas.

Dessa forma, foi possível constatar que os advogados desempenharam papel fundamental na consecução do Estado Democrático de Direito conforme se conhece atualmente; sua ativa participação na defesa dos direitos da comunidade refletiram e desencadearam uma série de revoluções em busca de justiça, igualdade e desenvolvimento social.

Ademais, o estudo buscou aprofundar-se no surgimento do sistema punitivo; apesar das diversas teorias existentes acerca do nascimento da conduta criminal decorrente da transgressão da norma jurídica, não é possível identificar o momento exato do primeiro ato ilícito praticado pelo homem. Dessa forma, a conduta delituosa é enfrentada como

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

característica inerente à vida em comunidade, não sendo possível eliminá-la da sociedade por completo, porquanto faz-se necessário adotar mecanismos que controlem a criminalidade e reduzam os delitos praticados.

Testemunhou-se, ao longo da história, a transição da adoção de penas punitivas por meio do suplício do corpo do transgressor para, posteriormente, a adoção da pena privativa de liberdade. Apesar de essa transição aparentar algo comum, natural da evolução social, esse viés mais humanitário só foi possível por obra de inúmeros pensadores do período Iluminista; entre eles figuravam juristas e advogados em busca de penas mais justas, que possibilitassem não somente o castigo pelo delito cometido pelo infrator, mas também a ressocialização do condenado e uma nova perspectiva de vida fora da criminalidade.

Considerando, por fim, que o advogado criminalista se posta ao lado dos acusados, não raramente responsáveis por crimes bárbaros e hediondos, faz-se clara sua prioridade em garantir a lealdade jurídica e a justiça em todas as suas formas, ainda que o acusado sob seu amparo não seja considerado digno de sua defesa aos olhos da multidão enfurecida, membros da sociedade afetada pela conduta delituosa.

O advogado criminalista não somente supera as barreiras das dificuldades inerentes à profissão, e que atingem toda a classe, como também ergue sua voz em defesa da justiça contra o desejo irracional de vingança, primordialmente por amor ao justo embate.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:* a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. 3ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARBOSA, Rui. *Trabalhos jurídicos.* Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1979.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas.* 2ª reimp. São Paulo: EDIPRO, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico.* Tradução Jaime A. Clasen; Revisão técnica Marcelo Granato. São Paulo: Editora Unesp, 2016.

BRASIL. *Código de ética e disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.* Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/codigo-de-etica-2016>. Acesso em: 02 jun. 2019, 22:00:16.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília: Congresso Nacional, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal.* São Paulo: Servanda, 2010.

_____. *O problema da pena.* São Paulo: Pillares, 2015.

ECO, UMBERTO. *Como se faz uma tese.* 26. ed. 1ª reimp. São Paulo: Perspectiva, 2016.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: o nascimento da prisão. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

JESUS, Damásio de. *Direito penal. Parte geral.* v. I. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KAFKA, Franz. *O veredicto/Na colônia penal.* Tradução Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica do processo penal:* fundamentos da instrumentalidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NEVES, José Roberto de Castro. *Como os advogados salvaram o mundo.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

PAULO FILHO, Pedro. *A revolução da palavra:* uma visão do "homo loquens". 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Siciliano, 1987.

PLUTARCO. *Vidas paralelas: Demóstenes e Cícero.* Imprensa da Universidade de Coimbra; Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2012. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/jspui/bitstream/10316.2/2405/9/plutarco_vidas_demostenes.pdf?ln=pt-pt>. Acesso em: 12 out. 2018, 19:28:30.

POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica.* 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

ROMANINI, M. Crítica de Karl Popper ao problema de indução e suas consequências para o princípio de verificabilidade. *Kalagatos*, v. 10, n. 20, p. 305-335, 2013.

SHAKESPEARE, William. *Medida por medida.* Tradução Bárbara Heliodora. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

SODRÉ, Hélio. *História universal da eloquência.* Rio de Janeiro: Forense, 1948.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

PARÁBOLA 4: O PLANO DE FUGA

Paula Gomes da Costa Cavalcanti

Mestranda em Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro UERJ. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte UFRN. Advogada criminalista.

paulagccavalcanti@gmail.com

Recebido em: 02.08.2018
Aprovado em: 22.03.2019
Última versão do(a) autor(a): 11.06.2019

O jogo de comparar corpos alheios com o meu é tortura. Pele, cabelo, bunda, perna, bochechas, seios. Jogo é matar ou morrer, isso sem ser radical. Pois radical vem do latim e significa "raiz", quer dizer, profundo. Nada disto de matar – ou – morrer – preto – e – branco – cara – ou – coroa. UM COROA BRANCO MATOU UM CARA PRETO NO RIO DE JANEIRO. Por lá eu havia caminhado 4 casas, inicialmente para encontrar o Rei e a *posteriori* fugindo do Rei. Eu era um peão e precisava d'uns trocados tipo "moço, saí ontem do xadrez, moço, compra um leite ninho para minha filha". Não era mentira, moço, eu meteria o leite minha goela abaixo. Foi assim que o Rei jogou a moeda na tábua de porcelana e os 5 centavos deram 5 cambalhotas TAC, TAAC, TAAÁC, TAAAAÁQUI, TAAAAAÁCHKÍ. A moedinha congelou ereta no centro daquele Polo inóspito do Sul: nem cara, nem coroa, prolatada a sentença do jogo sem fim... De repente o sangue pulou 4 casas para ajudar 4 guinchos a perfurarem minhas costas, primeiro as gotas de sangue-mãe se agarraram aos guinchos, segundo as gotas irmãs se agarraram a pele, cabelo, bunda, perna, bochechas, seios, terceiro as gotas primas se agarraram ao ar entre o meu corpo e o tabuleiro nevado. Quarto as gotas se abraçam enquanto sussurram umas para as outras "SSSS eu te amo para sempre SSSS eu sempre te amo SSSS", espreguiçando-se de mãos dadas na forma de chiclete de sangue a bocejar "*you can be the boss, daddy, you can the boss, you know that I like, like you a lot, don't let it SSSS stop*"[1]. Do núcleo da chiadeira estouraram 4 vozes dos 4 guinchos:

- Fossssstessss condenada à prisão perpétua!

Mas, por quê?! Contra-argumentei:

– Ora, Excelência, há 40 anos moro nesse reino e nem uma vez sequer pensei que o Rei estivesse nu. É lógico que o Rei não pode se vestir/despir visto que ele não tem corpo de gente.

– A defesa não merece prosperar – concluiu o Rei num ato de lançar os 4 guinchos (como capatazes vadios), eu a eles atracada, além das gotas de mascar, todos nós para dentro do anel da moeda em pé, a qual nos trancou em si e em 4 segundos autoencarcerou infinitas vezes no jogo infindo de comprimir o aço até o seu eclipse matério e energético total.

[1] LANA DEL REY. *You can be the boss*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=aGAYzUq0FWg> .

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

PREVISÃO DO TEMPO

João Pablo Trabuco

Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Membro do Núcleo de Estudos sobre Sanção Penal (NESP). Advogado.

jptrabuco@gmail.com

Recebido em: 11.03.2019
Aprovado em: 28.05.2019
Última versão do(a) autor(a): 12.06.2019

Eu peguei outro cigarro porque não suportava.

Os olhos faiscantes da advogada remexiam lentamente, como em êxtase, enquanto eu prendia a respiração por alguns instantes para conter a ansiedade. Eu certamente estava muito mais desconfortável do que ela. Ocorre, entretanto, que os dois sabiam exatamente o que fazer numa situação daquelas. Era praxe no meio jurídico.

A morte é um fato da vida.

O corpo ainda estava quente quando a perícia técnica chegou para averiguar o local do crime que, coincidentemente, era a delegacia. Como já não bastasse o constrangimento de ter um defunto no meu local de trabalho, ele fez questão de falecer dentro da minha própria sala. Ossos do ofício.

Emiti um documento assim que o tiro foi disparado, afinal, mais vale a fé pública em riste que o falatório do Ministério Público. Para mim estava tudo muito claro: suicídio. O caso dele era mesmo muito complexo: várias testemunhas no local do crime e a própria advogada lhe alertara sobre a possibilidade de uma pena privativa de liberdade.

O *de cujus* era um cliente tonto. Não sabia de seus direitos, como a maioria dos leigos não sabe, achava que tudo se resolvia numa conversa e não fazia ideia do quão lento e trabalhoso é o trâmite judicial. Doeu-lhe saber que estávamos ainda na fase investigatória e que a ação penal demoraria a iniciar, se assim decidisse o juiz.

– Mas essa conversa é espalhafatosa! – ele bradou contra mim

– Senhor, diga isso ao Congresso, eles fazem as leis. Eu sou apenas um delegado, cumpro estritamente o que está escrito.

– Eu nem posso acreditar! Eu não acredito no senhor!

A advogada ria baixinho, queria debochar, mas os seus honorários dependiam de uma postura digna diante do nervosismo do cliente. Ela sabia que seria assim quando decidiu trocar o conforto de litígios empresariais pela atribulada vida de advocacia criminal.

– O doutor delegado está certo, Raul. – Ela falou serenamente, enquanto cruzava as pernas, sentada à cadeira de plástico do outro lado da minha mesa – Eu sei que você tem pressa e qualquer um no seu lugar teria, mas é realmente necessário esperar a conclusão do inquérito para que possamos iniciar a defesa propriamente dita.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

– Você é uma mentirosa de primeira categoria!

O cliente se levantou exaltado, simulou uma tremedeira, e eu não consegui segurar o riso. Mas o contive rapidamente.

– Você não vale o dinheiro que eu lhe pago! – Ele esbravejou contra a advogada, que agora temeu perder o cliente – Eu nem mesmo queria a sua presença aqui, saiba disso. Eu nem mesmo acredito que você possa fazer alguma coisa por mim. O senhorzinho de barba branca ali (apontou para mim e espumou de nervosismo) pode resolver tudo num pulo, você sabe disso, todos sabemos. Mas ele não quer resolver nada, não é verdade? É muito mais cômodo deixar essa bunda gorda esparramada na cadeira enquanto o inferno toma conta da Terra.

– Controle o seu cliente, doutora – Eu intervim com cautela.

– "Controle o seu cliente"? Você está de brincadeira? – Ele se exaltou ainda mais. – Que tal se você controlar a sua delegacia enquanto eu e a minha advogada esperamos a minha absolvição? Que tal você controlar os seus funcionários ao invés de passar o dia sentado assistindo reality shows? E aí, o que me diz?

