Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 27 • vol. 162 • dez. / 2019

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 27 • vol. 162 • dez. / 2019

Presidência
Eleonora Rangel Nacif

Coordenação
Leandro Ayres França

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editor-chefe – Leandro Ayres França

Editores-assistentes – Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, Beatriz Corrêa Camargo, Daniel Leonhardt, Guilherme Ceolin, Gustavo Noronha de Ávila, Italo Rabello, José de Assis Santiago Neto, Laura Gigante Albuquerque e Renata Almeida da Costa.

Editores-executivos – Rafael Vieira, Taynara Lira e Willians Meneses

CONSELHO EDITORIAL
Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália) – Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia) – Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal) – Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha) – Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha) – Antonio Garcia-Pablos de Molina (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP) – Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP) – Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha) – Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha) – Carlos Gonzales Zorrilla (Universitat Autònoma de Barcelona – Espanha) – Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha) – Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal) – Cornelius Prittwitz (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha) – David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália) – Esther Gímenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull - ESADE – Espanha) – Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá) – Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha) – Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Iasevoli Clelia (Universita' Degli Studi di Napoli – Itália) – Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha) – Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha) – Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile) – Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha) – João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal) – Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal) – José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha) – José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal) – Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina) – Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR) – Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha) – Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha) – Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR) – Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal) – Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal) – Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia) – Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) – Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP) – Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha) – Nila Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS) – Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal) – Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile) – Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai) – Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR) – Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona – Espanha) – Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália) – Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha) – Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME)
Adriano Antunes Damasceno (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Aline Pires de Souza Machado de Castilhos (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - Porto Alegre/RS) – Ariel Koch Gomes (UniRitter – Porto Alegre/RS) – Bruno Shimizu (DPESP – São Paulo/SP) – Carlo Velho Mais (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Carlos Eduardo Millen Grosso (UFSC – Florianópolis/

SC) – Daiene Kelly Garcia (Faculdade de Direito de Franca - Franca/SP) – Décio Franco David (FAE Centro Universitário – Curitiba) – Denise Hammerschmidt (UENP - Jacarezinho/PR) – Diogo Valério Felix (Centro Universitário de Maringá - UNICESUMAR – Maringá/PR) – Ellen Cristina Carmo Rodrigues (UFJF - Juiz de Fora/MG) – Emília Klein Malacarne (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon (PUCRS - Porto Alegre/RS) – Felipe da Veiga Dias (UNISC – Santa Cruz do Sul/RS) – Flávio Bortolozzi Junior (Universidade Positivo – Curitiba/PR) – Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo - Passo Fundo/RS) – Humberto Soares de Souza Santos (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Indaiá Lima Mota (UFBA – Salvador/BA) – João Daniel Rassi (USP – São Paulo/SP) – Klelia Canabrava Aleixo (PUCMG – Belo Horizonte/MG) – Larissa Urruth Pereira (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Leonardo Costa de Paula (UFPR – Curitiba/PR) – Lucas Minorelli (PUCRS - Porto Alegre/RS) – Luciano Goes (Universidade de Brasília – Brasília/DF) – Luiz Fernando Kazmierczak (UENP – Curitiba/Paraná) – Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (UNIJUÍ – Ijuí/RS) – Manuela Abath Valença (UFPE/ UNICAP – Recife/PE) – Marcelo Buttelli Ramos (PUCRS - Porto Alegre/RS) – Matheus Felipe de Castro (UFSC – Florianópolis/SC) – Moyses Pinto Neto (ULBRA- Porto Alegre/RS) – Neemias Moretti Prudente (Instituto Paranaense de Ensino – Curitiba/PR) – Pâmela Copetti Ghisleni (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Ijuí/RS) – Patrícia Carraro Rossetto (Universidad de Málaga – Espanha) – Patrícia de Paula Queiroz Bonato (Faculdade de Educação São Luís de Jaboticabal – Jaboticabal/SP) – Patricia Manente Melhem (Faculdade Campo Real - Guarapuava/PR) – Pedro Paulo Gastalho de Bicalho (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Priscila Akemi Beltrame (Faculdades Integradas Campos Salles - São Paulo/SP) – Raffaella Pallamolla (Universidade LaSalle - Canoas/RS) – Raphael Boldt de Carvalho (FDV - Vitória/ES) – Renata Caroline Pereira Reis Mendes (Instituto Florence de Ensino Superior - São Luís/MA) – Rodrigo Duque Estrada Roig Soares (DPGERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Thiago Allisson Cardoso de Jesus (Universidade Estadual do Maranhão – São Luiz/MA) – Tiago Joffily (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Vanessa Chiari Golçalves (UFRS – Porto Alegre/RS) – Wagner Marteleto Filho (Faculdade de Direito Universidade de Lisboa – Portugal) – Yuri Felix (IBCCRIM – São Paulo/SP)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

André Folloni (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba/PR) – Bernard E. Harcourt (Columbia Law School – EUA) – Bruno Amaral Machado (Uniceub – Brasília/DF) – Bruno Silveira Rigon (PUCRS – Porto Alegre) – Cássio Becacici Esteves Vianna (Faculdade de Direito de Vitória – Vitória/ES) – Chiavelli Facenda Falavigno (Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC) – Cristina Zackseski (UnB – Brasília/DF) – Darcy Ramos da Silva Neto (USP – São Paulo/SP) – Felipe Martins Pinto (Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG) – Fernanda Prates (FGV – Rio de Janeiro/RJ) – Flúvio Cardinelle Oliveira Garcia (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba/PR) – Isabela Cristina Alves de Araújo (Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG) – Júlio Cesar de Oliveira Vellozo (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP) – Luana Hordones Chaves (Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG) – Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro (Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG) – Maiara Alves Silva (UFBA – Salvador/BA) – Maria Gorete Marques de Jesus (USP – São Paulo/SP) – Martin Böse (Bonn University – Alemanha) – Nelson Camatta Moreira (Faculdade de Direito de Vitória – Vitória/ES) – Paula Brener (Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG) – Sibele Vasconcelos de Oliveira (UFSM – Santa Maria/RS) – Silvio Luiz de Almeida (Universidade Presbiteriana Mackenzie (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP) – Tagore Trajano de Almeida Silva (UFBA – Salvador/BA) – Thiago Bottino (FGV – Rio de Janeiro/RJ)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 27 • vol. 162 • dez. / 2019

Coordenação (editor-chefe)
Leandro Ayres França

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN.1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 27 • vol. 162 • dez. / 2019

Presidência
Eleonora Rangel Nacif

Coordenação (editor-chefe)
Leandro Ayres França

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.



© edição e distribuição da
Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda.

Diretora Editorial
Juliana Mayumi Ono

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

Central de Relacionamento Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor:
sacrt@thomsonreuters.com

e-mail para submissão dos originais:
aval.artigo@thomsonreuters.com

Conheça mais sobre Thomson Reuters:
www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso *eComm*
www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [12-2019]
Profissional
Fechamento desta edição:[23.10.2019]



IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2019/2020

Diretoria Executiva

PRESIDENTA
Eleonora Rangel Nacif
1º VICE-PRESIDENTE
Bruno Shimizu
2º VICE-PRESIDENTE
Helios Alejandro Nogués Moyano
1º SECRETÁRIA
Andrea D'Angelo
2º SECRETÁRIO
Luís Carlos Valois
1º TESOUREIRO
Gabriel Queiroz
2º TESOUREIRO
Yuri Felix
DIRETOR NACIONAL DAS COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS
Carla Silene Gomes
ASSESSORA DA PRESIDÊNCIA
Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

MEMBROS
Cristiano Maronna
Sérgio Salomão Shecaira
Alvino Augusto de Sá
Ela Wiecko
Geraldo Prado
OUVIDORA
Fabiana Zanatta Viana

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

AÇÕES ANTIDISCRIMINATÓRIAS
Thayná Yaredy
AMICUS CURIAE
Maurício Stegmann Dieter
ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO CONTROLADO
Roberto Portugal de 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
CURSOS IBCCRIM - COIMBRA
Claudia Barrilari
DIREITO PENAL ECONÔMICO E COMPLIANCE
Priscila Beltrame
ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS
Carolina Costa Ferreira
ESTUDOS SOBRE HABEAS CORPUS
Alberto Zacharias Toron
INFÂNCIA E JUVENTUDE
Mariana Chies Santiago Santos
INICIAÇÃO CIENTÍFICA
André Lozano
JORNAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Maria Carolina Amorim
JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA
Dina Alves
MESAS DE ESTUDOS E DEBATES
Renato Watanabe
MONOGRAFIAS
Eduardo Saad Diniz
NÚCLEO DE PESQUISAS
Riccardo Cappi
POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS
Luciana Boiteux
RELAÇÕES INTERNACIONAIS
Silvio Luiz de Almeida

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Leandro Ayres França
REVISTA LIBERDADES
Paula Mamede
SISTEMA PRISIONAL
Patrick Lemos Cacicedo

22º CONCURSO DE MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM
Eduardo Saad Diniz
25º SEMINÁRIO INTERNACIONAL
Yuri Felix

Grupo de Estudos

GRUPO DE ESTUDOS SOBRE CIÊNCIAS CRIMINAIS E DIREITOS HUMANOS
Milene Cristina Santos

GRUPO DE ESTUDOS SOBRE ESCOLAS PENAIS
Alice Quintela

Equipe do IBCCRIM

SUPERVISÃO GERAL
Paulo Cesar Malvezzi Filho

EQUIPE
Fernanda M. Barbosa Euflauzino

Núcleo Administrativo

SUPERVISÃO
Fernanda Barreto

EQUIPE
Alexandre Soledade de Oliveira
Eliane Yanikian
Nadir Fernandes Almeida Silva
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
Andreia da Silva Rocha
Hegle Borges da Silva
Tânia Andrade

Núcleo de Publicações

SUPERVISÃO
Willians Meneses

EQUIPE
Rafael Vieira

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

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 27 • vol. 162 • dez. / 2019

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Gerente de Conteúdo
Milisa Cristine Romera

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiárias: Alan H. S. Moreira e Bárbara Baraldi Sabino

Produção Editorial
Coordenação
Andréia R. Schneider Nunes Carvalhaes

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Rafael Ribeiro e Thaís Pereira

Estagiárias: Tainá Luz Carvalho e Victória Menezes Pereira

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação de Capa: Linotec

Controle de Qualidade da Diagramação: Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

Analistas: Jonatan Souza, Luciano Guimarães, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica
Mauricio Alves Monte

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Sumário

Direito Penal

The transnational dimension of the *ne bis in idem* principle and the notion of *res iudicata* in the European Union

A dimensão transnacional do princípio ne bis in idem *e a noção de coisa julgada na União Europeia*

Martin Böse 19

Crimes contra a fauna no Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012) e a ampliação da tutela jurídica dos animais

Crimes against the fauna in the draft of the new Criminal Code and the enlargement of the legal protection of animals

Tagore Trajano de Almeida Silva e Maiara Alves Silva 45

Processo Penal

Testemunho policial como prova no processo penal brasileiro: uma análise crítica da presunção de veracidade das narrativas policiais nos processos de tráfico de drogas

Police testimony as proof in the Brazilian criminal process: a critical analysis of presumption of truth from police narratives in drug traffic processes

Bruno Silveira Rigon e Maria Gorete Marques de Jesus 85

El examen de racionalidad en la legislación penal brasileña: un análisis de la Ley 11343 de 2006

The rationality test in Brazilian criminal law: an analysis of Law 11343/2006

Chiavelli Facenda Falavigno 121

Megaprocessos e o exercício do direito de defesa: uma abordagem empírica

Mega-trials and the criminal defense: an empirical study

Fernanda Prates e Thiago Bottino 145

A legitimação pelo contraditório no processo penal: para além de um silogismo dialético

Legal legitimacy and the contradictory principle in criminal procedure: beyond a dialectical syllogism

Paula Brener e Felipe Martins Pinto 171

Crime e Sociedade

Globalização e corrupção em uma sociedade complexa

Globalization and corruption in a complexity society

André Folloni e Flúvio Cardinelle Oliveira Garcia..... 219

A penalidade neoliberal: uma breve genealogia

Neoliberal penality: a brief genealogy

Bernard E. Harcourt
Traduzido por Augusto Jobim do Amaral, Henrique Mioranza Koppe Pereira e Jádia Larissa Timm dos Santos..... 257

Cinema e criminologia: interseções teóricas e críticas

Movies and criminology: theoretical and critical intersections

Bruno Amaral Machado e Cristina Zackseski..... 287

Evidências empíricas acerca do sistema carcerário brasileiro e suas relações com os gastos públicos

Empirical evidence about the Brazilian prison system and its relationship with public expenditure

Darcy Ramos da Silva Neto e Sibele Vasconcelos de Oliveira..... 319

"No cadeião não tem nada disso não": a percepção da saúde pelas internas do Centro de Referência à Gestante Privada de Liberdade

"In prison it is not like this": the perception of health by internals of Centre of Reference to the Pregnant Deprived of Freedom

Isabela Cristina Alves de Araújo, Luana Hordones Chaves e Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro..... 345

Constitucionalismo moderno, codificação e reprodução do capital

Modern constitutionalism, codification and the capitalist accumulation

Júlio Cesar de Oliveira Vellozo e Silvio Luiz de Almeida 383

Violência, segregação e cidadania: etiopatogênese de uma democracia disjuntiva no Brasil

Violence, segregation and citizenship: ethiopathogenesis of a disjunctive democracy in Brazil

Nelson Camatta Moreira e Cássio Becacici Esteves Vianna 409

Índice Alfabético-remissivo

Autores..... 437

Temas..... 441

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais..... 445

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais..... 455

Condições para Submissão (*Check List*)..... 459

The transnational dimension of the *ne bis in idem* principle and the notion of *res iudicata* in the European Union

A dimensão transnacional do princípio ne bis in idem *e a noção de coisa julgada na União Europeia*

Martin Böse

Chair in Criminal Law and Criminal Procedural Law, International and European Criminal Law, Bonn University.
boese@jura.uni-bonn.de

Autor convidado

Áreas do Direito: Penal; Internacional

Abstract: This article examines the criteria for a final decision in criminal proceedings that trigger the transnational effect of *res iudicata*. In that respect, it concludes that the evolution of the *ne bis in idem* principle and its legal foundations from an international treaty to a fundamental right in the European Union has favoured an extensive understanding of *res iudicata* in a transnational context. As the most recent judgment of the Court of Justice of the European Union has applied a stricter interpretation of the *ne bis in idem* principle, the notion of *res iudicata* shall be elaborated in the light of the rationale of the *ne bis in idem* principle and its transnational dimension.

Keywords: *Res iudicata* – *Ne bis in idem* principle – European Union criminal law – Convention Implementing the Schengen Agreement – Criminal proceedings.

Resumo: Este artigo examina os critérios de uma decisão final no processo penal que desencadeie o efeito transnacional da coisa julgada (*res iudicata*). A esse respeito, conclui que a evolução do princípio *ne bis in idem* e seus fundamentos jurídicos, que saiu de um tratado internacional para se tornar um direito fundamental na União Europeia, favoreceu uma compreensão extensiva da coisa julgada num contexto transnacional. Dado que o mais recente acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia aplicou uma interpretação mais restrita do princípio *ne bis in idem*, o conceito de coisa julgada será elaborado à luz da lógica do princípio *ne bis in idem* e de sua dimensão transnacional.

Palavras-chave: Coisa julgada – Princípio *ne bis in idem* – Direito Penal da União Europeia – Convenção de Aplicação do Acordo Schengen – Processo penal.

Böse, Martin. The transnational dimension of the *ne bis in idem* principle and the notion of *res iudicata* in the European Union. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 162. ano 27. p. 19-44. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2019.

Sumário: 1. Introduction. 2. The *ne bis in idem* principle and the requirement of a final judgment (decision). 2.1. The origins of art 54 CISA in international treaty law. 2.2. The transformation of art 54 CISA into EU law. 3. *Res iudicata* and the determination as to the merits of the case. 3.1. The *ne bis in idem* principle as a fundamental right. 3.2. The *ne bis in idem* principle and effective transnational law enforcement. Conclusion.

1. Introduction

When[1*] I first met *Wolfgang Schomburg* he was chairman of the Law Examination Board in front of which I completed my second state examination. Despite its formal purpose, the preliminary meeting before the final oral exam took place in a nice and friendly atmosphere. I remember that we touched upon recent developments in European criminal law and *Wolfgang Schomburg* mentioned a case pending before the German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*) where, for the first time, the Court had to rule on art 54 of the Convention Implementing the Schengen Agreement (CISA).[2] Nearly twenty years later, we met again at a conference on the *ne bis in idem* principle where he gave the opening Keynote Address[3]. Inspired by these personal encounters with *Wolfgang Schomburg* and by the fact that, as a reknown expert in the area of international cooperation in criminal matters, he actively took part in the discussion on the interpretation of art 54 CISA right from the beginning[4], my contribution to his Festschrift will address the transnational dimension of the *ne bis in idem* principle.

The *ne bis in idem* principle protects the accused from double punishment, or more precisely: from double prosecution. According to the traditional understanding, this protection is limited to the criminal justice system in which the final decision (conviction or acquittal) was rendered (ie the sentencing state).

1. Chair in Criminal Law and Criminal Procedural Law, International and European Criminal Law, Bonn University. – The author would like to thank André Klip, and Anne Schneider for comments on an earlier draft. All remaining errors are the author's.
2. BGH Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1998, 149.
3. Wolfgang Schomburg, 'Ne bis in idem. Vom Auslieferungshindernis zum internationalen strafrechtlichen Doppelverfolgungsverbot als EU-Grundrecht. Eine Einführung anhand von Texten' in: Gudrun Hochmayr (ed), *„Ne bis in idem" in Europa* (Nomos 2015) 9 ff.
4. Wolfgang Schomburg, 'Strafrecht und Rechtshilfe im Geltungsbereich von Schengen II' [1995] 48 Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1931, 1933; Wolfgang Schomburg, 'Internationales "ne bis in idem" nach Art. 54 SDÜ', [1997] 17 Strafverteidiger 383 ff.

Böse, Martin. The transnational dimension of the *ne bis in idem* principle and the notion of *res iudicata* in the European Union. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 162. ano 27. p. 19-44. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2019.

Art 54 CISA takes the *ne bis in idem* principle a step further, stating that a person whose trial has been finally disposed of in one Contracting Party may not be prosecuted in another Contracting Party for the same acts. Barring proceedings in a state other than the sentencing state, art 54 CISA has provided the *ne bis in idem* principle with a transnational effect. The protection from double criminal prosecution throughout the Schengen area crucially depends upon whether criminal proceedings in the first state have resulted in a "final" decision. This article shall examine the criteria for a final decision in criminal proceedings that trigger the transnational effect of *res iudicata*. In that respect, the evolution of the *ne bis in idem* principle and its legal foundations from an international treaty to a fundamental right in the European Union has favoured an extensive understanding of *res iudicata* in a transnational context. As the most recent judgment of the Court of Justice of the European Union has applied a stricter interpretation of the *ne bis in idem* principle, the notion of *res iudicata* shall be elaborated in the light of the rationale of the *ne bis in idem* principle and its transnational dimension.

2. The *ne bis in idem* principle and the requirement of a final judgment (decision)

2.1. The origins of art 54 CISA in international treaty law

Art 54 CISA was not designed from scratch, but has originated from previous international treaties.[5] The transnational dimension of the *ne bis in idem* principle was firstly recognized in art 9 of the European Convention on Extradition (1957).[6] According to that provision, extradition shall not be granted if a court of the requested state has passed final judgment upon the person in respect of the offence for which extradition is requested (art 9 cl 1). If the competent authorities have terminated proceedings in respect of the same offence by a decision other than a judgment, the requested state "may" refuse extradition (art 9 cl 2). So, the mandatory extradition obstacle requires a "final judgment", ie a decision having the authority of *res iudicata* in the requested state whereas a decision merely terminating criminal proceedings because there are no grounds for prosecution (e.g. an *ordonnance de non-lieu*) is only considered an optional ground for

5. Wolfgang Schomburg, 'Internationales "ne bis in idem" nach Art 54 SDÜ' (n 1) 383; John Vervaele 'Ne bis in idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?' [2013] 9 (4) Utrecht Law Review 211, 213 ff.

6. European Convention on Extradition of 13 December 1957 (ETS No. 24).

refusal.[7] Furthermore, even if a "final judgment" was rendered in the requested state, the protection of the convicted or acquitted person is limited to extradition proceedings: art 9 of the European Convention on Extradition does not bar criminal proceedings in another state when the sentenced person has been arrested in that state and there is no need for an extradition request.[8]

The apparent *lacuna* in the protection from double prosecution has been addressed by subsequent treaties containing self-standing provisions on the *ne bis in idem* principle. In 1970, the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments[9] provided this principle with a transnational effect by stating that "a person in respect of whom a European criminal judgment has been rendered may for the same act neither be prosecuted nor sentenced nor subjected to enforcement of a sanction in another Contracting State" (art 53(1) of the Convention). The term "European criminal judgment" is defined as any "final decision delivered by a criminal court of a Contracting State as a result of criminal proceedings" (art 1(a) of the Convention), irrespective of whether the accused person is convicted or acquitted (art 53(1)(a),(b),(c) of the Convention). As follows from the distinct rules on judgments rendered *in absentia* and penal orders (*ordonnances pénales*) the protection by the *ne bis in idem* principle is not triggered by decisions adopted by a criminal court without a hearing of the accused person and solely on the basis of the file (see art 1(g) and art 21 of the Convention).[10] This applies all the more to penal orders issued by the public prosecutor's office.[11]

Since the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments was ratified by a few states only[12], the Member States of the European Communities drafted a new treaty, namely the Convention on Double Jeopardy

7. Explanatory Report to the European Convention on Extradition 8, 9.
8. John Vervaele (n 4) 217.
9. European Convention on the International Validity of Criminal Judgments of 28 May 1970 (ETS No. 70)
10. Explanatory Report to the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments (n 8) 12, 14, 32.
11. Ibid 32. See e.g. Swiss Code of Criminal Procedure (*Strafprozessordnung*), art 352 (*Strafbefehl*). A list of *ordonnances pénales* is provided in Appendix III of the Convention on the International Validity of Criminal Judgments (n 8).
12. In 1985, only six states had ratified the Convention (Austria, Cyprus, Denmark, Norway, Sweden and Turkey); in the meantime the Convention has been ratified and entered into force in 23 states.

(1987).[13] Art 1 of the Convention shaped the *ne bis in idem* principle in wording almost identical to art 54 CISA (1990).[14] Since the Convention on Double Jeopardy was based upon the rules on the *ne bis in idem* principle in the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments, the *ne bis in idem* principle was considered inapplicable to decisions of the public prosecutor's office to discontinue criminal proceedings once the accused had fulfilled certain obligations (e.g. payment of a certain amount of money).[15]

The origins of art 54 CISA in international treaties and the underlying concept of final judgments resulting from a full trial formed the interpretation of the term "finally disposed of" in art 54 CISA. In the explanatory memorandum to art 54 CISA, the German government took the view that this term only applied to "foreign judgments" ("*ausländische Urteile*").[16] Accordingly, the German *Bundesgerichtshof* favoured an interpretation of art 54 CISA that covered court decisions only, but did not apply to out-of-court settlements such as an agreement between the Belgian customs authorities and the accused person whereby criminal proceedings were discontinued after the accused had paid the evaded customs and a financial penalty (*transactie*)[17-18]. In another case, the *Bundesgerichtshof* held that the *ordonnance de non-lieu*[19] did not meet the requirements set out in art 54 CISA because it did not have the effect of *res iudicata* in the sentencing state (France), but allowed for the proceedings to be continued if new facts or evidence were provided.[20] In the eyes of the court, art 54 CISA required a final decision on the merits of the case, ie a conviction or acquittal.[21]

13. Convention between the Member States of the European Communities on Double Jeopardy of 25 May 1987 (*Übereinkommen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften über das Verbot der doppelten Strafverfolgung)*, BGBl 1998 II 2227.
14. Explanatory memorandum of the German government to the Convention on Double Jeopardy (n 12), Bundestags-Drucksache 13/8195 (10 July 1997) 9; Michael Grotz, 'Das Schengener Durchführungsübereinkommen und der Grundsatz Ne bis in idem', [1995] 1 Strafverteidiger Forum 102.
15. Explanatory memorandum of the German government to the Convention Implementing the Schengen Agreement, Bundestags-Drucksache 12/2453, 9, 10.
16. Ibid 91, 93.
17. Belgian Code of Criminal Procedure (*Code d'Instruction Criminelle*) 1808, art 216bis.
18. BGH NStZ 1998, 149, 151-152; NJW 1999, 1270, 1271; see also Christine van den Wijngaert [1998] 18 NStZ 152-153 (note).
19. French Code of Criminal Procedure (*Code de procédure pénale*) 1957, art 212.
20. BGHSt 45, 123, 127-128.
21. BGHSt 45, 123, 128; see also Michael Grotz (n 13) 102.

2.2. The transformation of art 54 CISA into EU law

By the Treaty of Amsterdam, the Schengen acquis was integrated into the legal framework of the European Union.[22] Thereby, art 54 CISA became part of secondary EU law[23] and subject to the jurisdiction of the Court of Justice of the European Union (ex-art 35 TEU). In the first case on the interpretation of art 54 CISA, the Court of Justice had to deal with out-of-court settlements, namely the decision of the public prosecutor's office to discontinue proceedings once the accused had paid a certain amount of money (*Einstellung unter Auflagen*[24], *transactie*[25]). In its preliminary ruling, the Court went far beyond the traditional interpretation of the *ne bis in idem* principle in international treaties (*supra* 2.1) and held that the term "finally disposed of" did not require a court decision but applied to any decision of the public prosecutor's office whereby criminal proceedings were discontinued and further prosecution was barred.[26] So, the reasoning of the court was based on the effect of the relevant decisions under national law: Once the accused had paid the amount of money determined by the prosecutor, he enjoyed protection from further prosecution.[27] The Court argued that restricting the scope of application to court decisions (judgments) would result in an interpretation of the *ne bis in idem* principle that would benefit perpetrators of serious crimes only, but not defendants having committed minor offences who were prosecuted in the framework of simplified procedures.[28] Placing a criminal judgment (conviction or acquittal) and the aforementioned

22. Protocol integrating the Schengen acquis into the framework of the European Union [1997] OJ C 340/93.
23. Council Decision 1999/435/EC of 20 May 1999 concerning the definition of the Schengen acquis for the purpose of determining, in conformity with the relevant provisions of the Treaty establishing the European Community and the Treaty on European Union, the legal basis for each of the provisions or decisions which constitute the acquis OJ L 176/1; Council Decision 1999/436/EC of 20 May 1999 determining, in conformity with the relevant provisions of the Treaty establishing the European Community and the Treaty on European Union, the legal basis for each of the provisions or decisions which constitute the Schengen acquis OJ L 176/17, 21.
24. German Code of Criminal Procedure (*Strafprozessordnung*) 1987, s 153a.
25. Dutch Criminal Code (*wetboek van strafrecht*) 1881, art 74.
26. Joined Cases C-187/01 and C-385/01 *Gözütok and Brügge* [2003] ECR I-1345 para 48.
27. German Code of Criminal Procedure (*Strafprozessordnung*) 1987, s 153a(1)5; Dutch Criminal Code (*wetboek van strafrecht*) 1881, art 74(1)2.
28. Joined Cases C-187/01 and C-385/01 *Gözütok and Brügge* [2003] ECR I-1345 para 40.

decisions of the public prosecutor's office on the same footing, the Court did not pay attention to the fact that the latter do not have full effect of *res iudicata* as national law allows criminal proceedings to be continued if certain conditions are met, e.g. new facts reveal that the accused did not commit a misdemeanor (*Vergehen*), but a felony (*Verbrechen*).[29] These rules reflect that a judgment after full trial is less prone to error than decisions resulting from simplified procedures that are based on a summary examination of the charges. Accordingly, the threshold to revise a decision of the public prosecutor's office to discontinue criminal proceedings should be lower than that for a revision of criminal judgments.[30] Therefore, a restrictive interpretation of art 54 CISA would not only be in accordance with the origins of that provision in an international treaty, but also correspond to the national rules on *res iudicata*.

The Court, however, refused to take the intentions of the Contracting Parties into consideration because art 54 CISA had been integrated into the legal framework of the Union.[31] Since the integration of the Schengen acquis was aimed at enhancing European integration and developing the Union as an area of freedom, security and justice in which the citizens of the Union enjoy the right to free movement, the *ne bis in idem* principle should also apply to final decisions of the public prosecutor's office barring further prosecution. The exercise of the right to free movement (art 21 TFEU) would be significantly hampered if persons having fulfilled the obligations for a discontinuation of proceedings were still facing the risk of being prosecuted in another Member State.[32] In addition, the Court argued that the *ne bis in idem* principle is not conditional upon a harmonisation of the Member States' criminal laws, but is based upon mutual trust in their criminal justice systems even when the outcome of proceedings would differ from Member State to Member State (ie depend upon the criminal law to be applied).[33] In sum, the transformation of art 54 CISA into EU law resulted in an extensive interpretation of the *ne bis in idem* principle and the term "finally disposed of".

29. German Code of Criminal Procedure (*Strafprozessordnung*) 1987, s 153a(1)5; see also Dutch Criminal Code (*wetboek van strafrecht*) 1881, art 74b(1).

30. For a detailed analysis of the concept of *res iudicata* in the German criminal justice system see Henning Radtke, *Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozess* (Lang 1994) 342 ff.

31. Joined Cases C-187/01 and C-385/01 *Gözütok and Brügge* [2003] ECR I-1345 para 46.

32. Joined Cases C-187/01 and C-385/01 *Gözütok and Brügge* [2003] ECR I-1345 paras 35-38.

33. Joined Cases C-187/01 and C-385/01 *Gözütok and Brügge* [2003] ECR I-1345 paras 32-33.

This extensive understanding, however, reached its limits when the second case on art 54 CISA came up. In *Miraglia*, a Dutch prosecutor had decided not to pursue prosecution, but to close the case.[34] Even though the decision was final under Dutch law and criminal proceedings could only be continued if new evidence were produced[35], the Court held that art 54 CISA was not applicable because the Dutch authorities had closed the case on the sole ground that the competent authorities of another Member State (Italy) had initiated criminal proceedings against the accused person for the same conduct.[36] In the eyes of the Court, it would clearly run counter the objective to maintain and develop the Union as an area of freedom, security and justice if the decision to close a case in order to give priority to criminal proceedings in a Member State better placed for prosecution would, by itself, prohibit the competent authorities of that Member State from initiating or continuing a criminal investigation.[37] For that reason, the Court ruled that art 54 CISA was inapplicable to decisions where no determination had been made as to the merits of the case.[38]

In its following judgments, the Court further developed the new criterion: Whereas the final acquittal for lack of evidence is based on such a determination and, thus, falls within the scope of art 54 CISA (*van Straaten*)[39], it was far from clear whether the same should apply to a court decision that prosecution was time-barred (*Gasparini*)[40]. Referring to *Miraglia*, the Advocate General suggested to answer that question in the negative if the decision had been taken without any consideration to the merits of the case.[41] The scope of art 54 CISA should be limited to proceedings where the defendant had *de facto* been placed in jeopardy (ie the risk of being tried and convicted) because the court had examined the merits of the case albeit that the case was finally dismissed because prosecution was time-barred.[42] There is much to suggest that these conditions were met in

34. Case C- 469/03 *Miraglia* [2005] ECR I-2009 para 18.
35. Dutch Code of Criminal Procedure (*wetboek van strafvordering*) 1921, art 255.
36. Case C- 469/03 *Miraglia* [2005] ECR I-2009 para 35.
37. Case C- 469/03 *Miraglia* [2005] ECR I-2009 paras 33-34.
38. Case C- 469/03 *Miraglia* [2005] ECR I-2009 paras 30, 35.
39. Case C-150/05 *van Straaten* [2006] ECR I-9327 paras 60-61.
40. Case C-467/04 *Gasparini* [2006] ECR I-9199.
41. Opinion of Advocate General Sharpston of 15 June 2006, Case C-467/04 *Gasparini* [2006] ECR I-9199, paras 96, 99, 120.
42. Ibid paras 96, 120.

Gasparini as the final decision in the sentencing state had been adopted by the Portuguese Supreme Court.[43] The Court of Justice, however, did not at all refer to *Miraglia* and the requirement of a determination as to the merits of the case and held that art 54 CISA applied to any court decision by which the accused was acquitted because the prosecution was time-barred.[44] In its essence, the reasoning of the Court was based on the very same arguments as in *Gözütok* and *Brügge* (ie the right to free movement in an area of freedom, security and justice, and the principle of mutual recognition).[45]

In subsequent judgments, the Court re-affirmed the broad interpretation of art 54 CISA and made its application solely dependant upon whether or not the decision adopted in the sentencing Member State was to be considered final. Accordingly, the *ne bis in idem* principle was held to apply to convictions resulting from trials *in absentia* (*Bourquain*).[46] In contrast, the scope of art 54 CISA did not cover a decision that does not definitively bar further prosecution and preclude new criminal proceedings in the Member State which instituted criminal proceedings (*Turanský*).[47] Thereby, the term "finally disposed of" is construed by reference to the procedural law of the sentencing state: The application of art 54 CISA requires a decision triggering the effect of *res iudicata* within the national criminal justice system. It must be noted, however, that the Court's case-law is based on a broad understanding of *res iudicata* that even covers judicial decisions subject to revision if new evidence is produced (e.g. *Einstellung unter Auflagen*).[48]

In the light of these judgments, it was hardly surprising that the Court ruled in *criminal proceedings against M* that a court decision to discontinue criminal proceedings (*ordonnance de non-lieu*[49]) fell within the scope of application of art 54 CISA.[50] In its reasoning, the Court referred to the national law of the Member State where the decision had been taken (Belgium) and stated that the *ordonnance*

43. Case C-467/04 *Gasparini* [2006] ECR I-9199 para 18; see for the application of art 54 CISA to court proceedings in general Advocate General Sharpston (n 39) para 96 (note 78).
44. Case C-467/04 *Gasparini* [2006] ECR I-9199 paras 25, 33.
45. Ibid paras 27-30.
46. Case C-297/07 *Bourquain* [2008] ECR I-9425 paras 34, 52.
47. Case C-491/07 *Turanský* EU:C:2008:768 paras 36, 40, 45.
48. See supra 2.2 at the beginning.
49. Belgian Code of Criminal Procedure (*Code d'Instruction Criminelle*) 1808, art 128.
50. Case C-398/12 *criminal proceedings against M* EU:C:2014:1057 para 41.

de non-lieu triggered the effect of *res iudicata* in that state because it precluded new criminal proceedings on the basis of the same facts and evidence.[51] In addition, the Court based its ruling on a second line of reasoning and argued that art 54 CISA had to be interpreted in the light of art 50 of the EU Charter of Fundamental Rights (CFR) and art 4 of Protocol No 7 to the European Convention on Human Rights (ECHR).[52] The Court referred to the case-law of the European Court of Human Rights according to which the *ne bis in idem* principle applied to judicial decisions irrespective of whether criminal proceedings can be reopened if there is evidence of new or newly discovered facts[53], and argued that the final nature of the *ordonnonance de non-lieu* under art 54 CISA had to be qualified accordingly.[54] Thereby, the Court expressly recognized the transnational dimension of the *ne bis in idem* principle as a fundamental right in order to justify its broad interpretation of art 54 CISA.

In contrast, the most recent judgment (*Kossowski*) returned to the more restrictive approach in *Miraglia* that required a decision on the merits of the case.[55] In that case, the defendant was arrested in Poland and charged with extortion. As the crime had been committed in Germany, the Polish authorities requested copies of the investigation file from the competent German authorities but were not able to verify the statements by the victim and a hearsay witness because both of them were living in Germany and the defendant refused to give a statement. As a consequence, the Polish public prosecutor's office terminated proceedings for lack of sufficient evidence.[56] According to Polish law, the reopening of the investigation was only permitted where new facts or evidence were revealed.[57] Referring to the case-law of the Court of Justice, the competent court in Germany held that the decision of the Polish public prosecutor's office had the effect of *res iudicata* and criminal proceedings in Germany were precluded by art 54 CISA, and the appeals court referred the matter to the Court of Justice.[58]

51. Ibid para 33, referring tot he Belgian Code of Criminal Procedure (*Code d'Instruction Criminelle*) 1808, art 246.
52. Ibid paras 35, 37.
53. *Sergey Zolutukhin v Russia* [GC] ECHR 2009-I 291, para 108.
54. Case C-398/12 *criminal proceedings against M* EU:C:2014:1057 para 39-40.
55. Case C-486/14 *Kossowski* [GC] EU:C:2016:483.
56. Ibid paras 13-16.
57. Ibid para 10, referring to Polish Court of Criminal Procedure (*Kodeks post powania karnego*) 1997, art 327(2).
58. Ibid paras 19-23.

The Court expressly acknowledged that the decision of the Polish public prosecutor's office precluded any further prosecution in Poland and, thus, had the effect of *res iudicata* according to the national law of the Member State in which the decision had been taken.[59] The Court, however, made the application of art 54 CISA (ie the term "finally disposed of") subject to two conditions, namely *res iudicata* in the domestic criminal justice system and, secondly, a determination as to the merits of the case.[60] The second condition that had been mentioned only incidentally in *Turanský*[61] and *criminal proceedings against M*[62], was not met because the Polish authorities were not able to verify the victim's statements and, thus, to examine the merits of the case.[63] Like in *Miraglia*[64], the Court argued that the application of art 54 CISA to such a decision would render the prosecution of crimes more difficult, if not impossible, because further prosecution would be barred throughout the Union without a detailed assessment of the unlawful conduct being necessary.[65] In contrast to its former judgments where the principle of mutual recognition had been given particular weight, the Court held that mutual trust could prosper only if the second Member State was able to satisfy itself that the final decision taken in the first Member State met the criteria set out in art 54 CISA (including a determination as to the merits of the case).[66]

In sum, according to the case-law of the Court of Justice, a decision finally disposing of a case must meet two conditions, namely (i) the effect of *res iudicata* in the domestic criminal justice system (ie barring further prosecution on the basis of the same facts and evidence) and (ii) a determination as to the merits of the case.

3. *Res iudicata* and the determination as to the merits of the case

As the analysis of the Court's case-law has shown, the transformation of the *ne bis in idem* principle from international treaty law into a supranational setting

59. Ibid para 36-37.
60. Ibid 42.
61. Case C-491/07 *Turanský* EU:C:2008:768 para 45.
62. Case C-398/12 *criminal proceedings against M* EU:C:2014:1057 paras 28, 30.
63. Case C-486/14 *Kossowski* [GC] EU:C:2016:483 para 48.
64. Case C- 469/03 *Miraglia* [2005] ECR I-2009 paras 30, 35.
65. Ibid para 49.
66. Ibid paras 52-53.

has brought about significant changes in content and scope of this principle. The Court's interpretation of art 54 CISA is based on a twofold reasoning, namely the establishment of a transnational fundamental right in EU law (art 50 CFR) and the emergence of an area of freedom, security and justice that transcends the fragmentation into various national criminal justice systems. These two aspects are mirrored in the double function of the *ne bis in idem* principle in a transnational context: On the one hand, art 54 CISA shall protect the accused from double prosecution within the Union (a transnational fundamental right), on the other hand, it shall enhance effective transnational law enforcement by coordinating criminal proceedings in the Member States.[67] A closer examination of the *ne bis in idem* principle will reveal that the restrictive approach taken in *Kossowski* and the requirement of a decision on the merits of the case do not fit with either of these two rationales.

3.1. The ne bis in idem *principle as a fundamental right*

The *ne bis in idem* principle is a fundamental right enshrined in art 50 CFR. Its main purpose is to protect the individual from double prosecution and, thereby, to establish legal certainty for the acquitted or convicted person that he is not under the sword of Damocles of further criminal prosecution for the same acts.[68] Furthermore, the rationale is linked to the principle of proportionality because the institution of new criminal proceedings is considered an excessive (disproportionate) use of the state's *ius puniendi*.[69]

As the Charter forms part of primary EU law (art 6(1) TEU), art 54 CISA must be interpreted in line with its guarantees, art 50 CFR in particular.[70] Thus, a broad understanding of the term "finally acquitted or convicted" in art 50 CFR will apply to art 54 CISA as well. Art 50 CFR was drafted on the basis of art 4 of Protocol No 7 to the ECHR.[71] Therefore, art 50 CFR shall not be interpreted in a manner that its scope falls below the minimum standard established by the ECHR

67. Martin Böse 'Der Grundsatz „ne bis in idem" in der Europäischen Union (Art. 54 SDÜ)' [2003] 150 Goltdammer's Archive für Strafrecht 744, 751-752.

68. Bas van Bockel *The* Ne bis in idem *Principle in EU Law* (Kluwer 2010) 25-27; Juliette Lelieur 'Transnationalising Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty', [2013] 9 (4) Utrecht Law Review 198, 210.

69. Bas van Bockel (n 67) 27.

70. Case C-398/12 criminal proceedings against M EU:C:2014:1057 para 35.

71. Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights [2007] OJ C 303/17, 31.

(art 52(3) CFR) and the corresponding case-law of the Court of Human Rights.[72] In art 4 of Protocol No 7, a final acquittal or conviction is linked to the authority of *res iudicata*, ie if the decision is irrevocable and not subject to further ordinary remedies.[73] According to the case-law of the Court of Human Rights, the decision of a public prosecutor to discontinue criminal proceedings is not considered a final acquittal because the decision can be revoked by the prosecutor general and, thus, does not have the authority of *res iudicata*.[74] This reasoning, however, implies e *contrario* that the decision of a public prosecutor to close a case must be considered "final" if further prosecution on the basis of the same facts and evidence is barred under domestic law. In the *Kossowski* case, the decision of the Polish authorities to discontinue criminal proceedings had this effect and, thus, qualified as final under this interpretation of art 4 of Protocol No 7 to the ECHR. This conclusion is not affected by the fact that the Polish Code of Criminal Procedure allows for the proceedings to be continued if new evidence is produced. As can be inferred from art 4(2) of Protocol No 7 to the ECHR, extraordinary remedies (eg the request for reopening the proceedings) are not taken into account for the purpose of determining whether or not a final decision has been taken.[75]

Even if a decision of a public prosecutor is irrevocable and, thus, "final" in a formal sense (not subject to further remedies), the authority of *res iudicata* might still require a determination as to the merits of the case. In *Marguš v. Croatia*, the issue was raised before the Court of Human Rights with respect to a court decision to terminate criminal proceedings because the charges against the accused were covered by an amnesty act.[76] The Grand Chamber did not rule on the question of whether a decision that had been taken without assessment of the accused person's guilt could be regarded as a final acquittal but held that the amnesty act was in breach with art 2 and 3 ECHR and, for that reason, art 4 of Protocol No 7 did not apply to a decision that had been based on that act.[77] In their concurring

72. This applies to the Protocols to the echr as well, see the Explanations (n 70), 33.

73. Explanatory Report to Protocol No 7 to the European Convention on Human Rights 6, 7 (paras 22, 29).

74. *Horciag v Romania* App no 70982/01 (ECtHR, 14 March 2005); *Sundqvist v Finland* App no 75602/01 (ECtHR, 22 November 2005); see also *Smirnova v Russia* App no 46133/99 (ECtHR, 3 October 2004); *Marguš v Croatia* [GC] ECHR 2014-III 1 para 120.

75. *Sergey Zolutukhin v Russia* [GC] ECHR 2009-I 291, para 108.

76. *Marguš v Croatia* [GC] ECHR 2014-III 1.

77. Ibid paras 139-141; see also *Marguš v Croatia* App no 4455/10 (ECtHR, 13 November 2012), paras 67-68.

opinion, three judges argued that the notions "acquitted" and "convicted" implied that an assessment of the circumstances of the case had been made and that either the guilt or the innocence of the accused had been established.[78] This understanding corresponds to the substance-based approach of the Advocate General in *Gasparini* according to which a court decision that prosecution was time-barred does not qualify as a final decision under art 54 CISA.[79] According to this approach, art 54 CISA does not apply to any decision that is based upon a procedural obstacle that eliminates the state's jurisdiction and, thereby, hinders the court from ruling on the merits of the case.[80]

This understanding of the *ne bis in idem principle* originates from the concept of *res iudicata* in national criminal justice systems (*materielle Rechtskraft*, *autorité de la chose jugée*). This concept is based upon the presumption that the final judgment is true and, thus, bars a new investigation of the same facts (*res iudicata pro veritate habetur*).[81] As a consequence, the authority of *res iudicata* requires a determination of the guilt or the innocence of the accused. In Germany, the authority of *res iudicata* (*materielle Rechtskraft*) is triggered by judgments on the merits of the case (*Sachurteil*) whereas the decision to close the case for reasons of procedural law (*Prozessurteil*) does not have this effect[82] and, thus, does not fall within the scope of the *ne bis in idem* principle[83]. The same holds true for the *ne bis in idem* principle in the Dutch criminal justice

78. Joint concurring opinion of judges Spielmann, Power-Forde and Nussberger ibid para 8.

79. Opinion of Advocate General Sharpston of 15 June 2006, Case C-467/04 *Gasparini* [2006] ECR I-9199, paras 96, 120.

80. André Klip, *European Criminal Law* 3rd edition (Intersentia 2016) 289-290.

81. Juliette Lelieur (n 67) 200-201; see eg Bernard Bouloc, *Procédure Pénal* 25th edition (Dalloz 2016) 1035 (France); Paolo Tonini *Manuale di Procedura Penale* 14th edition (Giuffre 2013) 946 (Italy). According to the prevailing opinion in Germany, the final judgment by itself determines the guilt or innocence of the accused ("prozessuale Gestaltungstheorie"), see Claus Roxin and Bernd Schünemann *Strafverfahrensrecht* 28th edition (Beck 2014) 437 with further references.

82. BGHSt 18, 1, 5; Carl-Friedrich Stuckenberg '§ 260 StPO' in Löwe-Rosenberg *die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz* 26th edition, vol. 6/2 (de Gruyter 2013), para 123.

83. Eberhard Schmidt-Aßmann 'Art. 103 Abs 3 GG' in Theodor Maunz and Günter Dürig (eds), *Grundgesetz-Kommentar* (30th instalment – December 1992), para 295; Helmut Schulze-Fielitz 'Art 103 III GG' in Horst Dreier (ed), Grundgesetz-Kommentar, Vol. 3 (Mohr Siebeck 2008) para 29.

system.[84] In France, however, the scope of *res iudicata* (*autorité de la chose jugée*) extends to court decisions stating that prosecution is time-barred or excluded by an amnesty law.[85] Likewise, it is well-established in the German criminal justice system that a final judgment for reasons of procedural law (*Prozessurteil*) has only limited effect of *res iudicata* (*eingeschränkte Rechtskraft*) that the decision must not be revoked for grounds of law, but proceedings may only be continued if the procedural obstacle has been eliminated.[86] Thus, if the court closes the case because prosecution is time-barred, the decision has *de facto* the same effect as a judgment on the merits of the case.[87]

Despite their divergence, the national concepts of *res iudicata* illustrate that the protection from double prosecution does not necessarily require an assessment of the merits of the case. Whether or not the *ne bis in idem* principle should be subject to this requirement depends upon whether the interpretation of this principle adheres to the traditional understanding of *res iudicata* in the strict sense or to a broader concept that extends to decisions that do not have full, but only limited authority of *res iudicata*. The rationale of the *ne bis in idem* principle to protect the individual from double prosecution favours the latter approach: Even if the final and irrevocable decision to discontinue criminal proceedings is based upon procedural law only, it may give rise to legitimate expectations that criminal proceedings will not be continued unless new facts are revealed by which the procedural obstacle is eliminated. If such a decision were excluded from the scope of the *ne bis in idem* principle, the defendant would be left in a situation of legal uncertainty and under the sword of Damocles of criminal proceedings to be continued for whatever reason. Furthermore, a broad interpretation of art 54 CISA perfectly fits with the Court's ruling in *Gasparini*[88], but can also build upon *Gözütok* and *Brügge* where the Court applied the *ne bis in idem* principle to decisions that do not have full, but only limited authority of *res iudicata*[89]. According to German law, the decision of the public prosecutor's office to discontinue

84. G.J.M. Corstens and M.J. Borgers *Het Nederlands Strafprocessrecht* 7th edition (Kluwer 2011) 190-191 (the Netherlands).

85. Bernard Bouloc (n 80) 1038-1039 and 1040.

86. BGHSt 18, 1, 5; Stuckenberg (n 81).

87. BayObLG VRS 77 (1989) 136; Stuckenberg (n 81); see also with regard to the Netherlands: Corstens and Borgers (n 83) 191.

88. Case C-467/04 *Gasparini* [2006] ECR I-9199 paras 25, 33.

89. Joined Cases C-187/01 and C-385/01 *Gözütok and Brügge* [2003] ECR I-1345 para 48; see in this regard Juliette Lelieur (n 67) 206.

criminal proceedings once a certain amount of money has been paid implies neither a guilty verdict nor innocence of the accused person.[90] Accordingly, the prevailing opinion in Germany is that the scope of the *ne bis in idem* principle is limited to court decisions.[91] Nevertheless, it is generally accepted that the payment gives rise to the legitimate expectation that further prosecution of the same conduct is barred.[92] Accordingly, some authors refer to *Gözütok* and *Brügge* and argue that the traditional interpretation is obsolete and the *ne bis in idem* principle applies to final decisions of the public prosecutor's office that have (albeit limited) effect of *res iudicata*.[93]

But even if it were assumed that art 54 CISA required a determination as to the merits of the case, the Court's reasoning in *Kossowski* is not beyond doubt. According to the Court's case-law, an acquittal for lack of evidence is a decision on the merits of the case (*van Straaten*).[94] In *criminal proceedings against M*, art 54 CISA was applied to a court decision terminating criminal proceedings on the ground that there were insufficient facts and evidence (*ordonnance de non-lieu*).[95] In *Kossowski*, the public prosecutor's office discontinued proceedings for the very same reason, but the Court held nonetheless that there was no determination as to the merits of the case.[96] The Court's assessment was essentially based upon the fact that the public prosecutor's office failed to undertake a more detailed investigation but simply relied on the lack of available evidence.[97] At first glance, the distinction of the Court appears to be reasonable, but it inevitably raises the issue

90. BVerfG NJW 1991, 1530, 1531; Werner Beulke '§ 153a StPO' in Löwe-Rosenberg *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz* 26th edition, vol. 5 (de Gruyter 2008), para 39.

91. Eberhard Schmidt-Aßmann (n 82) para 296; Helmut Schulze-Fielitz (n 78) para 29.

92. Eberhard Schmidt-Aßmann (n 82) para 296.

93. See with regard to art 4 Protocol No 7 to the ECHR: Robert Esser 'Das Doppelverfolgungsverbot in der Rechtsprechung des EGMR' in Gudrun Hochmayr (ed) *„Ne bis in idem" in Europa* (Nomos 2015) 27, 33, 38; Robert Esser 'Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR' in Löwe-Rosenberg *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz* 26th edition, vol. 11 (de Gruyter 2012), para 1032; see also Stefanie Schmahl ,'Art. 103' in Bruno Schmidt-Bleibtreu, Hans Hofmann and Hans-Günter Henneke (eds) *Kommentar zum Grundgesetz* 13th edition (Heymanns 2014) para 85.

94. Case C-150/05 *van Straaten* [2006] ECR I-9327 paras 60-61.

95. Case C-398/12 *criminal proceedings against M* EU:C:2014:1057 para 17, 41.

96. Case C-486/14 *Kossowski* [GC] EU:C:2016:483 para 10, 48.

97. Ibid paras 48-49.

of how "detailed" an investigation must be to qualify as an examination of the merits of the case.[98] In this regard, a corresponding concept in the national criminal justice systems can barely be identified since it would be considered a flagrant breach with the *ne bis in idem* principle to start new proceedings just because the final decision was not based upon a proper and detailed examination of the merits of the case.[99] Even if the Court's ruling in *Kossowski* were interpreted in a manner to eliminate extreme cases where almost no investigative efforts had been undertaken, the assessment would not only rely on an unclear and vague criterion, but also on factual circumstances related to the course of the investigation that are completely unknown to the defendant.[100] Such interpretation would leave the individual in limbo and, thereby, disregard his legitimate interest in legal certainty on whether (and to which extent) he enjoyed protection from further prosecution. The protective purpose of the *ne bis in idem* principle suggests an interpretation that does not refer to the assessment in the single case (*in concreto*), but to the formal qualification of the decision as "final" under domestic law (*in abstracto*).[101]

In sum, the foundations of the *ne bis in idem* principle in art 50 CFR and the principle of legal certainty support an interpretation of art 54 CISA that covers final decisions that do not have full, but only limited force of *res iudicata*. The notion of *res iudicata* implies that further prosecution on the basis of the same facts and evidence is barred. Whether or not this requirement is fulfilled must be assessed on the basis of the national law of criminal procedure on which the decision was based. The traditional concept of *res iudicata* that requires a judgment on the merits of the case does not fit with the protective purpose of the *ne bis in idem* principle because it ignores the interest in legal certainty and legitimate expectations arising from other judicial decisions terminating criminal

98. Kilian Wegner 'Entscheidungen zur Verfahrenserledigung im Strafverfahren und ihre transnationale Rechtkraftwirkung gem. Art. 54 SDÜ, Art. 50 GRC' 17 (2016) Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht 396, 401.

99. In a vertical setting, there is a standard for the assessment of a state's unwillingness or inability to effectively investigate and to prosecute (art 17(2) and 3, art 20(3) of the Rome Statute on the International Criminal Court), but art 54 CISA lacks a corresponding provision, and it must be doubted whether the mechanism in the ICC statute is appropriate in a horizontal setting, see Henning Radtke '§ 12 Der Grundsatz „Ne bis in idem" und Jurisdiktionskonflikte' in Martin Böse (ed) *Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit* (Nomos 2013) para 7.

100. Kilian Wegner (n 97) 400.

101. See also Kilian Wegner ibid.

proceedings. This understanding corresponds to the broad interpretation of art 54 CISA that has been developed in *Gözütok* and *Brügge* and which has been further elaborated in *criminal proceedings against M*.

3.2. The ne bis in idem *principle and effective transnational law enforcement*

The protection from double prosecution and the individual interest in legal certainty is not absolute, but must be balanced with the public interest in effective law enforcement. The latter aspect was particularly highlighted in *Kossowski* when the Court argued that art 54 CISA had to be interpreted in the light of the need to promote the combating of crime within the area of freedom, security and justice.[102] Unlike in a purely domestic concept, the public interest in effective transnational prosecution is not only a limiting factor, but also an aspect enhancing the transnational dimension of the *ne bis in idem* principle. Right from the outset, the Court has based its interpretation of art 54 CISA on the principle of mutual recognition and the emergence of a single area of freedom, security and justice.[103] Being part of the EU framework of cooperation in criminal matters, art 54 CISA prevents a duplication of criminal proceedings and a waste of resources. Thereby, the transnational dimension of the *ne bis in idem* principle serves a coordinating function and contributes to a more effective transnational law enforcement.[104] Therefore, the application of art 54 CISA is not only a potential obstacle to the enforcement of criminal law in the Member States, but at the same time an instrument to enhance the coordination of criminal proceedings in the Union. When determining the scope of art 54 CISA, both aspects have to be taken into due consideration.

When the Court established that art 54 CISA required a determination as to the merits of the case, its reasoning was essentially based on the coordinating function of art 54 CISA when it stated that the *ne bis in idem* principle does not apply where a case had been closed on the sole ground that criminal proceedings in another Member State should be given priority (*Miraglia*).[105] In this case, the decision to close the case resolved a conflict of jurisdiction and, thereby, served a coordinating function. An application of art 54 CISA for coordination purposes would be superfluous, even dysfunctional because the *ne bis in idem* principle

102. Case C-486/14 *Kossowski* [GC] EU:C:2016:483 para 47.

103. Joined Cases C-187/01 and C-385/01 *Gözütok and Brügge* [2003] ECR I-1345 paras 333, 36-37.

104. Martin Böse (n 66) 751-752.

105. Case C- 469/03 *Miraglia* [2005] ECR I-2009 para 33-34.

would bar criminal proceedings in the Member State that was considered to be better placed for prosecution.[106] The Court rightly pointed out that such an interpretation would make it almost impossible to prosecute the crime with which the defendant had been charged.[107]

On the other hand, the application of art 54 CISA to out-of-court settlements (*Gözütok* and *Brügge*) had pathed the way to a broad interpretation of art 54 CISA that was not confined to judgments on the merits of the case having the authority of *res iudicata* in the strict sense. Giving the coordinating function priority over the Member State's interest in maintaining its *ius puniendi*, the Court extended the scope of art 54 CISA to decisions whereby prosecution is time-barred (*Gasparini*). The Advocate General argued that in the absence of harmonised rules on time bars to prosecution, the application of the *ne bis in idem* principle would result in a race to the bottom where the law of the Member State providing for the shortest limitation period would prevail.[108] The Court rejected this approach and re-affirmed its reasoning in *Gözütok* and *Brügge* that the application of art 54 CISA was neither conditional upon a harmonisation of the Member States' criminal laws nor dependant upon whether the outcome of criminal proceedings in the second Member State would be different.[109] If we accept the Court's assumption that the Union's interest in coordinating criminal proceedings in an area of freedom, security and justice outweighs the single Member State's interest to apply its own criminal law, it does not matter in that respect whether the final decision is based upon substantive law or procedural law. If a Member State has to recognize the criminal law of the Member State in which the final decision on the case was taken, even when the outcome would be different if its own national law were to be applied, the same holds true for mutual recognition of the laws of criminal procedure.[110] Accordingly, the distinction between a final decision on the merits of the case and a decision for reasons of procedural law must be rejected.

---

106. Gudrun Hochmayr 'Europäische Rechtskraft oder gegenseitige Anerkennung. Anforderungen an die Bestandskraft der Erledigung' in Gudrun Hochmayr (ed) *„Ne bis in idem"* in Europa (Nomos 2015) 89, 110-111.

107. Case C- 469/03 *Miraglia* [2005] ECR I-2009 para 33.

108. Opinion of Advocate General Sharpston of 15 June 2006, Case C-467/04 *Gasparini* [2006] ECR I-9199, paras 109, 113-114; see also André Klip (n 79) 290.

109. Case C-467/04 *Gasparini* [2006] ECR I-9199 paras 29-30.

110. See *vice versa* the Opinion of Advocate General Sharpston of 15 June 2006, Case C-467/04 *Gasparini* [2006] ECR I-9199, paras 112, 114 who pointed to the lack of harmonizing measures on the age of criminal responsibility and argued that the application of art 54 CISA required a certain degree of approximation of substantive criminal law, too.

Instead, the rationale of the requirement of a determination as to the merits of the case must be related to the effective prosecution of crimes in a transnational context. This reasoning became obvious in *Kossowski* where the Court refused to apply art 54 CISA to a final decision that had resulted from a failure to properly investigate the case.[111] According to this understanding, a determination of the merits requires the gathering and examination of facts and evidence and, if necessary, requests for mutual legal assistance (eg for the examination of witnesses).[112] In addition, the Advocate General argued that the decision to discontinue criminal proceedings had manifestly violated the rights of the victim (the right to be heard and the rights to information and compensation) and, therefore, did not fall within the scope of art 54 CISA.[113] In general, the reasoning in *Kossowski* was based on the concern that the decision to discontinue criminal proceedings often might turn out to be wrong if it had been taken without detailed examination of the facts and evidence and, in that case, the application of art 54 CISA would result in the impunity of the offender.

Obviously, the risk that the final decision is wrong is inherent to the *ne bis in idem* principle. Nevertheless, it must be acknowledged that, generally speaking, the risk decreases in the course of criminal proceedings. As it has been mentioned in the context of *Gözütok* and *Brügge* (*supra* 2.2), a judgment after full trial is less error prone than decisions in an early stage of proceedings (eg out-of-court settlements).[114] For this reason, the scope of the *ne bis in idem* principle in international treaties had been limited to judgments (*supra* 2.1). As a consequence of its transformation into EU law, however, art 54 CISA was interpreted in a broader sense that covered decisions with only limited authority of *res iudicata* (supra 2.2), namely the out-of-court-settlement (*Gözütok* and *Brügge*) and the *ordonnance de non-lieu* (*criminal proceedings against M*). The risk that such decisions turn out to be ill-founded and give rise to situations of impunity, is addressed by two limitations: First, the decision must have limited authority of *res iudicata* in the domestic criminal justice system. If the decision cannot be revoked unless new facts or evidence are revealed, the national criminal justice system implicitly requires the judicial authority to base its decision on the available facts and

111. Case C-486/14 *Kossowski* [GC] EU:C:2016:483 para 48.

112. Opinion of Advocate General Yves Bot of 15 December 2015, Case C-486/14 *Kossowski* [GC] EU:C:2016:483 para 79.

113. Ibid paras 80-83.

114. For a detailed analysis of the German criminal justice system see Henning Radtke (n 29).

evidence. Second, since the decision has only limited authority of *res iudicata* it can be revised insofar as national law allows for continuing or reopening of criminal proceedings, eg where new facts and evidence reveal that the conduct under investigation qualifies as a felony.[115] Any new proceedings, however, can be brought only in the Member State in which the decision to discontinue proceedings was taken.[116] The latter aspect clearly reflects the coordinating function of art 54 CISA as the *ne bis in idem* principle concentrates jurisdiction over the case in the Member States where the decision was taken and relieves the other Member States of their competence to prosecute.[117] The underlying rationale is that criminal proceedings shall be continued in the Member State where proceedings have already resulted in a final decision, and therefore new criminal proceedings will not have to start from the very beginning, but can build upon the findings of the previous investigation.[118] The rights of the victim do not preclude a concentration of proceedings: If the decision to close the case violates the rights of the victim, it is up to the victim to challenge the decision in the Member State where it has been adopted.[119] Thus, the application of art 54 CISA to decisions that have only limited authority of *res iudicata* does not give rise to massive impunity, but still leaves open the possibility to revise the decision and to bring the perpetrator to justice. On the contrary, art 54 CISA enhances the coordination of proceedings and, thereby, contributes to a more efficient transnational law enforcement.

However, the coordination mechanism under art 54 CISA can lead to accidental or arbitrary results because the *ne bis in idem* principle is based upon one criterion only: priority ('first come, first served').[120] In *Kossowski*, this became obvious as the crime had been committed in Germany and, thus, German courts were to be considered best placed for prosecution and trial. Instead, the Polish authorities were the first to take a final decision in criminal proceedings and,

115. German Code of Criminal Procedure (*Strafprozessordnung*) 1987, s 153a(1)5.

116. Case C-398/12 *criminal proceedings against M* EU:C:2014:1057 para 40.

117. Martin Böse (n 66) 755

118. Sibyl Stein *Zum europäischen* ne bis in idem *nach Artikel 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens* (Lang 2004) 190.

119. As regards the right to compensation, art 54 CISA does not preclude the victim from bringing a civil action to seek compensation for the damage suffered in another Member State, see Joined Cases C-187/01 and C-385/01 *Gözütok and Brügge* [2003] ECR I-1345 para 47.

120. Commission 'Green paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings', COM (2005) 696 final 3; John Vervaele (n 4) 222.

according to art 54 CISA, to assume exclusive jurisdiction over the case. Not surprisingly, the Court refused to apply art 54 CISA in order to maintain jurisdiction of the German courts. Like in *Miraglia*, the real reason for not applying the *ne bis in idem* principle was to avoid a dysfunctional case allocation that relieves the Member State which is better placed for prosecution of its competence to investigate the case. In such a constellation, the coordinating function of art 54 CISA favours an interpretation according to which the *ne bis in idem* principle does not apply. The requirement of a determination as to the merits of the case, however, does not address the particular problem, but goes far beyond the issue of coordination. Instead, the coordinating function of art 54 CISA has to be taken into consideration in a more specific manner.

The first option is not to apply art 54 CISA to any decision that terminates criminal proceedings on the sole ground that prosecution in another Member State is given priority (*Miraglia*).[121] This exception covers both unilateral decisions to close a case[122] and a request to take criminal proceedings[123]. Sometimes, such a decision will not have the authority of *res iudicata*, either.[124] Since the termination of proceedings serves the purpose of coordinating criminal proceedings in the Union, it does not give rise to legitimate expectations that there will be no further prosecution in another Member State. This assumption, however, is only valid if the decision contains sufficient reasoning on the grounds for terminating proceeding. Nevertheless, if it appears that criminal proceedings are discontinued because the available facts and evidence are insufficient (*Kossowski*), art 54 CISA will apply.

The second option is to exclude the application of art 54 CISA by recourse to the reservations under art 55 CISA. According to art 55(1)(a) CISA, a Contracting Party may declare that it is not bound by art 54 CISA where the crime was committed in its own territory. In *Kossowski*, the German criminal court referred to the corresponding declaration that had been issued by the German government and asked for a preliminary ruling on whether the exceptions under art 55 CISA were still applicable and in conformity with art 50 CFR.[125] In its

121. Gudrun Hochmayr (n 105).

122. See eg German Code of Criminal Procedure (*Strafprozessordnung*) 1987, ss 153c, 154b.

123. Art 6 of the European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters of 15 May 1972 (ETS No 73).

124. Werner Beulke '§ 153c StPO' in Löwe-Rosenberg *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz* 26th edition, vol. 5 (de Gruyter 2008), para 35; see also art 21(2) of the Convention on the Transfer of Proceedings (n 122).

125. Case C-486/14 *Kossowski* [GC] EU:C:2016:483 paras 21, 23.

preliminary ruling, the Court did not elaborate on the issue because it took the view that the conditions set out in art 54 CISA were not met.[126] According to the Advocate General, the reservation under art 55(1)(a) CISA did not become obsolete by the transformation of the CISA into EU law, but invalid because it did not comply with art 50 CFR.[127] The German government had argued that the Member State in which a crime has been committed had a legitimate interest in adjudicating the criminal conduct under its own criminal law if the legal assessment by the court of another Member State might be incomplete, eg when it convicted the perpetrator of a violent crime, but did not consider that the offender acted with the intention of glorifying nazism.[128] The Advocate General rejected this argument and held that such a case fell not within the scope of art 54 CISA because the crime adjudicated in the first Member State substantially differed from the crime to be prosecuted in the second Member State.[129] This interpretation of art 54 CISA, however, is not in line with the well-established case-law on art 54 CISA under which the *ne bis in idem* principle bars further prosecution of the same acts, "in the sense of a set of inextricably linked circumstances, independently of the legal classification of the acts and the interests protected by the criminal offences".[130] If the *idem* is determined in this manner, it cannot be denied that there might be a need for the exception under art 55(1)(a) CISA because the Member State where the judgment has been passed might not have full jurisdiction to adjudicate the criminal conduct in a comprehensive manner.[131] In a judgment that is based upon extraterritorial jurisdiction (eg the protective principle or universal jurisdiction), the assessment of the court is limited to certain offences (eg offences against the international community or the state claiming jurisdiction). In such a case, the Member State where the crime was committed might still have a legitimate interest in initiating new criminal proceedings if the first judgment did not consider other protected legal

126. Ibid. para 55.

127. Opinion of Advocate General Yves Bot of 15 December 2015, Case C-486/14 *Kossowski* [GC] EU:C:2016:483 paras 33-34, 48-68.

128. Ibid. para 59.

129. Ibid. paras 64, 66.

130. Case C-436/04 *van Esbroeck* [2006] ECR I-2333 paras 35-36, 42; confirmed in Case C-150/05 *van Straaten* [2006] ECR I-9327 para 53; Case C-467/04 *Gasparini* [2006] ECR I-9199 para 54; C-288/05 *Kretzinger* [2007] ECR I-6441 paras 29, 37; C-367/05 *Kraaijenbrink* [2007] ECR I-6619 para 36.

131. Since national criminal law provisions usually do not protect the interests of foreign states, similar problems arise with crimes against the state, see art 55(1)(b) and (c) CISA.

interests that had been affected by the crime.[132] Irrespective of whether or not art 55(1)(a) CISA is held to be in conformity with art 50 CFR, the issue raised by the German court illustrates that concerns about the application of art 54 CISA were originating from a dysfunctional coordination of criminal proceedings because the "final" decision had not been taken in the Member State where the crime was committed (Germany). On the other hand, it is telling that the Court did not further elaborate on the requirement of a determination as to the merits of the case in *criminal proceedings against M* where the final decision (*ordonnance de non-lieu*) had been taken in the Member State where the criminal conduct had occurred (Belgium).[133]

In conclusion, neither the interest in effective transnational criminal law enforcement nor the coordinating function of art 54 CISA require a decision that was based upon a determination as to the merits of the case. This condition has originated from a strict concept of *res iudicata* that is limited to criminal judgments (ie convictions and acquittals in the strict sense). After the Court had rejected this approach (*Gözütok* and *Brügge*), the requirement of a decision on the merits lost its material basis and became an empty shell that was reactivated for the sole purpose to avoid an application of art 54 CISA where it would result in a dysfunctional coordination of criminal proceedings (*Miraglia*). Except for these cases, there is no valid reason not to apply art 54 CISA to decisions that have been taken without a determination as to the merits of the case.

Conclusion

According to art 54 CISA, the transnational effect of the *ne bis in idem* principle requires a decision finally disposing of a case. It is well-established case-law that this decision must have the effect of *res iudicata* in the domestic criminal justice system (ie barring further prosecution on the basis of the same facts and evidence). However, the second requirement established by the Court (ie a determination as to the merits of the case) does not comply with the character of art 54 CISA as a fundamental right (art 50 CFR) on the one hand, and its coordinating function on the other. A decision, however, is not "final" in terms of art 54 CISA if criminal proceedings were discontinued for the sole reason

132. For a detailed analysis see Martin Böse in Martin Böse, Frank Meyer and Anne Schneider *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union. Volume II: Rights, Principles and Model Rules* (Nomos 2014) 131 ff, 140-141.

133. Case C-398/12 *criminal proceedings against M* EU:C:2014:1057 para 16.

that criminal proceedings in another Member State would be given priority. Apart from that exception, the coordinating function of art 54 CISA and the requirement of legal certainty support an interpretation that a final decision to discontinue proceedings shall bar further prosecution in other Member States irrespective of whether the decision has been taken with or without assessment of the merits of the case. This interpretation of art 54 CISA does not ignore the Member States' interest in effective criminal law enforcement, but relies on the assumption that this interest is served best by an effective coordination of criminal proceedings.[134] *Wolfgang Schomburg* has repeatedly stressed the need for coordination of parallel proceedings and its repercussions on the transnational dimension of the *ne bis in idem* principle.[135] If, however, Member States fail to perform their coordination tasks[136], it seems neither appropriate nor legitimate to let the individual bear the consequences and to subject him to the burden of new criminal proceedings.[137]

---

134. See also Case C-129/14 *Spasic EU:C:2014:586* para 66.

135. Wolfgang Schomburg 'Konkurrierende nationale und internationale Strafgerichtsbarkeit' in Jörg Arnold, Björn Burkhardt, Walter Gropp, Günter Heine, Hans-Georg Koch, Otto Lagodny, Walter Perron, Susanne Walther (eds) *Menschengerechtes Strafrecht – Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag* (Beck 2005) 829, 843; 'Criminal matters: transnational ne bis in idem in Europe—conflict of jurisdictions—transfer of proceedings' [2012] 13 ERA-Forum 311, 320 ff.

136. See in this regard art 5 ff Framework Decision 2009/948/JHA of 30 November 2009 on prevention and settlement of conflicts of exercise of jurisdiction in criminal proceedings OJ L 328/42.

137. See also with regard to the "execution condition" in art 54 CISA ("provided that, if a penalty has been imposed, it has been enforced, is actually in the process of being enforced or can no longer be enforced under the laws of the sentencing Contracting Party."): Wolfgang Schomburg, Irene Suominen-Picht 'Verbot der mehrfachen Strafverfolgung, Kompetenzkonflikte und Verfahrenstransfer' 65 [2012] Neue Juristische Wochenschrift 1190, 1191; see, however, Case C-129/14 *Spasic EU:C:2014:586* para 51 ff, 74; for a critical assessment of the Court's reasoning see Martin Böse 'Einschränkungen des transnationalen ne bis in idem – notwendiges Korrektiv oder Anachronismus?' in Gudrun Hochmayr (n 2) 171, 173 ff; Frank Meyer 'Transnationaler ne-bis-in-idem-Schutz nach der GRC – zum Fortbestand des Vollstreckungselements aus Sicht des EuGH' 15 [2014] Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht 269, 270 ff.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A jurisdição penal da União Europeia como metajurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais, de Pedro Caeiro – *RBCCrim* 107/201-228 (DTR\2014\1554);
- As bases do processo penal transnacional, de Bernd Schünemann – *RBCCrim* 90/189-208 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 1/595-614 (DTR\2011\1582);
- O dever constitucional de não incorrer em *bis in idem*: identificação do concurso aparente entre normas penais e administrativas e a prevalência da esfera penal, de Sirlene Nunes Arêdes – *RBCCrim* 155/175-212 (DTR\2019\27864); e
- Proibição de submissão a novo julgamento – Regra do *ne bis in idem* – O sistema interamericano de direitos humanos e o direito comparado, de Priscila Akemi Beltrame – *RBCCrim* 80/407-430 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 6/1311-1332 (DTR\2009\517).

Crimes contra a fauna no Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012) e a ampliação da tutela jurídica dos animais

Crimes against the fauna in the draft of the new Criminal Code and the enlargement of the legal protection of animals

Tagore Trajano de Almeida Silva

Pós-doutor em Direito pela Pace Law School, New York/EUA. Professor Adjunto da UFBA e Professor do Programa de Pós-graduação da UCSal. Membro do NIPEDA/UFBA (Salvador/BA). Editor acadêmico do *site* do Mestrado em Direito e Sociedade da Universidade Autônoma de Barcelona/Espanha. Coordenador e membro do conselho editorial da Revista Brasileira de Direito Animal. Membro-fundador da Asociación Latinoamericana de Derecho Ambiental. Advogado. https://orcid.org/0000-0003-0028-486X
tagore@ufba.br

Maiara Alves Silva

Bacharel em Direito pela UFBA. Membro do NIPEDA/UFBA (Salvador/BA). Advogada. https://orcid.org/0000-0002-0785-8128.
maiara.alvess@gmail.com

Recebido em: 12.03.2019
Aprovado em: 05.06.2019
Última versão do(a) autor(a): 18.07.2019

Áreas do Direito: Ambiental; Penal

Resumo: Trata-se de artigo que pretende analisar a tutela jurídica conferida aos animais no ordenamento brasileiro, considerando as alterações propostas no Anteprojeto do Novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado 236/2012) e a ampliação e o recrudescimento das penalidades atualmente atribuídas aos crimes contra a fauna na Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998). Pretende-se aqui discutir se a legislação atual é insuficiente ou desproporcional em relação à teoria do bem jurídico, bem como se as mudanças pretendidas representam um avanço no

Abstract: This article aims at analyzing the legal protection given to animals in Brazilian order, considering the proposed changes in the draft of the New Criminal Code (Senate Bill no. 236 of 2012), and the enlargement and aggravation of penalties currently attributed to the crimes against animals in the Law of Environmental Crimes (Federal Law no. 9.605 of 1998). It is here intended to discuss if the current legislation is insufficient or disproportionate to the theory of legal interest, and also if the modifications represent a step forward in Brazilian Animal Law.

Silva, Tagore Trajano de Almeida; Silva, Maiara Alves. Crimes contra a fauna no Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012) e a ampliação da tutela jurídica dos animais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 162. ano 27. p. 45-81. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2019.

Direito Animal no Brasil. Serão avaliados quais pontos da reforma implicam presença excessiva do Direito Penal ou manutenção da desproporcionalidade e quais se traduzem em fortalecimento da proteção jurídica dada aos animais enquanto sujeitos de direitos.

Palavras-chave: Direitos dos animais – Crimes contra a fauna – Bem jurídico – Reforma penal – Proporcionalidade da pena.

It will be evaluated which topics of the reform implicate excessive presence of the Criminal Law or maintenance of the disproportionality, and which ones are translated into strengthening the legal protection of animals while subjects of rights.

Keywords: Animal rights – Crimes against animals – Legal interest – Criminal reform – Proportionality of punishment.

Sumário: 1. Introdução. 2. A intervenção penal em favor dos animais enquanto sujeitos de direitos. 3. O Anteprojeto do Novo Código Penal e os crimes contra a fauna. 3.1. Críticas à Lei 9.605/98 e sua incorporação no PLS 236/2012. 3.2. Os crimes contra a fauna no Direito comparado. 3.3. Inclusão de novos tipos penais e recrudescimento de penas. 3.3.1. Crimes contra a fauna silvestre (arts. 388 a 390). 3.3.2. Crime de abuso e maus-tratos (art. 391). 3.3.3. Transporte, abandono, omissão de socorro e rinha (arts. 392 a 395). 3.3.4. Crimes contra a fauna aquática e pesca ilegal (arts. 396 a 400). 3.4. Análise da importância conferida ao Direito Animal no PLS 236/2012 e expectativas para a prática jurídica. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Este artigo tem como objetivo discutir as propostas trazidas pelo Anteprojeto do Novo Código Penal Brasileiro (Projeto de Lei do Senado 236/2012), no capítulo relativo aos crimes contra a fauna, revogando as disposições contidas na Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998), para trazer penas mais graves e a inclusão de novos tipos penais em relação aos animais e demonstrando a predisposição social e legislativa de traduzir no ordenamento uma maior reprovabilidade das condutas.

O cerne do problema de pesquisa é entender se, dentro de uma tendência filosófica pós-humanista – que inclui a proteção à fauna e ao meio ambiente como valores que ganharam maior relevância –, os mecanismos penais do ordenamento brasileiro podem ser acessados para tratar da expansão da tutela dos animais. Ademais, ainda, em que medida alterações pontuais na legislação penal pátria são úteis para esse fim.

Nesse sentido, como primeira hipótese a ser levantada, é possível vislumbrar que ainda há uma considerável fragilidade ou insuficiência no ordenamento jurídico atual em relação à tutela jurídica dos animais, cujo debate ainda se faz dentro do Direito Ambiental. A ideia que animais são sujeitos de direito e, portanto, possuem interesses a serem resguardados juridicamente, já encontra apoio em

maior parte da doutrina, embora alguma resistência na jurisprudência. Mais do que isso, já se debate a possibilidade de animais serem dotados de legitimidade processual.

Assim, serão levantados os principais pontos controvertidos identificados na proteção animal, como o *status* de crimes de menor potencial ofensivo para condutas como maus-tratos, ou mesmo a dificuldade de fiscalização, investigação e identificação da autoria. Além disso, a persistência de um certo descrédito dos direitos dos animais na prática forense, que costuma ser relegado diante de questões mais urgentes de natureza humana individual ou social.

Por outro lado, nota-se que a iniciativa de tipificar mais condutas ou agravar penas, indiscriminadamente, pouco se reverte em benefícios de ordem prática. Hoje, uma considerável parcela dos doutrinadores penalistas critica a onipresença do Direito Penal e a tendência de criminalização de condutas como primeira resposta a uma situação fora de controle do Estado. Logo, cumpre verificar a segunda hipótese: se há como seguir a ótica de um minimalismo penal garantista ao tempo em que se defende maior proteção jurídica aos animais.

A metodologia utilizada é a transdisciplinaridade, considerando que o Direito Animal acaba se relacionando com demais campos do conhecimento jurídico de maneira horizontal e não tradicional. Busca quebrar com o modelo enciclopédico brasileiro, a fim de permitir um debate que envolve conceitos diversificados de variadas áreas.[1]

Nesta pesquisa, portanto, foram utilizadas fontes tanto do Direito Ambiental e Animal quanto do Direito Penal, através de levantamento bibliográfico, explorando a doutrina consolidada, bem como pesquisa documental, que inclui a legislação existente sobre o tema. Além disso, foram utilizadas as propostas legislativas em trâmite no Congresso Nacional, disponíveis nos *sites* do Senado e da Câmara de Deputados, o que inclui os debates da Comissão de Juristas para o Novo Código Penal, e material proveniente do trabalho de pesquisa realizado por movimentos de proteção animal, em especial o Movimento Crueldade Nunca Mais.

O trabalho foi dividido em dois momentos. Primeiro, será feita uma breve digressão acerca da possibilidade e do cabimento da utilização do Direito Penal como instrumento de proteção animal – considerando os animais enquanto sujeitos de direitos, mesmo dentro de uma intervenção penal mínima e garantista – e, nesse sentido, algumas críticas à atual Lei 9.605/98.

1. SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Direito animal e ensino jurídico*: formação e autonomia de um saber pós-humanista. Salvador: Evolução, 2014. p. 122-127.

Em seguida, serão tratadas no artigo as efetivas mudanças no Anteprojeto do Novo Código Penal, que pretende incorporar os crimes ambientais da Lei 9.605/1998 e trazer novos tipos penais específicos para os crimes contra a fauna ou penas mais graves para os tipos já existentes. Há, por exemplo, previsão de reformulação das condutas que hoje são consideradas crimes de menor potencial ofensivo, o que implica na possibilidade de punição com pena de prisão, não apenas a pena pecuniária ou aplicação de medidas alternativas.

Ao final, propõe-se uma análise sobre os efeitos pretendidos pelas modificações do Novo Código Penal e se representam, de fato, um avanço no Direito Animal ou se revestem de medidas inócuas que talvez atendam a um populismo penal. Considerando que, diante de uma fiscalização falha, poucas vezes são registrados boletins de ocorrência de crimes dessa natureza e, menos frequentemente ainda, as investigações prosseguem até a efetiva punição. E, mesmo assim, questiona-se se é o Direito Penal que oferece a resposta mais adequada a esse problema.

2. A intervenção penal em favor dos animais enquanto sujeitos de direitos

A Constituição Federal de 1988, com essência fortemente protetiva em relação ao meio ambiente, traz como incumbência do poder público a promoção da proteção da fauna e da flora. De acordo com o art. 225, § 1º, VII, são "vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade". Essa redação foi incluída na maioria das Constituições Estaduais, dada a importância conferida ao tema.[2]

Maria Helena Diniz frisa que esse dispositivo da Constituição deve ser interpretado de forma ampla, já que não se restringe aos aspectos biocêntrico ou ecocêntrico da fauna, mas trata os animais também por uma perspectiva moral. Assim, não devem ser vistos apenas como bens patrimoniais, ecológicos ou objetos materiais dos crimes cometidos contra a fauna, mas principalmente enquanto vítimas de crueldade.[3]

2. LEVAI, Laerte. *Direito dos animais*: o direito deles e o nosso direito sobre eles. 2. ed. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 2004. p. 32.

3. DINIZ, Maria Helena. Ato de crueldade ou de maus tratos contra animais: um crime ambiental. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 13, n. 1, p. 96-119, jan.-abr. 2018.