Eu ri com desdém. Aquela cena me ocorria quase todos os dias – o indivíduo é acusado porque cometeu um delito qualquer e a partir do indiciamento a sua vida se torna um caos. Um acusado nunca é acusado somente, pois toda a sociedade carrega o peso do crime nas costas.

– Primeiramente sou impelido a lhe esclarecer que não tenho funcionários. Aqui nesta repartição e em qualquer outra do país, somos todos funcionários públicos, trabalhamos para o Estado. E, de fato, qualquer reality show é mais interessante que você. Para ser ainda mais direto: por que você não me faz o favor de se retirar e me deixar sentado fazendo qualquer coisa que não olhando para a sua cara?

– Mas, ora...

– Raul, – a advogada se levantou e tocou os ombros do cliente – talvez seja realmente melhor irmos embora. Você precisa descansar, a situação é realmente preocupante, eu entendo, mas o melhor a fazer é ter calma e esperar o inquérito.

– Você só pode estar brincando!

Naquele momento eu suspirei fundo e acendi o meu cigarro porque sabia, tinha certeza que a cena continuaria por mais alguns momentos.

– Eu matei uma pessoa, doutora? Olhe para mim! Eu sou professor de português do ensino fundamental, poderia lecionar para o seu filho, o seu também, delegado, mas eles me acusam de matar alguém? Como isso é possível? Eu não teria coragem sequer de apontar uma arma para quem quer que seja. Pelo amor dos orixás, eu não sou assassino.

– Então, não há motivos para temer, não é verdade? – a advogada sorriu com simpatia e tentou levá-lo embora puxando-o pelos braços –, mas ele resistiu

– Doutor delegado, seja sincero, olhe para mim: eu pareço ser um homem que teria coragem de fazer qualquer outra coisa senão levar uma vida comum? Seja sincero e me diga se você realmente pensa o contrário.

– Eu não tenho o direito de julgar você, querido.

– Pare de fumar e diga! – ele gritou

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Eu dei de ombros. A minha profissão é insuportavelmente desgastante certas vezes, mas não houve um só dia em que eu tenha me arrependido das minhas escolhas. Em meu pensamento tinha certeza: ele não apenas mataria uma pessoa, como várias e quantas vezes lhe fossem necessárias para satisfazer sua sociopatia.

– Vamos, doutor delegado, o que me diz? Eu pareço um a-s-s-a-s-s-i-n-o?

– Sim

Foi a palavra-chave.

Tomado por uma fúria implacável, o acusado pulou para minha mesa na clara intenção de me agredir fisicamente. A minha reação foi abrir a gaveta debaixo da mesa, pegar a arma e, sentado como estava, acertar-lhe um tiro na testa.

A advogada deu um gritinho agudo, não tão alto como o meu gato quando se assusta, mas se espantou com o fato. Suspirou com tristeza. Perdera quase toda a tarde na delegacia e não ganharia os honorários contratados.

Eu, todavia, sentei-me prontamente e redigi um escrito que declarava o suicídio. A colega advogada assinou como testemunha no mesmo instante e em questão de dias o colóquio estaria resolvido. Liguei também para um perito amigo de infância, competente para o feito, e solicitei sua equipe, já explicando como as coisas tinham acontecido e como ele devia escrever o seu laudo técnico.

Entrementes observei que a advogada tinha olhos azuis. Não sei exatamente se essa observação me deixou nervoso, mas antes de perceber que eles não se fixavam em um lugar específico, antes disso eu estava tranquilo. Quando me dei conta que os seus olhos eram exatamente da cor do mar, logo me deixei ser enfeitiçado pela devoção àqueles olhinhos.

O defunto não tinha cheiro de defunto. Durante as horas iniciais era apenas alguém que dormia profundamente, alguém cujo sono transcende o limiar habitual. Durante as primeiras horas, eu não chamaria o falecido de defunto. Eu não diria que não tem vida, porquanto ao redor nada mudou realmente.

Enquanto esperávamos a chegada dos peritos criminais, ela cruzou novamente as pernas, trocou mensagens com alguém pelo celular e não disse nada. Não questionou o ocorrido, não lamentou a morte do cliente, tampouco esperou qualquer atitude de benfeitoria da minha parte. Eu sou um delegado e ela sabe que não é de meu feitio tratar com animosidade certos pleitos.

– Parece que não há muito a ser dito – eu comecei.

– De fato, não há.

– Eu vi na previsão do tempo que hoje vai chover.

– Mas de modo algum eu imaginaria chuva... – Ela sorriu pianinho – Logo hoje que eu tomaria banho de mar.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

RESENHA DO LIVRO "A SOCIEDADE DOS CATIVOS", DE GRESHAM M. SYKES

GRESHAM M. SYKES' "THE SOCIETY OF CAPTIVES" BOOK REVIEW

Leandro Ayres França

Pós-doutorando em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); bolsista PNPD/Capes. Professor de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade Estácio Rio Grande do Sul. Coordenador do Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas (Porto Alegre, RS).

leandro@ayresfranca.com

Gisele Kronhardt Scheffer

Mestre em Direito Animal e Sociedade pela Universidade Autônoma de Barcelona. Médica Veterinária pela Universidade Luterana do Brasil. Graduanda em Direito pela Faculdade Estácio do Rio Grande do Sul.

Ana Maria Magnus Martini

Graduanda em Direito pela Faculdade Estácio do Rio Grande do Sul. Membro do Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas.

Recebido em: 11.12.2018
Aprovado em: 22.03.2019
Última versão do(a) autor(a): 10.06.2019

Resumo: Resenha do livro *The society of captives: a study of a maximum security prison* (1958), de Gresham M. Sykes.

Palavras-chave: Gresham M. Sykes. A sociedade dos cativos. Prisão. Perspectiva estrutural-funcional. Resenha.

Abstract: Gresham M. Sykes' "The Society of Captives: A Study of a Maximum Security Prison" (1958) book review.

Keywords: Gresham M. Sykes. The society of captives. Prison. Structural-functional perspective. Review.

Sumário: Introdução; 1 Método e premissa; 2 Objeto de estudo; 3 A sociedade dos cativos; 3.1 A prisão e suas configurações; 3.2 O regime dos guardas; 3.3 As falhas do poder total; 3.4 As dores do aprisionamento; 3.5 Os papéis dos jargões; 3.6 Crise e equilíbrio; 3.7 Um pós-escrito para reformadores; Referências bibliográficas; Informações dos autores; Agradecimento.

INTRODUÇÃO

Nos dias 27 e 28 de junho de 2018, alguns dos criminologistas[1] mais influentes se reuniram em Leicester, no Reino Unido, para uma conferência que marcou o aniversário de 60 anos da publicação do livro *The society of captives*, de

[1] Kate Gooch (University of Leicester) e Ben Crewe (University of Cambridge), responsáveis pela organização do evento, apresentaram a conferência, a biografia de Sykes; e depois, em suas falas específicas, discorreram sobre o sistema social dos prisioneiros. Bruce Western (Harvard University) falou sobre o lugar da obra no mundo de hoje. Jonathan Simon (University of California, Berkeley) tratou da questão da dignidade na sociedade dos cativos. Alison Liebling (University of Cambridge) discorreu sobre o regime dos guardas nas recentes três décadas, sob as

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Gresham M. Sykes. No Brasil, Sykes (1922-2010) é mais conhecido por seu trabalho, em parceria com David Matza, sobre as técnicas de neutralização[2]. Mas, sua obra fundamental é *The society of captives: a study of a maximum security prison* (A sociedade dos cativos: estudo de uma prisão de segurança máxima), publicada em 1958, pela Princeton University Press. Considerado um dos estudos mais originais sobre a prisão e certamente uma referência da criminologia moderna, o livro contribuiu para transformar o entendimento sobre as dinâmicas organizacionais e psicológicas na prisão. Uma literatura própria se desenvolveu em torno do livro; este e os trabalhos decorrentes dele também tiveram uma influência real no pensamento do gerenciamento correcional e no discurso geral dos governos estaduais americanos sobre as prisões nas décadas seguintes (SIMON, 2000, p. 287-288). Seu estudo sobre a sociedade dos cativos teve menor atenção da criminologia brasileira, talvez por ser anterior ao *Vigiar e punir* (1975), de Michel Foucault, livro que estabeleceu um marco na literatura prisional e pautou as discussões posteriores a sua publicação; ou talvez por não ter sido traduzido para o português, o que o deixou inacessível para muitos acadêmicos.

Se, décadas após sua publicação, o livro ainda é periodicamente revisado por interessados, se ele ainda é capaz de reunir estudiosos para debatê-lo, é porque seus argumentos sobre um poder (quase) infinito, sobre as dores e reações daqueles sujeitos a esse sistema ainda provocam reflexões. Os argumentos de Sykes podem ser transpostos no tempo para análises de instituições penais contemporâneas, tal como podem ser emprestados como recursos para interpretar outros sistemas sociais[3]. Em quaisquer desses casos, contudo, seus argumentos devem ser submetidos a exames críticos de validade e admissibilidade. Nesse intervalo de décadas, por exemplo, as perguntas de então e de hoje são distintas: enquanto a questão de Sykes era "Como encarceramos?", as investigações mais recentes têm se proposto a responder "Por que e quem encarceramos?"[4]. E há omissões no seu livro, tanto decorrentes do método escolhido quanto do fato de que algumas questões não poderiam ter sido respondidas à época, em razão do próprio estágio de desenvolvimento da sociologia. Por exemplo: ao focar na organização social dos presos, a sociologia prisional de Sykes se distanciou do poder do discurso legal em definir a prisão e o prisioneiro, ignorando o poderoso

perspectivas de ordem e autoridade em prisões de segurança máxima. Alice levins (University of Cambridge), Alexandra Cox (University of Essex) e Catarina Frois (CRIA/Instituto Universitário de Lisboa) discutiram, respectivamente, sobre os criminosos sexuais, autodeterminação e liberdade em instituições juvenis, e as dores do aprisionamento a partir das narrativas de prisioneiras. Yvonne Jewkes (University of Kent) palestrou sobre as dores espaciais da prisão. Reuben Miller (University of Chicago) chamou a atenção para as questões raciais, de cidadania e a vida pós-hiperencarceramento nos Estados Unidos. Mark Halsey (Flinders University) falou sobre o método de pesquisa de Sykes. Ashley Rubin (University of Toronto) tratou dos defeitos do poder total. Kristian Mjaland (University of Cambridge), Alisa Stevens (University of Cardiff), Kristel Beyens e Jana Robberecht (Vrije University) falaram, respectivamente, sobre drogas, relações sexuais e comunicação digital na prisão. Por fim, Richard Sparks (University of Edinburgh) recorreu à série Doctor Who para explicar os argumentos de Sykes sobre a prisão. Participaram como debatedores, no evento: Anton Symkovych (University of Johannesburg), Christopher Birkbeck (University of Salford), David Skarbek (Brown University), Dominique Moran (University of Birmingham), Gilles Chantraine (CNRS-Université de Lille), Ian O'Donnell (University College Dublin), Kevin Haggerty (University of Alberta), Laura Piacentini (University of Strathclyde), Maximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral), Phil Wheatley (National Offender Management Service), Rod Earle (Open University), Thomas Ugelvik (University of Oslo) e Tony Bottoms (University of Cambridge).

[2] O artigo *Techniques of neutralization: a theory of delinquency*, publicado em 1957 na *American Sociological Review*, foi traduzido para o português e publicado pelo Canal Ciências Criminais, com comentários do Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas. Ver Referências, ao final.

[3] Bruce Western, que fez a apresentação da edição especial de 50 anos da obra, sugere o empréstimo dos argumentos de Sykes, por exemplo, para a análise do gueto contemporâneo, um espaço negativo como a prisão: "Essa é uma comunidade de carência crônica que apresenta mais sanções que recompensas." (p. xxiv).

[4] Falando sobre isso, na conferência (2018), Bruce Western ainda sugeriu que, para o novo século, a pergunta ideal seria "Como promover justiça aos lesados?".

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

papel dos governos em selecionar e manter populações prisionais (SIMON, 2000); estão ausentes também uma reflexão sobre a pobreza generalizada, e as desvantagens e privações dela decorrentes, e um exame crítico à questão racial[5].

O texto que segue é um resumo d'*A sociedade dos cativos*. Ele é uma contribuição para o nosso propósito acadêmico de tornar acessível o conhecimento científico e de inspirar a reflexão crítica. Antes de iniciar, três informações são relevantes para a leitura: é nossa a tradução de alguns trechos para o português; para facilitar a consulta para os interessados, as páginas indicadas no corpo do texto referem-se à edição americana de 2007; por fim, redigido durante a conferência em Leicester, o resumo traz as impressões originais de Sykes e, implícita e inevitavelmente, as muitas leituras dos participantes do evento.

1 MÉTODO E PREMISSA

Contextualizando o desenvolvimento de sua análise, Sykes explica que, na primeira metade do século XX, o interesse público pela prisão se manifestava de seis principais formas (p. 137-138). Primeiro, diante das condições brutais e degradantes do confinamento, surgiram preocupações humanitárias, que ofereceram diversos programas de reforma. Segundo, a prisão passou a ser examinada a partir das possibilidades de reabilitar o infrator, sem muita consideração pelo efeito dissuasivo do aprisionamento. Terceiro, uma variedade de histórias da vida atrás das grades foi oferecida ao consumo do público curioso sobre o confinamento de criminosos perigosos. Quarto, atendendo a essa mesma curiosidade pública, relatórios e reportagens denunciavam o desgoverno, a corrupção e outras formas de transgressões por parte de funcionários; em muitos desses casos, os escândalos prisionais serviam como uma conveniente arma para o partido de oposição. Quinto, as instituições penais serviram também como um tópico para investigações históricas, embora esse interesse tenha permanecido limitado até que a forma das investigações históricas tenha mudado. Sexto, houve uma preocupação sociológica com as instituições penais; mas, com algumas notáveis exceções, o interesse foi essencialmente descritivo, uma etnografia do confinado.

Quanto a essa última manifestação de interesse, Sykes explicitou: ainda que esse trabalho sociológico tenha proporcionado uma base indispensável para estudos posteriores, a maior parte da teorização se centrou na questão da prisionalização, ou seja, no processo pelo qual o indivíduo adquire os valores, as normas e as atitudes da subcultura dos presos, com menos atenção dada à questão de por que a subcultura existia em primeiro lugar. Sykes narrou que, à época, ficara chocado[6] ao descobrir que os manuais acadêmicos não faziam qualquer esforço em examinar

[5] Na introdução que redigiu para seu estudo, Sykes relatou que as "relações raciais assumem novas formas na instituição custodial, onde a proporção entre negros e brancos frequentemente se aproxima da unidade e ambos os grupos vivem sob condições de equidade forçada" (p. xxxii). Nas décadas que se seguiram, essa premissa revelou-se equivocada (por todos, Alexander 2012) e não foram poucos aqueles que o criticaram por isso. Posteriormente, Sykes (2003) reconheceu a falta de atenção dada às questões raciais nas prisões e explicou que, na década de 1950, isso provavelmente decorria de duas coisas: os sociólogos que escreviam sobre prisões eram quase exclusivamente brancos e isso pode ter ajudado a dar forma não apenas ao alcance de seus interesses, mas também às suas capacidades em estabelecer relacionamentos de confiança com presos negros; além disso, havia uma suposição de que os sistemas sociais de presos negros e brancos – e suas relações com a estrutura de poder da prisão – eram essencialmente os mesmos.

[6] Por mais que tenha ficado chocado com a ausência de críticas sobre o conceito de crime e o processo de criminalização, é curioso que Sykes não tenha criticado a própria instituição da prisão, compreendendo ela como algo dado. Ele escreve exatamente isso sobre o confinamento: "É verdade que se pode concordar que manter criminosos confinados é uma medida necessária, independente de se tomar a retribuição, a dissuasão ou a reforma como o único objetivo próprio do aprisionamento" (p. 14).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

questões básicas como "conceitos diversos do crime, como e por que a sociedade definia alguns comportamentos como criminosos e significado do crime do ponto de vista do infrator" (p. 136). E acrescentou que a "diversidade dos papéis do preso se tornou clara, mas suas relações uns com os outros e com o regime dos guardas, permaneceram relativamente negligenciadas" (p. 138). No seu livro *Delinquent boys* (1955), Albert Cohen, por exemplo, apresentara um claro argumento pela necessidade de explorar as origens das subculturas, em vez de somente estudar o processo de suas aquisições (p. 140).

A emergência de uma nova perspectiva sociológica sobre a prisão, nas décadas imediatamente subsequentes ao fim da Segunda Guerra Mundial, pôde ser explicada, pois, pela insatisfação científica de alguns investigadores da prisão, combinada com fatores históricos que moldaram os interesses, as experiências e o próprio treinamento intelectual daqueles envolvidos com a penologia naqueles anos (p. 135). Um desses fatores foi a onda de rebeliões que marcou o período: iniciando na primeira parte de 1952, houve cerca de quarenta rebeliões em dezoito meses em prisões americanas. A preocupação pública com o mau funcionamento das prisões encorajou, pois, maior interesse acadêmico. Além disso, no mesmo período, registrou-se interesse crescente em sistemas de poder total à medida que se tornaram disponíveis mais e mais informações sobre os campos de concentração nazistas. Ainda que as análises dos campos não tenham se tornado parte da criminologia americana no período, os relatos sobre campos de concentração viraram uma parte importante do clima intelectual (p. 140).

O interesse na prisão passou a se concentrar, então, na estrutura social da prisão como um todo, e nas maneiras pelas quais crenças, normas e comportamentos tanto de presos quanto de guardas funcionavam para manter a prisão como um sistema contínuo. Afinal, as prisões não se degeneravam em caos perpétuo, nem se cristalizavam na ordem congelada de massas de homens trancados em confinamento solitário; de algum modo, "um sistema social, que envolvia uma complexa interação, era continuado" (p. 143). O argumento de Sykes se fundamenta exatamente na ruptura e na distorção dos vínculos sociais anteriores dos prisioneiros e no florescimento das novas relações sociais internas ao cárcere. Esse novo enquadramento acabou sendo rotulado de *perspectiva estrutural-funcional* sobre a prisão.[7]

Ao desenvolver sua pesquisa, Sykes partiu dessa premissa distinta: a custódia, como uma concentração de muitos indivíduos por longos períodos, inevitavelmente dá origem a um sistema social, um sistema que cresce mais informalmente, na medida em que homens interagem ao lidar com os problemas criados por seu ambiente particular. A prisão deixava de ser uma questão de muros e grades, de celas e fechaduras; ela deveria ser vista como uma sociedade dentro de uma sociedade (p. xxx).

[7] Nas décadas seguintes, nos Estados Unidos, esse interesse sobre a dinâmica interna da prisão e a ordem social prisional que ali emergia acabou sendo "redistribuído", reduzindo o vínculo entre a prisão e os estudos sociológico e criminológico (SIMON, 2000). A partir da década de 1970, o interesse acadêmico se concentrou no forte crescimento dos índices de encarceramento, nos efeitos de uma população penal dessa escala, na análise das condenações judiciais e no "medo do crime" (definido como um problema público, em que a prisão deixa de ser o foco). Esse distanciamento talvez se explique pelo fato de que, enquanto Sykes e outros tiveram acesso privilegiado à prisão, aos prisioneiros e ao *staff* prisional, muitos estudos hoje são conduzidos com maior distância e a partir de relatórios e estatísticas (censos) oficiais. (E pode-se argumentar, inclusive, que existe maior resistência ao acesso ao interior do cárcere, tanto por parte das administrações prisionais quanto por parte da própria população encarcerada.) Além disso, a prisão hoje carrega consigo uma narrativa política muito diferente: os elementos centrais de sua justificativa são a defesa social excludente e a vingança institucionalizada.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

2. OBJETO DE ESTUDO

Sykes concentra sua análise do sistema social em uma prisão de segurança máxima: a New Jersey State Maximum Security Prison. Alguém poderia objetar a generalização de suas conclusões. Diferentes realidades e períodos históricos induziram diferentes reflexos nos muitos sistemas sociais prisionais. (Basta notar os tipos de condenações na prisão estudada, em 1954: 24% homicídio, 24% invasão (com propósito de cometer outros crimes), 20% roubo de pessoas, 12% furto (p. xxxv); o que difere bastante das condenações mais incidentes hoje, bastante variadas também dependendo da região do mundo.) Mas, para Sykes, as prisões tendiam a apresentar uma estrutura social comum, uma notável tendência a anular variações de tempo, lugar e propósito: as prisões pareciam formar um grupo de sistemas sociais, que se diferenciam em detalhes, mas se assemelham em seus processos fundamentais; algo como um gênero ou uma família de fenômenos sociais (p. xxxi).