A teoria do bem jurídico busca delimitar sobre quais eventos da realidade ou experiência social incidem juízos de valor, através do constituinte e do legislador ordinário. Para a tutela penal, há um outro elemento, que é a real necessidade de ingerência penal para os bens de maior relevo.[4] Esses bens, por sua vez, são circunstâncias ou finalidades que, no entendimento de Claus Roxin, precisam ter recepção constitucional para merecer proteção.[5]

Para Paulo de Bessa Antunes, uma vez que a legislação brasileira determina a proteção penal da fauna, há uma situação jurídica dupla na qual o animal deve ser considerado um bem jurídico *sui generis*. Entende que "embora possa ser objeto do direito de propriedade, é dotado de prerrogativas legais que limitam o próprio direito do proprietário".[6]

O problema da tutela penal dos animais não é novo e, segundo Teixeira Neto, representa um dos grandes desafios do Direito Penal. Para o autor, questionar a possibilidade de os animais serem titulares de bens jurídicos-penais "é perguntar pelos limites de um direito penal liberal, [...] é questionar as possibilidades da sua função."[7]

Claus Roxin também identificou esse problema à luz do seu conceito de bem jurídico, tanto que, aponta Humberto Santos, mudou de opinião ao admitir que a fauna é uma exceção à teoria do bem jurídico em sentido crítico-sistemático, pois a legitimidade da proteção penal aos animais sempre causou embaraço para a teoria.[8]

Em um entendimento mais atualizado na doutrina penalista, Roxin entende que os animais, mesmo não tendo utilidade para existência social dos seres humanos, merecem ser poupados de sofrimento desnecessário, e que tais regras

4. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 104-118.
5. ROXIN, CLAUS. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu Jospe Glacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
6. ANTUNES, Paulo de Bessa. Breve apresentação da proteção aos animais no direito brasileiro. In: FIGUEIREDO, G. (Org.). *Direito ambiental e a proteção dos animais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017. p. 70.
7. TEIXEIRA NETO, João Alves. Aproximações à tutela penal de animais: desvelando a pergunta pela possibilidade de os animais serem titulares de bens jurídico-penais. *Revista de Estudos Criminais*, v. 16, n. 65, p. 157-169, abr.-jun. 2017.
8. SANTOS, Humberto Souza. Os animais superiores podem ser titulares de bens jurídicos? In: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas (Org.). *Repensando a proteção do meio ambiente*: 20 anos da Lei 9.605/98. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 317-335.

jurídicas protetivas "se relacionam como a própria proteção dos animais e não com o fim de preservar as pessoas da aflição".[9]

Faz-se ainda necessário destacar as divergências entre diferentes correntes de relevo na abordagem do Direito Penal. Desde os movimentos abolicionistas, que debatem caminhos para a extinção do sistema penal ante sua crise de legitimidade, aos minimalistas, que sustentam a limitação da violência punitiva e a contração máxima do sistema penal, chegando aos eficientistas, defendendo a maior repressão como forma de recuperar a legitimidade do Direito Penal.[10]

Parte da doutrina penalista, por um lado, entende como incompatível a abordagem da matéria ambiental com a postura de *ultima ratio* dada ao Direito Penal.[11] Ademais, na prática, observa-se a existência de uma tendência em criminalizar cada vez mais condutas, aumentar penas já tipificadas, o que representa, para autores como Vera Regina de Andrade, um apelo ao eficientismo penal.[12]

Por outro lado, outros autores questionam a proteção subsidiária dos animais enquanto elementos do bem jurídico ambiental, o que causa estranhamento quando se analisa, por exemplo, o teor do art. 32 da Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais, a partir daqui abreviada como LCA).[13]

Maria Auxiliadora Minahim e Lucas Gabriel Costa frisam que não se vislumbra a finalidade de proteção do meio ambiente nos crimes que atingem um animal doméstico, mas sim uma intenção direta em coibir a crueldade. Ademais,

---

9. Aponta Santos que, na atual opinião de Roxin, a proteção dos animais está relacionada à proteção das pessoas em algum grau, de modo que caberia futuramente o desenvolvimento de uma teoria do bem jurídico das criaturas, em que os animais teriam proteção enquanto "cocriaturas". Cf. idem.
10. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 7.
11. KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César. Intervenção mínima x precaução: conflito entre princípios no direito penal ambiental? In: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas (Org.). *Repensando a proteção do meio ambiente*: 20 anos da Lei 9.605/98. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 79.
12. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 52, p. 163-182, jul. 2006.
13. MINAHIM, Maria Auxiliadora; COSTA, Lucas Gabriel. Tutela penal da fauna: o valor protegido pela legislação brasileira. In: In: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas (Org.). *Repensando a proteção do meio ambiente*: 20 anos da Lei 9.605/98. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 289-300.

ao compreender os animais enquanto sujeitos de direitos, a ideia de uma linha demarcatória entre o homem e os demais animais parece admitir uma distinção muito mais relacionada ao grau de complexidade do que de essência.[14]

Em relação aos efeitos da criminalização de condutas lesivas contra a fauna, a LCA traz a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade pelas penas restritivas de direitos – como prestação de serviços, interdição temporária de direitos, suspensão parcial ou total de atividades, prestação pecuniária ou recolhimento domiciliar –, o que, para Edna Cardozo Dias, é uma inovação dentro de um contexto de crise do sistema penitenciário brasileiro.[15]

Com exceção aos crimes previstos no art. 30 (contrabando de peles e couros de anfíbios e répteis em bruto), que tem pena de reclusão de três meses a um ano e multa, e no art. 35 (pescar mediante utilização de explosivos ou substâncias tóxicas), com pena de reclusão de um a cinco anos, os demais crimes contra a fauna são considerados de menor potencial ofensivo. São, portanto, passíveis dos benefícios da Lei dos Juizados Especiais Criminais, como a aplicação de multa, penas restritivas de direitos e suspensão processual condicionada.[16]

A discussão acerca das penas cominadas nos crimes cometidos contra a fauna perpassa, necessariamente, a análise do princípio da proporcionalidade, visto que, tendo como premissa o Direito Penal mínimo, a pena infligida deve ser proporcional à gravidade da ação, sempre considerando a importância do bem jurídico.[17]

De acordo com o modelo garantista de Direito Penal mínimo, proposto pelo autor Luigi Ferrajoli, é preciso ter bem estabelecidas as regras para imputação da responsabilidade penal, que são as garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro penal em um Estado de direito.[18] Tais tipos penais precisam atender a princípios norteadores para a intervenção penal, na qual aqui se destaca o princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, a proporcionalidade em sentido estrito, dentro de uma perspectiva minimalista reformadora de moderação das penas, deve garantir o

14. Idem.
15. DIAS, Edna Cardozo. *A tutela jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 181.
16. LEVAI, Laerte Fernando. *Direitos dos animais*..., cit., p. 36.
17. KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 59.
18. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 91.

equilíbrio entre os meios utilizados, "proibindo-se não só os excessos, mas também a insuficiência da proteção".[19]

Para Ferrajoli, as penas pecuniárias, por exemplo, ferem diretamente o princípio da proporcionalidade, pois não guardam coerência com um modelo de Direito Penal mínimo. Para ele, se a pena pecuniária é suficiente como punição, o delito deve ser descriminalizado para que seja transformado em mera infração administrativa; se for considerada insuficiente, entretanto, deve ser substituída por um tipo de pena mais severa.[20]

Nessa mesma ótica, alguns autores defendem que a legislação ainda é frágil e desproporcional em prejuízo aos animais, posto que não destaca a importância de defendê-los pelo valor intrínseco individual. Só consegue oferecer uma melhor proteção apenas "nas hipóteses em que eles estão inseridos em determinado contexto ambiental, o de bichos com função ecológica ou sob risco de extinção".[21]

De fato, o que ocorre com a maior parte dos crimes contra a fauna previstos na LCA é que se trata de crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima abstrata implica na substituição por penas restritivas de direitos, entre elas a prestação pecuniária. Na prática, as penas costumam ser o pagamento de cestas básicas e multa.[22]

Logo, sob a égide do princípio da proporcionalidade, em tese mereceriam maior reprovabilidade os tipos que proíbem atos de crueldade contra animais, posto que estes não são apenas elementos do meio ambiente, mas também seres vivos sensíveis, dotados de cérebro e sistema nervoso, e capazes de sentir dor.[23]

---

19. MONTARROYOS, Heraldo Elias. Vigiar e punir: abolicionismo, minimalismo, maximalismo e a ressocialização do apenado. *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, v. XXXIII, p. 247-267, jan.-jun. 2016.
20. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 383.
21. BRANCO, Thayara Castelo Branco; SOARES, Lorena Saboya Vieira. Avanços e desafios da proteção animal no Brasil. In: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas (Org.). *Repensando a proteção do meio ambiente*: 20 anos da Lei 9.605/98. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 307-308.
22. AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DE DIREITOS ANIMAIS – ANDA. *Maus-tratos e abandono de animais serão punidos com multa de até 4 mil reais*. Disponível em: [https://anda.jusbrasil.com.br/noticias/261678600/maus-tratos-e-abandono-de-animais-serao-punidos-com-multa-de-ate-4-mil-reais]. Acesso em: 02.12.2018.
23. MINAHIM, Maria Auxiliadora; COSTA, Lucas Gabriel. Op. cit., p. 293.

Há que se reconhecer que a LCA tem sua maior deficiência na cominação das penas, posto que são desproporcionais e sem razoabilidade em boa parte dos artigos. Diga-se de passagem, na leitura de Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel, que essa tem sido a tônica da legislação atual, que é produzida sob a égide do populismo penal.[24]

A LCA, por exemplo, já apresenta inúmeros excessos em sua redação, o que contribui para o inchaço das leis penais esparsas e a reprodução da ideia de que o Direito Penal pode ser utilizado extensivamente para solucionar as mais diversas questões, inclusive a ambiental.[25] Por outro lado, quando se avalia a proteção jurídica dada particularmente aos animais por um viés pós-humanista, a partir do qual são sujeitos de direito, afirma Laerte Levai que a legislação penal ainda reproduz uma discriminação desses animais, onde os crimes "acabam caindo na vala comum das condutas de menor potencial ofensivo".[26]

A principal força motriz no anseio por punições mais severas em relação aos crimes cometidos contra os animais parte, sem dúvidas, dos movimentos ambientalistas e animalistas, que "postulam o reconhecimento do animal como sujeito de direito e sua preservação de atos atentatórios à integridade e ao bem estar físicos".[27] É de se reconhecer que "o movimento criado por estas sociedades de proteção animal foi responsável pelo surgimento das normas jurídicas em defesa dos animais", tornando-se verdadeira fonte material da legislação anticrueldade positivada neste processo.[28]

Outrossim, além das propostas reformadoras dentro da própria legislação penal, segundo Laerte Levai, algumas outras medidas jurídicas podem ser adotadas, como a criação de Promotorias de Justiça especializadas, reforçando o papel do Ministério Público na tutela jurídica dos animais.[29]

---

24. GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Luiz Silvio. *Lei de crimes ambientais*: comentários à Lei 9.605/1998. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.
25. LOBATO, José Danilo Tavares. Correção de rumos: um convite à reflexão dos próximos 20 anos da Lei de Crimes Ambientais. In: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas (Org.). *Repensando a proteção do meio ambiente*: 20 anos da Lei 9.605/98. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 364.
26. LEVAI, Laerte Fernando. *Tese promotoria de defesa animal*. Disponível em: [http://olharanimal.org/tese-promotoria-de-defesa-animal/]. Acesso em: 03.12.2018.
27. MINAHIM, Maria Auxiliadora; COSTA, Lucas Gabriel. Op. cit., p. 299.
28. SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Op. cit., p. 154.
29. LEVAI, Laerte Fernando. *Tese promotoria de defesa animal*. Disponível em: [http://olharanimal.org/tese-promotoria-de-defesa-animal/]. Acesso em: 03.12.2018.

Por fim, no entendimento de Maria Helena Diniz, "urge a edição de normas que punam mais rigorosamente tais práticas de crueldade contra os animais" uma vez que, para ela, o critério a ser utilizado como justificativa é a senciência e a necessidade de conscientizar as autoridades e a população acerca do respeito à integridade físico-psíquica dos animais.[30]

Com efeito, é necessário reivindicar, para além de qualquer reforma penal, posto que essa só não bastaria sem uma mudança da própria cultura jurídica acerca dos animais, um trabalho efetivamente social e pedagógico. Dessa maneira, seria mais fácil enraizar os direitos dos animais na sociedade brasileira, possibilitando até mesmo um efeito preventivo em relação aos crimes tipificados.

3. O Anteprojeto do Novo Código Penal e os crimes contra a fauna

Em 2011, foi criada uma Comissão de Juristas no Senado Federal, com o intuito de redigir uma proposta legislativa para a reforma do Código Penal, substituindo o diploma legal vigente desde 1945. De acordo com os juristas, a intenção era modernizar o sistema penal, prevendo outras possibilidades de penas alternativas para crimes de menor potencial ofensivo, mas garantindo maior rigor nos crimes considerados mais graves.[31]

A Comissão apresentou o anteprojeto em 27 de junho de 2012, em tramitação como Projeto de Lei do Senado 236/2012. No texto apresentado, em relação aos crimes contra os animais, há previsão de penas consideradas mais compatíveis com a gravidade dos crimes contra a fauna, incorporando os tipos penais da Lei de Crimes Ambientais.[32]

A promotora de Justiça Vânia Tuglio, do Ministério Público do Estado de São Paulo, explica que, antes da apresentação do texto, já havia demanda no meio legislativo para agravar a pena dos crimes contra os animais. No entanto, também havia, em sentido contrário, alguns projetos de lei visando à

30. DINIZ, Maria Helena. Ato de crueldade ou de maus tratos contra animais: um crime ambiental. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 13, n. 1, p. 96-119, jan.-abr. 2018.

31. AGÊNCIA SENADO. *CCJ aprova debate sobre projeto que reforma o Código Penal*. Disponível em: [www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/09/27/ccj-aprova-debate-sobre-projeto-que-reforma-o-codigo-penal]. Acesso em: 30.11.2018.

32. TUGLIO, Vânia. Dos crimes contra a fauna. In: MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro (Org.). *Crimes ambientais:* comentários à Lei 9.605/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

descriminalização das condutas de maus-tratos, principalmente contra animais domésticos e domesticados.[33]

Diante dessas notícias, foi criado o Movimento Crueldade Nunca Mais – atuando junto a outras ONGs, inclusive o Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal –, que passou a demandar não apenas a manutenção da tipificação das condutas contra a fauna, mas ainda a ampliação da proteção penal dada aos animais, com a fixação de penas maiores.[34]

É relevante destacar que, segundo constante na Ata da 21ª Reunião da Comissão de Juristas, realizada em 25 de maio de 2012, ao revisar a legislação no que diz respeito aos crimes contra a fauna, muito embora tenham acolhido diversos pleitos feitos pelas entidades da causa animal e o Ministério Público, os juristas manifestaram preocupação em manter a proporcionalidade das penas em relação aos crimes cometidos contra seres humanos, a fim de resguardar um grau de reprovabilidade maior nesses casos.[35]

Outro destaque feito pela Comissão foi a necessidade de realizar algumas adequações técnicas quanto aos tipos originalmente previstos na LCA. Assim, definir-se-iam de maneira mais clara os núcleos dos tipos penais propostos, bem como garantir-se-ia dignidade aos crimes ambientais por estarem inseridos no Código Penal Brasileiro, e não em lei avulsa.[36]

Ademais, embora o PLS 236/2012 esteja ainda em tramitação no Senado, podendo vir a sofrer novas emendas em seu texto, já demonstra que a tendência, para o futuro Código Penal, é de não deixar de tipificar as condutas para impor sanções administrativas, mas inclusive de abarcar em tipos penais entendimentos jurisprudenciais já firmados sobre a proteção animal, como finalmente trazer a proibição expressa da prática de rinha.[37]

---

33. TUGLIO, Vânia. *Dra. Vania Tuglio fala sobre a Reforma do Código Penal e a Lei de Crimes Ambientais*. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=2l8IKnUZaOM]. Acesso em: 30.11.2018.
34. Idem.
35. SENADO FEDERAL. *Ata da 21ª Reunião da Comissão de Juristas, criada nos termos do Requerimento n. 756 de 2011, do Senador Pedro Taques, aditado pelo Requerimento n. 1.034 de 2011, do Senador José Sarney, destinada a elaborar anteprojeto de Código Penal*. p. 20. Disponível em [https://pt.scribd.com/document/98660394/Ata-da-Comissao-de-juristas-para-a-Reforma-do-Codigo-Penal-25-05-12]. Acesso em: 30.11.2018.
36. Idem.
37. Idem.

3.1. Críticas à Lei 9.605/98 e sua incorporação no PLS 236/2012

Uma das principais críticas feitas à LCA, apesar de ser considerada uma lei inovadora em matéria ambiental, é à opção do legislador em tratar as hipóteses de crueldade contra os animais como crimes de menor potencial ofensivo. Laerte Levai reconhece a existência de uma tendência, no ordenamento brasileiro, pela política criminal de despenalização, porém não deixa de registrar que causa espanto o fato de as condutas lesivas contra os animais serem consideradas infrações "de pequena monta".[38]

Maria Izabel Toledo afirma que a LCA conta com graves falhas técnicas e jurídicas que contribuem para dificultar a aplicação da norma, citando, por exemplo, "a desproporcionalidade das penas, a ausência de tipos legais necessários à tutela da fauna, e a violação do princípio da taxatividade, com a utilização de expressões vagas e ambíguas".[39] A autora destaca que as sanções previstas na LCA não estão de acordo com a gravidade das condutas praticadas, bem como a redação legal muitas vezes não determina claramente os contornos da tipicidade e as consequências jurídicas para o infrator. Além disso, fere-se o princípio da taxatividade ao recorrer às normas penais em branco, buscando complementar o tipo com outro ato normativo.[40]

Acerca da proporcionalidade e do grau de reprovabilidade, cabe destacar o fato de os crimes do art. 30 e do art. 35 terem, por exemplo, penas maiores que o art. 32 ("Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos"), cuja sanção cominada é de detenção, de três meses a um ano, e multa. Também merece ser feita uma consideração à redação do art. 29 ("Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida") por não incluir os animais domésticos e domesticados, como aponta Maria Izabel Toledo.[41]

Para a autora, além da referida omissão identificada no art. 29, questiona-se ainda a ausência de previsão legal para a morte de animais domésticos e

38. LEVAI, Laerte Fernando. *Direitos dos animais*..., cit., p. 37.

39. TOLEDO, Maria Izabel Vasco de. A tutela jurídica dos animais no Brasil e no direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Animal*, ano 7, v. 11, p. 197-223, jul.-dez. 2012.

40. Idem.

41. TOLEDO, Maria Izabel Vasco de. *O tratamento jurídico-penal da experimentação animal no Brasil e o caso do "Instituto Royal"*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. p. 55.

domesticados fora das hipóteses de maus-tratos (art. 32), como se a conduta de matar um animal doméstico fosse punida tão somente enquanto presente o elemento "sofrimento" que decorre de maus-tratos. Segundo esse raciocínio, "isso significa que se o agente matar o animal a tiros, por exemplo, em que ocorra a morte 'rápida e indolor', a ação estaria isenta de tipificação, revelando o completo descaso do legislador".[42]

Outro fator destacado pelo penalista Luiz Regis Prado é que a LCA tem a inconveniência de reservar a tutela penal do meio ambiente, sendo esse um bem jurídico essencial, à legislação extravagante. Enquanto isso, outros países investem no processo de realizar o traslado de normas da legislação especial para o Código Penal.[43]

As leis penais especiais, segundo Prado, na prática terminam se convertendo em um "Direito Penal de menor valor", pois não se tornam objeto de estudo pela doutrina ou pelas universidades, bem como acabam sendo raramente aplicadas pelos tribunais, que geralmente tende a considerar como verdadeiro o direito codificado.[44] Com essa visão concorda José Danilo Lobato, que considera a Lei 9.605/98 excessivamente prolixa. Para ele, a existência de tantos subsistemas jurídicos em leis extravagantes faz com que esta profusão de normas penais permaneça desconhecida não só pela população, mas também por uma boa parte dos operadores do Direito.[45]

Por todas essas razões, a incorporação dos crimes ambientais ao NCPB tem sido vista como uma mudança benéfica no sentido de buscar uma nova consolidação das leis penais. Além disso, Lobato propõe que a LCA seja mantida e utilizada apenas para regular a responsabilização de pessoas jurídicas nos crimes ambientais, de modo que o Código Penal passaria a tratar da conduta das pessoas naturais.[46]

Vânia Tuglio destaca que as alterações propostas pela reforma visam a corrigir a aplicação de sanções quase que exclusivamente administrativas, considerando que, segundo ela, essas não surtem, perante uma sociedade moderna e complexa como a brasileira, efeito intimidatório suficiente para impedir o crime.[47] Tuglio

42. Idem.
43. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 80.
44. Idem.
45. LOBATO, José Danilo Tavares. Op. cit., p. 364.
46. Ibidem, p. 366-367.
47. TUGLIO, Vânia. Dos crimes contra a fauna, cit.

ainda defende que corrigem o objetivo da reparação do dano, que atualmente é o pagamento de cestas básicas ou prestação de serviços à comunidade, porém raramente voltadas ao próprio meio ambiente, como preconiza o art. 27 da LCA.[48]

Nesse sentido, observa-se que tanto a Constituição Federal como a LCA foram determinantes para o avanço da política protecionista dos animais, porém não se mostraram suficientes para retirá-los do que Thayara Castelo Branco e Lorena Soares chamam de "estados silenciados de violência", haja vista a manutenção da coisificação animal e a legitimação de várias formas de crueldade.[49]

3.2. Os crimes contra a fauna no Direito comparado

A influência do movimento animalista no ordenamento jurídico, e a busca desse por uma maior proteção do bem-estar animal através do Direito Penal, são fenômenos comuns em diversas partes do mundo, que frequentemente impulsionam iniciativas legislativas.[50]

Afirma a autora espanhola Esther Hava García que "a regulação jurídico-penal sobre a matéria de proteção dos animais, apesar das reformas que experimentou nos últimos anos, segue parecendo a um importante setor da sociedade incompleta e insuficiente".[51] Na Espanha, o art. 337 do Código Penal prevê pena similar à do art. 32 da LCA para o crime de maus-tratos e crueldade com animais domésticos, punindo a conduta com prisão de três meses a um ano na hipótese de morte ou lesões graves. No entanto, uma reforma promovida pela Lei Orgânica 5/2010 alterou o Código Penal espanhol e excluiu o requisito da "crueldade" no art. 337, além de estender a tutela aos animais domesticados.[52]

---

48. A promotora destaca a atuação do Grupo Especial de Combate aos Crimes Ambientais e de Parcelamento Irregular do Solo (GECAP), do qual faz parte no MP-SP, que prioriza como punição administrativa, por exemplo, o encaminhamento de dinheiro para entidades que abrigam animais previamente conhecidas pelo GECAP e que tenham a documentação em ordem. Cf. AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DE DIREITOS ANIMAIS – ANDA. *Promotora defende a ampliação de direitos para animais*. Disponível em: [www.anda.jor.br/2013/06/promotora-defende-a-ampliacao-de-direitos-para-animais/]. Acesso em: 01.12.2018.
49. BRANCO, Thayara Castelo Branco; SOARES, Lorena Saboya Vieira. Op. cit., p. 314.
50. MINAHIM, Maria Auxiliadora; COSTA, Lucas Gabriel. Op. cit., p. 299.
51. GARCÍA, Esther Hava. La protección del bienestar animal a través del derecho penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, v. XXXI, p. 259-304, 2011.
52. Idem.

Já na Itália, a Lei 189/2004 introduziu, no Código Penal, um capítulo dedicado aos "delitos contra o sentimento pelos animais". O art. 544 bis, por exemplo, sanciona a conduta daquele que ocasiona a morte de um animal sem necessidade ou por mera crueldade, e reconhece o animal como sujeito passivo do ato. A pena fixada é de reclusão de quatro meses a dois anos.[53]

Também é tipificada, no ordenamento italiano, a conduta de promover, organizar ou dirigir combates ou competições não autorizadas entre animais, com pena de um a três anos de reclusão, além de multa. E, mais recentemente, a Lei 120/2010 introduziu a obrigação de prestar socorro a animais envolvidos em acidentes rodoviários.[54]

De seu turno, a legislação da Nova Zelândia é uma das mais detalhadas. Diferentemente da redação do art. 32 da LCA, por exemplo, que abrange em um só tipo diversas condutas, aponta Maria Izabel Toledo que, no ordenamento neozelandês, as condutas são pormenorizadas e há "diferenciação entre risco de morte, perda de parte do corpo, tornar-se permanentemente incapacitado, etc., havendo inclusive previsão da modalidade culposa".[55]

De uma maneira geral, Toledo destaca que, independentemente do país cujo ordenamento jurídico se esteja analisando, tem-se que quase sempre "são leis brandas, que muitas vezes não chegam a ser aplicadas". Para ela, embora vários países já superem a ideia de "coisificação" dos animais, ainda falta uma verdadeira mudança na consideração moral que a sociedade, os magistrados e legisladores têm para com os animais não humanos, concedendo a esses direitos morais básicos como vida, liberdade e integridade física.[56]

3.3. Inclusão de novos tipos penais e recrudescimento de penas

A tendência de agravamento das penas nos delitos cometidos contra os animais acompanha, de acordo com a promotora Vânia Tuglio, o próprio sistema brasileiro de execução penal. Segundo ela, um dos motivos ensejadores para as

53. TARZIA, Antonello; PISCIAVINO, Nicola. Il benessere degli animali nella legislazione italiana. In: FIGUEIREDO, G. (Org.). *Direito ambiental e a proteção dos animais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017. p. 39-55.

54. Idem.

55. TOLEDO, Maria Izabel Vasco de. A tutela jurídica dos animais no Brasil e no direito comparado, cit., p. 216.

56. Ibidem, p. 217.

alterações propostas é que a previsão de detenção de até um ano, na prática, não implica efetiva prisão.[57]

Ela ressalta que houve ainda uma proposta inicial de fixar pena mínima de dois anos para o crime de maus-tratos, a fim de afastar a possibilidade de realização da transação penal, bem como a proposta de igualar a pena do tráfico de animais silvestres à do tráfico de drogas, com reclusão de 5 a 15 anos, por entender se tratar de conduta idêntica. Essas duas sugestões não foram contempladas no projeto original elaborado pela Comissão de Juristas, no entanto.[58]

Uma outra justificativa frequentemente dada para as penas serem elevadas é que pode existir uma correlação entre as condutas de maus-tratos contra os animais e a tendência ao cometimento de outros crimes contra pessoas, hipótese levantada em diversos estudos conduzidos nos Estados Unidos desde a década de 1960.[59]

De acordo com Marcelo Nassaro, a chamada "teoria do link" indica que a prática de maus-tratos frequentemente está relacionada com outras situações graves praticadas dentro da família e que muitas vezes não são reportadas. Conforme as pesquisas retratadas, o infrator apresenta maior tendência a demonstrar agressividade e violência. Logo, intervir imediatamente nos crimes de maus-tratos contra animais, com a sanção penal adequada, poderia contribuir para quebrar um ciclo de violência.[60]

No projeto para o NCPB, conforme a redação dada pela Comissão, o capítulo dos crimes contra a fauna passaria a contar com 13 artigos próprios, sendo que 5 deles apresentam novos tipos penais: transporte de animal em condições irregulares; abandono; omissão de socorro; promoção de confronto entre animais ("rinha"); e pesca ou caça de cetáceos.[61]

---

57. TUGLIO, Vânia. *Crimes contra animais*. Disponível em: [www.youtube.com/watch?-v=aZwFCpz8p1I]. Acesso em: 03.12.2018.

58. Idem.

59. NASSARO, Marcelo Robis Francisco. Maus-tratos aos animais e violência contra as pessoas. *Revista MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, Ed. Defesa da Fauna, p. 40-47, 2016.

60. A pesquisa mais completa feita acerca desse tema ("teoria do link") foi publicada em 1997, com dados obtidos entre 1975 e 1996 no estado de Massachussets (EUA), tendo concluído que 70% daqueles indivíduos que haviam praticado crimes de maus-tratos também tinham outros registros em suas fichas criminais por prática de violência, furtos, uso de drogas e vandalismo. cf. NASSARO, Marcelo Robis Francisco. Op. cit., p. 43.

61. SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado 236, de 2012*. Disponível em: [https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1543021035004&-disposition=inline]. Acesso em: 01.12.2018.

Os demais tipos tiveram, em sua maioria, as penas aumentadas, em especial a conduta de maus-tratos, que era a principal expectativa. A partir da reforma, os delitos saem da competência do Juizado Especial Criminal, que só julga aqueles crimes cujas penas máximas são de até dois anos.[62]

Cabe destacar que o PLS 236/2012 tramita já com um substitutivo ao texto original da Comissão de Juristas, reduzindo algumas penas e retirando alguns tipos incriminadores do projeto. Desse modo, a partir desse ponto será analisada a proposta original feita pelos juristas, mas também mencionadas as emendas parlamentares sugeridas.[63]

3.3.1. Crimes contra a fauna silvestre (arts. 388 a 390)

O primeiro dispositivo do rol de crimes contra a fauna, de acordo com o PLS 236/12, é o art. 388, que equivale ao art. 29 da LCA. A redação do tipo penal permanece a mesma, porém a alteração significativa é a proposta do aumento da pena: de detenção, de seis meses a um ano, e multa; para prisão, de dois a quatro anos.[64]

A conduta, portanto, deixa de ser crime de menor potencial ofensivo. Sobre esse aspecto, Branco e Soares defendem que, de fato, não se pode considerar irrelevante a retirada de uma espécie da natureza, quando em geral se fala em espécies ameaçadas, "com o evidente impedimento do exercício da sua função e de todas as trocas que pode permitir, inclusive genéticas, que beneficiam e garantem a biodiversidade do planeta".[65]

José Danilo Lobato destaca um equívoco do legislador nesse dispositivo, que acabou sendo parcialmente mantido com a proposta de reforma. Embora tenha sido acolhida a sugestão de aumento de pena, o que é criminalizado não é "a caça como

62. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Novo CP*: abandono de animais é criminalizado e maus-tratos terão penas quatro vezes maior. Disponível em: [https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3131635/novo-cp-abandono-de-animais-e-criminalizado-e-maus-tratos-terao-pena-quatro-vezes-maior]. Acesso em: 01.12.2018.

63. SENADO FEDERAL. Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal. *Parecer 1.576, de 2013*. Disponível em: [http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3516810&disposition=inline]. Acesso em: 03.12.2018.

64. SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado 236, de 2012*. "Art. 388. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida".

65. BRANCO, Thayara Castelo Branco; SOARES, Lorena Saboya Vieira. Op. cit., p. 313.

um dano per se ao meio ambiente, mas sua realização sem a devida autorização administrativa".[66] Ademais, observa-se que a pena cominada atualmente pela LCA para a conduta do tráfico de animais silvestres, principalmente se comparada ao tipo penal do tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, não guarda a devida proporcionalidade, muito embora sejam ações de natureza semelhante.[67]

Nesse ponto, no entanto, é importante destacar que o crime de tráfico de pessoas, tipificado no art. 149-A do Código Penal, tem pena de reclusão de quatro a oito anos, de modo que a discussão acerca da proporcionalidade das penas precisaria englobar também essa comparação. Qualquer perspectiva reformista, sem essa análise ampliada e cuidadosa, haveria de incorrer na manutenção de disparidades injustificáveis à luz da teoria do bem jurídico.

Em relação à legislação atual, a título de exemplo, destaca-se um caso de 2017, em que o Ministério Público Federal cumpriu mandado de busca e apreensão e condução coercitiva contra Valdivino Honório de Jesus, considerado o maior traficante de animais silvestres do Brasil. Ao longo de mais de 20 anos, o acusado acumulou sete processos judiciais pelo crime, além de multas milionárias no IBAMA, que, segundo o MPF, não impediram sua reincidência na prática. Ainda de acordo com o *parquet*, o acusado "não se intimida com a atuação administrativa ou mesmo com a resposta penal que tem por base apenas o art. 29, § 1º, inciso III, da Lei n. 9.605/98".[68]

Por fim, o § 2º desse artigo passa a prever que o juiz poderá deixar de aplicar a pena apenas quando a guarda doméstica seja de um único exemplar da espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, quando anteriormente não havia essa limitação. Essa alteração é considerada positiva, pois fecha uma lacuna da LCA, que atualmente acaba favorecendo traficantes de animais silvestres.[69]

---

66. LOBATO, José Danilo Tavares. Op. cit., p. 368.

67. BRASIL. Lei 11.343, de 2006: "Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa."

68. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *MPF participa de operação contra maior traficante de animais do Brasil*. Disponível em: [www.mpf.mp.br/pb/sala-de-imprensa/noticias-pb/a-pedido-do-mpf-em-patos-pb-justica-expede-mandados-de-conducao-coercitiva-e-busca-e-apreensao-contra-maior-traficante-de-animais-do-brasil]. Acesso em: 03.12.2018.

69. TUGLIO, Vânia. Dos crimes contra a fauna, cit.

De seu turno, o art. 389 do PLS 236/2012 substitui o art. 30 da LCA, que dispõe sobre a exportação ilegal de peles e couros de anfíbios ou répteis. A pena é aumentada: de reclusão, de um a três anos, e multa; passa a ser de prisão, de dois a seis anos.[70] A redação busca corrigir um erro técnico do atual dispositivo, pois a expressão "exportar para o exterior" indica pleonasmo, uma vez que no verbo "exportar" já está implícito que só poderá ser para o exterior.[71]

Algo importante a se destacar desse dispositivo é que a pena cominada, quando observada em comparação aos tipos do art. 388 e do art. 391, mantém a relação de desproporcionalidade da LCA no art. 30, criticada por Miguel Reale, quando se pondera o bem jurídico tutelado. Segundo ele, a repressão é exagerada quando se verifica que dar causa à morte de animal silvestre tem pena inferior à comercialização de sua pele ou couro. Ou seja, vulnerar a integridade física e a vida do animal tem menor grau de reprovabilidade do que o crime de mera conduta da exportação.[72]

O art. 390, por sua vez, trata da "introdução de espécime animal no país, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente", e mantém a redação do art. 31, bem como a punição de três meses a um ano, embora tenha sido excluída a previsão de multa.[73]

3.3.2. Crime de abuso e maus-tratos (art. 391)

O crime previsto no art. 32 da LCA, conhecido comumente como "maus-tratos", é talvez o que enseja maior discussão e o que tem maior aplicabilidade na prática jurídica, visto que representa grande parte das denúncias realizadas.[74]

---

70. PLS 236/2012: "Art. 389. Importar, exportar, remeter, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em cativeiro ou depósito, transportar, trazer consigo, guardar, entregar a comércio ou fornecer ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, incluídos penas, peles e couros, sem autorização legal e regulamentar."

71. SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 175.

72. REALE, Miguel. Meio ambiente e o direito penal brasileiro. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, v. 2. ano. 2, n. 2, jan.-jun. 2005. p. 77.

73. Vânia Tuglio critica a manutenção do conceito de menor ofensividade desse artigo, pontuando que "as consequências que espécies exóticas invasoras podem causar aos nossos ecossistemas são gravíssimas". Cf. TUGLIO, Vânia. Dos crimes contra a fauna, cit.

74. No GECAP do MP-SP, dos 1.600 procedimentos analisados em um ano e meio de funcionamento, 20% se referiam a maus-tratos. cf. AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DE DIREITOS

De acordo com Luciano Santana e Clarissa dos Santos, no intuito de realizar uma interpretação crítica do crime de maus-tratos, deve se considerar o dano como tudo aquilo que causa diminuição ou restrição do bem-estar animal. Na concepção de Tom Regan, que os autores apresentam, o dano pode ser tanto aquele que inflige um sofrimento físico ou psíquico prolongado, ou de intensidade considerável, quanto aquele dano por privação.[75] Assim, a intenção primária de punir a conduta de abuso e maus-tratos é de impedir uma "lesão intencional ao interesse básico de bem estar do animal", tanto se o indivíduo age com dolo direto ou eventual para prejudicar o ser vivo, quanto ao agir pautado por uma indiferença moral ou não ao sofrimento causado.[76]

Sônia T. Felipe, discorrendo acerca da fundamentação ética dos direitos dos animais na obra de Humphrey Primatt, aponta que todo ato de crueldade praticado contra aqueles incapazes de se defenderem é mais bárbaro na medida da vulnerabilidade da vítima, o que explicaria, portanto, a legitimidade de uma maior indignação quanto aos crimes cometidos contra animais.[77]

Nesse sentido, a principal alteração proposta na reforma é o aumento de pena para a prisão, de um a quatro anos, quando no art. 32 se tem detenção, de três meses a um ano, e multa. Além disso, a redação do art. 391 retira do *caput* as condutas de "ferir" e "mutilar" e as insere como causa de aumento de pena no § 2º, de 1/6 a 1/3.[78] Antes o que se tinha, como aponta Laerte Levai, era um "tipo penal de conteúdo variado, porque sua ocorrência perfaz-se com inúmeras condutas", o que foi parcialmente corrigido com a proposta do PLS 236.[79]

ANIMAIS – ANDA. *Promotora defende a ampliação de direitos para animais*. Disponível em: [www.anda.jor.br/2013/06/promotora-defende-a-ampliacao-de-direitos-para-animais]. Acesso em: 01.12.2018.

75. SANTANA, Luciano Rocha; SANTOS, Clarissa Pereira Gunça dos. O crime de maus-tratos aos animais: uma abordagem sobre a interpretação e a prova de materialidade e autoria (artigo 32). In: MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro (Org.). *Crimes ambientais*: comentários à Lei 9.605/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
76. Idem.
77. FELIPE, Sônia. T. Fundamentação ética dos direitos animais: o legado de Humphry Primatt. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, n. 1, p. 207-229, jan.-dez. 2006.
78. PLS 236/2012: "Art. 391. Praticar ato de abuso ou maus-tratos a animais domésticos, domesticados ou silvestres, nativos ou exóticos: [...] § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se ocorre lesão grave permanente ou mutilação do animal."
79. LEVAI, Laerte Fernando. *Direitos dos animais*... cit., p. 38.

A definição do que é "maus-tratos", na prática, ainda é mais bem feita pelo Decreto 24.645/34, que continua vigente. Não obstante, a definição do que vem a ser "ato de abuso" permanece incerta, o que não foi tratado na proposta de reforma do NCPB.[80]

Já a pena proposta no substitutivo fora reduzida para "prisão, de um a três anos", sob o argumento de que a proposta original feita pela Comissão de Juristas se revelava "significativamente desproporcional, principalmente se compararmos com a pena de maus-tratos contra uma pessoa".[81]

Diversos casos que envolvem o atual art. 32 da LCA são noticiados cotidianamente e tornam-se emblemáticos para o movimento de defesa animal, uma vez que frequentemente são lidos pela sociedade como casos de impunidade, em virtude da pena cominada, se comparada ao grau de importância dado à vida animal.

Em 2018, o Brasil foi tomado por grande comoção após um crime cometido na cidade de Osasco, no estado de São Paulo, no dia 28 de novembro. Uma cadela sem raça definida foi envenenada e espancada por um funcionário do supermercado da rede Carrefour, nas dependências do estabelecimento, vindo a óbito algumas horas depois, no Centro de Zoonoses de Osasco.[82]

Em que pese o agressor tenha sido identificado através das câmeras e o Ministério Público tenha instaurado inquérito, o caso gerou grande revolta na sociedade brasileira. Um dos motivos para tal, além da própria crueldade do ato, é que, em razão da pena já conhecida, sabe-se que a punição máxima do agressor, ao menos em relação ao art. 32, será sua condenação ao pagamento de cestas básicas ou prestação pecuniária.[83]

Poucos dias depois, devido à proporção que tomou o ocorrido, o Senador Randolfe Rodrigues (REDE/AP) apresentou o Projeto de Lei 470/2018, com o intuito de tão logo reformar o art. 32 da LCA para "elevar a pena de maus-tratos

80. TOLEDO, Maria Izabel. *O tratamento jurídico-penal da experimentação animal no Brasil e o caso do "Instituto Royal"*, cit., p. 52.

81. SENADO FEDERAL. Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal. *Parecer 1.576, de 2013*, cit., p. 262.

82. G1. *MP-SP instaura inquérito para apurar morte de cachorro em supermercado de Osasco*. Disponível em: [https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/12/05/mp-sp-instaura-inquerito-para-apurar-morte-de-cachorro-em-supermercado-de-osasco.ghtml]. Acesso em: 05.12.2018.

83. Idem.

e estabelecer punição financeira para estabelecimentos comerciais que concorrerem para esta prática". Em razão da grande pressão social, que tem revelado o tom populista na rapidez com que as reformas penais são propostas, esse projeto pretende antecipar um dos pontos destacados na reforma do NCPB, aumentando a pena para detenção, de um a três anos. [84]

No que se refere ao § 1º, que versa sobre quem "realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos", a redação foi mantida integralmente. No plano teórico, como aponta Laerte Levai, a intenção é buscar a abolição de toda e qualquer forma de experimentação animal quando houver técnicas alternativas ao uso do animal em laboratório, ainda que pareça um ideal utópico. [85]

Por fim, tem-se a inserção do § 3º, que dispõe acerca do resultado morte e, assim, facilita não apenas a diferenciação das condutas, mas resguarda maior proporcionalidade entre a pena aplicada pelo simples ato de abuso ou maus-tratos (*caput*), a conduta mais grave que implica lesão grave permanente ou mutilação do animal (§ 2º), e o óbito (§ 3º).[86]

Cabe destacar que, em 2019, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da Lei Estadual 12.131/2004, do Rio Grande do Sul, no julgamento do Recurso Extraordinário 494.601. A lei, que permite o sacrifício de animais em ritos religiosos, foi considerada constitucional por entender o STF que não se está diante de hipótese de maus-tratos de animais, e sim de uma expressão religiosa que também merece proteção, como é o caso das religiões de matriz africana.

Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, "não se trata de sacrifício para fins de entretenimento, mas para fins de exercício de um direito fundamental que é a liberdade religiosa". Ressaltou, ainda, que o abate está condicionado à alimentação dos próprios devotos, de maneira que não produz sequer desperdício de alimento.[87]

---

84. SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado 470/2018*. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134775]. Acesso em: 06.12.2018.

85. LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade consentida: crítica à razão antropocêntrica. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, n. 1, p. 170-190, jan.-dez. 2006.

86. PLS 236/2012: "Art. 391, [...] § 3º A pena é aumentada de metade se ocorre morte do animal."

87. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF declara constitucionalidade de lei gaúcha que permite sacrifício de animais em rituais religiosos*. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=407159]. Acesso em: 05.07.2019.

3.3.3. Transporte, abandono, omissão de socorro e rinha (arts. 392 a 395)

Um dos destaques do PLS 236/2012 mais defendidos pelo movimento de proteção animal – conforme a proposta acolhida pela Comissão de Juristas – foi a inclusão destes quatro novos tipos penais entre os crimes contra a fauna (a pesca ou caça de cetáceos será abordada entre os crimes contra a fauna aquática), tipificando condutas que antes ficavam à luz do art. 32.

O primeiro novo tipo penal proposto está no art. 392, vedando o transporte do animal em veículo ou condições inadequadas, com pena cominada de prisão, de um a quatro anos. No substitutivo apresentado pelo relator, no entanto, esse artigo foi suprimido.[88]

O transporte inadequado de animais está diretamente ligado à atividade pecuária no Brasil, destacando-se a prática de exportação de animais vivos. Segundo Fernanda Tripode, advogada especializada em Direito Ambiental, a crueldade é intrínseca a essa atividade, visto que os animais passam dias em pé, primeiro nos caminhões e depois em navios, em condições insalubres, com sede, fome, sujos e exaustas.[89]

Em dezembro de 2017, o tema veio à tona na mídia brasileira, quando ativistas se manifestaram contra o embarque de 27 mil bois em navio atracado no Porto de Santos, com destino à Turquia. As evidências de maus-tratos foram comprovadas por laudo veterinário emitido em perícia judicial, e foi concedida medida liminar pelo juiz federal Djalma Moreira Gomes, suspendendo a operação e determinando o desembarque imediato dos animais. A determinação foi mantida pelo Tribunal Regional da 3ª Região, embora posteriormente cassada, liberando novamente o embarque.[90]

Posteriormente, no PLS 236/2012, tem-se a criminalização da conduta de abandono de animais (art. 393).[91] O motivo da inserção desse tipo tem relação não apenas com o sofrimento causado no animal pelo abandono em si, mas

88. PLS 236/2012: "Art. 392. Transportar animal em veículo ou condições inadequadas, ou que coloquem em risco sua saúde ou integridade física ou sem a documentação estabelecida por lei. Pena: prisão, de um a quatro anos."

89. ESTADÃO. *A crueldade no transporte marítimo de gado para exportação*. Disponível em: [https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-crueldade-no-transporte-maritimo-de-gado-para-exportacao/]. Acesso em: 05.12.2018.

90. Idem.

91. PLS 236/2012: "Art. 393. Abandonar, em qualquer espaço público ou privado, animal doméstico, domesticado, silvestre ou em rota migratória, do qual se detém a propriedade, posse ou guarda, ou que está sob cuidado, vigilância ou autoridade."

principalmente por um problema maior de saúde pública, uma vez que no Brasil estima-se a existência de uma população de animais de rua em cerca de 30 milhões de indivíduos, entre cães e gatos. [92]

A pena originalmente prevista para o abandono, na redação da Comissão de Juristas, é também de prisão, de um a quatro anos. Não obstante, na emenda ao projeto foi proposta a exclusão desse artigo, posto que, segundo a justificativa do substitutivo, não haveria qualquer necessidade do Direito Penal para a repressão dessa conduta, que melhor se amoldaria como infração administrativa.[93]

Frise-se que, como aponta Maria Izabel Toledo, o art. 32 da LCA atualmente utiliza o conceito de "maus-tratos" de maneira ampliada, caracterizando tanto "ações positivas, como lesões físicas, quanto omissões, como o abandono". Logo, a supressão não deixaria de abarcar a conduta do abandono, contemplada pelo outro artigo, com a mesma pena.[94]

Em seguida, o PLS 236/2012 inclui o art. 394, que define como crime a omissão de socorro, também com pena de prisão de um a quatro anos, para aquele que "deixar de prestar assistência ou socorro, quando possível fazê-lo, sem risco pessoal, a qualquer animal que esteja em grave e iminente perigo, ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública".[95] Mais uma vez, embora esse artigo não tenha sido mantido na proposta do substitutivo do relator, a intenção era de deixar claro que se trata de crime omissivo próprio, que se consuma com a mera conduta omissiva, o que não está explícito no art. 32 da LCA.[96]

O Projeto de Lei 1.417/2015, da Câmara Federal, sugere, junto com outras alterações nos crimes contra os animais, a tipificação da omissão de socorro, porém apenas para cães e gatos. A reforma do PLS 236, portanto, seria mais

92. AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DE DIREITOS ANIMAIS – ANDA. *Brasil tem 30 milhões de animais abandonados*. Disponível em: [https://anda.jusbrasil.com.br/noticias/100681698/brasil-tem-30-milhoes-de-animais-abandonados]. Acesso em: 05.12.2018.

93. SENADO FEDERAL. Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal. *Parecer 1.576, de 2013*, cit., p. 262.

94. TOLEDO, Maria Izabel Vasco de. A tutela jurídica dos animais no Brasil e no direito comparado, cit., p. 216.

95. Destaque-se, ainda, o parágrafo único: "a pena é aumentada de um terço a um sexto se o crime é cometido por servidor público com atribuição em matéria ambiental". Cf. PLS 236/2012.

96. TALON, Evinis. *Crime de omissão de socorro a cães e gatos*. Disponível em: [https://evinistalon.jusbrasil.com.br/artigos/420366309/crime-de-omissao-de-socorro-a-caes-e-gatos]. Acesso em: 05.12.2018.

ampla.[97] Por outro lado, a previsão da pena cominada no art. 394 revela-se desproporcional, uma vez que é significativamente superior à pena do art. 135 do Código Penal, que tipifica a omissão de socorro às pessoas, com pena de detenção de um a seis meses, ou multa.[98]

A seguir, tem-se a criminalização expressa da rinha, ou "promoção de confronto de animais", conforme indicado no art. 395, com previsão de pena de prisão de dois a seis anos na proposta inicial, e pena de prisão de um a quatro anos, no substitutivo.[99] A prática de rinha já era vedada e considerada crime ambiental com base no art. 32 da LCA. No entanto, por força da edição da Lei estadual do Rio de Janeiro 2895/98, que autorizava a criação e realização de exposições e competições entre aves de raças combatentes, o STF foi provocado a se manifestar acerca da constitucionalidade da lei à luz do art. 225 da CF/88.[100]

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.856/RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello, o STF entendeu pela inadmissibilidade da prática, incompatível com os princípios-regras constitucionais, especialmente a incumbência do Estado brasileiro de impedir a crueldade contra animais.[101]

Por fim, o § 1º do art. 395 propõe o aumento de pena pela metade, na hipótese de lesão grave permanente ou mutilação do animal, e o § 2º prevê o aumento em dobro em decorrência de morte do animal.

3.3.4. Crimes contra a fauna aquática e pesca ilegal (arts. 396 a 400)

O atual art. 33 da LCA é mantido no PLS 236/2012 com a mesma redação dada ao art. 396, prevendo pena de prisão de um a quatro anos, em substituição à pena de detenção de um a três a anos ou multa. O tipo penal visa à proteção dos

97. Idem.

98. BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). "Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública."

99. PLS 236/2012: "Art. 395. Promover, financiar, organizar ou participar de confronto entre animais de que possa resultar lesão, mutilação ou morte."

100. LIMA, Carolina Carneiro; COSTA, Beatriz Souza. A rinha de galos, o direito dos animais e o meio ambiente na ótica do STF – uma análise da ADI 1856/RJ. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 10, n. 3, p. 91-118, set.-dez. 2015. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.5433/1980-511X.2015v10n3p91]. Acesso em: 06.12.2018.

101. Idem.

espécimes de fauna aquática, compreendendo a ictiofauna (peixes), a carcinofauna (crustáceos) e a malacofauna (moluscos), e contemplando até mesmo as algas e bancos de corais.[102] No substitutivo apresentado ao projeto, no entanto, propõe-se o aumento da pena para prisão, de dois a quatro anos, sob a justificativa de manter a paridade com a pena do art. 388.[103]

De acordo com Luís Roberto Gomes, esse delito se difere daquele previsto no art. 54 (que pune a poluição que provoque, entre outros resultados, a mortandade de animais) pelo princípio da especialidade. A conduta é praticamente a mesma, porém a forma genérica é descrita no art. 54, enquanto a forma específica é tipificada no art. 33. O caráter ambiental é preponderante, visto que se punem os danos causados aos animais enquanto integrantes de um ecossistema aquático.[104]

O art. 397 tipifica a pesca proibida ("Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente"), mantendo a redação e a pena do atual art. 34 (prisão, de um a três anos), embora exclua a substituição por pena de multa. O parágrafo único mantém a redação com as mesmas condutas.[105] Já o art. 398 trata da pesca mediante a utilização de explosivos ou substâncias tóxicas, cuja sanção proposta na redação original é de prisão, de um a cinco anos, enquanto no substitutivo foi reduzida para prisão de um a quatro

102. PLS 236/2012: "Art. 396. Provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras. Pena – prisão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem: I – causa degradação em viveiros, açudes ou estações de aquicultura de domínio público; II – explora campos naturais de invertebrados aquáticos e algas, sem licença, permissão ou autorização da autoridade competente; III – fundeia embarcações ou lança detritos de qualquer natureza sobre bancos de moluscos ou corais, devidamente demarcados em carta náutica; IV – utiliza substâncias tóxicas ou assemelhadas para limpeza de embarcações de qualquer espécie, causando danos à flora e à fauna marítima ou ictiológica."

103. SENADO FEDERAL. Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal. *Parecer 1.576, de 2013*, cit., p. 263.

104. GOMES, Luís Roberto. Crimes contra a fauna aquática. In: MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro (Org.). *Crimes ambientais*: comentários à Lei 9.605/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

105. PLS 236/2012: "[...] Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem: I – pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos; II – pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos; III – transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas."

anos, permitindo-se tanto a suspensão condicional do processo quanto a substituição da pena pela restritiva de direitos.[106]

Nenhum dos dois casos trata da pesca esportiva, que, segundo Laerte Levai, é um tipo de atividade que pouco se questiona. Sob o argumento errôneo de que os peixes não sentem dor ou de que não morrerão por terem sido pescados, eles normalmente são devolvidos à água após içados com anzol. Para o autor, ainda não há uma reflexão sobre essa prática na seara jurídica, embora a crueldade seja inerente.[107]

Por fim, um outro tipo penal foi incluído no art. 399, que veda "pescar ou de qualquer forma molestar cetáceos em águas territoriais brasileiras". O artigo traz para dentro do NCPB a proibição da caça de baleias, embora essa conduta já seja tipificada pela Lei 7.643/97 (Lei dos Cetáceos).[108]

A pena proposta originalmente pela Comissão de Juristas é a manutenção da pena de reclusão, de dois a cinco anos, e multa, conforme já prevista na Lei dos Cetáceos. A pena, já considerada elevada em comparação aos demais tipos, ainda é aumentada da metade nas hipóteses em que o molestamento gera lesão grave, permanente ou mutilação; quando o delito é cometido contra animal em período de reprodução, gestação ou amamentação; ou quando cometido contra filhote.

O rigor da legislação na proibição da caça às baleias, para Laerte Levai e Verônica Martins, se dá por uma dívida histórica da humanidade para com esses animais marinhos, especialmente devido à perseguição pela indústria pesqueira, pondo algumas espécies em risco de extinção.[109] Não obstante, no projeto substitutivo apresentado pelo relator do PLS 236/2012, propõe-se a redução da pena para prisão, de um a três anos. Ademais, ainda é proposta a exclusão dos incisos I e III do § 1º, sob o argumento de que se deixa "eventual 'molestamento' para eventual responsabilização no âmbito administrativo", bem como não se pune com maior gravidade o delito cometido contra filhote, visto que há um indeterminismo da norma nesse aspecto, o que não seria bom para o Direito Penal.[110]

106. SENADO FEDERAL. Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal. *Parecer 1.576, de 2013*, cit., p. 263.

107. LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais...*, cit., p. 41-42.

108. LEVAI, Laerte Fernando; SOUZA, Verônica Martins de. Memórias de sangue: história da caça à baleia no litoral paraibano. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 4. n. 5, p. 269-292, jan.-dez. 2009.

109. Idem.

110. SENADO FEDERAL. Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal. *Parecer 1.576, de 2013*, cit., p. 263.

Por fim, o art. 400 define o conceito de pesca, com o intuito de corrigir a utilização da técnica das normais penais em branco, que demandaria uma complementação feita por atos normativo-administrativos de caráter geral ou leis extrapenais.[111-112]

3.4. Análise da importância conferida ao Direito Animal no PLS 236/2012 e expectativas para a prática jurídica

Em que pese a maior parte das penas dos crimes contra a fauna tenha sido aumentada no PLS 236/2012, o que possivelmente denota maior consideração moral dos animais enquanto bem jurídico distinto na legislação penal, alguns dos pontos mais pleiteados pelos movimentos de defesa animal – entre os quais se inclui o Movimento Crueldade Nunca Mais – não foram abarcados no estágio atual da reforma, tais como a pena mínima de maus=tratos fixada em dois anos, e pena máxima em seis anos.[113]

Para Laerte Levai, a reforma do Código Penal, ainda que polêmica, faz com que os direitos dos animais alcancem um patamar inédito no Brasil, mesmo diante da sistemática processual vigente em que predomina a aplicação das penas alternativas. Um dos focos do debate é convencer os parlamentares e a população que o que se discute é uma questão primordial de justiça, ligada à ética da vida.[114]

Ainda assim, segundo o autor em outro artigo, "a imensa maioria das hipóteses de sofrimento animal provém da crueldade deliberada, que ocorre, via de regra, nas fazendas de criação, nos matadouros e nos procedimentos de vivissecção". Isso faz com que a lei penal não abarque todas as situações de crueldade observadas na prática, especialmente dentro do setor do agronegócio, em que se admite que milhares de animais sejam "confinados, descornados, queimados, degolados, eletrocutados, escalpelados e retalhados para servir à indústria da carne".[115]

---

111. PLS 236/2012. "Art. 400. Considera-se pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora."

112. GOMES, Luís Roberto. Op. cit.

113. MOVIMENTO CRUELDADE NUNCA MAIS. *Pelo aumento das penas para crimes contra animais* (petição). Disponível em: [www.reformadocodigopenal.com]. Acesso em: 06.12.2018.

114. LEVAI, Laerte. A luta pelos direitos animais no Brasil: passos para o futuro. *Revista Brasileira de Direito Animal*, ano. 7, v. 10, p. 175-187, jan.-jun. 2012.

115. LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade consentida..., cit., p. 183.

Nesse sentido, cumpre destacar que na prática jurídica, conforme apontam Luciano Santana e Clarissa dos Santos, outras medidas devem ser tomadas, especialmente no que se refere à atuação do Ministério Público em prol dos animais, que pode ser feita através de inúmeros institutos legais como: a) Ação Civil Pública; b) Inquérito Civil; c) Ação Penal Pública; d) Transação Penal; e) Compromisso de Ajustamento de Conduta (CAC) ou Termo de Ajuste de Conduta (TAC); f) Ação Direta de Inconstitucionalidade; g) Recomendação; h) Fórum de Debates; i) Protocolado Geral ou Inquérito Civil Coletivo.[116]

Em outros aspectos, a reforma penal se choca com outras reformas legislativas indo em sentido oposto ao reconhecimento dos direitos dos animais, como a Emenda Constitucional 96/2017, que acrescentou o § 7º ao art. 227 da CF/88. Estabelece que "as práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, desde que sejam manifestações culturais registradas como patrimônio cultural imaterial". Atividades como a vaquejada e o rodeio, portanto, são permitidas em todo o território nacional.[117] O poder constituinte derivado, nesse particular, extrapolou seus próprios limites de atuação, posto que promulgou norma que já nasce eivada do vício de inconstitucionalidade ao institucionalizar a prática de atos de crueldade contra os animais, consoante as lições de Heron Gordilho e Daniel Borges.[118]

Em que pese situações como essa se multipliquem em decorrência da preconceituosa visão humana antropocêntrica, na opinião de Vânia Tuglio, resta esperar que o conceito de proteção animal, hoje ainda visto enquanto dever do homem, evolua "a ponto de ser definido como direito do animal, vez que este e o homem diferem em muitos aspectos, mas têm em comum, pelo menos, a sensação da dor e do sofrimento".[119]

De toda sorte, a justificativa de que os interesses humanos vêm em primeiro lugar, a fim de não abordar questões relativas aos direitos dos animais, é, na concepção de Peter Singer, mais usada como "um pretexto para não se fazer nada

116. SANTANA, Luciano Rocha; SANTOS, Clarissa Pereira Gunça dos. Op. cit.

117. GORDILHO, Heron José de Santana; BORGES, Daniel Moura. Direito animal e a inconstitucionalidade da 96ª Emenda à Constituição brasileira. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 78, p. 199-218, abr. 2018. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2018v39n78p199]. Acesso em: 06.12.2018.

118. Idem.

119. TUGLIO, Vânia. Espetáculos públicos e exibição de animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, n. 1, p. 231-247, jan.-dez. 2006.

com relação tanto a animais humanos quanto não-humanos do que como uma genuína opção entre alternativas incompatíveis".[120]

Por outro lado, apesar do efeito simbólico importante para os direitos dos animais, que passam a ostentar maior *status* moral, além dos esforços emitidos no âmbito legislativo para a correção de equívocos da LCA, deve se guardar desconfiança sempre que o Direito Penal seja o sistema privilegiado para responder a determinadas situações. É nesse sentido que, observando a prática penal cotidiana – bem como os reflexos da ideia de prisão enquanto meio idôneo para realizar as finalidades da pena, o que é uma interpretação típica do eficientismo –, Cezar Roberto Bitencourt identifica que, ao ter sido a prisão convertida na resposta penológica principal, predomina atualmente um grau de pessimismo em relação aos resultados possíveis de serem obtidos com a prisão tradicional.[121]

Ademais, nesse debate, Vera Regina de Andrade diz que, enquanto é posta uma falsa oposição entre o abolicionismo penal e o minimalismo, na prática da política criminal contemporânea e da globalização neoliberal, é o eficientismo que se ocupa do sistema penal, ao fazer a leitura da crise do sistema como crise conjuntural de eficiência.[122] Isso posto, cabe ponderar: se o eficientismo coloniza o sistema penal, mas o abolicionismo ainda não se apresenta como factível no horizonte jurídico, principalmente porque contra ele existe socialmente uma aversão[123], resta então considerar um minimalismo reformador que permita, ante a ofensa a bens jurídicos protegidos, fazer incidir o Direito Penal tão somente na medida do necessário.

Assim, qualquer proposta de alteração legislativa em matéria penal ambiental precisa ser entendida a partir do movimento ao qual ela adere: se guarda em seu teor uma razão de ser justificável a partir da função utilitarista do Direito Penal, em conjunto com uma regulamentação eficaz no âmbito jurídico-administrativo; ou se se trata de um anseio punitivista, que atende a uma função meramente simbólica e que serve apenas para esconder a inoperância administrativa, como pontua Alessandra Prado.[124]

---

120. SINGER, Peter. *Libertação animal*. Trad. Marly Winckler. Porto Alegre: Lugano, 2008. p. 251.

121. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 143.

122. ANDRADE, Vera Regina de. Op. cit., p. 178.

123. Ibidem, p. 179.

124. PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *A proteção penal do meio ambiente em face da Constituição Federal de 1988*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1997. p. 92.

4. Considerações finais

Ao final, cabe ressaltar a construção de algumas premissas básicas no presente artigo, como a adoção de um paradigma pós-humanista e antiespecista na tutela jurídica dos animais, bem como o reconhecimento de que o Direito Penal deve se manter restrito à intervenção mínima sob o viés do garantismo na proteção dos bens jurídicos, além da crise que enfrenta o sistema penal enquanto resposta imediata.

Ainda assim, é possível fazer a leitura da reforma penal proposta no PLS 236/2012 a partir da consideração moral dos animais enquanto sujeitos de direitos, e identificar alguns equívocos nos limites da proteção jurídico-penal conferida à fauna, nos termos a seguir expostos.

1. A tutela jurídica dos animais no ordenamento brasileiro ainda é mínima, considerando-se que animais são seres sencientes e dotados de valor intrínseco, e a persistência da concepção civilista de que animais são bens móveis (semoventes) obsta a evolução do tema e ampliação da proteção.

2. O Direito Animal deve ser tratado como disciplina autônoma e independente do Direito Ambiental – sem deixar de reconhecer a fauna enquanto elemento integrante do meio ambiente –, de modo que os crimes contra os animais não sejam tratados apenas sob a ótica da proteção ambiental, mas pelo reconhecimento do direito deles à vida, dignidade e integridade física.

3. Há, portanto, equívoco na interpretação do bem jurídico tutelado nos crimes contra a fauna, visto que a lesão a um animal, especialmente em se tratando de animal doméstico, não necessariamente afeta todo o meio ambiente, mas primordialmente seu direito básico à existência digna.

4. Os tipos penais da Lei 9.605/98, no capítulo de crimes contra a fauna, podem ser corrigidos a partir da reinterpretação do grau de importância dado aos animais, à luz da teoria do bem jurídico, reavaliando os que hoje são crimes de menor potencial ofensivo, mas sem deixar de considerar aqueles que comportem penalidades meramente administrativas.

5. As penas atualmente cominadas a esses crimes se mostram desproporcionais quando em comparação a outros delitos da própria LCA e também do Código Penal. A vida dos animais merece maior consideração do que o patrimônio, o que não se verifica na legislação atual, em que o crime de furto de semovente (art. 155, § 6º, CP) tem pena maior do que o próprio crime de abuso e maus-tratos.

6. O Direito Penal não deve ser invocado indiscriminadamente a exercer o papel de principal protetor dos bens jurídicos, principalmente quando há como se coibir eficazmente uma conduta no âmbito civil ou administrativo. Os crimes

de abuso e crueldade contra animais, no entanto, devem ter maior consideração do que os demais crimes que tratam de condutas não diretamente ligadas à agressão da integridade do animal, especialmente por indícios de correlação daqueles com crimes de crueldade contra pessoas, verificados na psicologia e na criminologia.

7. Isso posto, a proposta de reforma prevista do PLS 236/2012 é importante no que se refere a corrigir determinadas penas para estabelecer a diferenciação necessária entre as condutas que atinjam a integridade do animal enquanto sujeito de direito e aquelas que lesionem bens ambientais. Em particular, em relação aos crimes que hoje correspondem ao art. 29 e ao art. 32 da LCA, visto que o núcleo dos tipos envolve condutas como "matar", "caçar", "praticar ato de abuso ou maus-tratos", "ferir" e "mutilar" animais, sejam eles silvestres, domésticos ou domesticados.

8. A conduta criminosa tipificada, portanto, deve ter maior relevância penal na medida em que o dolo direto se relaciona com a intenção em vulnerar ou, de qualquer maneira, agir com crueldade contra animais, diferenciando-se dos delitos de perigo abstrato em matéria ambiental.

9. Por outro lado, a reforma mantém uma relação de desproporcionalidade ao cominar pena maior ao crime previsto no art. 30 da LCA, cujo foco principal é evitar a exportação e não a caça em si, bem como ao deixar de diferenciar objetivamente atos de abuso e maus-tratos dos atos mais graves que resultem em lesão grave ou morte do animal.

10. A inserção de um tipo penal específico para transporte irregular de animais e para o abandono, uma vez que as penas cominadas não são diferentes, não denota grande relevância prática, já que as mesmas condutas podem ser lidas à luz do crime de maus-tratos, com igual sanção, desde que a redação do artigo correspondente seja detalhada.

11. A omissão de socorro, por sua vez, poderia configurar tipo penal autônomo, desde que com pena inferior à correspondente ao art. 32, a fim de resguardar a devida proporcionalidade quanto à reprovabilidade das condutas. Quanto à prática de rinha, já tratada jurisprudencialmente como ilícita, não se vislumbra qualquer necessidade de tipificar um crime autônomo, vez que já é entendida como conduta criminosa a partir da leitura do crime de maus-tratos.

12. De modo geral, trazer os crimes ambientais para dentro do Código Penal, por si só, é uma mudança interessante para a prática, visto que unifica a legislação penal extravagante e facilita sua aplicação e estudo pelos e acadêmicos do Direito, ante a tendência de proliferação de leis penais esparsas.

13. Por fim, a reforma simboliza uma ampliação da tutela jurídica dos animais pelo valor intrínseco destes, na medida em que reconhece que o sofrimento e a crueldade infligidos aos animais têm relevância para o Direito, e corrige algumas desproporcionalidades, embora mantenha ou agrave outras. Não é ideal, no entanto, ao passo em que simplesmente repete a aposta no Direito Penal como sistema privilegiado para a solução do problema pelo simples aumento de penas e criminalização de condutas, não permitindo vislumbrar ainda efeitos práticos mais eficazes.

5. Referências bibliográficas

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DE DIREITOS ANIMAIS – ANDA. *Brasil tem 30 milhões de animais abandonados*. Disponível em: [https://anda.jusbrasil.com.br/ noticias/100681698/brasil-tem-30-milhoes-de-animais-abandonados]. Acesso em: 05.12.2018.

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DE DIREITOS ANIMAIS – ANDA. *Maus-tratos e abandono de animais serão punidos com multa de até 4 mil reais*. Disponível em: [https://anda.jusbrasil.com.br/noticias/261678600/maus-tratos-e-abandono-de-animais-serao-punidos-com-multa-de-ate-4-mil-reais]. Acesso em: 02.12.2018.

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DE DIREITOS ANIMAIS – ANDA. *Promotora defende a ampliação de direitos para animais*. Disponível em: [www.anda.jor.br/2013/06/ promotora-defende-a-ampliacao-de-direitos-para-animais/]. Acesso em: 01.12.2018.

AGÊNCIA SENADO. *CCJ aprova debate sobre projeto que reforma o Código Penal*. Disponível em: [www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/09/27/ ccj-aprova-debate-sobre-projeto-que-reforma-o-codigo-penal]. Acesso em: 30.11.2018.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 52, jul. 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Breve apresentação da proteção aos animais no direito brasileiro. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Puvin de (Org.). *Direito ambiental e a proteção dos animais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017.

BRANCO, Thayara Castelo Branco; SOARES, Lorena Saboya Vieira. Avanços e desafios da proteção animal no Brasil. In: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas (Org.). *Repensando a proteção do meio ambiente*: 20 anos da Lei 9.605/98. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

DIAS, Edna Cardozo. *A tutela jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

DINIZ, Maria Helena. Ato de crueldade ou de maus tratos contra animais: um crime ambiental. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 13, n. 1, p. 96-119, jan.-abr. 2018.

ESTADÃO. *A crueldade no transporte marítimo de gado para exportação*. Disponível em: [https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-crueldade-no-transporte-maritimo-de-gado-para-exportacao/]. Acesso em: 05.12.2018.

FELIPE, Sônia. T. Fundamentação ética dos direitos animais: o legado de Humphry Primatt. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, n. 1, p. 207-229, jan.-dez. 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

G1. *MP-SP instaura inquérito para apurar morte de cachorro em supermercado de Osasco*. Disponível em: [https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/12/05/mp-sp-instaura-inquerito-para-apurar-morte-de-cachorro-em-supermercado-de-osasco.ghtml]. Acesso em: 05.12.2018.

GARCÍA, Esther Hava. La protección del bienestar animal a través del derecho penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, v. XXXI, p. 259-304, 2011.

GOMES, Luís Roberto. Crimes contra a fauna aquática. In: MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro (Org.). *Crimes ambientais*: comentários à Lei 9.605/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Luiz Silvio. *Lei de crimes ambientais*: comentários à Lei 9.605/1998. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

GORDILHO, Heron José de Santana; BORGES, Daniel Moura. Direito animal e a inconstitucionalidade da 96ª Emenda à Constituição brasileira. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 78, p. 199-218, abr. 2018. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2018v39n78p199]. Acesso em: 06.12.2018.

KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César. Intervenção mínima x precaução: conflito entre princípios no direito penal ambiental? In: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas (Org.). *Repensando a proteção do meio ambiente*: 20 anos da Lei 9.605/98. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

LEVAI, Laerte Fernando. A luta pelos direitos animais no Brasil: passos para o futuro. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 7, n. 10, p. 175-187, jan.-jun. 2012.

LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade consentida: crítica à razão antropocêntrica. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, n. 1, p. 170-190, jan.-dez. 2006.

LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*: o direito deles e o nosso direito sobre eles. 2. ed. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 2004.

LEVAI, Laerte Fernando. *Tese promotoria de defesa animal*. Disponível em: [http://olharanimal.org/tese-promotoria-de-defesa-animal/]. Acesso em: 03.12.2018.

LEVAI, Laerte Fernando; SOUZA, Verônica Martins de. Memórias de sangue: história da caça à baleia no litoral paraibano. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 4, n. 5, p. 269-292, jan.-dez. 2009.

LIMA, Carolina Carneiro; COSTA, Beatriz Souza. A rinha de galos, o direito dos animais e o meio ambiente na ótica do STF – uma análise da ADI 1856/RJ. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 10, n. 3, p. 91-118, set.-dez. 2015. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.5433/1980-511X.2015v10n3p91]. Acesso em: 06.12.2018.

LOBATO, José Danilo Tavares. Correção de rumos: um convite à reflexão dos próximos 20 anos da Lei de Crimes Ambientais. In: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas (Org.). *Repensando a proteção do meio ambiente*: 20 anos da Lei 9.605/98. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

MINAHIM, Maria Auxiliadora; COSTA, Lucas Gabriel. Tutela penal da fauna: o valor protegido pela legislação brasileira. In: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas (Org.). *Repensando a proteção do meio ambiente*: 20 anos da Lei 9.605/98. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *MPF participa de operação contra maior traficante de animais do Brasil*. Disponível em: [www.mpf.mp.br/pb/sala-de-imprensa/noticias-pb/a-pedido-do-mpf-em-patos-pb-justica-expede-mandados-de-conducao-coercitiva-e-busca-e-apreensao-contra-maior-traficante-de-animais-do-brasil]. Acesso em: 03.12.2018.

MONTARROYOS, Heraldo Elias. Vigiar e punir: abolicionismo, minimalismo, maximalismo e a ressocialização do apenado. *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, v. XXXIII, p. 247-267, jan.-jun. 2016.

NASSARO, Marcelo Robis Francisco. Maus-tratos aos animais e violência contra as pessoas. *Revista MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, Ed. Defesa da Fauna, 2016.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *A proteção penal do meio ambiente em face da Constituição Federal de 1988*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1997.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

REALE, Miguel. Meio ambiente e o direito penal brasileiro. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, v. 2, ano. 2, n. 2, jan.-jun. 2005.

ROXIN, CLAUS. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu Jospe Glacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SANTANA, Luciano Rocha; SANTOS, Clarissa Pereira Gunça dos. O crime de maus-tratos aos animais: uma abordagem sobre a interpretação e a prova de materialidade e autoria (artigo 32). In: MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro (Org.). *Crimes ambientais*: comentários à Lei 9.605/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SANTOS, Humberto Souza. Os animais superiores podem ser titulares de bens jurídicos? In: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas (Org). *Repensando a proteção do meio ambiente*: 20 anos da Lei 9.605/98. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

SENADO FEDERAL. *Ata da 21ª Reunião da Comissão de Juristas, criada nos termos do Requerimento n. 756 de 2011, do Senador Pedro Taques, aditado pelo Requerimento n. 1.034 de 2011, do Senador José Sarney, destinada a elaborar anteprojeto de Código Penal*. Disponível em: [https://pt.scribd.com/document/98660394/Ata-da-Comissao-de-juristas-para-a-Reforma-do-Codigo-Penal-25-05-12]. Acesso em: 30.11.2018.

SENADO FEDERAL. *Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal. Parecer n. 1.576, de 2013*. Disponível em: http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3516810&disposition=inline. Acesso em: 03.12.2018.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado 236, de 2012*. Disponível em: [https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1543021035004&disposition=inline]. Acesso em: 01.12.2018.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado 470, de 2018*. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134775]. Acesso em: 06.12.2018.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Direito animal e ensino jurídico*: formação e autonomia de um saber pós-humanista. Salvador: Evolução, 2014.

SINGER, Peter. *Libertação animal*. Trad. Marly Winckler. Porto Alegre: Lugano, 2008.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2011.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Espetáculos públicos e exibição de animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, n. 1, p. 231-247, jan.-dez. 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Novo CP:* abandono de animais é criminalizado e maus-tratos terão penas quatro vezes maior. Disponível em: [https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3131635/novo-cp-abandono-de-animais-e--criminalizado-e-maus-tratos-terao-pena-quatro-vezes-maior]. Acesso em: 01.12.2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF declara constitucionalidade de lei gaúcha que permite sacrifício de animais em rituais religiosos*. Disponível em: [[www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=407159]. Acesso em: 05.07.2019.

TALON, Evinis. *Crime de omissão de socorro a cães e gatos*. Disponível em: [https://evinistalon.jusbrasil.com.br/artigos/420366309/crime-de-omissao-de-socorro-a-caes-e-gatos]. Acesso em: 05.12.2018.

TARZIA, Antonello; PISCIAVINO, Nicola. Il benessere degli animali nella legislazione italiana. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Puvin de (Org.). *Direito ambiental e a proteção dos animais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017.

TEIXEIRA NETO, João Alves. Aproximações à tutela penal de animais: desvelando a pergunta pela possibilidade de os animais serem titulares de bens jurídico-penais. *Revista de Estudos Criminais*, v. 16, n. 65, p. 157-169, abr.-jun. 2017.

TOLEDO, Maria Izabel Vasco de. A tutela jurídica dos animais no Brasil e no direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 7, n. 11, jul.-dez 2012.

TOLEDO, Maria Izabel Vasco de. *O tratamento jurídico-penal da experimentação animal no Brasil e o caso do "Instituto Royal"*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

TUGLIO, Vânia. *Crimes contra animais*. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=aZwFCpz8p1I]. Acesso em: 03.12.2018.

TUGLIO, Vânia. *Dra. Vania Tuglio fala sobre a Reforma do Código Penal e a Lei de Crimes Ambientais*. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=2l8IKnU-ZaOM]. Acesso em: 30.11.2018.

TUGLIO, Vânia. Dos crimes contra a fauna. In: MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro (Org.). *Crimes ambientais: Comentários à Lei 9.605/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- O futuro do direito penal ambiental: legalidade e tipicidade na lei de crimes ambientais, de Heron José de Santana – *RDA* 34/124-146 (DTR\2004\200); e
- Meio ambiente e direito penal brasileiro, de Miguel Reale Júnior – *Ciências Penais* 2/67-83 e *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental* 1/291-309 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 3/425-444 (DTR\2005\16).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2017\547307 e JRP\2010\9739.

Testemunho policial como prova no processo penal brasileiro: uma análise crítica da presunção de veracidade das narrativas policiais nos processos de tráfico de drogas

Police testimony as proof in the Brazilian criminal process: a critical analysis of presumption of truth from police narratives in drug traffic processes

Bruno Silveira Rigon

Doutorando em Ciências Criminais, Mestre em Ciências Criminais e Especialista em Ciências Penais pela PUC/RS. Professor de Direito Penal na Universidade de Caxias do Sul – UCS. Advogado. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2479-8593
brunosrigon@gmail.com

Maria Gorete Marques de Jesus

Doutora em Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação do Departamento de Sociologia da Universidade de São Paulo (FFLCH-USP). Mestre em Sociologia pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da USP. Pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência da USP (NEV/USP). ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2667-8736
gorete.marques@gmail.com

Recebido em: 28.01.2019
Aprovado em: 03.06.2019
Última versão do (a) autor (a): 25.06.2019

Áreas do Direito: Processual; Penal; Direitos Humanos

Resumo: A presente pesquisa tem por objetivo principal investigar a construção da verdade policial enquanto verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. Busca-se analisar as consequências jurídicas e práticas da presunção de verdade do testemunho policial no processo penal brasileiro. A hipótese é de que, no âmbito processual penal, a presunção de veracidade da narrativa policial inverte o ônus da prova, violando os direitos à presunção de inocência e à ampla defesa, bem como as regras do sistema acusatório, e, no plano fático, acaba por legitimar

Abstract: The main objective of this research is to investigate the construction of police truth as a legal truth in criminal drug trafficking processes. The aim is to analyze the legal and practical consequences of the presumption of truth of police testimony in Brazilian criminal process. The hypothesis is that, in the criminal procedure, the presumption of veracity of the police narrative reverses the burden of proof, violating the rights to the presumption of innocence and the ample defense, as well as the rules of the accusatory system, and, on the factual plan, legitimizes and

Rigon, Bruno Silveira; Jesus, Maria Gorete Marques de. Testemunho policial como prova no processo penal brasileiro: uma análise crítica da presunção de veracidade das narrativas policiais nos processos de tráfico de drogas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 162. ano 27. p. 85-119. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2019.

e ocultar os abusos, as arbitrariedades, as ilegalidades e, em suma, a violência praticada pelos agentes de segurança pública, ou seja, o exercício do poder de polícia discricionário aliado à presunção de verdade da palavra policial torna opacas as violações de direitos humanos cometidas pelos agentes policiais em nome do combate ao tráfico de drogas.

Palavras-chave: Verdade jurídica – Verdade policial – Tráfico de drogas – Presunção de veracidade – Discricionariedade.

hides abuses, arbitrariness, illegalities and, in short, violence perpetrated by public security agents, that is, the exercise of discretionary police power combined with the presumption of truth of the word police makes violations of rights committed by police officers in the name of combating drug trafficking opaque.

Keywords: Legal truth – Police truth – Drug traffic – Presumption of truth – Discretionary.

Sumário: 1. Introdução. 2. Um retrato dos flagrantes de tráfico de drogas: dados e casos. 2.1. Entrevista com policiais: a produção dos flagrantes. 2.2. Recepção das narrativas policiais pelos operadores do direito. 2.2.1. Juízes que seguem a linha da "presunção absoluta". 2.2.2. Juízes que seguem a linha da "presunção relativa". 3. Consequências jurídicas da presunção de veracidade das narrativas policiais no processo penal brasileiro. 3.1. Poder de polícia, discricionariedade administrativa e presunção de veracidade dos atos do poder público. 3.2. Valor probatório: réu *x* testemunha policial. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

A denominada "guerra às drogas" marca profundamente o funcionamento de nosso sistema de justiça criminal atual, impactando desde as abordagens policiais até as taxas de encarceramento. Nesse contexto, a maioria dos flagrantes por "tráfico de drogas" é realizada pela Polícia Militar, que tem justamente um trabalho ostensivo e prioriza o patrulhamento em determinadas regiões da cidade do que em outras. A "guerra às drogas", focalizada no chamado "crime organizado" e no combate ao "tráfico de drogas", pode ser inserida como parte dessa lógica de vigilância e controle, que está relacionada diretamente aos territórios, justificando cada vez mais a presença da Polícia Militar nessas regiões (TEIXEIRA, 2012, p. 329). A polícia atua em locais conhecidos, nos quais já desempenha uma atividade de controle e vigilância. Está presente em espaços urbanos socialmente demarcados (RAUPP, 2005; DUARTE et al., 2014), nas "margens da desordem urbana" (DAS; POOLE, 2004). O aparato repressivo vai se concentrar nesses territórios, com o uso da violência e do "recurso intensificado à prisão" (TEIXEIRA, 2012, p. 210), e não num tráfico que circula em escala transnacional, que mobiliza mercados em várias partes do mundo, ou seja, desterritorializado (PERVALVA, 2015).

As prisões em flagrante por tráfico de drogas efetuadas, sobretudo, durante o patrulhamento ostensivo da polícia militar nas zonas periféricas, e o testemunho dos agentes policiais sobre as prisões acabam por ser determinantes como meio probatório no processo penal brasileiro. Considerando isso, o presente artigo tem por objetivos, em primeiro lugar, investigar como as narrativas policiais são incorporadas pelos operadores do direito nos processos de tráfico de drogas em nosso país e, em seguida, analisar as consequências jurídicas da presunção de veracidade do testemunho policial no processo penal brasileiro, realizando um diálogo entre as categorias do direito administrativo (poder de polícia, discricionariedade administrativa e presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos) e as normas processuais penais brasileiras.

Para contemplar os objetivos do artigo, utilizamos dados produzidos na pesquisa *O que está no mundo não está nos autos: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas* (2016), realizada por Maria Gorete Marques de Jesus. Esse estudo traz análises de autos processuais, etnografias de audiências (de custódia e de instrução e julgamento), entrevistas com policiais civis e militares, promotores, defensores e juízes. A metodologia utilizada para elaboração do artigo contou com pesquisa bibliográfica e documental.

A temática abordada pelo presente artigo é extremamente relevante e atual, contribuindo para o debate que se faz necessário. Vale lembrar que há um Projeto de Lei (7.024/2017) aguardando julgamento na Câmara dos Deputados, que propõe justamente o acréscimo de um parágrafo único ao artigo 58 da Lei 11.343/06 para que testemunhos policiais não sejam o único aparato utilizado para a condenação: "serão nulas as sentenças condenatórias fundamentadas exclusivamente no depoimento de policiais".

2. Um retrato dos flagrantes de tráfico de drogas: dados e casos

A pesquisa citada anteriormente consistiu em descrever e analisar como os operadores do direito[1] recepcionam as narrativas policiais nos casos de flagrantes de "tráfico de drogas"[2], e quais são os argumentos mobilizados nos processos criminais que convergem para o estabelecimento das sentenças judiciais majoritariamente condenatórias. O objetivo principal foi realizar uma análise empírica

1. Os operadores do direito são promotores, juízes, defensores públicos e advogados.
2. O termo "tráfico de drogas" é uma "categoria do debate público sobre as drogas" (PERALVA, 2015), e que circula na linguagem policial e jurídica com a atribuição do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

para a dimensão propriamente sociológica, isto é, examinar como tais narrativas e seus argumentos resultam na construção da verdade jurídica, tal como pensada por Michel Foucault (2005), em sua obra *A verdade e as formas jurídicas*.

O estudo surgiu após se constatar o papel central dos policiais condutores dos flagrantes como testemunhas de acusação nos processos. Pesquisas demonstram que os policiais figuram majoritariamente como únicas testemunhas nas acusações de tráfico de drogas. A pesquisa *Prisão Provisória e Lei de Drogas* (NÚCLEO DE ESTUDOS SOBRE VIOLÊNCIA – USP (NEV/USP), 2011) mostra que dos flagrantes analisados, 74% os policiais eram as únicas testemunhas dos casos. Além disso, apontou a centralidade da narrativa policial para a incriminação de pessoas por tal delito, sobretudo por se tratar de um tipo de crime em que não há a figura vítima. Nesse caso, a narrativa policial representa uma potência considerável na construção da verdade jurídica, sendo os policiais que realizaram os flagrantes, na grande maioria das vezes, as únicas testemunhas dos casos. Outras pesquisas, mais atuais, confirmam esses dados. O estudo realizado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro verificou, por exemplo, que em 62,33% dos casos analisados o policial foi o único a prestar testemunho nos autos (DEFENSORIA PÚBLICA, 2016, p. 35). A pesquisa coordenada por Julita Lemgruber e Marcia Fernandes (2015) não apenas reafirma o mesmo dado, como destaca que muitos juízes utilizam a Súmula 70 do TJRJ, que admite condenações baseadas apenas no depoimento de policiais.