3. A SOCIEDADE DOS CATIVOS

O estudo estrutural-funcional de Sykes sobre o sistema social dos cativos traz sete questões principais, divididas em capítulos distintos: a prisão e suas configurações, o regime dos guardas, as falhas do poder total, as dores do aprisionamento, os papéis dos jargões, crise e equilíbrio, e um pós-escrito para reformadores.

3.1 A PRISÃO E SUAS CONFIGURAÇÕES

A sociedade de prisioneiros é fisicamente comprimida pelos muros da prisão – ainda que esses muros sejam permeáveis (p. 8) –, que são um símbolo da rejeição da sociedade maior, tornando a instituição "um forte para manter o inimigo dentro, em vez de fora" (p. 3). Mas, a sociedade dos cativos é também psicologicamente comprimida, uma vez que os prisioneiros vivem em uma intimidade forçada, na qual a conduta de cada homem está sujeita tanto ao constante escrutínio de seus companheiros cativos quanto à vigilância dos guardas. Nesse sentido, "não é a solidão que aflige o prisioneiro, mas a vida *en masse*" (p. 4).

As condições físicas da vida na prisão não decorrem de uma intenção; o seu mau estado pareceria refletir um tipo de punição desinteressada ou indecisa, algo como se a imposição da privação decorresse de indiferença ou esquecimento (p. 8). Isso fica evidente, relata Sykes, quando, analisando a estrutura física da prisão, se percebe que sua característica mais marcante talvez seja sua falta de cor. "Ela tem aquele aspecto 'institucional' compartilhado por delegacias de polícia, hospitais, orfanatos e prédios públicos similares – uma atmosfera estilo Kafka composta de lâmpadas à mostra, corredores ecoantes, paredes incrustadas com a pintura de décadas e o ar viciado de cômodos fechados por muito tempo" (p. 7).

3.2 O REGIME DOS GUARDAS

É difícil transladar tarefas sociais gerais para procedimentos organizacionais específicos. Sykes evidenciou cinco desses desafios.

Em primeiro lugar, existe a questão de precisamente quais passos devem ser tomados para garantir a custódia (p. 14). Para quem trabalha na prisão, esse desafio engloba todas as atividades internas e, nesse sentido, os guardas sobre

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

o muro – que, ao olhar público externo, constituem a principal força de custódia – formam, na realidade, a última linha das defesas da instituição, não a primeira: "eles lutam sua batalha ao centro de sua posição, em vez de no seu perímetro" (p. 19).

Segundo, existe a questão do padrão de vida que deve ser oferecido ao prisioneiro. Sykes explica que aqueles que defendem que a retribuição ou a dissuasão deve ser a primeira função da prisão estão inclinados a acreditar que a mera perda da liberdade é insuficientemente penosa para realizar esses fins; o presidiário deve estar sujeito a sofrer dentro dos muros uma série de privações que claramente demonstrem as vantagens de permanecer dentro da lei ou que enfatizem a condenação do comportamento criminoso. Por outro lado, aqueles que defendem que a reforma é o principal objetivo do aprisionamento argumentam que essas penalidades adicionais apresentam uma barreira insuperável à terapia; as repressões dentro da prisão simplesmente gerariam novos antagonismos, criando uma situação que é quase completamente antitética aos conceitos de cuidado psiquiátrico (p. 15-16). Nesse sentido, Sykes ressalta uma expressão em voga entre os penólogos do período: os criminosos são colocados na prisão não *para* punição, mas *como* punição. A orientação traz a ideia de que os funcionários da instituição de custódia são determinados a não lesar seus cativos, tanto física quanto mentalmente, além da dor envolvida no confinamento em si. Na sua visão da prisão analisada, Sykes não encontrou indicação no seu funcionamento cotidiano de que os funcionários tivessem qualquer desejo em agir como anjos vingadores; tampouco os funcionários exibiam muita ligação com a ideia de que um período doloroso de aprisionamento é suscetível de desencorajar o criminoso que foi confinado (p. 31). Isso, então, lhe gerou um questionamento: "se os guardas não são motivados por um desejo de infligir punições, como podem ser explicadas as muitas privações impostas aos presos?" Para Sykes, a orientação punitiva em relação ao criminoso existia de fato na sociedade e era, então, refletida nas condições da vida prisional (p. 32).

Sykes indica como terceiro desafio a organização da população presa em uma força de trabalho capaz de se sustentar. Trabalhem os prisioneiros por obrigação, por privilégio, por necessidade econômica ou como parte de uma ideia de tratamento, o fato de que guardas e presos estejam envolvidos no complexo de trabalho tem implicações profundas para a natureza do aprisionamento. Em primeiro lugar, o trabalho interno gera alguma liberdade de movimento e oportunidades de interação. Em segundo lugar, ferramentas e materiais são disponibilizados, o que resulta na ampliação da base de recursos da sociedade de cativos e também em eventual desvio de seu canal legítimo (p. 27). Em terceiro lugar, o fato de que os prisioneiros trabalham carrega consigo a implicação de que a prisão *produz*, ou seja, de que há algum resultado para as milhares de horas trabalhadas a cada dia. Nesse aspecto, os funcionários da prisão são, de certa forma, responsáveis pela produtividade dos presos e se tornam envolvidos nos problemas de um empreendimento econômico. Mais do que a função de custódia, os guardas não podem se satisfazer em revistar celas por contrabando ou em censurar as correspondências; eles também devem gerenciar homens (p. 28). E isso é um grande problema porque os incentivos para o prisioneiro são quase completamente inexistentes dentro do contexto de cativeiro.

> A natureza monótona, desqualificada da maioria dos trabalhos na prisão oferece pouca satisfação laboral intrínseca; e o incentivo do tempo de trabalho, como benefícios de aposentadoria e outras recompensas distantes da comunidade livre, apresenta muitas desvantagens como uma força motivadora para o momento. (p. 29).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Inexistem hierarquia de poder e responsabilidades na força laboral do preso, eliminando, assim, a isca da promoção; elogios e reconhecimentos pelo trabalho bem feito têm pouco valor para o criminoso na prisão; e o prisioneiro zeloso deve encarar as zombarias e agressões de seus colegas cativos (p. 29).

Um quarto problema em acomodar as múltiplas tarefas atribuídas à prisão gira em torno da questão de ordem interna (p. 17). A tarefa dos guardas de manter a ordem dentro da prisão é exacerbada pelas condições de vida que é seu dever impor a seus cativos. "O funcionário da prisão, assim, é pego em um círculo vicioso no qual ele deve suprimir a própria atividade que ele ajuda a causar" (p. 22).

Por fim, há a questão do que exatamente deve ser feito para reformar o criminoso cativo (p. 17). Sykes refere o argumento de que, conforme alguns autores, as causas do comportamento criminoso não repousam dentro do próprio indivíduo, mas no ambiente social (pobreza, favelas, parcerias submundanas etc.). Uma vez que a experiência prisional não toca e não pode tocá-las, o aprisionamento é uma perda de tempo no que importa à reforma do apenado. Assim, "colocar um indivíduo em custódia por violar a lei é tão ridículo quanto trancar uma nota de dólar porque ela perdeu seu poder de compra" (p. 34). O resultado disso é que, para os funcionários da prisão, é muito provável que o aprisionamento seja definido como um sucesso se ele pelo menos não tornar pior o infrator. "Se o progresso é impossível, então se deve lutar, no mínimo, contra a regressão" (p. 35). Os funcionários da prisão, então, se tornam indiferentes à função de reforma; não no sentido de que eles rejeitem de imediato a reforma como um objetivo organizacional legítimo, mas no sentido de que a reabilitação tende a ser vista como um subproduto teórico, distante e, de algum modo, irrelevante na performance de sucesso nas tarefas de custódia e ordem interna (p. 38).

3.3 AS FALHAS DO PODER TOTAL

Se os funcionários da prisão têm o direito de emitir e administrar as ordens e regras que devem guiar a vida do prisioneiro, e também de deter, julgar e punir qualquer indivíduo acusado de desobediência – uma fusão, segundo Sykes, de funções legislativas, executivas e judiciais, que há muito tem sido considerada como a marca da dominação completa –, eles parecem ser possuidores de um poder quase infinito dentro de seu domínio (p. 41-42). Certamente, a posição de poder da burocracia custodial não é realmente infinita: os objetivos que os funcionários buscam não são completamente de sua própria escolha, e os meios que eles utilizam para alcançar seus objetivos estão longe de serem ilimitados. "Os guardas não são déspotas totais, capazes de exercer poder por capricho, e, portanto, falta-lhes a marca essencial do poder infinito, o direito inconteste de serem caprichosos em sua gestão" (p. 42). Para Sykes, é isso que distingue o poder infinito (o terror do governo) do poder *quase* infinito.

De qualquer forma, é certo que existe, no contexto prisional, o exercício de um poder baseado na autoridade. E essa é uma relação social complexa, na qual um indivíduo ou um grupo de indivíduos é reconhecido como possuidor de um direito de emitir comandos e regras, enquanto aqueles que recebem esses comandos e regras sentem-se obrigados a obedecer por um senso de dever. Sykes afirma que, em sua forma pura, ou como um tipo ideal, o poder baseado na autoridade tem dois elementos essenciais: "por um lado, um esforço devido ou legítimo de exercer controle, e, por outro, uma compulsão moral, interna, de obedecer, por aqueles que devem ser controlados". Na realidade fática, é claro, o reconhecimento da legitimidade dos esforços em exercer controle pode ser restrito ou parcial; e o senso de dever, como motivo de conformidade, pode estar misturado com motivos de medo ou interesse próprio. Mas, conclui

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

ele, "é possível, por razões teóricas, pensar o poder baseado na autoridade em sua forma pura e usar isso como um ponto de referência na descrição do caso empírico" (p. 46).

Para Sykes, é o segundo elemento de autoridade – o senso de dever como uma razão de conformidade – que proporciona a força secreta de quase todas as organizações sociais. Essa conformidade emerge de uma moral internalizada, que transcende os sentimentos pessoais do indivíduo: em vez de um cálculo racional das vantagens que podem ser conseguidas, o fato de uma regra ser uma regra é geralmente o fundamento para se modificar o comportamento de alguém. Na prisão, contudo, é precisamente esse senso de dever que está ausente na população presa em geral (p. 47). Por isso, incapazes de contar com um senso de dever para motivar seus cativos a obedecer, e incapazes de depender do uso direto e imediato da violência para garantir uma submissão completa às regras, os guardas devem recorrer a um sistema de recompensas e punições (p. 50).

É isso que Sykes aponta como as falhas do poder total da prisão:

> A falta de um senso de dever entre aqueles que são mantidos cativos, as falácias óbvias da coerção, a coleção patética de recompensas e punições para induzir a conformidade, as fortes pressões para a corrupção dos guardas na forma de amizade, reciprocidade, e a transferência de deveres às mãos de presos confiáveis – são todas falhas estruturais no sistema de poder da prisão, em vez de inadequações individuais. (p. 61).

3.4 AS DORES DO APRISIONAMENTO

Sykes reconheceu que era arriscado falar da perspectiva dos prisioneiros quanto às suas condições de aprisionamento, porque isso presumiria que todos reagiriam precisamente da mesma forma. Ainda assim, ele notou um certo consenso expresso pelos apenados na instituição analisada quanto à natureza do confinamento; estes concordavam que a vida em uma prisão de segurança máxima era frustrante e os privava ao extremo de alguns valores (p. 63). Essas frustrações e privações podem ser vistas tanto como punições deliberadamente infligidas aos condenados, quanto como efeitos concomitantes (ou inevitáveis) do confinamento de grandes grupos de criminosos por longos períodos. Sykes as denominou de dores do aprisionamento; tão dolorosas, argumentou ele, quanto as dores físicas que foram substituídas pela moderna pena de prisão.

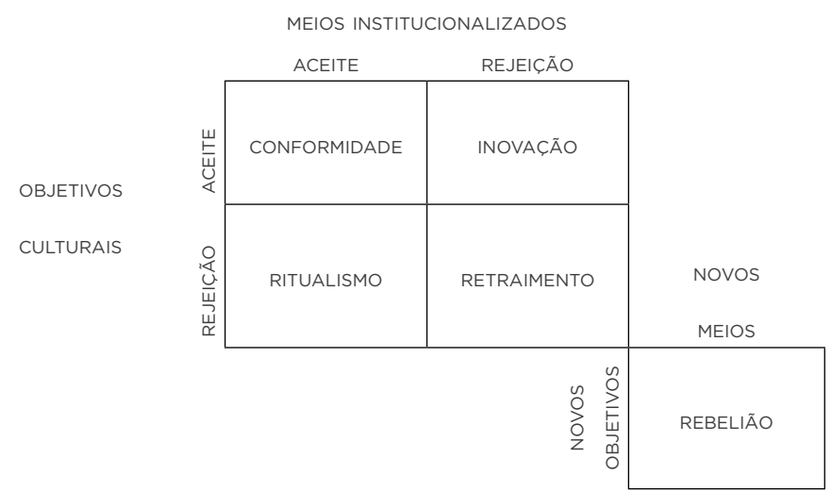
A *privação da liberdade* seria a primeira dessas dores, especialmente porque ela se manifesta duplamente: existe o confinamento à instituição e também o confinamento dentro da instituição, pelo qual "o preso é desconectado da família, dos parentes e amigos, não no autoisolamento do eremita ou do misantropo, mas no isolamento involuntário do fora da lei" (p. 65). Além disso, há também a *privação de bens e serviços* (p. 67). Sykes menciona ainda a *privação de relações heterossexuais*: o preso da prisão de segurança máxima de New Jersey não desfrutava do privilégio das visitas conjugais, sendo "figurativamente castrado por seu celibato involuntário" (p. 70). Sujeito a um vasto conjunto de regras e comandos elaborados para controlar minimamente seu comportamento, o prisioneiro sofre ainda com a *privação de autonomia*. Por fim, existe a *privação de segurança*:

> Por mais que possa parecer estranho o fato de a sociedade ter escolhido reduzir a criminalidade do infrator forçando-o a se associar com mais de mil outros criminosos por anos a fio, há um sentido dessa união involuntária que é óbvio – o prisioneiro individual é jogado em uma intimidade prolongada com outros homens que, em muitos casos, têm uma longa história de comportamento agressivo, violento. (p. 76-77).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

A essas dores do aprisionamento existem reações dos presos. Sykes, então, recorre à discussão de Robert K. Merton, quem analisou diferentes tipos de reações a situações frustrantes. Merton (1970b) tinha como hipótese central a ideia de que o comportamento aberrante pode ser considerado sociologicamente como um sintoma de dissociação entre as aspirações culturalmente prescritas e as vias socialmente estruturadas para realizar essas aspirações. Em outras palavras, quando as estruturas cultural e social estão mal integradas, a primeira exigindo um comportamento que a outra dificulta, há uma tensão rumo ao rompimento das normas ou ao seu completo desprezo (MERTON, 1970a). Essa pressão definida sobre certas pessoas na sociedade faria com que elas se engajassem em um comportamento *desviado*, em vez de adotarem uma reação conformista (MERTON, 1938, 1970b). De forma esquemática, seu argumento pode ser assim representado:

Figura 1. Tipologia do desvio de Robert K. Merton.



Para Sykes, o *retraimento* seria uma forma de escapar da situação, tanto "por meio de recuo físico" (p. 79), quanto pela retirada psicológica:

> Isso pode assumir a forma da renúncia de objetivos, de impulsos ou de necessidades, que são frustrados, tanto consciente quando inconscientemente, deixando o prisioneiro imune em apatia ou buscando as gratificações da sublimação. Ou pode assumir a forma de uma fuga à fantasia, baseada em doces memórias do passado ou em dramas imaginários da vida pós soltura. (p. 80).

Outra forma de reação dos prisioneiros seria a *rebelião*: "Os presos poderiam tentar derrubar ou mudar o regime de custódia para aliviar as frustrações e privações que os atormentam" (p. 80-81). Em nota, Sykes explicou que uma revolta poderia falhar no sentido de que os prisioneiros não tomariam permanentemente as rédeas de poder; todavia, ela pode ter êxito por despertar a opinião pública, de modo que as condições de aprisionamento fossem aliviadas. E, lucidamente, registrou que essas comoções públicas por reforma, entretanto, evaporam rapidamente quando o

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

status quo é restabelecido. Além disso, Sykes também recorre à possibilidade de *inovação*, citando as tentativas de mudanças pacíficas por meio do uso de persuasão, apesar de a população prisional ter pouca esperança em resolver problemas imediatamente pelas táticas gentis de atividade política pacífica (p. 81-82).

No entanto, incapaz de escapar física ou psicologicamente, sem a coesão para levar a cabo uma insurreição que, de qualquer modo, está fadada ao fracasso, e desprovido de fé na inovação pacífica, não restaria outro recurso à população prisioneira senão a *conformidade*, ou seja, a resistência às dores do aprisionamento: "se os rigores do confinamento não podem ser completamente removidos, eles podem, ao menos, ser mitigados pelos arranjos de interação social estabelecidos entre os próprios presos" (p. 82). Esses arranjos, segundo Sykes, poderiam ocorrer em dois padrões distintos de interação social. De modo coletivista, o preso pode tentar se ligar a seus colegas cativos por meio de laços de ajuda mútua, lealdade, afeição e respeito, ficando firmemente em oposição aos funcionários. De modo individualista, ele pode entrar em uma guerra de todos contra todos, na qual ele busca sua própria vantagem, sem referência aos reclamos ou necessidades de outros prisioneiros. Na prática, os arranjos de interação social entre presos devem ser encontrados dispersos entre esses dois extremos teóricos; a população de prisioneiros não exibiria uma solidariedade perfeita, tampouco seria ela um agregado beligerante (p. 82-83).

3.5 OS PAPÉIS DOS JARGÕES

O quinto capítulo da obra é destinado a analisar a função dos jargões na sociedade dos cativos. Para Sykes, sua importância reside no fato de que o jargão prisional oferece um mapa do sistema social do preso.

Sykes sugere que o jargão dos prisioneiros pode ter várias origens: parte dele seria proveniente da linguagem do submundo e de gírias correntes nos Estados Unidos; haveria também traços de uma linguagem criminal internacional que teria sido levada ao país na primeira parte do século XIX, quando muitos ladrões profissionais foram afugentados de Londres pela polícia metropolitana de Sir Robert Peel; e algumas palavras teriam sido emprestadas da linguagem das prostitutas, dos vagabundos, pedintes, animadores de festivais e de viciados em jazz (p. 84).

Sykes discorda dos autores que, à época, argumentavam que o jargão dos criminosos funcionava para manter o sigilo das comunicações, como um dispositivo para deixar os aplicadores da lei em ignorância, em especial porque, na prisão, os guardas seriam tão bons conhecedores dos significados das gírias quanto os prisioneiros (p. 85). Ele também coloca em xeque a opinião de escritores que afirmavam que a linguagem do submundo constituía um símbolo de distinção, como uma expressão de lealdade e pertencimento grupal; Sykes explicou que existiam muitos funcionários prisionais que não apenas conheciam o significado do jargão dos presos como também o utilizam constantemente em suas falas cotidianas (p. 85). Para Sykes, portanto, a função mais crítica do jargão prisional parecia ser sua utilidade em ordenar e classificar a experiência no interior dos muros, em termos que lidavam especificamente com os maiores problemas da vida na prisão (p. 85).

Uma vez que as experiências de grupo cativo se diferenciariam mais e mais daquelas da comunidade mais ampla da qual o grupo está à parte, a sua linguagem começaria a se alterar. Os comportamentos assumiriam interpretações distintas e receberiam rótulos especiais. Novas palavras foram inventadas ou antigas foram aplicadas de uma forma nova. Em suma, experiências diferentes significavam uma linguagem diferente, e o resultado estaria expresso no jargão. "A sociedade dos cativos apresenta uma variedade de marcações diferentes para os diferentes papéis

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

sociais executados por seus membros em resposta a problemas particulares do aprisionamento" (p. 86). Sykes fez a importante ressalva de que os padrões de comportamento descritos por ele eram mais papéis sociais do que traços de personalidade; no seu estudo, o interesse repousava no comportamento dos presos como um sistema de ação, em vez de uma coleção de características individuais (p. 106). São essas as marcações (*tags*) identificadas por Sykes na New Jersey State Maximum Security Prison:

– Alcaguete (*rat* ou *squealer*): Se o limite social mais óbvio na instituição custodial é aquele que existe entre captores e cativos, é compreensível que os presos defendam que um prisioneiro jamais deve fornecer aos agentes penitenciários quaisquer informações, ainda que bastante triviais, que possam agir em detrimento de outro prisioneiro. Surge, assim, uma proibição da comunicação que se estende para cobrir todas as relações – salvo as questões mais rotineiras. O rótulo de "rato" ou "alcaguete" é atribuído àquele que trai seus companheiros. Essas gírias portam um significado emocional muito maior do que quando utilizadas na comunidade livre, que poderiam caracterizar um insulto jocoso; no cárcere, elas são uma acusação grave porque implicam uma traição que transcende um específico ato de revelação. O "rato" não traiu apenas um ou alguns presos; ele traiu os presos em geral ao negar a coesão dos prisioneiros como um valor dominante. Sykes destaca que a maior parte das delações que ocorrem na prisão são motivadas por interesse em ganho pessoal, assumindo duas formas distintas: alguns alcaguetes revelam suas identidades aos funcionários, na esperança de tratamento preferencial por parte dos administradores em troca das informações; outros preferem permanecer anônimos porque desejam se livrar de concorrentes ou resolver um rancor – o que pode levar os funcionários a se descobrirem manipulados, a servir involuntariamente como arma em disputas que ocorrem entre presos (p. 87-89).