O número de pessoas presas sob a acusação de tráfico de drogas aumentou no Brasil, sobretudo nos últimos dez anos. De acordo com os dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)[3], em 2006 o número de presos era de 31 mil pessoas, em 2016 passou para 177 mil. Os crimes ligados ao tráfico representam 26% dos registros entre os homens, enquanto entre as mulheres esse percentual atinge 62% (INFOPEN, 2016, p. 43).

A pesquisa do NEV/USP (2011) demonstrou que a maioria das pessoas presas por esse tipo de crime eram jovens na faixa etária de 18 a 29 anos (75,6%), negros (59%), apresentavam até o primeiro grau completo (60%), declararam exercer algum tipo de atividade remunerada (62,17%), disseram ser usuários de algum tipo de droga (58%) e não tinham antecedentes criminais (57%).

3. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* – INFOPEN – Junho de 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 11.01.2019.

Esse perfil diz muito sobre a seletividade do sistema de justiça criminal, mas pouco elucida sobre as dinâmicas da economia criminal da droga, que reúne diversos atores sociais, como agentes públicos, empresários, políticos e outros segmentos raramente alvos de ações policiais (PERALVA, 2015). Os casos de tráfico de drogas encaminhados à justiça criminal diariamente são aqueles territorializados, fragmentados e relacionados ao varejo.

Os critérios estabelecidos pela legislação para a definição do crime são considerados genéricos, dependendo de "indícios" que lhes deem sentido de prova para se diferenciar o uso da venda. O § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/06 descreve que para definir se a droga se destina para o consumo pessoal ou para o tráfico "o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente". Mas quais são as provas consideradas pelos juízes e que lhes permitem decidir pela condenação das pessoas acusadas por "tráfico"? Os policiais narram "as circunstâncias da prisão" e dizem onde é o local conhecido como ponto de venda de drogas, afirmam quem estava com a droga ou a quem pertence, alegam a "confissão informal" da pessoa acusada, entre outros elementos considerados pelos juízes em suas decisões. As narrativas policiais são concebidas como se tivessem referência direta ao que aconteceu. Ganham um estatuto de verdade, pois são reconhecidas como equivalentes ao acontecimento (JESUS, 2018).

2.1. Entrevista com policiais: a produção dos flagrantes

A polícia é quem faz a primeira classificação do fato como crime, a partir de percepções que levam em conta as condições sociais, etárias, de gênero e raça do suspeito (DEBERT, 2012, p. 288). Essa definição inicial do delito vai influenciar decisivamente o percurso do caso no sistema de justiça criminal (LEMGRUBER, 2002). O próprio ato da prisão em flagrante já indica a observação, seleção e interpretação realizada pelos policiais para uma intervenção. Em se tratando de crimes envolvendo drogas, a descrição do flagrante pelos policiais será central para a classificação do delito.

A narrativa policial tem como característica o *status* de verdade, uma "verdade policial", ou seja, uma "verdade" produzida pela polícia. A "verdade" policial resulta da observação de acontecimentos do mundo social e interpretado por um "saber policial". É uma verdade produzida pela polícia, uma interpretação do mundo a partir de um saber policial. A legislação fornece o enquadramento que delimita aquilo que é ou não é crime de acordo com o princípio da legalidade.

Mas é a narrativa policial, a partir de suas categorias, que vai dar o tom do cenário do crime, do que vai ser concebido como tal.

Para oferecer ao direito uma descrição do crime, a polícia dispõe de seu próprio vocabulário. Eles precisam encaixar um determinado acontecimento ou um "fato da realidade", complexo por natureza, num "fato jurídico", de modo que ele seja compreendido e processado na justiça criminal. Isso é o que Fernando Acosta chamou de *mise en forme pénale* (ACOSTA, 1987, p. 2), ou seja, o enquadramento do "fato da realidade" na forma penal[4]. Essa tradução, de um tipo de fato para outro, se insere em uma construção discursiva do campo jurídico (FIGUEIRA, 2007, p. 25). Assim, necessita de um vocabulário específico para expressar e representar ao Judiciário um dado acontecimento como um "acontecimento criminal". Esse vocabulário tem como referência o arcabouço legal, normas vigentes que definem algo como uma infração criminal e que permitem uma intervenção penal. Esse processo é mediado por uma observação e interpretação sobre o evento. "O crime não está na natureza do fato, mas na interpretação do fato como transgressão de uma regra" (FIGUEIRA, 2007, p. 25).

Em uma situação de suposto flagrante, o policial observa, seleciona e interpreta um determinado fato identificado como um "fato delitivo". Ele elege, durante a descrição da ocorrência, os elementos considerados relevantes para que o fato seja enquadrado como infração, com base em um vocabulário, que podemos chamar de "vocabulário de motivos" (MILLS, 1940)[5]. Esse conceito foi elaborado por Wright Mills e contribui para a análise de como certos termos são utilizados pelos policiais para interpretarem e justificarem suas condutas, suas tomadas de decisão. O vocabulário de motivos corresponde a um léxico apropriado para construir as motivações de determinada ação ou decisão. O uso do vocabulário denota que ele foi selecionado porque é um vocabulário "aceito" ou "institucionalizado", formando uma espécie de campo de pertinência (POSSAS, 2009, p. 206), que corresponde a uma arena cujas condições tornam possíveis que determinados enunciados sejam concebidos como verdadeiros. Os motivos funcionam como justificativas aceitas sobre ações que podem se referir a atos do presente, passado ou futuro (MILLS, 1940, p. 907). É um vocabulário que apresenta um potencial de legitimação.

4. A objetividade dos fatos compõe um processo de construção e reconstrução social da realidade (BERGER; LUCKMAN, 1973).

5. A utilização do "vocabulário de motivos" como recurso analítico foi inspirado no trabalho de Marcelo Campos (2015), que também utilizou esse conceito para analisar a forma como os casos de acusação por tráfico de drogas eram descritos no sistema de justiça criminal.

Segundo Mills, a pertinência de alguns vocabulários varia de acordo com os grupos e instituições sociais em que são utilizados. Isso corresponde a uma consciência antecipada das consequências, ou seja, há um certo controle social dos vocabulários de motivos considerados aceitáveis por determinado grupo social ou instituição (MILLS, 1940, p. 906). Pode-se dizer que no caso da polícia, por exemplo, o vocabulário de motivos expressa as condições de uma ação considerada aceitável e justificável para a organização policial. Como bem destacado por Mariana Raupp (2015), detectar empiricamente o motivo de certa decisão ou ação é "observar o vocabulário de motivo verbalizado pelos atores numa determinada situação" (RAUPP, 2015, p. 186). Por isso, o vocabulário de motivos se torna uma via de acesso para a análise sociológica.

O vocabulário de motivos utilizado pelos policiais não tem apenas como referência as normas criminais vigentes ou as regras internas das instituições. Ele está baseado em um tipo de saber específico, adquirido por meio de outras fontes, como a formação policial, pela cultura institucional e pela experiência de trabalho diário e relação entre os policiais, que chamaremos de "saber policial" (JESUS, 2018). O saber policial contém um repertório de situações, fatos, gestos e indivíduos classificados como desviantes, suspeitos e criminosos. Trata-se do que Muniz chamou de "relicário de saberes-em-ato", proveniente de uma aprendizagem cotidiana da ação policial nas ruas, baseado em um conhecimento prático (MUNIZ, 2010, p. 458). Esse saber policial produz um repertório de classificações que vai orientar as ações dos policiais e, o que interessa especialmente aqui, as motivações dessas ações.

Essa seleção do vocabulário de motivos dos policiais nas narrativas dos flagrantes também leva em conta a forma como o campo jurídico condiciona a descrição dos fatos no formato dos autos. Existe uma necessidade burocrática do que, na linguagem jurídico-policial, chamam de "reduzir a termo"[6] toda a narrativa policial dos fatos, ou seja, nem tudo o que ocorreu será descrito nos mínimos detalhes porque existe uma necessidade formal de encaixar a complexidade da realidade ao formato jurídico. Portanto, o saber policial orienta ações e seleciona aquilo que pode ser descrito oficialmente (JESUS, 2018).

Seja nas entrevistas, seja lendo os autos de prisão em flagrante, é possível dizer que a abordagem policial nos casos envolvendo drogas ocorre como resultado de três situações: a) durante patrulhamento de rotina, tipo de abordagem mais comum entre os policiais militares, mas que por vezes também é realizada por policiais civis em operações "especiais"; b) por denúncia anônima, em que

6. Significa fazer um registro de uma manifestação oral por escrito e de forma sucinta.

os policiais recebem informações de que há tráfico em determinado local, ou de que alguém esteja vendendo drogas; c) por investigação, mas esses casos representam a minoria das motivações da abordagens efetuadas. Na pesquisa do NEV/USP (2011), o número de flagrantes motivados por patrulhamento de rotina representou a maioria dos casos (62,28%), seguido por denúncia anônima (24,70%). O número de flagrantes resultado de investigação correspondeu a apenas 4% dos casos.

A identificação de uma "atitude suspeita" pode ser carregada de motivações relacionadas a preconceitos e critérios discriminatórios. No entanto, isso não vai ser explicitado na descrição dos fatos quando forem narrados oficialmente nos autos de prisão em flagrante pelos policiais. A expressão "atitude suspeita" se torna um critério autoevidente, em que os policiais não precisam explicar exatamente as razões pelas quais decidiram abordar determinado sujeito. Motivações como racismo, o preconceito e a discriminação não podem ser verbalizados. O vocabulário de motivos "atitude suspeita" como justificativa para uma abordagem oculta os critérios que orientaram os policiais a realizarem o flagrante.

A "denúncia anônima" é outra expressão frequentemente presente nas narrativas policiais e que justifica a abordagem policial. Conforme a pesquisa de Maria G. M. de Jesus (2018), raramente há nos autos do flagrante qualquer tipo de registro dessa denúncia. No entanto, a falta de tal comprovação não causava estranhamento aos operadores do direito. O fato de policiais falarem que a abordagem foi motivada por "denúncia anônima" parecia dispensar qualquer necessidade de verificação da existência dessa denúncia.

Um outro ponto central para incriminação por tráfico de drogas diz respeito à sua posse. O flagrante é possível pelo fato de a pessoa estar com essa substância, ou alguém dizer que a droga era dela. A classificação do delito a partir da posse também abre brecha para os chamados "flagrantes forjados", pois basta o policial encontrar drogas e incriminar determinada pessoa, para que o caso seja recepcionado como tráfico de drogas. Como não há investigação, e é a palavra do policial contra a do acusado, este dificilmente conseguirá ser inocentado (ALEXANDER, 2010; 2013).

Na pesquisa de Maria G. M. de Jesus (2018), os policiais entrevistados destacaram que era muito importante conseguirem demonstrar nos flagrantes que a droga encontrada estava com a pessoa apreendida, mesmo quando ela não estava com a substância em seu poder no momento da prisão. Caso não conseguissem demonstrar ou evidenciar a posse da droga, corriam o risco de o juiz absolver o acusado por falta de provas. Para realizar o flagrante, o policial precisa evidenciar que a droga encontrada estava com a pessoa presa. Um dos policiais

entrevistados chegou a narrar que era comum os policiais dizerem que o acusado jogou o entorpecente, mesmo nos casos em que isso não acontecia de fato. Segundo ele, essa era uma forma inquestionável de evidenciar que a droga pertencia à pessoa acusada (JESUS, 2018, p. 103).

A questão da posse da droga também é utilizada para justificar as chamadas "entradas franqueadas"[7]. Correspondem a situações em que policiais, geralmente militares, ingressaram em residências para encontrar drogas, sem mandado judicial. O termo "franqueada" transmite a ideia de que a entrada não foi ilegal, já que supostamente foi autorizada pelos moradores. De acordo com a pesquisa do NEV/USP (2011), as pessoas teriam supostamente franqueado a entrada à polícia em suas residências em 17% dos casos de prisões em flagrante analisados, uma porcentagem considerável. A maioria desses eventos ocorreu em bairros periféricos da cidade e outros na região central, onde fica localizada a chamada "Cracolândia".

O entendimento de que portar droga consiste na prática de um "crime permanente" abre brechas para que policiais entrem nas casas das pessoas, sem mandado judicial, para realizarem flagrantes. Se essa entrada foi abusiva e violenta, não é possível saber pelos registros policiais. O uso da violência não é enunciado como um vocabulário de motivos, mas o "crime permanente" sim. Esse vocabulário de motivos oculta a forma como tais ações realmente aconteceram, legitimando tais entradas sem que isso seja considerado um ato ilegal.

No momento de selecionar aquilo que será narrado e o que não será enunciado, os policiais utilizarão o vocabulário de motivos que legitime e valide sua atuação, deixando de mencionar aquilo que indique uma ação ilegítima e/ou ilegal. Ao narrarem os flagrantes, os policiais buscarão legitimar a prisão realizada (RAUPP, 2005; 2009).

A definição do crime de tráfico leva em conta o território, o local conhecido como ponto de venda de drogas. Não há, em outros tipos penais, uma importância tão grande do território na classificação do delito como no caso do tráfico. O local onde aconteceu um furto, por exemplo, não define o furto. O local em que ocorreu uma receptação não é utilizado como indício para comprovação do

7. Em novembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou a tese, com repercussão geral, ou seja, que incide sobre outras decisões, de que policiais podem efetuar entradas em domicílios sem mandado judicial. Ver notícia "Polícia pode apreender drogas dentro de casa sem mandado, decide Supremo", publicada em 05.11.2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-nov-05/policia-apreender-drogas-dentro-casa-mandado-fixa-stf]. Acesso em: 21.01.2016.

crime. Mas a identificação do local é utilizada como categoria definidora do tráfico, conforme o § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006 que elenca, entre os fatores a serem considerados para a definição do crime, o "local". E quem identifica qual o local que é conhecido como ponto de venda de drogas? Como essa informação entra no campo jurídico? Justamente através da narrativa policial. São os policiais que indicam, na descrição do flagrante, que estavam em "patrulhamento de rotina" quando identificaram determinado indivíduo em "local conhecido como ponto de venda de drogas".

O fato de ser "local conhecido como ponto de venda de drogas" justifica a abordagem policial, sendo considerado um motivo para ação. Não há uma preocupação com relação à veracidade da informação, se o local consiste de fato em ponto de venda de drogas ou não. Os policiais são dispensados de provar o que dizem. O policial entrevistado na pesquisa de Jesus (2018) afirmou que geralmente eles *sabem* o local de maior incidência de tráfico e isso basta para provar que a abordagem foi necessária. O saber policial aparece como uma justificativa que descarta a necessidade de demonstração da veracidade do que é dito pelo policial, um saber que produz verdades policiais.

É comum também encontrar o termo "confissão informal" nos autos de prisão em flagrante. De acordo com os dados da pesquisa do NEV/USP (2011), em 44% dos casos os policiais disseram que o acusado confessou. Se os acusados de fato confessam ou não, essa é uma pergunta sem resposta. Alguns negam na delegacia e na fase processual, mas o fato é que essa confissão se torna um ponto de destaque nos processos, mesmo sendo ela "informal". Na pesquisa de Maria G. M. de Jesus (2018), os policiais entrevistados disseram que no momento do flagrante era comum que os acusados confessassem, sobretudo após uma certa "pressão". De acordo com um dos policiais entrevistados:

> "O *policial faz um trabalho psicológico no cara*. Esse trabalho psicológico a gente usa muito. O policial não pode ser santo. Ele tem que saber conversar com o promotor e com o ladrão. Negocia pra ele [traficante] trazer a droga grande. O cara é ligeiro. Às vezes a gente tá sem nada na mão, mas a gente finge que vai soltar o cara se ele liberar a droga. A gente pega a droga, ele confessa e a gente não solta o cara." (JESUS, 2018, p. 110)

Nos autos de prisão em flagrante os policiais descrevem que a pessoa "confessou informalmente" que estava vendendo a droga, sem revelar as estratégias utilizadas para conseguir tal feito. Nos autos, a narrativa dos policiais transmite a ideia de que as pessoas colaboraram, de que tudo ocorreu sem o uso de violência (JESUS, 2018).

As narrativas, descritas e juridicamente formatadas, apresentam-se como se fossem verdadeiras em si, sem que haja a necessidade de as colocar à prova. A descrição dos fatos parece ter direta correspondência à realidade, sem que se coloque em questão que tais narrativas foram produzidas por alguém, diretamente envolvido nos fatos (JESUS, 2018). Joana Vargas, quando analisou os inquéritos policiais, também destacou tal efeito:

> "tem me parecido significativo captar como os "indícios" de provas são construídos e como os relatos escritos e juridicamente orientados vão criando um mundo (fatos) e ao mesmo tempo apresentam esses fatos como se fossem propriedade de algo e não produzidos por alguém" (VARGAS, 2012, p. 250).

No caso dos flagrantes, as narrativas dos policiais que realizaram a prisão são concebidas como uma descrição dos fatos e não como uma narrativa produzida pelo policial.

A polícia do flagrante apresenta uma espécie de repertório de "indícios" que funciona como "prova" e que só existe em razão de sua própria atividade, do seu poder e do seu saber, que é capaz de traduzir "fatos da realidade" em "fatos jurídicos", tornando possível a intervenção penal (JESUS, 2018).

2.2. Recepção das narrativas policiais pelos operadores do direito

É na audiência de instrução e julgamento que serão averiguadas as "provas" de "autoria e materialidade" e a culpabilidade do acusado. Nesse momento, os policiais que efetuaram a prisão, o(s) réu(s) e eventuais testemunhas de defesa são ouvidos. Consiste no momento do interrogatório e do julgamento, em que a questão da verdade sobre os fatos é juridicamente disputada. O que está em jogo é a comprovação da existência de um crime e a culpa ou inocência do réu. Nos casos envolvendo drogas, há uma terceira possibilidade de disputa. Refere-se ao fato do réu ser considerado "usuário" e não "traficante", o que vai significar outro tipo de pena, que não a prisão[8].

A fase do julgamento apresenta ritos disciplinados pelo Código de Processo Penal brasileiro (CPP), que estabelece as regras que orientam a atuação dos operadores do direito e aquilo que será aceito como legítimo pela justiça criminal. Assim, o art. 155 do CPP descreve que: (i) toda decisão deverá ser fundamentada com base em provas; (ii) prova é somente aquilo que é produzido em

8. Conforme estabelecido pela Lei 11.343/2006.

contraditório e ampla defesa; (iii) o juiz tem a prerrogativa do livre convencimento para julgar a qualidade das provas. A Constituição Federal (1988) também dispõe sobre a obrigatoriedade de o juiz fundamentar sua decisão (art. 93, inciso IX), deixando explícitos os motivos que o conduziram a decidir de determinada forma.

Ao garantir que a prova é somente aquilo que se produz segundo o princípio do contraditório[9], o CPP estabelece uma hierarquia entre os "indícios" sobre o crime levantados na fase policial, que servem para embasar a denúncia formulada pelo Ministério Público, e as demais provas produzidas ao longo do processo. No entanto, pesquisas[10] demonstram que os "indícios" são utilizados como provas e consistem em elementos centrais para a instrução e julgamento. Trata-se da confirmação daquilo que já foi fornecido, sendo poucos os casos em que são produzidas novas provas (por exemplo, a inclusão de novas testemunhas). De acordo com Kant de Lima (2010), isso evidencia uma lógica do contraditório e não um princípio do contraditório. O que há no processo são versões e indícios contra o acusado, trazidos pelo inquérito policial e incorporados na denúncia e na instrução pelo Ministério Público e analisados no julgamento pelo magistrado.

Entretanto, é preciso reconhecer que, embora não seja a prática mais adequada ao modelo constitucional e convencional do processo penal, o próprio art. 155, *caput*, do CPP abre um espaço para utilização dos indícios colhidos na fase inquisitorial na decisão judicial quando expõe que o juiz não pode motivar sua decisão *exclusivamente* nos elementos informativos colhidos na investigação, ou seja, o texto legislativo admite a utilização de indícios da fase pré-processual desde que haja outro elemento de prova colhido sob o respaldo do contraditório e da ampla defesa.

A fase processual é uma etapa de verificação daquilo que foi produzido na fase policial, em que os operadores do direito conferem valor a determinados elementos em detrimento de outros, de acordo com sua posição na arena processual, se de acusação ou defesa. Cada qual vai atuar de acordo com sua "posição

9. Constituição Federal, artigo 5º, inciso: "LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". De acordo com Fernando Tourinho Filho: "O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido" (TOURINHO FILHO, 2010, p. 63).
10. Para uma abordagem dessa questão, ver, Lima (2004, 2010), Misse (2010), Vargas e Rodrigues (2011), Vargas (2012), Figueira (2005, 2007), Mendes (2008, 2012), entre outros.

enunciativa", ou seja, sua manifestação vai expressar e representar um "determinado *locus* de onde fala: do locus de juiz, promotor, réu etc." (FIGUEIRA, 2007, p. 85).

A narrativa descrita nos autos norteia a forma como o processo vai ser trabalhado ao longo da justiça criminal pelos operadores do direito, sobretudo como eles vão conceber os fatos, as provas, os relatos das testemunhas e do acusado, as testemunhas e o(s) acusado(s).

Diante dos fatos narrados pelos policiais, o promotor elabora sua fundamentação jurídica para que o caso seja processado no âmbito da justiça criminal. Há uma *atualização* (POSSAS, 2015)[11] da narrativa policial no campo jurídico, com o emprego de vocabulários jurídicos pelo promotor. A descrição dos fatos realizada pelo delegado, a partir daquilo que foi narrado pelos policiais do flagrante, vai ser incorporado e adaptado ao campo de pertinência do direito. A partir da análise das manifestações dos promotores, Maria G. M. de Jesus (2018) observou que as narrativas policiais sobre os fatos se mantêm sem muitos questionamentos. Expressões como "entradas franqueadas", "confissão informal", "denúncia anônima" não são questionadas. A versão policial é integrada no campo de pertinência do direito pelos promotores.

Para um dos promotores entrevistados na pesquisa, era mais importante pensar na segurança da sociedade do que nos direitos das pessoas presas, "nessa hora o que vale é o princípio *pro societate*", conclui o entrevistado (JESUS, 2018, p. 212). A crença na palavra do policial e a falta de testemunhas consideradas "idôneas" foram argumentos recorrentes nas entrevistas com os promotores. Outro argumento identificado é o de que "a palavra dos policiais tem presunção de legitimidade", e estaria "acobertada de legalidade em razão da função que exercem". Em nenhum dos casos analisados por Maria G. M. de Jesus os promotores chegaram a solicitar novas diligências, ou a busca de novas testemunhas, ou mesmo qualquer procedimento adicional daquilo que foi produzido pela polícia. Os promotores validam a narrativa policial como verdade dos fatos, atualizando o vocabulário policial e tornando-o real para o direito. De acordo com a fala de um dos promotores entrevistados:

> "Testemunha policial *ou você acredita* ou *você não acredita*, você não pode vincular a condenação a testemunha civil no caso. Aliás, o crime de tráfico

11. O uso do termo foi inspirado no uso do verbo atualizar por Mariana T. Possas (2015, p. 477), cujo sentido se assemelha ao *to actualize* (inglês) ou *actualiser* (francês), que significa "tornar real".

> prima pela inexistência de testemunha civil. Se eu obrigar os policiais a conseguirem testemunha civil, de duas a uma, *ou eles não vão conseguir fazer nenhuma prisão*, ou *quando essas testemunhas forem arroladas elas vão ser extraídas do próprio contexto do traficante e ajudarão a encobertá-lo*" (JESUS, 2018, p. 213)[12].

Outra fala recorrente para se acolher a narrativa policial como prova "neutra" é o fato de os agentes não conhecerem o réu. Conforme a declaração de um promotor em denúncia analisada:

> "Os policiais não conheciam os réus até a data dos fatos e não *teriam motivos para falsear a verdade no sentido de prejudicá-lo*. [...] No mais, em tema de comércio clandestino de entorpecentes, os *agentes policiais não estão proibidos de depor nos processos de cuja fase extrajudicial participaram*. Assim, o fato de ser a testemunha policial, não basta, por si só, para afastar a credibilidade de seu depoimento, pois não se pode, até prova cabal e inequívoca, em contrário, *descrer* da palavra dos agentes da lei, por críticas preconceituosas." (JESUS, 2018, p. 216)

Na mesma linha, é possível observar as manifestações dos juízes. De acordo com a pesquisa de Maria G. M. de Jesus (2018), os magistrados entrevistados certificaram a importância do testemunho policial nos casos envolvendo drogas, ressaltando que o fato de serem agentes envolvidos na prisão do acusado em nada os impedia de testemunhar sobre os casos.

Embora considere que não há restrição legal ao depoimento dos policiais (por força do art. 202 do CPP), Aury Lopes Jr. adverte que o juiz deve ter cautela na valoração de tais depoimentos, pois os agentes de polícia estão naturalmente contaminados em virtude de sua atuação profissional (seja em virtude de prejulgamentos psicológicos, seja até mesmo pela necessidade de legitimar seus atos – e eventuais abusos – praticados). Além disso, o processualista faz uma crítica ao procedimento que o Ministério Público usualmente adota, sustentando violar o artigo 155, *caput*, do CPP. Vejamos:

> "[...] é recorrente o Ministério Público arrolar como testemunha apenas os policiais que participaram da operação e da elaboração do inquérito. Busca, com isso, judicializar a palavra dos policiais para driblar a vedação de condenação 'exclusivamente' (art. 155 do CPP) com base nos elementos informativos colhidos na investigação. Na continuação, deparamo-nos com sentenças

12. Grifos nossos.

> condenatórias em que são utilizados os elementos do inquérito e o depoimento dos policiais em juízo. Isso é aceitável? Claro que não.
>
> No fundo, é um golpe de cena, um engodo, pois a condenação se deu, exclusivamente, com base nos atos da fase pré-processual e no depoimento contaminado de seus agentes, natural e profissionalmente comprometidos com o resultado por eles apontado, violando o disposto no art. 155 do CPP. Portanto, se não há impedimento para que os policiais deponham, é elementar que não se pode condenar só com base nos seus atos de investigação e na justificação que fazem em audiência." (LOPES JR., 2014, p. 676)

O grande problema é que a matriz do Código de Processo Penal brasileiro é autoritária e inquisitorial, conferindo ao juiz amplos poderes na gestão da prova em virtude do anseio ao mito da "verdade real" (por exemplo, o art. 156 do CPP atribui ao julgador poderes instrutórios, inclusive na fase pré-processual). Então, facilita-se a introdução dos elementos do inquérito policial no processo penal como forma de embasar as decisões judiciais (LOPES JR., 2014; KALEHD JR., 2016).

Segundo Figueira, o juiz assume o papel de "autoridade enunciativa", com uma posição determinada, pois ele "é o ator social detentor do poder simbólico de dizer o direito, de enunciar a verdade jurídica de determinado caso submetido à apreciação judicial" (FIGUEIRA, 2007, p. 44). O magistrado atribui um sentido às provas presentes no processo, com base em seu "livre convencimento motivado".

O juiz é apresentado, no discurso jurídico, como uma figura "desinteressada e imparcial" do processo, que tem a atribuição de buscar a "verdade" sobre os fatos. Na tradição jurídica brasileira essa autoridade "busca a verdade real" (FIGUEIRA, 2007, p. 44), racionalidade inquisitorial que é utilizada para apresentar uma "verdade jurídica" sobre o caso e o magistrado exercer seu poder de punir.

O livre convencimento do juiz funciona como um princípio legitimador da decisão dos magistrados e tem como efeito produzir uma neutralidade em processos que, no fundo, reproduzem a distribuição desigual da justiça (MENDES, 2012).

Há uma tendência por parte dos juízes em acolherem as denúncias apresentadas pelos promotores, com a adoção de argumentos da própria acusação, tais como a "gravidade do delito", a "necessidade de o Poder Judiciário defender a sociedade" e a legitimidade dos depoimentos apresentados pelos policiais que efetuaram o flagrante de tráfico de drogas. A narrativa policial não passa por qualquer tipo de crivo relacionado à forma como a abordagem foi realizada, se houve abuso policial, se há suspeitas de tentativa de extorsão. Os juízes, assim como os promotores, na maioria das vezes, não questionam as narrativas policiais. O juiz

recebe a denúncia e designa dia e horário para a audiência de instrução e julgamento, conforme o artigo 56 da Lei 11.343/2006.

Na audiência de instrução e julgamento o juiz ouve, primeiramente, as testemunhas de acusação. Em seguida, as testemunhas de defesa (se houver) e, por fim, o réu. O magistrado direciona uma série de perguntas às partes e, em seguida, passa a palavra ao promotor e à defesa (que pode ser representada pelo defensor público ou advogado particular). Ao fazer tais questionamentos, o juiz tem como referência o que foi produzido na fase policial, as narrativas das testemunhas e do réu. No caso de haver divergência entre as narrativas dos autos e da audiência, existe uma desconfiança com relação à verdade do que está sendo dito, a depender do depoente. Se os relatos forem considerados idênticos às narrativas iniciais, o juiz vai utilizar tal semelhança para considerar o que foi dito como verdadeiro. O trecho de uma das audiências acompanhadas exemplifica essa questão: "Observe-se que os depoimentos *prestados em juízo* por estes policiais estão plenamente coerentes e harmônicos, compatibilizando-se, com aqueles por eles prestados *perante a autoridade policial*" (JESUS, 2018, p. 221).

Jesus (2018) identificou quatro tipos de condução de inquirição das testemunhas policiais pelos juízes: a) uma em que os magistrados liam a denúncia e as narrativas dos policiais sobre os fatos e perguntavam a eles se eram verdadeiras aquelas informações, se as confirmavam; b) outra em que os juízes faziam uma série de questionamentos, mas "corrigiam" algumas das respostas dos policiais, para que seus interrogatórios estivessem semelhantes ao que estava no autos; c) outra em que os juízes faziam as perguntas, os policiais não se lembravam, mas isso não era considerado relevante pelos magistrados; d) por fim, outro tipo de condução identificada era a dos juízes que faziam perguntas, sem citar as narrativas presentes nos autos e sem corrigir as falas dos policiais.

De acordo com Vivian Calderoni (2014), é possível identificar duas linhas de entendimento sobre a recepção de testemunhos de agentes públicos pelos juízes: 1) uma que entende que tais agentes apresentam "fé pública", têm credibilidade, "presumida legitimidade de seus atos" e "presumida veracidade", o que poderia ser classificado como "presunção absoluta" (*jure et de jure*); 2) outra que entende que o testemunho do agente público precisa ser avaliado a partir de uma série de elementos presentes no processo, o que poderia ser classificado como "presunção relativa" (*jure et tantum*) (CALDERONI, 2014, p. 116). Nas situações *a, b e c* mencionadas anteriormente, os juízes tendem a adotar a linha de "presunção absoluta", e na situação *d* a de "presunção relativa".

Fernanda Prates Fraga (2013) também identificou semelhantes tipos de condução de interrogatório por juízes nas audiências que acompanhou em varas

criminais do Rio de Janeiro em sua pesquisa. Fraga identificou três práticas de validação dos depoimentos dos policiais pelos juízes: i) a leitura dos autos; ii) a correção de algumas contradições para que o narrado em audiência fosse semelhante ao dos autos; iii) situações em que o policial não lembra detalhes da ação, e o juiz justifica tal "esquecimento" como resultado do próprio trabalho desse agente, que faz prisões semelhantes todos os dias na mesma região (FRAGA, 2013, p. 89).

2.2.1. Juízes que seguem a linha da "presunção absoluta"

Os juízes que adotam a primeira linha de entendimento utilizam argumentos e jurisprudência que corroboram tal posicionamento. O fragmento dos autos pesquisados por Jesus (2018) citado abaixo ilustra esse argumento:

> "[...] os depoimentos dos policiais encontram-se em consonância com os demais elementos probatórios contidos nos autos, devendo ser acolhidos, não os desqualificando o fato das *testemunhas serem policiais*, não havendo demonstração de que, sem qualquer motivo aparente e relevante, *teriam os policiais interesse em prejudicar o acusado*. Ademais em *sendo agentes do Estado*, certamente gozam de *presunção de legitimidade de seus atos*, não havendo o mínimo indício de que teriam agido dolosamente. [...] Cumpre ainda salientar que pequenas contradições havidas nos depoimentos dos policiais não têm o condão de invalidar tais provas." (JESUS, 2018, p. 223)

O juiz confere aos policiais, testemunhas do caso, uma credibilidade inquestionável, já que gozam de "*presunção* de legitimidade dos seus atos". Ressalta que as "pequenas contradições havidas nos depoimentos não têm o condão de invalidar tais provas". O juiz destaca ainda que os policiais não teriam motivos para prejudicarem o acusado, assim dando a entender que eles não teriam por que acusar indevidamente o réu da prática do crime por eles flagrado.

A citação de jurisprudência que certifica os testemunhos policiais como idôneos e desinteressados é uma forma dos juízes justificarem a incorporação das narrativas policiais em suas decisões. Eles não problematizam os possíveis interesses dos policiais em realizarem flagrantes, ou mesmo questionam ilegalidades na atuação policial. Quando acolhem a narrativa policial como legítima, os juízes atualizam e incorporam seus vocabulários:

> "Os testemunhos dos policiais *são merecedores de total credibilidade*, pois, além de seguros, coerentes e harmônicos, nada há nos autos que possa demonstrar terem os mesmos qualquer *intenção de prejudicar o acusado*, até mesmo porque *este afirmou que sequer os conhecia* até então. O local da abordagem – ponto de

> tráfico de drogas – a quantidade de entorpecente apreendido [8 porções de maconha] e sua forma de acondicionamento deixam evidente a intenção do réu de destiná-lo à comercialização ilícita. *Comprovados, assim, os fatos narrados na denúncia*" (JESUS, 2018, p. 223).

Na descrição dos depoimentos, o juiz destaca que os testemunhos policiais são "merecedores de total credibilidade", cita a harmonia entre suas narrativas, alega não haver por parte dos agentes "intenção de prejudicar o acusado". Essa ausência de intenção de causar mal ao réu estaria "comprovada" pela afirmação dele próprio ao declarar não conhecer os policiais. Em certa passagem de *Os anormais*, Foucault faz uma descrição que se encaixa à recepção das narrativas policiais pelos juízes:

> "Essa quase reconstituição, essa pseudo-reconstituição da prova legal não está, é claro, na reconstituição de uma aritmética das provas, mas no fato de que – contrariamente ao princípio da convicção íntima, que exige que todas as provas possam ser fornecidas, todas possam ser reunidas e que somente a consciência do juiz, jurado ou magistrado, deve pesá-las – *certas provas tem, em si, efeitos de poder, valores demonstrativos, uns maiores que os outros, independentemente de sua estrutura racional própria*. Portanto, não em função da estrutura racional delas, mas em função de que? Pois bem, do *sujeito que as produz*. [...] Assim é que, por exemplo, os relatórios de polícia ou *os depoimentos dos policiais* têm, no sistema da justiça francesa atual, uma espécie de *privilégio com relação a qualquer outro relatório e depoimento, por serem enunciados por um funcionário juramentado da polícia*" (FOUCAULT, 2001, p. 13-14).

O trecho citado dimensiona que as narrativas policiais são mais que provas para o processo, elas apresentam um estatuto de verdade, com efeitos de poder, justamente porque são enunciadas por policiais. Esses agentes apresentam os vocabulários necessários para que os juízes exerçam o seu poder de punir. As narrativas policiais aparecem como enunciados com efeitos de verdade, numa relação entre "o enunciado da verdade e a prática da justiça" (FOUCAULT, 2001).

2.2.2. Juízes que seguem a linha da "presunção relativa"

Se o magistrado for mais da linha da "presunção relativa", é provável que as contradições revelem a fragilidade da prova, e ele opte por absolver ou desclassificar o caso, que passa a ser considerado porte para uso e não para venda (JESUS, 2018). Nesses casos, os juízes utilizam jurisprudência como a descrita a seguir:

> "Como testemunhas, somente foram ouvidos os policiais, que confirmaram os fatos da denúncia. Logo, para a condenação, somente há como base seus

> depoimentos. Não é possível fazê-lo. Não se trata, aqui, de tentar revestir de falsidade os depoimentos dos policiais, *mas é inegável que seus depoimentos, isolados não bastem para alicerçar uma condenação*. Julio Fabbrini Mirabete, acerca do tema: 'Também se discute o valor do testemunho de policiais, quando são os únicos apresentados pela acusação. Já se tem argumentado, *principalmente nos crimes referentes a tráfico de entorpecentes, que a condenação não se pode basear apenas no depoimento dos policiais, que têm interesse em dizer legítimas e legais as providências* tomadas por eles na fase de Inquérito' (grifei) (Julio Fabbrini Mirabete, Processo Penal, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 306). Nesse sentido é a jurisprudência: Não há vedar que policiais prestem depoimentos a respeito de diligências que efetuaram, entretanto, esta não é sua função precípua e, por mais idôneo que seja o miliciano, por mais honesto e correto, ao servir como testemunha, no fundo *está procurando ratificar a sua própria conduta, o que juridicamente não é admissível*" (JESUS, 2018, p. 225).

Na linha da "presunção relativa", o juiz destaca a necessidade de o testemunho policial ser embasado por outras provas e não de forma exclusiva. Quando há contradições entre os relatos dos policiais, é provável que o desfecho do caso seja a absolvição do réu ou a desclassificação do crime de tráfico para porte de drogas para consumo próprio, como demonstrado no caso a seguir:

> "O caso é de desclassificação para o delito de porte de entorpecentes para consumo próprio. A materialidade do fato vem provada no laudo de exame químico toxicológico juntado aos autos. Contudo, a prova produzida não trouxe segurança sobre a destinação da droga apreendida com o réu. Os depoimentos dos policiais militares *não demonstram com a segurança* exigida que o réu estivesse ali *comercializando* a substância entorpecente que trazia consigo ou que a entregaria de qualquer forma ao consumo de outrem. [...] Os únicos elementos que indicariam a destinação mercantil das drogas são a *confissão informal* do réu*, mencionada apenas nos depoimentos colhidos na fase policial*, e a apreensão em si. [...] *Os policiais sequer mencionaram em juízo a confissão informal do réu no ato da abordagem*" (JESUS, 2018, p. 226).

A falta da menção à "confissão informal" no momento da audiência pelos policiais foi um dos elementos destacados pelo juiz para a tomada de sua decisão[13].

13. Para não correrem o risco de esquecerem detalhes dos casos, os policiais militares entrevistados disseram que liam os boletins de ocorrência antes da audiência. Alguns levavam o BOPM, o registro que a própria polícia havia feito do flagrante. De acordo com o PM7 eles precisam ler os autos para se lembrar do caso, pois prendem "traficantes"

Ora, se tivessem citado a "confissão informal" do acusado, o juiz condenaria o réu por tráfico de drogas? A crença na polícia continua existindo. A questão principal consiste na necessidade de os policiais mencionarem exatamente aquilo que narraram em fase policial, para que o juiz se sinta mais "seguro" para exercer o seu poder de punir (JESUS, 2018).

3. Consequências jurídicas da presunção de veracidade das narrativas policiais no processo penal brasileiro

3.1. Poder de polícia, discricionariedade administrativa e presunção de veracidade dos atos do poder público

Pode-se notar, a partir dos dados da pesquisa anteriormente exposta, que algumas categorias do direito administrativo são utilizadas na segurança pública e penetram o sistema de justiça criminal a partir das narrativas policiais nos casos de flagrante pelo crime de tráfico de drogas. Nesse contexto, três categorias ficam muito claras: o poder de polícia, a discricionariedade administrativa e a presunção de veracidade dos atos do poder público.

Existe uma espécie de nebulosidade teórica quando se trata do poder de polícia no contexto da polícia judiciária. Embora a literatura especializada faça a distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária, com grande frequência socorre-se das concepções jurídico-administrativas do poder de polícia para fundamentar a existência da polícia judiciária (SULOCKI, 2007, p. 44-45; SANTIN, 2013, p. 63-65; FILOCRE, 2010, p. 20-41). Isso demonstra como a separação democrático liberal de poderes nunca foi muito clara a respeito da polícia, que acaba se situando tanto dentro da esfera judicial, quanto do ramo administrativo (NEOCLEOUS, 2010), e, no direito brasileiro, encontra-se positivada na esfera do direito tributário (artigo 78, *caput* e parágrafo único, do Código Tributário Nacional).

Hely Lopes Meirelles conceitua o poder de polícia como "a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado" e prossegue afirmando que: "[...] podemos dizer que o poder de

todos os dias e se não lerem antes da audiência provavelmente vão esquecer de detalhes importantes. Caso não consigam responder as perguntas do juiz e demonstrem não saber do caso que está sendo julgado, os policiais disseram que os juízes decidem absolver o acusado por falta de provas.

polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual" (2006, p. 131).

O poder de polícia é definido como atividade da Administração Pública e tem como uma de suas características a discricionariedade. Esse conceito indica que existe uma margem de liberdade para a tomada de decisões. Entende-se que os legisladores não conseguem prever todas as situações concretas que envolvem a aplicação da lei, cabendo aos seus agentes, no caso os policiais, a interpretação da lei. O poder discricionário é, portanto, uma parte inerente do trabalho policial (MUNIZ, 2008). Espera-se que os policiais avaliem as situações em que seja necessária a sua intervenção e que essa seja dentro dos limites da lei. Egon Bittner (2003) destaca a difícil tarefa de estabelecer, na atividade policial, a exata fronteira entre o que é considerado o seu papel discricionário daquilo que é concebido como arbitrariedade. Um policial precisa ter a capacidade de fazer escolhas responsáveis com base em sua experiência e formação (BITTNER, 2003; GOLDSTEIN, 2003; ALPERT; NOBLE, 2009).

Para Luís C. Coelho (2014, p. 107), o poder discricionário do policial é maior no que se refere aos casos envolvendo drogas, pois é ele quem vai decidir atuar ou não, fazer o flagrante e definir o delito. De acordo com o autor, a própria definição legal autoriza esse poder, "permitindo um amplo enquadramento de qualquer cidadão que tenha em depósito, traga consigo ou guarde substância entorpecente, como traficante" (COELHO, 2014, p. 109).

O poder de decidir agir ou não em determinado evento demonstra que "a tomada de decisão discricionária é a práxis essencial da polícia, do exercício do mandato policial" (MUNIZ; PROENÇA, 2007, p. 41). Das decisões discricionárias dos policiais serão extraídos o conhecimento, o fazer policial e um saber prático (MUNIZ, 1999, 2008). Portanto, os policiais não têm como referência para a tomada de decisão apenas o conjunto de leis e normas, mas também contam com um "acervo de procedimentos" e de práticas partilhadas entre eles (CARUSO, 2004; CARUSO et al. 2007; SINHORETTO et al., 2014; DUARTE et al., 2014; MUNIZ, 1999), "construídas pela experiência coletiva no planejamento e execução da ação policial, na forma de expedientes informais ou normas e procedimentos padrão" (MUNIZ; PROENÇA, 2007, p. 59). De acordo com Tânia Pinc (2011, p. 203), os policiais dispõem de um "estoque de conhecimento acumulado". Na prática da atuação de rua, o policial desenvolve um "olhar treinado" para as situações em que ele considera necessária sua intervenção (PINC, 2011).

Discricionariedade administrativa é, portanto, uma categoria jurídica do direito administrativo que não pode ser confundida com a discricionariedade judicial, tão criticada pela hermenêutica do direito. A discricionariedade judicial

"refere-se a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento" (STRECK, 2011, p. 40), enquanto a discricionariedade administrativa vincula o administrador público ao princípio da legalidade, ou seja, os atos administrativos só podem ser praticados se autorizados por lei. Trata-se de uma discricionariedade vinculada à legalidade.

No entanto, tal conceituação de discricionariedade administrativa sofre de dois vícios genéticos. Podemos perceber, em primeiro lugar, por uma simples análise semântica do termo discricionariedade. Em sua concepção dicionarizada, discricionariedade é a qualidade do que é discricionário. Discricionário, por sua vez, pode significar: deixado à discrição; livre de condições; ilimitado; *arbitrário*; caprichoso. Nota-se, portanto, que a própria terminologia se refere a uma ausência de limites que está estritamente relacionada à arbitrariedade, já que em democracia o poder sempre necessita ser limitado. Mas não só. O léxico da discricionariedade possui a mesma raiz da palavra discriminação, referindo-se à ação de separar, distinguir e julgar. A origem semântica do termo ajuda-nos a compreender por que "la 'discrecionalidad' implica, en la práctica, discriminación a partir de la aplicación selectiva de la ley y del mantenimiento del orden" (NEOCLEOUS, 2010, p. 186).

Em segundo lugar, é preciso superar a mitologia de um certo positivismo jurídico que acredita na legalidade como o remédio para todos os males, como solução de todos os problemas jurídicos e sociais. Trata-se de um *fetichismo da legalidade* ou de uma *patologia do legalismo*, na qual o direito se transforma em uma resposta mítica a todos os problemas advindos do poder e da sociedade. A grande questão não diz respeito à legalidade, mas sim que a discricionariedade surge estruturalmente dos poderes legais e, por isso, para compreendê-la é necessário analisar o direito administrativo.

Embora seja um ponto nebuloso na literatura sobre o assunto, as atividades policiais não são regidas apenas pela esfera judiciária, mas também pela discricionariedade e, sendo assim, pelas normas do direito administrativo. Necessário dizer, junto com Mark Neocleous, que "la policía es una entidad tanto administrativa como judicial es congruente con el hecho de que su ubicación en la separación democrática liberal de poderes nunca ha sido clara" (2010, p. 195). A própria incerteza legal e semântica que rodeia a discricionariedade não é contrária ao direito administrativo, mas um produto dele. A discricionariedade policial diferencia-se da dos demais funcionários públicos apenas em virtude do caráter específico do elemento dos lugares e das relações humanas em que se exerce, e não porque seja, de alguma forma, um processo mais "legal" (NEOCLEOUS, 2010, p. 190).

A categoria de discricionariedade administrativa acaba por legitimar juridicamente as atuações arbitrárias, seletivas e discriminatórios das polícias na guerra travada contra o tráfico de drogas. Além disso, outra disposição do direito administrativo serve de proteção para a discricionariedade policial: a presunção de veracidade (e legitimidade) dos atos administrativos.

A doutrina administrativista "clássica" costuma dividir a presunção dos atos administrativos em duas: presunção de legitimidade e presunção de veracidade. Na esteira de Hely Lopes Meirelles os atos administrativos, sejam de quais espécies ou categorias forem, "nascem com a *presunção de legitimidade*, independentemente de norma legal que a estabeleça". A presunção de legitimidade, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, possui dois aspectos: (a) presunção de verdade, que recai sobre a certeza dos fatos; e (b) presunção de legalidade, presumindo-se, até prova em contrário, que todos os seus atos, além de verdadeiros, foram praticados em observância às normas legais (DI PIETRO, 2008, p. 67).

A presunção de veracidade, por outro lado, "refere-se aos *fatos* alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato, os quais são tidos e havidos como verdadeiros até prova em contrário" (MEIRELLES, 2006, p. 154). As decisões da Administração Pública, em resumo, "são editadas com o pressuposto de que estão conforme às normas legais e de que seu conteúdo é verdadeiro" (MEDAUAR, 2006, p. 131). Embora a presunção de veracidade e legitimidade seja um dispositivo jurídico-político oriundo da esfera administrativa, os dados e casos demonstrados nas pesquisas expostas anteriormente atestam que tal construção influencia os operadores do direito na prática do sistema de justiça criminal, resultando em problemas para o processo penal brasileiro, como veremos a seguir.

3.2. Valor probatório: réu x testemunha policial

Para que o processo seja considerado justo é necessário que o acusado tenha o direito de falar, de mostrar o seu lado, de dar sua explicação, sua versão sobre os fatos (garantias constitucionais ao contraditório e à ampla defesa). No modelo de produção da verdade jurídica na justiça criminal brasileira, o acusado só tem algumas opções: calar-se e sofrer forte suspeita de ser o culpado, pois "quem cala consente"[14]; admitir sua culpa, confessando aquilo de que foi acusado; ou trazer uma nova versão dos fatos ao juiz (LIMA, 2012). Porém, esta última opção será

14. O silêncio do acusado é associado aos conhecidos provérbios: "quem cala consente", "quem não deve não teme" (LIMA, 2010).

confrontada à versão esboçada pela polícia e contemplada pelo Ministério Público em sua denúncia. Na maioria das vezes, qualquer informação diferente do que está nos autos poderá ser considerada falsa. A interação entre o juiz e o réu é marcada por desconfiança. Os magistrados têm um interesse limitado ao que o acusado está dizendo.

Em um dos processos analisados por Maria G. M. de Jesus, o juiz afirmou: "Ora, atenta à inteligência humana a alegação de que policiais poderiam colocar suas carreiras em risco pelo simples prazer de imputar a alguém a prática de ilícitos de que os sabem inocentes" (JESUS, 2018, p. 233). Ao formular sua narrativa nesse sentido, o juiz estabelece a seguinte associação: a lógica racional está ligada ao fato de policiais agirem dentro da lei e merecerem confiança; lógica irracional é pensar que policiais colocarão em risco suas carreiras por não agirem de acordo com a lei. Essa lógica interdita qualquer suspeita sobre a atividade policial, neutraliza a capacidade de observar situações de violência, abuso, extorsão etc.

Abusos policiais, arbitrariedades, ilegalidades e violência aparecem nos depoimentos dos réus durante a audiência de instrução e julgamento. Contudo, são recebidos com reservas pelos juízes. Os magistrados perguntam se os acusados conheciam os policiais que os prenderam e os questionam das razões pelas quais policiais "prenderiam pessoas que não conhecem". A alegação de violência é vista pelos juízes como uma estratégia do réu de "se livrar da incriminação". Em uma das audiências que acompanhamos pela pesquisa de Jesus (2018), o juiz disse ao réu: "É muito fácil para você chegar aqui e acusar os policiais, é melhor você começar a dizer a verdade" (JESUS, 2018, p. 235).

As narrativas dos acusados, sobretudo de violência policial, são contrapostas às dos policiais. Os relatos do réu são recepcionados como "falsos" e a dos policiais como "verdadeiros". O momento da audiência de instrução e julgamento é o principal espaço consagrado pelo CPP para a produção da prova, garantidos os princípios do contraditório e ampla defesa. No entanto, percebemos que a audiência corresponde a um campo de mera "validação" daquilo que foi produzido na fase policial (LIMA, 2010).

Acreditar nos réus também significava, para os juízes, desqualificar os policiais, e igualmente, a própria justiça. Isso fica evidente quando observamos a decisão do juiz no seguinte fragmento abaixo:

> "Dar-se crédito àquele que é detido em plena e objetiva ação delituosa, em detrimento das palavras dos agentes da lei, que cumpriam seu papel de proteger a sociedade, seria inverter de tal forma os valores que *se deixaria em descrédito a própria Justiça*. Tanto não é possível, na verdade, exatamente porque as escusas são para livrá-lo da responsabilização, que é imperiosa, todavia. Ou

> valem as palavras dos Policiais ou se estará dando crédito maior a quem traz consigo as drogas para fins de comércio, em plena ação delituosa." (JESUS, 2018, p. 237-238)[15]

Essas associações reforçam a crença de que a polícia é merecedora de crédito, e que isso representa, ao mesmo tempo, o crédito à justiça. O crédito ao réu representa o descrédito na justiça.

> "As versões dos policiais foram uniformes e coerentes. Somado ao fato de que os policiais prestam depoimentos sob compromisso de dizer a verdade e que o réu, no sistema do Direito Processual Penal Brasileiro tem o direito de mentir em juízo, deve-se destinar maior valor probatório às versões de policiais, e a versão do réu tem valor probante quase nulo. A versão do réu não convence por contrariar todo o contexto probatório. Do exposto, manifesto-me pela procedência da ação, nos termos da Denúncia." (JESUS, 2018, p. 238)

Como os juízes justificam a acolhida da versão policial em suas sentenças? Quais são as condições que tornam possível que as narrativas policiais sejam concebidas como verdade? Durante toda a pesquisa, a crença apareceu como a condição necessária para a recepção, sem questionamentos, da narrativa policial. Os juízes precisam acreditar nesse relato para exercerem o seu próprio poder de punir. A crença dispensa a necessidade de conhecer, tornando-se um tipo de obstáculo cognitivo. O repertório de crenças cria o campo de imunidade da narrativa policial, que não é questionada pelos juízes em suas sentenças: crença na função policial, crença no saber policial, crença na conduta do policial, crença de que o acusado vai mentir, associação entre criminalidade e perfil socioeconômico, crença no seu papel de defesa da sociedade e, pode-se acrescentar também, a crença na prisão.

A crença na palavra do policial é associada à justiça, e a sua descrença é vinculada à impunidade. Nesse jogo de associações de sentido, a crença na narrativa policial torna-se um dos únicos meios pelos quais os juízes conseguem obter o vocabulário necessário para exercerem o seu poder de punir, sobretudo casos de tráfico de drogas.

Os juízes fazem um tipo de "trânsito de saberes", em que utilizam o vocabulário policial em suas justificativas. A verdade policial é uma verdade que vale para o direito, possui uma utilidade necessária para o funcionamento do sistema, para que os juízes exerçam seu poder de punir.

15. Grifos nossos.

Porém, todo esse cenário tem consequências. A ausência de limitações ao exercício do poder discricionário da polícia, respaldada pela crença, torna opacas violações de direitos humanos cometidas por policiais, em nome do combate ao tráfico de drogas (ALEXANDER, 2010). O papel do Poder Judiciário e do Ministério Público de atuar na garantia de direitos processuais é neutralizado. A tolerância a determinadas práticas policiais consideradas abusivas gera várias consequências, sobretudo a violência dirigida a determinados grupos sociais mais visados pela ação policial. Não são incomuns, por exemplo, denúncias de flagrantes forjados:

> "Infelizmente já se tornou lugar comum o procedimento de certos policiais (maus policiais, diga-se de passagem), que colocam substância entorpecente no bolso do cidadão, ou em seu veículo, ou, no caso de busca domiciliar, para que esta não resulte infrutífera, apreendem, em qualquer dos cômodos, certa quantidade de maconha e cocaína, por eles ali colocada, e dão voz de prisão ao infeliz." (TOURINHO FILHO, 2010, p. 665-666).

Pesquisas demonstram que a violência policial, extorsão e abuso fazem parte das narrativas das pessoas presas pela polícia. Com o poder ampliado, policiais podem utilizá-lo como mercadoria política, aumentando seu poder na gestão dos ilegalismos, "das ruas à prisão e da prisão às ruas" (TEIXEIRA, 2012, p. 278). Ao entrevistar 19 adolescentes da Fundação Casa, Teixeira (2012) acessou narrativas diversas de casos de extorsões policiais, cuja moeda de troca era a liberdade. Na pesquisa de Helpes (2014), as mulheres presas por tráfico de drogas relatam situações de suborno policial como forma de permanecerem soltas, ou casos de flagrantes forjados, em que elas eram acusadas sem terem cometido o crime. Nas audiências de custódia acusados indicam o uso de violência policial e tentativa de extorsão.

A justiça criminal faz parte da gestão diferencial dos ilegalismos, "ponto de troca numa economia geral das ilegalidades, cujas outras peças são (não abaixo dela, mas ao seu lado) a polícia, a prisão e a delinquência" (FOUCAULT, 1987, p. 234). Aplicam penas de prisão, muitas vezes altíssimas, reforçando uma política criminal de guerra às drogas, alegando assim estarem defendendo a sociedade contra o tráfico de drogas, contra a "disseminação" de um "mal". Atribui-se tal papel como central. Contudo, os casos que chegam à justiça criminal não representam o tráfico que juízes e promotores projetam quando discursam sobre esse crime. Punem a penas severas pessoas que, mesmo se integrassem a rede do comércio de drogas, não seriam a peça fundamental de tal empreendimento. Trata-se dos pequenos varejistas, daqueles mais expostos à atuação policial. O

Judiciário tem acesso ao tráfico que a polícia conduz ao sistema e não à economia da droga que dizem combater.

A crença na palavra repressiva acaba por justificar e mascarar a violência policial, tornando verdade suas narrativas nos casos de flagrante por possuírem presunção de veracidade. No entanto, tal categoria trata-se de uma construção teórica *da* esfera do direito administrativo *para o ramo administrativista*, cujo objetivo estratégico, aqui, é potencializar o poder punitivo estatal através do aumento do poder de convencimento da hipótese acusatória, com a consequente liberação dos "entraves" criados pelos "interesses" da defesa. Cria-se, assim, uma espécie de "testemunho oficial acreditado" dos agentes públicos responsáveis pelo controle do delito. O grande problema é que "essas testemunhas, por vezes, não raras, são os agentes públicos responsáveis por atos (por vezes, ilegais) de constrição pessoal dos réus" (CASARA, 2015, p. 150).

A consequência fundamental, em termos de dogmática processual penal, da aplicação da presunção de veracidade no depoimento dos policiais ocorre no plano probatório do processo penal, mais especificamente na inversão do ônus probatório, pois, nessa lógica, caberá ao acusado comprovar que o testemunho do agente público não é verdadeiro ou, no mínimo, apresentar versão contrária e demonstrá-la. Ou seja: "[...] se os depoimentos dos policiais confirmam a imputação veiculada na denúncia [...], não há alternativa à defesa, a quem caberá provar a inocência do réu" (CASARA, 2015, p. 150), o que significa, na práxis, uma indevida inversão do encargo probatório, porque o princípio constitucional da presunção de inocência no direito processual penal brasileiro veda tal prática (MORAES, 2010, p. 519). Em estudo sobre a gestão da prova nos crimes de tráfico de drogas, Garcia também constatou a inversão do ônus probatório em tais casos:

> "[...] as provas produzidas em juízo estão extremamente adstritas ao trabalho policial. Nesse caso, se limita a defesa a criar outra versão sobre o que já é existente e pré-constituído, sendo muitas vezes forçada a produzir novo conjunto probatório para de fato provar a inocência ou a versão diversa da inicialmente produzida. Fica a defesa efetivamente defronte à inversão do ônus da prova, em uma realidade em que até mesmo a negativa do exame toxicológico fundamenta a versão de traficância." (2017, p. 129)

Portanto, além de conferir ao relato dos agentes de segurança pública um valor superior aos demais, tal racionalidade jurídico-administrativa acaba também trazendo uma presunção de desconfiança quanto ao depoimento das outras testemunhas, sobretudo as de defesa, e quanto à versão apresentada pelo acusado, o que também impossibilita o exercício do direito de defesa do réu, já que a

demonstração da falsidade do testemunho policial é um exercício praticamente impossível de se realizar. Se, por um lado, cabe ao Ministério Público oferecer a acusação e comprová-la, por outro, deve ser possibilitado o exercício do direito fundamental à ampla defesa em sua plenitude, ou, do contrário, caberá ao réu o ônus indevido de demonstrar a sua inocência (GIACOMOLLI, 2016, p. 229).

Tal realidade, no entanto, é pouco percebida e problematizada pela literatura processual penal brasileira. Fauzi Hassan Choukr, quando disserta sobre o valor do testemunho prestado por policiais, não aponta nenhuma relação com a presunção de veracidade, defendendo que o testemunho policial não pode ser desvalorizado *a priori* (2018, p. 545). Da mesma forma, Aury Lopes Jr. (2014, p. 676) está preocupado, no tocante à valoração do depoimento dos policiais, simplesmente com a observância da regra prescrita no artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal (não condenar exclusivamente com elementos produzidos na fase investigatória), e não com a contaminação de categorias oriundas do direito administrativo – no caso, a presunção de veracidade – dentro do processo penal brasileiro.

Não se trata apenas de não condenar com base exclusivamente nos elementos produzidos na fase pré-processual, mas perceber que existe uma racionalidade oriunda do direito administrativo que não se limita à investigação realizada pela polícia judiciária, pois a presunção de veracidade invade a produção probatória no processo e acaba conferindo um *status* superior à palavra da polícia em relação às provas produzidas pela defesa. Entretanto, Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner observam a presença da categoria administrativista "presunção de veracidade" na doutrina e na jurisprudência no que diz respeito ao inquérito policial e criticam-na severamente.

> "Essa presunção de veracidade gera efeitos contrários à própria natureza e razão de existir do IP, fulminando seu caráter instrumental e sumário. Também leva a que sejam admitidos no processo atos praticados em um procedimento de natureza administrativa, sigiloso, não contraditório e sem exercício de defesa. Na prática, essa presunção de veracidade dificilmente pode ser derrubada e parece haver sido criada em outro mundo, muito distinto da nossa realidade, em que as denúncias, coação, tortura, maus-tratos, enfim, toda espécie de prepotência policial, são constantemente noticiados. Se alguma presunção deve ser estabelecida, é exatamente no sentido oposto." (2014, p. 301)

Esse "outro mundo", como os autores sabem, é o nosso mundo jurídico, marcado por profundas heranças dos períodos autoritários de nossa história, inclusive no processo penal (GLOECKNER, 2019) e no sistema de justiça criminal (PASTANA, 2009), e, em nossa práxis, não somente aos atos e elementos do inquérito é conferida presunção de veracidade, mas também aos depoimentos

policiais prestados em juízo. Precisamos, diante de tudo, destacar a proposta de solução realizada por Fauzi Hassan Choukr para evitar o que chamou de tolerância jurisprudencial a "baixos padrões de qualidade da prova". Isto é, a utilização "quase automática" do testemunho policial para embasar uma sentença condenatória, qual seja: a comprovação audiovisual das diligências efetuadas pelos funcionários públicos através da adoção de equipamentos tecnológicos que registrem as condutas policiais (2018, p. 545). Tal proposta de procedimento talvez ajude a dissuadir práticas arbitrárias e ilegais por parte dos agentes policiais, sobretudo no caso de tráfico de drogas.

Em resumo, embora seja tímida a análise dessa matéria na literatura processual penal brasileira, tal presunção de veracidade traz como consequência jurídica prática a inversão do ônus da prova no processo penal brasileiro, que em nosso sistema processual penal está a cargo da acusação, violando o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF) e os direitos ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), além de gerar um desequilíbrio na relação processual entre as partes (acusação, defesa e julgador) no sistema acusatório, uma vez que a acusação gozará de um poder de verdade no relato de suas testemunhas oficiais (os policiais, no caso), o que se mostra incompatível com um modelo processual penal democrático com orientação constitucional e convencional (CASARA, 2015, p. 151).

4. Considerações finais

> "No processo penal, verdadeiro saber-poder (*cognitio-auctoritas*), a 'presunção de veracidade' passa a funcionar como um instrumental apto a substituir o conhecimento (*cognitio*) pela autoridade (*auctoritas*)."
> (CASARA, Rubens. *Processo Penal do Espetáculo*)

O presente artigo teve por objetivos, em primeiro lugar, investigar como as narrativas policiais são incorporadas pelos operadores do direito nos processos de tráfico de drogas em nosso país e, em segundo, analisar as consequências jurídicas da presunção de veracidade do testemunho policial no processo penal brasileiro, realizando um diálogo entre as categorias do direito administrativo e as normas processuais penais brasileiras.

Verificamos, em primeiro lugar, que o testemunho dos policiais é recepcionado pelos operadores do direito nos processos de tráfico de drogas com presunção de veracidade, seja absoluta ou relativa, dependendo do juízo, o que significa dizer que as narrativas policiais sobre as prisões em flagrante nesses casos acabam possuindo um "estatuto de verdade", ou seja, a "verdade policial" transforma-se na "verdade jurídica" dentro do processo penal brasileiro.

Em segundo lugar, averiguamos que, na práxis, tal fato acaba por mascarar violações de direitos humanos – abusos, arbitrariedades, ilegalidades, violências etc. –praticadas pelos agentes policiais em nome da guerra às drogas, legitimando a atuação de um poder de polícia discricionário, ilimitado e discriminatório através das categorias jurídicas oriundas do direito administrativo, sobretudo o poder de polícia, a discricionariedade administrativa e a presunção de veracidade e legitimidade dos atos do poder público.

Por último, verificamos que no plano da dogmática processual penal brasileira, a literatura, em regra, não nota ou percebe timidamente as relações entre o direito administrativo e o processo penal, mais especificamente entre a presunção de veracidade e o testemunho dos policiais. Ainda assim, constatamos que a adoção das regras administrativistas dentro do processo penal nos casos de depoimentos de agentes policiais em crimes de tráfico de drogas, na prática forense, inverte indevidamente o encargo probatório que deveria ser dever da acusação (art. 129, I, da CF e art. 156 do CPP), e não da defesa, violando uma série de direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, sobretudo a presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, da CF). Além disso, fere o equilíbrio da relação processual entre partes (acusador, defensor e julgador) inerente ao sistema acusatório de processo.

O legislador brasileiro parece estar mais atendo para o problema do que o Judiciário, pois, enquanto a Súmula 70 do TJRJ admite condenações baseadas apenas no depoimento de policiais, existe um Projeto de Lei (7.024/2017) na Câmara dos Deputados, que propõe justamente o acréscimo de um parágrafo único ao artigo 58 da Lei nº 11.343/06 para que testemunhos policiais não sejam o único aparato utilizado para a condenação ("serão nulas as sentenças condenatórias fundamentadas exclusivamente no depoimento de policiais"). De qualquer forma, a proposta realizada por Fauzi Hassan Choukr no sentido de exigir a comprovação audiovisual das diligências efetuadas pelos funcionários públicos através da adoção de equipamentos tecnológicos que registrem as condutas policiais seria um avanço para evitar arbitrariedades e ilegalidades pela polícia, assim como serviria como uma garantia para os próprios funcionários públicos contra acusações falsas ou descabidas.

5. Referências

ACOSTA, Fernando. De l'événement à l'infraction: Le processus de mise em forme pénale. *Déviance et Société*, v. 11, n. 1, p. 1-40, 1987.

ALEXANDER, Michelle. *The new Jim Crow*: Mass incarceration in the age of colorblindness. New York: The New Press, 2010.

ALPERT, G.; NOBLE, J. Lies, True lies, and conscious deception police officers and the truth. *Police Quarterly*, v. 12, p. 237-254, jun. 2009. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/242394241_Lies_True_Lies_and_Conscious_Deception_Police_Officers_and_the_Truth]. Acesso: em 14.02.2014.

BERGER, P.; LUCKMANN, T. *A construção social da realidade*: tratado de sociologia do conhecimento. Petrópolis: Vozes, 1973.

BITTNER, Egon. *Aspectos do trabalho policial*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

CALDERONI, Vivian. *Luz e sombra no sistema prisional*: percepções de juízes sobre agentes penitenciários. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CAMPOS, Marcelo. *Pela metade*: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. Tese (Doutorado Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CASARA, Rubens. *Processo penal do espetáculo*: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal*: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

COELHO, Luís Carlos Honório de Valois. O direito à prova violado nos processos de tráfico de entorpecentes. In: SHECAIRA, Sergio (Org.). *Drogas*: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

DAS, Veena; POOLE, Deborah (Ed.). *Anthropology in the Margins of the State*. Santa Fé: School of American Research Press/James Currey, 2004.

DEBERT, Guita G. Polícia e delegacias. In: LIMA, Antônio Carlos de (Org.). *Antropologia & Direito*: temas antropológicos para estudos jurídicos. Rio de Janeiro/Brasília: Contra Capa/LACED/Associação Brasileira de Antropologia, 2012.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório final*. Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/palavra-policiais-foi-unica-prova-54.pdf].

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* – INFOPEN – Junho de 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 11.01.2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DUARTE, Evandro C. Piza; GARCIA, Rafael de Deus; LACERDA, Marina; MURARO, Mariel. 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 S. L. et al. (Org.) *Segurança pública e direitos humanos*: temas transversais. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENAS), 2014. v. 5. (Coleção Pensando a Segurança Pública).

FIGUEIRA, L. E. *Produção da verdade nas práticas judiciárias criminais brasileiras*: uma perspectiva antropológica de um processo criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FIGUEIRA, L. E. *O ritual judiciário do tribunal do júri*: o caso do ônibus 174. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2007.

FILOCRE, Lincoln D'Aquino. *Direito de segurança pública*: limites jurídicos para políticas de segurança pública. Coimbra: Almedina, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*: curso no Collège de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005.

FRAGA, Fernanda Prates. *La construction du verdict de culpabilité*: Magistrature pénale et production de vérité judiciaire au Brésil. Thèse présentée à la Faculté des études supérieures et postdoctorales en vue devl'obtention du grade de Philosophiae Doctor (Ph.D.) en criminologie, 2013.

GARCIA, Rafael de Deus. *Tecnologia e gestão da prova nos crimes de drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOLDSTEIN, Herman. *Policiando uma sociedade livre*. São Paulo: EDUSP, 2003.

JESUS, Maria G. M. de. *A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

KALEHD JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016.

LEMGRUBER, Julita et al. (Org.). Controle externo da polícia: o caso brasileiro. In: Conferência internacional sobre o controle externo da polícia, Rio de Janeiro. *Anais*... Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Segurança e Cidadania, p. 7, 2002.

LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Marcia (Coord.). Tráfico de drogas na cidade do Rio de Janeiro: prisão provisória e direito de defesa. *Boletim Segurança e Cidadania*, n. 17, nov. 2015.

LIMA, Roberto Kant de. Direito civis e direitos humanos: uma tradição judiciária pré-republicana? *São Paulo em Perspectiva*, v. 1, n. 18, p. 49-59, 2004.

LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico/2009*, 2: 25-51, 2010.

LIMA, Roberto Kant de. Antropologia jurídica. *In:* LIMA, Antônio Carlos de (Org.). *Antropologia & Direito*: temas antropológicos para estudos jurídicos. Rio de Janeiro/Brasília: Contra Capa/LACED/Associação Brasileira de Antropologia, 2012.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno.* 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. *Dilemas da decisão judicial*: as representações de juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento motivado. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2008.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. Verdade real e livre convencimento: o processo decisório judicial brasileiro visto de uma perspectiva empírica. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social,* v. 5, n. 3, p. 447-482, jul.-set. 2012.

MISSE, Michel. O Inquérito Policial no Brasil: resultados gerais de uma pesquisa. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 3, n, 7, p .35-50, jan.-mar. 2010.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira. Discricionariedade policial e a aplicação seletiva da lei na democracia. In: SICA, Leonardo (Org.). *Revista Ultima Ratio*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 97-122, 2008.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; PROENÇA JR., Domicio. Da accountability seletiva à plena responsabilidade policial. In: CARUSO, Haydée; MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; CARBALLO BLANCO, Antônio Carlos (Org.). *Polícia, Estado e sociedade*: práticas e saberes latino-americanos. Rio de Janeiro: Publit, 2007.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; SILVA, Washington França da. Mandato policial na prática: tomando decisões nas ruas de João Pessoa. *Caderno CRH*, Salvador, v. 23, n. 60, p. 449-473, set.-dez. 2010.

NEOCLEOUS, Mark. *La fabricación del orden social*: una teoría crítica sobre el poder de policía. Buenos Aires: Prometeu Libros, 2010.

NÚCLEO DE ESTUDOS SOBRE VIOLÊNCIA – USP. *Prisão provisória e Lei de Drogas*: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: Núcleo de Estudos sobre Violência, 2011. Disponível em: [www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=2513&Itemid=96]. Acesso em: 26.12.2011.

PASTANA, Debora Regina. *Justiça penal no Brasil contemporâneo*: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: UNESP, 2009.

PERALVA, Angelina. Questão de drogas e de mercados. *Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar*, v. 5, n. 1, p. 19-36, jan.-jun. 2015.

PINC, Tania. *Treinamento policial*: um meio de difusão de políticas públicas que incidem na conduta individual do policial de rua. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

POSSAS, Mariana T. *Système d'idées et création de lois criminelles*: le cas de la loi contre la torture au Brésil. Tese (Doutorado), Université d'Ottawa, Ottawa 2009.

RAUPP, Mariana. *O seleto mundo da justiça*: análise de processos penais de tráfico de drogas. São Paulo: Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

RAUPP, Mariana. As pesquisas sobre o "sentencing": disparidade, punição e vocabulários de motivos. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 2, n. 2, p. 174-191 jul. 2015.

SANTIN, Valter Foleto. *Controle judicial da segurança pública:* eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso:* Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

SULOCKI, Victoria-Amália de Barros Carvalho G. de. *Segurança pública e democracia:* aspectos constitucionais das políticas públicas de segurança. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TEIXEIRA, Alessandra. *Construir a delinquência, articular a criminalidade*: um estudo sobre a gestão dos ilegalismos na cidade de São Paulo. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VARGAS, Joana Domingues. Em busca da "verdade real": tortura e confissão no Brasil ontem e hoje. *Sociologia & Antropologia*, v. 2, n. 3, p. 237-265, jun. 2012.

VARGAS, Joana Domingues; RODRIGUES, Juliana. Controle e cerimônia: o inquérito policial em um sistema de justiça criminal frouxamente ajustado. *Revista Sociedade e Estado*, v. 26, n. 1, p. 77-96, jan.-abr. 2011.

WRIGHT MILLS, C. Situated actions and vocabularies of motive. *American Sociological Review*, Chicago, v. 5, n. 6, p. 904-913, 1940.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Considerações críticas acerca do valor do depoimento de agente policial no processo penal, de Silas Silva Santos e José Wellington Bezerra da Costa Neto – *RT* 901/449-485 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/1343-1382 (DTR\2010\888); e
- O (in)visível tráfico de drogas: um estudo de sociologia das práticas jurídicas, de Mariana Raupp – *RBCCrim* 80/346-369 (DTR\2009\514).

El examen de racionalidad en la legislación penal brasileña: un análisis de la Ley 11343 de 2006[1]

The rationality test in Brazilian criminal law: an analysis of Law 11343/2006

Chiavelli Facenda Falavigno

Investigadora postdoctoral en Política Legislativa Penal por la Universidad de Málaga con la supervisión del Dr. José Luis Díez Ripollés (becaria de la Fundación Carolina). Doctora en Derecho Penal por la Universidad de São Paulo, con pasantía de investigación en la Universidad de Hamburgo (becaria FAPESP y DAAD, respectivamente). Investigadora visitante del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero (Friburgo, Alemania) y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra. Profesora Adjunta de Derecho y Proceso Penal en la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC). ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7264-2171
chiavelli.falavigno@gmail.com

Recebido em: 11.07.2019
Aprovado em: 30.09.2019
Última versão do (a) autor (a): 01.10.2019

Área do Direito: Penal

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo analizar las causas de la actual crisis en la producción de legislación penal en Brasil. En un segundo momento, se intenta poner de relieve la importancia y urgencia del desarrollo de una ciencia de la legislación que presente criterios de racionalidad para el control de la actuación del Poder Legislativo. Finalmente, haciendo uso de criterios creados por la doctrina española, sobre todo la de Díez Ripollés, se propone un análisis de racionalidad de la Ley 11.343 de 2006, actualmente vigente, ley que establece el sistema brasileño para el combate al tráfico de drogas.

Palabras clave: Legislación penal – Poder Legislativo – Control – Racionalidad.

Abstract: The objective of this paper is to analyze the causes of the current crisis in the production of criminal legislation in Brazil. In a second moment, I intend to highlight the importance and urgency of the development of a science of legislation that presents criteria of rationality for the control of the Legislative branch actions. In the end, using criteria created by the Spanish doctrine, mainly Diez Ripollés, an analysis of the rationality of Law 11,343 of 2006, currently in force, is proposed. This law establishes the Brazilian system to combat drug trafficking.

Keywords: Criminal legislation – Legislative branch – Control – Rationality.

1. Este trabajo es fruto de una investigación posdoctoral realizada en España con apoyo financiero de la Fundación Carolina y bajo la orientación de José Luis Díez Ripollés, a los cuales se desea registrar el agradecimiento.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise sobre as causas da atual crise na produção legislativa penal no Brasil. Em um segundo momento, intenta-se demonstrar a importância e a urgência do desenvolvimento de uma ciência da legislação que trabalhe com critérios de racionalidade para tornar possível o controle da atuação do Poder Legislativo em matéria penal. Ao final, fazendo uso de critérios desenvolvidos pela doutrina espanhola, propõe-se uma análise da racionalidade da Lei n. 11343 de 2006, a qual se encontra atualmente vigente e estabelece o sistema brasileiro de combate ao tráfico de drogas.

Palavras-chave: Legislação penal – Poder Legislativo – Controle – Racionalidade.

Sumário: Introducción. 1. La política criminal y el papel de la legislación penal. 1.1. La política criminal legislativa brasileña: el punitivismo y las crisis de la ley. 2. El poder y su control. 3. Criterios para una racionalidad legislativa penal. 4. Análisis de la racionalidad de la Ley 11.343 de 2006. 4.1. El criterio ético. 4.1.1. Los principios de protección. 4.1.2. Los principios de responsabilidad. 4.1.3. Los principios de sanción. 4.1.4. Los criterios complementares. 4.2. El criterio teleológico. 4.3. El criterio pragmático. 4.4. El criterio jurídico formal. 4.5. El criterio lingüístico. Consideraciones finales. Referencias.

Introducción

La doctrina señala, hace ya mucho tiempo, los problemas que afligen a la producción de legislación en materia penal en Brasil. Todos los años se promulgan reformas en la legislación penal y procesal penal, sin que eso sea acompañado, sin embargo, por un análisis profundo de los operadores del derecho penal nacional. Lo que se hace, sí, es el cuestionamiento posterior de los actos legales, cuando estos pasan a ser sometidos a los diversos tribunales, incluso a la Corte Constitucional brasileña, de modo que los actos del legislador son evaluados sólo cuando ya están listos, dejando todo el procedimiento de producción normativa sin la debida atención. La aplicación de estas leyes origina estudios jurídicos apenas respecto a las decisiones judiciales, existiendo en consecuencia escasos estudios empíricos que investiguen si sus objetivos fueron más allá del texto.

Considerando la importancia de la Ley penal para la efectividad del control de la criminalidad, bien como su papel central en un sistema guiado por el principio de legalidad como el brasileño, este trabajo se propone exponer cuestiones acerca de la necesidad de que se construya una ciencia de la legislación en Brasil (*Legisprudencia*). También, se defiende el desarrollo de una cultura de racionalidad legislativa, presentando herramientas teóricas para un mejor control de la actividad de los Legisladores, lo que hoy solo ocurre cuando ya está listo su – muchas veces problemático e ineficaz – resultado.

1. La política criminal y el papel de la legislación penal

Por política criminal se entiende el conjunto de medidas sistematizadas utilizadas para viabilizar el control del cometimiento de infracciones penales. Este control puede darse en la forma de prevención o de represión de comportamientos criminales. Forman parte de este conjunto medidas legales, estratégicas, técnicas, sociales, etc., y se pueden utilizar para elegirlas tanto conocimientos de dogmática penal como datos empíricos oriundos de la criminología.

Para que la política criminal sea efectiva en países como Brasil, llenos de elementos multiculturales, lo ideal es hacer uso de otras ciencias, además de la penal, tales como la sociología, la antropología, las ciencias de la educación, etc. De esta manera, se pueden considerar diversos factores para el análisis de las medidas necesarias para el control del delito, pues éste tiene causas económicas, culturales y sociales en su origen[2], que varían conforme el lugar y el tiempo en que se aplicarán dichas medidas. Jueces, policías, fiscales e incluso agentes de educación y asistencia social, entre otros, son los actores de la implementación de esta política en la sociedad.

Las herramientas que la política criminal necesita para ser aplicada hacen de esta ciencia algo no solamente teórico, sino también práctico, pues ella no se reduce al derecho penal ni a las otras ciencias criminales cuando entran en contacto directo con la sociedad. Así, la comprensión de que nunca será posible la eliminación total de los comportamientos criminales y que debe elegirse la mejor forma de prevenirlos o combatirlos son presupuestos para el diseño de una política criminal orientada por la Constitución y las demás reglas de los Derechos Humanos.

La selección de qué comportamientos deben integrar la norma punitiva y, con eso, ser considerados crímenes, también es definitoria de una determinada política criminal. De eso se puede deducir que las leyes penales, sus tipificaciones y penas, bien como sus sucesivas reformas, son una de las principales herramientas de construcción e implementación de dicha política criminal. La permeabilidad de los derechos fundamentales en esta política señala si ésta se ajusta o no a las ideas del Estado Democrático de Derecho.

1.1. La política criminal legislativa brasileña: el punitivismo y las crisis de la ley

En los últimos años, en Brasil, se vivió una verdadera inflación de leyes penales y sucesivas reformas del Código Penal, prácticamente todas con el objetivo

2. La falencia de muchos sistemas penales en América Latina, los cuales fueron pensados y orientados por políticas criminales oscuras o llenas de prejuicio, es denunciado por Eugenio Zaffaroni en su obra *En busca de las penas perdidas*.

de aumentar el tiempo de las penas privativas de libertad. La creación de nuevos bienes jurídicos y nuevas tipificaciones es constante, en la misma línea ya apuntada por autores españoles, como Silva Sanchez,[3] y alemanes, como Prittwitz.[4]

Además de la tendencia mundial de criminalización en el ámbito económico, con el endurecimiento de las fiscalizaciones y la exigencia de *compliance* en el ambiente empresarial,[5] la política legislativa penal brasileña sigue también la línea denunciada por Garland[6] y Wacquant[7] respecto de la criminalización de la pobreza, con una legislación de combate al tráfico bastante punitiva, promulgada en 2006, y con el constante aumento de sanciones para delitos patrimoniales, como ocurrió en 2018.[8]

La creación de otras medidas alternativas a la prisión no ha reducido, de forma sustancial, el uso de la prisión preventiva, que sigue siendo una herramienta frecuente de decisiones judiciales, a pesar de la exacerbada población carcelaria[9].

Para completar este escenario, la demanda por nuevas criminalizaciones es permanente, ya sea de los movimientos que, en su origen, tenían fuerte conexión con los derechos fundamentales, como el feminista,[10] el ambiental y el LGBT,[11] ya

3. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
4. PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht Und Risiko: Untersuchungen Zur Krise Von Strafrecht Und Kriminalpolitik in Der Risikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993.
5. En Brasil, la Ley 12.846 de 2013, que establece el sistema de punición administrativa contra actos de corrupción, ya menciona expresamente, en su artículo 7º, que la adopción de sistemas de integridad será considerada para la dosificación de la sanción.
6. GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
7. WACQUANT, Löic. *Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2ª ed. Instituto. Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.
8. Por medio de la Ley 13.654.
9. La Ley 12.403 que creó, en 2011, las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, no resultó en una disminución sustancial en el número de personas presas en esta condición, que llega casi al 40%.
10. En el mismo sentido, los crímenes contra la dignidad sexual también sufren constantes reformas en lo que referido al aumento de la punición y a la creación de nuevos tipos, conforme se observó también en 2018, por medio de las Leyes 13.718 y 13.772.
11. En 2019, la discusión sobre la criminalización fue realizada en el ámbito de la Corte Constitucional, por medio del Acción n. 4733, lo que presenta, además, problemas de competencia que pueden violar el principio de legalidad.

sea por los defensores del discurso de seguridad máxima, que abogan por la liberalización de armas y el endurecimiento en el combate contra el crimen organizado, trátese de tráfico o de corrupción. Este último se reflejó con un considerable énfasis en el resultado de las últimas elecciones en Brasil, con muchos representantes de estas ideas ascendiendo a cargos públicos expresivos en los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

La ley de crímenes hediondos, hecha en la década de 90, sigue recibiendo reformas para la inclusión de más tipos penales[12] o para el mantenimiento de regímenes de cumplimiento de pena más gravosos, aunque, muchas veces, el Poder Judicial la reforme por inconstitucionalidad.

Notase, entonces, que lo que se observa en Brasil en los últimos años es una política legislativa – como parte de la política criminal vigente – de expansión de la tutela penal, bien como de agravamiento de las sanciones en los espacios ya tutelados por la norma penal. Eso ocurre con una sucesión de leyes penales nuevas y también con la reforma constante de las leyes penales vigentes, siempre con el fin de crear nuevas tipificaciones o de incrementar sanciones ya previstas. Este problema se vuelve aún más grave porque se suma a otros dos: la ausencia de estudios profundizados de una ciencia de la legislación y la crisis propiamente dicha en el uso reiterado de la ley penal.

Lo anterior se explica debido a que todas las reformas realizadas en el Código Penal, así como también en las leyes penales especiales, sufren de diversos problemas de confección, que van desde la ausencia de justificación empírica de su necesidad hasta cuestiones de mala redacción. Además, no hay una metodología para su aplicación, pues muchas veces ésta presupone una estructura de agentes, estaciones policiales y penitenciarías que no se encuentran listas o siquiera en construcción.