– Homem do centro (*center man*): Outra forma de ser desleal ao mundo dos presos – sem, contudo, envolver a revelação de segredos – ocorre quando um prisioneiro assume as opiniões, atitudes e crenças dos guardas. Possivelmente em referência ao Centro que servia de sede da administração prisional, na Prisão Estadual de New Jersey, essa era a designação dada àqueles presos que se identificavam com os opressores, não em razão de uma tentativa maquiavélica de adular e enganar as autoridades, mas porque eles realmente compartilhavam o ponto de vista daqueles no poder (p. 89-90). Sua deslealdade é aberta:

> Se o *alcaguete* é um homem que finge estar do lado dos presos e, todavia, os trai, o *homem do centro* é alguém que não faz segredo de onde jaz sua simpatia. [...] E se o *alcaguete* é odiado por sua mentira e sua hipocrisia, o *homem do centro* é desprezado por sua submissão servil. (p. 90).

– Gorila (*gorilla*): No jargão dos presos, é aquele que toma dos outros, por força, aquilo que deseja (cigarros, comida, roupas, gestos de deferência), como um déspota que explora coercivamente os outros e se aproveita especialmente de presos mais fracos e medrosos, nas galerias, nas estações de trabalho ou nos pátios. O preso que se sujeita ao "gorila" é designado fracote (*weakling*) (p. 91-93).

– Mercador (*merchant*) ou mascate (*pedlar*): No contexto de privação material, "mercador" ou "mascate" é o preso que vende quando deveria dar. Um indivíduo tão alienado dos outros prisioneiros, tão egoísta na sua busca de vantagem material que se torna capaz de prosperar em meio à miséria de seus companheiros de prisão (p. 93-94). "Em suma, ele coloca seu próprio bem-estar acima do bem-estar dos presos como um todo. Ele não compartilha os bens em oferta escassa, mas, em vez disso, explora a necessidade dos outros" (p. 94).

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

– Lobos (*wolves*): Homossexuais que assumem um papel ativo, agressivo, isto é, um papel "masculino" para os rígidos padrões dos prisioneiros (p. 95-96).

– Punks (*punks*) e bichas (*fags*): Homossexuais que têm um papel mais passivo, mais submisso. Aqueles que se tornam homossexuais porque são forçados a isso ou porque a prostituição é um meio de obter bens e serviços escassos são considerados "punks". Eles não exibem sinais de "feminilidade" em outros aspectos de seu comportamento, ocorrendo o confisco de sua "masculinidade" somente no ato sexual. Todavia, ainda que não apresentem maneirismos femininos, "punks" são considerados mulheres pelos prisioneiros em razão de sua sujeição – do ponto de vista dos prisioneiros, o sacrifício de sua "masculinidade" os tornam mais desprezíveis do que as "bichas", porque eles agem pelo medo ou motivados por uma rápida vantagem, em vez de uma inclinação pessoal. Por sua vez, então, aqueles que são homossexuais porque preferem sê-lo são "bichas"; a "bicha" "gosta disso", "quer isso". Num curto aforismo prisional, enquanto alguns "viram *punks*, *bichas* são de nascimento". "Bichas" têm um caminhar feminino, gestos muito graciosos, tingem suas roupas íntimas, cacheiam os cabelos ou pintam os lábios com batons (p. 95-97)[8].

– Durões (*ball busters*[9]): Mesmo cientes de que os guardas têm, em última análise, uma vantagem sobre os presos, cientes de que o confinamento solitário aguarda aqueles que irritam as autoridades além do suportável, esses presos se recusam a aceitar sua impotência, sua perda de autonomia, e lançam suas provocações: desobedecem descaradamente, promovem agressões físicas e verbais, criam distúrbios. Sykes argumenta que, ao contrário do que se poderia imaginar, esses presos não têm necessariamente a admiração e o apoio dos outros prisioneiros, não são um símbolo bem-vindo de corajosa oposição ao oficialismo; porque "ele perturba aquele delicado sistema de compromissos e corrupções que os prisioneiros estabeleceram com seus guardas" (p. 100). O durão é visto, então, pelos guardas e pelos presos, como um causador de problemas, o que lhe proporciona um baixo prestígio no sistema social dos presos (p. 99-101).

– Homem de verdade (*real man*): O "homem de verdade" é o indivíduo que "aguenta" a prisão, um tanto distante, sem reclamar muito; que "puxa" sua própria pena, numa força muda para manter certo grau de integridade pessoal; que suporta o regime dos guardas sem vacilar –, não na aceitação simples da subserviência, nem de forma agressiva, mas na manutenção da dignidade e da compostura sob estresse. É ele quem tem a admiração e o respeito de seus colegas custodiados. Esse conceito de fortidão, segundo Sykes, tem raízes em uma visão de masculinidade e integridade que transcende a prisão: autocontrole, reserva, taciturnidade e equilíbrio emocional são virtudes de figuras heroicas em diversas tradições culturais. "O prisioneiro que 'aguenta' interpreta um papel num drama muito mais antigo que a instituição de custódia" (p. 100-102).

– Brigão (*tough*): Visto com uma curiosa mistura de medo e respeito, o "brigão" está facilmente disposto a enfrentar outros prisioneiros. Suas agressões resultam mais do fato de que ele sente como se tivesse sido insultado do que de um desejo de explorar outros presos. Marcado por uma "suscetibilidade" que torna cada encontro com ele algo

[8] Da leitura do livro, é perceptível que Sykes considera a homossexualidade uma aberração sexual e apresenta um discurso um tanto sexista. Os leitores [A que "leitora" se refere??? Aos leitores em geral????] já devem ter notado isso no argumento de que a privação de relações heterossexuais era uma das dores do aprisionamento. De qualquer modo, é importante contextualizar autor e obra em seu tempo.

[9] No sentido utilizado por Sykes, *ball-buster* (o mesmo que *ball-breaker*) é uma referência informal ao indivíduo implacavelmente agressivo, intimidador, dominador e, quando hierarquicamente superior, um disciplinador rigoroso. Na tradução, preferimos utilizar "durão" como seu correspondente em português.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

arriscado, o "brigão" é um problema para a sociedade de cativos, aprisionada em uma comunidade involuntária de pedras e ferro. O "brigão" e o "durão" representam forças disruptivas na vida prisional e ambos parecem estar desprovidos do autocontrole do "homem de verdade"; mas, enquanto a comunidade prisional desdenha o "durão" quando ele direciona sua agressividade aos agentes penitenciários, o "brigão" é respeitado porque ele confronta outros presos com a ameaça direta e imediata de agressão física, numa "masculinidade" agressiva que, aos olhos dos prisioneiros, compensa sua instabilidade (p. 102-103).

– *Hipster*[10]: É o preso que finge ser "mais durão do que realmente é", que "fala demais", que quer ser parte de um grupo ao qual não pertence. "Ele reivindica uma coragem maior do que de fato possui e sua demonstração de força, seja presumida a agradar a si próprio, na sua própria perspectiva, ou aos olhos de outros que idealizam a dureza, permanece apenas uma fachada" (p. 105).

3.6 CRISE E EQUILÍBRIO

Para o prisioneiro, uma rebelião é o criminoso de volta à vida, o homem aprisionado novamente revelado à vista de todos. "Uma rebelião não é um criminoso julgado no tribunal, desconhecido, despercebido e, assim, silenciosamente colocado atrás das grades", escreve Sykes; ao contrário, é um lembrete inquietante da decisão da sociedade de punir alguns para proteger os muitos. Certamente uma questão política, as rebeliões podem ser embaraçosas ao partido em exercício (p. 120). Mas, interessado no sistema social prisional, Sykes buscou outros pontos de vista.

As rebeliões, na sua perspectiva, permanecem como o mais impressionante de todos os eventos inesperados, porque elas representam "uma negação completa e pública de uma das premissas mais fundamentais sobre as quais a prisão é construída" (p. 109), a premissa de que os funcionários, representantes da comunidade livre, representam um poder inquestionável sobre os presos. No enquadramento estrutural-funcional, as insurreições não se encerram com o retorno do controle oficial, mas se tornam uma parte da estrutura, como uma falha deixada em um pedaço de aço que foi submetido a tensão excessiva. E se elas, de certa forma, continuam muito depois que o espetáculo público passou, deve-se também reconhecer que as rebeliões não vêm à tona de repente: elas são a culminação de uma série de crises menores, cada qual colocando em funcionamento forças para a criação de uma crise nova e mais grave. As rebeliões, portanto, não são "acidentes". Ao contrário, argumenta Sykes, a prisão parece se mover num ritmo cíclico, da ordem para a desordem, e da desordem para a ordem. Isso não quer dizer que um ciclo de rebeliões e tempos de paz é um aspecto inevitável do aprisionamento, tampouco o que os economistas chamariam de mecanismo autorregulatório ou autocorretivo no qual distúrbios ao equilíbrio causam mudanças que agem para restaurar o estado original das coisas. Em vez disso, distúrbios dentro do sistema tendem a causar outros distúrbios que são aptos a resultar num progressivo afastamento do equilíbrio (p. 110-111).

Sykes argumenta que existe um ritmo cíclico da prisão, acentuado por crises, que revela um paradoxo simples: "O sistema gera rebeliões ao tentar impor as regras do sistema. Os esforços dos guardas em garantir um maior grau de controle resultam na destruição daquele controle, ainda que temporário, naquelas insurreições que chamamos de rebeliões" (p. 124). Em outras palavras, os esforços dos guardas em "endurecer" a prisão minam as forças coesivas em atividade na população de presos, e são essas forças que têm um papel crítico de manter estável a sociedade da

[10] A designação utilizada por Sykes não deve ser confundida com o uso atual do predicado; ainda assim, em ambos os contextos, *hipster* refere-se a subculturas e porta um sentido de um grupo de pessoas imitando outros estilos de vida.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

prisão (p. 124). O resultado disso é uma transferência parcial de poder ou controle dos captores aos cativos, mas, sem uma tal transferência, a realização das múltiplas tarefas da prisão se tornaria excessivamente difícil, se não impossível (p. 127).