La doctrina, a su vez, se resume, en su mayor parte, a estudiar la aplicación de la ley penal por los jueces, es decir, a trabajar sobre el producto acabado de la actividad legislativa. Hay una cantidad significativa de estudios sobre decisiones aisladas o jurisprudencia, o sobre hermenéutica y argumentación, pero casi nada sobre las fases del proceso legislativo en materia penal.

Los representantes políticos, muchos de ellos sin ningún conocimiento de datos de violencia y criminalidad, proponen medidas con una clara finalidad electoral y mediática, asociándose al proyecto legislativo apenas de forma inicial. Los

12. El último por medio de la Ley 13.497 de 2017.

pasos siguientes a su elaboración, que serán fundamentales para una buena aplicación, en algunos casos ocurren sin un cuestionamiento profundizado. Eso da como resultado un gran número de leyes penales, muchas de las cuales no contribuyen esencialmente en la solución del problema de la criminalidad y de la violencia, que habían sido su justificación más relevante. En los códigos, las reformas siguen este mismo procedimiento, originando problemas de falta de sistematización y coherencia interna y externa entre los diplomas penales.

Desde una perspectiva global, también se debe resaltar una crisis, que ha sido apuntada por muchos autores, entre ellos Díez Ripollés,[13] en el modelo de producción legislativa penal en sí mismo, sobre todo en el escenario del incremento de su uso por una política criminal punitivista, tal y como se observa en Brasil. Un Poder Judicial bastante creativo y empoderado, una Constitución con contenido material y la constante necesidad de asesoramiento administrativo para la reglamentación de bienes jurídicos difusos o colectivos – como leyes penales en blanco, elementos normativos del tipo, etc. – hacen de la ley, que estaba en el centro del sistema de derecho penal en los países de *Civil Law*, un instrumento cada día más frágil, con falencias de determinación y susceptible a las oscilaciones del poder político.

La ley se volvió, en muchos casos, un marco abierto propicio a ser colmado con contenido creado por el Poder Judicial o por el Poder Ejecutivo, lo que origina una insuperable inseguridad, sobre todo cuando estos dos poderes también son demandados diariamente como si fueran agentes garantizadores de seguridad pública.

2. El poder y su control

Como ya fue apuntado en el tópico precedente, el escenario político brasileño propicia un aumento de leyes penales y de reformas para el incremento de sanciones, lo que es realizado sin profundización académica alguna. Proyectos con fines electorales y el alarde mediático de una violencia selectiva contribuyen a la expansión de procesos de criminalización, sea en el ámbito económico, sea en el ya conocido ámbito de drogas y delitos patrimoniales.

La cuestión que se vuelve relevante para los estudiosos del derecho es que la ausencia de una ciencia de la legislación es, sin duda, un factor que dificulta aún

13. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. In: *DOXA 24*, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante: Espagrafic, 2001. p. 487

más cualquier posibilidad de control técnico sobre la forma y el contenido de esta desenfrenada producción legislativa en materia penal. A los excesos creativos del Poder Judicial, la doctrina dedica innumerables páginas, desarrollando herramientas tales como las teorías de argumentación, la necesidad de una decisión motivada y, además, la conceptualización de muchos principios del derecho, que pueden ser utilizados en la aplicación de la ley.

Sin embargo, la confección de la ley, como función del Legislativo, es un poder que carece de formas más delimitadas de control por parte de los operadores y académicos del derecho. Aun con la definición constitucional del procedimiento legislativo para la creación legal, los criterios del principio de legalidad penal y la potestad de reconocimiento de inconstitucionalidad de una ley por cualquier miembro del Poder Judicial – sea de forma directa o indirecta –, hace falta el desarrollo de una ciencia de la legislación que permita cuestionar de forma técnica la producción del acto legal antes, durante y después de su confección, sobre todo frente a las actuales demandas excesivas de respuestas penales como las únicas posibles para la disminución de la criminalidad.

El mero incremento de participación popular en esta decisión – en un intento de hacer válido un criterio democrático reduccionista y sin datos o acción de expertos en seguridad pública – resulta en un mayor número de leyes punitivas, principalmente en países como Brasil, en el que los medios de comunicación poseen un gran poder sobre las masas, al mismo tiempo que el Poder Legislativo necesita apoyo popular para mantenerse o volver a su cargo:

> "En lo que respecta al caso concreto del Derecho penal, nos encontramos además con nuevos argumentos que apoyan la vuelta a un papel mucho más importante de la Ciencia de la legislación, como es el cambio de modelo en el que en la actualidad estamos inmersos. Como hemos tenido ocasión de comentar anteriormente, los parámetros que rigen el modelo garantista reinante hasta ahora no nos dan todas las pautas necesarias para responder a los nuevos interrogantes en materia penal. La respuesta penal está cambiando, como lo están haciendo las preguntas, es decir, las exigencias de una sociedad que se siente insegura, que decide tomar parte activa en la gestión de la cuestión de la delincuencia, y cuyas demandas obtienen respuesta por parte de los partidos políticos."[14]

De acuerdo con lo anterior, la creación de una ciencia de la legislación no le sería útil sólo al legislador, en la producción de un acto legal, sino también al juez,

14. BECERRA MUNHOZ, José. *La toma de decisiones en política criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. p. 110.

que requiere, todo el tiempo, aplicar este acto o establecer su constitucionalidad. Además, la posterior creación de algunas medidas prácticas como herramientas[15] para el control de los actos del poder Legislativo serían una motivación adicional para el desarrollo de dicha ciencia de la legislación, una vez que ésta les serviría de base teórica, haciéndolas mejores y más efectivas:

> "Una ciencia de la legislación, de todos modos, no tiene por qué elegir entre convertirse en auxiliar de la jurisdicción constitucional, o del legislador en la plenitud de sus funciones. A ambos debe procurar ser útil profundizando en las singularidades de la racionalidad legislativa y aportando instrumentos para su mejora a todos los niveles."[16]

Para Díez Ripollés, la instrumentalización de un control adecuado de racionalidad legislativa permitirá que esta sea asegurada delante de las tendencias crecientes del irracionalismo voluntarista.[17] La reformulación del procedimiento, con la introducción de más fases o la delimitación más precisa de las fases existentes, sería un buen primer paso en el caso de Brasil. La imposición de más justificaciones para el inicio de un proyecto legal que establece nuevas tipificaciones, o la exigencia de comprobación por investigación empírica de la necesidad de la ley penal, por ejemplo, son ideas que pueden convertirse en buenas alternativas.

3. Criterios para una racionalidad legislativa penal

Para este estudio, se eligen los criterios desarrollados por la doctrina española, sobre todo la de Díez Ripollés y la de Atienza, con el objetivo de sugerir una metodología que permita un control de la actividad legislativa, comenzando por el diseño de una ciencia de la legislación. Como ya fue mencionado en este trabajo, la idea de esta ciencia es proporcionar herramientas para un control que opere en todas las fases del proceso legislativo, y no apenas cuando el acto legal se encuentra finalizado y presto para ser aplicado, esto es, cuando muchos de sus errores no solamente son más difíciles de eliminar, sino también resultan potencialmente más dañinos a los derechos fundamentales. Es decir, es necesario que

15. Aquí se podría mencionar, por ejemplo, los estudios previos y posteriores de impacto legislativo, que serán objeto de análisis en otro artículo.
16. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. In: *DOXA 24*, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante: Espagrafic, 2001. p. 502
17. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. In: *DOXA 24*, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante: Espagrafic, 2001. p. 497

todo el procedimiento de elaboración de la ley atienda a esos criterios, y no exclusivamente se haga un análisis del texto ya publicado. Es la obediencia a todos los criterios de racionalidad durante el proceso legislativo lo que hace a una ley racional. Un análisis hecho posteriormente solo resultaría en conclusiones parciales o incompletas.

La referida doctrina española trabaja con el paradigma de racionalidad, que ayuda a la creación de criterios de análisis del procedimiento legislativo. Esto es, la racionalidad funciona aquí como la finalidad a ser buscada a través de una metodología aplicada para posibilitar un análisis sistemático del proceso de creación legal, incorporando también sus etapas anteriores y posteriores. La definición de esta racionalidad por Díez Ripollés es la siguiente:

> "A mi juicio, podría servir la idea de que con él se expresa la capacidad para mantener con un sector de la realidad social una interacción que se corresponde, que es coherente, con los datos que constituyen a tal realidad y que conocemos. Por lo demás, como con la legislación penal nos movemos en el campo del control social jurídico sancionador, podríamos precisar más diciendo que, a nuestros efectos, es la capacidad para elaborar en el marco de ese control social una decisión legislativa atendiendo a los datos relevantes de la realidad social y jurídica sobre los que aquella incide."[18]

Los criterios serían, entonces, el ético, el teleológico, el pragmático, el jurídico-formal y el lingüístico. Como el objetivo de este artículo es, en lo que sigue, hacer un examen de la racionalidad de la Ley 11.343 de 2006, importa definir, aunque de modo sucinto, los referidos criterios de análisis a partir de la conceptualización que les dio Díez Ripollés, quien trabaja específicamente sobre la legislación penal.

Por el criterio ético, se entiende que la norma penal debe tutelar un conjunto de creencias comunes a los miembros de una determinada sociedad. Esto está relacionado con actitudes y principios que regulan las formas de comportamiento y que direccionan los modos de interacción de los miembros de la sociedad. Lo anterior no se somete continuamente a discusión, siendo asumido por todos los sectores sociales y definiendo la identidad social de la población de determinado sitio.

Tales convicciones compartidas por los ciudadanos son las bases de la integración social. Los principios que fundamentan el derecho – sobre todo el derecho penal, dada su singularidad y la gravedad de su sanción – se encuentran en

18. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. In: *DOXA 24*, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante: Espagrafic, 2001. p. 502

la sociedad y se originan a partir de sus creencias más profundas.[19] Por lo tanto, la elección de los bienes jurídicos que merecen tutela penal se trata de un acto de política criminal para completar un criterio dogmático, que busca representar valores sociales de importancia común.

Por el criterio teleológico, en la concepción de Díez Ripollés, se realiza un análisis de los objetivos perseguidos por la norma, de acuerdo con su objeto de tutela, el grado de protección deseable y los niveles coherentes de responsabilidad y sanción en caso de incumplimiento. En este criterio, la idea es relacionar la intensidad de obediencia y las consecuencias negativas de la desobediencia a la ley penal creada[20]. Para que esta determinación abstracta de los fines de la ley sea considerada racional, es necesario que haya, en la base del acuerdo, un profundo debate público sobre los contornos de lo que se quiere introducir en las reglas sociales. La legitimidad de esta elección se encuentra justamente en que haya existido este debate, con la mayor participación posible de interesados.

Con la racionalidad pragmática se miden las posibilidades reales de que los fines diseñados por la racionalidad teleológica sean de hecho alcanzados, es decir, cuál es el alcance social del acto legislativo, si este será cumplido y, en caso de incumplimiento, si sus consecuencias serán aplicadas. En el último punto, se analiza desde la persecución policial hasta el cumplimiento de la pena. En resumen, si la norma será efectiva,[21] esto es, si tiene condiciones de ser puesta en práctica, y es eficaz,[22] corresponderá a la obtención de los fines por ella perseguidos.

A través del criterio jurídico-formal se compara la norma con el sistema jurídico en que ella está inscrita, es decir, su compatibilidad con los demás diplomas que forman parte de este mismo ordenamiento, tales como el Código Penal, la Constitución, los Tratados Internacionales, etc.

---

19. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2013. p. 111-115
20. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2013. p. 94-95
21. Para Díez Ripollés, la efectividad de la norma como expectativa normativa es su capacidad para ser aplicada coactivamente en casos de incumplimiento (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El control de constitucionalidad de las leyes penales. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 75, septiembre-diciembre (2005), p. 94).
22. Es necesario que se establezca aquí un concepto de eficacia. Para Raquel Scalcon, una norma jurídica puede ser considerada eficaz cuando sus efectos concretos representan de forma suficiente los fines pretendidos por el legislador (SCALCON, Raquel Lima. *Controle Constitucional de Leis Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 148).

Por último, está el criterio lingüístico, que se relaciona con la real habilidad comunicacional de la ley, de forma que pueda ser comprendida, integralmente, por sus destinatarios. La comprensión del mensaje que la norma contiene es esencial para su cumplimiento, sobre todo en el derecho penal. La ausencia de claridad de la ley puede redundar en la ocurrencia indiscriminada del error de prohibición, excluyendo la culpabilidad del agente.

Este criterio es bastante importante en la actualidad, principalmente en el escenario de proliferación de leyes penales en blanco[23], elementos normativos del tipo, etc., como ya fue mencionado en la parte inicial de este texto. La redacción de la ley forma parte del procedimiento de su producción, y debe llamar la atención de los estudiosos y también de los parlamentarios, evitando sucesivas reformas para su corrección, como ocurre muchas veces en Brasil, lo que genera un margen muy grande de incertidumbre jurídica.

En resumen:

> "A partir de los presupuestos anteriores, una ley padecerá de irracionalidad ética si no se ajusta en su contenido a los criterios o principios éticos incuestionados del sector jurídico en el que nos movamos, en el caso del derecho penal, los principios estructurales antedichos. También carecerá de ella si renuncia al criterio democrático como principio último de resolución de las controversias dentro y entre las subsiguientes racionalidades, o si prescinde de una estructura de racionalidad legislativa equivalente a la vigente en un determinado momento histórico y cultural. La irracionalidad teleológica aparecerá en la medida en que los objetivos a perseguir por la ley no hayan sido acordados en el marco de un empleo discursivo del criterio democrático, que haya prestado la debida atención a todos los componentes ético-políticos relevantes, o no reflejen tal acuerdo. La irracionalidad pragmática surgirá tanto ante leyes penales que no son susceptibles de un apreciable cumplimiento por los ciudadanos o de una significativa aplicación por los órganos del control social jurídico sancionador, cuanto ante leyes que, en cualquier caso, no logran los objetivos pretendidos. La irracionalidad jurídico-formal la poseerán leyes inconsistentes consigo mismas o que introducen o dejan sin resolver incoherencias en el sector jurídico en el que se insertan o en el conjunto del ordenamiento. Y la irracionalidad lingüística afectará a leyes cuya formulación impide o dificulta la transmisión de sus contenidos a los destinatarios de su cumplimiento o aplicación."[24]

23. Tema, además, estudiado por esta investigadora en su tesis doctoral defendida en la Universidad de São Paulo en 2018.

24. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. In: *DOXA 24*, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante: Espagrafic, 2001. p. 511

Como metodología de aplicación, la racionalidad ética debería establecer el alcance de las otras racionalidades, con la teleológica delimitando los fines a alcanzar y las demás proyectándose en orden decreciente de instrumentalidad[25].

Es importante mencionar, al final, que los criterios deben ser sopesados en todas las fases de producción del acto legal, y no se encuentran restringidos a los miembros de la burocracia estatal, pudiendo – y debiendo – ser utilizados por miembros del Tribunal Constitucional[26], de la doctrina, etc. La idea es que el control de racionalidad de la producción legal se haga de forma previa, en el momento en que comienza el proyecto de ley, y no solamente al final, por medio del reconocimiento de su inconstitucionalidad por parte de la Corte Suprema. Eso, además, ayudaría a disminuir la carga de esta última.

Para Díez Ripollés, estos criterios pueden incluso compararse a muchos utilizados en la hermenéutica judicial para la aplicación del derecho. El análisis ético estaría vinculado, por ejemplo, con la interpretación según la Constitución.[27] El desarrollo de la ciencia de la legislación, aún incipiente, puede hacerse más productivo con estos paralelos.

Vale mencionar, también, que tales criterios de racionalidad son, sin embargo, bastante abstractos. Pueden, así, como ya ha sido mencionado, fundamentar la creación de herramientas concretas para viabilizar mejor su constatación, como las evaluaciones previas y posteriores de impacto legislativo.

4. Análisis de la racionalidad de la Ley 11.343 de 2006

La segunda parte de este trabajo se propone realizar un breve análisis sobre la posible racionalidad de la Ley 11.343 de 2006, que creó el Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas en Brasil, estableciendo también los tipos penales que protegerían el bien jurídico "salud pública"[28]. En el pequeño espacio

25. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2013. p. 91
26. Importante destacar que el Tribunal Constitucional es el que tiene el poder de juzgar la inconstitucionalidad de las normas. En Brasil, este poder es ejercido también por todos los demás jueces, por lo que se puede comprender que dichos criterios serán analizados por los miembros del Poder Judicial como un todo.
27. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. In: *DOXA 24*, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante: Espagrafic, 2001. p. 520
28. Recientemente esta ley fue modificada sustancialmente por la ley 13.840 de 2019. El trabajo, sin embargo, realiza un análisis de dispositivos que siguen vigentes después de esta reforma.

de este artículo, se hará un examen general de la idea de la Ley, ejemplificando los diferentes criterios de racionalidad por medio de algunos de sus artículos de naturaleza penal.

4.1. El criterio ético

A través del criterio ético, se cuestiona la pertinencia de la protección penal de determinados valores, que fundamentan un sistema de creencias prevalente en la sociedad. El examen ético puede dividirse en aspectos de derecho penal y de política criminal[29]. En este trabajo, se priorizarán los aspectos de derecho penal.

Para eso, serán considerados los principios que nortean el sistema penal de responsabilidad. Con el objetivo de hacer más concreto este criterio, Díez Ripollés establece una subdivisión en tres grupos de principios: los de protección, los de responsabilidad y los de sanción.

4.1.1. Los principios de protección

Como principios de protección, se establecen la lesividad, la fragmentariedad, el interés público y la correspondencia con la realidad.

A la lesividad corresponde la dañosidad social de la conducta, sin la cual no se puede hablar de una correcta protección penal. La ley de drogas ya es problemática en este primer aspecto. El bien jurídico tutelado sigue siendo la salud pública, de forma directa, y la salud de los individuos, de forma indirecta. No es nuevo el debate acerca de la ausencia de lesividad de algunas conductas en este sector, por ejemplo, la relacionada al uso de drogas – artículo 28 de la Ley 11.343, en el cual no hay daño a la salud de terceros, sino solamente a la salud del agente.

La fragmentariedad está asociada al uso del derecho penal como *ultima ratio* en la protección de bienes jurídicos, sabiéndose de sus consecuencias violadoras de los derechos humanos. En el caso brasileño, más allá de las presiones internacionales para la criminalización de las conductas relacionadas a drogas hechas en muchos países del mundo y ya denunciadas por Scheerer y Valois,[30] hay que mencionar la expresa disposición constitucional – en el artículo 5º, XLIII – de

29. Es importante destacar que Díez Ripollés no hace esta división. Para él, todos los criterios son al mismo tiempo político-criminales y jurídico-penales.

30. SCHEERER, Sebastian; VALOIS, Luis Carlos. Direito comparado: proibicionismo e alternativas. In: SEIBEL, Sérgio (org.). *Dependência de drogas*. 3 ed. São Paulo: Editora Atheneu. No prelo.

que la ley ordinaria trate como crimen sin posibilidad de fianza el tráfico de drogas. Sin embargo, hoy se puede encontrar en la doctrina la sugerencia de otras formas más eficaces para la resolución de la cuestión, tal como el uso de justicia terapéutica.[31] Se puede cuestionar aquí si la ausencia de necesidad de que se prueben otros medios antes del recurso a la ley penal, por sí sola, no compromete la fragmentariedad de la protección criminal.

El criterio del interés público establece la necesidad de que las agresiones a las conductas afecten el sistema social en su conjunto, extrapolando, en sus consecuencias, la relación entre autor y víctima, produciendo daños de interés general, y no solamente a intereses de personas involucradas de forma directa en la agresión o a determinados grupos sociales. La correspondencia con la realidad vincula la comprobación empírica de estos criterios.

Incluso en los límites de este trabajo, no se puede negar la relevancia del conflicto de drogas en Brasil. Sin embargo, es esencial que se destaque que las consecuencias más gravosas para la seguridad pública y el interés colectivo provienen más del abordaje realizado por los miembros del gobierno en el tráfico[32] que por la propia práctica de las conductas, lo que justifica aún más el debate sobre la descriminalización.

4.1.2. Los principios de responsabilidad

Como principios de responsabilidad, se incluyen el principio de la certeza o seguridad jurídica, de la responsabilidad por el hecho, de la imputación, de la reprochabilidad o culpabilidad y de la jurisdiccionalidad.

Por el primero, se entiende la necesidad de que la conducta sea delimitada por una Ley que emana de los poderes legítimos del Estado para hacerlo, de manera que cada individuo pueda tener seguridad respecto de lo que pueda o no hacer. Pero la garantía de delimitación no finaliza en la legalidad formal, sino que es

31. Sobre el tema, FENSTERSEIFER, Daniel. Varas de Dependência Química no Brasil: Um debate realizado a partir de observações da experiência canadense com Drug Treatment Courts. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012

32. Son muchos los autores que denuncian en Brasil la selectividad de la aplicación de la norma penal, sobre todo en el caso de las drogas. Orlando Zaccone, Salo de Carvalho, Luis Carlos Valois, Maria Lucia Karam y Vera Guilherme, entre otros, dejan claro en sus trabajos que la "guerra contra las drogas" en Brasil es, en la realidad, una cuestión social y racial. Es o se nota no solamente por la violencia policial en los barrios más pobres (con un creciente número de muertes), como también por la actuación elitista de muchos jueces en la clasificación de una persona como usuaria o traficante.

aún más importante el examen de legalidad material, esto es, de la precisión en la descripción de la conducta, haciéndola clara y comprensible y, por tanto, cumpliendo su función de taxatividad. La intención aquí es asegurar la vigencia de aspectos formales y materiales propios del principio de legalidad, evitando la criminalización de conductas por medios poco democráticos, como tribunales,[33] o de forma que no se pueda prever con precisión los comportamientos prohibidos.

En ese sentido, la ley de drogas es especialmente problemática, pues se trata de una norma penal en blanco heterónoma, es decir, una ley en blanco que se hace completa con una regulación administrativa, que es la número 344 de 1998, originada por una Agencia de reglamentación del Ministerio de la Salud. Casi todos los crímenes de esta ley hacen referencia a la palabra "drogas", que solamente puede ser comprendida con la lectura de la reglamentación.

La responsabilidad por el hecho, a su vez, atañe a la prohibición de que la norma penal criminalice actitudes solamente indirectas, que no causen daño a otras personas o que se refieran a opciones existenciales o de vida de la persona. En este asunto también la Ley de drogas ofrece un reto, porque aún se mantiene criminalizada, sin embargo, la despenalización sufrida, el porte de drogas para el propio consumo del agente[34]. Muchos son los intentos de que esta conducta deje de hacer parte de la tutela penal, pues el bien jurídico, en este caso, la salud pública, no es, en ningún momento, afectado por ella.

Además, es necesario mencionar aquí la criminalización de la asociación para el tráfico, en el artículo 35 de la ley. A través de esta norma, se castiga a las personas que se asocian para el cometimiento del crimen, sin que sea necesario el inicio de la práctica. Más allá de la punición por actos preparatorios, la pena conminada a este tipo puede llegar a increíbles diez años de reclusión.

La idea de imputación no se puede analizar completamente en ese momento, pues se refiere también a cuestiones que solamente se concretizan en el caso específico. Para la imputación objetiva, se debe hacer un examen de causalidad del resultado, para el que es necesario trabajar con una conducta. Ya para el análisis de la imputación subjetiva, es necesaria la evaluación de la voluntad del agente.

33. Recientemente en Brasil se ha discutido con respecto a la homofobia en las acciones ADO 26 y MI 4733. El 13 de junio de 2019, la Corte Constitucional entendió que la discriminación en razón de la orientación sexual debería ser castigada con la Ley del racismo, 7716 de 1989, en evidente afronta al principio de legalidad penal.

34. Aquí también se puede cuestionar la incompatibilidad de la norma con la exigencia de lesividad.

Por la jurisdiccionalidad se comprende la racionalidad del procedimiento procesal penal, que subentiende el monopolio estatal en el juicio del conflicto, la independencia e imparcialidad del juez o tribunal, la actividad probatoria empírica, etc. En el caso brasileño, el monopolio estatal para la imposición de sanción penal es una garantía constitucional, así como la independencia o imparcialidad del juez. La Ley de Drogas establece un procedimiento procesal propio, pero no excluye estas características. Sin embargo, la actividad probatoria empírica – la necesidad de una prueba pericial definitiva para comprobar la materialidad y permitir la condenación por los crímenes previstos en la Ley 11.343 – fue recientemente juzgada como innecesaria,[35] aunque sea este un delito que deje vestigios.

4.1.3. Los principios de sanción

Por los principios de sanción, se entiende la humanidad de las penas, su teleología, su proporcionalidad y el monopolio punitivo estatal.

Por el primero, se comprende el nivel de afectación personal que no debe superarse con la sanción penal, lo que incluye la conminación, aplicación y ejecución de la pena. En esta materia, a pesar de las previsiones constitucionales existentes en Brasil, que prohíben la imposición de las sanciones crueles o degradantes, la realidad del sistema carcelario, sobre todo para los condenados por crímenes relacionados a las drogas, es de extrema violación de derechos humanos. Casi todas las penitenciarías brasileñas hoy en día presentan un cuadro de superpoblación, siendo la mayoría de los presos procesados por delitos de la Ley de Drogas o por crímenes patrimoniales. En estos casos, además, la lógica del Poder Judicial brasileño es extremamente punitiva, con excesivo uso de la prisión preventiva.[36]

Por la teleología de las penas se comprende los efectos esperados de su imposición, aunque, según Díez Ripollés, su cumplimiento no sea verificado en esta fase, pero sí en las racionalidades posteriores.[37] En la ley de drogas, se puede trabajar con la misma teleología que guía al sistema penal brasileño, es decir, la retributiva y disuasoria y, en algunos casos, la resocializadora, lo que se nota en el artículo 28 de la Ley 11.343, por ejemplo. Salo de Carvalho cuestiona la

35. HC 463.822/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, juzgado el 18/09/2018, DJe 28/09/2018.

36. Los datos referidos pueden ser encontrados en: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen. Acceso el día 10.04.2019.

37. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2013. p. 160

legitimidad de estos fines, sea por su influencia religiosa, en el caso del retributivismo, su evidente fracaso en el caso de la función disuasiva, o por su fundamento en estereotipos y su invasión en la esfera íntima e intelectual del individuo, en el caso de la resocialización.[38]

La proporcionalidad de la sanción, en materia legislativa, debe observar no solamente la correspondencia con la importancia del bien tutelado, sino también la posibilidad de individualización, es decir, de variación para que sea adaptable al caso concreto. Aunque en el caso brasileño sea posible la segunda garantía de proporcionalidad por expresa previsión constitucional, el exceso punitivo en la Ley 11.343 es extremamente evidente. Eso se nota no sólo por el tipo de trafico general (en el artículo 33, la sanción puede llegar a 15 años de prisión, partiendo de 5, lo que ya se muestra muy elevado), sino también en los demás tipos, como la asociación para el tráfico (en el artículo 35, con una sanción de 3 a 10 años para una conducta que incluye solamente actos preparatorios), o aún por el financiamiento del tráfico (en el artículo 36, la sanción establecida varía de increíbles 8 a 20 años). Se destaca que la última pena mencionada es mayor que la del homicidio simple, y también que, incluso que sea impuesta en el mínimo conminado, hace necesario, por disposición del artículo 33 del Código Penal, la imposición del régimen cerrado para su cumplimiento.

Por el monopolio estatal, en lo que se refiere a la sanción, se entiende la obligación de que la pena sea impuesta por alguien ajeno al conflicto, para que no sufra influencia de los intereses de las partes, sobre todo de la víctima. Esto se puede observar en Brasil, pues el procedimiento es llevado a cabo por un juez imparcial, que debe seguir un método de cálculo dispuesto en el Código Penal.

4.1.4. Los criterios complementares

Aun en la racionalidad ética se encuentran los criterios para el momento en el que el legislador necesite tomar una decisión más allá del sistema de creencias, esto es, cuando es necesaria la combinación entre distintos intereses contrapuestos en una determinada cuestión. La racionalidad ética debe, también, presentar criterios aplicables para que se haga a la medida de las otras racionalidades. Tales criterios[39]

38. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.

39. Por criterios en este contexto, Díez Ripollés entiende una manera de precisar qué punto de referencia y consecuente modo de proceder puede estimarse que cuenta con el respaldo del sistema de creencias en el momento de tomar decisiones colectivas vinculantes,

son analizados por Díez Ripollés en diversos grupos, en tanto criterios ideales, expertos, constitucionalistas o democráticos.

Considerando que estos criterios se aplican en situaciones conflictivas con respecto a las otras racionalidades en un determinado caso concreto, no serán analizados en el limitado espacio de este trabajo, sin embargo se los enuncia como de gran importancia en la profundización del estudio sobre la toma de decisión en materia de criminalización o descriminalización, es decir, en la definición de los rumbos de la política legislativa penal.

4.2. El criterio teleológico

En la racionalidad teleológica, se investigan los planes, los objetivos del Legislador con la publicación de la Ley penal y su grado posible de eficacia. Para Atienza, esta sería la principal función de esta racionalidad: indagar el grado de eficacia de la ley en el alcance de los objetivos sociales por ella perseguidos. Díez Ripollés, sin embargo, establece algunos reparos, en el sentido de que en esta racionalidad se debe confrontar el fundamento ético de la Ley con su aplicación política y las presiones particulares o sectoriales que son típicas de este momento.

Así, se podría discutir, en esta racionalidad, la formulación de objetivos de la Ley como concreta decisión legislativa penal, su objeto, grado de protección deseable y niveles aceptables de responsabilidad y sanción. Se evidencia que Díez Ripollés trabaja con el criterio de manera precedente a la elaboración final del texto, ya Atienza analiza su eficacia posterior.[40]

En el caso de la Ley de Drogas de Brasil, vigente hace más de diez años, nos parece pertinente hacer un análisis en dos sentidos: sus objetivos declarados y no declarados.

---

cuyos contenidos no pueden basarse en las creencias compartidas por todos (DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2013. p. 165).

40. Para Díez Ripollés, la eficacia de la ley debe ser mesurada en el criterio pragmático. Ya para Atienza, el criterio teleológico comprende también este análisis, ya que, para el autor, se lo mide de forma posterior a la publicación del acto legal: "una ley es irracional si y en la medida en que no produce efectos o produce efectos no previstos y que no puedan tampoco considerarse como deseados o deseables. Para evitar estas situaciones habrá que acudir a la sociología de la organización, al análisis económico del Derecho, a la sociología del Derecho, a las teorías de la implementación, etc." (ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997. p. 38).

Es una crítica muy común entre los autores que trabajan el tema en Brasil, como Orlando Zaccone[41] y Salo de Carvalho,[42] afirmar que la Ley de Drogas no fue pensada, en ningún momento, para erradicar el uso y distribución de las sustancias prohibidas, pero sí para encarcelar a una parte significativa de la población pobre. Una vez que se analizan los datos al respecto del comercio de drogas en Brasil, se nota que la eficacia de los objetivos declarados[43] por la norma penal comentada no fueron, ni mínimamente, alcanzados. Sin embargo, si se examinan los datos de la población que está en el cárcel en función de esta misma Ley, y especialmente si se estudia su raza y clase social, es muy claro que los objetivos de la Política Criminal velada existente en el sector se concretaron, sacando de la sociedad principalmente a los negros, los pobres, las mujeres, los pequeños traficantes que lo hacen con fines patrimoniales, y manteniendo sin vigilancia a los consumidores de las altas clases sociales y a los grandes detentores del poder típico del comercio de drogas en América Latina, bien como el capital originario de esta actividad que es frecuentemente blanqueado en sectores públicos y privados.

4.3. El criterio pragmático

Por la racionalidad pragmática se entiende el ajuste de los objetivos trazados en la racionalidad teleológica y la posibilidad real de su ejecución, esto es, que la decisión legislativa pueda intervenir socialmente de hecho y que el mandato de prohibición pueda ser cumplido, concretando su función de dirigir las conductas de los ciudadanos. El intento aquí es garantizar que la ley se aplicará en caso de infracción, que el agente tendrá su responsabilidad delimitada y su sanción aplicada, lo que debe pasar por un examen de condiciones de la policía, de la administración de la justicia – con juez, abogado y fiscal –, bien como de los sectores de ejecución penal.[44]

41. D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
42. CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
43. Aquí, más allá de la erradicación del tráfico, se puede pensar hoy también en la "cura" del dependiente, después de las reformas hechas por la ley 13.840 de 2019.
44. Para Díez Ripollés, al contrario de Atienza, aquí se debería incluir, más allá del análisis de la efectividad, también al examen de eficacia del alcance de los fines objetivados por el Legislador.

En Brasil, las críticas en este punto pueden realizarse en muchas esferas. En primer lugar, el problema del tráfico es estructural, existiendo muchas personas que no pueden decidir libremente – y de acuerdo con una Ley que muchas veces poco conocen – sobre trabajar o no para el tráfico, sea por la coacción, sea por necesidades económicas típicas en un país tan desigual. Asumir la Ley como una guía o una motivación de conductas conforme al derecho en este caso es, cuando menos, trabajar lejos de la realidad.

Por otro lado, el sistema de justicia es bastante problemático, empezando por la falta de estructura de la policía y por la corrupción existente en muchos sectores de este órgano, que impide que muchos casos lleguen al sistema, generando una alarmante cifra oculta. Además, se puede destacar la sobrecarga del Poder Judicial y de la Defensoría Pública – que actúa en gran parte de los casos de tráfico –, lo que impide el cumplimiento de plazos procesales o el análisis detallado e individualizado de cada situación, una tarea que debería ser llevada a cabo con cuidado, especialmente en un delito de penas tan elevadas como es el del artículo 33 – los ya referidos 5 a 15 años de prisión.

Por último, no es necesario hablar de la ejecución de la pena, que ocurre en Brasil con masiva violación de derechos humanos en prisiones en condiciones de hacinamiento, hecho que la Ley de Drogas ayuda a mantener con sus altas tasas de encarcelamiento – sea con penas altas o con muchos casos de prisión preventiva – y casi ninguna posibilidad de acuerdos despenalizadores.

4.4. El criterio jurídico formal

Por el criterio jurídico formal se comprende la coherencia del sistema jurídico, es decir, la compatibilidad de la ley con otros diplomas legales, como la Constitución, la Ley de Ejecución penal o los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

La prueba de esta incompatibilidad en muchos dispositivos de la Ley de Drogas es la existencia de Acciones de Inconstitucionalidad o modificaciones hechas por Tribunales Superiores en sus dispositivos. Un ejemplo es el artículo 33, que ha traído, originalmente, en su parágrafo 4º, la prohibición de conversión de la sanción de prisión en pena restrictiva de derechos, incluso en casos de pequeños traficantes sin antecedentes criminales. La disposición viola no sólo la Constitución, sino también toda la lógica resocializadora de la Ley de Ejecución Penal en Brasil.

4.5. El criterio lingüístico

El último criterio, el lingüístico, se refiere a las habilidades comunicativas de la norma penal, es decir, a su capacidad de transmitir el mensaje del Legislador.

Este aspecto es demasiado importante no apenas para que se evite el error de prohibición y la consecuente dificultad de que esa norma sirva como una guía de conductas a los ciudadanos, sino también para que no se añadan problemas a los jueces en su aplicación, una vez que los problemas de redacción de la ley pueden generar una multiplicidad de interpretaciones y, en consecuencia, inseguridad jurídica.

Los problemas de redacción de los tipos penales son frecuentes en Brasil, así como, muchas veces, los errores técnicos y dogmáticos en las Leyes. Además de eso, el proceso de expansión del uso de la tutela penal, con creación recurrente de nuevos delitos y nuevos bienes jurídicos, ha vuelto común el uso de técnicas legislativas problemáticas que deberían ser excepcionales, como las que necesitan de complementación administrativa. No es otro el caso de la Ley de Drogas.

En dicha Ley, se hace uso de complementación administrativa para la definición del concepto "Drogas", que se encuentra en una regulación hecha por un órgano del Ministerio de la Salud. Dicha regulación, como apuntan Scheerer y Valois.[45] sufre cambios constantes e influencias de instituciones extranjeras en su redacción, lo que genera la dificultad de saber todo el tiempo cuáles son realmente las sustancias prohibidas, información necesaria para la comprensión de la mayoría de los tipos.

Además, las expresiones "ausencia de autorización legal o reglamentar" en el artículo 28 y 33, sin ninguna explicación adicional, o los dieciocho verbos para definir la acción en el último artículo no son, seguramente, ejemplos de una buena técnica de redacción legislativa.

Consideraciones finales

En el breve espacio de este trabajo, se buscó delinear algunos aspectos problemáticos de la Ley de Drogas, así como también destacar la importancia del desarrollo de una ciencia de la Legislación en Brasil que haga posible este análisis.

La verdad es que no se puede esperar una atención total por parte de las Leyes de todos los criterios aquí expuestos. No obstante, es preciso que se tenga un control sobre cuál es la medida de irracionalidad que se puede tolerar en una regulación que hace posible la supresión de libertad de ciudadanos. Es decir, es

45. SCHEERER, Sebastian; VALOIS, Luis Carlos. Direito comparado: proibicionismo e alternativas. In: SEIBEL, Sérgio (org.). *Dependência de drogas*. 3 ed. São Paulo: Editora Atheneu. No prelo.

necesario, al menos, que se tenga conciencia de los problemas de la legislación, para que puedan corregirse o mejorarse los próximos procesos de producción legal – desde la toma de decisión en política criminal hasta la redacción de los tipos.

La producción legislativa desenfrenada en un país de *Civil Law* como Brasil, sumada a una creciente desigualdad social que lleva, muchas veces, a una aplicación selectiva de esta norma – sea por la policía, sea por el Poder Judicial – puede reproducir de forma escalonada errores sucesivos, generando situaciones recurrentes de violación de derechos humanos e injusticia, de las cuales las víctimas son justamente aquellos que menos voz tienen – tanto en el debate democrático, cuanto en el proceso penal.

Referencias

ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.

BECERRA MUNHOZ, José. *La toma de decisiones en política criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Delitos y penas en España*. Madrid: Catarata, 2015.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. El control de constitucionalidad de las leyes penales. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 75, septiembre-diciembre (2005), págs. 59-106.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2013.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. In: *DOXA 24*, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante: Espagrafic, 2001

FENSTERSEIFER, Daniel. *Varas de Dependência Química no Brasil: Um debate realizado a partir de observações da experiência canadense com Drug Treatment Courts*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

HERRERO, Cesar Herrero. *Política Criminal Integradora*. Madrid: Dykinson, 2007.

PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht Und Risiko: Untersuchungen Zur Krise Von Strafrecht Und Kriminalpolitik in Der Risikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993.

SCALCON, Raquel Lima. *Controle Constitucional de Leis Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCHEERER, Sebastian; VALOIS, Luis Carlos. Direito comparado: proibicionismo e alterativas. In: SEIBEL, Sérgio (org.). *Dependência de drogas*. 3. ed. São Paulo: Editora Atheneu. No prelo.

SHECAIRA, Sérgio Salomão et al (org.). *Drogas, desafios contemporâneos*. Belo Horizonte: D´Plácido, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WACQUANT, Löic. *Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2. ed. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- Racionalidade legislativa e tráfico de drogas, de Thiago Baldani Gomes de Filippo – *RBCCrim* 154/131-174 (DTR\2019\26084).

Megaprocessos e o exercício do direito de defesa: uma abordagem empírica

Mega-trials and the criminal defense: an empirical study

Fernanda Prates

Pesquisadora do Centro de Justiça e Sociedade (FGV Direito Rio). Estagiária de pós-doutorado (FGV Direito Rio), Pós-doutorado em Criminologia (Universidade de Ottawa, Canadá). Doutora em Criminologia (Universidade de Montréal, Canada). ORCID: orcid.org/0000-0001-6420-6778.
fernanda.fraga@fgv.br

Thiago Bottino

Pós-Doutorado em Direito pela Columbia Law School. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professor Adjunto e Coordenador de Graduação da FGV Direito Rio. Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Membro efetivo da Comissão Permanente de Direito Penal do IAB. ORCID: orcid.org/0000-0003-0557-5412.
thiago.bottino@fgv.br

Recebido em:12.05.2019
Aprovado em: 13.06.2019
Última versão do (a) autor (a):20.09.2019

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: Os chamados "megaprocessos" fazem parte da cena jurídica internacional há pelo menos 30 anos. Eles se caracterizam pelo grande numero de réus e de acusações, pela extensa e complexa matéria probatória, bem como pela longa duração dos procedimentos. Se, por um lado, este novo modelo pode trazer um impacto positivo na redução da criminalidade organizada, por outro,ele levanta questões importantes em relação à aplicação dos princípios fundamentais da justiça criminal, tanto no âmbito da investigação policial quanto do processo penal. Apesar da

Abstract: Megatrials have been part of the international legal scene for at least 30 years. They are characterized by the large number of defendants and accusers, by the extensive and complex evidence, as well as by the long duration of the proceedings. If this new model can have a positive influence on the reduction of organized crime, it also raises important questions regarding the application of the fundamental principles of criminal justice, both during police investigations and criminal proceedings. Despite the growing presence of megatrials in criminal

crescente presença dos megaprocessos na âmbito da justiça penal, a pesquisa brasileira sobre o assunto ainda se encontra em estágio inicial. Partindo de uma observação criminológica e de uma perspectiva empírica, nossa pesquisa busca analisar os impactos deste modelo processual no funcionamento da justiça criminal, tendo por base entrevistas qualitativas realizadas com advogados criminalistas e membros do Ministério Público. A partir da fala dos atores, o presente artigo analisa os limites concretos do exercício do direito de defesa no âmbito dos megaprocessos[1].

Palavras-chave: Megaprocessos – Direito de defesa – Prerrogativas – Advocacia criminal.

justice, Brazilian research on the subject is still at an early stage. Based on a criminological observation and an empirical perspective, our research seeks to analyze the impacts of this procedural model on the criminal justice through qualitative interviews with criminal lawyers and members of the Public Prosecution Office. This article analyzes the concrete limits of the exercise of the right of defense in the scope of megatrials.

Keywords: Megatrials – Due process – Criminal defense – Criminal attorneys.

Sumário: Introdução. 1. "Olha, eu preciso de um maracanã para fazer audiência": o gigantismo processual e seus impactos no direito de defesa. 2. Entre celeridade e atropelo: a busca por eficiência nos megaprocessos. 3. "Olha, o rolo compressor tá chegando": A asfixia dos megaprocessos e os limites ao direito de defesa. 4. A atuação em megaprocessos e os riscos de criminalização da prática profissional. Considerações Finais. Bibliografia.

Introdução

Os chamados "megaprocessos" fazem parte da cena jurídica internacional há pelo menos 30anos[2]. Mais recente no Brasil, esta estrutura processual vem conhecendo um crescimento exponencial, a exemplo dos conhecidos como "Operação Câmbio Desligo", "Operação Pecúlio", Operação Satighara" e "Operação Lava Jato", procedimento paradigmático do modelo de megaprocessos[3]. Estes

1. A pesquisa foi realizada como parte do estágio de pós-doutorado da autora Fernanda Prates realizado na Fundação Getúlio Vargas – RJ e financiado pela Capes, através do Programa Nacional de Pós-Doutorado (PNPD), sob a supervisão do autor Thiago Bottino. Participaram da coleta de dados alunos bolsistas e voluntários da graduação da FGV Direito Rio, Ana Helena Nascif, Bruno Saraceni, Daniel Esperato. Daniel Wise, Gabriel Custodio, José Cury, Lucas Germano, Sergio Kezen, Tatiana Murta e Yago Falcão, a quem os autores agradecem.

2. Destacamos, por exemplo, o "*Maxiprocessodi Palermo*" e a "Operação mãos limpas" na Itália, o "*Pizza connection Trial*" e "*United States v. Casamento*" nos Estados Unidos e as operações "*SharQc*" e "*Printemps 2001*" no Canadá.

3. De acordo com a seção *A Lava Jato em números no Paraná*, apresentada no site do Ministério Público Federal e atualizada em dezembro de 2018, no estado do Paraná já houve,

processos se caracterizam pelo grande número de réus e de acusações, pela extensa e complexa matéria probatória, bem como pela longa duração dos procedimentos[4].

Dentro desse contexto, Ferrajoli[5] trabalha a ideia de gigantismo processual, que se desenvolve em três dimensões. A primeira, horizontal, diz respeito à abertura de grandes investigações contra um número extremamente elevados de indivíduos; a segunda, vertical, ampliando a responsabilidade dos acusados através de delitos de natureza associativa; e a terceira, temporal, com a prolongação desmensurada dos procedimentos.

Esse novo modelo processual é o resultado de uma nova estratégia de forças policiais visando a neutralização das atividades do crime organizado, dando ênfase em investigações longas e complexas que visam a prisão massiva de membros de uma organização criminosa[6]. Se, por um lado, este novo modelo pode

---

no âmbito da operação, 2.476 procedimentos instaurados, 1.166 mandados de busca e apreensão, 227 mandados de condução coercitiva, 149 mandados de prisão preventiva, 152 mandados de prisão temporária, 6 prisões em flagrante, 176 acordos de colaboração premiada firmados, 11 acordos de leniência, 82 acusações criminais contra 347 pessoas, 226 condenações contra 146 pessoas, contabilizando 2.120 anos, 5 meses e 20 dias de pena. (BRASIL. Ministério Público Federal. *A Lava Lato em números no Paraná*. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado]. Acesso em: 20.02.2019).

4. CODE, M. (2009). Law reform initiatives relating to the megatrial phenomenon. LESAGE, P. ET CODE, M. (2008). *Rapport sur l'exmen de la procédure relative aux affaires criminelles complexes*, Toronto, Ministère du Procureur général de 'Ontario. Disponível em: [http://www.isrcl.org/Papers/2008/Code.pdf]. Acesso em: 20.02.2019.
5. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. (Trad. de Diritto e ragione: teoria del garantismo penale). São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 622. Ver também: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias; OLIVEIRA, Anderson Affonso de. A interceptação telefônica no contexto dos *maxiprocessos* no Brasil: uma análise quantitativa e qualitativa de dados entre 2007 e 2017. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 143, ano 26, São Paulo: Ed. RT, maio 2018 e MALAN, Diogo Rudge. Megaprocessos e direito de defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 159, ano 27, São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.
6. RCMP (2009). Programme des produits de la criminalité. Disponível em: [http://www.rcmp-grc.gc.ca/poc-pdc/pro-crim-fra.htm]; RUIZ VASQUEZ, J.C (2007). La réforme des forces de police au Canada: les tensions entre la sécurité des citoyens, les libertés fondamentales et le fédéralisme. International Journal of Canadian Studies, nº 36, pp. 161- 190.SHEPTYCKI, J. (2003). The Governance of Organised Crime in Canada. *The Canadian Journal of Sociology*, Vol. 28, No. 4, pp. 489-516.

trazer um impacto positivo na redução da criminalidade organizada[7], por outro lado, ele levanta questões importantes em relação à aplicação dos princípios fundamentais da justiça criminal, tanto no âmbito da investigação,quanto do processo penal.

Em relação às investigações, observamos nos últimos anos a utilização crescente de técnicas invasivas, como a utilização de interceptações telefônicas, agentes infiltrados e, principalmente, colaboradores[8]. O uso excessivo destas técnicas levanta questões sobre possíveis violações de direitos, dentre eles a presunção de inocência e a proteção à vida privada[9].

No que diz respeito ao processo criminal, dois aspectos merecem ser ressaltados. Em primeiro lugar, o princípio da individualização da pena estabelece que a sentença seja imposta de forma individualizada e proporcional à responsabilidade do autor. Ora, o elevado número de réus, de acusações e de provas presentes nos megaprocessos cria sérios obstáculos à individualização da pena, podendo dar ensejo a verdadeira "condenação por associação"[10]. Em segundo lugar, o

7. PIEHL, A.M, COOPER, S.J., BRAGA, A.A. & KENNEDY, D.M. (2003). Testing for structural breaks in the evaluation of programs. *Review of Economics and Statistics*, 85, pp. 550-558. MORSELLI, C., TANGUAY, D. & LABALETTE, A.M. (2008). Criminal Conflicts and Collective Violence: Biker-Related Account Settlements in Quebec, 1994-2001. In D. Siegel & H. Nelen (Ed.), *Organized Crime*: Culture, Markets, and Policies (pp. 145-164). New York: Springer.
8. INTERNETLAB. Vigilância das Comunicações pelo Estado Brasileiro e a Proteção a Direitos Fundamentais. *InternetLab*. São Paulo, 2016; ANTONIALLI, D., SOUZA ABREU. *Além da Lava Jato: o que dizem (e não dizem) os dados sobre interceptações no Brasil*. Disponível em: [http://jota.uol.com.br/alem-da-lava-jato-o-que-dizem-e-nao-dizem--os-dados-sobre-interceptacoes-no-brasil]. Acesso em 12.07.2016; DIVAN, Gabriel A. Crítica científica de "A colaboração premiada como instrumento de política criminal" – Um adendo sobre a necessária visão político-criminal do processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 417-428, jan./abr. 2017.Disponível em: [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.55];SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias; OLIVEIRA, Anderson Affonso de. A interceptação telefônica no contexto dos *maxiprocessos* no Brasil: uma análise quantitativa e qualitativa de dados entre 2007 e 2017. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 143, ano 26, São Paulo:Ed.RT, maio 2018, p. 91.
9. LEMAN-LANGLOIS S. ET SHEARING C. D. (2009). Human Rights Implications of New Developments in Policing. 2009. *ICHRP Working Paper*. Disponível em: [http://www.ichrp.org/files/papers/172/policing_and_surveillance_leman-lanlgois_and_shearing.pdf].
10. Barreau du Québec (2004). *Rapport final du comité en droit criminel sur les megaprocès*. Disponível em: [http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2004/200402-rapportfinalmegaproces.pdf].

direito a uma defesa plena dá ao réu o direito de ter o perfeito conhecimento das pretensões de seu adversário, de seus argumentos e das provas que ele apresenta[11].

Nesse sentido, cabe indagar qual a real capacidade do acusado de tomar conhecimento da totalidade de uma prova que pode ser composta por mais de 40 mil horas de gravação de interceptação telefônica, como no caso da "Operação Furacão"[12], ainda mais levando em conta que muitos advogados não possuem recursos ou infraestrutura suficientes para analisar todo esse volumoso material probatório. Apesar da crescente presença dos megaprocessos na âmbito da justiça penal, a pesquisa brasileira sobre o assunto ainda se encontra em estágio inicial.

Partindo de uma observação criminológica e de uma perspectiva empírica, nossa pesquisa busca conhecer os impactos desse modelo processual no funcionamento da justiça criminal. Para tanto, foram realizadas, ao longo de um ano, entrevistas qualitativas com onze membros do Ministério Público e nove advogado (a) s criminalistas[13], todos da região Sudeste do país. As entrevistas, que tiveram em média uma hora de duração, foram gravadas em áudio e, posteriormente, transcritas integralmente.

Em seguida, todas foram analisadas verticalmente, possibilitando uma estruturação temática de cada uma das entrevistas. Após a análise vertical, foi iniciada a etapa de análise horizontal, que examinou a relação entre as falas dos entrevistados, buscando destacar suas semelhanças e diferenças, para então identificar as falas e temas que refletem o teor da maioria das entrevistas realizadas.

Certa dificuldade de acesso aos atores impossibilitou a realização de um número maior de entrevistas, o que constitui um limite da presente pesquisa e afasta qualquer discussão acerca da representatividade de nossa amostra. Espera-se que outros estudos consigam realizar uma análise mais abrangente e aprofundada do tema. O presente artigo busca, a partir da fala dos atores, analisar os limites concretos do exercício do direito de defesa no âmbito dos megaprocessos.

1. "Olha, eu preciso de um Maracanã para fazer audiência": o gigantismo processual e seus impactos no direito de defesa

Conforme dito anteriormente, são características estruturais dos megaprocessos o elevado número de réus, o volume e a complexidade da carga probatória.

11. Sylvestre, C. (1993). *Le principe du contradictoire en procédure pénale*. R.R.J., p. 913.
12. Disponível em: [http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI172498,21048-Transcricao+de+interceptacao+telefonica+deve+ser+integral].
13. Entrevistas foram realizadas também com réus colaboradores, um magistrado e um policial. Entretanto, o conteúdo destas entrevistas será objeto de artigo posterior.

De acordo com os entrevistados, tais atributos geram problemas importantes tanto para a dinâmica do desenrolar processual quanto para a produção e análise do contexto probatório. A fala dos advogados entrevistados é particularmente relevante para a compreensão do impacto dessa estrutura processual no conhecimento e avaliação da prova presente nos autos. Nesse sentido, os entrevistados nos dizem, por exemplo, que:

> "É um volume brutal. O último processo no qual eu fiz alegações finais, eu estimo que eu tenha lido dentre autos principais e apensos contendo medidas cautelares, inquéritos e termos de homologação de acordos de colaboração, termos de homologação de acordos de leniência, anexos, etc., algo em torno de 20.000 a 25.000 páginas. Sem nenhum exagero. Só os autos principais tinham 7.500 páginas. Então, evidentemente que, nesse contexto, a não ser aquele defensor que ou é extremamente zeloso e abnegado e passe o final de semana estudando o processo, como eu fiz, ou um defensor que tem uma equipe grande que possa dividir a leitura e fazer um índice dos documentos relevantes é praticamente impossível conhecer o inteiro teor dos autos do processo." (Advogado 02)
>
> "A polícia e o Ministério público ficaram investigando um, dois anos, ouvindo a vida dos outros, tem vários outros procedimentos investigatórios...aí vem o horror, você pega a ação penal, a denúncia, ela faz referência a vários procedimentos. Você tem mídias e mídias, anexos e anexos, você consegue ver isso apenas em dez (dias)? Eu tenho uma equipe grande aqui e não consigo. Então, a impressão que me fica, é que a forma pela qual são veiculadas as denúncias, já é feito isso de uma maneira tal para dificultar a defesa." (Advogado 03)
>
> "Mas o que eu tenho visto também é: véspera de uma audiência, vamos supor, aí o Ministério Público junta lá 500 mil páginas, 500 mil tô exagerando, vamos dizer 5 mil páginas na véspera da audiência e diz: a defesa teve acesso, está disponível no processo eletrônico desde ontem (...) na véspera da audiência foram juntadas num evento, se eu não me engano, 5 mil páginas. E aí como é que eu vou me manifestar? Não tem como se manifestar." (Advogada 01)

Conforme se depreende dos trechos destacados, a fala dos advogados é unís-sona no sentido de que o imenso volume probatório presente nos megaprocessos torna praticamente impossível o conhecimento de todos os aspectos relacionados a seus clientes. Nesse sentido, esta estrutura processual acaba por criar uma situação paradoxal na qual a própria carga probatória constitui um limite ao exercício de uma defesa plena, tendo em vista a quase que total impossibilidade de ciência da integralidade das provas que dizem respeito a seus representados. Apesar do volume de informação representar uma limitação importante ao

trabalho dos advogados, este aspecto não constitui o único problema no que diz respeito ao exercício efetivo da ampla defesa[14]. De fato, vários entrevistados destacam a dificuldade constante de acesso a certos dados considerados fundamentais, como mostram os trechos a seguir:

> "Isso sem contar com um outro problema que, como você tem muito compartilhamento de provas por processos diferentes (...) muitas vezes você não tem autos de um procedimento de investigação formalmente encapado e autuado que tem uma cronologia dos atos praticados no curso da investigação. Hoje não é raro que denúncias sejam como petições inicias do processo civil, em que o acusador elenca documento 1, 2, 3 e assim por diante e junta documentos avulsos que há na posse dele e, evidentemente que nesse contexto é muito difícil pra defesa saber se tudo que dizia respeito àquele acusado, se aquele fato de fato foi juntado ou não aos autos de processo e, eventualmente, se aquilo que poderia beneficiar o investigado." (Advogado 04).
>
> "(...) a realidade, porém, é que você não consegue ter acesso imediato a esses setenta e sete outros procedimentos, porque você não é parte neles, não advoga pra ninguém neles, então você não consegue ter acesso. E aí, até você ter acesso, seus dez dias já se foram." (Advogado 03).

Os advogados entrevistados citam a dificuldade de acesso à informação em se tratando especialmente dados oriundos do compartilhamento de prova, recurso habitualmente utilizado em determinados megaprocesso, como aqueles originários da operação Lava Jato, por exemplo. De maneira geral, a fala dos advogados indica claramente que, seja pelo volume importante de informações, seja pela sistemática dificuldade de acesso a determinadas informações, a própria estrutura processual dos megaprocessos constitui um óbice ao exercício da ampla defesa, já que, em inúmeras ocasiões, o defensor não dispõe das condições necessárias ou de tempo hábil para tomar conhecimento de tudo que é dito sobre seu representado, idéia que bem se traduz na fala de um dos entrevistados ao constatar que "a gente como advogado criminalista, a gente tinha orgulho de dizer 'ah, eu conheço o processo de cabo a rabo', né? Só que agora a gente não pode mais falar isso, não existe mais isso." (Advogado 07).

14. Vários advogados mencionam ainda dificuldades ligadas à falta de estrutura adequada dos escritórios quando se trata de atuação em um megaprocesso: "(...) às vezes tem processo que no papel teriam 60 volumes, você tem que achar no meio disso tudo. Só que é eletrônico, é pior ainda de você achar, é horrível de manusear, tem que ficar navegando, abaixando, e são arquivos pesados, o computador fica lento né. Nossos escritórios não têm essa estrutura." (Advogado 06)

A questão da dificuldade de conhecimento da integralidade do material probatório em razão do volume de informação também foi abordada, ainda que em menor grau, pelos membros do Ministério Público, alguns destacando inclusive o impacto dessa problemática no encaminhamento dado aos procedimentos investigatórios:

> "Mas eu ainda tenho determinadas situações que eu deixo de investigar porque eu não dou conta do volume de informação, volume de recursos, dados probatórios disponíveis. Então, por exemplo, a quantidade de áudios que eu tenho interceptados não dou conta, a análise que tem que fazer não dou conta e hoje em dia com investigação digital, eu não consigo analisar o que foi apreendido, então eu não dou conta hoje, pelo menos para o universo geral, não estou falando de forças tarefas, né, elementos destacados, para o universo geral você não tem como processar o apreendido." (Ministério Público 01)
>
> "A gente evita ao máximo chegar nesse ponto de dar um corte na investigação, mas existem situações em que a gente tem que ponderar qual vai ser a efetividade daquela informação que a gente está pedindo." (Ministério Público 03)

Alguns promotores mencionaram também a dificuldade de lidar com os megaprocessos quando não são eles próprios que realizam a investigação, ou seja, trata-se aqui de membros do Ministério Público que recebem o procedimento investigatório diretamente de uma Promotoria de Investigação Penal ou de algum grupo especializado do próprio Ministério Público:

> "Então hoje em dia, por exemplo, grandes processos...eu só tomo conhecimento junto com o grande público, né...eu ligo a televisão e vejo junto com todo mundo que o fulano foi preso, etc. e descubro que eu ganhei mais um processo de 'cem mil' réus. É assim que funciona, porque o cara da investigação é incapaz de me procurar e falar: olha, estamos investigando assim, assim, assado, vai acontecer isso...joga uma bomba para a minha promotoria, e o que é pior, não se tem a tradição, né, de entrega da memória da investigação..." (Ministério Público 06)

Cabe ressaltar que este ponto foi mencionado fundamentalmente por membros do Ministério Público que não contam com a estrutura de uma força-tarefa em sua atuação diária. Em relação a esse aspecto, as considerações dos promotores que não atuam em uma força-tarefa se aproximam muito das falas dos advogados quando levantam a questão da dificuldade para analisar a integralidade da prova nos megaprocessos, tendo em vista o volume de informação, a falta de estrutura e o breve lapso temporal dentro do qual precisam se manifestar. De fato, a estrutura das forças-tarefas aparece na fala dos entrevistados como elemento

essencial para o adequado fluxo e desfecho de um megaprocesso, como é possível notar no trecho abaixo:

> "Olha só, processos enormes como esses, na verdade, eles são tremendamente desgastantes (...) então é absolutamente imprescindível que você tenha uma força-tarefa trabalhando. Só que é absolutamente impossível que você tenha forças-tarefas do tamanho da força-tarefa da Lava Jato em todos os casos que forem grandiosos." (Ministério Público 04)

O volume dos megaprocessos parece causar impacto também na atividade do magistrado da causa, muito no que diz respeito ao gerenciamento do material probatório bem como das inúmeras decisões interlocutórias proferidas neste modelo processual. Sobre esse aspecto, um membro do Ministério Público se manifesta no seguinte sentido:

> "(...) autorizava o sujeito a receber a propina como se corrompido fosse e passava a controlar a atuação dele, né, combinava uma ação controlada com uma infiltração leve. É, até então, por uma questão legal, você tem que ter aquela renovação da autorização judicial periodicamente. Cansei de ver, tanto com essa situação ou com escuta telefônica, o juiz falar: olha, vou dar mais uma fase, vou dar mais tal fase e não renovo mais. E aí o não renovo mais não é por conta do volume de dados já apreendido, já capturado, não é pelo desbaratamento de uma quadrilha, é pelo trabalho que dá para ele, né. Como cada ciclo novo eu tenho que gerar x ofícios, imobilizar alguém do cartório para fazer isso assim, eles simplesmente cortam, né, já dei tantos ciclos, tantos períodos, etc. e não faço mais (...) não, é o volume de trabalho, carga horária que vai gerar, né." (Ministério Público 01)

Conforme se observa no trecho citado, a percepção do entrevistado é no sentido de que o volume de informação e a carga adicional de trabalho que essa dinâmica processual demanda impactariam de maneira importante o desenrolar do procedimento investigatório, limitando seu escopo e amplitude[15].

15. O magistrado ouvido na presente pesquisa não aborda especificamente medidas cautelares examinadas no curso da investigação, mas trata das dificuldades inerentes aos megaprocessos ao longo da instrução criminal: "Esses processos, quando chegam, é uma comoção na vara (...) eu nunca fui de prender muito, eu tenho uma visão restritiva contra a prisão preventiva, mas bloqueio de bens eu sempre bloqueei muita coisa. Mas no início eu fiquei com receio por razões pragmáticas. Porque eu percebi que o trabalho que dá é uma coisa absurda (...) porque isso dá um trabalho absurdo para secretaria. Não só para secretaria, mas para todo o andamento do processo, porque depois vêm os

Para além do importante volume de informação, a questão do elevado número de réus – outra característica deste modelo processual – também foi mencionada pelos entrevistados como um elemento complicador dos megaprocessos. As falas destacadas a seguir, apesar de sucinta, refletem sobremaneira a percepção dos entrevistados:

> "Eu tenho um processo com 9X[16] réus, serve? É inviável, não faz. Não faz, você não consegue ler, você não consegue despachar, você não consegue nada." (Ministério Público 01)
>
> "Para o bem e para o mal, nós, como órgão de investigação, estamos adquirindo uma expertise que é ímpar no mundo. Por conta disso estamos conseguindo uma carga probatória muito robusta. Este na verdade é um dos problemas que um processo grande desses apresenta. É possível exemplificar isso por meio da Operação XXX[17]. Nesta operação as defesas em conjunto arrolaram cerca de 19X[18] testemunhas. Logo, são cerca de 19X depoimentos que temos que recolher em juízo (...) então os problemas são de diversas ordens." (Ministério Público 05)

De fato, as falas dos entrevistados são comuns ao destacarem os problemas ligados ao elevado número de réus nesses procedimentos. Vários dos problemas trazidos são de ordem prática, assim, os participantes mencionam a dificuldade da dinâmica durante audiências que podem chegar a ter, por exemplo, 30 réus,

---

pedidos de restituição (...)então, tem coisas para se preocupar nessas operações (...) eu acho que lado pragmático leva que você pondere bem se é o caso de tomar essas medidas. Especialmente quando é que ele não é único processo que você está tocando." (Magistrado 01). Diante de tais dificuldades, foi criada foi criada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em 05.09.2009 a Central de Assessoramento Criminal (CAC/TJ/RJ), que tem como finalidade o processamento de feitos criminais de grande complexidade encaminhados pelos juízes do foro central que versem, especialmente, sobre crime organizado, observados, entre outros critérios, o número de réus e a extensão da instrução. Para garantir a segurança dos trabalhos, o local onde funciona a Central é monitorado por um sistema de câmeras, os servidores trabalham em sistema de rodízio, substituídos a cada quatro meses e supervisionados por um juiz indicado pela presidência do TJ/RJe os funcionários processantes são identificados apenas por códigos.

16. A quantidade exata de acusados foi omitida de forma a preservar o anonimato do entrevistado.
17. O nome da operação foi omitido de forma a preservar o anonimato do entrevistado.
18. A quantidade exata de testemunhas foi omitida de forma a preservar o anonimato do entrevistado

50 advogados e mais de 100 testemunhas[19], bem como o peso de uma instrução criminal relativa a um número extremamente elevado de pessoas, fato que sobrecarrega não apenas o Ministério Público, mas também – de forma importante – a defesa, como indica o trecho seguinte:

> "Vou falar do meu cliente, vamos colocar assim, ele era entregador da empresa, tem um caso gigante aqui (...) aí eu estou com 8, ali não tem delação, não tem nada. Mas, ali naquele processo o negócio é tão bizarro, que eu advogo para um segundo escalão da organização, vendedoras, recepcionista, secretarias (...) Cada uma responde por 1600 peculatos. Coloca no mesmo saco? Tudo no mesmo saco. Aí você vai falar assim: 'MP, Juiz, não é bem assim, ainda que ela tenha participado tem que identificar culpa', se não foi um comportamento culposo. E a cooperação, será que ela, uma funcionária, tinha uma noção do grande esquema criminoso que tinha por trás dessa organização? Os pequenos quando se encontram nessa situação estão ferrados. Porque o juiz vai botar no mesmo saco. Aí tá todo mundo: 'Ah, se ela não tivesse vendido, comprado'. Cara, como assim, cara? Sabe? "Ah não a contribuição foi relevante, sem ela a organização não funcionava", sem ela, pô, atender um telefone e fazer uma compra. E aí fica no mesmo saco e aí ela vai fazer delação? Fazer delação do que?" (Advogado 05)

A fala do advogado descreve dois impactos importantes da estrutura processual com um número elevado de réus, a primeira tratando da dificuldade da individualização da conduta – e, por conseguinte, do grau de responsabilidade penal – dos acusados e a segunda abordando as conseqüências negativas da referida estrutura para aqueles réus "de segundo escalão" que, em razão da posição ocupada na organização, muitas vezes não possuem "capital" suficiente para ensejar uma colaboração premiada[20].

19. Essa estrutura "mega" gera transtornos relacionados inclusive à questão de espaço. Destacamos, por exemplo, um megaprocesso que precisou ser realizado nas dependências de um Tribunal do Júri, pois seria o único espaço apto a receber o número de pessoas envolvidas naquele procedimento.

20. O problema ligado ao número de réus também foi suscitado pelo magistrado entrevistado, que questiona, inclusive, a real eficácia dos megaprocessos: "A sensação que eu tenho é que quando você coloca todo mundo no mesmo processo, 30 pessoas importantes com capacidade para pagar bons escritórios no mesmo processo, você está pedindo para aquilo ali não acaba nunca. Porque é impossível processar aquela quantidade de gente. Vai virar uma zona lá dentro. (...) eu acho muito problemático. O ideal realmente é separar, ainda que seja o mesmo juiz processando, mas eu acho que deva separar e

2. Entre celeridade e atropelo: a busca por eficiência nos megaprocessos

Somado à quantidade de informação abordada no tópico anterior, outro aspecto abordado pelos entrevistados diz respeito à celeridade processual presente em determinados megaprocessos[21]. Por certo que tal característica poderia ser vista de maneira positiva, mas, tomando por base as falas dos entrevistados, esta tendência levanta dúvidas sobre a qualidade da justiça oferecida, tendo em vista se tratar de processos com um número elevado de réus e de imputações sendo resolvidos em um reduzido lapso temporal. Um representante do Ministério Público cita o exemplo de um megaprocesso altamente complexo que teve sua instrução finalizada em poucos meses:

> "(Magistrado/a) trabalha muito rápido, essas 18X[22], ele/a marcou todos os dias da semana, de manhã e de tarde, até as defesas reclamaram lá (...) Isso é uma característica que a gente tem visto hoje no processo. Hoje em dia, a celeridade passou a ser uma questão, também a polícia inicia a operação, intima logo um monte, às vezes conduz coercitivamente[23], então assim, são vários ouvidos num só momento. No modelo antigo isso levava anos, sem exagero, anos e anos, porque você intimava, o cara não vinha, mandava atestado médico, marcava para daqui a 3 meses, 6 meses (...). Para exemplificar, a (nome da operação[24]) foi deflagrada em novembro/dezembro de 201X[25], em junho do ano seguinte já estava encerrada (...). Foi rápido. Essa duração, mesmo para um processo comum, é boa. (MP 13)

---

fazer discussões à parte. Tem muita coisa que pode dar errado. O juiz acaba tendo uma função de administrador do tempo, dos atos processuais." (Magistrado 01).

21. Este elemento se faz presente fundamentalmente em processos envolvendo a atuação de forças-tarefa no âmbito da Justiça Federal. De acordo com os entrevistados, não se observa a mesma rapidez processual em megaprocessos tramitando na esfera da Justiça Estadual.
22. Referência às oitivas realizadas. A quantidade exata de acusados foi omitida de forma a preservar o anonimato do entrevistado.
23. A entrevista foi realizada pouco antes do julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 395 e 444, declarando que a condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório não foi recepcionada pela Constituição de 1988.
24. O nome da operação foi omitido de forma a preservar o anonimato do entrevistado.
25. A data exata foi omitida de forma a preservar o anonimato do entrevistado.

As "reclamações" dos advogados são de diversas ordens. Os advogados entrevistados, em especial aqueles com uma pequena ou média estrutura de trabalho, falam, por exemplo, das dificuldade em termos organizacionais, da necessidade de limitar a atuação em outras causas para que possam se dedicar integralmente a determinando megaprocesso, tanto no que diz respeito à presença em atos processuais, quanto no que se refere ao tempo dedicado ao estudo dos autos e preparação da defesa[26]. De fato, segundo Jauchen[27], conforme citado por Maria Elisabeth Queijo[28], a defesa criminal constitui, em grande parte,

> "tarefa que requer tempo necessário e indispensável para efetuar investigações, recolha e individualização de provas, diálogos entre o acusado e seu defensor, elaboração de atos em que se apóiam os argumentos e fundamentações sobre a posição defensiva e demais trabalhos que não são possíveis de se realizar com eficácia sem os meios e o tempo adequado".
>
> Para além dos problemas práticos que decorrem da atuação neste tipo de processo, os advogados levantam questionamentos importantes em relação à eventual fragilização do exercício de defesa decorrente da celeridade acentuada de determinados megaprocessos, como bem indica o trecho a seguir: "Uma outra característica do processo da Lava Jato é a rapidez, e a rapidez dos processos, ela tem que ser pensada num duplo sentido. Quando a gente fala na razoabilidade na duração do processo penal, ou dos processos em gerais, isso tem que ser pensado, com perdão da redundância, num duplo sentido. Por quê? Tem que ter razoabilidade pra não demorar ao infinito. E tem que ser uma razoabilidade pra não tão rápido que impeça o exercício da defesa. E hoje

26. Problemas similiares foram abordados no julgamento *United States v. Gallo*: "The court stated that these "monster trials" burden the court, the defendants and the jury. According to the court, the defendants lose their rights to counsel because many attorneys cannot commit the time required for a multi-defendant, multicharge case, and thus, will not take the case. The defendants are also faced with the increased possibility of having to seek alternative counsel during the course of the trial because the time commitment has become too burdensome for the defendant's retained counsel. The court also noted the tremendous legal fees incurred by defendants in cases where a trial runs several months". CODE, Michael. *Law reform initiatives relating to the mega trial phenomenon*. 53 Crim. L.Q. 421, 2007-2008, p. 01. Disponível em: [https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/clwqrty53&div=31&id=&page=]. Acesso em: 11.04.2019.
27. JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de Derecho Penal*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2012. Tomo I, p. 168.
28. QUEIJO, Maria Elisabeth. *Direito ao tempo e aos meios necessários para a preparação da defesa técnica*. In.: MALAN, Diogo & MIRZA, Flavio (Org). *Advocacia Criminal:* Direito de Defesa, Ética e Prerrogativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. Pp. 125, 126.

> a gente trabalha muito com a idéia de razoabilidade só num primeiro sentido, que é o da rapidez. Agora, muita velocidade impede de as coisas assentarem também, pra você poder fazer um trabalho eficaz, consistente. Você tá fazendo seu trabalho de doutorado, tem só meia hora. E aí? Que trabalho você vai fazer? É um trabalho mais difícil. Claro, o trabalho não pode durar dez anos também. A gente vive num momento que se cobra muito resultados. Então, ação, ação, quer dizer, mas eles atropelam muito a defesa. Uma quarta coisa que eu queria falar é que muitos requerimentos são indeferidos. Requerimentos, às vezes, importantes (...)é eficiente. É muito eficiente. Pode botar aí. É muito eficiente. É eficiente demais. Mas à custa da defesa, eu acho. À custa das garantias da defesa (...) é uma máquina que engole a defesa." (Advogado 03)

As considerações feitas pelo entrevistado refletem a fala de vários advogados no sentido de que a busca pela eficiência dos megaprocessos, com objetivo, muitas vezes, de dar "uma resposta rápida à população", ocorre em detrimento do exercício irrestrito do direito de defesa[29]. É possível que a rapidez de certos procedimentos abordada pelos advogados tenha origem na proximidade cada vez maior entre o direito e a comunicação social. Assim, casos com ampla divulgação midiática parecem impor ao Direito ritmos que não são os seus e que se mostram incompatíveis com os processos de formação da decisão judicial[30]. De fato, o ritmo judicial em nada se aproxima do ritmo midiático. Se aquele exige cautela e observação, sendo, por vezes, demasiado longo, o da comunicação é o oposto, como ressalta Hespanha:

> "Aqui (...) impera um fluxo informativo frenético, que exige da informação: rapidez, impacto, espetáculo, novidade (...) A comunicação vive do movimento, não da permanência. O impacto atual dos meios de comunicação social explica que a sua influência se faça sentir também no campo do direito. Esta influência se exerce em vários planos, tendo consequências mais ou menos profundas."[31]

29. Ressalte-se que tal dinâmica se mostra, de fato, extremamente perigosa, ainda mais levando-se em conta o fato de que o "direito de defesa transcende o interesse particular do acusado, possuindo importantíssima dimensão objetiva, consubstanciada em verdadeira garantia ético-política de legitimidade da jurisdição penal (*nemoiudex sine defensione*)". MALAN, D. & MIRZA, F. Apresentação. In. : MALAN, Diogo & MIRZA, Flavio (Org). *Advocacia Criminal:* Direito de Defesa, Ética e Prerrogativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
30. HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito*. O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra, Portugal: Edições Almedina SA, 2014.
31. HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito*. O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra, Portugal: Edições Almedina SA, 2014.p. 414.

Nesse sentido, modelo de "megajustiça" suscita o debate acerca da coexistência entre os imperativos de segurança e eficiência e o direito do acusado a um julgamento justo, no qual a busca por uma eficiência processual se vê acompanhada de um enfraquecimento dos direitos fundamentais dos acusados, refletindo a tendência observada por Rainer e Wilson ao afirmarem que o gerencialismo na justiça criminal representa "*a cuttingbackofdueprocessrights in whichthegoalsofefficiencyandeffectiveness prevail over substantive justice ends*"[32].De fato, talvez esse novo modelo processual introduza uma mudança no modelo tradicional de justiça, que contrapõe o *crime control* ao *due process*[33], criando um novo modelo que contrapõe a eficiência/rapidez ao *due process*.

Tais questionamentos se revelam fundamentais, levando em conta o fato de que os objetivos de simplificação/rapidez dos procedimentos e de aumento de produtividade presentes no gerencialismo introduziram na justiça criminal uma nova forma de legitimidade baseada no desempenho e que essa lógica talvez constitua de fato um elemento limitador ao exercício pleno dos direitos de defesa. Em termos de política criminal, observamos que tal tendência é impregnada por discursos de luta contra a impunidade e contra a corrupção, de luta contra a "banalização" da justiça e de seu necessário fortalecimento enquanto instrumento eficaz de combate à criminalidade organizada. A idéia de justiça "eficiente" reflete um movimento mais amplo de política criminal que busca, através da imagem de justiça eficaz, restaurar a legitimidade das agências penais, se concentrando no "como punir" e não mais no "por que punir".

Nessa lógica orientada para o resultado, o sistema penal se centra em sua própria atividade e seu bom funcionamento se transforma em um fim em si mesmo[34]. Mais ainda, a idéia de "combate" à criminalidade organizada nos remete à análise feita por Sheptycki, mostrando que a noção, não de qualquer crime, mas aquela

32. RAINER, J.W. e WILSON, M.J. (1993). *Managing Criminal Justice, Harvester Wheatsheaf, Hemel Hempstead.*

33. PACKER, H. (1968). The Limits of the Criminal Sanction, Oxford University Press, AVIRAM, H. (2011). Packer in Context: Formalism and Fairness in the Due Process Model. *Law & Social Inquiry*, Volume 36, Issue 1, pages 237-261.

34. KAMINSKI, D. *Troubles de la pénalité et ordre managérial.* Recherches sociologiques. Vol. 33. Nº 1. Pp. 87-107. 2002; SLINGENEYER, T. La nouvelle pénologie. Une grille d'analyse des transformations des discours. Des techniques et des objectifs dans la pénalité. *Champ pénal/penal field.* vol. 4. Pp. 87-107. 2007; PRATES, Fernanda. Prática de Interceptação e os Riscos do Modelo de "Megajustiça". In: SANTORO, A. E. R.; MIRZA, Flávio. *Interceptação Telefônica*: os 20 anos da Lei n. 9.296/96. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2016.

de "crime organizado", bem como de seu combate, se tornam fundamentais para o fortalecimento e legitimação do Estado. Essa construção da figura do crime organizado como um objeto de governança constitui, segundo o autor, uma tendência global de coexistência entre o enfraquecimento do conceito de Estado-nação e a centralização da figura do "crime organizado" no âmbito do discurso oficial de combate à criminalidade, observando assim que "*turning organised crime into an object of governance was one way for sovereign state actors to assert the importance of the estate in the practice of governance*"[35].

3. "Olha, o rolo compressor tá chegando": A asfixia dos megaprocessos e os limites ao direito de defesa

Normalmente os megaprocessos se tornam públicos com as chamadas megaoperações, cada vez mais frequentes nos noticiários nacionais. Dois instrumentos muito utilizados no contexto dos megaprocessos são o bloqueio de bens e, em menor grau, a prisão processual dos envolvidos. O emprego de ambas ferramentas tem um impacto importante na qualidade da defesa dos envolvidos, como se mostrará adiante. Em relação ao bloqueio de bens, a fala dos advogados é uníssona em indicar que a utilização deste instrumento causa prejuízos importantes na espécie de defesa que poderá ser proporcionada aos envolvidos em um megaprocesso. Esta dificuldade é de duas ordens, a primeira se relaciona à dificuldade de contratação de profissionais especialistas que possam analisar determinados aspectos técnicos dos processos, como, por exemplo, um perito contábil. É justamente nesse sentido a fala a seguir:

> "(Sobre contratação de perito) qualquer profissional que eu precise eu tenho (...) Só que o cliente tá com os bens todos bloqueados, como é que eu pago? Isso acaba com o direito de defesa, até com pagamento de honorários, é algo assim que a gente tem tido dificuldade. Eu falo pro cliente: 'olha tem um profissional que vai te custar R$ 100.000,00' e o cliente:'olha daqui a 10 anos eu pago, tô com os bens bloqueados'. Entendeu? Aí o advogado se vira. Você tem que se virar. E eu acho que o Ministério Público percebeu que sufoca." (Advogado 05)

De acordo com a fala do advogado, o bloqueio de bens ensejaria assim uma limitação prática ao direito de defesa, impedindo a utilização de profissionais

35. SHEPTYCKI, J. High policing in the security control society. *Policing*,*Policing:* a Journal of Policy and Practice,1(1), 70-79. 2007.

capazes de produzir dados e análises importantes para seu exercício e diminuindo, portanto, a qualidade da defesa técnica proporcionada aos investigados e acusados em megaprocessos. Para além da limitação quanto à qualidade da defesa oferecida, os advogados entrevistados abordaram o impacto do bloqueio de bens em sua própria prática profissional bem como no desfecho do processo. Assim, dois advogados observam que:

> "É, esse é um problema grave, porque essas operações, quando é deflagrada a chamada fase ostensiva delas, além de medidas cautelares probatórias, como busca e apreensão residencial e de coação pessoal, como condução coercitiva e prisão temporária ou preventiva, a regra é que haja um bloqueio universal de bens e valores da pessoa. Os juízes tendem a só permitir o desbloqueio daquilo que tem natureza alimentar: pensão, aposentadoria, salário... e manter todo o resto bloqueado. O resultado prático é que a pessoa fica sem liquidez e solvência pra contratar um escritório de advocacia e, portanto, fica sem liquidez e solvência pra ter uma defesa técnica combativa e adequada. Acho que seria temerário eu dizer que isso é um objetivo, certamente não é um objetivo declarado, me pergunto se é um objetivo não declarado dessas medidas, de justamente dificultar o exercício da defesa técnica por parte dessas pessoas que sem liquidez ou solvência, ou vão contratar um profissional menos qualificado, que tá disposto a fazer por um preço aviltante ou de graça." (Advogado 02).
>
> "E um dos impactos do bloqueio de bens é a dificuldade pra contratar, de pagar o advogado. É uma dificuldade enorme. Ou você banca a causa, ou ele tem amigos pra te pagar. É assim. É exatamente assim. É uma forma de asfixiar o réu. E qual o caminho que aparece como mais auspicioso? Claro. Delação, só pra ficar gravado." (Advogado 03).

Os dois trechos selecionados retratam bem o impacto do bloqueio de bens na capacidade do investigado/acusado em um megaprocesso constituir uma defesa de qualidade e quando o faz, de saldar os valores acordados. Os entrevistados mencionam, por exemplo, o fato de alguns advogados terem seus honorários honrados apenas após o desbloqueio (ainda que parcial) de bens. Um advogado menciona especificamente o desconforto de ter que apresentar à justiça seu contrato de honorários, para fins de desbloqueio de valores[36].

36. "(...) em algumas situações, a gente pede autorização judicial para o pagamento de honorários, que é horrível, porque você tem que juntar teu contrato, aí fica aquela coisa assim: o advogado tá ganhando tudo isso. Fica uma situação um pouco chata." (Advogado 06).

Por mais que este não seja o caso na totalidade dos procedimentos, a fala dos entrevistados parece importante por trazer novas nuances à imagem popular dos advogados criminalistas que estão enriquecendo de forma quase que instantânea com a atuação em megaprocessos[37]. Outro aspecto amplamente abordado entre os advogados entrevistados diz respeito às conseqüências da utilização do bloqueio de bens (e, por certo, também da prisão) no processo de decisão do acusado no que se refere à possibilidade de acordo de colaboração premiada. Assim, vários entrevistados sugerem que tais práticas são empregadas, sobretudo para criar um processo de asfixia, impedindo o exercício pleno de defesa, o que terminaria por ensejar a realização da colaboração pelo investigado/acusado[38]. As falas dos entrevistados trazem à tona o impacto que as medidas não privativas de liberdade tais como o cerceamento patrimonial decorrente do bloqueio de bens pode ter na escolhas dos acusados em megaprocessos, devendo desta forma ser aplicadas com a parcimônia necessária.

Outra ferramenta menos comum, mas também freqüente nos megaprocessos, diz respeito às prisões processuais. Não abordaremos aqui a discussão acerca de sua validade ou legitimidade e sim o impacto da privação de liberdade na construção de uma defesa de qualidade, levando em consideração a natureza complexa temas jurídicos e fáticos tratados nos megaprocessos. Sobre este tópico, os advogados levantam os seguintes pontos em suas falas:

> "O ponto é o seguinte: quando eu tive o primeiro contato com o cliente, me permitiram falar pessoalmente, em uma área, reservadamente com ele, como a lei me autoriza, mas nas vezes seguintes eu tive que falar por interfone. Veja você, documento apreendidos, bens bloqueados e ainda você não consegue ter uma comunicação livre com seu cliente? (...) segunda coisa é a dificuldade de comunicação. Você falar por interfone, eu lembro de um julgado tribunal

37. É nesse sentido a seguinte fala: "Aliás, todo mundo fica: 'Ah, fulano cobrou 3 milhões'. Eu tenho promessa hoje de 10 milhões. Sabe quando eu vou receber? Tenho certeza que nunca. Hoje em dia eu brinco: 'Eu prefiro receber dez mil reais hoje do que uma promessa de 10 milhões'". (Advogado 05).

38. Este tópico será abordado em um segundo artigo a ser produzido no âmbito da mesma pesquisa que deu origem ao presente texto. Acerca do tema, ver BOTTINO, T. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago. 2016. SANTORO, A., TAVARES, N. L. F.; OLIVEIRA, A. A interceptação telefônica no contexto dos maxiprocessos no Brasil: uma análise quantitativa e qualitativa dos dados entre 2007 e 2017. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 143, p. 89-116, 2018. TORON, A. O direito de defesa na Lava a Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 122. 2016..

> penal europeu que dizia que o simples fato de você suspeitar de que a conversa está sendo gravada já em si cerceia a conversa (...) essa coisa de você não conseguir falar com liberdade, como a lei te autoriza, é muito grave, é muito grave. Você tem que ter um lugar que, garantidamente, você possa ter uma conversa pessoal e reservada, que ninguém ouça e que você possa falar com liberdade." (Advogado 03).
>
> "O contato é dificultado; hoje, por exemplo, eu visitei uma unidade e tinha uma fila de uns 10 advogados na porta esperando pra falar com seus clientes. Em regra, se fala num parlatório coletivo, em que não há a menor privacidade, são três advogados atendendo os seus respectivos clientes ao mesmo tempo. Essa unidade até tem duas salas 'reservadas', entre aspas, mas a direção só deixa que o advogado use com autorização judicial expressa, e a sala dita 'reservada' tem uma porta vazada no meio, em que era pra ter um vidro e tiraram o vidro. Então, na verdade, ela não é nada reservada (...) isso se agrava com o fato de que hoje o STJ entende que, se o alvo original de uma interceptação telefônica é um cliente, e circunstancialmente são interceptadas conversas do cliente com seu advogado, essa prova é lícita. É um encontro fortuito de prova, e a prova pode ser aproveitada em juízo; me parece um absurdo porque o fundamento da inviolabilidade do sigilo profissional da advocacia existe independentemente de quem é o alvo original da interceptação, seja o cliente, seja o advogado, a conversa não pode ser monitorada, quer a conversa presencial, num parlatório dentro de uma unidade penitenciária, quer a conversa telefônica, hoje são completamente devassadas." (Advogado 02).
>
> "O grande problema você fala pelo interfone. Qual a segurança que eu tenho de falar com um cliente meu pelo interfone. Ponto 1: zero. Ponto 2: Eu preciso exibir documento, então eu preciso sentar do lado do meu cliente (...) você não consegue, por exemplo, o processo é eletrônico hoje, eu não consigo entrar com um tablet, qual o problema de entrar com um tablet e mostrar pro cliente o processo?" (Advogado 04).

Pelo que se depreende da fala dos advogados, a privação de liberdade de um cliente – sobretudo em um megaprocesso – suscita uma limitação no exercício de defesa que é de duas ordens. Em primeiro lugar, os advogados destacam a dificuldade de construção de uma estratégia de defesa tendo em vista que muito da carga probatória dos megaprocessos (provas documentais) não pode ser analisada e discutida em conjunto com o cliente em razão das limitações decorrentes de sua prisão, não obstante previsão expressa no Estatuto da Ordem do Advogados do Brasil garantindo a comunicação pessoal e reservada com clientes presos[39]. Em

39. É o que prevê o inciso III do artigo 7º do EOAB, *in verbis*: "Art. 7º – São direitos do advogado: (...) III – comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem

segundo lugar, os advogados mencionam um sentimento de insegurança no que diz respeito à comunicação realizada nas unidades prisionais. A ausência quase completa de locais destinados à comunicação reservada entre advogado e cliente nas prisões faz com que os defensores não se sintam confortáveis para ouvir determinadas informações e compartilhar determinados pontos e/ou estratégias de defesa, fazendo com que a comunicação entre esses dois atores – essencial para garantir o amplo exercício de defesa – se torne limitada e pontual, o que engendra um enfraquecimento importante da qualidade da defesa oferecida.

4. A atuação em megaprocessos e os riscos de criminalização da prática profissional

Um último aspecto muito abordado pelos advogados reflete um receio crescente da boa parte da classe profissional, em especial aqueles atuando em megaprocessos de grande repercussão midiática. Nesse sentido, vários advogados falam de maneira extremamente preocupada sobre os riscos de criminalização da pratica da advocacia criminal, em suas mais variadas dimensões, como demonstram as passagens a seguir:

> "Onde é que eu vejo a criminalização da advocacia? Eu vejo a criminalização da advocacia, por exemplo, quando se instaura um inquérito para apurar vazamento[40] e começam a querer ouvir os advogados (...) Então, é instaurado

procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis".

40. Faz-se referência aqui à prática dos chamados "vazamentos seletivos", muito presentes na Operação Lava Jato. Aliás, o próprio juiz Sergio Moro discorre sobre o que ele considera como sendo a salutar publicidade conferida às investigações, em artigo tratando da Operação ManiPulite: "os responsáveis pela operação manipulite ainda fizeram largo uso da imprensa. Com efeito: Para o desgosto dos líderes do PSI, que, por certo, nunca pararam de manipular a imprensa, a investigação da 'manipulite' vazava como uma peneira. Tão logo alguém era preso, detalhes de sua confissão eram veiculados no 'L'Expresso', no 'La Republica' e outros jornais e revistas simpatizantes. Apesar de não existir nenhuma sugestão de que algum dos procuradores mais envolvidos com a investigação teria deliberadamente alimentado a imprensa com informações, os vazamentos serviram a um propósito útil. O constante fluxo de revelações manteve o interesse do público elevado e os líderes partidários na defensiva (...) A publicidade conferida às investigações teve o efeito salutar de alertar os investigados em potencial sobre o aumento da massa de informações nas mãos dos magistrados, favorecendo novas confissões e colaborações. Mais importante: garantiu o apoio da opinião pública às ações judiciais, impedindo que as figuras públicas investigadas obstruíssem o trabalho dos

> inquérito como uma forma de pressão sobre os advogados. Isso eu acho muito grave. Acho isso muito grave. Como eu acho grave também essa coisa de querer buscar no advogado o sujeito de obstrução de justiça. Isso é uma forma, também, de criminalizar a advocacia." (Advogado 05)
>
> "Qual o limite do exercício de defesa? Acho que esse é o ponto central, até tava conversando com alguns advogados que não fazem delação, que orientavam o cliente a não fazer delação. Aí eles falam hoje em dia: 'nem oriento mais a isso, não tenho nem mais coragem, porque se ele vai amanhã no MP e fala que eu mandei não fazer delação, isso pode ser interpretado como obstrução à justiça, e a gente tem N casos de suspeita de obstrução'. Então, assim, eu acho que tem sido feita uma interpretação muito equivocada com relação a limite, qual o limite? Eu posso orientar o cliente a não confessar, por exemplo, eu posso orientar a não fazer delação? Eu entendo que sim, porque eu acredito que vou absolver ele, que a prova é fraca. Então, tá ocorrendo? Tá ocorrendo, não tenho dúvidas que tá ocorrendo." (Advogado 03)
>
> "Você dizer que o fato de você exercer um direito que está previsto em lei, ou seja, você tá fazendo um ato processual que está previsto em lei e isso ser considerado obstrução de justiça, para mim é o fim dos tempos, assim, acaba a advocacia então. Tem para quê? É considerar que o advogado só serve para sentar do lado do cara e delatar (...) os desvios de conduta têm que ser apurados, em qualquer profissão, mas a gente não pode criminalizar o ato de dizer que não quer fazer delação ou se envolver em entidades de direitos de defesa ou de estudo mesmo das ciências criminais." (Advogado 02)

Historicamente, é possível relacionar o atropelo às prerrogativas da advocacia criminal e ao exercício do direito de defesa à ampliação do poder punitivo estatal, como bem destacado por Malan e Mirza[41]. Os autores identificam nos últimos anos os reflexos desta política criminal, destacando, por exemplo:

---

magistrados, o que, como visto, foi de fato tentado. Há sempre o risco de lesão indevida à honra do investigado ou acusado. Cabe aqui, porém, o cuidado na desvelação de fatos relativos à investigação, e não a proibição abstrata de divulgação, pois a publicidade tem objetivos legítimos e que não podem ser alcançados por outros meios. As prisões, confissões e a publicidade conferida às informações obtidas geraram um círculo virtuoso, consistindo na única explicação possível para a magnitude dos resultados obtidos pela operação manipulite." (MORO, S. Considerações sobre a operação manipulite. *Revista CEJ*, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004)

41. MALAN, D. & MIRZA, F. Apresentação. In.: MALAN, Diogo & MIRZA, Flavio (Org). *Advocacia Criminal*: Direito de Defesa, Ética e Prerrogativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

> "as reiteradas tentativas de atribuição da autoria de crime de lavagem de bens e capitais a advogados criminalistas em decorrência da cobrança de seus legítimos honorários profissionais, além de diversos Projetos de Lei que almejam: (*i*) impor aos acusados de crimes graves a defesa técnica dativa; (*ii*) atribuir a autoria do crime de apropriação indébita qualificada aos advogados que percebem honorários advocatícios provenientes de atos ilícitos; (*iii*) proibir a entrevista pessoal e reservada entre o preso acusado de pertencer a organização criminosa e o seu advogado, e instituir a possibilidade de interceptação da comunicação entre eles etc".

Nesse sentido, as falas aqui retratadas refletem um receio constante na prática dos advogados, e indicam as pressões e o cerceamento aos métodos tidos como mais combativos dentro da advocacia criminal, sugerindo a existência de uma tendência ao sufocamento da defesa técnica e um favorecimento às práticas de colaboração premiada. Este aspecto é analisado por Diogo Malan[42], entendo haver aí uma clara ameaça às prerrogativas dos advogados. De fato, o direito ao silêncio, previsto constitucionalmente, sugere que as orientações dadas por advogados no exercício de sua função e mesmo o concerto de versões entre este e seu cliente ou outro advogado integraria a estrutura normativa dessa garantia fundamental. Nesse sentido, se o investigado pode mentir, silenciar ou omitir fatos que o incriminem, torna-se plausível o argumento de que ele também poderia, no contexto do exercício da autodefesa, ajustar sua versão dos fatos com outro investigado[43].

Considerações Finais

O presente artigo buscou analisar os limites ao exercício do direito de defesa no contexto dos megaprocessos. Assim, mostrou-se que o grande volume probatório presente nos megaprocessos bem como a dificuldade de acesso a determinadas informações, torna praticamente impossível o conhecimento de todos os aspectos relacionados ao caso, representando um limite importante à defesa plena. Outro aspecto abordado diz respeito à quantidade de acusados neste modelo processual, o que dificultaria o trabalho da defesa no sentido de individualizar as condutas para então analisar a responsabilidade penal de seu cliente. A rapidez de alguns

42. MALAN, D. No sistema brasileiro, delação premiada é como uma cuíca numa orquestra sinfônica. Consultor Jurídico. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2017-jun-25/entrevista-diogo-malan-criminalista-professor-ufrj-uerj]. Acesso em: 30.03.2019.

43. MALAN, D. No sistema brasileiro, delação premiada é como uma cuíca numa orquestra sinfônica. Consultor Jurídico. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2017-jun-25/entrevista-diogo-malan-criminalista-professor-ufrj-uerj]. Acesso em:30.03.2019.

procedimentos também foi destacada pelos advogados, que trataram das dificuldades organizacionais e de análise quando da atuação em um processo complexo que se desenrola em um curto lapso temporal. Para além dos problemas práticos, os advogados levantam questionamentos importantes em relação à eventual fragilização do exercício de defesa decorrente da celeridade acentuada de certos megaprocessos. Tratou-se ainda dos instrumentos usualmente utilizados em grandes operações e megaprocessos, quais sejam, o bloqueio de bens e prisões cautelares. O artigo mostrou assim que o bloqueio gera limitações significativas no exercício do direito de defesa tendo em vista as dificuldades para contratar advogados e posteriormente, assistentes técnicos que se fizerem necessários. A prisão, por sua vez, impossibilita o compartilhamento e análise conjunta de documentos e outras provas entre advogado e cliente, criando ainda uma atmosfera de desconfiança ao longo dos diálogos, que, via de regra, não se dá em espaço reservado como determinado o Estatuto da Advocacia, gerando um novo empecilho para o pleno exercício do direito de defesa. Um último aspecto diz respeito à criminalização da advocacia que, segundo os advogados entrevistados, funcionaria como um instrumento de pressão para que a classe deixe de lado a forma tradicional do exercício da advocacia em prol de uma nova prática centrada nas colaborações premiadas O artigo mostra que, de modo geral, os problemas estruturais do megaprocessos, aliados a seus predicados de eficácia e eficiência[44], trazem à tona o delicado equilíbrio entre este modelo processual e exercício dos direitos fundamentais dos acusados, questionando ainda a qualidade da justiça proporcionada pelos megaprocessos e os riscos de erros judiciários[45] decorrentes desta estrutura processual.

Bibliografia

AVIRAM, H. Packer in Context: Formalism and Fairness in the Due Process Model. *Law & Social Inquiry*, Volume 36, Issue 1, 2011. 237-261.

BARREAU DU QUÉBEC. Rapport final du comité en droit criminel sur les megaprocès. 2004. Disponivel em: [http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2004/200402-rapportfinalmegaproces.pdf]. Acesso em: 30.03.2018.

44. MACKAY, R. Résumélégislatifduprojet de loi C-53: *Loi sur la tenue de procès criminels* équitables *et efficaces*. 2011. Disponivel em: [http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills_ls.asp?ls=c53&source=library_prb&Parl=40&Ses=3&Language=F].

45. DENOV, M. & CAMPBELL, K. Criminal Injustice: Understanding the Causes, Effects, and Responses to Wrongful Conviction in Canada. Journal of Contemporary Criminal Justice, Vol. 21 No. 3, 2005. 224-249. ZALMAN, M.. Criminal Justice System Reform and Wrongful Conviction: A Research Agenda. *Criminal Justice Policy Review 17*: 4, 2006. pp. 488-492.

BOTTINO, T. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago. 2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. *A Lava Jato em números no Paraná*. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a instancia/parana/resultado]. Acesso em: 20.02.2019.

CODE, M. *Law reform initiatives relating to the mega trial phenomenon*. Disponivel em: [http://www.isrcl.org/Papers/2008/Code.pdf].

CODE, Michael. *Law reform initiatives relating to the mega trial phenomenon*. 53 Crim. L.Q. 421, 2007-2008, p. 01. Disponível em: [https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/clwqrty53&div=31&id=&page=]. Acesso em: 11.04.2019.

DENOV, M. & CAMPBELL, K. Criminal Injustice: Understanding the Causes, Effects, and Responses to Wrongful Conviction in Canada. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, Vol. 21 No. 3, 2005 224-249.

DIVAN, Gabriel A. Crítica científica de "A colaboração premiada como instrumento de política criminal" – Um adendo sobre a necessária visão político-criminal do processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 417-428, jan./abr. 2017. Disponível em:[https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.55].

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. (Trad. de Diritto e ragione: teoria del garantismo penale). São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 622.

HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito*. O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra, Portugal: Edições Almedina SA, 2014.

JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de Derecho Penal*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2012. Tomo I.

KAMINSKI, D. Troubles de la pénalité et ordre managérial. *Recherches sociologiques*. Vol. 33. Nº 1. Pp. 87-107. 2002.

LEMAN-LANGLOIS S. & SHEARING C. D. Human Rights Implications of New Developments in Policing. 2009. *ICHRP Working Paper*.Disponível em: [http://www.ichrp.org/files/papers/172/policing_and_surveillance_leman-lanlgois_and_shearing.pdf].

LESAGE, P. & CODE, Rapport sur l'examen de la procédure relative aux affaires criminelles complexes, Toronto, *Ministère du Procureur général de l'Ontario*. 2008. Disponivel em: [http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/about/pubs/lesage_code/].

MACKAY, R. *Résumé législatif du projet de loi C-53* : Loi sur la tenue de procès criminels équitables et efficaces. 2011. Disponivel em: [http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills_ls.asp?ls=c53&source=library_prb&Parl=40&Ses=3&Language=F].

MALAN, D. & MIRZA, F. Apresentação. In MALAN, Diogo & MIRZA, Flavio (Org). *Advocacia Criminal:* Direito de Defesa, Ética e Prerrogativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MALAN, D. Megaprocessos e direito de defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 159, ano 27, São Paulo: Ed. RT, outubro 2019.

MALAN, D. No sistema brasileiro, delação premiada é como uma cuíca numa orquestra sinfônica. Consultor Jurídico. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2017-jun-25/entrevista-diogo-malan-criminalista-professor-ufrj-uerj]. Acesso em: 30.03.2019.

MORO, S. Considerações sobre a operação manipulite. *Revista CEJ*, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004.

MORSELLI, C., TANGUAY, D. & LABALETTE, A.M. Criminal Conflicts and Collective Violence: Biker-Related Account Settlements in Quebec, 1994-2001. In D. Siegel & H. Nelen (Ed.), *Organized Crime:* Culture, Markets, and Policies, 2008. (pp. 145-164). New York: Springer.

PACKER, H. *The Limits of the Criminal Sanction*, Oxford University Press, 1968.

PIEHL, A.M, COOPER, S.J., BRAGA, A.A. & KENNEDY, D.M. Testing for structural breaks in the evaluation of programs. *Review of Economics and Statistics*, 85, 2011. pp. 550-558.

PRATES, F. Prática de Interceptação e os Riscos do Modelo de "Megajustiça". In: SANTORO, A. E. R.; MIRZA, Flávio. *Interceptação Telefônica:* os 20 anos da Lei n. 9.296/96. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2016.

QUEIJO, Maria Elisabeth. Direito ao tempo e aos meios necessários para a preparação da defesa técnica. In. : MALAN, Diogo & MIRZA, Flavio (Org). *Advocacia Criminal:* Direito de Defesa, Ética e Prerrogativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

RAINE, J.W. E WILLSON, M.J. *Managing Criminal Justice, Harvester Wheatsheaf, Hemel Hempstead*, 1993.

RCMPProgrammedesproduits de lacriminalité. 2009. Disponível em: [http://www.rcmp-grc.gc.ca/poc-pdc/pro-crim-fra.htm].

RUIZ VASQUEZ, J.C . La réforme des forces de police au Canada: les tensions entre la sécurité des citoyens, les libertés fondamentales et le fédéralisme. *International Journal of Canadian Studies*, nº 36, 2007, pp. 161-190.

SANTORO, A., TAVARES, N. L. F.; OLIVEIRA, A. A interceptação telefônica no contexto dos maxiprocessos no Brasil: uma análise quantitativa e qualitativa dos dados entre 2007 e 2017. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 143, p. 89-116, 2018.

SHEPTYCKI, J. High policing in the security control society. *Policing*, *Policing: a Journal of Policy and Practice,*1(1), 70-79. 2007

SHEPTYCKI, J. The Governance of Organised Crime in Canada. *The Canadian Journal of Sociology*, Vol. 28, No. 4. 2003. pp. 489-516.

SLINGENEYER, T. La nouvelle pénologie. Une grille d'analyse des transformations des discours. Des techniques et des objectifs dans la pénalité. *Champ pénal/penal field*. vol. 4. Pp. 87-107. 2007.

SYLVESTRE, C. *Le principe du contradictoire en procédure pénale*. R.R.J., 1993. p. 913.

TORON, A. O direito de defesa na Lava a Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 122. 2016.

ZALMAN, M. Criminal Justice System Reform and Wrongful Conviction: A Research Agenda. *Criminal Justice PolicyReview* 17: 4. 2006. pp. 488-492.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A interceptação telefônica no contexto dos maxiprocessos no Brasil: uma análise quantitativa e qualitativa dos dados entre 2007 e 2017, de Natália Lucero Frias Tavares, Anderson Affonso de Oliveira e Antonio Eduardo Ramires Santoro – *RBCCrim* 143/89-116 (DTR\2018\12744); e
- Megaprocessos criminais e direito de defesa, de Diogo Malan – *RBCCrim* 159/45-67 (DTR\2019\39985).

A legitimação pelo contraditório no processo penal: para além de um silogismo dialético

Legal legitimacy and the contradictory principle in criminal procedure: beyond a dialectical syllogism

Paula Brener

Mestranda na Faculdade de Direito da UFMG. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2018). Advogada criminalista e presidente do Instituto de Ciências Penais Jovem (ICP Jovem). ORCID 0000-0002-9588-0332
brener.paula@outlook.com

Felipe Martins Pinto

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2009). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2004). Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado criminalista. Presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Conselheiro do Conselho de Criminologia e Política Criminal (CCPC). Membro do conselho empresarial de assuntos jurídicos da Associação Comercial de Minas Gerais (ACMinas). ORCID 0000-0003-2285-6048
felipempinto@ufmg.br

Recebido em: 22. 01.2019
Aprovado em: 03.06.2019
Última versão do (a) autor (a): 06.06.2019

Áreas do Direito: Fundamentos do Direito; Penal

Resumo: O presente trabalho parte da teoria fazzalariana de partes no processo, buscando analisar o contraditório no processo penal, sob a perspectiva de seus destinatários: os afetados pelo provimento. Nesse sentido, será analisada a articulação desse princípio na seara processual penal, cuja geometria se caracteriza pela desigualdade *a priori* entre as partes: de um lado o Estado-poder, de outro o indivíduo, como singular titular de direitos humanos. Decorre dessa construção a premissa de que a legitimação do

Abstract: The current article is a study of the contradictory principle, starting from the fazzalarian concept of parties as the affected by the final provision. In this sense, the principle will be visited in the criminal procedure, which has a unique geometry characterized by an *a priori* inequality between parties: on one hand, the powerful state, on the other, the individual, as the sole holder of human rights. From this construction steams the premise that the legitimacy of the Prosecution derives from the norm, which

Ministério Público emana diretamente da norma, que dirige e limita a sua atuação. Encontra-se adstrito à legalidade, cuja função precípua é afastar a arbitrariedade e autoritarismo estatal. Diferentemente a atuação dos acusados, prováveis afetados pelo provimento. São eles tutelados pelo contraditório, o qual não se reduz a um simples silogismo dialético, mas legitima a sua participação plena e efetiva. Assim, propõe-se a hipótese de que o contraditório no contexto democrático autoriza a atuação do acusado para além da estrita legalidade, de modo a fazer valer sua participação processual. Propõe-se a realização de uma investigação teórica, com prioridade para a análise de conteúdo, conformando uma pesquisa de vertente jurídico-dogmática, de tipo compreensivo-propositivo. A pesquisa apresenta relevância teórica e prática, ressaltando a eficácia democrática do contraditório.

Palavras-chave: Contraditório – Participação – Estado Democrático de Direito – Direitos humanos – Processo penal.

drives one's performance and set its limits. It's bound to legality, which role is to ward off the State arbitrariness and authoritarianism. Differently, the performance of the defendant, who will likely be affected by the sentence. They are guarded by the contradictory principle, that cannot be reduced to a simple dialectical syllogism, but legitimates an effective participation. It is hypothesized that the contradictory principle in a Democratic state enable the defendant to act beyond the strict legality, enforcing one's participation in criminal procedure. It is proposed a theoretical investigation, prioritizing content analysis, conforming a legal-dogmatic research, of understanding-propositive type. The study endues theoretical and practical relevance, aiming to highlight the democratic effectiveness of the contradictory principle.

Keywords: Contradictory principle – Participation – Democratic State – Human rights – Criminal procedure.

Sumário: Introdução. 1. Legitimação para atuar no processo. 1.1. Atuação constitucionalmente legítima do Ministério Público. 1.2. Princípios no processo penal: revisão sob a ótica constitucional. 2. O alcance do contraditório como Direito Humano. 2.1. A construção e desenvolvimento dos direitos fundamentais: princípio da legalidade e Estado de Direito. 2.2. Silogismo dialético e o contraditório enquanto método. 3. A eficácia do contraditório para além da legalidade. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

O princípio do contraditório, direito fundamental positivado na Constituição da República de 1988, assegura a participação efetiva das partes no processo, assumindo o papel de transposição da ordem democrática para o processo penal. Mas o que se entende por uma participação efetiva? Quais são os destinatários desse direito fundamental? Qual o alcance da eficácia do princípio do contraditório no processo penal de um Estado Democrático de Direito? Não obstante os diversos estudos sobre o conteúdo do contraditório[1], pouco se desenvolveu sobre o seu al-

1. Nesse sentido, os seguintes trabalhos: ANDRADE, Flávio da Silva. A construção participada da decisão penal no Estado Democrático de Direito: a garantia de participação das

cance em relação aos seus destinatários, os afetados pelo provimento jurisdicional. É, portanto, sobre esse tema que se debruçará o presente trabalho.

Adotando como marco teórico a teoria de Elio Fazzalari, segundo a qual o processo é espécie de procedimento realizado em contraditório entre as partes, propõe-se o estudo da amplitude e da eficácia do princípio do contraditório sob a ótica daqueles por ele tutelados, os destinatários da sentença criminal. Assim, adota-se ainda o conceito do jurista italiano de legitimados para atuar no processo penal como os destinatários dos efeitos do provimento. É essa teoria que irá dirigir o olhar da pesquisa dentro do contexto do Estado Democrático de Direito. Será ela o ponto nuclear da pesquisa e seu marco inicial.

Parte-se do conceito fazzalariano de legitimação pelo contraditório a partir da perspectiva dos efeitos do provimento, realizando uma revisão dessa teoria sob o prisma do processo penal, marcado por uma série de peculiaridades. Nessa seara, conforme se demonstrará ao longo deste trabalho, o acusado atuaria legitimado pelo contraditório, enquanto os demais sujeitos processuais atuariam tão somente no exercício de suas funções emanadas da norma. Isso porque o contraditório, enquanto um direito humano elevado à princípio constitucional, assume um papel de garantia concreta para o acusado, funcionando como limitação do poder do Estado.

Assim, tomando essas bases como marcos iniciais do trabalho, bem como a premissa de que a legalidade tem por função a limitação do Estado-poder, o presente trabalho se concentrará na testagem da hipótese de que o contraditório não apenas legitima a atuação do acusado no processo, como também funciona impulsionando sua atuação para além da legalidade. Em outras palavras, investiga-se a hipótese de que as determinações procedimentais do processo penal

partes, pelo contraditório, na composição da decisão justa e legítima. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 03, n. 03, p. 1007-1041, set.-dez. 2017; COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 48, n. 4, p. 1063-1111, dez. 1994; FRANCESCO, Alfredo de. *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella costituzione italiana*: analisi della giurisprudenza della corte costituzionale in tema di prova penale. Milano: Giuffrè Editore, 2005; GONÇALVES, Aroldo Plinio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1992; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*: de acordo com a constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990; MINAGÉ, Thiago Miranda. Contraditório público e oral como garantidor de um processo penal democrático constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 03, n. 03, p. 929-964, set.-dez. 2017.

forneceriam os parâmetros iniciais da atuação do acusado, o qual poderia atuar para além dessas determinações, suportando, para tanto, o ônus argumentativo acerca de seu requerimento.

Tendo em vista sua natureza primordialmente teórica, o estudo se valeu, em sua grande maioria, de dados secundários, na forma de doutrina, livros e artigos de periódicos.

Antes do mais, importante apresentar algumas ressalvas essenciais para a correta delimitação do recorte da presente pesquisa. Inicialmente, vale ressalvar que não se pretende desenvolver uma teoria geral dos princípios. O que se quer é aprofundar o estudo do princípio do contraditório pela perspectiva de seu alcance em relação aos destinatários dos efeitos do provimento final do processo, o que impõe uma revisão de sua natureza principiológica. Para essa revisão será adotado como marco teórico Márcio Luís de Oliveira, o qual define os princípios como normas jurídicas caracterizadas por um destinatário imediato, ao qual incumbe um dever de observância e execução, e um destinatário mediato, o indivíduo tutelado pelo princípio.

A segunda ressalva incide sobre o próprio objeto do artigo: o processo. A presente hipótese a ser testada se aplica ao processo enquanto procedimento caracterizado pela construção dialética dos fatos em contraditório entre as partes. Não foi pensada, portanto, para os casos de flagrante delito ou prisões preventivas. Nesses casos, como se verá mais à frente, muitas vezes está em jogo a segurança e proteção de pessoas, seres humanos, também titulares de direitos humanos. Nesses casos não se tem a atuação do Estado *post facto*, mas verdadeira atuação no sentido de tutela, a qual será guiada por uma lógica própria, a ponderação.

Por fim, a terceira e última ressalva, direcionada ao relativismo teórico do trabalho. A hipótese desenvolvida no presente artigo é construída sobre as bases do direito brasileiro atual. De tal sorte, não se pretende válida aos ordenamentos jurídicos de matriz anglo-saxã, bem como àqueles de matriz romano-germânica cujo modelo de processo penal se oriente por uma principiologia diversa. Em outras palavras, não se conforma à lógica do processo adversarial norte-americano, a sistemas não democráticos, ou a sistemas que apresentam um viés político fundamentado em diversa tradição.

A construção da análise se iniciará pelo pilar essencial de compreensão da amplitude do contraditório: os seus destinatários. Assim, será trabalhada em um primeiro tópico do trabalho a legitimação para atuar no processo, análise que se segue de dois subtópicos em que, primeiramente, se analisa a figura do Ministério Público como uma especificidade do processo penal, para então revisar a aplicação dos princípios no processo penal sob uma ótica constitucional. No

segundo ponto, passa-se ao enfrentamento do problema do alcance do contraditório enquanto um direito humano. Esse tópico se divide em dois subtópicos. O primeiro deles trabalha a legalidade no Estado Democrático de Direitos, a qual funciona como limite à atuação estatal e como uma proteção ao indivíduo frente ao Estado-poder. O segundo subtópico debruça-se sobre a evolução histórica do contraditório, inicialmente percebido como simples método e não como direito fundamental. Por fim, no terceiro ponto, é alcançada a questão central do raciocínio desenvolvido: o contraditório, enquanto direito humano, responsável por viabilizar a participação efetiva do acusado, impulsiona sua atuação para além da legalidade. Após esse ponto serão então apresentadas as considerações finais do trabalho.

1. Legitimação para atuar no processo

A compreensão da legitimidade para atuar no processo penal perpassa a análise da teoria de Elio Fazzalari sobre as partes no processo. Antes do mais, esclarece-se que o conceito de legitimidade enquanto categoria processual indica a capacidade para requer, para postular em juízo. É a condição de ser parte no processo. Para o autor italiano, essa condição é identificada a partir dos efeitos do provimento final de um procedimento realizado em contraditório. Aponta o autor para a necessidade imposta pelo ordenamento de que sejam protagonistas do ato que está sendo preparado no processo aqueles em cuja esfera este ato está destinado a surtir efeitos.

Entende-se o processo como uma espécie de procedimento realizado em contraditório entre as partes. Vale brevemente relembrar que o procedimento consiste, segundo o autor, em uma sequência de atos e posições subjetivas, previstos e valorados por normas, cada uma das quais regula uma determinada conduta na estrutura do procedimento cujo cumprimento é pressuposto para uma atividade subsequente, regulada por uma outra norma da série. Assim, seguem em série até a norma reguladora do ato final imperativo, o provimento[2].

2. Em sua obra Instituições de Direito Processual, Fazzalari se autodenomina um normativista, posicionando-se fortemente contrário às teorias pandectistas e desenvolvendo sua tese sobre o procedimento a partir do conceito de norma. Ao trabalhar com a ideia de sequência de normas, o jurista ressalta que possui a norma três faces: padrão de valoração, ato jurídico e posição jurídica subjetiva. Assim, de forma mais completa, consiste o procedimento em uma sequência de normas, portanto de atos e posições jurídicas valorados, nele incluído o ato final. Em última análise, o procedimento "se apresenta, pois, como uma seqüência de 'atos', os quais são previstos e valorados pelas

O procedimento é, portanto, atividade preparatória do provimento final, ato de poder estatal imperativo destinado a surtir efeitos para o acusado. Sua caracterização enquanto processo está na participação desses sujeitos em cuja esfera jurídica o provimento está destinado a desenvolver eficácia.

Ainda que essa atuação não imponha ao juiz, autor do provimento, uma obrigação de oferecer resposta favorável aos pedidos das partes, a construção resultante dessa atuação vincula o juiz, de modo que não poderá ser por esse ignorada, limitando sua esfera decisória. Terá, portanto, relevância efetiva na construção procedimental do ato final. Trata-se do oferecimento de oportunidades ao longo do processo para o exercício do contraditório, construindo-se os fatos e provas diante do juiz por meio dessa participação. Assim, deve ser caracterizada pela:

> "mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados."[3]

Identifica o jurista italiano duas figuras centrais no processo. A primeira delas denomina como "autores", aqueles que irão editar o ato final ou provimento (aqui a figura do juiz), os quais são estranhos aos interesses discutidos no processo. E então, como elemento central distintivo do processo, identifica a figura dos "contraditores". Assim, a peculiaridade que distingue o processo como uma

normas" (FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 96, 113-114). É ainda visto como uma sequência de posições subjetivas, o que significa uma série de faculdades, poderes e deveres, a depender de quais posições jurídicas se apresentarem em determinado procedimento. Vale notar que as normas podem ser conjugadas com diferentes graus de complexidade e intensidade. Assim o autor trabalha as seguintes ideias: agregado de normas, casos em que essas se encontram em uma mesma situação, mas sem maior grau de entrelaçamento (assim é o simples ato ou posição jurídica); combinações de normas, caso em que há entrelaçamento de normas regulando um único ato (assim os atos compostos e os atos complexos); por fim, há a sequência de normas, em que essas se encontram não apenas entrelaçadas mas conformam um esquema que leva a um efeito (FAZZALARI, Elio. *Conoscenza e valori* – saggi, Torino: G. Giappichelli Editore, 1999). Ver também: GONÇALVES, Aroldo Plinio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1992; PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milão: Giuffré Editore, 2006).

3. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 119-120.

espécie de procedimento está exatamente na participação não apenas do autor do provimento final jurisdicional, a autoridade julgadora, mas a atuação em contraditório dos destinatários da sua eficácia. Para que se verifique o processo, é necessário que nessa estrutura se caracterize pela participação dos destinatários do ato final, no caso do processo penal em jurisdição ordinária originária, a sentença.

Vale brevemente ressalvar que quando se trabalha com a ideia de destinatários está-se a falar em uma potencialidade. É claro que no curso de um processo pode se tornar evidente não ser o acusado o responsável pelo fato que lhe é imputado, de modo que não mais poderá o ato final desse procedimento desenvolver sua eficácia sobre a sua esfera jurídica[4]. Entretanto, enquanto se encontrar o indivíduo na posição de acusado, ainda que somente hipoteticamente afetado, será titular do contraditório e deverá ter sua participação na construção do ato final assegurada, afinal está submetido ao risco de sofrer os efeitos desse ato final enquanto submetido ao processo. No dizer de Fazzalari, serão os afetados os "protagonistas" da construção do ato que lhes pode atingir a esfera jurídica[5]. É, portanto, a condição de destinatário da eficácia do provimento final, ainda que potencial, o critério que garante a participação no processo em contraditório[6], sendo constitutiva da chamada "legitimação para agir"[7].

A percepção da legitimação a partir da lógica dos efeitos de um ato de poder é um dos grandes méritos da teoria fazzalariana, uma vez que transpõe para o processo penal a democraticidade. Talvez um dos grandes legados trazidos por Fazzalari para o processo esteja exatamente em ressaltar novamente a relevância do contraditório para o processo, permitindo sua conformação mais adequada ao Estado Democrático de Direitos. Trata-se de perceber que o modelo democrático

4. Destaca-se: "Nas situações em que se constatar que os contraditores não são, nem ao menos supostamente, destinatários dos efeitos do ato decisório final, o processo não poderá prosseguir por ausência e legitimidade das partes para agir e a atividade processual já desenvolvida não terá qualquer utilidade" (PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 161-162).
5. Nesse sentido destaca-se o seguinte excerto da leitura de Aroldo Plínio sobre a teoria de Fazzalari: "Os interessados são aqueles em cuja esfera particular o ato está destinado a produzir efeitos, ou seja, o provimento interferirá, de alguma forma, no patrimônio, no sentido de *universum ius dessas pessoas*" (GONÇALVES, Aroldo Plinio, op. cit., p. 97).
6. PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*, cit., p. 161.
7. Nota-se: "A participação dos sujeitos no processo, enquanto prováveis destinatários da eficácia do ato emanado, constitui, como se verá, a sua 'legitimação para agir' [...]" (FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 122).

impõe a participação do indivíduo no processo sempre que o ato de poder que consiste em seu ato final for capaz de afetar os seus interesses.[8]

A conformação de um Estado enquanto democrático de direitos não se reduz a uma forma de eleição dos representantes do Estado, agentes políticos. Trata-se de assegurar a participação dos indivíduos em todos os atos de poder que irão afetá-los. Nesse sentido, consiste a democracia em um "critério para o exercício do poder estatal em todos os seus estratos"[9]. Isso porque, mesmo em um Estado Democrático de Direito, o ordenamento inevitavelmente será produto da vontade da maioria. Ainda que possa ser modulado pelos princípios e mandamentos constitucionais assegurando-se os direitos das minorias, necessariamente as suas normas serão reflexo da realidade de uma maioria, não abarcando em sua abstração e generalidade a visão e o contexto de cada um dos cidadãos.

A complexidade da sociedade contemporânea, marcada pelo pluralismo e pelas desigualdades, em especial em um território extenso como o brasileiro, torna impossível que o ordenamento abarque em suas normas as verdades e particularidades de cada indivíduo. Quanto a esse problema da democracia atual, esclarecedora a lição de Émile Durkheim sob o ponto de vista da sociologia jurídica. Segundo o autor, nas grandes sociedades atuais somente pode atuar o Estado caso desnature as particularidades e condições especiais da infinidade de indivíduos que a compõem[10].

Essa miríade de verdades se coloca no processo exatamente pela participação dos afetados, aos quais se oportuniza levar para a construção dos fatos sua individualidade e contexto. E o contraditório é o princípio que assegura ao indivíduo a efetiva participação no processo e, dessa forma, o democratiza, compensando

8. Segundo Felipe Martins Pinto: "[...] sempre que o ato oficial do Estado impuser um risco a um interesse da pessoa, ele terá a oportunidade de participar da construção do ato de Poder, o que se dará através do processo" (PINTO, Felipe Martins. A importância do processo no estado democrático. *Revista da Academia Brasileira de Letras*, ano 89, v. LX, jan.-mar. 2012. p. 187).
9. PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 158.
10. Vale destacar em nota o seguinte excerto da obra de Durkheim: "O Estado, em nossas grandes sociedades, está tão longe dos interesses particulares que não pode levar em conta as condições especiais, etc., em que elas se encontram. Portanto, quando tenta regulamentá-las, só o consegue violentando-as e desnaturando-as. Além disso, não está suficientemente em contato com a infinidade de indivíduos para poder moldá-los interiormente de tal maneira que aceitem de bom grado a ação que terá sobre eles" (DURKHEIM, Émile. *Lições de sociologia*. Trad. Monica Stahel. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 88.).

a característica do ordenamento de desnaturar realidades em um "arbítrio da maioria", permitindo que o ato de poder final abarque a realidade dos acusados. E não podia ser diferente em um Estado de Direitos, diante do enorme risco que o processo impõe à liberdade do acusado, constituindo o contraditório uma garantia que lhe assegura o direito de se defender, apresentar sua verdade, sua realidade e seu interesse[11].

Essa conceituação de legitimação para atuar no processo com base nos efeitos do provimento é reflexo do próprio pensamento democrático que marcou os diversos teóricos da Europa continental ao longo dos anos 1970. Desenvolvem-se teorias a partir da noção de Estado Constitucional de Direitos, em um momento em que se percebe a necessidade de compreender a legitimidade dos atos de poder e da própria estrutura do Estado[12].

A teoria política da época adota de maneira central essa construção, na medida em que a própria classificação de um sistema político como democrático constitucional, segundo a concepção de Karl Loewenstein, passa a depender da existência de efetivas instituições que permitam a participação dos submetidos ao poder do Estado na construção desses atos de poder. A Constituição, na medida em que estabelece direitos e garantias, funcionaria como um limite ao poder do Estado, impondo aos detentores do poder político o controle pelos destinatários de seus atos[13].

11. Nesse sentido: "D'altra parte, non può ritenersi che la garanzia costituzionale in questione possa giustificare, soprattuto con riferimento alla posizione dell'imputato ed alla presunzione di innocenza (art. 27 comma 2 cost.), l'imposizione sopra tutte le parti di un obbligo di contraddire e di difendersi in riferimento ad ogni tipo di prova e su ogni thema: il contraddittorio è e non può non essere ce una fonte di tutela degli interessi probatori e processuali delle parti, non anche l'incipit per consentire una abnorme limitazione della loro libertà sul come ed in che modo sia meglio tutelare le loro posizioni" (FRANCESCO, Alfredo de, op. cit., p. 174).
12. A título de exemplo, destacam-se a teoria política de Karl Loewenstein e as teorias constitucionais de Jürgen Habermas e Peter Hërbele, construídas nesse período e cujas traduções para o português foram realizadas nos anos 1990, mesma época que as traduções de Elio Fazzalari. Para maior aprofundamento, vide: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional* – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997; HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*: ensaios políticos. Trad. Márcio Sligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.
13. Vale destacar a lição do jurista alemão: "La clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones

Para Loewenstein, o *telos* de toda constituição está em limitar o poder político, de modo a assegurar aos seus destinatários uma liberação "do controle social absoluto de seus dominadores, e lhes assinalar uma legitima participação no processo do poder"[14]. Aqui se coloca com um papel fundamental o contraditório, como princípio que assegura condições de participação do indivíduo no processo de construção do ato de poder que está destinado a desenvolver sua eficácia sobre o sujeito.

No mesmo sentido autores como Habermas e Häberle constroem suas teorias afirmando a participação dos atingidos por uma norma nos processos de formação dos atos de poder como imprescindível para a concretização da realidade constitucional[15], exercendo os direitos humanos o papel de institucionalizar "condições de comunicação para a formação da vontade política racional"[16].

---

efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder. Siendo la naturaleza humana como es, no cabe esperar que el detentador o los detentadores del poder sean capaces, por autolimitación voluntaria, de liberar a los destinatarios del poder y a sí mismos del trágico abuso del poder. Instituciones para controlar el poder no nacen ni operan por sí solas, sino que deberían ser creadas ordenadamente e incorporadas conscientemente en el proceso del poder. Han pasado muchos siglos hasta que el hombre político ha aprendido que la sociedad justa, que le otorga y garantiza sus derechos individuales, depende de la existencia de límites impuestos a los detentadores del poder en el ejercicio de su poder, independientemente de si la legitimación de su dominio tiene fundamentos fácticos, religiosos o jurídicos. Con el tiempo se ha ido reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas – 'la constitución' – destinadas a limitar el ejercicio del poder político. La constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder" (LOEWENSTEIN, Karl, op. cit., p. 149).

14. Destaca-se: "En un sentido ontológico, se deberá considerar como el telos de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder. Para alcanzar este propósito se tuvo que someter el ejercicio del poder político a determinadas reglas y procedimientos que debían ser respetados por los detentadores del poder" (Ibid., p. 151).
15. HÄBERLE, Peter, op. cit., p. 24.
16. Assim a lição de Habermas: "[...] devem almejar legitimidade exatamente aquelas regulamentações com as quais todos os possivelmente atingidos poderiam concordar como participantes dos discursos racionais" (HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*..., cit., p. 147).

Transpondo a teoria dos autores para o direito processual penal, é exatamente esse o papel do princípio do contraditório enquanto direito humano: assegurar as condições de participação do indivíduo no desenvolvimento do processo para a formação do provimento em conformidade com a Constituição.

Essa perspectiva legitimante do princípio do contraditório repercute nas mais diversas esferas do processo penal e exige a revisão de diversos dos seus institutos e de seus procedimentos tradicionais, os quais precisam ser adaptados à realidade constitucional. Isso posto, passa-se então à análise de algumas dessas questões.

1.1. Atuação constitucionalmente legítima do Ministério Público

A transposição da conceituação de legitimação construída ao longo dos anos 1970 para o processo tem como uma primeira repercussão a superação da equivocada teoria de matriz pandectista dos interesses contrapostos, da controvérsia, como centro definidor do processo. O cerne do processo não está mais na lide, uma vez que os interesses e suas combinações são dados metajurídicos. O que importa é a estrutura dialética paritária do processo. Se essa inexistir, não há sequer que indagar sobre a existência ou não de conflitos[17].

Essa percepção se adequa de forma fundamental ao processo penal, no qual não se podem identificar interesses contrapostos. A promulgação da Constituição da República de 1988 causa uma reviravolta no processo penal brasileiro, até então marcadamente liberal e individualista. Conforma-se, desde então, como uma estrutura protetiva e balizada pelos direitos humanos. Com isso altera-se a natureza jurídica do processo e a ótica adotada na construção dos fatos, agora democrática e modulada pelos direitos humanos do acusado. Ainda, o mais relevante para o presente estudo, modifica-se a forma da atuação dos sujeitos processuais.

Inicialmente, percebe-se pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição de 1988[18] que, enquanto no processo judicial ou administrativo há litigantes – e, portanto, lide –, no processo penal há apenas a figura do acusado de forma isolada enquanto indivíduo que responde ao processo perante o Estado. Diante dessa

17. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 120-121.

18. Constituição da República de 1988, "LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

conformação, as disposições do texto constitucional deixam claro que não há no processo penal interesses contrapostos e resistidos. Tem-se o acusado, enquanto parte interessada em sua liberdade, e o Ministério Público, enquanto representante da sociedade exercendo sua função na forma da lei.

Ao adotar o termo "acusados em geral" para se referir ao processo penal, a Constituição afasta a ideia de lide. Reconhece que no processo penal há o interesse de liberdade do acusado, mas não há uma pretensão do Estado à pena ou à punição, mas sim à justiça penal[19]. Conforme o seu próprio nome indica, o promotor deve atuar pela promoção da justiça penal e não pela promoção da acusação e da condenação a qualquer custo.

Além disso, para a concretização de um modelo democrático e garantista de processo penal, a Constituição previu uma grande modificação na função do Ministério Público. Deixa esse de ser instituição meramente acusadora para tornar-se representante da sociedade. Assumiu então o papel de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis[20].

A sua atuação no processo penal não é a busca incessante por uma condenação, mas sim o exercício de um mandato constitucional para a sua atuação enquanto representante dos interesses da sociedade no processo. A única forma legítima de se extrair esse interesse é a legislação, que constitui a única fonte legítima da vontade da sociedade. Assim, atua o Ministério Público vinculado à legalidade.

Incumbe a tal instituição, sim, a realização da acusação criminal, sendo função privativa sua a promoção da ação penal pública, mas deve realizá-la na forma da lei. Assim, quando presentes os pressupostos e requisitos necessários deve promover a ação, mas é sua função pedir a absolvição quando, no curso do processo, perceber ausentes esses elementos. Cabe ao Ministério Público assegurar as garantias constitucionais do acusado, enquanto parte essencial da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direitos.

---

19. Destaca-se o seguinte excerto da obra de Rogério Lauria Tucci: "É de ter-se presente, ainda, que, apesar da inexistência de contenciosidade, que resulta do contraste de vontades gerador da lide, torna-se imprescindível, no procedimento de conotação acusatória, a contraditoriedade, à qual aquela, irreversivelmente, cede lugar" (TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 180).
20. Constituição da República de 1988. "Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Nesse ponto, importante chamar a atenção para o fato de que o Direito Penal não é instrumento capaz de exercer tutela sobre o bem jurídico ou sobre direitos fundamentais. É inegável que tal modalidade processual se desenvolve diante de situações caracterizadas pelas mais graves violações aos interesses tutelados pelo ordenamento jurídico, uma vez que seu provimento final, a aplicação do direito penal, pode impor a pena privativa de liberdade. Mas sua atuação somente se inicia após a ocorrência de um suposto crime, ou seja, já tendo ocorrido uma violação ao bem jurídico a que se refere o tipo penal.

A sentença condenatória pode absolver ou condenar o acusado, privando-lhe de sua liberdade. Sobre a sua esfera jurídica terá a sentença efeitos decisivos. Diferentemente a situação da vítima, que, diante da ocorrência de um crime, já fora afetada de forma irreparável. O dano se impõe em momento anterior, quando do cometimento do crime, e não pode ser compensado no processo penal. Não há como retornar ao *status quo ante*, sendo a única tentativa de satisfazer a vítima, legitimada pelo ordenamento pátrio, a indenização. Essa indenização, contudo, é interesse particular da vítima e deve ser perseguida na esfera cível.

Para além da figura da vítima, há ainda que se considerar o reflexo do crime sobre a sociedade. A aplicação do direito penal, enquanto *ultima ratio,* ocorre exatamente diante da verificação de uma lesão ou de um perigo de lesão a um bem jurídico relevante, o que explica a grande emotividade com a qual a sociedade observa o processo. Explica-se o furor que muitas vezes pode ser percebido na população, clamando pela afirmação do ordenamento por meio da condenação. Nesse sentido, buscando mesmo a estabilização de expectativas sociais – na expressão de Rui Cunha Martins[21] – emergem argumentos no sentido de contraposição entre as garantias processuais do acusado e o interesse social.

Contudo, não devem ser esses interesses recebidos pelo processo penal, mas consistem em dados metajurídicos que não podem ser admitidos como contraposição a garantias e direitos humanos assegurados constitucionalmente ao acusado[22]. Assim, não há que se falar em contraposição entre interesses do acusado ou da vítima, não se opondo os princípios que cada um deles titulariza.

21. MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados*: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013.

22. Nesse sentido: "[...] o Estado não poderia, em nome da necessidade de prosseguir utilidades de bem-estar ou fins coletivos do domínio económico, social ou político (*policies*), impor aos indivíduos medidas políticas orientadas a fins de utilidade social que resultassem em sacrifício dos direitos individuais fundamentais emergentes de exigências de justiça e moralidade (*principles*)" (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 28).

O que se torna evidente nesse ponto é que no momento em que atua no processo o Ministério Público não é titular de um interesse que possa ser afetado pelo provimento. Representa a vontade da sociedade que é a justiça penal, e essa Justiça não é outra coisa senão o resultado de um processo realizado conforme a legalidade, o devido processo. Seja o resultado uma condenação ou uma absolvição, realizado o processo conforme os ditames legais, será esse o resultado que satisfaz a vontade da sociedade, na forma da Constituição.

Curioso observar que, uma vez desenvolvida sua teoria geral do processo, Elio Fazzalari busca aplicá-la às diferentes searas do processo. Contudo, quando da exposição sobre a situação específica do processo penal o autor se depara com o problema em adaptar a teoria da legitimação pelo contraditório ao processo penal, um processo realizado entre desiguais no qual o Ministério Público é um órgão do Estado.

Em sua tentativa de adequar a teoria ao órgão ministerial, o jurista italiano afirma ser o Ministério Público um afetado no processo na medida em que, diante de uma *notitia criminis*, precisa se movimentar para atuar no processo. O jurista italiano identifica, portanto, a situação legitimada do Ministério Público com o surgimento de obrigações de exercer sua função e atuar no processo diante da ocorrência de um crime, precisando se movimentar para iniciar o processo e desenvolver seus atos até o provimento final[23].

O problema nessa concepção está no fato de que a atuação do Ministério Público não consiste em uma decorrência de uma interferência do poder em suas esferas de direito, mesmo porque não há que se falar ser o Ministério Público um titular de direitos, quanto menos de direitos humanos ou fundamentais[24]. A

23. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 408: "Assim, o 'imputado' – legitimado como tal a toda uma série de atividade no processo, na qual consiste a sua defesa – é o destinatário da eventual condenação requerida. Acusador, isto é, autor no processo penal, é em regra o 'ministério público' (magistrado não judicante, como dissemos), órgão do Estado, isto é, a pessoa jurídica em cuja esfera a condenação é destinada a incidir, no sentido de criar-lhe obrigações a serem seguidas".

24. Importante ressaltar em nota que há setores da doutrina que desenvolvem amplas teorias sobre a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais. Cláudio Brandão e Maria Chittó, por exemplo, afirmam sua diferenciação sob o plano interno e universal, destaca-se: "Enquanto direitos humanos são institutos jurídicos do direito internacional, os direitos fundamentais são institutos jurídicos do direito interno, integrantes do sistema constitucional de norma fundante do ordenamento jurídico interno" (BRANDÃO, Cláudio; GAUER, Ruth Maria Chittó. Notas críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte,

titularidade desses direitos tem como pressuposto essencial a condição humana[25], somente podendo ser atribuídos ao indivíduo "reconhecido enquanto homem e como tal, ser dotado de vontade, de consciência, percepção e de outras características que o tornam parte do gênero humano"[26].

Mais adequada parece a compreensão da atuação do Ministério Público enquanto autor de um poder-dever que emana da norma, consistindo, em última análise, em uma incidência dela no plano concreto. É, portanto, a partir da Constituição que se delineiam e se conformam os caminhos de uma legítima atuação do Ministério Público. Assim, no Estado Democrático de Direitos, o Ministério Público exerce função, atuando nos limites da lei, a qual disciplina as suas atividades.

Retomando o conceito de legitimidade enquanto categoria processual a indicar a capacidade para postular no processo (*legitimatio ad processum*), há uma nítida diferença entre os fundamentos para a legitimidade do acusado e do Ministério Público. O acusado encontra sua legitimidade na condição de potencial destinatário do provimento final do processo. É parte porque, a partir dessa condição, titulariza o contraditório, instrumento democrático que assegura sua participação no processo[27]. Diferente é a condição do Ministério Público, cuja legitimação para postular no processo penal decorre diretamente das leis que dirigem e limitam a sua atuação.

---

n. 110, p. 123-147, jan.-jun. 2015). Para o presente trabalho, adota-se a diferenciação entre os termos segundo a qual direitos fundamentais se diferenciam dos direitos humanos pois se encontram positivados no âmbito pátrio. Vale ressalvar que, para este estudo, essas diferenciações possuem pouca relevância, aplicando-se a mesma eficácia ao contraditório, seja ele observado do plano positivo como direito fundamental, seja em um plano universalista como um direito humano. Assim, serão aqui utilizadas as expressões de forma indiscriminada, o que se justifica pelo igual valor e influência que ambos possuem para essa teoria no processo penal, exercendo um papel de limitação do Estado-Poder, protegendo o indivíduo contra a arbitrariedade e o autoritarismo.

25. BRANDÃO, Cláudio; GAUER, Ruth Maria Chittó, op. cit., p. 126: "O conteúdo dos direitos humanos, como dito, vincula-se à condição humana. Por conseguinte, são direitos humanos as exigências cuja satisfação é condição de possibilidade para que um ser seja reconhecido como homem pelo direito."

26. Id.

27. Nas palavras de José Alfredo de Oliveira Baracho, a aptidão para ser parte no processo está diretamente ligada à "idoneidade para adquirir direitos e contrair obrigações ou melhor o gozo ou capacidade de ser titular de direitos" (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 4, p. 49-131, mar. 2000).

Vale apontar que há momentos em que o Estado atua como um sujeito, assumindo uma forma personalizada – casos em que, ainda assim, restam afastados os chamados direitos humanos, pela razão de restringirem à natureza humana. A título de exemplo aponta-se para a atuação estatal na atividade econômica, a atuação de suas empresas públicas, suas relações de direitos reais sobre bens dominicais, entre outras. Contudo, no processo penal, a atuação do agente público que representa o Ministério Público e, em última análise, a sociedade, não está a administrar interesses do Estado enquanto sujeito personalizado assumindo uma feição privada. Não está a gerir seu patrimônio ou suas relações jurídicas em juízo. Na verdade, exerce uma função pública enquanto representante do Estado-poder. Nesse cenário, não estão em jogo seus bens dominicais ou seu patrimônio, afinal o provimento final do processo é ato dotado de império e coercitividade que somente desenvolverá eficácia sob a esfera jurídica do acusado, sem que afete qualquer bem, direito ou relação titularizada pelo Estado.

Nessa configuração, a norma é um suporte linear que vincula juridicamente a atuação do Estado. Impõe as obrigações e delineia imperativamente a atuação dos órgãos da administração da justiça – e assim aos seus servidores, promotores, magistrados, entre outros – a decidir e executar esse complexo de normas. O agente público que no processo penal atua para além da legalidade suprime a normatividade que regula sua conduta, que o interliga na relação ou situação jurídica processual. Essa atuação desvinculada, pela assimetria que caracteriza o processo penal, torna arbitrária e autoritária a sua atuação.

Assim, a legitimidade da atuação da acusação no processo penal não se identifica com o contraditório. Afinal, como visto, não há que se falar em titularidade de direitos humanos pelo Estado-Poder. E essa conclusão, ao contrário do que se poderia imaginar, não se distancia da teoria fazzalariana. Segundo o jurista italiano, a articulação do contraditório não é a mesma em todos os tipos de processo, seja quantitativa ou qualitativamente. Em verdade, varia conforme a natureza do ato a ser produzido. Como visto anteriormente, o processo penal se desenvolve entre desiguais e tem como provimento possível a mais gravosa sanção do ordenamento, a pena privativa de liberdade[28].

28. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 124: É, pois, somente o caso de acrescentar que, mesmo incidindo na fase preparatória do ato final, o contraditório não se articula, em todos os tipos de processo, mediante normas – e faculdades, poderes, deveres, e atos – iguais em conteúdo e número, que ao contrário pode, de vez em quando, ser predisposto pela lei em formas qualitativa e quantitativamente diversas, pelo menos em razão do tipo e da natureza do ato cuja atividade em contraditório põem fim".

Assim, no processo civil, identificam-se indivíduos *a priori* iguais que se contraditam de forma pareada, como titulares de direitos equivalentemente legítimos, sejam eles patrimoniais, pessoais, culturais ou econômicos. Em tal modelo de processo o contraditório é titularizado por ambas as partes de forma igualitária, conformando-se um processo equilibrado.

De forma contrária, o processo penal representa o confronto entre o acusado, indivíduo comum, pessoa dotada de direitos humanos e garantias, diante do Estado-poder. Sobre o acusado pende o risco de que o provimento final desenvolva sua eficácia aplicando sobre ele a pena privativa de liberdade, ou seja, atingindo-lhe em um dos mais centrais direitos fundamentais. Nesse tipo de processo não se distribui igualmente a titularidade do contraditório, que se concentra no acusado como único titular de direitos humanos. Institucionalizam-se, assim, condições reais de participação e comunicação para o acusado no processo, de forma que sua atuação adquire relevância no processo, limita o Estado-poder e passa a vincular o Juiz.

Conforme a lição de Nicola Picardi, consiste o Estado de Direito naquele em que sua direção e limites se encontram definidos precisamente. Seu método de atividade é juridicizado, somente podendo desenvolver sua atuação conforme o primado da lei[29]. Nesse sentido, o exercício da função constitucionalmente atribuída ao Ministério Público será, portanto, auferida pelas disposições das normas procedimentais singulares, as quais irão dispor sobre o momento do processo em que atuará o órgão ministerial, a forma como deve se desenvolver esse ato, quais atos lhe irão suceder e como esse ato será valorado[30]. Da regularidade da realização desses atos dependerá a validade do processo como um todo, ou seja, somente se reconhecerá o provimento final como válido se a sequência de atos que lhe antecedeu ocorreu de forma regular.

29. PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milão: Giuffré Editore, 2007. p. 158-159: "[...] I diritti esistono perché lo Stato sovrano ha deciso di autolimitarsi. Lo Stato di diritto si sottomette al suo stesso diritto positivo. Vige, in esso, pertanto, il primato della legge, che si traduce nel principio di legalità (Gesetzmässigkeit). In questo modo il potere politico viene 'giuridicizzato', cioè esercitato secondo le regole "neutrali" del diritto, alle quali si è sottomesso lo stesso Stato".

30. Nesse sentido: "Los órganos públicos del proceso penal están impelidos a cumplir la función en base a un vínculo de contenido institucional. Establecidos y organizados por las normas respectivas, la ley procesal penal determina además sus atribuciones y sujeciones delimitando la esfera de sus actividades" (OLMEDO, Jorge A. Clariá. *Derecho procesal penal*. Atualizado por Jorge E. Vázquez Rossi. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2004. t. I. p. 259-260).

Vale ressalvar que essa construção toma por base a lógica dos sistemas romano-germânicos, não possuindo a mesma aplicabilidade a todos os sistemas jurídicos, por exemplo, o modelo adversarial norte-americano. Nesse sistema, o método de investidura varia conforme o Estado-membro, sendo a via eleitoral a forma mais comum, seguida da nomeação pelo chefe do Executivo estadual[31]. Assim, os promotores (*prosecutor* ou *attorney*) se titularizam em seus cargos vinculados à uma questão política. Nesse caso sua atuação não se rege apenas pela norma, mas também pelos projetos e agendas defendidos em suas campanhas. A legitimidade nesses casos está vinculada a interesses eleitorais e à teoria política, desbordando os limites do presente trabalho.

No sistema brasileiro, romano germânico, a titularidade de um cargo como membro do Ministério Público decorre de concurso, procedimento seletivo cujo objetivo é assegurar a legalidade e igualdade, bem como a higidez da administração pública. Nos concursos públicos não se medem interesses pessoais ou políticos (ou não deveriam ser medidos), mas sim a capacidade técnica e conhecimento jurídico dos candidatos. Uma vez empossado, torna-se o membro do Ministério Público um representante da sociedade e da ordem democrática, cujos valores e limites tão somente podem ser extraídos da norma. É a lei a única fonte legítima dos interesses da sociedade, estabelecidos de forma prévia à atuação do Estado-poder[32].

31. RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 105.

32. Nesse ponto, vale notar que há doutrinadores céticos quanto à possibilidade de o órgão ministerial assumir essa função imparcial de representante da sociedade, apontando para a sobreposição da função acusatória sobre as demais. Franco Cordero considera esse discurso um "panegírico", como elaborado em homenagem à figura de um santo (CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 2000. t. I. p. 160). Trata-se o presente trabalho de uma construção teórica de um modelo, o qual deve ser buscado e consolidado enquanto ideal democrático de justiça e adequação, de forma que será afastada a resignação quanto à potencial assunção de uma função constitucionalmente adequada por parte de tal órgão. Isso não significa adotar uma postura de ingenuidade perante a atuação desenvolvida pelo órgão. Vale sempre lembrar a lição de James Goldschimdt sobre a insegurança do processo, que se desenvolve muitas vezes como um jogo ou uma guerra, em que as oportunidades envolvem sempre riscos aos quais deve estar atenta a Defesa (GOLDSCHIMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Rio de Janeiro: Editora Labor, 1986.). A atenção para os riscos e desvios do processo em relação ao modelo Democrático não devem, contudo, impedir a constante busca pela sua efetivação.

Atuar para além do que dispõem as normas jurídicas seria entregar-se ao autoritarismo, afastando-se a sua atuação da vontade da sociedade[33]. No Estado constitucional de direitos, o interesse público é aquele fixado em norma, um instrumento de legitimação da atuação dos agentes públicos e de limitação ao Estado-poder, que assegura aos indivíduos "um muro de proteção contra o arbítrio, a prepotência e os caprichos da administração pública. A formulação dos direitos e garantias individuais não teria qualquer sentido prático se o Estado não tivesse a sua atividade pautada na ordem jurídica previamente constituída"[34].

Isso não quer dizer que o Ministério Público não é de forma alguma influenciado pelos princípios constitucionais e garantias processuais em sua atuação. Possuem os princípios um relevante papel na institucionalização do direito, atuando de forma central no processo de engenharia institucional[35]. A conformação dos órgãos – e das normas que regem sua atuação, é claro – deve se respaldar nos princípios constitucionais, que regem o processo e a administração pública. No caso específico do processo penal, para que atue o órgão ministerial ao longo do processo assegurando a sua democraticidade, em um silogismo dialético. Aqui o relevante papel do Código de Processo Penal no sentido de conjugar uma série de normas que assegurem um procedimento marcado pela dialeticidade e por uma atuação do Ministério Público de forma imparcial e conforme à Constituição.

Cumpre desenvolver breve digressão sobre a evolução histórica da figura do Ministério Público e do processo penal. O processo penal até a Idade Média, denominado por Nicola Picardi como *Ordo Iudiciarius*, se conformava em um modelo acusatorial extraestatal de origem italiana, o qual se desenvolvia entre duas partes, ambas civis. Considerado uma "manifestação de uma racionalidade

33. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 76: "Como a atividade administrativa é de caráter serviente, coloca-se uma situação coativa: o interesse público, tal como foi fixado, tem que ser perseguido, uma vez que a lei assim determina".

34. Ibid, p. 74.

35. Destaca-se: "[...] as instituições (originariamente criadas pelas normas) são pessoas jurídicas ou órgãos de positivação de novas normas ou de efetivação (implementação, interpretação, aplicação e execução) de normas. Por conseguinte os princípios jurídicos exercem uma função preponderante no processo de institucionalização do próprio Direito, do Estado da iniciativa privada e da sociedade civil" (OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A Constituição juridicamente adequada:* transformações do constitucionalismo e a atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 203-204).

prática e social"[36], caracterizava-se pelo silogismo dialético, enfrentando-se as partes em condição de paridade para a definição de suas controvérsias[37].

Com a formação dos Estados modernos, começa a se afirmar a ideia de estatalidade do processo. Percebe-se a importância da jurisdição para o empoderamento do Estado, o que leva a uma busca pelo monopólio da legislação processual e do próprio processo pelo soberano. Nesse contexto, inicia-se o movimento de consolidação normativa e da formação dos primeiros códigos de processo – cita-se o código Saxão, o código Francês e a *Justizreform* prussiana em 1781. Relevante para este estudo as reformas francesas e a formação do *Code Louis*.

Os historiadores do processo têm apontado para o esforço de codificação de Luís XIV, soberano francês, como um dos marcos da reivindicação do monopólio sobre a legislação processual pelo Estado[38]. Mas o que se destaca para o presente trabalho é o surgimento dos *procureurs du Roi*, figura precursora do promotor[39]. A fundação desse cargo teria por finalidade original a limitação e fiscalização da atuação dos Juízes, de modo a assegurar a conformidade às normas processuais consolidadas no *Code Louis*, e, assim, consolidar a estatalidade do processo.

---

36. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 70.

37. Destaca-se em nota o seguinte excerto: "Até a Idade Moderna o processo era considerado manifestação da razão prática e social, que se realizava no tempo com a colaboração da praxe dos tribunais e da doutrina. (...) Em outras palavras, reconhecia-se ao tribunal o poder de estabelecer os próprios modos de seu atuar; o processo, com o seu caráter público, argumentativo e justificativo, representava um capítulo da dialética. O *ordo iudiciarius* tinha natureza originaria e, de certo modo, extra-estatal: ninguém, nem mesmo o Papa, poderia dele prescindir. A intervenção do príncipe, ou, de qualquer modo, de uma vontade externa, teria representado uma *perversio ordinis*, e se traduzido em uma ação odiosa, como a de alterar a moeda" (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 59).

38. Ibid, p. 71.

39. Nesse sentido: "Nació en Francia, con una larga línea genética, ya que en el escenario del siglo XIV apareció en dos figuras, esto es, como procurador y como abogado del rey; el primero persigue, y el segundo discute en el despacho judicial, y como no existe una oralidad penal, termina confinado a las causas civiles" (CORDERO, Franco, op. cit., p. 155). Para maior aprofundamento: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, *passim*. Vale notar que são identificadas figuras embrionárias do que seriam os promotores em diversos momentos da história, como indica Cordero em sua obra, mas ambos os autores apontam como marco da atual figura do promotor aquela oriunda do direito francês moderno.

A atividade dos *procureurs du Roi* gradualmente se expandiu para além dos interesses privados do soberano, voltando-se para os principais interesses do Estado. Entre esses interesses, naturalmente, o enfrentamento ao crime e a arrecadação das indenizações oriundas das condenações penais. Assim inicia-se a institucionalização dos procuradores como um "ofício de judiciatura"[40], de procuradores dos interesses do soberano, tornam-se "guardiães das leis fundamentais"[41]. O governo napoleônico é então um marco para a assunção da condição de funcionários do governo, forma em que sua figura se difundiu no direito europeu.

Com a passagem do liberalismo, típico do momento de criação dos Estados modernos, para a conformação do Estado social, embora mantenha-se a liberdade como uma prioridade, o Estado abandona a postura de mero expectador para atuar diante da sociedade de forma mais concreta. Segundo Luciano Feldens, "Estado e sociedade deixam, assim, de operar como sistemas completamente independentes e passa a se inter-relacionar de modo a garantir a liberdade do indivíduo na sociedade do nosso tempo"[42]. A maior relevância identificada nos direitos humanos e fundamentais aos poucos elevam o indivíduo diante do Estado, de modo que passa a sociedade a assumir o centro da Constituição e do modelo de Estado.

No Brasil, a centralidade da sociedade enquanto horizonte da atuação do Ministério Público, contudo, somente é consolidada na Constituição da República de 1988, a qual, como visto anteriormente, eleva a atuação desse órgão a protetor da ordem jurídica e representante da sociedade. É esse o marco sobre o qual se desenvolve o presente trabalho.

1.2. Princípios no processo penal: revisão sob a ótica constitucional

Uma vez compreendida a ausência de contraposição de interesses no processo penal e o papel constitucionalmente adequado do Ministério Público, é

40. Nota-se: "[...] Com o passar do tempo, a atividade do *procureur du roi*, da defesa dos interesses privados do rei, estende-se as *causae fisci* e a própria repressão dos crimes: o rei tinha interesse de que os crimes não permanecessem impunes, também porque as indenizações e os confiscos, após as condenações penais, constituíam uma conspícua entrada pública. O *procureur du roi* progressivamente torna-se, assim, um estável ofício real, aliás, um oficio de judiciatura, pertencendo à corte judiciaria junto à qual era instituído. Para este é estendido também o regime da venda dos cargos" (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 113).

41. Ibid, p. 115.

42. FELDENS, Luciano, op. cit., p. 20.

necessário estabelecer mais uma das premissas para a hipótese do presente trabalho, a qual decorre da concepção fazzalariana de legitimação. Trata-se da ausência de contraposição de princípios no processo penal.

Antes do mais, importante esclarecer que não se pretende aqui desenvolver uma teoria dos princípios. O que se busca é apenas uma revisitação crítica sobre os pontos relevantes da teoria dos princípios para os fundamentos desse estudo.

Importante ainda ressalvar que as teorias aqui desenvolvidas não são adequadas às medidas cautelares, medidas protetivas e prisões cautelares. Essas situações se diferenciam do processo penal em geral porque possuem função de tutela. São medidas impostas para assegurar a segurança da suposta vítima, quando essa ainda corre o risco de sofrer algum tipo de dano ou ameaça sobre a sua esfera jurídica de direitos, ou para a garantia da ordem pública e econômica, da aplicação da Lei penal e da conveniência da instrução processual. Não se fundamentam nos fatos discutidos no processo, mas em razões concretas de cautelaridade verificadas para além do mero crime.

Necessária a ressalva pois, enquanto exceções, confirmam a regra. Mas também para apontar que não serão objeto do presente estudo, pois possuem particularidades e complexidades próprias, as quais não podem ser desenvolvidas aqui com a necessária qualidade em razão da limitação deste trabalho. Apresentados os esclarecimentos iniciais, passa-se à análise.

Atualmente, uma das mais difundidas construções teóricas acerca dos princípios é a teoria da ponderação de Robert Alexy. Segundo o autor, ponderação é a forma de aplicação dos princípios, a "medida comandada de cumprimento de um princípio em relação às exigências de um princípio oposto"[43], a qual se desenvolve pelo exame da proporcionalidade – subdividida em três máximas, adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*.[44]

Embora a teoria tenha se difundido amplamente nos diversos ramos do direito como importante instrumento de racionalização de decisões judiciais, sua aplicação parece completamente inadequada ao processo penal, uma vez que, como visto anteriormente, não se contrapõem interesses nesse tipo de processo. Da mesma forma, não há que se falar em contraposição de princípios. Isso porque, como afirmado anteriormente, o processo penal não tutela, mas somente atua após ocorrida a violação a algum direito[45].

43. ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 146.

44. Ibid, p. 149.

45. Vale notar que mesmo Robert Alexy não deixou de perceber princípios aos quais não se aplicava a sua teoria. A esses princípios denominou princípios absolutos, os quais

É o que identificou Ronald Dworkin ao desenvolver sua teoria da integração ou adequação. De início, destaca-se a relevância da teoria de Dworkin na medida em que busca afastar a discricionariedade e o decisionismo das teorias positivistas, elevando os princípios ao patamar de normas. A partir do reconhecimento da força vinculativa dos princípios, coloca a observância aos direitos fundamentais como requisitos para a legitimidade do direito. Para além dessa contribuição inicial, ao trabalhar a contraposição de princípios, nos diferentes tipos de processo, percebe que o processo penal assume uma dinâmica única.

Conforme o autor, a "geometria do processo penal", diferentemente do que ocorre no processo civil, não coloca direitos concorrentes uns contra os outros. Percebe o autor que, diante da centralidade dos direitos do indivíduo acusado no processo penal, não cabe a contraposição simétrica de princípios nesse processo. É a preferência da sociedade manter em liberdade sujeitos culpados para assegurar que não se prenda um inocente, o que afasta a possibilidade de contraposição de interesses e políticas do Estado aos direitos do réu no processo[46]. A escolha pelo equilíbrio somente é apropriada diante da concorrência de direitos, o que não ocorre no processo penal em um Estado Democrático.

Em um processo penal constitucional, o único titular de direitos humanos positivados na forma de princípios é o acusado, figura hipossuficiente diante do Estado-poder no processo. Suas garantias não são meras formalidades que possam ser suprimidas, mas verdadeiros pilares do processo penal[47]. Nesse sentido, Dworkin aponta para uma teoria dos direitos assimetricamente válida no processo penal, tese muito próxima àquela que será desenvolvida nos próximos

não podem ser cedidos em um sopesamento. Mas sua identificação de casos de princípios absolutos se restringiu a uma percepção individual sobre certos casos e não a uma identificação sistêmica de searas nas quais simplesmente não ocorreria a contraposição entre princípios, inviabilizando a ponderação (Ibid, p. 184).

46. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 158 e 306.

47. Nesse sentido: "El proceso penal, por el contrario, me parece un ámbito jurídico y un tipo de procedimiento en el cual el método de la ponderación no resulta para nada adecuado, y que incluso con el tiempo, puede tener efectos devastadores. Las formalidades del procedimiento penal no son meras formalidades, en su núcleo son formas protectoras en interés de la totalidad de los intervinientes en el proceso y, ante todo, del imputado. Si se autoriza en el caso concreto a dejar de lado estas formalidades, de este modo se tornan dispositivos todos los pilares del derecho procesal penal" (HASSEMER, Winfried. *Critica al derecho penal de hoy*. Trad. Patricia S. Ziffer. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998. p. 82).

tópicos. Segundo o autor, políticas e interesses do Estado somente possuem aplicação no processo penal quando *in bonam partem*, isso porque o acusado inocente possui o direito de ser absolvido, não possuindo o Estado "nenhum direito paralelo de condená-lo se ele for culpado"[48]. Dessa forma, diante de um caso difícil que coloca em questão as regras probatórias e as garantias processuais, poderiam ser aplicados argumentos de política e interesses do Estado que ampliassem a liberdade e as garantias do acusado[49].

Em um modelo de Estado Democrático, como reconhece o autor, a restrição de um direito é consequência muito mais grave do que a sua inflação. O reconhecimento de um direito impõe ao Estado uma atuação consistente, não podendo ocorrer a supressão de direitos e garantias quando implicar certo custo social. Do contrário, "a incapacidade do governo em ampliar o direito irá demonstrar que seu reconhecimento no caso original é uma impostura, uma promessa que ele pretende manter apenas até o momento em que este se tornar um inconveniente"[50].

Diante do exposto, resta claro que os direitos fundamentais abarcados pelos princípios no processo penal constitucional são titularizados pelo acusado,

48. Como exemplo o autor apresenta o clássico caso norte-americano das bandejas de prata e provas ilícitas. Nesse contexto a política do Estado de reprimir a corrupção policial na produção probatória, pela criação da teoria dos frutos da árvore envenenada sobre as provas derivadas de ilícitas possuía efeitos favoráveis ao sujeito acusado. O efeito de tal política no sentido de expandir garantias processuais do acusado permite a aplicação da política estatal ao processo penal em plena conformidade ao atual modelo de Estado e à Constituição. DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 157.

49. Conforme o autor, a argumentação que toma por base princípios busca assegurar direitos individuais. Essa argumentação se diferencia daquela baseada em políticas, as quais descrevem objetivos coletivos. Como vimos, objetivos e interesses coletivos não podem funcionar de modo a excepcionar direitos e garantias do acusado no processo penal, não apenas por uma questão ideológica ou em razão do modelo de Estado adotado no Brasil, mas pela própria conformação do processo penal constitucional que não admite a contraposição de interesses e direitos. Embora não possam ser utilizados tais argumentos para restringir os direitos do acusado, podem e devem ser usados na resolução de casos difíceis quando *in bonam partem* (Ibid, p. 141). Nesse sentido a lição do processualista Alexandre Morais da Rosa: "No processo penal, diante do princípio da legalidade, a aplicação deve ser favorável ao acusado e jamais em nome da coletividade, especialmente em matéria probatória e de restrição de Direitos Fundamentais." (ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 299).

50. DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 306-307.

enquanto único sujeito por eles tutelado no processo, e aplicam-se ao processo de forma plena, podendo ser ampliados pelo Estado, mas não restringidos por ele. Mas afinal, qual o conceito de princípios? Importante aqui deixar claro o que são princípios, como esses se diferenciam das regras, segundo a concepção adotada no presente estudo, considerada aquela mais adequada ao processo penal.

Adota-se o conceito de Marcio Luís de Oliveira, segundo o qual princípios são normas jurídicas que possuem dois destinatários. O primeiro deles, destinatário imediato, tem sua atuação vinculada ao dever de observância e execução dos princípios. O segundo deles, destinatário mediato, indivíduo tutelado pelo princípio, beneficiado pela ação vinculada do destinatário imediato[51]. A distinção em relação às regras estaria exatamente nessa figura de um destinatário beneficiado. Regras possuiriam destinatários-observadores e destinatários-executores, mas não um indivíduo tão somente beneficiado.

Assim, os princípios incidem sobre as funções do Estado (legislativa, executiva e judicial), impondo aos agentes públicos, destinatários imediatos, o dever de observância e execução no exercício de suas funções. Dessa forma, a conduta dos membros do Ministério Público e magistrados no processo penal se encontra vinculada à observância do contraditório, ampla defesa e demais princípios[52]. Esses exercem suas respectivas funções conforme as determinações normativas, devendo sempre observar os princípios e garantias processuais.

Princípios e garantias esses que beneficiam e protegem ao acusado, seu destinatário mediato. É o réu no processo penal a parte tutelada pelos princípios, que desenvolvem sua eficácia no sentido de concretizar a realidade constitucional. E, como visto, é a sua condição de parte no processo que será afetada pelo

51. Destaca-se o seguinte excerto: "Por seu turno, os princípios, na qualidade de normas jurídicas, possuem ainda, dois destinatários distintos: a) os destinatários imediatos; b) os destinatários mediatos. Os destinatários imediatos são aqueles que possuem sua ação vinculada ao dever de observância e ao dever de execução (aplicação) dos princípios jurídicos; logo, eles são, simultaneamente, destinatários-observadores e destinatários-executores dos princípios. Já os destinatários mediatos são os beneficiados pela ação vinculada dos destinatários imediatos, em relação ao cumprimento, por esses últimos, do dever de observância e do dever de execução dos princípios jurídicos; ou seja, os destinatários mediatos não são nem destinatários-observadores e nem destinatários executores dos princípios, mas beneficiados pela conduta dos destinatários imediatos" (OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A Constituição juridicamente adequada:* transformações do constitucionalismo e a atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 216).

52. Id.

provimento jurisdicional final que os coloca como destinatários da eficácia positiva dos princípios.

Vale ainda apontar que diversos princípios denotam direitos fundamentais. Especificamente o contraditório tem por objeto a participação. Assegura às partes a participação no processo em simétrica paridade de armas, ou seja, devem ser a elas oportunizadas as mesmas chances no processo. Como princípio de participação, não tem por objeto assegurar a defesa, mas sim a possibilidade de atuar no desenvolvimento do processo e na construção do provimento final jurisdicional, razão pela qual se diferencia da ampla defesa. Nesse sentido: "Do contraditório, como princípio de participação, surge uma importante indicação, que foi salientada pelas doutrinas alemãs e italiana: o objetivo principal da garantia não é a defesa, entendida em sentido negativo como oposição e resistência, mas sim a 'influência'."[53]

Consiste em uma norma jurídica cuja conformação é muito mais ampla que a de um mero imperativo de otimização. Como se desenvolverá nos próximos tópicos, trata-se de norma que possui aplicabilidade direta, enquanto posição jurídica oponível unidirecionalmente ao Estado, conformando-se como um direito humano. Assume, portanto, um papel central no processo penal impondo ao Ministério Público e ao Magistrado o dever de observância e execução, legitimando a participação do acusado de forma ampla e plena em um processo democrático.

2. O alcance do contraditório como Direito Humano

Restou firmado nos capítulos anteriores que o processo consiste em espécie de procedimento realizado em contraditório. Essa premissa foi desenvolvida no panorama do Estado Democrático de Direitos, no qual o contraditório é princípio constitucional e direito humano, sendo titularizado tão somente pelo acusado. No presente tópico, será analisada de forma pormenorizada a natureza desse princípio enquanto direito humano e o giro que essa concepção acarreta no processo penal.

Antes do mais, necessário pontuar que o presente trabalho se desenvolve enquanto uma teoria sobre a eficácia do contraditório especificamente no processo penal. Esse tipo de processo diferencia-se dos demais não apenas pela ausência de contraposição de direitos e princípios, mas também por sua finalidade: a

53. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 18.

aplicação da lei penal, do *ius puniendi*. É esse fim punitivo do processo penal que caracteriza seu provimento final. É também esse o motivo pelo qual seus procedimentos se desenvolvem de forma protetiva. O processo penal ocorre entre desiguais. De um lado o Estado-poder intervindo na esfera do indivíduo, de outro, o acusado, podendo culminar na privação da liberdade deste último. Por essa razão, os fatos são construídos no processo penal sob uma ótica protetiva e garantista, funcionando como um limite ao Estado-poder. Em razão da assimetria já verificada *a priori* entre as partes no processo penal é que se impõe uma articulação do contraditório muito mais ampla nesse modelo de processo.

Para além de princípio constitucional, o contraditório é verdadeiro direito fundamental. Essa natureza se justifica por sua aplicação direta que repercute no processo pela conformação de inúmeras garantias para que seja assegurada sua plenitude e efetividade. Para além da função negativa de proibição de intervenção, conforme se verá com maior profundidade nos próximos tópicos, assume o contraditório uma concreta função preceptiva e dirigente, apontando a direção da tutela jurídica, no sentido de obrigar o Estado à sua observância e execução[54]. Consiste o princípio em questão em um imperativo de tutela, cuja eficácia se densifica pela "obrigação, imposta ao Estado de adotar uma postura ativa na sua efetivação"[55].

Essa conformação do contraditório enquanto direito humano é resultado de um longo processo de construção e desenvolvimento do conceito e da eficácia dos direitos fundamentais. A sua compreensão, portanto, perpassa antes do mais, uma análise sobre esse desenvolvimento, para então alcançarmos a compreensão atual do contraditório.