3.7 UM PÓS-ESCRITO PARA REFORMADORES

A obra se encerra com Sykes evidenciando a complexidade da sociedade dos cativos. De fato, manter homens confinados é uma tarefa difícil. Não apenas porque, seguindo uma ideia geral, alguns homens são engenhosos em inventar formas de escapar. Mas também, e mais importante, porque as muitas funções que os guardas devem executar estão frequentemente em conflito. A ordem interna, a organização do trabalho prisional, a punição e a reabilitação devem ser buscadas dentro de uma estrutura de meios nitidamente limitados. Uma forma de resolver esses inúmeros dilemas é a construção de um vasto corpo de regras e regulações planejadas a ordenar as atividades da população presa nos mínimos detalhes. Mas, a transferência desse controle intricado do papel à realidade é cercada de problemas. Impossibilitados de depender de um senso de dever entre seus prisioneiros (como uma base para obediência), impedidos de usar a força excessiva e sem um estoque adequado de recompensas e punições para oferecer aos cativos, os guardas se encontram envolvidos em uma luta constante para alcançar algo minimamente semelhante ao domínio. E essa burocracia custodial é ainda mais minada pelos laços de amizade que inevitavelmente brotam entre o guarda e seus prisioneiros, "pelas práticas de toma lá e dá cá e da longa familiaridade que serve para moderar um estrito cumprimento das regras" (p. 131). Esse controle traz consigo privações e frustrações, que os prisioneiros enfrentam e contestam. As reações variam, como já mencionado acima, entre uma guerra altamente individualista, na qual o preso busca "mitigar sua própria pindaíba" ao custo de seus companheiros de prisão, e uma aliança dos companheiros cativos, como uma frente unificada contra as autoridades. Sykes conclui que é "a mistura cambiante desses padrões de comportamentos antitéticos e seus valores subjacentes que constitui o sistema social que rotulamos, tão grosseiramente, tão excessivamente simplesmente, de a comunidade prisional" (p. 131).

AGRADECIMENTO

A participação dos autores na conferência *The Society of Captives Today: Celebrating the 60th Anniversary*, organizada pela University of Leicester e pela University of Cambridge, recebeu o apoio institucional e financeiro da Faculdade Estácio Rio Grande do Sul.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. *The new Jim Crow*: mass incarceration in the age of colorblindness. New York: The New Press, 2012.

COHEN, Albert. *Delinquent boys*: the culture of the gang. Glencoe: Free Press, 1955.

MERTON, Robert K. Continuidades na teoria da estrutura social e da anomia. *In*: Idem. *Sociologia*: teoria e estrutura. São Paulo: Mestre Jou, 1970a. p. 235-270.

_____. Estrutura Social e Anomia". Ibidem,1970b.. p. 203-234.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

_____. Social Structure and Anomie. *American Sociological Review*, v. 3, n. 5, p. 672-682, 1938.

SIMON, Jonathan. The 'society of captives' in the era of hyper-incarceration. *Theoretical Criminology*, v. 4, n. 3, p. 285-308, 2000.

SYKES, Gresham M. *The society of captives*: a study of a maximum security prison. Princeton: Princeton University Press, 2007.

_____. The structural-functional perspective on imprisonment. *In*: COHEN, Stanley; BLOMBERG, Thomas G. (ed.) *Punishment and social control*. 2. ed. New Jersey: Transaction Publishers, 2003. p. 357-365.

_____; MATZA, David; FRANÇA, Leandro Ayres; QUEVEDO, Jéssica Veleda. *Técnicas de neutralização*: uma teoria da delinquência. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2018.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

RESENHA DE "ZAFFARONI, E. R. PACHAMAMA Y EL HUMANO. PRÓLOGO DE OSVALDO BAYER Y ILUSTRACIONES DE MIGUEL REP. BUENOS AIRES: EDICIONES MADRES DE LA PLAZA DE MAYO; BUENOS AIRES: EDICIONES COLIHUE, 2013. 160 P."

REVIEW ON "ZAFFARONI, E. R. PACHAMAMA Y EL HUMANO. PRÓLOGO DE OSVALDO BAYER Y ILUSTRACIONES DE MIGUEL REP. BUENOS AIRES: EDICIONES MADRES DE LA PLAZA DE MAYO; BUENOS AIRES: EDICIONES COLIHUE, 2013. 160 P."

Danilo Costa Nunes Andrade Leite

Doutorando em Letras Clássicas (desde 2016, FFLCH/USP). Mestre em Filosofia pela FFLCH/USP (2013). Bacharel em Ciências Sociais pela FFLCH/USP (2008) e em Direito pela PUC-SP (2005).

danilo.leite@usp.br

Recebido em: 14.08.2018
Aprovado em: 05.11.2018
Última versão do(a) autor(a): 28.11.2018

Resumo: resenha da obra *La Pachamama y el humano*, de Eugénio Raúl Zaffaroni, professor e filósofo argentino, publicada em 2013 em Buenos Aires pela Ediciones Madres de la Plaza de Mayo e Colihue, em que se analisam duas importantes mudanças propostas em ambas as constituições, da Bolívia (2009) e do Equador (2008), a respeito do direito à felicidade – *sumak kawsay* e *suma qamaña* – e ao reconhecimento do planeta, da Terra – a *Pachamama* –, como sujeito de direitos. Essas mudanças são inspiradas nas culturas clássicas de ambos os países e indicam um pluralismo político-jurídico em harmonia com conclusões da *deep ecology*.

Palavras-chave: Filosofia do Direito. Bolívia. Equador. Direito à felicidade. Eugénio Raúl Zaffaroni

Abstract: review on 'La Pachamama y el humano' by Eugénio Raúl Zaffaroni, Professor and Philosopher from Argentina, published in 2013 by Ediciones Plaza de Mayo and Colihue, in which two major changes are analyzed in recent Bolivian (2009) and Ecuadorian (2008) constitutions: the right to happiness (*sumak kawsay* and *suma qamaña*) and the acknowledgement of Planet Earth (*Pachamama*) as entitled to rights and protection. These changes were inspired in classical cultures from Latin America and they point towards new political-judicial pluralism in harmony with the deep ecology system of thought.

Keywords: philosophy of right; Bolivia; Ecuador; right to happiness; Zaffaroni

Sumário: 1. Introdução – 2. A análise de Zaffaroni sobre as constituições recentes de Equador e Bolívia; 3. A hipótese Gaia e Pacha Mama. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

"el ser humano es la tierra que camina, la tierra que pisa, la tierra que ama, la tierra que llora, la tierra que venera"

Atahualpa Yupanqui

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

Zaffaroni dispensa apresentações. É um dos principais pensadores e filósofos do Direito latino-americanos da atualidade. A leitura de sua obra ainda é pouco adotada nas disciplinas de Filosofia do Direito nacionais. A bem da verdade, os cursos de Direito brasileiros são marcados pelo hábito castrador de ignorar teóricos de outras faculdades, de outras cidades, Estados federados ou de outros países latino-americanos. Enquanto na formação pluridisciplinar do bacharel em Direito latino-americano promove-se eventualmente a leitura de um Paulo Freire, um Florestan Fernandes, os brasileiros, em geral, mal chegam a Joaquim Nabuco, quando têm essa sorte. É por isso que os latino-americanos não têm dificuldade de dizer ao poder público o que é o Direito – *juris* + *dicção* – e seu resultado integrado, como instância de resolução-mediação de conflitos – *juris* + *prudência* –, pois suas faculdades de Direito nunca deixaram de ser faculdades de ciências sociais.

La Pachamama y el humano é esse exemplo da distância que existe entre os juristas da América Latina e os brasileiros, por se tratar de uma obra que comenta as recentíssimas constituições promulgadas nos Estados do Equador (2008) e Bolívia (2009) de um ponto de vista interdisciplinar, sem bairrismos.[1] Para compreender e interpretar os princípios do *sumak kawsay*, o "bem viver"' em quéchua (Equador), e do *suma qamaña*, o "viver bem" em aimará (Bolívia), Zaffaroni lança mão de toda a bibliografia e referência, não importando a origem e o perfil ideológico, conquanto lhe permita fundamentar o ecologismo em todas as suas formas.

Seria uma tarefa difícil para qualquer um, mas Zaffaroni não é qualquer um. Responsável por uma vasta obra que plasma conhecimento jurídico, sociológico, histórico e antropológico, os quais são condição *sine qua non* para a visão equilibrada do Direito, o autor de quem se trata aqui vai além. Para ser-lhe justo, seu estilo é tão claro, tão bem definido e direto, que vale mais a pena lê-lo diretamente do que ler qualquer resenha a seu respeito. Não há nada a se adicionar ao que ele diz. Quem tiver acesso ao prólogo, de Osvaldo Bayer, e ao epílogo-texto *El Bienvivir: una cosmovisión de los pueblos originarios andino-amazónicos*, de Matias Bailone, também muito bons, verá como é difícil tentar parafraseá-lo de modo simples e correto.

Trata-se quase de um manifesto intelectual, que cobra o reconhecimento às duas visões mais radicais a respeito do significado jurídico-político da vida na Terra. Por um lado, a visão cosmológica nativa sul-americana, a qual foi recentemente impressa no ordenamento jurídico de Equador e Bolívia, e, por outro lado, a Hipótese Gaia. Não sendo propriamente um livro de investigação filosófica nos termos acadêmicos estritos, é trabalho em que o autor assume o papel de ensaísta, outra tradição considerada quase obsoleta no Brasil acadêmico, criando uma trajetória particular para o avanço de seus argumentos.

Uma das características mais interessantes do ensaio como forma é justamente a postura engajada em relação à realidade. Tal atitude demanda foco preciso e honestidade em relação à tese defendida. É compreensível que o tratamento oferecido a Kant e Hegel, dois autores importantes para a constituição do vocabulário e da sintaxe jurídico-políticos modernos no Ocidente, seja pontual. Tratá-los à maneira acadêmica contemporânea subverteria o propósito de seu libelo.

Uma refundamentação política do constitucionalismo a partir da América do Sul teria muito a ganhar com a crítica mais completa à globalização capitalista em sua etapa imperialista. Para isso, Zaffaroni talvez pudesse ter abordado

[1] Deve-se fazer menção à tradução brasileira da obra, com prefácio de Leonardo Boff, publicada pela editora da UFSC em 2017,

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05 06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

outros pensadores engajados no combate à exploração capitalista da natureza como o ecossocialismo de Michael Löwy e o altermundialismo de Milton Santos.