2.1. A construção e desenvolvimento dos direitos fundamentais: princípio da legalidade e Estado de Direito

A inicial construção dos direitos humanos ocorre em um cenário liberal, voltando-se para uma função negativa e formal desses direitos diante do Estado. Produto da revolução francesa, os direitos humanos de primeira geração foram inicialmente percebidos como uma baliza ao Estado, exercendo eficácia negativa no sentido de proteção do indivíduo perante o Estado-poder. Como afirma Picardi, "os direitos existem porque o Estado decidiu se autolimitar. O Estado de

54. Ibid, p. 206.

55. FELDENS, Luciano, op. cit., p. 65.

Direito se submete ao seu próprio direito positivo. Vige, nele, portanto, o primado da lei, que se traduz no princípio da legalidade"[56].

O princípio da legalidade surge nesse contexto como um instrumento que protege o indivíduo perante o Estado, assegurando-o contra arbitrariedades, excessos e abusos. Exerce uma função jurídico-negativa no sentido de limitar a atuação do Estado. É esse princípio eixo central do modelo de Estado Democrático, que surgiria anos depois, compreendido como "sistema de limites substanciais impostos largamente aos Poderes Públicos, visando à garantia dos direitos fundamentais"[57].

A gradual transformação do modelo de Estado Liberal para o Social e, posteriormente, ao Democrático de Direito é acompanhada também de uma modificação da natureza dos direitos fundamentais. Estes assumem uma definição material, com aplicabilidade direta e oponíveis unidirecionalmente ao Estado[58]. O que caracteriza o princípio como direito fundamental é exatamente o seu caráter jurídico-positivo, que permite a sua reivindicação independentemente do amparo legislativo. Não é preciso uma lei determinando a atuação processual do acusado em cada ato do processo, mas justifica-se sua atuação por esse direito fundamental de forma direita.

Para além de uma barreira à atuação estatal, os princípios assumem uma função dirigente, impondo uma postura ativa do Estado na sua efetivação. Sua

56. Tradução do excerto original: "(...) I diritti esistono perché lo Stato sovrano ha deciso di autolimitarsi. Lo Stato di diritto si sottomette al suo stesso diritto positivo. Vige, in esso, pertanto, il primato della legge, che si traduce nel principio di legalità (Gesetzmässigkeit)" (PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milão: Giuffré Editore, 2007. p. 159).

57. CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e legitimidade*: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millenium, 2007. p. 208-209.

58. Nesse sentido a lição de Luciano Feldens: "No caso dos direitos fundamentais essa característica vem acrescida da aplicabilidade direta, a indicar que podem ser reivindicadas perante o Poder Judiciário sem a necessidade de mediações legislativas. Isso significa a afirmação do caráter jurídico-positivo (e não meramente pragmático) dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias, de modo que já não se pode dizer que os direitos fundamentais só têm real existência jurídica por força da lei, ou que valem apenas nos termos do conteúdo que por estas lhe é dado. Diz-se, por isso, que os direitos concebidos como fundamentais têm sua juridicidade reforçada" (FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 56).

eficácia se amplia, para além de proibição de intervenção, tornando-se imperativos de tutela[59]. Mais que um dever de abstenção, o Estado passa a assumir também uma função protetiva no sentido de assegurar a materialização desses direitos e garantias. Conforme Marcio Luís de Oliveira, os princípios possuem uma dimensão sistêmico-funcional negativa e uma dimensão sistêmico-funcional positiva[60]. Na primeira, operam no sentido de estabelecer "premissas e diretrizes limitadoras (vedações) para o sistema jurídico". Já em sua dimensão positiva, "estimulam o aprimoramento do sistema jurídico" [61], apontam a direção da tutela jurídica, impõem a compatibilização e adequação das normas jurídicas etc.

Nesse contexto, o princípio da legalidade torna-se "eixo estruturante do Estado" e marco da constitucionalização do direito penal[62]. Passa a integrar a própria definição do Estado Democrático de Direitos, modelo caracterizado por uma atuação cuja direção e limites são precisamente definidos, de modo a assegurar ao indivíduo sua liberdade e inviolabilidade[63]. Nesse contexto, sua atuação ocorre segundo um método jurídico. Sua ação somente se procede juridicamente, amparada nas normas legais. É por meio da legalidade que o Estado encontra a legitimidade de sua atuação, afastadas as arbitrariedades e o autoritarismo[64].

É necessário, contudo, ter em mente que a legalidade se volta para a proteção do indivíduo e não para a sua limitação. Trata-se de princípio que preconiza a subordinação do Estado à norma, o qual se concretiza na seara penal limitando o exercício do seu poder punitivo. Enquanto freio ao Estado, não pode ser

59. Ibid, p. 65.

60. OLIVEIRA, Márcio Luís de, op. cit., p. 203-204.

61. Ibid, p. 201.

62. BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal:* dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012. p. 213.

63. PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio.* Milão: Giuffré Editore, 2007. p. 158.

64. Destaca-se em nota: "Os Estados contemporâneos, predominantemente, erigem-se suportados em normas que, em razão da natureza de Estado de Direito, preconizam a subordinação às normas como instrumento de limitação do exercício dos poderes estatais, como freio aos abusos e arbitrariedades e como forma de garantia dos direitos individuais" (PINTO, Felipe Martins. A natureza jurídica do processo penal e a estrutura democrática do estado. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord.). *A renovação processual penal após a Constituição de 1988:* estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 109).

contraposto ao acusado para limitá-lo em sua defesa no processo. Não apenas porque não há um indivíduo que o titularize em contraposição ao acusado, mas pela sua própria essência e finalidade: essencialmente a de ser uma baliza ao Estado.

Se a legalidade opera em nosso ordenamento como diretriz e limite ao Estado-poder, o contraditório tem como papel primordial legitimar a atuação do indivíduo. Nesse cenário, nenhum sentido teria que o contraditório se resumisse à legalidade, como um mero reforço ao princípio anterior. Possuem esses princípios sentidos e eficácias completamente diferentes. Enquanto aquela assegura a estrutura dialética do processo e a atuação do Ministério Público como exercício de função, o contraditório irá assegurar ao acusado sua defesa com todos os meios necessários e de forma plena e efetiva.

2.2. Silogismo dialético e o contraditório enquanto método

A doutrina processualista penal aponta para as origens do processo como um *actum trium personarum* ou como uma sequência de atos desenvolvidos entre partes civis em contraditório perante o juiz[65]. Assim, mesmo na seara criminal, a caracterização de ambas as partes como civis indicava uma conformação paritária do procedimento nos primórdios do que hoje se chama processo. Nesse contexto, o contraditório é identificado como um método eficiente para a busca da verdade.

Empreendendo uma análise histórica, Nicola Picardi identifica a influência do contraditório sobre o processo europeu medieval, período em que o contraditório conformava seu eixo enquanto método. Partia-se da ideia de que o contraditório seria eficiente instrumento para a busca da verdade, uma vez que por meio do diálogo entre as partes amplia-se a construção dos fatos, o que favoreceria à verdade provável[66].

---

65. Para maior aprofundamento quanto à perspectiva histórica do processo ver: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008; BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Campinas: LZN Editora, 2005; GOLDSCHIMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Rio de Janeiro: Editora Labor, 1986; TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente adequado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 183, p. 103-115, jul.-set. 2009.

66. Nesse sentido: "O eixo do processo comum europeu era representado precisamente pelo contraditório, considerado como metodologia de procura da verdade. Segundo a

A metodologia do processo teria se modificado com o movimento jusnaturalista, momento em que a força do contraditório teria se reduzido a um formalismo no processo, que assume uma conformação racionalista e matemática. Especialmente no Século XVIII, a metodologia dialética perde sua posição de destaque, passando a ser percebida como a mera contraposição de teses, que não afastaria o objetivo de busca de uma verdade absoluta. O Estado assumiria, nesse modelo, uma posição central na produção probatória, reduzindo-se a dialeticidade do procedimento.

Encerrando sua análise, o autor aponta para a contemporaneidade como um período de retorno da metodologia dialética, momento em que o contraditório assume novamente a centralidade do processo, a compor seu eixo com novo protagonismo. Apesar de esboçar um diagnóstico sobre o novo protagonismo do contraditório, Picardi não trabalha sua natureza nos modelos de Estado Constitucional ou como direito humano, mas opta por deixar aberto o caminho para o desenvolvimento de novos trabalhos sobre essa nova relevância e conformação do contraditório.

Não obstante o enorme valor dessa análise histórica, há que se ter em mente que ela consiste em um estudo estruturalista sobre o processo, voltado para a metodologia dos procedimentos processuais em sua estrutura ao longo da história, não tendo por objeto os princípios e direitos humanos que atualmente integram o seu desenvolvimento. Seu objeto não é o princípio do contraditório, mas a estruturação normativa legal do processo. Assim, não se trabalha o contraditório

concepção medieval, citação e defesa constituíam momentos de informações contrarias: justificações e contestações. Não se podia pré-constituir a solução da controvérsia judicial; no nosso campo não é possível atingir uma verdade objetiva e absoluta. O contraditório resolvia-se no *ars apponendi et respondendi*, em uma regulação do diálogo que assegurava a reciprocidade e igualdade às partes. Deste modo, o contraditório representava o instrumento para a procura dialética da única verdade que podemos atingir: a verdade "provável". Tratava-se de uma verdade que ninguém pode conhecer na sua totalidade, por isso o método tópico de pesquisa com o confronto recíproco das partes, amplia o campo de informação e favorece – às vezes sem observar as intenções das partes – a causa da verdade. O contraditório constituía a estrutura que carregava também o *ordo probationum*: nenhuma prova pode ser colocada como fundamento do julgamento se não foi submetida preventivamente a sua valoração crítica. Coerentemente o processo medieval, pelo menos na sua primeira fase, era baseado em um sistema probatório que privilegiava o testemunho, sistema que, por vários canais, se liga ainda hoje ao processo de Common Law" (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 62).

como um princípio ou um direito humano que possa ser titularizado, mas enquanto verdadeiro método que integra a própria estrutura processual[67]. Observa-se o processo sob um panorama estrutural identificando o desenvolvimento de seus atos e a construção dos fatos em um silogismo dialético[68].

Não se pretende aqui diminuir o valor histórico em se identificar o processo a uma metodologia dialética de desenvolvimento dos atos processuais. Atualmente, o processo de fato se organiza como um procedimento dialético, afinal, "a ideia de democracia atravessa o ambiente estrutural do processo"[69]. Entretanto, para além de sua estrutura e metodologia, possui o princípio do contraditório uma eficácia mais ampla do que uma simples estruturação do processo marcada pela dialeticidade. O que se busca deixar claro nesse ponto é que uma leitura de

67. Assim: "Podemos falar de novo em princípio do contraditório; mas, com a expressão "princípio" aqui não entendemos mais axiomas lógicos da tradição iluminista, nem os princípios gerais dos ordenamentos positivos. O princípio do contraditório representa, acima de tudo, uma daquelas *regulae iuris* recolhidas no último livro do Digesto, qual seja um daqueles princípios de uma lógica do senso comum, destinados a facilitar a interpretação baseada sobre a equidade. Estamos com toda a probabilidade, nas matrizes da noção de 'justo processo'" (Ibid, p. 143).

68. Por silogismo dialético se compreendem os juízos hipotéticos e disjuntivos que têm por finalidade a persuasão sobre uma hipótese. Especificamente no processe, é a construção de proposições universais ou particulares para a construção dos fatos para a recepção ou não da hipótese acusatória. Construção essa que se conforma pela fusão de horizontes interpretativos (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999) entre as proposições trazidas ao processo pela defesa e pelo Ministério Público e, por fim, pela interpretação do Juiz. Ao silogismo dialético se contrapõe a apodítica, composta de premissas supostamente verdadeiras, caracterizada pela cientificidade na demonstração da verdade. Segundo Picardi a lógica apodítica teria ganhado destaque na Europa inquisitorial, somente sendo retomada a tópica nos últimos séculos (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 143). Ainda hoje, há autores que abordam o contraditório sob um viés metodológico, em prol da ampliação da busca da verdade. Nesse sentido: GUZMÁN, Nicolas. *La verdade en el processo penal*: una contribuición a la epstemología jurídica. Prólogo de Luigi Ferrajoli. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2006.

69. Destaca-se ainda o seguinte excerto da obra de Geraldo Prado: "Deve-se, pois, à concepção ideológica de um processo penal democrático, a assertiva comum de que a sua estrutura há de respeitar, sempre, o modelo dialético, reservando ao juiz a função de julgar, mas com a colaboração das partes, despindo-se, contudo, da iniciativa da persecução penal" (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 77).

pesquisas como essa que conclua pela redução do contraditório a um silogismo dialético proporciona um esvaziamento inadmissível do princípio constitucional e sua natureza enquanto direito humano.

Se o processo atualmente é marcado pela dialeticidade, em uma conformação na qual a própria lei identifica momentos em que a cada uma das partes é oportunizada a participação no processo, bastaria o princípio da legalidade para que estivesse satisfeito o contraditório. O simples e exato cumprimento da lei é suficiente para caracterizar o método estrutural dialético. A conformação, entretanto, do contraditório como um direito humano, em especial após a sua inserção na Constituição da República de 1988, impõe a releitura de seu alcance no panorama democrático. Para além de integrar a metodologia e estrutura do processo, é direito fundamental do acusado que legitima sua atuação no processo e lhe confere essência democrática.

Percebendo essa dualidade, diversos autores do continente europeu adotam teorias que diferenciam o contraditório em formal ou material, objetivo (método) ou subjetivo (garantia), forte ou fraco, conforme a posição da dialeticidade no processo[70]. A finalidade desse excurso é exatamente firmar que, no presente trabalho, não será adotada tal divisão no estudo do princípio, pois a ele não se refere. Trata-se de uma caracterização do contraditório observado enquanto método, a qual acaba por permitir o seu esvaziamento. Será o contraditório tratado de forma una, enquanto princípio constitucional, direito fundamental que tutela o acusado no processo. É essa a função, a essência e a natureza do contraditório. A

70. Nesse sentido, Luigi Comoglio trabalha a ideia de garantias no sentido formal e material como indicativos da sua eficácia mais ou menos forte (COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 48, n. 4, p. 1063-1111, dez. 1994). O próprio jurista aponta nas conclusões de seu trabalho "*Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*" sobre o risco em adotar tais divisões e para a necessidade de refutá-las, pois em um processo constitucional somente se pode aceitar as garantias de forma plena, sendo repudiadas quaisquer visões que reduzam ou suprimam sua eficácia. Da mesma forma, Alfredo Francesco trabalha com o conceito de contraditório "forte" em contraposição ao "debole", "oggetivo" diante do "soggetivo", mas sem deixar de expressar sua crítica sobre o uso dessas divisões no sentido de esvaziamento de garantias. Destaca-se: "[...] tale nomenclatura, peraltro estranea al texto costituzionale, risulta assolutamente fuorviante, ove, come nella tesi dotrinale qui criticata, sia strumentalizzata al fine di depotenziare il valore fondamentale del principio del contraddittorio nella formazione della prova e tenda, per altro verso, a negare il significato di garanzia che il metodo dialettico assume per l'imputato" (FRANCESCO, Alfredo de. *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella costituzione italiana*: analisi della giurisprudenza della corte costituzionale in tema di prova penale. Milano: Giuffrè Editore, 2005. p. 192).

estruturação do processo não deve se confundir com o princípio, mas dele se diferenciar. De um lado está o princípio do contraditório, de outro a dialeticidade do processo ou o modelo dialético, silogismo dialético, entre outros.

Retomando os pontos anteriores, para o melhor esclarecimento da diferenciação aqui estabelecida, vale pontuar a função exercida pelo Ministério Público no processo penal. É claro que a sua atuação é marcada pela dialeticidade. A lei impõe ao Ministério Público uma atuação no processo diante do réu numa forma de diálogo, participando do processo por meio de manifestações diversas pelas quais se estabelecem pontos e contrapontos em face do acusado, sendo, ainda, permitida a produção de provas contrapostas, acareações. O que não possui o órgão acusatório é a viabilização de sua participação pelo princípio do contraditório, que, enquanto direito humano, não pode ser cooptado pelo Estado-poder, mas sim ser por ele executado e observado em benefício dos afetados no processo.

O que se quer evidenciar é que o modelo atual de processo penal de fato consiste em um silogismo dialético, mas a ele não se resume. Para além de método e estrutura, a dialeticidade foi elevada pelo princípio do contraditório a direito humano constitucionalmente assegurado. Essa configuração impõe sobre o processo constitucionalmente adequado um forte giro, que será analisado nos próximos tópicos. Aqui, necessário estabelecer de forma clara a natureza do contraditório enquanto direito humano, tratando o princípio com a seriedade que deveria ser enfrentado no processo, ou seja, parafraseando Dworkin, levando o contraditório a sério.

3. A eficácia do contraditório para além da legalidade

Os tópicos anteriores consolidaram as premissas e pressupostos essenciais para que agora se desenvolva uma análise sobre o alcance do contraditório a partir de seu destinatário, o acusado. Passa-se, portanto, à análise da sua eficácia, em conformidade com um modelo constitucional de processo penal.

Os estudos processuais sobre o princípio do contraditório apontam como suas características essenciais a plenitude e a efetividade[71]. Nesse sentido, o princípio

71. Nesse sentido: COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 48, n. 4, dez. 1994. p. 1084 e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*: de acordo com a constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 18.

do contraditório enquanto imperativo que assegura e viabiliza a participação do indivíduo, deve desenvolver sua eficácia em todos os momentos do processo, permitindo ao acusado a utilização de todos os meios necessários para efetivar sua participação.

O processo penal, entretanto, como visto anteriormente, se caracteriza por uma geometria única, marcada por uma apriorística desigualdade entre as partes. Essa desigualdade, acaba por exigir, em inúmeros casos, a ampliação da participação do acusado para além da legalidade para que possa se equiparar ao Ministério Público de forma paritária. Assim, a efetividade da participação do acusado nem sempre se restringirá às disposições legais.

Como visto anteriormente, o Ministério Público exerce função no processo, somente atuando legitimamente quando vinculado à legalidade. Ainda assim, enquanto titular da ação penal, dispõe do aparato estatal em seu favor: possui domínio sobre as investigações criminais[72]; poderes para requerer o cerceamento da liberdade do acusado para a coleta de provas – prisão temporária –; poder para intervir na esfera jurídica do acusado para a produção probatória por meio da quebra de sigilo de dados, quebra de sigilo bancário e interceptações telefônicas, entre outros.

O que se demonstrará no presente tópico é que o contraditório é o princípio que faz frente a esse aparato estatal e a disparidade natural do processo penal. Como direito que assegura a participação do acusado no processo, irá desenvolver sua eficácia elevando o indivíduo a uma posição paritária, na medida em que impulsiona sua atuação para além da legalidade.

Por atuação para além da legalidade não se está a sustentar um comportamento ilegal, ilícito ou antijurídico por parte do acusado. Não se está aqui a legitimar, por exemplo, que um réu possa subornar um agente público no decorrer do

72. Nesse sentido: "Sempre é bom lembrar que o polo ativo do processo penal, trivialmente, é composto pelo Ministério Público, órgão estatal vem aparelhado, que cota à sua disposição com uma polícia judiciaria destinada a coletar provas, as quais o Ministério Público reputar pertinentes, além de vários instrumentos cautelares coativos, como: prisão preventiva, prisão temporária, busca e apreensão, interceptação telefônica,, entre outros, para lhe auxiliar a ser exitoso no desvendamento dos fatos. [...] Esse desnível de forças, motivado principalmente pelas medidas cautelares restritivas de direitos ao alcance do órgão acusador, permite-nos afirmar que, em regra, não há paridade de armas no processo penal. Para amenizar tal situação, o legislador brindou o acusado com alguns princípios" (MIRANDA, Carlos Gustavo de Souza. *Princípios fundamentais de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 69-70).

processo. Afirmar que o contraditório legitima a atuação do acusado para além da legalidade no processo significa apenas que não se aplicam a ele, de forma absoluta, os limites formais do processo penal que regulam o seu procedimento quando estiver em jogo a efetividade de sua participação. Sob esse prisma, "o princípio do contraditório implica na prevalência do direito de defesa em face das formalidades, dos ritos e das demais regras do ordenamento jurídico"[73]. Trata-se de permitir que o acusado utilize de todos os meios legítimos para assegurar uma verdadeira e relevante participação na construção do provimento final do processo[74].

As próprias normas processuais penais preveem, na construção formal do processo, alguns aspectos que buscam reduzir o desequilíbrio entre as partes, como ao estabelecer que a última palavra no processo, em sede de alegações finais, pertença à defesa. Ou seja, a própria lei, identificando uma ausência de paridade entre as partes já estabelece no plano da legalidade certas compensações ao réu. Mas nem sempre a estrutura dialética normativa é suficiente para que seja efetiva a participação do acusado e é nesses casos que seus direitos humanos e os princípios positivados na Constituição exercerão sua eficácia. Assim, a realidade constitucional se concretizará pela viabilização da participação do defendido, impulsionado para além das formalidades legais para que de fato possa influenciar a decisão do juiz e, assim, o provimento final do processo. Essa eficácia do contraditório se justifica pela sua função intrassistêmica comunicante essencial, que lhe confere precedência sistêmica diante das regras jurídicas[75].

Por um lado, as normas que compõem o método do processo são essenciais para o controle do poder e para a sua contenção. Por outro, a adoção da estrutura normativa de forma excessivamente rígida, no dizer de Picardi, terminaria por comprimir as garantias fundamentais, retirando a efetividade de sua tutela[76].

---

73. PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 164.

74. Vale destacar em nota: "O objeto do contraditório refere-se à admissibilidade dos atos processuais, ou seja, à licitude, à utilidade e ao cabimento de cada um dos atos processuais que compõem a estrutura procedimental denominada processo" (Ibid, p. 168).

75. Nesse sentido: "E é em razão de suas funções intrassistêmicas comunicantes essenciais que os princípios de Direito adquirem precedência sistêmica (e não superioridade hierárquica) em relação às regras jurídicas com as quais eles mantêm pertinência temática" (OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A Constituição juridicamente adequada*: transformações do constitucionalismo e a atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 200).

76. PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milão: Giuffré Editore, 2006. p. 215.

Diante desse problema, surgem os direitos fundamentais, positivados na forma de princípios, como importante elemento de modulação do ordenamento. Integram as funções dos princípios a conformação e adaptação do ordenamento jurídico, conformando-o à Constituição. Não é o princípio do contraditório que deve ser reduzido para conformar-se à norma. Se assim fosse, restaria reduzido à legalidade sem possuir qualquer funcionalidade. A articulação do contraditório enquanto um direito fundamental do acusado deve ser o horizonte no processo, em relação ao qual se amoldam as normas, uma vez verificada a necessidade de efetivação da participação do acusado. Assim, o que o presente trabalho busca evidenciar é justamente a eficácia compensatória que o princípio do contraditório exerce no processo penal, de modo a equilibrar a força das partes que nele atuam.

A obtenção de verdadeira paridade de armas no processo penal impõe que sejam igualados os desiguais[77]. Dessa forma, o contraditório efetivo não se manifesta nesse tipo de processo como a exata igualdade de oportunidades. Diante do Estado-poder, será comum que o acusado precise ser impulsionado para além das oportunidades previstas em lei a fim de que se iguale ao Ministério Público. Assim, quando a defesa evidenciar que a participação do acusado não seria efetiva, arguirá pelo deferimento dos meios necessários para a efetivação do direito humano que resguarda a participação no processo, o contraditório. Demonstrada a questão, deve o Juiz deferir o pedido, para que se eleve o acusado a uma posição paritária no processo.

77. Em uma primeira leitura, a hipótese de o contraditório possuir uma eficácia para além da legalidade na defesa do acusado pode causar estranheza ou parecer absurda, mas uma análise mais ampla permite identificar exemplos mesmo em outras searas do direito. Nos processos de execução fiscal, também caracterizados por uma assimetria das partes – Estado-poder e contribuinte –, foi engendrada a figura da exceção de pré-executividade. Trata-se de uma criação da prática forense em que, por meio de simples petição, se apontavam vícios e impedimentos demonstráveis de pronto, matérias conhecíveis de ofício, como a ausência de condição da ação, de pressuposto processual ou causas suspensivas de exigibilidade tributária ou extintivas do crédito tributário em uma fase do processo de execução fiscal na qual não havia previsão de participação do réu (PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 502). Essa prática gradativamente passou a ser tratada pela doutrina como uma forma de recurso, disponível apenas para a defesa do executado, que visa assegurar a sua participação e o exercício do contraditório diante das hipóteses referidas. Tal via alcançou tamanha força que foi consolidada no entendimento da Súmula 393 do STJ: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

O adequado papel do juiz em um modelo de processo penal constitucionalmente adequado, embora equidistante entre as partes e imparcial, não é um papel de inércia e rigidez. Assume o magistrado a função central de assegurar que os princípios, direitos e garantias do acusado sejam observados e respeitados. Ao longo da instrução, não apenas deve verificar a regularidade e legitimidade da atuação do Ministério Público conforme à legalidade, como também garantir a eficácia positiva dos direitos fundamentais do acusado. Nesse sentido, deve observar se há no caso concreto efetiva possibilidade de participação do acusado em todos os momentos do processo, influenciando de fato na construção do provimento[78].

Especificamente quanto ao contraditório, incumbe-lhe um papel ativo no sentido de assegurar a efetivação do princípio de forma plena. Não é o juiz simplesmente um burocrata, utilizando-se do termo de Picardi, mas atua positivamente no sentido de assegurar a conformidade da técnica processual à ordem constitucional vigente. Vale ressaltar que a efetiva participação e influência do acusado no desenvolvimento do processo é pressuposto necessário à própria validade do provimento final. Assegurar essa efetividade impõe ao magistrado uma hermenêutica conforme à Constituição, observando a função compensatória do contraditório diante da assimetria natural das partes, evidente no processo penal desde o seu princípio[79].

Isso não quer dizer que os interesses do acusado no processo devam ser observados sem qualquer limitação. A projeção da atuação do acusado para além da legalidade dependerá da argumentação da defesa, a qual suporta o ônus de demonstrar a coerência do que se pede. A alegação de uma causa supralegal que altere em benefício do acusado os limites formais do processo exige uma argumentação racional e proporcional, justificando-se o desvio às regras processuais.

Por fim, vale apresentar algumas repercussões práticas da aplicação constitucionalmente adequada do princípio. Essa análise permite melhor compreender a relevância compensatória do princípio do contraditório para a democratização do processo e para a legitimação das decisões judiciais.

Pense-se, por exemplo, em um caso em que ocorreu regularmente uma interceptação de comunicações telefônicas ao longo da investigação. Passados os

78. FRANCESCO, Alfredo de. *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella costituzione italiana:* analisi della giurisprudenza della corte costituzionale in tema di prova penale. Milano: Giuffrè Editore, 2005. p. 179.

79. PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milão: Giuffré Editore, 2006. p. 211-212.

primeiros 15 dias, diante da solicitação do órgão ministerial, ocorre a regular prorrogação da interceptação pelo mesmo prazo. Nesse caso, o Ministério Público agiu conforme a legalidade, produziu elementos de provas que serão introduzidos no processo, em contraditório entre as partes, perante o juiz. A situação descrita se desenvolve estritamente em conformidade à Lei de Interceptações Telefônicas – Lei 9.296/1996. Para além dos 30 dias de interceptação, pode a investigação se prolongar, sendo permitida a apresentação da denúncia enquanto não ocorrer a prescrição.

Embora no caso toda a instrução, dirigida pelo titular da ação penal pública, tenha se desenvolvido em conformidade estrita com a norma processual penal, uma vez oferecida a denúncia, terá a defesa dez dias para responder à acusação.

Em apenas dez dias, para compreender o que lhe é atribuído na denúncia, a defesa precisará analisar 30 dias de interceptações, bem como analisar os elementos informativos produzidos ao longo de anos de investigação. Nesse caso, resta claro que a participação do acusado na resposta à acusação, em tal prazo, seria de todo inefetiva. Não haveria tempo hábil para se informar de tudo aquilo que compõe a instrução. Se a atuação da defesa de fato restar adstrita à legalidade, nem sequer os 30 dias de regular interceptação telefônica será possível analisar.

A clara disparidade entre as partes na hipótese supramencionada impõe que seja aplicado o princípio do contraditório, o qual tutela o defendido como princípio constitucional que encerra um direito fundamental, em uma eficácia que viabilize a participação do acusado de forma efetiva, mesmo que para isso deva impulsioná-lo para além da legalidade.

Nesse exemplo, tem-se uma assimetria entre o Ministério Público e o indivíduo quanto ao tempo. Trata-se de uma articulação do contraditório viabilizando quantitativamente a participação efetiva do acusado. Esse mesmo caso pode ainda ser explorado em um exemplo sobre a dimensão qualitativa da eficácia do contraditório.

Para além de viabilizar o conhecimento dos fatos que constituem a hipótese acusatória, com a prorrogação do prazo, pode ser necessária a eficácia do contraditório para além da legalidade também para que o réu possa fazer frente a todos esses elementos de prova de forma simétrica. Após 30 dias de interceptações e anos de investigações policiais, é necessário que o indivíduo possa também apresentar todas as provas e meios admitidos em direito para a construção da sua negativa da acusação. Se o meio de provas que o acusado possuir for o testemunhal, não parece haver equilíbrio no processo se esse tiver que se limitar ao número de oito testemunhas, deixando de levar ao processo depoimentos que poderiam ser essenciais à sua defesa.

Diante do pedido da defesa para que sejam intimadas mais do que oito testemunhas, número estabelecido no artigo 401 do CPP como limite legal, é comum que ocorra o seu indeferimento baseado na paridade de armas: se o Ministério Público apenas pode intimar oito, da mesma forma a defesa estaria limitada. A simetria entre as partes no processo penal não pode ser observada apenas pontualmente, há que se levar em conta o processo como um todo. Nesse caso, diante de todo o acervo probatório construído ao longo de anos pelo órgão ministerial, não se mostraria efetiva a participação do acusado na construção do provimento se reduzida sua construção probatória apenas ao número de testemunhas formalmente assegurado. Nesse caso, impõe-se uma eficácia compensatória do contraditório em um sentido qualitativo, ampliando a possibilidade do acusado de aprofundar sua defesa no processo, pela intimação de um maior número de testemunhas do que a acusação para que sua tese possa ter alguma sustentabilidade em face do domínio ministerial sobre a construção de provas.

A assimetria aparente quando se observa unicamente o rol de testemunhas da defesa – tendo arrolado um número maior que oito testemunhas – e da acusação – adstrita ao limite legal de oito – é apenas pontual. Analisando o processo como um todo, percebe-se que apenas busca equiparar as partes, tornando a produção probatória do acusado idônea para motivar a decisão do magistrado, e não apenas uma mera participação simbólica.

Uma outra hipótese, hoje mais consolidada na *práxis* judiciária, é a manutenção nos autos de provas ilícitas que beneficiem o acusado. A regra processual vigente determina o desentranhamento das provas obtidas por meios ilícitos, bem como de suas derivadas. Essa disposição vincula estritamente o Ministério Público, ao qual não é autorizada uma atuação para além da legalidade, sob pena de exercer o poder do Estado de forma arbitrária e autoritária. Esses elementos de prova, contudo, podem ser mantidos no processo e valorados pelo juiz desde que beneficiem a defesa e a liberdade do indivíduo, manutenção essa que se funda sobre o direito fundamental do acusado ao contraditório. Afinal, consistem em elementos essenciais para a materialidade de sua defesa diante da hipótese acusatória. Uma decisão que afasta da valoração judicial essa prova, reduz a participação do acusado no processo, criando um déficit democrático e uma violação a direito fundamental que não encontra qualquer suporte constitucional.

Reconhecer essa eficácia do contraditório nada mais é que consagrar procedimentos que concretizam o ideal democrático de processo, com a oportunidade efetiva de participar no desenvolvimento do processo e fazer valer suas provas e argumentos para a construção do ato de poder.

Considerações finais

A partir do raciocínio desenvolvido, compreende-se que, na geometria do processo penal, não há contraposição de princípios e direitos fundamentais, os quais somente são titularizados pelo acusado. O processo penal se desenvolve entre desiguais, de um lado o Estado-poder, de outro o indivíduo, como singular tutelado por direitos nesse tipo de processo. A legitimação do Ministério Público emana diretamente da norma, que dirige e limita a sua atuação. Encontra-se adstrito à legalidade, cuja função precípua é afastar a arbitrariedade e autoritarismo estatal. A legitimação do acusado é condição decorrente de se sua posição como destinatário do ato de poder construído no processo penal. Dessa posição decorre a titularidade do princípio do contraditório, instrumento democrático que assegura a sua participação plena e efetiva no processo penal.

O contraditório não é apenas elemento estrutural do processo, não se reduz a um simples silogismo dialético, mas é direito fundamental que se destina à tutela do acusado como destinatário beneficiado pelos princípios, tutela essa que não possui uma limitação fundamentada em um princípio contraposto. Ou seja, como direito fundamental, é o contraditório oponível unidirecionalmente ao Estado no processo penal, apresentando tanto uma dimensão negativa, no sentido de limitação do Estado-poder, como uma dimensão positiva, como imperativo de tutela. Enquanto imperativo de tutela, exerce eficácia impulsionando a atuação do acusado para além da legalidade, de modo a viabilizar a sua participação efetiva no processo, equilibrando a posição de paridade em relação ao Ministério Público.

Sob esse aspecto o contraditório possui um papel central, exercendo uma eficácia principiológica concretizante do ideal democrático, essencial à conformação e aprimoramento de um modelo constitucional de processo penal e da Justiça. No paradigma do Estado Democrático de Direitos a participação efetiva do indivíduo pelo contraditório é pressuposto da legitimidade e validade dos atos de poder produzidos no processo e do próprio Poder Jurisdicional. Desse modo, a decisão que desconsidere ou reduza a efetividade desse princípio, seja quantitativa ou qualitativamente, não possui validade jurídica sob a égide da Constituição de 1988.

A revisitação crítica ao princípio do contraditório no processo penal demonstra ainda um desafiador caminho para a concretização da realidade constitucional na seara criminal. A Constituição de 1988 completou seus 30 anos e a eficácia do contraditório sob o prisma do indivíduo por ele tutelado não possui ainda a compreensão e efetivação que se espera em um Estado Democrático de Direitos.

A resistência em se reconhecer essa eficácia ao princípio do contraditório é manifestação de uma tradição ainda marcada por um forte déficit democrático. A verdadeira consolidação da ordem democrática depende de sua transposição para todas as searas do direito, não se reduzindo à forma de seleção de agentes políticos do Estado. No processo penal, isso significa a participação discursiva efetiva do acusado na construção do provimento final, o que impõe uma hermenêutica que concretize o contraditório e a compensação da assimetria natural desse tipo de processo, viabilizando a atuação do acusado para além da legalidade.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. *par*. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ANDRADE, Flávio da Silva. A construção participada da decisão penal no Estado Democrático de Direito: a garantia de participação das partes, pelo contraditório, na composição da decisão justa e legítima. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 03, n. 03, p. 1007-1041, set.-dez. 2017.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do processo constitucional. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 4, p. 49-131, mar. 2000.

BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal:* dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012.

BRANDÃO, Cláudio; GAUER, Ruth Maria Chittó. Notas críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 110, p. 123-147, jan.-jun. 2015.

BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Campinas: LZN Editora, 2005.

CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e legitimidade*: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millenium, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Malendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, Bosch y Cia, 1950. v. I.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 48, n. 4, p. 1063-1111, dez. 1994.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2000. t. I.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente adequado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 183, p. 103-115, jul.-set. 2009.

DURKHEIM, Émile. *Lições de sociologia.* Trad. Monica Stahel. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

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

FAZZALARI, Elio. *Conoscenza e valori*: saggi. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. In: DE CABO, Antonio; PISARELLO, Geraldo (Ed.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FRANCESCO, Alfredo de. *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella costituzione italiana*: analisi della giurisprudenza della corte costituzionale in tema di prova penale. Milano: Giuffrè Editore, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. *par*. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GOLDSCHIMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Rio de Janeiro: Editora Labor, 1986.

GONÇALVES, Aroldo Plinio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUZMÁN, Nicolas. *La verdade en el processo penal*: una contribuición a la epstemología jurídica. Prólogo de Luigi Ferrajoli. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*: ensaios políticos. Trad. Márcio Sligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional* – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

HASSEMER, Winfried. *Critica al derecho penal de hoy.* Trad. Patricia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. *par*. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. 2.

MARTINS, Rui Cunha, *A hora dos cadáveres adiados*: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013

MINAGÉ, Thiago Miranda. Contraditório público e oral como garantidor de um processo penal democrático constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto alegre, v. 03, n. 03, p. 929-964, set.-dez. 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A Constituição juridicamente adequada*: transformações do constitucionalismo e a atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

OLMEDO, Jorge A. Clariá. *Derecho procesal penal*. Atualizado por Jorge E. Vázquez Rossi. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2004. t. I.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milão: Giuffré Editore, 2007.

PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milão: Giuffré Editore, 2006.

PINTO, Felipe Martins. A importância do processo no estado democrático. *Revista da Academia Brasileira de Letras*, Belo Horizonte, ano 89, v. LX, p. 185-187, jan.-mar. 2012.

PINTO, Felipe Martins. A natureza jurídica do processo penal e a estrutura democrática do estado. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord.). *A renovação processual penal após a Constituição de 1988*: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Decisão judicial*: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

WORRAL, John L.; NUGENT-BORAKOVE, M. Elaine (Ed.). *The changing role of the American prosecutor*. Albany: State University of New York Press, 2008.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Contraditório e velocidade: desafios do processo penal democrático na sociedade complexa, de Bruno Tadeu Buonicore e Yuri Felix – *RT* 945/261-274 (DTR\2014\3031);
- O contraditório e o modelo constitucional de processo: explorando o direito à contradição na atualidade, de Lucas Soares de Oliveira – *RT* 1007/281-306 (DTR\2019\40050); e
- Os caminhos e descaminhos do princípio do contraditório: a evolução histórica e a situação atual, de Ravi Peixoto – *RePro* 294/121-145 (DTR\2019\37546).

Globalização e corrupção em uma sociedade complexa

Globalization and corruption in a complexity society

André Folloni

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (IDRFB). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Vice-Presidente da World Complexity Science Academy. Ex-Presidente e membro do International Institute for Law and Complexity. Professor e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). ORCID. 0000-0002-8186-7305
folloni.andre@pucpr.br

Flúvio Cardinelle Oliveira Garcia

Doutorando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Especialista em Direito Eletrônico e Tecnologia da Informação pelo Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN/MS). Bacharel em Ciências da Computação pela Universidade Católica de Brasília (UCB/DF) e em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB/DF). Professor da PUCPR. Delegado de Polícia Federal em Curitiba/PR. ORCID. 0000-0002-3058-9608
fluvio.garcia@pucpr.br

Recebido em: 09.11.2018
Aprovado em: 28.05.2019
Última versão do (a) autor (a): 12.06.2019

Área do Direito: Penal

Resumo: A moderna globalização trouxe consigo uma nova ordem social, econômica e cultural que deu ensejo ao surgimento de uma sociedade global e complexa, marcada por fluxos de comunicação e interações que não respeitam fronteiras geográficas. Exsurge dessa conjuntura moderna um novo sistema social global que se mostra incompreensível por meio das organizações sistêmicas baseadas em estruturas e em um

Abstract: Modern globalization brought forward a new social, economic and cultural order from which came out a global and complex society, featured by communication flows and interactions no limited by geographical boundaries. The new global social system which emerged from this modern conjuncture is not comprehensible through a systemic organization based on structures and in a linear and causal model

modelo linear e causal de estudo. Como alternativa para compreensão dos cenários e desafios atuais, revela-se como adequada a proposta de estudo sob a óptica dos sistemas complexos, a partir da qual Pitasi desenvolveu o conceito de hipercidadania. Dos riscos e incertezas inerentes à complexidade, o vultoso crescimento da macrocriminalidade é considerado um dos mais preocupantes. Seu principal instrumento é a corrupção, arraigada à criminalidade organizada e alastrada por todo o globo em dimensões nunca vistas. O fenômeno da corrupção, em si, exprime algumas características que parecem permitir qualificá-lo sob o enfoque de um sistema complexo, razão pela qual sua compreensão exige uma análise multidisciplinar envolvendo diversos ramos do conhecimento.

Palavras-chave: Globalização – Hipercidadania – Complexidade – Corrupção – Desenvolvimento.

of study. As an alternative to understand the current scenarios and challenges, became adequated the study from the perspective of complex systems, from which Pitasi developed the conception of hypercitizenship. Among the risks and uncertainties inherent in the complexity, the macrocriminality high growth is considered one of the most worrying. Rooted in organized crime and spread all over the globe in unprecedented dimensions, corruption is considered its main instrument. The corruption phenomenon, itself, expresses some characteristics that seem to allow its qualification under the approach of a complex system, and that is why its understanding requires a multidisciplinary analysis involving several branches of knowledge.

Keywords: Globalization – Hypercitizenship – Complexity – Corruption – Development.

Sumário: Introdução. 1. Globalização e hipercidadania. 2. Fundamentos na complexidade. 3. Sociedade de risco, macrocriminalidade e corrupção. Conclusão. Referências.

Introdução

A moderna roupagem do fenômeno da globalização tem proporcionado uma crescente diminuição do espaço-tempo para o trânsito de informações, mercadorias, capitais e pessoas, impulsionada, em grande medida, pelos constantes avanços da tecnologia. As fronteiras nacionais se flexibilizam diante do emaranhado heterogêneo de interações sociais, econômicas, políticas e culturais que caracterizam a sociedade globalizada, fazendo surgir a necessidade de se repensar conceitos como território e cidadania, com foco numa nova ordem mundial marcada pela complexidade. Não linearidade, auto-organização, resiliência, ausência de controle e imprevisibilidade são alguns dos atributos da organização social complexa, transnacional e de risco que emerge da globalização. Ao lado dos aspectos positivos, problemas históricos como a criminalidade e, em especial, a corrupção, tornam-se igualmente complexos, repercutindo efeitos em todo o globo terrestre. O problema posto reside, em larga medida, nos impactos da globalização diante da crescente criminalidade transnacional e no avanço da macrocriminalidade, que geram insegurança e incerteza à sociedade contemporânea. Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo avaliar alguns dos

impactos da globalização na corrupção e na criminalidade organizada, mediante revisão bibliográfica interdisciplinar. Para isso, globalização, hipercidadania, complexidade, macrocriminalidade e corrupção são temas que serão desenvolvidos, organizados em dois tópicos. No primeiro, o fenômeno da globalização, os novos cenários mundiais interativos e de alta dinamicidade por ela estabelecidos, e o conceito multidimensional de hipercidadania desenvolvido por Andrea Pitasi serão avaliados com alicerce no multiculturalismo global e na complexidade presente na atual conjuntura social diante de seus atributos emergentes. Em seguida, serão examinados os impactos da recente globalização no avanço da criminalidade transnacional e, sobretudo, na configuração de uma macrocriminalidade que tem gerado, entre outros efeitos, insegurança e incerteza à sociedade contemporânea. Finalizando o estudo serão expostas considerações, no marco da criminalidade global e da sociedade de risco, acerca da corrupção e de algumas de suas particularidades que podem indicar tratar-se ela de um fenômeno complexo, o que sugere a complexidade enquanto instância metodológica para enfrentamento do tema.

1. Globalização e hipercidadania

A globalização tem sido tratada, doutrinariamente, como um processo, portanto, dinâmico e irreversível, que gera efeitos sobre todos.[1] O espaço deixa de ser um obstáculo limitado à concepção de Estado-nação.[2] Desde o fim do século XX e início do século XXI, os rígidos limites territoriais dos Estados soberanos parecem ter se flexibilizado diante da evolução tecnológica que viabilizou o acesso e o compartilhamento em alta velocidade de dados e recursos financeiros entre pessoas dos mais diversos e longínquos países, permitindo uma complexa integração social e econômica jamais vista na história da humanidade.[3] É possível falar-se em globalização enquanto um fenômeno histórico de raízes longínquas.[4] Contudo, "globalização", em sua acepção mais contemporânea, compreende

1. BAUMAN, Z. *Globalização*: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 7 e 85. Para o autor, a globalização não se refere ao que desejamos ou esperamos fazer, mas ao que está acontecendo a todos nós (p. 68).
2. FARIA COSTA, J. *Direito penal e globalização:* reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 3.
3. SOUZA, L. A. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 58-59.
4. SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 18.

justamente um processo de crescente internacionalização ou mundialização das relações políticas, sociais e econômicas, aliado à expansão e ao uso sem precedentes da tecnologia.[5]

Giddens define a globalização como "a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa".[6] Souza afirma que o advento da rede mundial de computadores (*internet*) e a comunicação por satélites, para citar alguns exemplos, facilitaram a elaboração, a negociação e o aperfeiçoamento à distância de contratos e a movimentação virtual e supranacional de grandes volumes de recursos financeiros, dificultando, em certa medida, o controle e o rastreamento das transações.[7] O capital tem se movido rapidamente, o bastante para permanecer um passo à frente de qualquer limitação territorial estatal, de modo que "o que quer que se mova a uma velocidade aproximada a do sinal eletrônico é praticamente livre de restrições relacionadas ao território de onde partiu, ao qual se dirige ou que atravessa".[8] Não sem razão, Beck assevera que globalização significa o "assassinato da distância, o estar lançado a formas de vida transnacionais".[9]

São inegáveis os avanços da ciência e da tecnologia e as significativas transformações deles resultantes em todas as esferas da sociedade, mormente no desenvolvimento da economia, da cultura e da política em escala global.[10] Conceitos e interpretações são transformados – *v.g.,* soberania, fronteiras, cidadania – em busca de uma nova compreensão da ordem mundial, capaz de entender a comunicação e a integração rápida e eficiente entre as mais diversas pessoas localizadas nas mais variadas partes do mundo, superando vulnerabilidades e dificuldades de acesso ao progresso e ao desenvolvimento, muitas vezes impostas

5. PEREIRA, F. C. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 27.
6. GIDDENS, A. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 69.
7. SOUZA, L. A. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 60.
8. BAUMAN, Z. *Globalização*: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 63.
9. BECK, U. *O que é globalização?* Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 47.
10. MANCINI, G. *Introduction*. In: PITASI, A.; MANCINI, G. (Ed.). Systemic shifts in sociology. LAP: Saarbruecken, 2012, p. 7. Disponível em: [www.academia.edu/7120946/Systemic_Shifts_in_Sociology]. Acesso em: 30.06.2017; PEREIRA. Op. cit., p. 29.

pelas barreiras geográficas tradicionais.[11] Os cenários emergentes da globalização estão cada vez mais moldados por entidades supranacionais, como a ONU, a União Europeia, o NAFTA e a OEA, e multinacionais, como Standard & Poor's, Moody's, Mc Donald's e General Motors, além de novos localismos que não poderiam existir fora de um contexto transnacional.[12] Pitasi é enfático ao afirmar que a perspectiva nacional é "uma forma reptiliana do lado mais antigo e mais sombrio da evolução da nossa espécie", utilizada como ferramenta do senso comum para "para redesenhar fronteiras antigas e reconstruir paredes antigas, limites e paredes totalmente sem sentido e inúteis na era global e cosmopolita".[13]

Relacionado com a globalização aparece o multiculturalismo, que decorre da maior interação entre povos de diferentes culturas espalhados por todo o globo terrestre. A vivência num mundo multicultural implica na redefinição do conceito de identidade e na necessidade de se refletir sobre a concepção de um novo tipo de cidadão.[14] Trata-se de uma cidadania não mais arraigada a um território físico, mas a um sistema social global organizado e complexo onde a *hipercidadania* parece ser a principal forma emergente.[15] Na forma como compreendida por Pitasi, a hipercidadania representa uma forma cosmopolita, autopoiética e

11. ARAVENA, F. R.; GOUCHA, M. Seguridad humana: concepto emergente de la seguridad del siglo XXI. In: ARAVENA, F. R.; GOUCHA, M. (Coord.). *Seguridad humana, prevencion de conflictos y paz*. Santiago do Chile: Flasco, 2002. p. 12; MANCINI. Op. cit., p. 7.
12. PITASI, A.; ANDRISANI, M. 'Hyper citizenship' and the evolution of a global identity. *Journal of Sociological Research*, v. 4, n. 2, 2013. p. 318-320.
13. PITASI, A. A systemic approach to hypercitizenship. In: BONAZZI, M.; DI SIMONE, V. *Redesigning worldwide connections*. Newcastle upon Tyne/UK: Cambridge Scholars Publishing, out. 2015. p. 187; PITASI, A. Designing hypercitizenship methodologically. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*. Curitiba, v. 5, n. 1, jan.-jun. 2014b. p. 6-7; PITASI, A. The hypercitizenship challenge to methodological nationalism. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas/RS, v. 1, n. 1, nov. 2013b. p. 11. Disponível em: [www.academia.edu/23768466/THE_HYPERCITIZENSHIP_CHALLENGE_TO_METHODOLOGICAL_NATIONALISM_-_O_DESAFIO_DA_HIPERCIDADANIA_AO_NACIONALISMO_METODOL%C3%93GICO]. Acesso em: 30.06.2017; PITASI, A.; DOMINICI, G. *Reframing the systemic approach to complex organizations as intangible portfolios*. Rome: Aracne Publishing, 2012. p. 34.
14. MANCINI, G. *Introduction*. In: PITASI, A.; MANCINI, G. (Ed.). *Systemic shifts in sociology*. LAP: Saarbruecken, 2012. p. 10-11. Disponível em: [www.academia.edu/7120946/Systemic_Shifts_in_Sociology]. Acesso em: 30.06.2017.
15. PITASI, *A systemic...*, cit., p. 185; PITASI, *The hypercitizenship...*, cit., p. 10; PITASI; DOMINICI. Op. cit., p. 31-32.

autorreferenciada na qual aquele sistema social global organizado está se redesenhando e reconfigurando "além do antigo cenário neofeudal de ações sociais espelhadas pelo nacionalismo metodológico das antiquadas ciências sociais".[16]A perspectiva cosmopolita se refere a um senso global, sem fronteiras, onde as diferenciações e contradições culturais adquirem nova configuração.[17] Um sistema autopoiético, por sua vez, é aquele capaz de se autorreproduzir por meio de seus próprios elementos, numa lógica recursiva.[18] A autopoiese foi utilizada, inclusive, para qualificar um sistema como vivo, por produzir, a partir de sua abertura ao entorno, os processos e componentes de que necessita.[19] Nesse ponto, importa registrar a fundamental relevância da contribuição da teoria sistêmica de Niklas Luhmann (1927-1998) na descrição e compreensão dos novos cenários da era globalizada, notadamente a partir da incorporação, à teoria sociológica sistêmica, de contribuições interdisciplinares e da evolução do pensamento sociológico numa direção autopoiética, possibilitando entender a sociedade moderna de forma global.[20]

De acordo com Pitasi, é preciso uma mudança de paradigma sob uma óptica sistêmica a fim de se reformular o mapa conceitual dos avanços globais,

16. PITASI, *A systemic...,* cit., p. 181 e 186-187; PITASI, *Designing...* cit., p. 4; PITASI, *The hypercitizenship...,* cit., p. 10-11.; PITASI; DOMINICI. Op. cit., p. 31 e 34; PITASI, A.; ANDRISANI, M. 'Hyper citizenship' and the evolution of a global identity. *Journal of Sociological Research*, v. 4, n. 2, 2013, p. 318. Sobre o nacionalismo metodológico, Beck assim se manifesta: "A perspectiva cosmopolita questiona uma das convicções mais poderosas sobre a sociedade e a política que se expressam na afirmação de que a sociedade moderna e a política moderna só podem ser organizadas sob a forma de estados nacionais. A sociedade é equiparada à sociedade organizada em estados delimitados a nível nacional e territorial. Quando os atores sociais subscrevem essa crença, falo de uma perspectiva nacional. Quando determina a perspectiva do observador científico, falo do nacionalismo metodológico" (BECK, U. *The cosmopolitan vision*. Cambridge/UK: Polity Press, 2006. p. 24).
17. BECK. Op. cit., p. 3.
18. MANCINI. Op. cit., p. 9.
19. FOLLONI, A. *Introdução à teoria da complexidade*. Curitiba/PR: Juruá, 2016. p. 43-44.
20. Para melhores compreensão e aprofundamento acerca das contribuições de Luhmann à sociologia contemporânea e sua visão de sociedade como um sistema global, sugerimos a leitura das seguintes obras: LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais:* esboço de uma teoria geral. Petrópolis: Vozes, 2016 (Col. Sociologia); LUHMANN, Niklas. Essays on self-reference. New York: Columbia University Press, 1990; RODRIGUES, Léo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. *A sociologia de Niklas Luhmann*. Petrópolis: Vozes, 2017 (Col. Sociologia: pontos de referência).

remodelando uma nova ideia de cidadania, a hipercidadania.[21] Essa concepção preocupa-se com os desafios enfrentados em nosso tempo pela comunicação, pela ciência e pela tecnologia, em especial quanto à governança e à formulação de políticas mundiais que tenham o ser humano como principal destinatário.[22]

O emergente conceito pitasiano de hipercidadania é esboçado por meio da convergência multidimensional de quatro tipos distintos de cidadania: cosmopolita, científica, societária e empresarial.[23] A primeira, calcada nos ensinamentos de Beck, tem no cosmopolitismo a contraimagem da teoria da prisão territorial da identidade, da sociedade e da política. Funda-se, basicamente, em cinco princípios constitutivos interligados: 1) o princípio da experiência de crise na sociedade mundial, que aponta para a necessidade de ser ter consciência acerca da interdependência existente na atual comunidade civilizada, uma vez que os riscos e crises globais suplantam as fronteiras entre interno e externo, nós e eles, nacional e internacional; 2) o princípio do reconhecimento das diferenças e do resultante caráter de conflito cosmopolita em relação às variadas culturas e identidades; 3) o princípio da empatia cosmopolita e a intercambialidade virtual das situações, tidas tanto como oportunidade quanto como ameaça na forma de risco; 4) o princípio da impossibilidade de se viver em uma sociedade mundial sem fronteiras e, ao mesmo tempo, almejar o redesenho ou a reconstrução de limites territoriais e muros antigos; e 5) o princípio do "mix", o qual apregoa que as culturas e tradições locais, nacionais, étnicas, religiosas e cosmopolitas se interligam e se fundem.[24]

21. PITASI, A. A systemic approach to hypercitizenship. In: BONAZZI, M.; DI SIMONE, V. *Redesigning worldwide connections*. Newcastle upon Tyne/UK: Cambridge Scholars Publishing, out. 2015, p. 186; PITASI, A.; ANDRISANI, M. 'Hyper citizenship' and the evolution of a global identity. *Journal of Sociological Research*, v. 4, n. 2, 2013, p. 318; PITASI, A.; DOMINICI, G. *Reframing the systemic approach to complex organizations as intangible portfolios*. Rome: Aracne Publishing, 2012. p. 32.

22. PITASI, *A systemic...,* Op. cit., p. 187 e 201; PITASI; ANDRISANI. Op. cit., p. 318-319; PITASI; DOMINICI. Op. cit., p. 34 e 54; PITASI, A. Designing hypercitizenship methodologically. *Revista de DireitoEconômico e Socioambiental*. Curitiba, v. 5, n. 1, jan.-jun. 2014b. p. 3-4; PITASI, A. The hypercitizenship challenge to methodological nationalism. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 1, n. 1, nov. 2013b. p. 11. Disponível em: [www.academia.edu/23768466/THE_HYPERCITIZENSHIP_CHALLENGE_TO_METHODOLOGICAL_NATIONALISM_-_O_DESAFIO_DA_HIPERCIDADANIA_AO_NACIONALISMO_METODOL%C3%93GICO]. Acesso em: 30.06.2017.

23. PITASI, *A systemic...,* Op. cit., p. 186; PITASI, *Designing...* Op. cit., p. 4; PITASI; ANDRISANI. Op. cit., p. 318-319.

24. BECK, U. *The cosmopolitan vision.* Cambridge: Polity Press, 2006. p. 2 e 7.

A segunda dimensão de cidadania utilizada por Pitasi é a científica, proposta por Nowotny ao se referir a uma sociedade baseada no conhecimento, na ciência e na tecnologia. Trata-se, em síntese, da democratização dos conhecimentos científicos a tal ponto que não sejam mais privilégios de alguns, mas compartilhados globalmente por todos em seu dia-a-dia, com reflexos importantes na mobilidade social e profissional ascendente das pessoas.[25] Para Nowotny, a cidadania científica questiona "funções que o conceito expandido de cidadania pode cumprir na integração social e também os deveres que dela decorrem tanto para os cidadãos como para instituições políticas e administrações".[26]

Defende a autora que "ciência e tecnologia atravessam a fronteira entre o presente e o futuro com certa facilidade e, desse modo, aproximam o futuro do presente".[27] Pitasi chama a atenção para o fato de a cidadania científica estar se reconfigurando, fazendo emergir a cidadania societária propugnada por Donati,[28] utilizada por aquele autor na construção epistemológica da noção de hipercidadania. Em suma, a cidadania societária se caracteriza pela atuação das elites mais competentes e qualificadas que, baseadas no conhecimento e inspiradas por sua autonomia e auto-organização, tornam-se grandes líderes à frente de novos ciclos e tendências, refletindo positivamente na capacidade dos cidadãos e das redes sociais em gerar e conformar organizações e novas formas sociais, onde *lobby* e caridade podem conviver.[29] Por fim, integra-se, também, a dimensão da cidadania empresarial, derivada dos ensinamentos de Audretsch acerca da sociedade empresarial, vinculada ao empreendedorismo, ao conhecimento e às oportunidades.[30]

---

25. PITASI, *A systemic...* cit., p. 201; PITASI; ANDRISANI. Op. cit., p. 333; PITASI; DOMINICI. Op. cit., p. 53.
26. NOWOTNY, H. *Insatiable curiosity-innovation in a fragile future*. USA and London: Cambridge, 2008. p. 23-24.
27. Ibidem, p. 155-156.
28. Cf. DONATI, P. *La cittadinanzasocietaria*. Rome-Bari: Laterza, 1993; DONATI, P. *Relational Sociology*. London: Routledge, 2010.
29. PITASI, A. A systemic approach to hypercitizenship. In: BONAZZI, M.; DI SIMONE, V. *Redesigning worldwide connections*. Newcastle upon Tyne/UK: Cambridge Scholars Publishing, out. 2015. p. 191; PITASI, A. Designing hypercitizenship methodologically. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*. Curitiba, v. 5, n. 1, jan.-jun. 2014b. p. 4; PITASI, A.; ANDRISANI, M. 'Hyper citizenship' and the evolution of a global identity. Journal of Sociological Research, v. 4, n. 2, 2013. p. 322; PITASI, A.; DOMINICI, G. *Reframing the systemic approach to complex organizations as intangible portfolios*. Rome: Aracne Publishing, 2012. p. 40.
30. Cf. AUDRETSCH, D. The entrepreneurial society. Oxford: Oxford University Press, 2007.

A hipercidadania pitasiana ilustra os cenários mais amplos e de alta velocidade que se apresentam na sociedade globalizada. Neles, o intercâmbio cultural e as trocas comerciais devem ser mais fáceis, ágeis, seguros e estáveis, favorecendo os fluxos globais de capital humano, intelectual e econômico em escala mundial e o enfrentamento aos desafios socioeconômicos dos tempos modernos que não podem ser exclusivamente gerenciados a nível local ou nacional.[31] Bauman já dizia que "o jogo da dominação na era da modernidade líquida não é mais jogado entre ou 'maior' ou 'menor', mas entre o mais rápido e o mais lento. Dominam os que são capazes de acelerar além da velocidade de seus opositores".[32]

A estes cenários de alta velocidade, viabilizados em maior medida pelo desenvolvimento e pela transmissão de novas e padronizadas plataformas, procedimentos e tecnologias de alcance mundial (*v.g.*, moedas, idiomas, *internet*), Pitasi denomina *Time Zero of Desire* (TZD), pois permite que oferta e demanda de bens tangíveis e intangíveis ocorra com facilidade e menores custos, no mesmo patamar de rapidez que uma troca de *emails* ou SMS.[33] O TZD é cenário final para implementar as turbocondições evolutivas que Pitasi chamou de HSREC (*high speed, reconfiguring, enormous constellation*) ou, numa tradução livre, uma enorme constelação reconfigurada em alta velocidade. As turbocondições evolutivas são as seguintes: 1) reposição do cérebro reptiliano; 2) evolução das sete plataformas de desenvolvimento global, quais sejam: (i) padrões de moeda e *rating;*

31. PITASI, *A systemic...* cit., p. 194; PITASI; ANDRISANI. Op. cit., p. 324; PITASI; DOMINICI. Op. cit., p. 43-44; PITASI, A. The hypercitizenship challenge to methodological nationalism. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 1, n. 1, nov. 2013b. p. 16. Disponível em: [www.academia.edu/23768466/THE_HYPERCITIZENSHIP_CHALLENGE_TO_METHODOLOGICAL_NATIONALISM_-_O_DESAFIO_DA_HIPERCIDADANIA_AO_NACIONALISMO_METODOL%C3%93GICO]. Acesso em: 30.06.2017.
32. BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 214-215.
33. PITASI, A. A systemic approach to hypercitizenship. In: BONAZZI, M.; DI SIMONE, V. *Redesigning worldwide connections*. Newcastle upon Tyne/UK: Cambridge Scholars Publishing, out. 2015. p. 194; PITASI, A.; ANDRISANI, M. 'Hyper citizenship' and the evolution of a global identity. *Journal of Sociological Research*, v. 4, n. 2, 2013. p. 324; PITASI, A., The hypercitizenship challenge to methodological nationalism. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 1, n. 1, nov. 2013b. p. 16. Disponível em: [www.academia.edu/23768466/THE_HYPERCITIZENSHIP_CHALLENGE_TO_METHODOLOGICAL_NATIONALISM_-_O_DESAFIO_DA_HIPERCIDADANIA_AO_NACIONALISMO_METODOL%C3%93GICO]. Acesso em: 30.06.2017; PITASI, A.; DOMINICI, G. *Reframing the systemic approach to complex organizations as intangible portfolios*. Rome: Aracne Publishing, 2012. p. 43-44.

(ii) telecomunicações por satélite digital; (iii) biotecnologias; (iv) tecnologias extra-planetárias; (v) plataformas técnico-linguísticas; (vi) catálogo de conteúdos; e (vii) capitalismo evolutivo; 3) aumento do significado moral e ético do desenvolvimento econômico evitando bolhas financeiras; 4) inserção da esfera política entre os negócios econômicos do setor de serviços; 5) oportunidades de formulação de políticas a cientistas, neo-humanistas e intelectuais; 6) estímulo à evolução subsequente da vida na Terra, com foco na análise da morfogênese neocortical; 7) incentivo à evolução contínua e às invenções com alto valor agregado; 8) excesso de variedade e hipercomplexidade, um sinal de riqueza e também uma grande oportunidade dada a crescente variedade de biodiversidades artificiais; e 9) melhora do capitalismo de competição nas dimensões de curto e médio prazo através de modelos táticos.[34] Essas novas condições implicam o que Pitasi entende como uma redefinição teórica do conceito de sistema.[35]

2. Fundamentos na complexidade

As ideias de globalização e hipercidadania, na forma como exposta, fundamentam-se em teorias de sistemas complexos. Ferraz Junior define sistema como "um repertório de objetos e suas características, que se relacionam conforme certas regras, formando uma estrutura".[36] Um sistema é um conjunto de elementos que se relacionam e adquirem certa ordenação que lhe confere identidade suficiente para se distinguir daquilo que o cerca, tornando-se, assim, um todo, uma unidade diversa do ambiente onde está incluído e, sob tal prisma, havido como autônomo.[37] Ocorre que a globalização do século XXI deixa evidente que é preciso às civilizações se unirem para enfrentar as turbulências sociais e econômicas que agitam o mundo moderno.[38] É um mundo em que os ativos imateriais

34. PITASI, A. *A systemic...* cit., p. 195-196; PITASI; ANDRISANI. Op. cit., p. 324-327; PITASI. *The hypercitizenship ...* cit., p. 17-18; PITASI; DOMINICI. Op. cit., p. 45-48.
35. PITASI, *A systemic...*, cit., p. 182 e 194; PITASI; ANDRISANI. Op. cit., p. 324; PITASI. Op. cit., p. 8 e 16; PITASI; DOMINICI. Op. cit., p. 28; PITASI, A. *The hyperhuman world*: legal systems and social complexity. LAP: Saarbrücken, 2011.
36. FERRAZ JUNIOR, T. S. *Teoria da norma jurídica:* ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 140.
37. FOLLONI, A. *Introdução à teoria da complexidade*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 31-33; FOLLONI, A. Complexidade, direito e normas jurídicas como emergências. *Revista Direito & Práxis*, v. 8, n. 2, 2017. p. 916.
38. BECK, U. *O que é globalização?* Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

superam os materiais e a velocidade e a facilidade são as "estrelas" do processo radical de reconfiguração da vida social em seu mais amplo e profundo significado.[39] Nesse contexto, existem fatores, relações e processos que, nos dizeres de González-Tablas, "têm origem, atuam, se reproduzem, repercutem ou se identificam no espaço mundial, com concreção e materialização diversa em fluxos, atores, comportamentos e valores".[40] É dizer, indivíduos, empresas, profissionais e empreendedores atuam e interagem em um ambiente mundial, auto-organizado, não linear, não controlável e em rigor imprevisível, com alta variedade e crescente densidade, e flexível, onde tudo está interligado em complexas relações de interdependência.[41]

Auto-organização diz respeito à inexistência de comandos centrais, internos ou externos, que determinem a estrutura ou a organização do sistema. Em sistemas complexos não há obediência a um órgão ou entidade central e não se seguem rigidamente planejamentos previamente elaborados em nível sistêmico.[42] Contudo, isso não quer dizer que não haja organização, mas que essa decorre da interação entre os elementos internos do sistema e entre esse e o ambiente onde está inserido. Dito de outra forma, não há uma ordenação imposta de fora para dentro ou de cima para baixo, mas produzida pelo próprio sistema, de forma dinâmica, mais ou menos instável, "dando lugar a desorganizações às quais se seguirão novas ordenações em novas configurações e assim por diante".[43] A dinamicidade oriunda de sua auto-organização caracteriza a não linearidade e a flexibilidade do sistema, que se altera e se adapta no tempo a partir das constantes interações de tal forma que o todo não pode ser compreendido pela soma de seus elementos isoladamente considerados. O resultado final das interações é algo novo em relação às partes e às interações que formam o sistema, o qual, por sua vez, manifesta sua resistência e resiliência em sua capacidade de sobreviver ao perecimento de um ou alguns de seus elementos, bem como de alterar suas

39. PITASI; DOMINICI. Op. cit., p. 19; PITASI, *A systemic...,* cit., p. 191; PITASI; ANDRISANI. Op. cit., p. 322; PITASI*, The hypercitizenship...,* cit., p. 14.

40. GONZÁLEZ-TABLAS, A. M. Reflexión metodológica en torno a la globalización. *Revista de Economía Mundial*, n. 9, 2003. p. 87.

41. PITASI, A. A systemic sociological theorem of global evolution. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental.* Curitiba, v. 4, n. 1, p. 94, jan.-jun., 2013a.

42. FOLLONI, A. *Introdução à teoria da complexidade*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 41; FOLLONI, A. Complexidade, direito e normas jurídicas como emergências. *Revista Direito & Práxis*, v. 8, n. 2, 2017. p. 918.

43. FOLLONI, *Introdução..,* cit., p. 39 e 41.

configurações preservando um padrão mais amplo que, a despeito das perturbações sofridas, permanece no tempo.[44] Dos traços já apresentados, depreende-se a falta de previsibilidade e controle das organizações sistêmicas globais, pois não se sabe antecipadamente qual será o resultado que emergirá das sofisticadas interações que ocorrem dentro do sistema e entre suas partes e o ambiente ao qual se agrega.[45] Não há proporção entre causas e efeitos, uma vez que "causas múltiplas ou intensas podem gerar efeitos pouco relevantes e localizados, assim como causas simples ou sutis podem produzir efeitos importantes e generalizados".[46] Nesse particular, tem-se o risco que advém das emergências que se relacionam com o conceito de complexidade. Sendo novidades imprevisíveis, os padrões emergentes são os que se manifestam entre muitos potenciais. Não é possível, então, prever quais serão os exatos efeitos das ações, com o que a sociedade se vê fundada e constituída por contingência e incerteza.[47] Por esse motivo, Luhmann atribui à complexidade o fato de sempre existirem mais possibilidades do que aquelas que se apresentam, potencialmente podendo haver a realização do imprevisível o que, *de per si*, implica em risco.[48] A despeito da incerteza e dos riscos do futuro, e exatamente por causa delas, surgem, paradoxalmente, oportunidades que podem facilitar lógicas cada vez mais complexas de evolução.[49]

O modelo de sistema social de Parsons era linear e causal, fundamentado na hierarquia, na estrutura, no equilíbrio, na previsibilidade, no controle e na rigidez.[50] Esse modelo torna-se obsoleto e se mostra incapaz de contribuir para o desenvolvimento de uma análise interdisciplinar das mudanças globais.[51] Por essa

44. CAPRA, F.; LUISI, P. L. *The systems view of life*: a unifying vision. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 356; FOLLONI, *Introdução...,* cit., p. 40 e 42.

45. PRIGOGINE, I.; STENGERS, I. *Order out of chaos*. New York: Bantam Books, 1984. p. 47; FOLLONI, *Introdução...,* cit., p. 22; FOLLONI, *Complexidade...*, cit., p. 926.

46. CILLIERS, P. *Complexity and postmodernism: understanding complex systems*. London: Routledge, 2002. p. 4.

47. GONÇALVES, G. L. Direito como sistema de controle: para uma atualização da crítica da forma jurídica a partir da teoria dos sistemas. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 6, 2013. p. 102.

48. LUHMANN, N. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1. p. 45.

49. PITASI, A.; DOMINICI, G. *Reframing the systemic approach to complex organizations as intangible portfolios*. Rome: Aracne Publishing, 2012. p. 23.

50. Cf. PARSONS, T. *The social system*. Washington: Free Press, 1951.

51. PITASI; DOMINICI. Op. cit., p. 51; MANCINI, G. Introduction. In: PITASI, A.; MANCINI, G. (Ed.). *Systemic shifts in sociology*. LAP: Saarbruecken, 2012. p. 10. Disponível em: [www.academia.edu/7120946/Systemic_Shifts_in_Sociology]. Acesso em: 30.06.2017; PITASI, A. A systemic approach to hypercitizenship. In: BONAZZI, M.; DI

razão, Pitasi e Dominici chamam a atenção para o início de mudança de paradigma da visão das organizações sistêmicas como "estruturas" (todo-partes), de Parsons, para as organizações sistêmicas como fluxos de comunicação (sistema-ambiente), de Luhmann.[52] Nesse novo paradigma, "a hierarquia se desfaz, a estrutura se torna flexível, o equilíbrio se instabiliza, a rigidez é desmaterializada, o futuro se torna imprevisível e o controle é substituído pela complexidade".[53]

É possível identificar o fenômeno da complexidade quando um todo organizado – formado por um grande número de fatores inter-relacionados –- é mais do que a soma de seus elementos.[54] O estudo da complexidade é uma evolução do estudo dos sistemas. A teoria da complexidade surge como alternativa à compreensão científica da realidade a partir da consciência de problemas inseridos no âmbito de sistemas complexos que envolvem quantidades enormes e heterogêneas de elementos (ou agentes) que interagem entre si, interna e externamente, das mais variadas formas.[55] Jörg adverte ser a complexidade, ela própria, complexa: É dizer, não há precisão e consenso quanto aos significados e alcances do estudo da complexidade e nem quanto ao que são os sistemas complexos e as qualidades que devem estar presentes num sistema a fim de caracterizá-lo como tal.[56] Morin advoga que a complexidade se refere "ao acaso e à incerteza, tanto do conhecimento a respeito dos sistemas complexos, quanto ao funcionamento desses próprios sistemas".[57]

SIMONE, V. *Redesigning worldwide connections*. Newcastle upon Tyne/UK: Cambridge Scholars Publishing, out. 2015. p. 199; PITASI, A.; ANDRISANI, M. 'Hyper citizenship' and the evolution of a global identity. *Journal of Sociological Research*, v. 4, n. 2, 2013. p. 330; PITASI, A. The hypercitizenship challenge to methodological nationalism. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 1, n. 1, nov. 2013b. p. 20. Disponível em: [www.academia.edu/23768466/THE_HYPERCITIZENSHIP_CHALLENGE_TO_METHODOLOGICAL_NATIONALISM_-_O_DESAFIO_DA_HIPERCIDADANIA_AO_NACIONALISMO_METODOL%C3%93GICO]. Acesso em: 30.06.2017.

52. PITASI; DOMINICI. Op. cit., p. 17; FOLLONI. *Introdução...,* cit., p. 36.
53. FOLLONI, *Introdução...,* cit., p. 36.
54. Ibidem, p. 21-22, 28 e 38. O autor deixa claro que a teoria da complexidade deve ser compreendida como uma teoria dos sistemas, que tem por objeto específico os sistemas complexos (FOLLONI, *Introdução...,* cit., p. 36).
55. RUHL, J. B.; KATZ, D. M. Measuring, monitoring, and managind legal complexity. *IOWA Law Review*, v. 100, 2015, p. 4.
56. JÖRG, T. *New thinking in complexity for the social sciences and humanities*: generative, transdisciplinary approach. New York: Springer, 2011. p. 46.
57. MORIN, E. *Introducción al pensamiento complejo*. Barcelona: Gedisa, 1994. p. 45.

Há, contudo, relativo consenso acerca de algumas características que emanam dos sistemas complexos cujas especificidades podem ser utilizadas para diferenciá-los, em boa medida, daqueles sistemas não complexos.[58] Não por acaso, tais atributos se mostram compatíveis e harmônicos com aqueles que efluem dos modernos cenários mundiais oportunizados pelos avanços da globalização sobre os quais se assentam a hipercidadania pitasiana: 1) A auto-organização espontânea resultante: (i) das numerosas interações, internas e externas, dos elementos que compõem o sistema complexo; (ii) da inexistência de uma autoridade central no comando e de planejamento previamente determinado.[59] 2) A não linearidade dos sistemas complexos, que são dinâmicos e, portanto, evoluem no tempo por meio das interações entre seus elementos e desses com o ambiente, produzindo emergência.[60] 3) A ausência de controle, porque, em rigor, sistemas complexos não podem ser controlado, mas administrados, justamente por não seguirem caminhos determinados. São sistemas que se adaptam ao ambiente e às perturbações.[61] 4) Resiliência e maleabilidade para se amoldarem a situações imprevisíveis e aos efeitos não esperados que dimanam das intensas relações entre suas partes e entre essas e o ambiente onde os sistemas complexos se inserem.[62]

A conjuntura mundial protagonizada pelo fenômeno da globalização exibe vários traços que se coadunam com uma organização social sistêmica complexa transnacional em constante movimento, mutante no tempo e no espaço. Partindo-se de tal premissa, pautada pela complexidade, é que se passa a apresentar outro fenômeno, o da corrupção, e seus reflexos no desenvolvimento numa sociedade globalizada.

3. Sociedade de risco, macrocriminalidade e corrupção

A abundância de oportunidades e recompensas trazidas pelo progresso científico e tecnológico, bem como pela expansão do conhecimento, dos mercados, e da

58. FOLLONI, A. *Introdução à teoria da complexidade*. Curitiba/PR: Juruá, 2016. p. 37.

59. Ibidem, p. 22, 40 e 113; RUHL, J. B.; KATZ, D. M. Measuring, monitoring, and managind legal complexity. *IOWA Law Review,* v. 100, 2015, p. 4.

60. GOLDSTEIN, Jeffrey. *Emergence as a construct: history and issues*. *Emergence*, v. 1, n. 1, 1999, p. 55; FOLLONI. *Introdução...,* cit., p. 25 e 40.

61. RUHL; KATZ. Op. cit., p. 4; FOLLONI. *Introdução...,* cit., p. 36-37.

62. . HOLLAND, J. *Complex adaptive systems*. *Daedalus*, v. 121, n. 1, p. 18, 1992; FOLLONI. *Introdução...,* cit., p. 23, 64 e 113; FOLLONI, A. Complexidade, direito e normas jurídicas como emergências. *Revista Direito & Práxis*, v. 8, n. 2, 2017. p. 919.

economia para além das fronteiras nacionais trazem consigo, entretanto, um aumento na produção social dos riscos.[63] O fenômeno histórico da globalização se apresenta hodiernamente sob o manto de uma peculiar capacidade de intensificação das relações sociais, em especial, graças ao significativo aumento do tratamento instantâneo e transnacional de uma quantidade cada vez maior de informações.[64] As rígidas fronteiras dos Estados nacionais parecem ter se flexibilizado, notadamente, diante da evolução tecnológica que viabilizou o acesso e o compartilhamento em alta velocidade de dados e recursos financeiros entre pessoas dos mais diversos e longínquos países, permitindo uma complexa integração social e econômica, jamais vista na história da humanidade.[65] Para Bauman, a globalização não se refere ao que desejamos ou esperamos fazer, mas ao que está acontecendo a todos nós.[66]

Souza afirma que o advento da rede mundial de computadores (*internet*) e a comunicação por satélites, para citar alguns exemplos, facilitaram a elaboração, a negociação e o aperfeiçoamento à distância de contratos e a movimentação virtual e supranacional de grandes volumes de recursos financeiros, dificultando, em certa medida, o controle e o rastreamento das transações.[67] O capital tem se movido rapidamente, o bastante para permanecer um passo a frente de qualquer limitação territorial estatal e "o que quer que se mova a uma velocidade aproximada à do sinal eletrônico é praticamente livre de restrições relacionadas ao território de onde partiu, ao qual se dirige ou que atravessa".[68]

Desponta, assim, a concepção de uma nova forma social, chamada por Beck de *sociedade de risco*, temente do risco ou perigo de que as novas técnicas e tecnologias sejam manejadas para a concretização de certos e determinados danos.[69]

---

63. MANCINI, G. Introduction. In: PITASI, A.; MANCINI, G. (Ed.). *Systemic shifts in sociology*. LAP: Saarbruecken, 2012. p. 11. Disponível em: [www.academia.edu/7120946/Systemic_Shifts_in_Sociology]. Acesso em: 30.06.2017; SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 32.
64. FARIA, J. E. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 61-61.
65. SOUZA, L. A. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 58-59.
66. BAUMAN, Z. *Globalização*: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 68.
67. SOUZA, L. A. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 60.
68. BAUMAN, Z. *Globalização:* as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 63.
69. BECK, U. *La sociedad del riesgo*: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidos, 1998. p. 25-30.

Csepeli e Bauman chegam a asseverar que essa nova condição social pode gerar desigualdades extremas, notadamente quanto ao efetivo acesso de toda população mundial às vantagens proporcionadas pelas intensas e ágeis interações que se dão no contexto da sociedade complexa e globalizada.[70] Contudo, a questão não está na globalização em si ou em se os menos favorecidos estariam em melhor ou pior situação sem ela, mas na distribuição adequada de seus benefícios de forma a atender os interesses dos destituídos, exigindo-se reavaliação quanto aos arranjos institucionais nacionais e mundiais resultantes da modernidade que estribam as relações econômicas e sociais globalizadas.[71] Como regra, o ponto nevrálgico não é saber se um sistema em particular é melhor para todos do que nenhum sistema seria, mas se ele resulta numa adequada divisão de benefícios. Não é suficiente refutar a crítica de que um sistema de distribuições é injusto dizendo-se simplesmente que todas as partes envolvidas estão em melhor condição do que estariam na ausência de cooperação. O relevante mesmo é a escolha entre as alternativas.[72]

Os avanços tecnológicos nos sistemas de comunicação e transmissão da informação, a livre circulação de capitais, a redução às barreiras impostas ao intercâmbio de bens e serviços ampliaram sobremedida a proliferação de atividades delitivas.[73] Essa nova condição facilita a atuação transnacional de grupos criminosos, sobretudo no âmbito da criminalidade organizada.[74] É essa uma das mais preocupantes formas de criminalidade e fonte de insegurança da sociedade contemporânea,[75] que impõe à Ciência Penal novos desafios e questionamentos,

70. BAUMAN, Z. *Globalização*: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 8; CSEPELI, G. Unfinished evolution. In: PETROCCIA, S. *Between global and local*: citizenship and social change. Bologna: Societá Editrice Esculapio, fev. 2017, p. 15-16.

71. SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 23, 26-32.

72. Sobre as várias possibilidades de arranjos em sistemas que produzem ganhos, é importante a lição de John Nash ao esclarecer que, (NASH JR., J. F. The bargaining problem. *Econometria*, v. 18, n.. 2, p. 155-162. abr./1950. Disponível em: [www.jstor.org/stable/1907266?seq=1#page_scan_tab_contents]. Acesso em: 25.06.2017.

73. Cf. ROTMAN, E. The globalization of criminal violence. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, v. 10, Fall, n. 1, 2000.

74. FURTADO, L. R. *As raízes da corrupção no Brasil:* estudo de casos e lições para o futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 384; HERRÓN, M. et al. *Análisis, técnicas y herramientas en el combate a la delincuencia organizada y corrupcío*: con fundamento en la Convencíon de Palermo. México DF: Ediciones Coyoacán, 2007. p. 23.

75. CALLEGARI, A. L.; WERMUTH, M. A. D. *Sistema penal e política criminal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 95-97; PEREIRA, F. C. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 32.

notadamente diante das facilidades da *internet* e das zonas de livre comércio em algumas regiões do mundo, "nas quais se produz uma permeabilidade econômica das fronteiras nacionais e se reduzem os controles".[76] Knepper proclama, a propósito, que vivemos na era da delinquência internacional.[77] Ferrajoli, por sua vez, testifica que um dos efeitos perversos da globalização é a criminalidade global, com dimensões sem precedentes, com poderio econômico capaz de comprometer a soberania de muitos Estados soberanos e, ainda, com movimentação de volumes de numerário ilícito superiores às economias combinadas de vários países.[78]

A criminalidade organizada intensifica-se em escala diretamente proporcional às vantagens oferecidas pela tecnologia à sociedade de risco, sofisticando-se por meio de organizações criminosas que, a partir de um computador conectado à *internet,* tem a possibilidade de movimentar vultosa quantia de ativos em condutas ilícitas de lavagem de dinheiro, fraudes financeiras e outras congêneres. Organizações criminosas transnacionais atuam num contexto reditício, valendo-se do proveito de seus ilícitos para subsidiar a prática de cada vez mais delitos e fortalecendo-se economicamente, quanto maior for a quantidade de crimes perpetrados.

Desde o final do século XX, Hassemer já apontava que a criminalidade organizada era um fenômeno mutável que seguia as tendências dos mercados[79] nacionais e internacionais, tornando-se, assim, difícil de ser isolada.[80] É de se perceber

76. RODRIGUES, A. M. Globalização, democracia e crime. In: COSTA, J. F; MARQUES DA SILVA, M. A. (Coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais:* visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 284.

77. KNEPPER, P. *The invention of internacional crime: a global issue in the making 1881-1914*. London: Palgrave Macmillian, 2010. p. 1.

78. FERRAJOLI, L. Criminalidad y globalización. *Claves de razón práctica*, n. 152, 2005, p. 20; SOUZA, L. A. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 149; BERMEJO MARCOS, F. La globalización del crimen organizado. *Revista Eguzkilore*. San Sebastían, n. 23, 2009, p. 103-104.

79. Mackaay e Rousseau conceituam *mercado* como "qualquer situação em que pessoas que têm bens ou serviços para oferecer procuram apresentar-se frente a pessoas interessadas em obtê-los, ou, ainda, aquela em que muitos compradores potenciais buscam se apresentar frente à pessoa ou às pessoas que tenham bens ou serviços a oferecer, podendo, portanto, os dois fenômenos ocorrer simultaneamente" (MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 91).

80. HASSEMER, W. Segurança público no estado de direito. In*: Três temas de direito penal*. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 67.

que os bens jurídicos ameaçados pela criminalidade econômica contemporânea, pautada pela globalização, não se limitam àqueles protegidos pelo Direito Penal clássico, normalmente afetos ao indivíduo. Para além disso, busca-se a proteção de bem jurídicos de difícil delimitação e percepção, de interesse da coletividade, ditos supra ou metaindividuais,[81] os quais, uma vez lesionados, repercutem prejuízo a um número indefinido de pessoas.[82] Não se limitam, contudo, aos delitos econômicos, podendo ter ramificações na política, no terrorismo e no tráfico de drogas e de pessoas, entre outros.[83] Shelley aponta que a criminalidade organizada representa "uma nova forma de autoritarismo político não estatal, traduzindo-se em um enfraquecimento do Estado Democrático, ao qual se une uma forte dose de violações aos direitos humanos".[84] Briscoe, a propósito, ensina que a criminalidade organizada pode, inclusive, consistir em um verdadeiro modo de controle social alternativo, não oficial:

> "Surge daí a expressão 'Estado paralelo' para referir-se ao modo de imposição violenta das redes ilícitas que se infiltram no tecido social e, de modo especial, nas instituições governamentais."[85]

Nessa perspectiva, agiganta-se a chamada *macrocriminalidade* – refinada, de técnica hábil, preponderantemente econômica – que se desenvolve de forma paralela à complexidade da vida moderna, utilizando as potencialidades da globalização para se organizar.[86] Por exemplo, as ordens de controle são nacionais ou locais, mas as transações econômicas superam esse espaço.[87] Para Silva Sánchez,

81. São exemplos de bens jurídicos supraindividuais: a ordem econômica e tributária do Estado, o sistema financeiro e previdenciário nacional, as relações de consumo, o meio ambiente, o patrimônio cultural e a saúde pública.
82. PRADO, L. R. *Direito penal econômico*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 394; GODOY, L. R. U. *Crime organizado e seu tratamento jurídico penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 129.
83. PRADO, L. R. *Direito penal econômico*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 395.
84. SHELLEY, L. *Transnational organized crime*: the new authoritarianism: the illicit global economy and state power. Lanham: Rowman and Littlefield, 1999. p. 25.
85. BRISCOE, I. La proliferacíon del estado parelelo. Madrid: Fride - Fundacíon para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior, 2008. Disponível em: [http://fride.org/publicacion/511/la-proliferacion-del-estado-paralelo]. Acesso em: 28.06.2017.
86. GODOY, L. R. U. *Crime organizado e seu tratamento jurídico penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 127.
87. BAUMAN, Z. *Globalização*: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 133.

"a delinquência da globalização é a delinquência econômica".[88] Bassiouni e Vetere anotam que

> "a delinquência organizada se aproveita da debilidade das instituições, em países em via de desenvolvimento, com a finalidade de incremento de suas atividades ilícitas, operando em lugares nos quais se encontre mais segura frente à persecução penal, devido ao fato de que não exista uma legislação contra o crime organizado, ou porque existam dificuldades em ativar mecanismo eficazes de cooperação jurídica internacional".[89]

Em tempos de sociedade de risco, a criminalidade econômica tem prosperado largamente como um fenômeno que segue as tendências dos mercados nacionais e internacionais, movimentando vultosas somas de ativos em condutas ilícitas de lavagem de dinheiro, fraudes financeiras, corrupção e outras congêneres.[90] Bauman explica que a dificuldade de se detectar a criminalidade econômica reside no fato de os delitos serem praticados "em um círculo íntimo de pessoas unidas pela cumplicidade mútua, a lealdade à organização e o *esprit de corps*".[91] Outrossim, esclarece o autor que a macrocriminalidade econômica é invisível aos olhos da massa social, pois, para o senso comum, os criminosos advêm da base da sociedade e, sendo assim, a vigilância pública dirigida à elite é praticamente inexistente.[92] Para além de tais considerações, não seria desarrazoado inferir que essa mesma elite, quando beneficiária de delitos de corrupção, poucos esforços envidará para coibir práticas ilícitas que, a despeito dos muitos danos causados à sociedade, podem aumentar seu poder econômico ou político, preferindo incentivar o recrudescimento da *microcriminalidade*, ou "criminalidade tradicional", posicionamento sobre essa os holofotes da persecução penal.

88. SILVA SÁNCHEZ, J. M. *A expansão do direito penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT, 2002. p. 94-95. Lembra-nos Prado que as formas de manifestação da criminalidade organizada variam conforme o espaço e a realidade social onde se desenvolvem e que não se restringem aos delitos econômicos, podendo ter ramificações na política, no terrorismo e no tráfico de drogas e de pessoas, entre outros (PRADO, L. R. *Direito penal econômico*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 395).
89. BASSIOUNI, C.; VETERE, E. *Organized crime: a compilation of U. N. documents 1975-1998*. Ardsley/New York: Transnational, 1998. p. 33.
90. HASSEMER, W. Segurança público no estado de direito. In*: Três temas de direito penal*. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 67.
91. BAUMAN, Z. *Globalização*: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 132.
92. BAUMAN. Op. cit., 1999, p. 132-134.

A nova criminalidade organizada, pontifica Prado, não adota a violência como instrumento principal de suas condutas, mas a corrupção, "que é por si só mais silenciosa, de modo a favorecer o êxito dos objetivos da organização com riscos menores de persecução".[93] Schilling aponta que, em regra, não há expansão e atuação do crime organizado sem a incidência de atos corruptivos.[94] Por esse motivo, Pereira atesta que "sem a ostentação de seus tentáculos junto aos poderes do Estado – através da corrupção –, a atuação da criminalidade organizada apresenta-se frágil e sem potencialidade lesiva"[95]. Vincula-se a corrupção às mais diversas formas de delinquência, especialmente àquelas práticas onde há suborno, propina, fraude, lavagem de dinheiro, apropriação indébita, desvio de recursos, extorsão, tráfico de influência, abuso de poder, enriquecimento ilícito, falsificação de documentos, benefícios pessoais em detrimento aos cofres públicos, criminalidade organizada, entre outras tantas.

A corrupção pode, então, ser considerada um vício capital de nossa época.[96] Tem abrangência universal.[97] Trata-se, naturalmente, de um fenômeno antigo, atingindo indiscriminadamente épocas e sistemas políticos.[98] Diversos foram os pensadores que, em diversos momentos históricos, geograficamente afastados e

93. PRADO. Op. cit., p. 397 e 400.

94. SCHILLING, F. Corrupção, crime organizado e democracia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* n. 36, 2001, p. 408.

95. PEREIRA, F. C. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 47.

96. EIGEN, P. *Las redes de la corrupcíon:* la sociedad civil contra los abusos del poder. Barcelona: Editorial Planeta, 2004. p. 15.

97. PEREIRA, F. C. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 53.

98. DE SOUZA, L. *Corrupção*. Lisboa: Fundação Manuel dos Santos, 2011, p. 13; GIL VILLA, F. *La cultura de la corrupcíon*. Madrid: Maia Ediciones, 2008. p. 21-22; ACOSTA, A. *Corrupcíon*: corregida y aumentada. Barcelona: Editorial Icaria, 2013. p. 7; GONZÁLEZ JIMÉZEZ, M. et al. *Instituciones y corrupción en la historia.* Valladolid: Secretariado de publicaciones e intercambio científico, 1998; PEREIRA. Op. cit., p. 43. No Brasil, a Carta de Pero Vaz de Caminha, primeiro documento escrito da história do país, datado de 01.05.1500 e dirigida ao Rei de Portugal, D. Manuel, registra em sua parte final o que seria o primeiro ato de corrupção em solo brasileiro, quando o escritor solicita benesses indevidas em favor de seu genro, Jorge de Osório, que estaria preso por ter assaltado uma igreja e ferido um padre (BIBLIOTECA VIRTUAL DE LITERATURA. Carta de Pero Vaz de Caminha. Disponível em: [www.biblio.com.br/defaultz.asp?link=http://www.biblio.com.br/conteudo/perovazcaminha/carta.htm]. Acesso em: 27.06.2017).

sob regimes de governo diferentes, voltaram seus interesses para o tema da corrupção, o que demonstra sua universalidade.[99]

No entanto, com o fim da Guerra Fria e o significativo incremento do ritmo da democratização e das relações econômicas mundiais, o alcance da corrupção atingiu proporções alarmantes, tornando-se um problema global que desconhece fronteiras.[100] O elevado fluxo de transações comerciais internacionais e de circulação mundial de capitais, o realce e a aproximação das desigualdades de ordem econômica, social, cultural e jurídica promovidos pela globalização favorecem o aumento e a disseminação da corrupção, uma vez que permitem a coexistência, em tempo real, de realidades muito destoantes. Com isso, leciona Garcia, "tem-se um campo propício ao oferecimento e à consequente aceitação de vantagens indevidas, em especial quando os envolvidos ocupam pólos opostos em relação aos mencionados indicadores".[101] De entendimento semelhante, Benito Sánchez vê a supressão das fronteiras físicas em areas de integração econômica e o majestoso desenvolvimento das tecnologicas da informação como fatores que têm contribuído para a transnacionalidade e a expansão da corrupção no mundo.[102]

O novo atributo de transnacionalidade da corrupção, explica Sánchez Rios, pode ser depreendido do tratamento jurídico-penal conferido ao fenômeno, que não mais se restringe a um país, mas ganha projeção transfronteiriça ao se vincular, particularmente, com a lavagem de dinheiro e a delinquência econômica. Para o autor, esta transformação é marcante, "pois de um discurso interno e estanque da corrupção passamos hoje a uma melhor compreensão das práticas e comportamentos reprováveis recepcionados num denominado movimento internacional anticorrupção".[103] Não restam dúvidas de que a globalização conferiu uma nova dimensão ao fenômeno da corrupção, cujas causas e efeitos não

99. EFING, A. C.; EFING, A. C.; MISUGI, G. Corrupção e direito civil: a corrupção como fator impeditivo de desenvolvimento e o papel da sociedade civil. In: LAUFER, D. *Corrupção*: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito. Curitiba: Juruá, 2013. p. 44.

100. PEREIRA. Op. cit., p. 55-56.

101. GARCIA, E. A corrupção: uma visão jurídico-sociológica. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, 2004. p. 218-219.

102. BENITO SÁNCHEZ, D. *Notas sobre la corrupción transnacional*: sus efectos y su combate. Salamanca: Ratio Legis, 2010. p. 240-241.

103. SÁNCHEZ RIOS, R. A guisa de prefácio: a corrupção, sua repercussão e o seu enfoque multidisciplinar. In: LAUFER, D. *Corrupção*: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito. Curitiba: Juruá, 2013. p. 7.

se restringem a limites territoriais nacionais.[104] Requerem, portanto, ação numa perspectiva transnacional e cooperativa para seu enfrentamento: agentes privados, Estados e organizações internacionais.[105] Justifica-se a preocupação da comunidade mundial estampada em diversas Convenções que tratam sobre o tema.[106]

Para além do meio social globalizado e complexo em que atualmente se vê inserida, a corrupção evidencia peculiaridades que a aproximam da complexidade, mormente em face do sem-número de causas multidisciplinares que buscam explicá-la, da dinamicidade e resiliência historicamente demonstradas em suas diversas adaptações no tempo e no espaço, havidas em razão da auto-organização interna de seus elementos, da falta de previsibilidade e controle que gera riscos e incertezas com efeitos nocivos múltiplos, de ordem social, econômica, política, jurídica e institucional, e, por fim, da enredada dificuldade de se chegar a um consenso quanto à sua conceituação, que invariavelmente perpassa as mais diferentes áreas do conhecimento.

Três explanações poderiam esclarecer a gênese da corrupção: a) *personalísticas*: com foco na investigação psicológica, a corrupção decorreria da fragilidade da natureza humana, da ganância e do egoísmo, e representaria, assim, más ações de pessoas ruins; b) *institucionais*: os atos corruptivos são oriundos de problemas de administração, entre eles dos empecilhos gerados por leis e regulamentos que traduzem rigidez perniciosa à burocracia; e c) *sistêmicas*: para as quais a

104. BARBOZA, M. N. *O combate à corrupção no mundo contemporâneo e o papel do Ministério Público no Brasil*. Brasília: Ministério Público Federal, 2006. p. 6.

105. FURTADO, L. R. *As raízes da corrupção no Brasil:* estudo de casos e lições para o futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 44.

106. Entre tantas, foram ratificadas e contam com a adesão do Brasil as seguintes: Convenção Interamericana contra a Corrupção (1996) da Organização dos Estados Americanos, também chamada de Convenção Anticorrupção da OEA ou Convenção de Caracas, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 4.410, de 07 de outubro de 2002; Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (1997) da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento, conhecida como Convenção da OCDE, ratificada no Brasil por meio do Decreto 3.678, de 30 de novembro de 2000; Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (2000), igualmente chamada de Convenção de Palermo, incluída na ordem jurídica brasileira pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004; e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2003), também denominada Convenção Anticorrupção da ONU ou Convenção de Mérida, ratificada no Brasil por meio do Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

corrupção emerge da interação entre o público e o privado, na forma de influências recíprocas, como parte integrante do sistema político.[107] Pereira orienta que, num primeiro momento, o fenômeno da corrupção pode ser analisado sob o prisma de uma abordagem *moralista*, *integracionista* e *jurídica*. Na primeira, considera-se a corrupção como a exteriorização de uma disfunção do caráter moral e ético daquele que a pratica. Na segunda, é vista numa relação direta de favorecimento da integração de grupos em dado sistema político e social. Na terceira, tem-se a corrupção quando há violação de preceitos legais.[108]

Na visão de Furtado, três são os aspectos que se destacam nas tentativas de se conceituar a corrupção: 1) a ideia de desvio da função pública, manifesta na importância conferida ao descumprimento dos deveres dos servidores públicos; 2) a ênfase à relação entre oferta e procura e aos meios não lícitos utilizados para a intermediação dos processos econômicos; e 3) a preponderância do interesse público.[109] Para Silva, a corrupção pública é uma "relação social (de caráter pessoal, extramercado e ilegal) que se estabelece entre dois agentes ou dois grupos de agentes (corruptos e corruptores), cujo objetivo é a transferência ilegal de renda, dentro da sociedade ou do fundo público, para a realização de fins estritamente privados".[110] Tal conceito parece desprezar a denominada *corrupção privada*, aquela cujos atos são praticados exclusivamente na esfera privada, sem que haja qualquer agente envolvido com o Poder Público.[111] Parece desconsiderar, também, a possibilidade da prática de atos corruptivos pelo agente estatal

107. JOHNSTON, 1982 *apud* BREI, Z. A. A corrupção: causas, consequências e soluções para o problema, *Revista de Administração Pública,* FGV, Rio de Janeiro, maio-jun. 1996. p. 104.

108. PEREIRA, F. C. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 43.

109. FURTADO, L. R. *As raízes da corrupção no Brasil:* estudo de casos e lições para o futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 27-28.

110. SILVA, M. F. G. *A economia política da corrupção no Brasil*. São Paulo: SENAC, 2000. p. 31.

111. PINTO, C. M. B. C.; NASCIMENTO NETO, J. O. do. Instituições Democráticas e Políticas Públicas de Combate à Corrupção no Estado Constitucional. In: BETTES, J. M.; PAIVA, L. L. de; DERETTI, L. (Org.). *Temas de desenvolvimento e socioambientalismo*. Curitiba: Editora CRV, 2016. p. 86. Os autores apresentam como exemplo de corrupção privada os "falsos ajustes entre compradores e vendedores em relação aos preços de bens, mercadorias, produtos e serviços, com o propósito de reduzir ou mesmo excluir a base de cálculo de tributos (exemplo, falsear o valor da compra ou venda imobiliária com o propósito de reduzir a base de cálculo do ITBI)" (p. 86).

isoladamente, por meio de desvio de verbas públicas, peculato e outros.[112] Bobbio apresenta sua definição de corrupção atrelada ao descumprimento dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de vantagens econômicas ilícitas;[113] já Oliveira retoma o estudo da corrupção como declínio moral no exercício do poder em detrimento ao interesse público.[114]

Os entendimentos acima expostos não esgotam as numerosas propostas de conceituação da corrupção, contudo, sinalizam a elevada variedade de posicionamentos existentes para a contextualização e tratamento do tema. Acosta alerta para a circunstância de que a conduta hoje considerada corrupta pode não ter sido em outras épocas; ainda, o que é ilícito e corrupto em um país pode não o ser em outro.[115] Ademais, há lugares em que a corrupção faz parte da cultura enraizada do povo e que o conformismo da população implica em ausência de qualquer censura aos protagonistas dos atos corruptivos.[116] Em meados do século XX, os adeptos da teoria estrutural-funcionalista (ou da modernização), como Huntington, Nye e Leclerq, reputavam à corrupção uma forma de superar a rigidez burocrática não modernizada, desemperrando o crescimento econômico e, dessarte, promovendo o desenvolvimento.[117] A teoria da modernização reputa à corrupção o resultado de um descompasso entre diferentes

112. EFING, A. C.; EFING, A. C.; MISUGI, G. Corrupção e direito civil: a corrupção como fator impeditivo de desenvolvimento e o papel da sociedade civil. In*:* LAUFER, D. *Corrupção*: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito. Curitiba/PR: Juruá, 2013. p. 49.

113. BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de política*. 11 ed. Brasília: UNB, 1998. p. 291; Com entendimento semelhante, HUNTINGTON, S. *A ordem política nas sociedades em mudanças*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1975. p. 72; NYE, J. Corruption and political development: a cost-benefit analysis. American Political Science Review, 1967, v. 61, n. 2, p. 417; PILAGALLO, O. *Corrupção:* entrave ao desenvolvimento do Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier: ETCO, 2013. p. 44.

114. OLIVEIRA, M. B. de. *O fenômeno da corrupção na esfera pública brasileira*. Natal: UFRN, 2008. p. 23.

115. ACOSTA, A. *Corrupcíon*: *corregida y aumentada*. Barcelona: Editorial Icaria, 2013. p. 13.

116. PEREIRA. Op. cit., p. 58 e 59.

117. Cf. HUNTINGTON, S. *A ordem política nas sociedades em mudanças*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1975; NYE, J. Corruption and political development: a cost-benefit analysis. American Political Science Review, 1967, v. 61, n. 2, p. 417-427; BECQUART-LECLERQ, J. Paradoxes of political corruption: a french view. In: HEINDENHEIMER, A.; JOHNSTON, M.; LEVINE, V. (Org.). *Political corruption*: *a handbook*. New Jersey: Transaction, 1989.

estágios de desenvolvimento social, econômico e político pelos quais, necessariamente, passam as sociedades.[118] Para Huntington, "a única coisa pior do que uma burocracia rígida demasiadamente centralizada e desonesta é uma sociedade com um corpo burocrático rígido, demasiadamente centralizado e honesto".[119] Valendo-se de um critério estrutural-funcionalista extraído das ideias de Talcott Parsons, para quem as sociedades, ao evoluírem de formas primitivas para formas avançadas, passam, necessariamente, por estágios intermediários, Huntington dizia que o processo de modernização das sociedades produz um hiato social, político e econômico entre o estágio anterior e o subsequente, gerando conflito entre as novas práticas sociais e econômicas e as instituições políticas ainda não adaptadas a elas. A disparidade levaria os cidadãos a agir de maneira não justificada pelos padrões normativos tradicionais, enquanto no aguardo da atualização institucional político-econômica, querendo dizer, com isso, que a ausência de uma institucionalização política eficiente não pode ser empecilho para a modernização da sociedade, cabendo à corrupção a função de subjulgar as antiquadas normas tradicionais e a rigidez dos regulamentos burocráticos que impedem o desenvolvimento econômico.[120] Os teóricos da modernização foram veementemente combatidos por economistas liberais como Easterly,[121] Mauro[122] e Rose-Ackerman, que demonstraram, munidos com dados empíricos de vários países, que a corrupção inevitavelmente inibe o desenvolvimento.[123] Ainda hoje, contudo, há um segmento minoritário que sustenta a existência do que chamam de *corrupção eficiente*, a qual poderia ser conceituada, na dicção de Flores, Mendighetti e Necochea, como sendo "aquela na qual os funcionários públicos

118. (GOMES, J. V. L. A corrupção em perspectivas teóricas. *Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais – UFJF.* Juiz de Fora/MG, n. 1 e 2 jan.-dez. 2010, p. 21-22).

119. HUNTINGTON. Op. cit., p. 83.

120. HUNTINGTON. Op. cit., p. 72; PARSONS, T. *The structure of social action: a study in social theory*. New York: Free Press, 1949, *passim*.

121. Cf. EASTERLY, William. *The elusive quest for grouth*. Cambridge: MIT Press, 2001.

122. Cf. MAURO, Paolo. Os efeitos da corrupção sobre crescimento, investimentos e gastos do governo: uma análise de países representativos. *In:* ELLIOT, Kinberly Ann (org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Ed. da UNB, 2002.

123. Cf. EASTERLY, W. *The elusive quest for grouth*. Cambridge: MIT Press, 2001; MAURO, P. Os efeitos da corrupção sobre crescimento, investimentos e gastos do governo: uma análise de países representativos. *In:* ELLIOT, K. A. (Org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Ed. da UNB, 2002; ROSE-ACKERMAN, S. *Corruption and government: causes, consequentes and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

distribuem serviços que foram adaptados à forma originalmente prevista pelo Estado para a sua concessão, porém, sem quebra ou violação da lei estabelecida pelo mesmo".[124] Talvez em virtude de tais percepções, Heidenheimer classificou a corrupção como *branca*, quando tolerável e sem apoio público à punição; *cinza*, quando as elites e a opinião pública divergem quanto à necessidade ou não de punição; e *negra*, hipótese em que há consenso entre as elites políticas e a opinião pública sobre a imperiosa punição.[125]

Os estudiosos da corrupção costumam se referir à sua complexidade enquanto objeto cognoscível, destacando seu conteúdo polissêmico, poliédrico e multifacetado.[126] Essa condição impõe a adoção de critérios de conhecimento e abordagem que possibilitem a compreensão do fenômeno a partir de determinada perspectiva, suficiente para situá-lo no tempo, no espaço e num contexto específico.[127] Isso porque, como visto, para além do viés naturalista aristotélico-rousseauniano, que o tem, em síntese, como o apodrecimento, a deteriorização e a putrefação daquilo originalmente considerado bom e perfeito, o termo corrupção admite diversas acepções que se alicerçam em fatores econômicos, filosóficos, culturais, políticos, institucionais, sociais, históricos, morais, éticos e, por óbvio, normativos.[128] A especial circunstância de tais fundamentos não serem

124. FLORES, G.; MENDIGHETTI, A.; NECOCHEA, R. Eficiencia de la corrupcíon: sistemas burocráticos corruptibles e implementacíon de soluciones gubernamentales. *Revista Foro Jurídico*, n. 8, 2008, p. 156.

125. HEIDENHEIMER, A. Perspectives on the perception of corruption. In: HEIDENHEIMER, A e JOHNSTON, M. (Orgs.). *Political corruption. Concepts and contexts*. New Brunswick: Transactions Publishers, 2001. p. 152.

126. GÓMEZ DE LA TORRE, I.; FABIÁN CAPARRÓS, E. A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* n. 81. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2009, p. 9; LAUFER, D. *O delito de corrupção:* críticas e propostas de ordem dogmática e político-criminal. São Paulo, 2016. 331 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), p. 5; BARROS FILHO, C.; PRAÇA, S. *Corrupção*: parceria degenerativa. Campinas: Papirus 7 Mares, 2014. p. 8.

127. COSTA, A. M. de A. *Sobre o crime de corrupção*. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p. 5; VELASCO, R. *Las cloacas de la economía*. Madrid: Catarata, 2012. p. 27; GOMES, J. V. L. A corrupção em perspectivas teóricas. *Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais – UFJF*. Juiz de Fora/MG, n. 1 e 2 jan.-dez. 2010. p. 21.

128. ARISTÓTELES. *Sobre a geração e a corrupção*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2009 (Biblioteca de Autores Clássicos). p. 47; BARROS FILHO; PRAÇA. Op. cit., p. 24-25; CORTELLA, M. S.; BARROS FILHO, C. de. *Ética e vergonha na cara!* Campinas: Papirus 7 Mares, 2014 (papirus debates – edição digital). p. 52; GOMES. Op. cit., p. 21; LAUFER. Op. cit., p. 5; BARROS FILHO; PRAÇA. Op. cit., passim; HAYASHI, F.

mutuamente exclusivos confere à corrupção transversalidade e transcendência conjunturais e históricas que evidenciam a dificuldade de sua exaustiva apreensão. Torna-se necessário e ao mesmo tempo difícil demarcar o território semântico ou fazer um recorte epistemológico que direcione o estudo desejado. Sendo assim, para aquilo que particularmente interessa a uma breve análise dos efeitos da corrupção numa sociedade complexa e globalizada, as explanações institucionais e sistêmicas constituem um ponto de partida relevante, máxime sob o prisma da corrupção negra heidenheimeriana, da visceral afronta a normas jurídicas e da participação de funcionários públicos que praticam atos com o intuito de receber de vantagens indevidas (econômicas, influência ou poder) em detrimento ao interesse da coletividade e à promoção do bem comum.

Da mesma maneira que a corrupção é versátil ao se exteriorizar (*v.g.*, subornos, propinas, desvio de recursos públicos, tráfico de influência, financiamento ilegal de campanhas políticas, utilização informações privilegiadas, obtenção de favores indevidos, fraude à licitação, peculato e tantos outros), ela é capaz de produzir efeitos negativos das mais diversas ordens e com alcance que transcende as fronteiras do país onde o ato corruptivo fora perpetrado.[129] Hayashi assevera que

> "os efeitos deletérios da corrupção no mundo globalizado, mormente em face das constantes inovações tecnológicas, têm potencialidade lesiva para afetar, em maior ou menor proporção, o desenvolvimento e a estabilidade dos diversos países do mundo."[130]

A complexidade que permeia e envolve a corrupção dificulta uma delimitação precisa das dimensões que a compõem.[131] Talvez por isso, a corrupção já foi

E. H. *Corrupção*: combate transnacional, *compliance* e investigação Criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 11 e 17-18.

129. FURTADO, L. R. *As raízes da corrupção no Brasil:* estudo de casos e lições para o futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 44.

130. HAYASHI, F. E. H. *Corrupção:* combate transnacional, *compliance* e investigação Criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 11, 15 e 24. Compactuando com a opinião de Hayashi, Pereira afirma que "salta a evidência de que para grande parte da comunidade internacional a corrupção consiste em ameaça determinante para o desenvolvimento sustentável das populações, para a estabilidade e segurança das sociedades e de suas instituições" (PEREIRA, F. C. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 42).

131. EFING, A. C.; EFING, A. C.; MISUGI, G. Corrupção e direito civil: a corrupção como fator impeditivo de desenvolvimento e o papel da sociedade civil. *In:* LAUFER, D. *Corrupção*: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito. Curitiba/PR: Juruá, 2013. p. 57.

comparada a epidemia cancerígena mundial que "destrói o tecido cultural, político e econômico das sociedades, debilitando o funcionamento dos órgãos vitais de um Estado",[132] fazendo padecer toda a sociedade globalizada.

Em 2014, o IBOPE Inteligência realizou uma pesquisa em parceria com a *Worldwide Independent Network of Market Research,* na qual 66.806 pessoas, em 65 países, foram entrevistadas e questionadas sobre quais seriam os principais problemas do mundo. No cômputo geral, a corrupção ficou em primeiro lugar, seguida da economia, desigualdade social e desemprego, nessa ordem.[133] Segundo a entidade *Transparency International*, mais de 6 bilhões de pessoas – 82% da população mundial – vivem em países com sérios problemas de corrupção, com perdas anuais conjuntas de US$ 1 trilhão.[134] De acordo com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), a corrupção é considerada o maior obstáculo ao desenvolvimento social no mundo, com estimativa de gastos anuais da ordem de US$ 1 trilhão com suborno e desvio ilícito de recursos de US$ 2,6 trilhões, soma que equivale a mais de 5% do PIB mundial. Além disso, nos países em desenvolvimento, a quantia de recursos que não alcançam seu destino por causa da corrupção chega a ser dez vezes superior àquele destinado à assistência oficial para o desenvolvimento.[135]

Após pesquisa realizada em cerca de 70 países, Paolo Mauro concluiu pela existência de uma associação negativa entre corrupção e investimento, assim como entre corrupção e crescimento econômico. Seus estudos revelaram que cada ponto percentual que a corrupção diminui equivale ao acréscimo de dois pontos na taxa de investimento e de meio ponto percentual na taxa de crescimento do Produto Interno Bruto, com influência na composição dos gastos sociais dos

132. PEREIRA. Op. cit., p. 42 e 45.

133. IBOPE. *Corrupção é principal problema mundial, aponta pesquisa*. 10.04.2014. Disponível em: [www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Corrupcao-e-o-principal-problema-mundial,-aponta-pesquisa.aspx]. Acesso em: 12.07.2017.

134. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption perceptions index 2015*. [2016]. Disponível em: [www.transparency.org/cpi2015/]. Acesso em: 12.06.2017.

135. PNUD;UNODC.*Corrupçãoedesenvolvimento*.2013.Disponívelem:[www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjqpq_k5NbQAhVCVyYKHSxTBhMQFggsMAM&url=http%3A%2F%2Fwww.unodc.org%2Fdocuments%2Flpo-brazil%2FTopics_corruption%2FCampanha-2013%2FCORRUPCAO_E_DESENVOLVIMENTO.pdf&usg=AFQjCNF8IIXMkQOT_P25xLkFB-qOE3Ad-g]. Acesso em: 12.06.2017.

governos.[136] Com razão, portanto, a UNODC tem estampado em seu sítio eletrônico a assertiva de que a corrupção afeta todos os países do mundo, prejudica as instituições democráticas, obsta o desenvolvimento econômico, contribui para a instabilidade política, corrói as bases das instituições democráticas, distorce os processos eleitorais, enfraquece o Estado de Direito, deslegitima a burocracia, afasta investidores e desestimula a criação e o desenvolvimento de empresas no país em face dos altos custos dos atos corruptivos.[137]

A Organização das Nações Unidas (ONU) tem demonstrado especial interesse na interrelação entre a corrupção e o desrespeito aos direitos humanos dela decorrente, notadamente em países de baixa renda. Na publicação *The Human Rights Case Against Corruption,* organizada pelo Alto Comissariado para Direitos Humanos da ONU, durante o 22º Encontro do Conselho de Direitos Humanos, consta a transcrição do discurso de abertura de Navi Pillay no painel temático *The Negative Impact of Corruption on Human Rights,* oportunidade em que o Alto Comissário afirmou categoricamente não existir dúvidas de que a corrupção é um enorme obstáculo à realização de todos os direitos humanos – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais – e ao direito ao desenvolvimento. Conforme declarou Pillay, os recursos desviados pela corrupção seriam suficientes para suprir em mais de 80 vezes a fome no mundo e poderiam ser utilizados para tirar pessoas da miséria, proporcionar educação às crianças e saúde básica às famílias carentes, bem como evitar centenas de mortes e complicações durante a gravidez e o parto que ocorrem todos os dias.[138]

Em síntese, a literatura especializada sustenta que os reflexos perversos decorrentes das práticas de corrupção afetam: a) o *Estado*, que perde vultosos recursos que poderiam ser investidos no interesse da coletividade, se enfraquece

136. À guisa de exemplo, aumenta-se em meio ponto percentual a possibilidade de investimento em educação a cada dois pontos de decréscimo do indicador de corrupção. Cf. MAURO, P. Os efeitos da corrupção sobre crescimento, investimentos e gastos do governo: uma análise de países representativos. In: ELLIOT, K. A. Ann (Org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Ed. da UNB, 2002.

137. UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime*) *UNODC e corrupção.* [2017]. Disponível em: [www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corrupcao/]. Acesso em: 17.01.2017.

138. UNHR. *The human rights case against corruption*. 27.03.2013. Disponível em: [www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiJguKuktnQAhVDF5AKHYSABUcQFggdMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ohchr.org%2FDocuments%2FIssues%2FDevelopment%2FGoodGovernance%2FCorruption%2FHRCaseAgainstCorruption.pdf&usg=AFQjCNHdIR8mt-16QnvStWVxf_t2CXvX7AA]. Acesso em: 12.07.2017.

com a instabilidade política e econômica, enfrenta dificuldades com a desmoralização das instituições e da própria democracia e vê a ineficiência como um de seus principais atributos; b) a *sociedade civil*, que se vê alijada de políticas públicas adequadas, capazes de promover, assegurar e aprimorar os direitos humanos fundamentais, em especial daqueles que dependem dos serviços públicos, como saúde, educação, assistência e previdência social, entre outros; e c) o *setor privado*, que passa a ter que arcar com um alto custo de uma competitividade distorcida, da concorrência desleal, da deteriorização dos mecanismos de livre-mercado, da insegurança no meio empresarial, da evasão de novos investimentos, do encarecimento dos produtos e serviços e da ausência de ética nos negócios.[139]

Diéz Ripollés categoricamente declara que a *corrupção* é a chave do crime para o século XXI.[140] Além de corromper a dignidade do cidadão, a corrupção contamina os indivíduos e as organizações públicas e privadas, deteriora o convívio social, ameaça o Estado Democrático de Direito e seu adequado desenvolvimento e compromete a vida das gerações atuais e futuras. Para Zuluaga Nieto, a corrupção não pode ser estudada como simples contradição à legalidade vigente, passível, portanto, de fiscalização por órgãos e instituições de controle incorruptíveis; "trata-se, antes de tudo, de uma fenomenologia; de uma autêntica contracultura que se infiltra no tecido social".[141] É um mal endêmico com tentáculos espalhados pelo mundo globalizado. Como fenômeno multifacetado transnacional, expõe características afetas à complexidade estudada, amoldando-se às vicissitudes do tempo e do espaço, inclusive em sistema democráticos plenamente estabelecidos.[142] Por isso, a sua compreensão e enfrentamento demanda compreensões pluridisciplinares, com o que este artigo procurou contribuir.

---

139. CGU; ETHOS; GTPE. *A responsabilidade social das empresas no combate à corrupção*. jun. 2009. Disponível em: [www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjd7JCjidvQAhXEGZAKHQB7AyIQFggdMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cgu.gov.br%2FPublicacoes%2Fetica-e-integridade%2Farquivos%2Fmanualrespsocialempresas_baixa.pdf&usg=AFQjCNH3YK0R-VmKJLtPnn7D4BeAkq-TyOQ&cad=rja]. Acesso em: 12.07.2017.

140. DIÉZ RIPOLLÉS, J. L. Prácticas ilícitas en la actividade urbanística: un estudio de la costa del sol. Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminologia. Valencia: Tirant lo Blancu, 2004. p. 40.

141. ZULUAGA NIETO, J. Cuando la corrupción invade el tejido social. *Revista Nueva Sociedad*, n. 145, 1996. p. 148-159.

142. VÁSQUEZ GONZÁLEZ, C. Extensión y tendencias de los delitos de corrupcíon: fiabilidad de los instrumentos de mediación de la corrupcíon. *UNED – Revista de Derecho Penal y Criminologia*, 3ª época, n. 6, 2011, p. 362.

Conclusão

Os benefícios gerais e as conquistas tecnológicas trazidas pela moderna globalização parecem não deixar dúvidas de que as limitações impostas pelas fronteiras nacionais são incompatíveis com a nova ordem social, econômica e cultural que, desde a popularização dos meios de comunicação de alta velocidade, tem se estabelecido e consolidado mundialmente. A hipercidadania proposta por Pitasi encontra guarida numa sociedade global e complexa permeada pela democratização do conhecimento, pela intangibilidade de bens e serviços que podem ser compartilhados praticamente de forma instantânea e, sobretudo, pelo sem-número de interações sociais, econômicas e culturais transnacionais que a distingue.

O redesenho do sistema social global e os atuais desafios enfrentados pela comunicação, ciência e tecnologia sugerem uma mudança de paradigma no modelo sistêmico a fim de os avanços globais sejam analisados sob as lentes da complexidade. Hierarquia, equilíbrio, previsibilidade, controle e rigidez, fundamentos das organizações sistêmicas do tipo *todo-partes,* mostram-se insuficientes na contribuição de uma análise multidisciplinar das mudanças globais. A evolução no estudo dos sistemas e, mormente, dos chamados sistemas complexos, é uma alternativa para a compreensão dos problemas modernos, nos quais se identificam quantidades significativas e heterogêneas de elementos que interagem das mais variadas formas, não apenas entre si, mas também com o meio onde estão inseridos.

Entre os problemas complexos a serem compreendidos e enfrentados encontra-se a macrocriminalidade protagonizada por organizações criminosas que se aproveitam das oportunidades trazidas pela globalização, como livre circulação de capitais, intercâmbio de bens e serviços e flexibilização das barreiras geográficas, a fim de expandir suas ações para além das fronteiras nacionais, num patamar sem precedentes na história. Essa é uma das mais preocupantes formas de criminalidade atual e que tem gerado maior insegurança no âmbito da sociedade de risco. Ainda nessa vertente, o fenômeno da corrupção embarcou como instrumento motriz da criminalidade organizada, fazendo-se presente em todo o mundo,seja qual for o regime de governo adotado ou o nível de desenvolvimento identificado. A despeito de ser um fenômeno histórico, é patente que a globalização de nosso tempo lhe conferiu dimensão, alcance e complexidade nunca antes vistos.

A própria corrupção, como problema intrinsecamente arraigado a uma sociedade global e complexa, manifesta especificidades que a caracterizam como

fenômeno complexo, principalmente em virtude de sua universalidade, de sua dinamicidade e resiliência, manifestas em suas diversas adaptações no tempo e no espaço, da existência de considerável número de causas multi e transdisciplinares que buscam compreendê-la e conceituá-la, e da imprevisibilidade e falta de controle que acarreta riscos, incertezas e efeitos prejudiciais das mais variadas ordens (social, econômica, política, jurídica e institucional, para citar algumas), exigindo respostas complexas e transversais a não poucos ramos do conhecimento.

Referências

ACOSTA, Alberto. *Corrupción*: corregida y aumentada. Barcelona: Editorial Icaria, 2013.

ARAVENA, Francisco Rojas; GOUCHA, Moufida. Seguridad humana: concepto emergente de la seguridad del siglo XXI. In: ARAVENA, Francisco Rojas; GOUCHA, Moufida (Coord.). *Seguridad humana, prevención de conflictos y paz*. Santiago do Chile: Flasco, 2002.

ARISTÓTELES. *Sobre a geração e a corrupção*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2009 (Biblioteca de Autores Clássicos).

AUDRETSCH, David. *The entrepreneurial society.* Oxford/UK: Oxford University Press, 2007.

BARBOZA, Márcia Noll. *O combate à corrupção no mundo contemporâneo e o papel do Ministério Público no Brasil*. Brasília: Ministério Público Federal, 2006. Disponível em: [www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwib-f33597UAhVFHZAKHVxtAV4QFggoMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.mpf.mp.br%2Fatuacao-tematica%2Fccr5%2Fnoticias-1%2Feventos%2Fdocs-monografias%2Fmonografia_3_lugar.pdf&usg=AFQjCNF-H_KV6LmhK0V4Cxpq4xd5705H_g]. Acesso em: 27.06.2017.

BARROS FILHO, Clóvis; PRAÇA, Sérgio. *Corrupção:* parceria degenerativa. Campinas: Papirus 7 Mares, 2014.

BASSIOUNI, Cherif; VETERE, Eduardo. *Organized crime: a compilation of U. N. documents 1975-1998*. Ardsley/New York: Transnational, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida.* Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidos, 1998.

BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECK, Ulrich. *The cosmopolitan vision*. Cambridge/UK: Polity Press, 2006.

BECQUART-LECLERQ, Jeanne. Paradoxes of political corruption: a french view. In: HEINDENHEIMER, Arnold; JOHNSTON, Michael; LEVINE, Victor (Org.). *Political corruption*: a handbook. New Jersey: Transaction, 1989.

BERMEJO MARCOS, Fernando. La globalización del crimen organizado. *Revista Eguzkilore*. San Sebastían, n. 23, 2009.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE LITERATURA. *Carta de Pero Vaz de Caminha*. Disponível em: [www.biblio.com.br/defaultz.asp?link=http://www.biblio.com.br/conteudo/perovazcaminha/carta.htm]. Acesso em: 27.06.2017.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: UNB, 1998.

BREI, Zani Andrade. A corrupção: causas, consequências e soluções para o problema. *Revista de Administração Pública,* FGV, Rio de Janeiro, maio-jun. 1996.

BRISCOE, Ivan. *La proliferacíon del estado parelelo*. Madrid: Fride (Fundacíon para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior), 2008. Disponível em: [http://fride.org/publicacion/511/la-proliferacion-del-estado-paralelo]. Acesso em: 28.06.2017.

CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. *The systems view of life*: a unifying vision. New York: Cambridge University Press, 2014.

CGU – Controladoria-Geral da União; ETHOS – Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social; GTPE – Grupo de Trabalho do Pacto Empresarial pela Integridade contra a Corrupção. *A responsabilidade social das empresas no combate à corrupção*. Jun. 2009. Disponível em: [www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjd7JCjidvQAhXEGZAKHQB7AyIQFggdMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cgu.gov.br%2FPublicacoes%2Fetica-e-integridade%2Farquivos%2Fmanual-respsocialempresas_baixa.pdf&usg=AFQjCNH3YK0RVmKJLtPnn7D4BeAkq-TyOQ&cad=rja]. Acesso em: 12.06.2017.

CILLIERS, Paul. *Complexity and postmodernism*: understanding complex systems. London: Routledge, 2002.

CORTELLA, Mario Sergio; BARROS FILHO, Clóvis de. *Ética e vergonha na cara!* Campinas: Papirus 7 Mares, 2014 (papirus debates – edição digital).

COSTA, António Manuel de Almeida. *Sobre o crime de corrupção*. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

CSEPELI, György. Unfinished evolution. In: PETROCCIA, Sara. *Between global and local*: citizenship and social change. Bologna: Societá Editrice Esculapio, 2017.

DE SOUZA, Luís. *Corrupção*. Lisboa: Fundação Manuel dos Santos, 2011.

DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. Prácticas ilícitas en la actividad urbanística: un estudio de la costa del sol. *Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminologia*. Valencia: Tirantlo Blancu, 2004.

DONATI, Pierpaolo. *La cittadinanza societaria.* Rome-Bari: Laterza, 1993.

DONATI, Pierpaolo. *Relational Sociology*. London: Routledge, 2010.

EASTERLY, William. *The elusive quest for grouth.* Cambridge: MIT Press, 2001.

EFING, Antônio Carlos; EFING, Ana Carla; MISUGI, Guilherme. Corrupção e direito civil: a corrupção como fator impeditivo de desenvolvimento e o papel da sociedade civil. In: LAUFER, Daniel. *Corrupção:* uma perspectiva entre as diversas áreas do direito. Curitiba: Juruá, 2013.

EIGEN, Peter. *Las redes de la corrupcíon*: la sociedad civil contra los abusos del poder. Barcelona: Editorial Planeta, 2004.

FARIA COSTA, Jorge de. *Direito penal e globalização:* reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra, 2010.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. *Claves de razón práctica,* n. 152, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica:* ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FOLLONI, André. Complexidade, direito e normas jurídicas como emergências. *Revista Direito & Práxis*, v. 8, n. 2, p. 905-941, 2017.

FOLLONI, André. *Introdução à teoria da complexidade.* Curitiba: Juruá, 2016.

FLORES, Guillermo; MENDIGHETTI, Alejandro; NECOCHEA, Romina. Eficiencia de la corrupcíon: sistemas burocráticos corruptibles e implementacíon de soluciones gubernamentales. *Revista Foro Jurídico,* n. 8, 2008.

GARCIA, Emerson. A corrupção: uma visão jurídico-sociológica. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 203-245, 2004.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

GIL VILLA, Fernando. *La cultura de la corrupcíon.* Madrid: Maia Ediciones, 2008.

GODOY, Luiz Roberto Ungaretti de. *Crime organizado e seu tratamento jurídico penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GOLDSTEIN, Jeffrey. Emergence as a construct: history and issues. *Emergence*, v. 1, n. 1, 1999.

GOMES, José Vitor Lemes. A corrupção em perspectivas teóricas. *Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais – UFJF.* Juiz de Fora/MG, n. 1 e 2 jan.-dez. 2010.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* n. 81. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2009.

GONÇALVES, Guilherme Leite. Direito como sistema de controle: para uma atualização da crítica da forma juridical a partir da teoria dos sistemas. *Revista Direito e Práxis,* v. 4, n. 6, 2013.

GONZÁLEZ JIMÉZEZ, Manuel et al. *Instituciones y corrupción en la historia*. Valladolid: Secretariado de publicaciones e intercambio científico, 1998.

GONZÁLEZ-TABLAS, Ángel Martínez. Reflexión metodológica en torno a la globalización. *Revista de Economía Mundial,* n. 9, 2003.

HASSEMER, Winfried. Segurança público no estado de direito. In*: Três temas de direito penal*. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Corrupção:* combate transnacional, *compliance* e investigação Criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HEIDENHEIMER, Arnold. Perspectives on the perception of corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold e JOHNSTON, Michael. (Org.). *Political corruption*. *Concepts and contexts*. New Brunswick: Transactions Publishers, 2001.

HERRÓN, Mariano et al. *Análisis, técnicas y herramientas en el combate a la delincuencia organizada y corrupcío*: con fundamento en la Convencíon de Palermo. México DF: Ediciones Coyoacán, 2007.

HOLLAND, John. Complex adaptive systems. *Daedalus,* v. 121, n. 1, p. 18, 1992.

IBOPE. *Corrupção é principal problema mundial, aponta pesquisa*. 10 abr. 2014. Disponível em: [www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Corrupcao-e-o-principal-problema-mundial,-aponta-pesquisa.aspx]. Acesso em: 12.07.2017.

JÖRG, Ton. *New thinking in complexity for the social sciences and humanities:* generative, transdisciplinary approach. New York: Springer, 2011.

KNEPPER, Paul. *The invention of internacional crime*: a global issue in the making 1881-1914. London: Palgrave Macmillian, 2010.

LAUFER, Daniel. *O delito de corrupção:* críticas e propostas de ordem dogmática e político-criminal. São Paulo, 2016, 331 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP).

LUHMANN, Niklas. *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais*: esboço de uma teoria geral. Petrópolis: Vozes, 2016 (Col. Sociologia).

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MANCINI, Giulia. Introduction. In: PITASI, Andrea*;* MANCINI, Giulia (Ed.). *Systemic shifts in sociology.* LAP: Saarbruecken, 2012. Disponível em: [www.academia.edu/7120946/Systemic_Shifts_in_Sociology]. Acesso em: 30.06.2017.

MAURO, Paolo. Os efeitos da corrupção sobre crescimento, investimentos e gastos do governo: uma análise de países representativos. In*:* ELLIOT, Kinberly Ann (Org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Ed. da UNB, 2002.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 6. ed. Saraiva, 2014.

MORIN, Edgar. *Introducción al pensamiento complejo*. Barcelona: Gedisa, 1994.

NASH JR., John Forbes. The bargaining problem. *Econometria,* v. 18, n. 2, p. 155-162. abr. 1950. Disponível em: [www.jstor.org/stable/1907266?seq=1#page_scan_tab_contents]. Acesso em: 25.06.2017.

NOWOTNY, Helga. *Insatiable curiosity-innovation in a fragile future*. USA and London: Cambridge, 2008.

NYE, Joseph. Corruption and political development: a cost-benefit analysis. *American Political Science Review*, 1967, v. 61, n. 2, p. 417-427.

OLIVEIRA, Manoel Berclis de. *O fenômeno da corrupção na esfera pública brasileira*. Natal: UFRN, 2008.

PARSONS, Talcott. *The social system*. Washington: Free Press, 1951.

PEREIRA, Flávio Cardoso. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*. São Paulo: Atlas, 2015.

PINTO, Cláudia Maria Borges Costa; NASCIMENTO NETO, José Osório do. Instituições Democráticas e Políticas Públicas de Combate à Corrupção no Estado Constitucional. In: BETTES, Janaína Maria; PAIVA, Leonardo Lindroth de; DERETTI, Lucimara (Org.). *Temas de desenvolvimento e socioambientalismo*. Curitiba: CRV, 2016.

PITASI, Andrea. A systemic approach to hypercitizenship. In: BONAZZI, Michele; DI SIMONE, Valentina. *Redesigning worldwide connections*. Newcastle upon Tyne/UK: Cambridge Scholars Publishing, p. 181-203, out. 2015.

SIMONE, Valentina. A systemic sociological theorem of global evolution. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*. Curitiba, v. 4, n. 1, p. 92-103, jan.-jun. 2013a.

SIMONE, Valentina. Designing hypercitizenship methodologically. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*. Curitiba, v. 5, n. 1, p. 2-18, jan.-jun. 2014b.

SIMONE, Valentina. The hypercitizenship challenge to methodological nationalism. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 1, n. 1, p. 07-23, nov. 2013b. Disponível em: [www.academia.edu/23768466/THE_HYPERCITIZENSHIP_CHALLENGE_TO_METHODOLOGICAL_NATIONALISM_-_O_DESAFIO_DA_HIPERCIDADANIA_AO_NACIONALISMO_METODOL%C3%93GICO]. Acesso em: 30.06.2017.

SIMONE, Valentina. *The hyperhuman world*: legal systems and social complexity. LAP: Saarbrücken, 2011.

SIMONE, Valentina; ANDRISANI, Mariarosalba. 'Hyper citizenship' and the evolution of a global identity. *Journal of Sociological Research,* v. 4, n. 2, p. 318-335, 2013.

SIMONE, Valentina; DOMINICI, Gandolfo. *Reframing the systemic approach to complex organizations as intangible portfolios*. Rome: AracnePublishing, 2012.

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; UNODC – Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. *Corrupção e desenvolvimento*. 2013. Disponível em: [www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjqpq_k5NbQAhVCVyYKHSxTBhMQFggsMAM&url=http%3A%2F%2Fwww.unodc.org%2Fdocuments%2Flpo-brazil%2FTopics_corruption%2FCampanha-2013%2FCORRUPCAO_E_DESENVOLVIMENTO.pdf&usg=AFQjCNF8IIXMkQOT_P25xLkFB-qOE3Ad-g]. Acesso em: 17.07.2017.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. *Order out of chaos*. New York: Bantam Books, 1984.

RODRIGUES, Léo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. *A sociologia de Niklas Luhmann*. Petrópolis: Vozes, 2017 (Col. Sociologia: pontos de referência).

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government: causes, consequentes and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

ROTMAN, Edgardo. The globalization of criminal violence. *Cornell Journal of Law and Public Policy,* v. 10, Fall, n. 1, 2000.

RUHL, J. B.; KATZ, Daniel Martin. Measuring, monitoring, and managind legal complexity. *IOWA Law Review,* v. 100, 2015.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. A guisa de prefácio:a corrupção, sua repercussão e o seu enfoque multidisciplinar. In: LAUFER, Daniel. *Corrupção*: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito. Curitiba: Juruá, 2013.

SCHILLING, Flávia. Corrupção, crime organizado e democracia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* n. 36, 2001.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves. *A economia política da corrupção no Brasil*. São Paulo: SENAC, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SOUZA, Luciano Anderson. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TEIXEIRA, Alessandra Moraes. A corrupção como elemento violador dos direitos humanos no cenário internacional. *Revista Jurídica da UNIC*, v. 2, n. 1, p. 9-14, jul.-dez. 2000.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption perceptions index 2015*. [2016]. Disponível em: [www.transparency.org/cpi2015]. Acesso em: 12.07.2017.

UNHR – *United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. The human rights case against corruption*. 27.03.2013. Disponível em: [www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiJguKuktnQAhVDF5AKHYSABUcQFggdMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ohchr.org%2FDocuments%2FIssues%2FDevelopment%2FGoodGovernance%2FCorruption%2FHRCaseAgainstCorruption.pdf&usg=AFQjCNHdIR8mt16QnvStWVxf_t2CXvX7AA]. Acesso em: 12.07.2017.

VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. Extensión y tendencias de los delitos de corrupcíon: fiabilidad de los instrumentos de mediación de la corrupcíon. UNED – Revista de Derecho Penal y Criminologia, 3ª época, n. 6, 2011.

VELASCO, Roberto. *Las cloacas de la economía*. Madrid: Catarata, 2012.

ZULUAGA NIETO, Jaime. Cuando la corrupción invade el tejido social. *Revista Nueva Sociedad,* n. 145, 1996.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas, de Ignacio Berdugo Gómez de La Torre e Eduardo A. Fabián Caparrós – *RBCCrim* 81/07-35 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 4/453-478 (DTR\2009\630);
- La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. desafíos para el derecho penal, de Raúl Carnevali R. e Osvaldo Artaza V. – *RBCCrim* 138/17-57 (DTR\2017\6741);
- O controle da corrupção: a experiência espanhola, de Ignacio Berdugo Gómez de La Torre e Ana Elisa Liberatore S. Bechara – *RT* 947/359-383 (DTR\2014\9959); e
- Sociedade corruptora, de Amanda Prado de Matos – *RDPriv* 100/95-112 (DTR\2019\35261).

A penalidade neoliberal: uma breve genealogia

Neoliberal penality: a brief genealogy

Bernard E. Harcourt

Harcourt frequentou o *Lycée Français* de New York. É bacharel licenciado em teoria política pela *Princeton University* (1984). *Doctor of Jurisprudence* pela *Harvard Law School* (1989), e Ph.D. em Ciência Política por Harvard (2000). Na intersecção da teoria contemporânea crítica, social e política, os escritos de Harcourt examinam os diferentes modos de governar na sociedade punitiva, especialmente no período pós 11 de setembro, na dita era do *Big Data*. Traça o que denomina de nascimento de uma "sociedade expositiva" e recentemente, nos Estados Unidos, de um paradigma de "guerra de contrainsurgência" como modo de governar. É autor, dentre outros, de *The Counterrevolution* (Basic, 2018); *Exposed* (Harvard, 2015); *The Illusion of Free Markets* (Harvard, 2011); *Occupy* (Chicago, 2013); *Against Prediction* (Chicago, 2007), *Language of the Gun* (Chicago, 2005) e *Illusion of Order* (Harvard, 2001). Harcourt também é editor das obras de Michel Foucault. Recentemente, organizou as edições francesas dos Seminários de 1971-72 de Michel Foucault no *Collège de France*, *Theories et institutions pénales* (Gallimard, 2015) e *La Société punitive*, de 1972-73 (Gallimard, 2013). Organizou, ademais, a nova edição "Pléiade" de *Surveiller et punir* para as obras reunidas de Foucault para a Gallimard (2016). Coeditor das Conferências que Foucault proferiu em Louvain em 1981, em francês e inglês, *Wrong-Doing, Truth-Telling: The Function of Avowal in Justice* (Chicago, 2014). Atualmente, está trabalhando nas aulas de Foucault sobre Nietzsche para a próxima série de publicações da Gallimard/Le Seuil chamada *Cours et travaux avant Le Collège de France*.

Autor convidado

Traduzido por:

Augusto Jobim do Amaral

Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Padova/ITA (2019) e pela Universidad de Málaga (UMA)/España (2018). Doutor em Altos Estudos Contemporâneos (Ciência Política, História das Ideias e Estudos Internacionais Comparativos) pela Universidade de Coimbra/Portugal (2012); Doutor (2014), Mestre (2005) e Especialista (2004) em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). É Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais e do Programa de Pós-Graduação em Filosofia, ambos da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0874-0583.
guto_jobim@hotmail.com

Henrique Mioranza Koppe Pereira

Pós-Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS (2018). Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) (2014). Mestre em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) (2008). Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (2005).
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-8206-300X.
henriquekoppe@gmail.com

Harcourt, Bernard E. A penalidade neoliberal: uma breve genealogia.
Trad. por Augusto Jobim do Amaral, Henrique Mioranza Koppe Pereira e Jádia Larissa Timm dos Santos.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 162. ano 27. p. 257-286. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2019.

Jádia Larissa Timm dos Santos

Doutoranda e Mestra (2018) em Ciências Criminais, pelo Programa de Pós-Graduação da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PPGCCrim/PUCRS). Especialista em Direitos Humanos (2018), pela Escola de Humanidades da PUCRS. Bacharela em Direito (2014), pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Bolsista Prosuc/CAPES. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9750-4218.
jadia.adv@gmail.com

Áreas do Direito: Fundamentos do Direito; Penal

Resumo: O artigo pretende aprofundar importantes questões sobre as estruturas da punição nas nações industrializadas ocidentais que se apresentam na virada do século XXI. Debatem-se as lógicas atuariais que têm impulsionado a detenção preventiva, o uso ampliado de estratégias policiais de manutenção da ordem, tais como a tolerância zero e a teoria das janelas quebradas, assim como o tratamento mais severo a jovens infratores; o maior uso de vigilância por vídeo, coleta de dados biométricos, mineração de dados e reunião de informações através de iniciativas como o "total awareness program" nos Estados Unidos, o monitoramento por vídeo no Reino Unido e os bancos de dados genéticos na França e Inglaterra.

Palavras-chave: Genealogia da punição – Neoliberalismo – Biopoder – Controle atuarial.

Abstract: The article aims to delve into important questions about the structures of punishment in Western industrialized nations at the turn of the 21st century. In the center of the debate are the actuarial logics that have driven preventative detention, the increased use of order-maintenance policing strategies, such as zero-tolerance and broken windows policing; harsher treatment of juvenile offenders; increased use of video surveillance, biometric data collection, data mining, and information gathering through initiatives such as the 'total awareness program' in the United States, CCTV video surveillance in the United Kingdom, and DNA database collection in England and in France.

Keywords: Genealogy of punishment – Neoliberalism – Biopower – Actuarial control.

Sumário: I. II. III. IV. V. VI. VII. Conclusão. VIII. Referências.

A principal função do direito penal em uma sociedade capitalista é prevenir que as pessoas contornem o sistema de troca voluntária e compensada - o "mercado", *explícito ou implícito - em situações em que, porque os custos de transação são baixos, o mercado é um método mais eficiente de alocação de recursos do que de troca forçada... Quando os custos de transação são baixos, o mercado é, virtualmente por definição, o método mais eficiente de alocação de recursos. Tentativas de contornar o mercado serão, portanto, desencorajadas por um sistema legal empenhado em promover eficiência.*
Richard Posner[1]

1. POSNER, Richard. An Economic Theory of the Criminal Law. *Columbia Law Review* 85(6): 1193-231, 1985.

O mercado é o melhor mecanismo já inventado para alocar recursos eficientemente para maximizar a produção... Eu também penso que existe uma conexão entre liberdade de mercado e liberdade em geral.
Barack Obama[2]

A[3] virada do século XXI testemunhou mudanças importantes da punição nos Estados Unidos e em outras nações industrializadas ocidentais. A tendência mais chocante e ilustrativa, ao menos nos Estados Unidos, é o encarceramento em massa – o crescimento exponencial no número e na taxa de prisioneiros em penitenciárias estaduais e federais e nas cadeias municipais. Após 50 anos de relativa estabilidade, em 1973 a taxa de encarceramento nos Estados Unidos começou a subir exponencialmente a tal ponto que, hoje, um em cada 100 adultos está atrás das grades. Tendências similares, porém, mais atenuadas foram observadas na Itália, França, Reino Unido e outros países europeus durante o final do século XX e início do século XXI.

Outra mudança impressionante nos Estados Unidos é a guinada para métodos e instrumentos atuariais – ferramentas de avaliação de risco para prever o sucesso ou fracasso de reclusos em liberdade condicional; avaliar a potencial periculosidade futura e para identificar criminosos sexuais violentos. O Canadá também começou a experimentar instrumentos atuariais, e a lógica de previsão atuarial – embora não necessariamente os instrumentos em si – atravessou vários países europeus, como a França, que, em 2007, cordialmente incorporou a detenção preventiva *(rétention de sûreté)*.

Estados Unidos, Canadá e países europeus também experimentaram – em momentos e em extensões distintos – o uso ampliado de estratégias policiais de manutenção da ordem, tais como a da tolerância zero e a teoria das janelas quebradas; tratamentos mais severos com jovens infratores; maior uso de vigilância por vídeo, coleta de dados biométricos, mineração de dados e a reunião de informações através de iniciativas como o programa de "Conhecimento Total da Informação" [*Total Information Awareness*][4] nos Estados Unidos, monitoramen-

2. Apud LEONHARDT, David. [Advanced] Obamanomics. *New York Times Magazine*, 24 August, p. 28-54, 2008.
3. Tradutores: Augusto Jobim do Amaral; Henrique Mioranza Koppe Pereira e Jádia Larissa Timm dos Santos. Texto publicado originalmente na revista *Theoretical Criminology*, 2010, v.14(1): 74-92;1362-4806, DOI 10.1177/1362480609352785. Disponível em: [www.sagepub.co.uk/jornalsPermissions.nav].
4. N.T.: Trata-se de um programa desenvolvido pelo governo norte-americano, no conceito de policiamento preditivo, que teve como objetivo coletar informações pessoais

to por circuito-fechado de televisão (CCTV – *closed-circuit television*) no Reino Unido e banco de dados de material genético na Inglaterra e na França; e práticas mais severas de condenação, incluindo a adoção de "sentenças mínimas obrigatórias" [*mandatory minimum sentences*][5], "leis das três chances" [*three-strikes laws*][6], reforço no combate ao tráfico de drogas e armas, bem como diretrizes para condenações mais longas.

Em muitos desses desdobramentos, os Estados Unidos têm sido uma rede exportadora de ideias e tecnologias, como o caso do policiamento atrelado ao ideário das "janelas quebradas" e a das sentenças mínimas obrigatórias. Mas não em todas. O Reino Unido também é líder no videomonitoramento via CCTV e na coleta de DNA; a França foi uma das pioneiras no campo das forças de segurança antimotim paramilitares; e a Itália tem tomado a dianteira em processos judiciais ao estilo *bunker*. O principal instrumento atuarial utilizado nos Estados Unidos – o *Level of Services Inventory-Revised* (LSI-R)[7] [Nível de Inventário de Ser-

detalhadas para supostamente localizar terroristas e, também, antecipar e prevenir crimes. A figura do Almirante John Poindexter é tida como pioneira no programa, quem tentou emplacá-lo por duas vezes, a última logo após o 11/9. O programa tinha como símbolo um olho no topo de uma pirâmide vendo o mundo inteiro, como o logotipo baconiano *scientia est potentia* (saber é poder). O programa deixou de ser financiado em parte pelo grande número de críticas recebidas, no sentido de que o governo estaria aplicando o programa a todos os cidadãos norte-americanos, e não apenas na guerra ao terror.

5. N.T.: Estrutura legislativa que imputa aos infratores que cumpram um prazo pré-definido mínimo para certos crimes considerados mais graves. Dessa forma, os juízes são obrigados legalmente a produzirem sentenças de acordo com a punição mínima estabelecida, frequentemente vinculada ao encarceramento. Com isso, a rigor, as sentenças passam a ser produzidas pelo legislativo, não pelo sistema judicial. Essa forma é instituída para agilizar o processo de condenação e limitar a produção de sentenças divergentes. Esse instituto jurídico facilita a massificação de encarceramento, assim como, auxilia a definir os recortes populacionais aos quais se aplicarão institutos punitivos severos.
6. N.T.: Lógica legal que faz alusão às regras básicas de *baseball* que indicam ao rebatedor suas três tentativas sob pena de eliminação do jogo. Emerge dos movimentos punitivistas da década de 90 nos Estados Unidos, através de legislações que se preveem aos condenados pela terceira vez penalizações mais severas, como perda de direitos processuais e de progressão de regime.
7. N.T.: Pesquisa quantitativa acerca dos atributos do ofensor e suas situações relevantes para o nível de supervisão e de decisões referente aos processos punitivos. O sistema é disposto para maiores de 16 anos, e se propõe como ferramenta de *previsão* de resultados sobre liberdade condicional, assim como para auferir o sucesso em instituições intermediárias correcionais, desvios institucionais e reincidência. Os 54 itens presentes

viços – Revisado] – foi, na verdade, inventado e desenvolvido por pesquisadores canadenses, e o mesmo serve para a ferramenta *Hare Psychopathy Checklist-Revised* (PCL-R) ["Escala Hare"].[8]

I.

É tentador ver esses desenvolvimentos como evidência de algo novo que emergiu em meados dos anos 1970 – de uma nova cultura do controle, uma nova penologia ou uma nova virada para o biopoder. O chocante gráfico das taxas de encarceramento americano – com uma curva exponencial que teve início em 1973 – está grudado em nosso imaginário coletivo e, junto ao simultâneo colapso do modelo reabilitador e da implementação de medidas de lei e ordem naquele tempo, milita em favor de uma explicação que coincidiria, temporalmente, com o início à metade dos anos 1970.

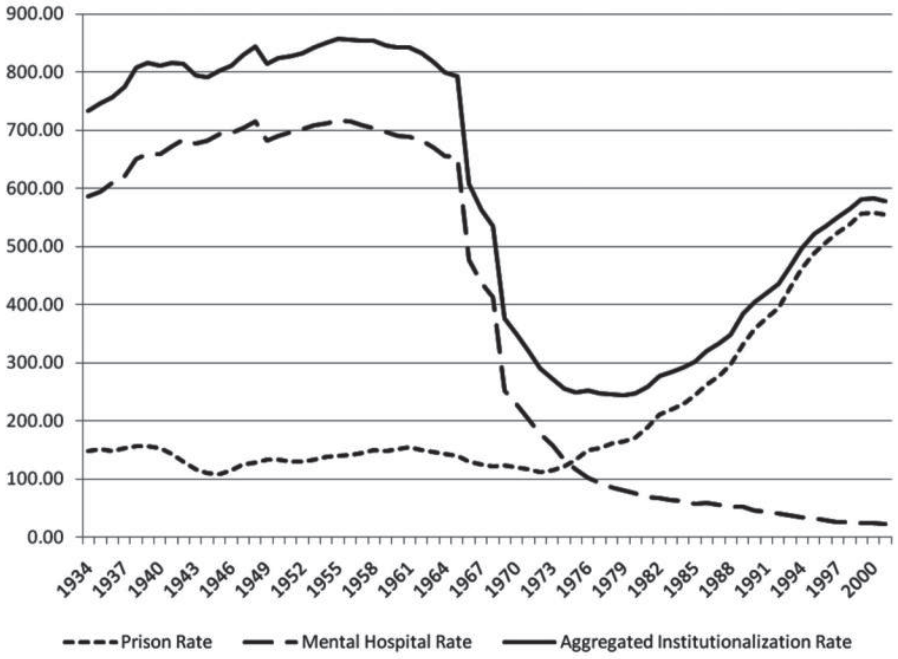
Seria um erro, porém, colocar demasiada ênfase nesse momento crucial. Afinal, a manutenção da ordem é uma prática disciplinar que remonta, pelo menos, ao século XIX.[9] Mecanismos atuariais foram usados para prognosticar desvios no início dos anos 1930 nos Estados Unidos,[10] e eles também remetem à criminologia positivista e ao movimento da defesa social da Europa no final de século XIX[11]. A coleta de dados biométricos e sua utilização têm trágicos antecedentes

no sistema são baseados em requisitos legais e incluem fatores socioeconômicos relevantes que são colocados objetivamente para classificar o ofensor de forma que as instituições punitivas tomem decisões sobre a vida do sujeito, sem precisar analisar outros critérios. Tais fatores são divididos em 10 grupos: antecedentes criminais; educação/emprego; financeiro; família/conjugal; acomodações; lazer/recreação; companhias; álcool/drogadição; emocional/pessoal; atitudes/orientações.

8. N.T.: A ferramenta foi desenvolvida por Robert D. Hare, psicólogo criminal canadense, e é uma escala de avaliação de psicopatia para medir traços de manipulação, falta de remorso ou culpa, falta de metas realistas em longo prazo, delinquência juvenil, versatilidade criminal entre outros aspectos dispostos como relevantes.
9. FOUCAULT, Michel. *Sécurité, Territoire, Population*: Cours au Collège de France. 1977-78. Paris: Seuil/Gallimard, 2004, p. 47 e HARCOURT, Bernard. *Illusion of Order:* The False Promise of Broken Windows Policing. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001. p. 160.
10. HARCOURT, Bernard. *Against Prediction*: Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age. Chicago, IL: University of Chicago Press, 2007. p. 59.
11. Cf. TULKENS, Françoise. 'Introduction' to Adolphe Prins. *La défense sociale et les transformationsdu droitpénal*, p. I-XXIV. Genève: Editions Médecineet Hygiène, 1986.

na Europa e na América do Norte do início do século XX – com esterilizações forçadas, eugenia e frenologia.[12] E nem mesmo o encarceramento em massa é, de forma alguma, sem precedentes. O fato é que, os Estados Unidos institucionalizaram pacientes com problemas mentais em todos os tipos de estabelecimentos fechados nos anos 1930, 1940 e 1950 em taxas similares ao aprisionamento hoje.[13] Aqueles índices de aprisionamento são igualmente chocantes:

Figura 1
Taxas de institucionalização de reclusos em instituições mentais e prisões estaduais e federais nos Estados Unidos (por 100.000 adultos)



_ _ _ _ _ Taxa de prisão
__ __ __ Taxa de Hospital psiquiátrico
_____ Taxa de institucionalizações agregadas

No período entre 1938 e 1963, os Estados Unidos, rigorosamente, institucionalizaram em prisões e instituições psiquiátricas taxas acima de 800 por 100.000 adultos – com picos de 844 em 1948 e 857 em 1955. Havia uma variedade vasta

12. KING, Desmond. *In the Name of Liberalism*: Illiberal Social Policy in the UNITED STATES and BRITAIN. Oxford, UK: Oxford University Press, 1999.

13. HARCOURT, Bernard. From the Asylum to the Prison: Rethinking the Incarceration Revolution. *Texas Law Review* 84(7): 1751-86, 2006 e HARCOURT, Bernard. From the Asylum to the Prison: Rethinking the Incarceration Revolution. Part II: State Level Analysis. *University of Chicago Law & Economics*. Olin Working Paper No. 335 (March), 2007.

de instituições psiquiátricas na metade do século passado, incluindo não apenas hospitais psiquiátricos públicos estaduais e municipais, mas instituições públicas e privadas para "deficientes mentais e epiléticos", instituições públicas e privadas para "retardados mentais", enfermarias psiquiátricas em hospitais de veteranos, hospitais para "psicopatas", assim como hospitais psiquiátricos particulares. A taxa de detenção acumulada era, ao menos, tão alta como é hoje.[14]

É importante, então, recuar e explorar o arco da punição através de um curso mais longo – para relacionar o encarceramento em massa e esses recentes desenvolvimentos às antigas semelhanças da virada do século XX e situá-los dentro de uma estrutura histórica mais ampla que abranja vários séculos – não apenas décadas. O que essa perspectiva ampliada revela é que o padrão de confinamento e de controle no século passado tem sido facilitado pela emergência e dominação gradual da "penalidade neoliberal". Por penalidade neoliberal, tenho em mente uma forma de racionalidade na qual a esfera penal é empurrada para fora da economia política e tem a função de uma fronteira: a sanção penal é afastada da lógica dominante da economia clássica como único espaço no qual a ordem é legitimamente imposta pelo Estado. Sob esse ponto de vista, a maior parte da interação humana – a qual consiste em trocas econômicas – é vista como voluntária, onerosa, ordenada e tendente ao bem comum; a esfera penal é o limite exterior, onde o governo pode legitimamente interferir, lá e somente lá.

Esse discurso da penalidade neoliberal – nascido no século XVIII, alimentado no século XIX e hoje em plena fruição – facilita o crescimento da esfera carcerária. A penalidade neoliberal torna mais fácil a resistência à intervenção governamental no mercado e facilita a aceitação da criminalização de todo e qualquer desvio do mercado. Ela facilita a aprovação de novos estatutos criminais e a execução da sanção penal de forma mais liberal *porque é aí que a administração é necessária, é aí que o Estado pode agir legitimamente, essa é a esfera própria do governo*. Ao marginalizar e empurrar a punição para as periferias do mercado, a penalidade neoliberal desamarra o Estado na esfera carcerária.

14. As taxas na *Figura 1* não incluem as populações em cadeias locais porque tais dados, à época, eram extremamente esparsos e não foram mensurados de forma confiável até 1970; mas, mesmo assim, quando foram incluídos aos números nacionais gerais, a tendência permaneceu a mesma: apenas recentemente a revolução carcerária das décadas de 1980 e 1990 se aproximou dos níveis anteriores de institucionalização das décadas de 1940 e 1950. (Cf. HARCOURT, Bernard. From the Asylum to the Prison: Rethinking the Incarceration Revolution. Part II: State Level Analysis. *University of Chicago Law & Economics*. Olin Working Paper No. 335 (March), 2007).

A visão de um mercado ordenado, delimitado pela sanção penal, domina hoje a imaginação pública e conduziu a uma separação fundamental entre ordem natural e eficiência da troca de mercado e a necessidade de uma decisiva intervenção governamental no domínio penal. A sanção criminal tende a ser vista hoje como um extremo excepcional para uma ordem não regulamentada de mercado, onde lá – e lá somente – o Estado deve intervir para calibrar os cálculos dos atores racionais. Essa é a combinação precisa – ordem no mercado e o governo no limite – que ajuda a moldar a moderna visão neoliberal da penalidade. É precisamente essa visão que é refletida nos escritos de Richard Posner, formulados eloquentemente na simples, porém, contundente, epígrafe citada anteriormente – na sua ideia de que a maior função da sanção criminal em uma sociedade capitalista é evitar o desrespeito ao mercado.[15] Nessa passagem, a ideia da eficiência do mercado conduz a uma teoria penal onde o único espaço legítimo para a intervenção governamental é na punição. Em qualquer outra esfera, é preciso deixar que os negócios ocorram sozinhos – como se o espaço do mercado existisse, de alguma forma, independentemente ao policiamento, como se os dois domínios fossem distintos.

Essas ideias de eficiência de Mercado e da excepcionalidade penal remontam, notavelmente, ao anterior pensamento liberal. A primeira delas – a ideia de mercados naturalmente eficientes – localiza-se diretamente no nascimento, na emergência e no triunfo da ideia de ordem natural na economia. Ela desloca para o pensamento fisiocrata de François Quesnay, do Marquês de Mirabeau, de Dupont de Nemours, de Le Mercier de la Rivière, e de outros economistas franceses anteriores, durante o período de 1756 e 1767. Seus escritos foram extremamente influentes na França e no exterior, e é precisamente a sua noção de ordem natural que se metamorfoseou, ao longo do tempo, dentro da noção econômica moderna de eficiência de mercado que está no coração do pensamento neoliberal.

O nascimento da ordem natural nos escritos dos fisiocratas também conduziu perfeitamente à expansão da esfera penal como o único espaço legítimo para administração e intervenção governamental. A ideia de ordenança amadureceu dentro da teoria política que combinou inatividade em matéria comercial ao policiamento centralizado e autoritário em outros lugares – o que os fisiocratas se referiram como a doutrina do "despotismo legal". Sob a rubrica do despotismo legal, François Quesnay e Mercier de la Rivière formularam um ideal político de completa inatividade governamental em *tudo, menos* na esfera penal. Dada a

15. POSNER, Richard. An Economic Theory of the Criminal Law. *Columbia Law Review* 85(6): 1193-231, 1985. p. 1195.

existência de leis naturais governando o comércio, os *économistes* não anteviam nenhum papel para o poder legislativo *exceto* o de criminalizar e punir severamente aqueles que desviam da ordem natural.

A ordem natural no universo implicava despotismo legal em assuntos humanos. Os fisiocratas abraçaram essa doutrina em 1767, com a publicação naquele mesmo ano do ensaio de Quesnay, *Despotisme de la Chine*[16] [Despotismo Chinês], e do livro de Le Mercier, *L'Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*[17] [A ordem natural e o essencial das sociedades políticas]. Esses escritos econômicos os conduziram, de modo silogístico, à conclusão que a ordem natural em uma esfera econômica autônoma demanda tanto que não haja intervenção humana (em termos de direito positivo) no campo econômico e que o direito positivado limite-se a punir o desvio à ordem natural, em outras palavras, que se limite a punir roubo e violência. A lógica procedia da seguinte forma:

a) O domínio econômico – agrícola e comercial – é governado por leis naturais fundamentais que promovem, inerentemente, os melhores interesses da humanidade.

b) Leis positivas, criadas pelo homem, podem, no melhor panorama, apenas refletir a ordem natural e explicar o direito natural. No domínio econômico, a lei positivada geralmente desvia da lei natural, produzindo mais desordem do que ordem.

c) Assim, a lei positiva não deve se estender ao domínio das leis naturais ou, como declarou Quesnay: "A legislação positiva não deveria, portanto, atingir o domínio das leis físicas."[18] Precisamente por essa razão, não há necessidade de uma legislatura separada. Todo poder legislativo deveria ser centralizado em um executivo unificado – um déspota legal – o qual aprende e diretamente implementa as leis da natureza.

d) Existem, entretanto, alguns homens cujas paixões estão fora de controle – cujas paixões, escreveu Quesnay,[19] estão *déréglées* [desreguladas] – os quais falham em apreciar e seguir as leis fundamentais da natureza.

16. QUESNAY, François. Despotisme de la Chine. In : Christine Théré, Loïc Charles and Jean-Claude Perrot (Ed.) *Œuvres Économiques Complètes et autres textes*, v. 2, p. 1005-114. Paris: Institut National d'Études Démographiques, 2005.
17. LE MERCIER DE LA RIVIÈRE, Pierre-Paul. *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*. Paris: P. Geuthner, [1767] 1910.
18. QUESNAY, François. Despotisme de la Chine. In: THERE, Christine; CHARLES, Loïc and PERROT, Jean-Claude (Ed.) *Œuvres Économiques Complètes et autres textes*. Paris: Institut National d'Études Démographiques. 2005, p. 1017. v. 2.
19. Ibidem, p. 1017.

e) O único objeto legítimo das leis positivas criadas pelos homens, então, é o de punir severamente aqueles homens cujas paixões estão fora de ordem de modo a proteger a sociedade desses ladrões e negligentes – *des voleurs et des méchans* [os ladrões e os perversos], como Quesnay[20] escreveu.

A noção de ordem natural faz todo o trabalho nesse argumento lógico, conduzindo, inexoravelmente, à esfera penal, a qual é, por um lado, marginalizada, mas, por outro lado, é libertada e permitida que se expanda sem nenhuma limitação. A partir do momento em que as paixões dos homens estão desordenadas e esses homens não conseguem prezar pela ordem natural, o déspota legal tem total e ilimitada discricionariedade para reprimir e punir. As leis positivas criadas pelos homens servem apenas para uma função legítima: para punir aqueles que violam a ordem natural, aqueles desordenados que não respeitam as leis da natureza. A ordem natural andava de mãos dadas com o "despotismo legal" no pensamento fisiocrático do século XVIII – da mesma maneira que a eficiência do mercado hoje anda de mãos dadas com a penalidade neoliberal.

II.

Loïc Wacquant[21] fez uma significativa contribuição ao vincular nossos recentes desenvolvimentos sobre penalidade às questões mais amplas do neoliberalismo e à administração dos pobres em seu importante ensaio, *Crafting the Neoliberal State: Workfare, Prisonfare and Social Insecurity* [Forjando o Estado Neoliberal: Trabalho Social, Regime Prisional e Insegurança Social]. Wacquant molda sua intervenção em relação com escritos perspicazes de Frances Fox Piven e David Harvey e, pelo menos em parte, em oposição à noção de disciplina de Michel Foucault. Eu não seria tão rápido, no entanto, para dispensar Foucault. O local para buscar orientação no trabalho de Foucault não é no seu magistral *Vigiar e Punir*[22] nem na sua noção de disciplina desenvolvida lá; mas, em vez disso, nos seus Seminários *Segurança, Território e População*[23] e *Nascimento*

20. Ibidem, p. 1017.

21. N.T.: WACQUANT, Löic. Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Löic Wacquant e a questão penal no capitalism neoliberal.* Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 11-43.

22. FOUCAULT, Michel. *Discipline and Punish*. Trans. A. Sheridan. New York: Vintage Books, 1979.

23. FOUCAULT, Michel. *Sécurité, Territoire, Population:* Cours au Collège de France. 1977-78. Paris: Seuil/Gallimard, 2004.

da Biopolítica,[24] de 1978 e 1979, no *Collège de France*. Nesses seminários, Foucault explora as mais recentes manifestações penais do final dos anos 1970 – o gerenciamento de grandes populações carcerárias – através de um paradigma diferente ao da disciplina, que ele chamou *sécurité* e, mais tarde, renomeou *gouvernementalité*.[25] Foucault passou a explorar o conceito de *securité* como um modo de compreender a mudança em nossas práticas penais, distanciando-se do tratamento e reforma do indivíduo e em direção ao gerencimanto de grandes populações carcerárias. Nem tão surpreendentemente, tais seminários sobre *securité* e biopolítica tornar-se-iam, em realidade, seminários sobre neoliberalismo.[26]

Nesse ensaio, gostaria de usar o termo "neoliberalismo" para atingir um arco mais amplo da teoria política e social, que abrange vários séculos. O termo em si – como a maioria deles – é profundamente contestado, inclusive entre aqueles que estudam zelosamente o conceito.[27] Usarei o termo aqui para capturar ao menos três dimensões específicas. A primeira representa a dimensão cronológica. Ela distingue pensadores do século XX, como Friedrich Hayek, Milton Friedman e George Stigler, dos primeiros pensadores liberais como Adam Smith e François Quesnay. A segunda dimensão é mais "ideológica". Os primeiros pensadores liberais tinham um conjunto de ideias que não foram colocadas à prova; elas eram, em certo sentido, mais utópicas ou idealistas. Os neoliberais contemporâneos surgem após muita experimentação e alguma história, incluindo a grande depressão, o *New Deal* e o colapso financeiro de 2008. Desse modo, o neoliberalismo contemporâneo possui um elemento ideológico mais expressivo, porque ele, frequentemente, minimiza o fracasso histórico do mercado. A terceira dimensão tem a ver com convicção ou fé: o neoliberalismo é aqui entendido como a crença de que hoje nós, nos Estados Unidos, realmente vivemos em um sistema de mercado livre e que esse sistema triunfou. É a crença de que os primeiros mercados europeus do século XVIII eram completa e excessivamente regulados e que, agora, os dos Estados Unidos são livres.

24. FOUCAULT, Michel. *Naissance de la Biopolitique*: Cours au Collège de France. 1978-1979. Paris: Seuil/Gallimard, 2004.

25. FOUCAULT, Michel. *Sécurité, Territoire, Population:* Cours au Collège de France. 1977-78. Paris: Seuil/Gallimard, 2004. p. 111.

26. FOUCAULT, Michel. *Naissance de la Biopolitique*: Cours au Collège de France. 1978-1979. Paris: Seuil/Gallimard, 2004b. p. 23; 25.

27. CAMPBELL, John L. and Ove K. Pedersen (Ed.). *The Rise of Neoliberalism and Institutional Analysis*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2001. p. 207.

No geral, então, estou empregando o termo neoliberal em um sentido ligeiramente mais amplo do que alguns escritos mais críticos ao neoliberalismo, que tendem a focar no período seguinte a 1970 – referindo-se ao período anterior como de "liberalismo contido" [*embedded liberalism*] –, especialmente na ascensão de Ronald Reagan e Margaret Thatcher, na onda de privatizações que se seguiu e no "Consenso de Washington" adotado nos anos 1990.[28] Também estou tentando distinguir neoliberalismo de globalização – que são confundidos com muita frequência[29] – assim como dos "neoliberalismos transnacionais"[30].

A partir dessa perspectiva histórica ampliada, o neoliberalismo representa hoje uma série de assunções padrão em favor de "mercados não regulados". Isso não se enquadra perfeitamente na posição libertária de mercado mais extrema, associada à antiga Escola de Chicago. É, ao contrário, uma visão mais moderada daquela que a intervenção do governo no domínio econômico *tenderia a ser ineficiente* e, portanto, deveria ser evitada. O que caracteriza essa perspectiva mais moderada é um conjunto de suposições *a priori* mais suaves, que estão refletidas, especialmente, na retórica do debate econômico. Contrastando a retórica mais extrema da Escola de Chicago do princípio – por exemplo, o argumento de que o mercado livre é, praticamente, sempre mais eficiente – os neoliberais de mercado sugerem que a intervenção do governo tende a ser menos eficiente e que geralmente os mecanismos do mercado funcionam melhor, em parte, não só por causa dos baixos custos transacionais, mas, também, porque os atores privados coletam melhores informações e tendem a ser mais aplicados no lucro final. Ademais, as agências do governo sofrem maiores problemas de mandante-mandatário, são menos ágeis no ajustamento às mudanças das condições de mercado e se tornam mais suscetíveis de serem capturados por grupos de interesse. Esses são argumentos familiares e, juntos, costumam promover um padrão flexível que favorece os mecanismos de mercado sobre a sua "regulação" – quer dizer, uma inclinação em favor dos "mercados livres". Isso é, de várias formas, o que Jean

28. PECK, Jamie; TICKELL, Adam. Neoliberalizing Space. In: BRENNER, Neil and THEODORE, Nik (Ed.) *Spaces of Neoliberalism*: Urban Restructuring in North America and Western Europe. Oxford UK: Blackwell Publishing, 2002. p. 33-37; DUMÉNIL, Gérard and Dominique Lévy. *Capital Resurgent*: Roots of the Neoliberal Revolution. Trans. Derek Jeffers. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004. p. 1, 205-6, 211; HARVEY, David. *A Brief History of Neoliberalism*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 13, 11.