Justiça seja feita, o autor contempla muitas vertentes. Estabelece diálogos inesperados entre cosmologias ameríndias e científicas pós-modernas, portanto, sem privilegiar a tradição europeia sobre a dos povos originários do nosso continente. Consegue avaliar o que há de inovador e o que há de legado na noção de *sumak kawsay* e *suma qamaña* pela análise da história da filosofia do Direito até nossos dias. Desse modo, não lê as noções aimará e quéchua pela chave do exótico, do tradicional, do bárbaro, do inferior; ele os retraduz de modo teórico, como cume axiológico do arcabouço político-social de ambos os países, ao reconhecer o planeta Terra enquanto Pacha Mama nutriz, como ente e titular de direitos.

2. A ANÁLISE DE ZAFFARONI SOBRE AS CONSTITUIÇÕES RECENTES DE EQUADOR E BOLÍVIA

Diz o texto da Constituição do Equador desde seu Preâmbulo:

> NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador, RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, ... [d]ecidimos construir [u]na nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana – sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra.

Em completa consonância, veja-se a bela declaração da Constituição da Bolívia, já em suas palavras iniciais, dando centralidade à natureza:

> En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdores y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia... Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país. Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama.

Ambos os países reconhecem seus povos originários como fonte primordial para o conceito de felicidade. É dignidade e distinção que nenhum povo originário brasileiro recebeu ainda.[2] Um ordenamento jurídico que inclua a natureza como titular de direitos é algo no mínimo surpreendente. O Equador, dentre os dois, é o mais radical nesse quesito:

[2] Por exemplo, após o caput do art. 2º, se lê: "*El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso.*" A Constituição da Bolívia também estampa dispositivo parecido em seu art. 2º: "*Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.*" Depois o art. 5º, I, enumera esses idiomas: "*Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó,*

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

> **Art. 1.-** El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico... La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

No país com sede em Quito, um capítulo inicial inteiro dessa Constituição é dedicado aos direitos do sumak kawsay – bem viver (arts. 12 a 34):

> **Art. 14.-** Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

A Bolívia estampa, por sua vez, os conceitos originários de felicidade e boa vida, como propósito de Estado:

> **Artículo 8.**
>
> **I.** El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).
>
> **II.** El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

E aqui, provavelmente, o lance mais ousado e corajoso da história dos ordenamentos jurídicos latino-americanos, exprimindo capacidade de reflexão e autocompreensão das noções de felicidade e da vida em si:[3]

> **Art. 71.-** La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Zaffaroni, como pensador aberto e ligado ao nosso continente, pretende oferecer um comentário filosófico dessa mudança promovida por Equador e Bolívia. Passando pela relação ambivalente entre o humano e o não humano, Zaffaroni exibe a paulatina expansão do mapeamento moderno da realidade; primeiro, a ruptura cartesiana que

tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco." Menção deve ser feita ao art. 32, estendendo ao povo "afroboliviano" as mesmas proteções dadas aos "*povos originários campesinos*".

[3] A Constituição da Bolívia não chega ao mesmo tipo de declaração, restringindo a proteção à Pachamama à proteção dos direitos (humanos) a um meio ambiente saudável, conforme a leitura do art. 33 e 34.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

exclui os bichos do mundo do espírito, tornando-os autômatos; em continuidade com essa ruptura seguiu-se o reconhecimento da dignidade do homem europeu, o que excluía certas classes humanas, como crianças, mulheres, não europeus em geral e, obviamente, animais. O século XVIII seria o primeiro ponto de virada, no bojo do pensamento iluminista francês e na filosofia transcendental de Kant.

Um terceiro momento, de criminalização dos maus-tratos aos animais, já no século XIX, consiste em nova expansão no mapeamento político-criminal da realidade. Segundo o autor, haveria quatro maneiras de se interpretar a penalização da conduta de maus-tratos a animais (p. 45-63): tornando-a uma infração administrativa, o que seria apenas uma resposta preguiçosa dos penalistas, que empurrariam o problema; tornando-a uma suspeita de que o sujeito poderia lesionar outros bens tuteláveis; tornando-a uma lesão ao meio ambiente em geral, o que abriria um precedente complicado em relação ao que seria lesão ao meio ambiente.

Por último, Zaffaroni explicita o verdadeiro problema sob a seguinte questão: os animais são ou não titulares de direito? De maneira corajosa, se declara favorável à tese de que são titulares de direitos:

> El argumento de que no es admisible el reconocimiento de derechos porque no puede exigirlos (ejercer las acciones, hacerse oír judicialmente) no se sostiene, porque son muchos los humanos que carecen de capacidad de lenguaje (oligofrénicos profundos, fetos) o que nunca la tendrán (descebrados, dementes en los últimos estadios) y, sin embargo, a nadie se le ocurre negarles este carácter, so pena de caer en la tesis genocida de las vidas sin valor vital de una de las cúspides del pensamiento penal (p. 55).5

A partir desse ponto de inflexão do problema, opõem-se basicamente as teses animalistas – que reconhece direitos a homens e animais – às teses de extração kantiana, afirmando que qualquer lesão contra os animais remete direta e indiretamente à lesão de direito de algum ser humano.

3. A HIPÓTESE GAIA E A PACHA MAMA

A oposição parece se aprofundar com a entrada do ecologismo em cena, analisado a partir da página 63, quando o problema formulado acima é refeito: o meio ambiente e todos os seus elementos –são ou não titulares de direito? Chamada tanto de "ecologismo jurídico" quanto de "ecologia ambientalista", trata-se de uma posição que reconhece o meio ambiente como um bem jurídico tutelável, cuja titularidade seria do ser humano; ao passo que a *deep ecology*, a ecologia profunda, defendida por cientistas sobretudo, veria o meio ambiente, ele mesmo, como titular de direitos. Esse é o caso do pesquisador inglês James Lovelock, que elaborou a hipótese Gaia, segundo a qual "*el planeta es un ente viviente, no en el sentido de un organismo o un animal, sino en el de un sistema que se autorregula*" (p. 79).

A hipótese Gaia se baseia no avanço do conhecimento biológico e afins, para expor a vitória, no longo prazo, das dinâmicas de interação de cooperação – simbiose, parasitismo etc. – sobre as dinâmicas de competição, para a manutenção e renovação do equilíbrio dos sistemas formados pelos seres vivos. Não somos algo externo à Gaia, nem seus hóspedes (p. 82).

Nós somos Gaia. Nesse ponto, Zaffaroni realiza uma síntese, ao colocar face a face a noção de Pacha Mama, comum a outras etnias-línguas-culturas originárias da América do Sul, e a hipótese Gaia; frente a frente, no quesito específico da codependência dos seres vivos e da superioridade das dinâmicas de cooperação para a manutenção do planeta,

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

nenhum pensador, filósofo ou jurista ocidental oferecerá uma noção tão sólida e inspirada quanto a dos aimará e os quéchua: Pacha Mama; "*[l]a ética derivada de Gaia no excluye la satisfacción de necesidade vitales, pues la vida es un continuo en que todos sobrevivimos, pero excluye la crueldad por simple comodidad y el abuso superfluo e innecesario*". (p. 85)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, deve-se registrar a consciência que o autor demonstra em relação às potenciais críticas, que não recusa e enfrenta. Graças ao seu estudo engajado do constitucionalismo emergente em nosso subcontinente, todos os sul-americanos, bem como todos aqueles que estejam preparados a estudar e aprender com os povos originários, podem conhecê-lo. E, sem dúvida, trata-se de uma lição a ser aprendida pelo Brasil e pelos brasileiros, pela coragem e capacidade de reconhecer e proteger pluralidade, interculturalidade e plurinacionalismo, línguas e religiosidades, originárias ou não.

A atitude de Zaffaroni em relação às constituições de Equador e Bolívia é louvável, pois busca conceder-lhes criticamente todo o significado histórico e propositivo que representam. São dois marcos, que felizmente encontraram um intelectual à altura de interpretá-los. Nem toda Magna Carta terá um devir esplendoroso a menos que seja levada a sério.

Uma última menção deve ser feita às simpáticas ilustrações de Miguel Rep, repetindo a colaboração feita também para o ótimo *Cuestión Criminal*, numa combinação que torna o texto ainda mais leve e direto. Miguel Rep é um famoso desenhista e quadrinista argentino, responsável por ilustrações de diversos livros. Rep oferece nesta edição da obra – atentem para a editora –um contraponto bem-humorado à exposição do professor.

Post scriptum: É muito simbólico que somente haja versões do verbete *Constitución de Bolívia* na Wikipedia em castelhano, catalão, francês, inglês e georgiano, mas não em português; o verbete *Constitución de la República del Ecuador de 2008*, por sua vez, está traduzido para o inglês e o bielorrusso, mas não para o português.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. O ensaio como forma. In: *Notas de Literatura I*. Tradução Jorge de Almeida. São Paulo: Editora 34, 2003 p. 15-45.

BOLIVIA. ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE BOLIVIA. *Nueva Constitucion Politica del Estado.* 2009. Disponível em: http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=469. Acesso em: 23 jun. 2018.

ECUADOR. ASAMBLEA CONSTITUYENTE. *Constitucion de la República del Ecuador.* Ciudad Alfaro, 2008. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf> Acesso em: 23 jun. 2018.

KOVEL, Joel; LÖWY, Michael. *An ecosocialist manifesto*. Paris: 2001. Disponível em: <http://green.left.sweb.cz/frame/Manifesto.html>. Acesso em: 7 nov. 2018.

SUMÁRIO
EXPEDIENTE
APRESENTAÇÃO
ENTREVISTA
PARECER
DIREITOS HUMANOS
01 02 03 04
ESCOLAS PENAIS
CRIME E SOCIEDADE
01 02 03 04 05
06 07 08 09
CONTOS
01 02
RESENHAS
01 02

SCHAVELZON, S. *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolívia.* Buenos Aires: CLACSO; La Paz: Plural, 2012. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/coediciones/20130214112018/ElnacimientodelEstadoPlurinacional.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2018.

ZAFFARONI, E. R. *Pachamama y el humano.* Prólogo de Osvaldo Bayer y ilustraciones de Miguel Rep. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo; Buenos Aires: Ediciones Colihue, 2013.

_____. *A Pachamama e o ser humano*. Prefácio de Leonardo Boff e prólogo de Osvaldo Bayer. Florianópolis: Editora da UFSC, 2017.

IBCCRIM