29. PECK; TICKELL. *Op. cit.*, p. 35.

30. PECK, Jamie. Geography and Public Policy: Constructions of Neoliberalism. *Progress in Human Geography* 28(3): 392-405, 2004, p. 394.

Comaroff e John Comaroff[31] identificaram como aquele "impulso para deslocar a soberania política com a soberania do 'mercado', como se esta última tivesse uma razão e uma moralidade próprias".

A lógica da penalidade no neoliberalismo *facilita* as práticas de punição contemporâneas, ao encorajar a crença de que o espaço legítimo para intervenção governamental é a esfera penal – *aqui e tão somente aqui*. A chave para compreender nossas práticas punitivas contemporâneas, então, está na emergência da ideia de ordem natural, no século XVIII, e na sua eventual metamorfose, ao longo do século XX, dentro do conceito de *eficiência de mercado*. É a ideia da ordem natural que torna coerente e possibilita a crença da autorregulação e da autossustentabilidade dos mercados. A ideia de que fluxos internos autoestabilizáveis funcionam melhor quando deixados sozinhos – essa conceitualização de regulação natural, de equilíbrio espontâneo, de harmonia natural no domínio econômico, foi o que permitiu que pensadores do século XVIII reimaginassem a realidade social, para separar economia e sociedade, e para realocar e expandir a esfera penal.

III.

Mas nem sempre foi assim. Houve um momento anterior, em que a organização, a administração e o policiamento dos mercados formavam uma parte integral do campo da economia pública. O jovem Adam Smith entendia bem isso e, de fato, usava o discurso da *polícia* ao ensinar sobre economia pública, regulação dos mercados, monopólios, dinheiro e comércio – sobre como, em suma, aumentar a riqueza de uma nação. No seu livro *Lectures on Jurisprudence* [Lições de Jurisprudência], que concretizou na Universidade de Glasgow, durante o período de 1762 a 1764 – depois da publicação de *The Theory of Moral Sentiments* [A Teoria dos Sentimentos Morais] em 1759, mas antes de *The Wealth of Nations* [A Riqueza das Nações] de 1776 – Smith utilizava, e utilizava exclusivamente, a rubrica "polícia" para discutir economia pública. Ele identificava como principal tarefa da "polícia" a facilitação do *bon marche* [bom mercado]. Uma vez que a segurança interna de uma nação estivesse garantida e que seus sujeitos pudessem se beneficiar de sua propriedade privada, proferiu Smith, numa conferência em 1762-1763, que a atenção do Estado deveria se voltar para a tarefa de promoção da riqueza estatal. "Isso produz o que chamamos de polícia", disse Smith. "Quaisquer que sejam as

31. COMAROFF, Jean and COMAROFF, John L. (Ed.). *Millennial Capitalism and the Culture of Neoliberalism*. Durham, NC: Duke University Press, 2001. p. 43.

regulações feitas sobre as trocas comerciais, o comércio, a agricultura, as manufaturas do país, são consideradas como pertencentes à polícia"[32].

Smith rastreou a noção de polícia da administração francesa, citando a tradição de que o rei da França demandava três serviços de seu *lieutenant général de police* [comandante geral de polícia][33] – nomeadamente, que ele assegurasse a limpeza, a segurança da nação e a abundância e o baixo custo dos produtos no mercado. Smith referia-se, especificamente, ao marquês D'Argenson, chefe de polícia em Paris, de 1697 a 1718, e à lenda de que, ao assumir o posto, o rei da França lhe disse que esperava dele que cuidasse de três coisas: "primeiro, da limpeza ou *netteté*[34]; segundo, da segurança ou *aisance*[35]; e, terceiro, do *bon marché*, ou seja, do barateamento das mercadorias".[36] Assim, sob o título de polícia, Smith declarou em suas lições de 1763-1764: "nós iremos considerar a opulência de um estado", ou, mais especificamente, "a consideração do preço baixo ou da fartura, ou, o que é a mesma coisa, a maneira mais apropriada de obter riqueza e abundância"[37].

Para os primeiros economistas públicos, a "polícia" era o que assegurava a provisão abundante de alimentos e bens necessários. Assim, como mostraram Michel Foucault, Pasquale Pasquino, Mariana Valverde e outros, essa primeira noção de "polícia" expressava uma série de significados – não apenas a função de execução associada ao *lieutenant général de police* que, ao menos em alguns aspectos, se assemelha mais a nossa compreensão contemporânea de aplicação da lei por forças uniformizadas.[38] A expressão "polícia" também capta, em ter-

32. SMITH, Adam. *Lectures on Jurisprudence*. Ed. R.L. Meek, D.D. Raphael and P.G. Stein. Oxford: Clarendon Press, [1762–4; 1766]1978. p. 5.

33. N.T.: Surgido na metade do século XVII na França, era de fato a autoridade primeira especializada, como um magistrado, no exercício de polícia. A palavra, porém, podia designar a jurisdição estabelecida pelo exercício da polícia.

34. N.T.: termo que refere a qualidade do que é limpo, nítido, claro. Cf. [www.larousse.fr/dictionnaires/francais/nettet%C3%A9/54338].

35. N.T.: referente à facilidade para se realizar uma ação, especialmente relativa ao comportamento em sociedade. Cf. [www.larousse.fr/dictionnaires/francais/aisance/1952].

36. Ibidem, p. 5.

37. Ibidem, p. 398; 487.

38. KAPLAN, Steven L. *Bread, Politics and Political Economy in the Reign of Louis XV*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1976. v. 1. p. 11–14; OLIVIER-MARTIN, François. *La police économique de l'Ancien Régime*. Paris: Éditions Loysel. [Reprint of Cours d'histoire du droit public rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. Olivier-Martin, Professeur à la Faculté de Droit de Paris. Diplôme d'études supérieures, Droit Public 1944-1945. Paris: Les Cours de Droit. Published in 1945.] 1988. p. 13–22; PASQUINO, Pasquale.

mos mais gerais, o que poderíamos chamar hoje de "administração", mas uma administração limitada às subdivisões do Estado; o termo *gouvernement* ou *governing* [governo], em contraste, cobriria a administração do *l'État ou* Estado[39]. Porém, os diferentes significados estão imbricados: a administração da subsistência e dos mercados estava sob a jurisdição das funções de policiamento e eram percebidas como demanda por vigilância.[40] Como as primeiras palestras de Smith demonstravam, economia pública e "polícia" eram um contínuo.

Seria necessário um pequeno passo para estender essa lógica ao campo da punição. O jovem aristocrata milanês Cesare Beccaria, viria a fazer exatamente isso no seu curto, porém, precursor tratado, *Dei delitti e delle pene* [Dos Delitos e das Penas] – publicado em 1764[41]. O novo campo da economia pública, gabava-se Beccaria, domou e civilizou nações através do comércio. "Descobrimos as verdadeiras relações entre o soberano e os sujeitos", declarava Beccaria[42], "e existe uma guerra silenciosa pelo comércio entre as nações, que é a guerra mais humana e a mais digna de homens racionais". Beccaria acreditava que essas mesmas lições poderiam domar e civilizar nossas práticas punitivas, e, nesse processo, eliminar os excessos brutais da punição do século XVII.

Sob a influência de Beccaria, o campo da economia pública colonizaria o domínio penal e imporia a mesma lógica de medidas e respostas proporcionais ao mesmo problema da tendência natural do homem ao desvio. Na esfera penal – assim como no campo econômico – a solução proposta por Beccaria era administrar

---

Theatrum Politicum: The Genealogy of Capital — Police and the State of Prosperity. In: BURCHELL, Graham; GORDON, Colin and MILLER, Peter (Ed.) *The Foucault Effect*: Studies in Governmentality. Chicago, IL: University of Chicago Press, 1991. p. 109-116; NAPOLI, Paulo. *Naissance de la police moderne:* Pouvoir, normes, société. Paris: Éditions La Découverte, 2003. p. 8; FOUCAULT. Ob. cit., 2004, p. 320-2; DUBBER, Markus D.; VALVERDE, Mariana. *The New Police Science*: The Police Power in Domestic and International Governance. Stanford, CA: Stanford University Press, 2006. p. 1-2.

39. OLIVIER-MARTIN, François. *La police économique de l'Ancien Régime*. Paris: Éditions Loysel. [Reprint of Cours d'histoire du droit public rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. Olivier-Martin, Professeur à la Faculté de Droit de Paris. Diplôme d'études supérieures, Droit Public 1944-1945. Paris: Les Cours de Droit. Published in 1945.] 1988,.p.13.
40. DELAMARE, Nicolas. *Traité de la police*. Amsterdam: Aux dépens de la compagnie, 1729.
41. HARCOURT, Bernard. Cesare Beccaria et son traité "Des délits et des peines". In: HALPERIN, Jean-Louis and CAYLA, Olivier (Ed.). *Les Grandes Œuvres Juridiques*, p. 39-46. Paris: Editions Dalloz, 2008.
42. BECCARIA, Cesare. *On Crimes and Punishments and Other Writings*. Ed. Richard Bellamy. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1995 [1764]. p. 8.

apropriadamente uma estrutura racional de tarifas e preços. Para Beccaria, a "polícia" era parte integrante da economia pública. As lições de Beccaria sobre economia pública, proferidas em Milão, em 1769 – cujas anotações foram publicadas postumamente – tratavam sobre cinco áreas: agricultura, artes e manufatura; comércio, finanças e *polícia. Of Police* [Da Polícia] constituía um elemento central no estudo de economia pública – uma seção inteira em conjunto com a do comércio e finanças – porque compartilhava a mesma racionalidade da administração pública.[43]

O traço comum ao jovem Adam Smith e a Beccaria é a continuidade entre administração "policial" e economia. Para ambos, as duas esferas eram completamente sobrepostas. Para Smith, polícia era a categoria guarda-chuva, e ela incluía as discussões da economia pública e da riqueza de uma nação. Para Beccaria – e outros *cameralistas* [administrativistas] de seu tempo – a categoria abrangente era economia pública, dentro da qual a "polícia" formava um importante setor, ao lado do comércio e das finanças. Para ambos, no entanto, os dois domínios eram integrados e contínuos. Dois campos de sobreposição.

IV.

É, precisamente, essa visão de uma relação integrada entre economia pública e "polícia" que dá lugar a um ideal muito diferente, na segunda metade do século XVIII. Se preço baixo e abundância, se o *bon marché* era o objetivo da economia pública e da *police des grains* [polícia de grãos] na metade do século, dificilmente as coisas poderiam ter sido diferentes apenas uma década depois. O contraste é marcante e capturado pelo novo dogma de François Quesnay:

> "Abundância com ausência de valor não é riqueza
> Penúria e preço alto é miséria
> Abundância com preço alto é opulência."[44]

Em outras palavras, abundância e fartura não significam a riqueza de uma nação. Escassez e preços altos, naturalmente, são miséria. Abundância *e* preços

43. BECCARIA, Cesare. *Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria*. Ed. Luigi Firpo. Seven vols. Milan: Mediobanca, 1984-90; PASQUINO, Pasquale. Theatrum Politicum: The Genealogy of Capital — Police and the State of Prosperity. In: BURCHELL Graham; GORDON, Colin and MILLER, Peter (Ed.) *The Foucault Effect*: Studies in Governmentality, p. 105-18. Chicago, IL: University of Chicago Press, 1991.

44. QUESNAY, François. *Œuvres Économiques Complètes et autres textes*. Ed. Christine Théré, Loïc Charles and Jean-Claude Perrot. Paris: Institut National d'Études Démographiques (Ined), 2005a. v. 1. p. 570.

altos que produzem opulência. Essa mudança transformaria radicalmente o significado, a conotação e o papel do *policiamento* – como ocorreu primeiro nos escritos dos *économistes*. Da primeira contribuição publicada por François Quesnay no campo da economia política – sua entrada em *Fermiers* [Agricultores] no volume VI da *Encyclopédie* em 1756[45] – as suas últimas contribuições à economia, coletadas e publicadas na *Physiocratie, de* Dupont de Nemours, em 1768, Quesnay reorientaria fundamentalmente a relação entre economia pública e "polícia": a intervenção governamental nos mercados passou a ser considerada opressiva e interferiria no funcionamento autônomo de um sistema econômico regido por leis e ordem naturais. Em 1776, ano em que *A Riqueza das Nações* foi publicada, Adam Smith já não usava mais a rubrica "polícia" para discutir economia pública. De fato, a palavra "polícia" aparecia raramente neste texto.

François Quesnay[46] apresentou sua ideia de um sistema econômico autônomo, governado por uma ordem natural em seu *Tableau économique* [Plano Econômico], publicado pela primeira vez em um volume ampliado *L'Ami des hommes* [O Amigo dos homens], de Marquis de Mirabeau, em 1760. O *Tableau* era uma representação gráfica de fluxos de dinheiro e *commodities* entre as três principais classes da sociedade – os cultivadores, os proprietários de terras e os fabricantes. Através de um simples gráfico e suas linhas em zigue-zague, Quesnay procurou visualizar suas teses principais, a saber, que a produção agrícola é a única fonte de toda riqueza social, que a riqueza só pode ser produzida por meio de um sistema autônomo de trocas e que, portanto, o Estado deve cessar de intervir com tarifas, restrição do fluxo comercial e deixar de interferir com outras regulações.

O *Tableau économique* de Quesnay recebeu muita atenção, pois tentou representar, gráfica e sistematicamente, um sistema econômico – ao que Louis Dumont se referiu como "um todo ordenado"[47]. Todavia, não foi simplesmente a noção de um sistema econômico o mais importante e influente para um futuro

45. QUESNAY, François. Fermiers. In : THERE, Christine ; CHARLES, Loïc and PERROT, Jean-Claude (Ed.) *Œuvres Économiques Complètes et autres textes*. Paris: Institut National d'Études Démographiques, 2005c. v. 1. p. 127-61.

46. QUESNAY, François. *Tableau économique des physiocrates*. Paris: Calmann-Lévy, 1969.

47. DUMONT, Louis. *Homo aequalis*: Genèse et épanouissement de. l'idéologie économique. Paris: Gallimard, 1977. p. 41. É precisamente isso que Marx achou tão brilhante. Marx escreveu sobre o Quesnay's *Tableau,* no seu *Teoria sobre a Mais-Valia*, que "essa tentativa de representar o todo em uma tabela que é composta de fato por apenas cinco linhas, conectando seis pontos de partida aos seus pontos finais, na segunda metade do século XVIII, na infância da economia pública, foi um golpe de gênio, sem dúvida, o mais brilhante na história da economia pública" (MARX, Karl. *Théories sur la plus-value (Livre IV du 'Capital'*. Three vols. Ed. Gilbert Badia. Paris: Editions Sociales, 1974. p. 399).

pensamento liberal, mas a subjacente ideia de *ordem natural*. Os sistemas podem funcionar bem com intervenção e calibragem externa: um motor funciona perfeitamente como um todo contanto que se adicione combustível. O que era notável no *Tableau* de Quesnay é que seu sistema era governado por uma ordem natural e inteiramente independente de insumos externos. O que Quesnay realmente contribuiu não foi apenas para uma ideia de sistema, mas de regulação natural – uma ideia que acabaria por receber uma articulação mais elaborada no livro de Mercier de La Rivière,[48] *L'Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques* [A ordem natural e essencial das sociedades políticas].

O nascimento ou, para ser mais justo[49], a emergência e amadurecimento da ideia de ordem natural ajudou a moldar a visão da esfera econômica como um sistema autônomo, autoajustável e autorregulado, que poderia atingir um equilíbrio natural espontaneamente e produzir aumento de riqueza. Essa mesma noção ressurge nos trabalhos posteriores de Adam Smith e Jeremy Bentham, e, hoje, nos trabalhos dos pensadores neoliberais contemporâneos, como Richard Posner e Richard Epstein. A ideia da ordem natural se metamorfoseou na crença da *eficiência do mercado*.

É a ordem natural que torna possível, precisamente, a crença de Richard Posner,[50] de que "quando os custos de transação são baixos, o mercado é, vir-

48. LE MERCIER DE LA RIVIÈRE, Pierre-Paul. *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*. Paris: P. Geuthner, [1767] 1910.

49. É claro que a ideia de ordem natural não era inteiramente nova. Simone Meyssonnier, em sua história das origens do pensamento liberal francês no século XVIII, *La Balance et l'Horloge* (1989), remonta a ideia a Pierre Le Pesant de Boisguilbert, que escreveu quase 100 anos antes, no período de 1695 a 1707. Joseph Schumpeter (*History of Economic Analysis*. New York: Oxford University Press (Seventh Printing 1968) [1954]), p. 97) descreveu famosamente a noção retomando os escolásticos – os teólogos dos séculos XIV e XV. E o próprio Pierre Samuel Dupont de Nemours – o principal divulgador, maior admirador e discípulo de Quesnay – traçou a doutrina fisiocrática para, entre outros, Marquis d´Argenson, ao qual é creditada a máxima *"Pas trop gouverner"* [não governar demais] (*Physiocratie, ou Constitution naturelle du gouvernement le plus avantageuxau genre humain*. Leyde: A. Yverdon, 1768. p. 309). Contudo, originalidade verdadeira não é a única fonte de influência. A obsessão de Quesnay com a ordem natural era *percebida* como nova – o que geralmente é o que mais importa. Como novo e radical. Muitos acreditaram que ele inaugurou, nas palavras de Dupont de Nemours, "uma nova ciência na Europa" (ROTHSCHILD, Emma. Global Commerce and the Question of Sovereignty in the Eighteenth-Century Provinces. *Modern Intellectual History* 1(1): 3-25, 2004, p. 4) e muitos recepcionaram Quesnay como o pai fundador dessa nova ciência.

50. POSNER, Richard. An Economic Theory of the Criminal Law. *Columbia Law Review* 85(6): 1193-231, 1985, p. 1195-6.

tualmente por definição, o método mais eficiente para alocar recursos". De fato, a eficiência natural é tão central no pensamento de Posner que ele *define* o comportamento criminal em termos de eficiência: o comportamento criminal *é* uma conduta humana ineficiente. Como explica Posner,[51] "eu defendo que o que é proibido é uma classe de atos ineficientes". A própria definição de crime ativa a noção de eficiência natural. Da mesma forma, os fisiocratas definiam criminalidade como um transtorno e um desvio das leis naturais. Atualmente, o pensamento neoliberal remonta a esse rompimento da "polícia" com a economia pública.

V.

A próxima questão é: a que preço viemos a acreditar que a economia é o campo da ordem natural e que a esfera de legitimidade do *policiamento* – da administração e do governo – repousa em algum outro lugar? Ao preço, primeiro, da significante alteração e expansão sem limites da esfera penal e, segundo, de naturalizar e esconder os mecanismos regulatórios em nossos mercados contemporâneos e, assim, mascarar as enormes distribuições de riquezas que ocorrem diariamente.

Primeiro, a expansão da esfera penal. O novo paradigma penal foi significativamente influenciado pelo liberal século XIX e pelo moderno pensamento neoliberal. Isso está mais evidente no trabalho de Jeremy Bentham. Embora ele, assim como Adam Smith, tivesse rejeitado o pensamento fisiocrático – principalmente em virtude da devoção de Quesnay à agricultura, como o único meio de criar riqueza nacional – ele abraçou e desenvolveu a noção de *ordem natural* em seus escritos econômicos e reproduziu – por uma estranha conjunção da teoria econômica liberal e pela teoria da punição Beccariana – a mesma relação entre mercados e punição: ordem natural na esfera econômica, porém intervenção governamental na esfera penal. No lado da economia pública, como ficou evidente em seu *Manual de Política Econômica*, escrito em 1794, Bentham[52] abraçou o liberalismo de Adam Smith. Entretanto, no lado da punição, Bentham adotou toda a roupagem de Beccaria. Em todas as questões penais, Bentham alinhou-se com a noção de Beccaria de *policiamento* e administração – de uma esfera da atividade humana que precisa ser atingida através da intervenção do governo. Na verdade, o código criminal era precisamente, para Bentham, um "grande catálogo de

51. Ibidem, p. 1195.

52. BENTHAM, Jeremy. *Jeremy Bentham's Economic Writings*. Ed. W. Stark. Leicester: The Blackfriars Press, 1952. v. 3. p. 233-5.

preços", através do qual o governo determinava os preços do desvio. O código penal era um menu de preços tabelados – exatamente o oposto do *laissez faire*. A influência de Beccaria nos escritos de Bentham sobre punição era estruturante[53]. Hoje, essa visão de um mercado ordenado delimitado pela sanção penal domina o imaginário coletivo. As práticas penais modernas nos Estados Unidos são coerentes com isso. O tamanho e o custo de nossa esfera penal neoliberal nos EUA excedem de longe aqueles de tempos anteriores.[54] Um estudo feito pelo *PEW Center*[55] sobre os Estados, publicado em março de 2008, relata que os gastos prisionais nos Estados Unidos ultrapassaram todos os outros orçamentos comparáveis, exceto o *Medicaid*[56]*:*

> "Baseado em dados estaduais e federais, os gastos com a correção criminal estão ultrapassando o crescimento orçamentário da educação, do transporte e da assistência pública. Apenas os gastos com o *Medicaid* que cresceram mais

53. HART, H.L.A. Bentham and Beccaria. In: *Essays on Bentham*: Jurisprudence and Political Theory. Oxford: Oxford University Press, 1982. p. 45.

54. Meu argumento foca em uma mudança ao longo do tempo, de uma racionalidade penal anterior à punição neoliberal. Como resultado, é importante comparar as *modernas* práticas penais neoliberais às de períodos anteriores nos *mesmos* países neoliberais, seja os Estados Unidos, a Grã-Bretanha ou a França. Muitas vezes, é tentador comparar o *moderno* neoliberalismo com outros discursos *contemporâneos* – como as formas de racionalidade socialista, comunista, fundamentalista ou autoritária – e sugerir que o neoliberalismo pode ou não ser *pior*. O que ele produz é um alargamento da esfera penal, *mais* punição, *mais* encarceramento – ou não. Para essas comparações, muitos contam com o fato de que os Estados Unidos lideram o mundo em sua taxa de encarceramento, e até mesmo o número bruto de pessoas na prisão – recebendo medalha de ouro mesmo em comparação com um país como a China que tem uma população cerca de três vezes e meia maior que os Estados Unidos. Essas comparações entre o neoliberalismo e *outros* discursos existentes, porém, não são o que motivam meu projeto. Meu argumento é, num sentido alargado, uma crítica interna da direção que o *nosso* discurso tomou, sugerindo que ele foi numa direção que facilita o crescimento da esfera penal e que poderia ter seguido uma direção muito diferente. Não é, novamente, num sentido vago, uma crítica externa, na medida em que não compara o neoliberalismo com *outros* discursos contemporâneos e não avalia se o primeiro é "melhor" ou "pior", em termos de seus efeitos na esfera penal.

55. N.T.: *Pew Research Center* (PRC) é um *Think Tank* localizado em Washington DC que atua em coleta de informações sobre tendências e atitudes que influenciam e transformam as estruturas sociais. PRC se diz alheio às posições políticas, todavia é subsidiário *Pew Charitable Trusts*, que apoia projetos vinculados a causas sociais tanto quanto projetos declarados politicamente neutros.

56. N.T: *Medicaid* é o programa de saúde social dos EUA para famílias e indivíduos de baixa renda.

> rapidamente do que os gastos correcionais estatais, que quadruplicaram nas últimas duas décadas."[57]

De acordo com o relatório da *PEW*, gastos correcionais custaram aos estados, em 2008, espantosos 47 bilhões de dólares, em grande parte por causa das extraordinárias altas taxas de encarceramento: "Um em cada 31 adultos, ou 7,3 milhões de americanos, está na prisão, em liberdade condicional ou suspensão condicional da pena, a um custo de 47 bilhões aos estados, em 2008"[58]. Da última vez que esses custos foram estudados, em 2001, os 50 Estados gastaram, em conjunto, 38 bilhões de dólares em orçamentos de correção (todo esse gasto exclui construção prisional).[59] O orçamento anual de correções da Califórnia para 2007 e 2008 foi de quase 10 bilhões de dólares em 2007, quase duas vezes maior do que em 2001.[60] Para muitos estados, o orçamento anual aloca *mais* fundos para as prisões do que para as faculdades com cursos de quatro anos.[61] Os números são impressionantes. Com cerca de 1% da população adulta nos Estados Unidos atrás das grades, o tamanho e o custo de nossa esfera penal é maior do que fora anteriormente.

Em segundo lugar, a retórica neoliberal naturaliza o mercado e, assim, esconde as alocações maciças que ali ocorrem. Ele mascara o papel do Estado, os laços do Estado com os atores e associações não estatais e o extenso arcabouço legal e regulatório que envolve essas entidades. Também esconde a liberdade que existia antes. Em outras palavras, mascara *ambos*, *tanto* a quantidade de liberdade do início do século XVIII *quanto* o montante de regulação atualmente. Existem e sempre existiram muito mais "constrições" em nossos mercados do que normalmente reconhecemos hoje. A verdade é que toda ação do corretor, comprador, vendedor, banco de investimento, empresa de corretagem, membro da bolsa – mesmo não membro – é analisada e regulamentada. As regras, comitês

57. MOORE, Solomon. Prison Spending Outpaces All But Medicaid. *New York Times*, 3 March, 2009, p. A13. Disponível em: [www.nytimes.com/2009/03/03/us/03prison.html].

58. Ibidem, p. A13.

59. BUREAU of Justice Statistics (BJS). *Special Report*: State Prison Expenditures, *2001*. 2004. Available at http://www.ojp.usdojgov/bjs/pub/pdf/spe01.pdf.

60. CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION (CDCR) *2007–08. Budget Overview*. 2007. Disponível em: [www.cdcr.ca.gov/BudgetRegs/ budgetOverview0708.html].

61. MASSACHUSETTS TAXPAYERS FOUNDATION (MTF). *Bulletin*: State Spending More on Prisons than Higher Education, 24 November, 2003. Disponível em: [www.masstaxpayers.org/data/pdf/bulletins/11–24–03%20Corrections%20Bull etin.PDF].

de supervisão, cartas consultivas, investigações, bem como ações judiciais, são abundantes. A lista de prós e contras é extensa. Por exemplo, membros da Bolsa de Valores de Nova York podem se unir e fixar a taxa de comissão em transações de ações menores de 500.000 dólares – eles podem, assim, definir o preço de compra e venda de ações – exceto negociar livremente comissões em transações de ações maiores.[62]As empresas de corretagem podem combinar e usar listas negras para restringir compradores de varejo a revenderem suas ações de oferta pública durante um "período restrito de varejo", entre 30 e 90 dias, após a compra de ações recém-ofertadas, mas as mesmas corretoras podem permitir que grandes instituições despejem suas ações no mercado de reposição a qualquer momento.[63]

As regras e regulamentações que cercam nossos mercados modernos são intrincadas e frequentemente arcanas, e elas desmentem a ideia simplista de que nossos mercados são "livres". A realidade é muito mais complexa.

VI.

A genealogia da punição neoliberal – sobre a qual este ensaio é apenas um esboço – procura explorar como esse modelo de racionalidade tornou-se naturalizado. Como essa forma de raciocínio dominante tornou-se crível. Como ela se tornou tão óbvia e a que preço. Nesse sentido, esse projeto continua no sulco de uma longa tradição nominalista – uma linha de pensamento que percorre o trabalho de pensadores desde o frade franciscano medieval Guilherme de Occam, aos ensaios renascentistas do Século XVI de Michel de Montaigne, às polêmicas do século XIX de Friedrich Nietzsche. Inicia-se conceituando "ordem natural" e "eficiência de mercado", ao que Guilherme de Occam teria chamado de "universais" e, então, explorando qual o trabalho que esses universais estão realizando. Desafia-se a própria existência dessas categorias universais de modo a descobrir, primeiramente, para que servem as designações, mas, em segundo lugar, o que escondem, em relação a aspectos singulares de entidades individuais – nesse caso, formas individuais de organização social e econômica.

A resposta que desenvolvo nessas páginas reflete essa influência nominalista: desenvolvemos essas categorias para dar sentido do que são, de fato, fenômenos

62. FRIEDMAN *vs*. Salomon/Smith Barney Inc. 313 F.3d 796. Gordon v. New York Stock Exchange. 422 US 659, (1975) 2002.

63. FRIEDMAN *vs*. Salomon/Smith Barney Inc. 313 F.3d 796.

irredutivelmente individuais, para colocar práticas discretas e divergentes em uma estrutura coerente, para implantar dispositivos heurísticos simples ou estereótipos para acelerar nossa avaliação e julgamento. Ao fazer isso, criamos estruturas de significado que funcionam para nós – *a um preço exorbitante*.

O historiador Paul Veyne,[64] em seu livro *Foucault: Sa pensée, sa personne* [Foucault: o pensamento, a pessoa], escava, no trabalho de Foucault, uma influência nominalista similar, chamando atenção particular para o trecho de abertura dos seminários de 1979 do Foucault, *O Nascimento da Biopolítica*.[65] O método de Foucault[66]consistia em examinar, criticamente, as próprias concepções que construímos para aprender algo sobre nós mesmos. Em uma veia semelhante, essa breve genealogia questiona: supondo-se que "ordem natural" e "eficiência de mercado" não existam. O que isso nos diz sobre o trabalho que tais conceitos realizam?

Em última análise, meu argumento é baseado na crença de que não temos como saber se nossas práticas contemporâneas são mais ou menos reguladas, mais ou menos libertadoras ou mais ou menos coercitivas. Temos, hoje, muito mais administração do que parece ou que tendemos a reconhecer. Se isso equivale a mais ou menos regulação do que havia no século XVIII, é impossível mensurar. Mas o fato é que *caracterizamos* nossas práticas contemporâneas como potencializadoras da liberdade[67]– e esse é, precisamente, o problema. Baseamo-nos em categorias de liberdade e coerção para louvar nossas práticas modernas. E, nesse processo, mascaramos as distribuições com que essas práticas modernas – as *regulações* do livre mercado – operam. Como John Campbell e Ove Pedersen[68] sugerem corretamente, acredito que "neoliberalismo não envolve tanto *desregulamentação* como envolve *rerregulamentação* da atividade

64. VEYNE, Paul. *Foucault*: Sa pensée, sa personne. Paris: Albin Michel, 2008.

65. HARCOURT, Bernard. Supposons que la discipline et la sécurité n'existent pas: Rereading Michel Foucault's Collège de France Lectures (with Paul Veyne). *Carceral Notebooks*, v. 4, p. 153-73, 2009. Disponível em: [www.thecarceral.org/cn4_harcourt.pdf]; VEYNE. Ob. cit., 2008, p. 19.

66. FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits IV – 1980–1988*. Paris: Gallimard, 1994. p. 726.

67. O trabalho que estou fazendo aqui carrega uma semelhança familiar à pesquisa de Marion Fourcade e Kieran Healy, especialmente em seu artigo *"Moral Views of Market Society"* [Visões Morais da Sociedade de Mercado], no qual, expandindo a análise de Albert Hirschman, eles mostram as representações numerosas do mercado como civilizante, destrutivo ou débil, e hoje, cada vez mais moralizado e moralizante (Fourcade e Healy, 2007, p. 286).

68. CAMPBELL, John L.; PEDERSEN, Ove K. (Ed.). *The Rise of Neoliberalism and Institutional Analysis*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2001. p. 3.

econômica". O problema é que ele mascara toda essa rerregulamentação sob uma fachada de desregulamentação.

VII. Conclusão

É surpreendente que a segunda epígrafe não tenha sido escrita por Friedrich Hayek nem por Milton Friedman – embora ela ecoe de uma declaração de Friedman[69] de que "a liberdade econômica é, também, um meio indispensável para alcançar a liberdade política". Não, essas palavras são de Barack Obama, pronunciadas em um momento em que, no verão de 2008, o fracasso financeiro estava sobre nós – depois do colapso de Bear Stearns e do mercado de hipoteca securitizada. E mesmo depois da queda do sistema bancário americano – depois da falência do *Lehman Brothers*, dos resgates da *Fannie Mae*, *Freddie Mac* e *AIG,* e da aprovação de um pacote de resgate à indústria financeira de 700 bilhões de dólares (*Troubled Asset Relief Program* – TARP[70] [Programa de recuperação de ativos]) – o secretário do Tesouro do presidente Obama, Timothy Geithner, declararia, no entanto, que: "Nós temos um sistema financeiro dirigido por acionistas privados, administrado por instituições privadas, e gostaríamos de fazer o melhor possível para preservar esse sistema".[71] Pouco importa que o povo americano, como resultado da primeira nacionalização parcial dos maiores bancos, de 350 bilhões de dólares, fosse, naquele momento,

69. FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. Chicago, IL: University of Chicago Press, 1962. p. 8.

70. N.T.: O TARP é um programa do governo dos Estados Unidos para comprar *ativos tóxicos* e capital de instituições financeiras para fortalecer seu setor financeiro, que foi aprovado por um Congresso controlado pelo Partido Democrata e sancionado pelo presidente do Partido Republicano, George W. Bush, em 3 de outubro de 2008. Foi um componente das medidas do governo em 2008 para resolver a crise das hipotecas *subprime* (de alto risco). Por sua vez os *ativos tóxicos* são ativos financeiros que caíram significativamente de valor e para o qual já não existe um mercado em funcionamento. Tais ativos não podem ser vendidos a um preço satisfatório para o detentor. Como os ativos são compensados com passivos e frequentemente alavancados, esse declínio no preço pode ser bastante perigoso para o detentor. Durante a crise financeira de 2007-2008 esse termo ganhou popularidade devido ao programa TARP em que o Estado Norte-Americano adquiriu esses ativos com a finalidade de atuar diretamente sobre a instabilidade do mercado.

71. KRUGMAN, Paul. Bailouts for Bunglers. *New York Times*, 1 February, 2009. Disponível em: [www.nytimes.com/2009/02/02/opinion/02krugman.html?scp= 4&sq=krugman%20&st=cse].

o maior acionista do *Citibank*, com 7,8% de suas ações, e o maior detentor de ações do *Bank of America*, com 6% de suas ações.

A permanência dessa retórica da eficiência do mercado é, sem dúvida, notável. A perseverança, tanto da fé em mercados livres, quanto do uso dessa chave dicotômica – livre *versus* limitado, privado *versus* controlado pelo governo – é, simplesmente, surpreendente. E isso teve um impacto significativo na esfera penal. Ao marginalizar e levar punição para a periferia do mercado, a racionalidade neoliberal reforça, efetivamente, o domínio carcerário.

O obstáculo é que as categorias fundamentais, por um lado, da "ordem natural", da "eficiência do mercado" ou da "liberdade de mercado" e, por outro lado, da "regulamentação excessiva", da "ineficiência governamental" ou da "disciplina" são categorias ilusórias e enganosas, que falham em captar o fenômeno da irredutibilidade individual das diferentes formas de organização do mercado. Em todos os mercados, o Estado está presente. Naturalmente, ele está presente quando fixa o preço de um *commodity*, como trigo ou pão. Mas ele também está presente quando subsidia o cultivo ou a produção do trigo, quando concede uma carta ao *Chicago Board of Trade* [Câmara de Comércio de Chicago], quando permite a negociação de um instrumento como um contrato futuro[72], quando protege os interesses de propriedade dos produtores de trigo, quando criminaliza a combinação de preços, quando permite a fusão de empresas de grãos, quando policia o *timing* dos negócios e assim por diante. Todos os mercados são altamente regulados. Ao mesmo tempo, em todos os mercados, há liberdade. Mesmo em uma economia controlada, onde o preço é fixo, existem variações na qualidade dos produtos vendidos e em outras dimensões que criam diferenciação de produto. Isso produz filas em determinadas lojas e, em outras, não.

Na esfera econômica, há liberdade e há coerção. O que vemos é uma reflexão sobre nós, e não sobre o mercado. O que é mais importante é lembrarmos que as categorias que usamos para organizar, compreender, discutir, categorizar e comparar os diferentes princípios organizadores são apenas isso: rótulos. Elas não captam a verdadeira individualidade dos objetos descritos. E elas possuem o infeliz efeito de obscurecer em vez de iluminar. Obscurecem ao fazer um conjunto de objetos parecer natural e necessário e outro naturalmente desnecessário.

Este ensaio é apenas um prolegômeno, um primeiro passo imperativo na direção de avaliar as formas modernas de organização social e econômica. Necessário,

72. N.T.: Os contratos futuros são contratos a termo padronizado, um acordo legal para comprar ou vender algo a um preço predeterminado em um horário especificado no futuro, entre partes não conhecidas entre si.

por causa do discurso ensurdecedor e dominante da ordem natural e da eficiência do mercado. A própria ideia de que usaríamos o termo "livre" para descrever o nosso sistema de mercado atual – um sistema que é completamente regulado – é um testamento do trabalho que precisa ser feito. Pode ser razoável dizer que o neoliberalismo distorceu tão profunda e fundamentalmente nossa compreensão sobre os sistemas econômicos que será necessário muito trabalho para alcançarmos o ponto onde poderemos avaliar apropriadamente diferentes alternativas para a administração dos mercados e da punição e, no processo, desmantelar nossa penalidade neoliberal.

VIII. Referências

BECCARIA, Cesare. *Edizione Nazionale dele Opere di Cesare Beccaria*. Ed. Luigi Firpo. Seven vols. Milan: Mediobanca, 1984-90.

BECCARIA, Cesare. *On Crimes and Punishments and Other Writings*. Ed. Richard Bellamy. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1995 [1764].

BENTHAM, Jeremy. *Jeremy Bentham's Economic Writings*. Ed. W. Stark. Three vols. Leicester: The Blackfriars Press, 1952.

BUREAU of Justice Statistics (BJS). *Special Report*: State Prison Expenditures, 2001. 2004. Disponível em: [www.ojp.usdojgov/bjs/pub/pdf/spe01.pdf].

CALIFORNIA Department of Corrections and Rehabilitation (CDCR). *2007-08 Budget Overview*. 2007. Disponível em: [www.cdcr.ca.gov/BudgetRegs/ budgetOverview0708.html].

CAMPBELL, John L.; PEDERSEN, Ove K. (Ed.). *The Rise of Neoliberalism and Institutional Analysis*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2001.

COMAROFF, Jean; COMAROFF, John L. (Ed.). *Millennial Capitalism and the Culture of Neoliberalism*. Durham, NC: Duke University Press, 2001.

DELAMARE, Nicolas. *Traité de la police*. Amsterdam: Aux dépens de la compagnie, 1729.

DUBBER, Markus D.; VALVERDE, Mariana. *The New Police Science*: The Police Power in Domestic and International Governance. Stanford, CA: Stanford University Press, 2006.

DUMÉNIL, Gérard; LÉVY, Dominique. *Capital Resurgent*: Roots of the Neoliberal Revolution. Trans. Derek Jeffers. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.

DUMONT, Louis. *Homo aequalis*: Genèse et épanouissement de. l'idéologie économique. Paris: Gallimard, 1977.

DUPONT de Nemours, Pierre Samuel. *Physiocratie, ou Constitution naturelle du gouvernement le plus avantageuxau genre humain*. Leyde: A. Yverdon, 1768.

DUPONT de Nemours, Pierre Samuel. Sur les Économistes. In: Dupont de Nemours (Ed.) *Œuvres de Mr. Turgot, Ministre d'État, Précédées et Accompagnées de Mémoires et de Notes sur sa Vie, son Administration et ses Ouvrages*. Paris: Imprimerie de Delance, 1808. v. 3.

FOUCAULT, Michel. *Discipline and Punish*. Trans. A. Sheridan. New York: Vintage Books, 1979.

FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits IV – 1980–1988*. Paris: Gallimard, 1994.

FOUCAULT, Michel. *Sécurité, Territoire, Population*: Cours au Collège de France. 1977–78. Paris: Seuil/Gallimard, 2004a.

FOUCAULT, Michel. *Naissance de la Biopolitique*: Cours au Collège de France. 1978-1979. Paris: Seuil/Gallimard, 2004b.

FOURCADE, Marion; HEALY, Kieran. Moral Views of Market Society. *Annual Review of Sociology* 33: 285-311, 2007.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. Chicago, IL: University of Chicago Press, 1962.

FRIEDMAN *vs*. SALOMON/SMITH BARNEY INC. 313 F.3d 796.

GORDON *VS*. NEW YORK STOCK EXCHANGE. 422 US 659, (1975) 2002.

HARCOURT, Bernard. *Illusion of Order*: The False Promise of Broken Windows Policing. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001.

HARCOURT, Bernard. From the Asylum to the Prison: Rethinking the Incarceration Revolution. *Texas Law Review* 84(7): 1751-86, 2006.

HARCOURT, Bernard. *Against Prediction*: Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age. Chicago, IL: University of Chicago Press, 2007a.

HARCOURT, Bernard. From the Asylum to the Prison: Rethinking the Incarceration Revolution. Part II: State Level Analysis. *University of Chicago Law & Economics*, Olin Working Paper No. 335 (March), 2007b.

HARCOURT, Bernard. Cesare Beccaria et son traité "Des délits et des peines". In: HALPERIN, Jean-Louis and CAYLA, Olivier (Ed.). *Les Grandes Œuvres Juridiques*, p. 39-46. Paris: Editions Dalloz, 2008.

HARCOURT, Bernard. Supposons que la discipline et la sécurité n'existent pas: Rereading Michel Foucault's Collège de France Lectures (with Paul Veyne). *Carceral Notebooks*, 2009. v. 4. Disponível em: [www.thecarceral.org/cn4_harcourt.pdf].

HART, H.L.A. Bentham and Beccaria. In: *Essays on Bentham*: Jurisprudence and Political Theory. Oxford: Oxford University Press, 1982.

HARVEY, David. *A Brief History of Neoliberalism*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

KAPLAN, Steven L. *Bread, Politics and Political Economy in the Reign of Louis XV*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1976. v. 1.

KAPLAN, Steven L. *Bread, Politics and Political Economy in the Reign of Louis XV*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1976. v. 2.

KING, Desmond. *In the Name of Liberalism*: Illiberal Social Policy *in the UNITED STATES and BRITAIN*. Oxford, UK: Oxford University Press, 1999.

KRUGMAN, Paul. Bailouts for Bunglers. *New York Times*, 1 February, 2009. Disponível em: [www.nytimes.com/2009/02/02/opinion/02krugman.html?scp=4&sq=krugman%20&st=cse].

LE MERCIER DE LA RIVIÈRE, Pierre-Paul. *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*. Paris: P. Geuthner, [1767] 1910.

LEONHARDT, David. [Advanced] Obamanomics. *New York Times Magazine*, 24 August, p. 28-54, 2008.

MARX, Karl. *Théories sur la plus-value (Livre IV du 'Capital')*. Three vols. Ed. Gilbert Badia. Paris: Editions Sociales, 1974.

MASSACHUSETTS TAXPAYERS FOUNDATION (MTF). *Bulletin*: State Spending More on Prisons than Higher Education, 24 November, 2003. Disponível em: [http:// www.masstaxpayers.org/data/pdf/bulletins/11–24–03%20Corrections%20Bull etin.PDF].

MEYSSONNIER, Simone. *La Balance et l'Horloge*: La genèse de la pensée libérale en France au XVIIIe siècle. Montreuil, France: Les Editions de la Passion, 1989.

MIRABEAU, Marquis de. *L'Ami des hommes*. Hambourg: Chez Chrétien Herold, 1760.

MOORE, Solomon. Prison SpendingOutpacesAll But Medicaid. *New York Times*, 3 March, p. A13, 2009. Disponível em: [www.nytimes.com/2009/03/03/us/03prison.html].

NAPOLI, Paulo. *Naissance de la police moderne*: Pouvoir, normes, société. Paris: Éditions La Découverte, 2003.

OLIVIER-MARTIN, François. *La police économique de l'Ancien Régime*. Paris: Éditions Loysel. [Reprint of *Cours d'histoire du droit public rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. Olivier-Martin, Professeur à la Faculté de Droit de Paris*. Diplôme d'études supérieures, Droit Public 1944-1945. Paris: Les Cours de Droit. Published in 1945] 1988.

PASQUINO, Pasquale. Theatrum Politicum: The Genealogy of Capital – Police and the State of Prosperity. In: BURCHELL, Graham; GORDON, Colin; MILLER, Peter (Ed.). *The Foucault Effect*: Studies in Governmentality, p. 105-18. Chicago, IL: University of Chicago Press, 1991.

PECK, Jamie. Geography and Public Policy: Constructions of Neoliberalism. *Progress in Human Geography* 28(3): 392-405, 2004.

PECK, Jamie; TICKELL, Adam. Neoliberalizing Space. In: BRENNER, Neil; THEODORE, Nik. (Ed.). *Spaces of Neoliberalism*: Urban Restructuring in North America and Western Europe. Oxford UK: Blackwell Publishing, 2002.

POSNER, Richard. An Economic Theory of the Criminal Law. *Columbia Law Review* 85(6): 1193-231, 1985.

QUESNAY, François. *Tableau économique des physiocrates*. Paris: Calmann-Lévy, 1969.

QUESNAY, François. Œuvres Économiques Complètes et autres textes. In: THÉRÉ, Christine; CHARLES, Loïc; PERROT, Jean-Claude. Paris: Institut National d'Études Démographiques (Ined), 2005a. v. 1.

QUESNAY, François. Œuvres Économiques Complètes et autres textes. In: THÉRÉ, Christine; CHARLES, Loïc; PERROT, Jean-Claude. Paris: Institut National d'Études Démographiques (Ined), 2005a. v. 2.

QUESNAY, François. Despotisme de la Chine. In: THÉRÉ, Christine; CHARLES, Loïc; PERROT, Jean-Claude (Ed.). *Œuvres Économiques Complètes et autres textes*. Paris: Institut National d'Études Démographiques. 2005b. v. 2.

QUESNAY, François. Fermiers. In: THÉRÉ, Christine; CHARLES, Loïc; PERROT, Jean-Claude (Ed.). *Œuvres Économiques Complètes et autres textes*. Paris: Institut National d'Études Démographiques, 2005c. v. 1.

ROTHSCHILD, Emma. Global Commerce and the Question of Sovereignty in the Eighteenth-Century Provinces. *Modern Intellectual History* 1(1): 3-25, 2004.

SCHUMPETER, Joseph A. *History of Economic Analysis*. New York: Oxford University Press, 1968.

SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. New York: Modern Library. [1776] 1937.

SMITH, Adam. Lectures on Jurisprudence. In: MEEK, R.L.; RAPHAEL, D.D.; STEIN, P.G. Oxford: Clarendon Press, [1762-4; 1766] 1978.

SMITH, Adam. *The Theory of Moral Sentiments*. Cambridge: Cambridge University Press. [1759] 2002.

TULKENS, Françoise. Introduction to Adolphe Prins. *La défense sociale et les transformationsdu droitpénal*. Genève: Editions Médecineet Hygiène, 1986.

VEYNE, Paul. *Foucault*: Sa pensée, sa personne. Paris: Albin Michel, 2008.

WACQUANT, L. *Punishing the Poor*: The Neoliberal Government of Insecurity. Durham, NC: Duke University Press, 2009.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- O estado penal no Brasil neoliberal: reproduzindo o holocausto, de Leandro Gornicki Nunes – *RBCCrim* 91/201-226 (DTR\2011\2339); e
- ¿Más allá de la 'tesis de la penalidad neoliberal'? giro punitivo y cambio político en américa del sur, de Máximo Sozzo – *RBCCrim* 129/321-348 (DTR\2017\385).

Cinema e criminologia: interseções teóricas e críticas

Movies and criminology: theoretical and critical intersections

Bruno Amaral Machado
Professor da graduação e dos programas de Mestrado e Doutorado em Direito do Uniceub.
brunoamachado@hotmail.com

Cristina Zackseski
Professora da graduação e dos programas de Mestrado e Doutorado em Direito da UnB. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0761-4254
cristinazbr@gmail.com

Recebido em: 20.02.2019
Aprovado em: 03.06.2019
Última versão do (a) autor (a): 28.06.2019

Áreas do Direito: Comunicação; Penal

Resumo: Nos últimos anos, a Criminologia cultural tem ampliado sua agenda para as imagens e representações do crime e do controle em diferentes manifestações artísticas. Estudos indicam que os significados do crime e do controle punitivo devem ser buscados não em estatísticas ou fatos registrados oficialmente pelas agências de controle, mas sim nas negociações e disputas em torno das representações sobre o crime, em diferentes manifestações, tanto nos meios de comunicação de massa quanto nas artes, como a literatura e o cinema. O artigo tem por objetivo descrever como as narrativas e imagens cinematográficas sobre o crime, suas formas de controle e de justiça (forma de Criminologia popular) se

Abstract: Lately, the cultural criminology has amplified its agenda to the images and representations of crime and control in different artistic manifestations. Studies in the field emphasize that researches should focus on the significations of crime and punitive control on the negotiations and disputes related to the meanings of crime and control, as it is presented in the mass media and in the Arts, as literature and Cinema. The objective of this article is to describe that the crime's narratives and images in the movies, as well as its images of control and justice (way of popular criminology) have entered the research agenda of Criminology. Thus, this article presents researches that explore the potential of the

tornaram parte da agenda de pesquisas criminológicas. Em seguida, são apresentados estudos que investem no potencial do material cinematográfico, em particular no poder das imagens, para explorar possíveis caminhos para análise crítica do cinema no campo criminológico.

Palavras-chave: Criminologia – Cinema – Narrativas – Teoria Crítica – Metodologia.

movies, especially of the images, to debate topics of the Criminology's agenda. Finally, it proposes theoretical categories to explore possible ways in the which the movies are suitable for critical analysis in Criminology.

Keywords: Criminology – Cine – Narratives – Critical Theory – Methodology.

Sumário: 1. Introdução. 2. O cinema na agenda da pesquisa criminológica. 2.1. Criminologias acadêmicas e populares: um campo em construção. 2.2. Das imagens às imagens do cinema: controle, violências e castigo. 3. Pensar o controle, as violências e os castigos pelas telas do cinema: perspectivas críticas. 3.1. Desafios da teoria crítica: uma breve revisitação. 3.2. O cinema na agenda da pesquisa criminológica crítica. Conclusões. Referências.

1. Introdução

> "São o romance e o filme que põem à mostra as relações do ser humano com o outro, com a sociedade, com o mundo. O romance do século XIX e o cinema do século XX transportam-nos para dentro da História e pelos continentes, para dentro das guerras e da paz. E o milagre de um grande romance, como de um grande filme, é revelar a universalidade da condição humana, ao mergulhar na singularidade de destinos individuais localizados no tempo e no espaço."
> (MORIN, 2001, p. 43)

As representações do crime e do desvio nos meios de comunicação de massa e nas artes ocuparam a agenda da Criminologia cultural nos últimos anos. As negociações e disputas pelos significados em torno das imagens sobre o crime nas manifestações artísticas, como a literatura e o cinema, sugerem novos horizontes e desafios para a pesquisa criminológica. Existem acúmulos importantes no campo, ainda em construção, como se pretende demonstrar. Recentemente, as narrativas sobre o crime e o desvio no cinema, nem sempre distantes ou contrapostos aos discursos criminológicos acadêmicos, foram descritos como forma de Criminologia popular. O interesse pela pesquisa interdisciplinar com o cinema abre novas frentes em diferentes disciplinas.

Pela proximidade com o direito, o tema remete ao campo inaugurado pelo Movimento Direto e Cinema (*Law and Cinema*), dedicado à análise de temas jurídicos nos filmes, situado no âmbito do *Cultural Legal Studies*, no qual se inserem temáticas que abrangem outras manifestações artísticas. Particularmente

importante para o movimento foi o impulso dado pela *Law and Society Association* no congresso realizado em 1990, pioneiro nessa abertura interdisciplinar, na esteira do qual foi editada a obra *Film and law: the cinema of justice* (GREENFIELD, OSBORN, ROBSON, 2010) um dos marcos do movimento por enfatizar a relevância política e moral das discussões de temas jurídicos na cultura popular (MACHURA, 2004). O movimento expandiu-se nos Estados Unidos, onde não são incomuns disciplinas sobre o tema nas universidades de maior prestígio. O interesse pelo Cinema e o Direito aparece em outros contextos e tradições jurídicas. Na Europa e na América Latina, com a abertura dos cursos de direitos a enfoques interdisciplinares, a partir de experiências distintas, não necessariamente vinculadas à experiência norte-americana, aparecem as primeiras experiências e logo se expandem para diferentes universidades (RIVAYA GARCÍA, 2010, p. 222). No Brasil, os estudos no campo do Direito e Cinema cada vez mais ocupam espaço nas universidades, e nas publicações (FRANCO, GURGEL, 2016; GODOY, 2011; MAGALHÃES, PIRES, MENDES, 2009; OLIVEIRA, 2017; SILVA, 2011), inclusive seminários especialmente dedicados à temática (PASCHOAL, PAGANELLI, OSIPE, SILVA, 2017)[1]. Embora a prática penal e os julgamentos sempre tenham atraído a atenção dos cineastas, pouco se investiu nas conexões mais próximas com as criminologias acadêmicas. Certamente podem ser indicadas inúmeras vias para a interlocução e a ampliação das agendas de pesquisa. O uso do cinema como ferramenta pedagógica é um dos caminhos promissores, como se pretende evidenciar, mas há outras possibilidades a explorar. As interseções entre cinema e Criminologia, contudo, devem ser objeto de uma análise cuidadosa, pois se inscrevem em um marco mais amplo de interesse da teoria crítica. O surgimento da cultura de massa produziria alienação e atuaria como mecanismo de dominação, dissimulando formas de violência e de controle (HORKHEIMER & ADORNO, 1990). Sob essa lente, caberia ao pesquisador crítico desvendar os mecanismos ocultos das distintas manifestações da cultura de massa que bloqueiam a razão crítica, reproduzidos por produtos culturais que servem aos interesses do poder. Diferente de Benjamin, avaliado por parte

1. Há diversos sítios dedicados ao Direito e Cinema. Cine & Derecho: Disponível em: [https://cineyderecho.wordpress.com/]; Derecho al cine: Disponível em: [www.uco.es/derechoalcine/]; El derecho del cine: Disponível em: [http://derechodelcine.blogspot.com.co/]; Enfoque Derecho: Disponível em: [http://enfoquederecho.com/]; Películas de abogados: Disponível em: [http://peliculasdeabogados.blogspot.com/]; Proyecto De Cine: Disponível em: [https://proyectodecine.wordpress.com/]. No Brasil, conferir: [https://jus.com.br/artigos/direito-e-cinema]; [https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u1882/cinema_e_profissao_2016-1.pdf].

da literatura com otimista em relação à sétima arte, Adorno e Horkheimer são descritos como céticos sobre uma "produção fílmica alternativa" (LOUREIRO, 2006, p. 116-117). O temor ao espetáculo, manifestação da cultura de massa, vem ocupando o pensamento moderno. E conta com detratores nas mais diferentes correntes do espectro ideológico, tanto conservadores quanto progressistas (ANITUA, 2016; ANITUA, 2003). A produção cinematográfica é vista como arte ambígua, com conteúdos polissêmicos, visão que surge em pesquisas interdisciplinares. Especialistas do movimento *Law and Film* advertem que o cinema tanto pode ser arte e palco da crítica como também meio de propaganda e de controle social (RIVAYA GARCÍA, 2005, p. 148)[2]. Estudos sobre a trajetória do cinema evidenciam linguagem própria, imbricada com outras expressões artísticas e discursividades (CARRIÈRE, 1997; STAM, 2001). As transformações dos últimos anos não são irrelevantes. As novas tecnologias digitais potencializaram conexões discursivas; os interdiscursos ampliam assim o potencial semântico. A realidade é construída a partir de um recorte, uma determinada visão (GONÇALVES, ROCHA, 2011; GONÇALVES, RENÓ, 2012). Em uma releitura, o diagnóstico crítico deveria ser atualizado, pois supõe compreender a diferenciação de campos com lógicas próprias, marcados por distintas regras e práticas (BOURDIEU, 1982; BOURDIEU, 1989). As relações no campo cinematográfico são definidas pelo poder de nomeação do que se considera o material fílmico simbolicamente mais valioso. O que se relaciona à especificidade da linguagem do cinema, seus interdiscursos com outras manifestações da arte, a divisão do trabalho de produção dos filmes, a valorização do roteiro, da atuação dos atores, direção, fotografia, trilha sonora e, mais recentemente, das novas tecnologias digitais. O campo possui mecanismos próprios de consagração pela crítica especializada e seus espaços de debate, divulgação e premiação. Um campo com autonomia relativa, em que pesem interseções com outros campos, como o econômico, na medida em que a indústria cinematográfica pode pressionar por novos critérios e por outras instâncias de reconhecimento (BOURDIEU, 1989; RIVAS MORENTES, 2012)[3].

2. Papke (2001) evidencia na filmografia norte-americana das décadas de 1950 e 1960 o que denomina de ideologia cinemática que glorifica advogados, julgamentos e o devido processo legal. Contextualiza a tendência da época em contrastar a ameaça comunista, reafirmando a ideologia e as instituições americanas.

3. Trata-se de um campo que pode se tornar também alvo de interferências políticas, como o próprio cinema já registrou em filmes como Trumbo: Lista Negra, de 2015, que conta a história do roteirista Dalton Trumbo, que se recusou a cooperar com o Comitê de Atividades Antiamericanas na década de 1940, foi preso e proibido de trabalhar. Há momentos em que o que se produz artisticamente perturba mais, e em geral são momentos

Estudos advertem que a visão negativa de parte da Escola de Frankfurt sobre o cinema foi reavaliada na década de 1960, particularmente por influência, no caso de Adorno, do Novo Cinema Alemão (ADORNO, 2001; LOUREIRO, 2006, p. 128-133). A autonomia relativa do campo cinematográfico supõe ambiguidades e tensões que vão além da visão simplificada do cinema como engrenagem do aparato ideológico do poder (BOURDIEU, 1995; DELEUZE, 1983; DELEUZE, 2009; LOUREIRO, 2006; RIVAS MORENTES, 2012; PRYSTHON, 2009). Todas essas questões sugerem uma ampla agenda de pesquisas, pois interpelam o pesquisador a observar as formas como os discursos e imagens sobre o crime e o desvio foram integrados na narrativa cinematográfica. E supõe considerar que, ao incorporá-los em suas produções, o cinema produz um peculiar discurso de interesse criminológico, que Rafter e Brown denominam de Criminologia popular (2011b).

Neste artigo não se pretende investigar os processos que levaram e levam os discursos sobre o crime e o desvio para as telas dos cinemas, nem possíveis interseções do campo cinematográfico com os campos criminológicos, os quais também se articulam como espaços assimétricos de disputas pelo poder de nomeação, com capitais simbólicos, divisão do trabalho própria e distintas articulações e tensões com outros campos de poder. Trata-se de agenda ampla e complexa que foge do escopo neste momento. O olhar deve ser redirecionado para uma questão pontual e menos ambiciosa. O presente estudo propõe, inicialmente, descrever como as narrativas e imagens cinematográficas sobre o crime, suas formas de controle e de justiça (forma de Criminologia popular) se tornaram parte da agenda de pesquisas do campo da Criminologia cultural. Em seguida, pretende-se mapear estudos recentes, particularmente no Brasil, que descrevem e analisam questões de interesse criminológico e as especificidades com que descrevem temáticas como o controle e a violência. Ao final, retomam-se categorias teóricas para discutir possíveis caminhos para a análise crítica do cinema, e particularmente de suas imagens, no campo criminológico.

O estudo parte dos seguintes questionamentos: as imagens e narrativas do cinema propiciam material empírico para a pesquisa criminológica? Como pensar o material fílmico para a reflexão crítica no campo penal e criminológico? Se o cinema pode incorporar narrativas sobre o crime e o desvio, no que se apresenta como peculiar forma de Criminologia popular, há espaço para debater temas das

nos quais há justamente menos espaços de liberdade em outros setores da vida social. Certamente o leitor poderá relacionar outras experiências que evidenciam momentos de tensão e de interferência política na produção cinematográfica

agendas críticas e para o engajamento político orientado por esse ideário? A metodologia de análise utilizada é a documental, com foco na revisão da literatura especializada e da produção cinematográfica pertinente ao campo de pesquisa.

2. O cinema na agenda da pesquisa criminológica

2.1. Criminologias acadêmicas e populares: um campo em construção

Nos[4] últimos anos, a Criminologia cultural tem ampliado sua agenda para as imagens e representações do crime e do controle em diferentes manifestações artísticas. Especialistas no campo assinalam que os significados do crime e do controle punitivo devem ser buscados não em estatísticas ou fatos registrados oficialmente pelas agências de controle, mas sim nas negociações e disputas em torno das representações sobre o crime (FERRELL & SANDERS, 1995; FERRELL, HAYWARD, MORRISON & PRESDEE, 2004)[5]. De fato, as narrativas sobre o crime não se restringem ao campo de especialistas no Direito e nas Ciências Sociais. As representações sociais sobre a justiça criminal, o crime e o desvio têm atraído cada vez mais a atenção dos meios de comunicação de massa. Os discursos sobre o crime e o direito penal não são produzidos unicamente no espaço acadêmico. O poder das imagens e de seu compartilhamento cotidiano nos faz pensar até mesmo que se possa, muitas vezes, prescindir de legendas ou explicações Argumenta-se, inclusive, que cada vez mais atuam na sua produção todos aqueles que participam no que se convencionou denominar cultura popular[6]. O crime apresenta-se, assim, como produto cultural que sugere diferentes olhares sobre suas formas de controle, sobre o castigo e a justiça (RAFTER & BROWN, 2011a, p. ix). A produção cinematográfica que incorpora essas temáticas em seu repertório constitui importante *locus* para o conhecimento criminológico, pois configura formas de Criminologia popular. Um discurso paralelo, muitas vezes imbricado com os saberes criminológicos acadêmicos, relevantes para a análise social e criminológica (RAFTER & BROWN, 2011b, p.1-2).

Com a diversificação da agenda da Criminologia cultural, o debate sobre a produção das imagens e dos discursos sobre o desvio, suas formas de controle e

4. Alguns dos argumentos apresentados neste item foram adaptados de MACHADO (2018).
5. Sobre a origem da criminologia cultural, conferir FERRELL (1999).
6. Conferir sobre os conceitos de criminologias populares e acadêmicas em RAFTER & BROWN (2011b).

de castigo tem despertado o interesse sobre o que é descrito como manifestações de criminologias populares. De outro lado, as criminologias acadêmicas também são produtoras de discursos e imagens sobre o delito, o que contribui para o desenho de ampla agenda de pesquisa. Uma primeira possibilidade é mapear a concorrência de discursos criminológicos para além das fronteiras do campo científico. Ou, como os enunciados acadêmicos são incorporados pelas criminologias populares, inclusive na estética cinematográfica. Ou ainda, compreender as disputas discursivas entre as criminologias acadêmicas e suas traduções nas narrativas das criminologias populares e impactos no plano político-criminal, bem como nas operações programadas da justiça criminal e redefinição das estratégias de controle e de gestão dos desvios. A retroalimentação entre criminologias acadêmicas e populares sugere observar que determinadas imagens e representações sociais são assimetricamente recebidos, traduzidos e metamorfoseados segundo as lógicas particulares das expressões do campo da arte.

Em que pesem suas lógicas próprias e distintas linguagens, as criminologias populares não raramente selecionam registros acadêmicos segundo interesses do gênero cultural. E podem despertar o espectador sobre opções político-criminais em relação aos desvios, bem como reforçar estereótipos e participar, talvez de forma mais abrangente na construção das imagens do criminoso, das formas de castigo ou "tratamento" e da "proteção da sociedade" contra supostos inimigos internos.

As criminologias populares, como as acadêmicas, não são neutras. Ao contrário, orientam-se por sistemas ideológicos que remetem a visões sobre estruturas institucionais e justiça social. As imagens e narrativas sobre o crime pelo cinema podem reforçar a definição de criminoso de determinado grupo ou comportamento; e projetam, assim, as ações de controle da polícia e da justiça como protagonistas do bem contra o mal. Também podem denunciar racismos e misoginias nas cruzadas contra o crime, desvelar seletividades, os jogos de poder e negociações das agências de controle para imposição das etiquetas. O que é curioso é o fato de que no senso comum predomina a visão demonizadora do criminoso e o argumento de que seremos salvos quando for cumprida a lei e observado rigoroso padrão de ordem; e nem sempre aparece a denúncia sobre a desigualdade de poder dos sistemas de controle que o cinema pode conter. É como se aquela representação fosse, de alguma forma, mais confortável do que esta. Mas pode ser um efeito da produção cinematográfica sobre as estratégias de controle social sobre o qual valeria a pena investigar.

Os saberes criminológicos acadêmicos, historicamente programados por métodos e técnicas de investigação científica e codificados pela busca da verdade,

são construídos a partir de paradigmas epistemológicos que situam as condições para a produção do conhecimento científico, seus limites, seus protocolos, e não necessariamente levam em conta o impacto de sua produção para ações políticas e para a transformação social (citação suprimida). Embora a produção cultural (ficção) oriente-se por lógicas distintas, o repertório discursivo e imagético das ciências propicia material passível de recepção e tradução pelas manifestações artísticas. O fascínio que os discursos acadêmicos despertam para a produção cinematográfica é um tema que sugere novas linhas e possibilidades de investigação.

2.2. Das imagens às imagens do cinema: controle, violências e castigo

As visões difundidas e compartilhadas sobre o crime e o castigo nos meios massivos de comunicação inspiraram pesquisas sobre as imagens do criminoso e da polícia nos jornais, na televisão, na música popular e na internet. A construção social sobre o crime e o desvio deve ser incluída no rol desse projeto mais amplo, pois a imagem em ação constitui-se em uma das formas mais emblemáticas da arte no Século XX. Embora o direito, o crime, a justiça e o castigo tenham sempre ocupado a atenção do cinema, as conexões entre o crime e suas representações na cultura popular apenas na década de 1970 passaram a ocupar a agenda dos estudos criminológicos. E o cinema, comparativamente à televisão e aos jornais, ainda ocupa uma posição marginal, por se ocupar da ficção. O que não se justifica, pois, as sensibilidades sociais são também moldadas por distintas imagens, tantos factuais quanto ficcionais (YAR, 2010, p. 68-70).

As análises de conteúdo estão entre as técnicas mais difundidas entre os estudos das representações nos meios de comunicação de massa e se mostrou útil nas pesquisas sobre os discursos sobre o crime no cinema. Estudos com essa técnica sugerem a saturação por imagens do delito e o incremento de cenas de violência (YAR, 2010, p.70-71). Contudo, as análises de conteúdo pouco evidenciam sobre os sentidos de tais imagens e representações. Em contraste, a epistemologia marxista, e especialmente a corrente *gramsciana*, inspirou estudos que pretenderam desvelar a competição no cinema entre visões conservadoras, liberais e radicais sobre a moralidade, a justiça, a ordem e o castigo (KELLNER & RYAN, 1998).

Em projeto que buscou decifrar as diferentes ideologias subjacentes ao cinema desse gênero, Rafter distinguiu e classificou os filmes em tradicionais e críticos. Os primeiros tenderiam a enfatizar a imagem de decência dos agentes da ordem, em contraste com os acusados. Assim, celebram o ideal de justiça e de retribuição justa e devida. Os segundos subverteriam as lógicas do bem contra o mal, aproximando-se de visão pessimista sobre o controle social e a impossibilidade de heroísmo e a inevitabilidade da injustiça (RAFTER, 2006). Em pioneira

proposta de análise sociológica do cinema, argumenta-se que os filmes retratam relações sociais, estratificações e hierarquias. Ao reproduzir estereótipos sociais os filmes atuam como autênticos filtros ideológicos (SORLIN, 1985).

Os enfoques marxistas são criticados pela visão monolítica sobre a ideologia. Argumenta-se que não sopesam adequadamente as contradições e tensões existentes no texto (roteiro), a coexistência de significados que remetem a posições tanto conservadoras como críticas. Assim, desconsideram o papel dos espectadores na construção dos significados no cinema.

Nos últimos anos, estudos orientados por perspectivas descritas como pós-modernas assinalam a indeterminação dos sentidos. Segundo esta perspectiva, impossível atribuir um sentido fixo e definitivo a qualquer representação. O texto pode trazer e deter distintos sentidos ideológicos. Por isso, recomenda-se evitar classificações fixas diante de sentidos ambivalentes. Os significados são, por sua vez, articulados, explorados e negociados. As ambivalências no cinema são um reflexo dos sentidos ambivalentes que circulam socialmente. O que sugere leitura aberta e sensível do complexo cultural das produções cinematográficas a fim de adentrar a diversidade de mensagens que podem interatuar nas políticas de gestão dos desvios (YAR, 2010, p.70-78).

A revisão das perspectivas e técnicas de análise evidencia amplo repertório para a pesquisa criminológica. Mostra-se relevante conhecer e compreender de que forma os saberes criminológicos acadêmicos (mundo da ciência) são capturados pela síntese texto/roteiro/fotografia/trilha sonora, na construção particular do cinema, transformando-se naquilo que Rafter e Brown (2011b) descrevem como criminologias populares. Na tradução do léxico criminológico ao popular, a pesquisa empírica pode lançar novas pistas sobre a circulação dos saberes criminológicos acadêmicos, suas formas de tradução na linguagem cinematográfica e repercussão junto ao público. E, como produtos culturais podem sugerir olhares reflexivos e críticos, despertar o espectador para os sentidos das violências, do castigo e suas formas de controle e de justiça.

A distinção entre criminologias populares e acadêmicas também pode ser útil para identificar na produção cinematográfica (forma de Criminologia popular), tanto as "criminologias no cinema" quanto as "criminologias do cinema". As primeiras surgem na perspectiva de uma observação de segunda ordem dos subsistemas criminológicos: um esforço de decodificação linguística na estética fílmica. Mas os interdiscursos do cinema também podem ser produtores de criminologias: as criminologias populares. Nos jogos de imagens, narrativas e fragmentos temporais a "Criminologia do cinema" é livre, não se limita à tradução de enunciados acadêmicos. Constitui-se como repertório próprio, sem os interditos

dos métodos, paradigmas herméticos ou cânones da ciência. O cinema como produtor de criminologias tem, assim, de um lado, grande potencial de alcance perante o público; de outro, há liberdade na produção de suas linguagens, o que não está à disposição dos acadêmicos devido às amarras metodológicas.

A revisão bibliográfica de Yar (2010) descreve um mapa das técnicas e abordagens para análise do crime e do desvio na produção cinematográfica. E sugere distintas lentes para leitura dos estudos que abordam as interseções entre cinema e criminologia. Os filmes produzem linguagens ambivalentes e múltiplos sentidos. As diferentes formas de ler o texto e a impossibilidade, sugerida pelos pós-modernos, de atribuir um único sentido, não supõem, contudo, que se pode extrair qualquer sentido (LYOTARD, 1990). Os horizontes históricos de sentido atuam como guias hermenêuticos na leitura atualizada dos textos (GADAMER, 1999). Sob outra perspectiva, inspirada pela psicanálise lacaniana, é a partir das ordens simbólicas (verdadeiros sistemas ideológicos) que se atribui sentido ao texto (ZIZEK, 1996, p. 7-38). As lentes das criminologias críticas (acadêmicas) propiciam parâmetros para análise dos sentidos das imagens e das narrativas dos filmes que incluem narrativas como o crime e o desvio (manifestações das criminologias populares). O caminho vai além da classificação dos filmes como produtores de criminologias populares em sintonia com os discursos críticos. Ou uma forma de criminologia crítica no cinema, para usar a classificação anunciada na introdução. Pode-se cogitar de que as criminologias populares propiciam material para pensar temas da agenda crítica. Inclusive com maior alcance e difusão que o das criminologias acadêmicas.

Mas não se trata unicamente do maior alcance no público das mensagens das criminologias populares. A semântica das imagens abre o debate para explorar o potencial da interlocução proposta. Em análise sistêmica sobre o cinema e o direito, Silva argumenta que, entre os sistemas cibernéticos, talvez a arte seja "o mais radical observador de observações". Para ela, em uma releitura pela lente luhmanniana direcionada a explorar as experiências do cinema popular, a "arte permite a todo observador acessar seu horizonte indiscernível de sentidos, um horizonte de possibilidades de sentidos, de potencialidades" (2011, p. 20). A possibilidade de explorar os sentidos produzidos pelo cinema remete ao poder comunicativo da imagem.

Ao tratar do potencial hermenêutico do cinema, Cabrera, a partir do repertório da filosofia escrita, recupera a distinção entre conceito-imagem e conceito-ideia. Na fórmula sintetizada no primeiro, significa ir além da definição conceitual para fazer coisas com as imagens. Assim, para a compreensão de um dado problema, não basta que ele seja racional e teoricamente elaborado. É preciso viver a

experiência emocional, e que ela desperte a abertura cognitiva para novos horizontes de sentido. O filósofo, em caminho polêmico, propõe que a linguagem do cinema seria inclusive mais adequada que a escrita, pois o humano muitas vezes não pode ser dito, mas é inteligível no que ela descreve como "compreensão logopática", pelo impacto afetivo e emocional da imagem (CABRERA, 2006).

3. Pensar o controle, as violências e os castigos pelas telas do cinema: perspectivas críticas

3.1. Desafios da teoria crítica: uma breve revisitação

O cinema permite acessar sentidos outros sobre o crime e o desvio e apontam para novas possibilidades para pensar o repertório das Criminologias acadêmicas. Ler o texto ou ver os filmes pelos olhos da crítica supõe analisar os caminhos das críticas, ainda que de forma breve e simplificada. Não se pretende e nem há espaço neste artigo para aprofundar o debate sobre a teoria crítica e suas mudanças dos últimos 30 anos. Mas alguns parâmetros são necessários para os objetivos indicados. Apesar das diferentes tradições, um dos pontos marcantes da criminologia crítica foi a incorporação de abordagens marxistas na análise da questão criminal. O movimento, apesar das variações, inclusive nos rótulos de apresentação, nova Criminologia, Criminologia radical ou crítica, tem como um dos pontos centrais a releitura crítica das tradições criminológicas, inclusive das teorias do etiquetamento, para o paradigma crítico, particularmente identificado como teoria materialista do delito, na leitura proposta por Baratta, um dos mais influentes autores na construção do campo crítico no Brasil (BARATTA, 1999; LARRAURI, 2000; VAN SWAANINGEN, 1997).

Um dos pontos centrais no debate associa-se às transformações do pensamento criminológico crítico a partir de 1980, com o surgimento das vertentes realistas de esquerda com a autocrítica de alguns pilares do *mainstream* crítico (particularmente europeu continental) do início de 1970, tais como a negação pura e simples da pergunta etiológica e da premissa de que o crime seria uma construção social (meramente). A partir das premissas críticas, propõe que o crime e o desvio devem ser analisados conforme o modelo descrito como *The Square of Crime:* Estado, acusado, vítima e opinião pública são categorias que ocupam vértices do quadrado, representação gráfica que resume as múltiplas correlações da questão criminal. O crime é reescrito como fenômeno intraclasse, o que supõe políticas sociais que promovam o incremento da qualidade de vida e redução das desigualdades sociais. Mas também reivindicam intervenções no campo da segurança pública, como investimentos em políticas penitenciárias e o incremento das ações

policiais, redirecionadas para atender aos interesses das vítimas (MATTHEWS, 2014). De outro lado, a crítica, se de fato centrada inicialmente em uma agenda negativa, voltada à deslegitimação do Direito Penal e das instituições de controle, em parte também por debates no próprio campo, passou a se concentrar em propostas concretas de intervenção em políticas criminais e de segurança pública alternativas (VAN SWAANINGEN, 1997; LARRAURI, 2000).

A preocupação com as vítimas de violências interpessoais também ocupa demandas pela intervenção penal, com o surgimento de movimentos sociais que, no debate público, reivindicam a intervenção do Estado, como segmentos do pensamento criminológico feminista, inclusive por meio do Direito Penal, em relação ao efeito simbólico da criminalização (citação suprimida). Os portadores dessas demandas foram objeto de críticas, inclusive identificados(as) como empresários morais atípicos (SCHEERER, 1986)[7]. Nos últimos anos, as críticas às demandas pela intervenção penal foram objeto de intenso debate. O redirecionamento do foco para os danos sociais sugere abandonar a definição legal crime e configurar um campo conhecido como *Zemiology*. A agenda de pesquisas deveria ser redirecionada pelas ações que provocam danos massivos e violações sistemáticas aos direitos humanos (HILLYARD, TOMBS, 2018).

O debate interpela o campo criminológico a revisitar as matrizes da teoria crítica. Horkheimer, em obra seminal, distingue a teoria crítica da tradicional. Se a segunda conforma-se com a correlação entre eventos e a demonstração empírica, a primeira desconfia da completa separação entre sujeito e objeto. A teoria tradicional, movida pelo dogma da ausência de valores da pesquisa científica, apenas reforçaria a ordem vigente ao invisibilizar os problemas sociais. A teoria crítica propõe práxis engajada e insatisfeita com a ordem vigente, e distancia-se da racionalidade instrumental com vistas à emancipação social (HORKHEIMER, 1972).

Propostas teóricas recentes reivindicam a herança crítica e articulam novas frentes de debate e de atuação prática, e não raramente indicam o reconhecimento no espaço público como chave para as novas lutas por direitos. Em recente

7. No Brasil, o fenômeno foi inicialmente descrito, na década de 1990, como "esquerda punitiva". Aponta-se nesta descrição o equívoco da via punitiva como estratégia dos movimentos sociais que buscam formas de emancipação social (KARAM, 1996). Mais recentemente, critica-se, de um lado, a ingenuidade dos movimentos sociais que reivindicam a intervenção penal. De outro, sugere-se forma de "gerencialismo gauche", movido por razão "ardilosa", resultado do colaboracionismo de setores da sociologia da violência, cooptados pela razão do Estado. Em síntese, há forte acusação de que não levam em conta que a potência do sistema volta-se para "a violação e não para a tutela de direitos fundamentais" (CARVALHO, 2014, p. 141).

estudo sobre o que é ser crítico na Sociologia crítica, Silva distingue dois sentidos: um primeiro, teórico-epistemológico refere-se à natureza interdisciplinar de grande parte dos modelos e das abordagens que assim se identificam; e um sentido político-normativo, com foco em um horizonte além da sociedade existente (SILVA, 2017, p. 1-2).

Laclau e Mouffe aportam reflexão instigante ao descrever a novidade dos movimentos sociais não classistas. As mudanças na forma de dominação política, na estrutura das burocracias e na distribuição de poder estatal, bem como nas relações de trabalho e nas manifestações culturais, na segunda metade do Século XX, levaram à diversificação das relações sociais e a novos conflitos. A expressão contempla lutas distintas, como a "ecológica, anti-autoritária, feministas, regionais, ou das minorias sexuais" (LACLAU, MOUFFE, 1985, p. 159). A definição do que é ser crítico nas ciências sociais supõe aberturas a essas novas demandas, particularmente no que Silva nomeia como sentidos "político e normativo" (SILVA, 2017).

Essas transformações também são relevantes no debate criminológico. Argumenta-se que a diferenciação das novas semânticas criminológicas com a seleção de demandas dos novos movimentos sociais na esfera pública produziu novos contextos, cenas e atores no campo acadêmico e político-criminal. Essas transformações sugerem um olhar atento sobre encontros e desencontros entre razão crítica e razão punitiva, com efeitos concretos na produção discursiva no campo criminológico e nas práticas do sistema de justiça criminal. A variante crítica marcada por denunciar o papel ideológico do Direito Penal e do sistema de justiça criminal, na versão hegemônica da Criminologia crítica da primeira metade da década de 1970 (BARATTA, 1999; YOUNG, WALTON, TAYLOR, 2001), foi reconstruída a fim de contemplar, por exemplo, a complexidade de demandas sobre o redirecionamento não apenas das políticas do castigo, mas das demandas por reconhecimento de novos direitos na esfera pública e por atuação efetiva das instâncias estatais (BURGUESS-PROCTOR, 2006; CHESNEY-LINDT, 2006; POTTER, 2006).

Essas transformações colocaram em ordem novas demandas sobre a atuação do Estado, inclusive por meio do controle penal, sugerem novos desafios no plano normativo e expõem lacunas epistemológicas relevantes (SILVA, 2017). A invisibilidade racial da Criminologia crítica brasileira, por exemplo, é apontada em estudos recentes (PRANDO, 2018). A partir do debate de nossas matrizes teóricas europeias reinterpretadas pela margem latino-americana, reafirma-se a necessidade de construção de um saber criminológico crítico ajustado à brasilidade (ANDRADE, 2012). Em um cenário muito mais amplo nas ciências

sociais, critica-se o imperialismo epistemológico, alertando-se para os riscos da colonização pelos saberes do Norte Global (SEGATO, 2012; SPIVAK, 2010; PEREIRA, 2015).

Não se pretende aprofundar todas essas questões, que sugerem investimento futuro. Mas são suficientes para os objetivos deste artigo. Ajustar a lente da crítica supõe também uma leitura complexa das trajetórias dos movimentos cujas demandas são traduzidas e metamorfoseadas pelas novas semânticas críticas. Um debate que se projeta no campo político-normativo e remete à *praxis* na esfera pública e aos ideários minimalistas, abolicionistas ou eficientistas. Assim, reconhecer as demandas pela intervenção do Estado, inclusive por meio do uso estratégico do Direito Penal, seja para a punição de violências interpessoais ou para as violências de agentes do Estado, não deve obscurecer a crítica ao desrespeito a direitos fundamentais na atuação das agências de controle e do sistema penitenciário. Mas não devem descartar práticas institucionais que reduzem violências tanto pessoais quanto institucionais. E devem trazer ao centro do debate inovações que apontem caminhos viáveis para repensar encontros e desencontros entre razão crítica e razão punitiva. O que não supõe o esquecimento de temas centrais da crítica, como a seletividade do sistema de justiça criminal e os usos políticos do direito penal como instrumento de controle de determinados grupos.

No percurso das criminologias acadêmicas críticas, retomamos os últimos questionamentos que orientam o artigo: há espaço para pensar o cinema de forma crítica? Se o cinema pode incorporar narrativas sobre o crime e o desvio, no que se apresenta como peculiar forma de Criminologia popular, há espaço para debater as semânticas críticas e para o engajamento político orientado por esse ideário? É essa a aposta no último item do percurso.

3.2. O cinema na agenda da pesquisa criminológica crítica

A história do pensamento criminológico crítico indica que as imagens e representações sociais do desvio e do controle estiveram na agenda de pesquisas, particularmente na tradição britânica (COHEN & YOUNG, 1973; COHEN, 1972). Alguns dos achados desses estudos pioneiros permitiram descrever como os meios de comunicação de massa definem, produzem, ampliam, reproduzem e veiculam imagens sobre o crime, o criminoso e o sistema de justiça criminal.

Há evidências de que a preocupação com o direcionamento do olhar não foi uma preocupação original dos estudos críticos, preocupado com as sombras e os interesses ocultos. Anitua recorda que as autoridades francesas de 1863 instituíram o

uso das fotografias dos detentos para o controle penitenciário. O uso da fotografia "para fins judiciários" (frente e perfil) acabou propiciando material empírico para a Criminologia positivista do Século XIX (ANITUA, 2016, p. 10; ANITUA, 2003). As novas tecnologias logo foram exportadas para a colônia, onde a imagem se tornou um "trofeo que premia el accionar policial" (ANITUA, 2016, p. 11).

Antes do surgimento da indústria de comunicação de massa, a literatura protagonizou a recepção dos enunciados criminológicos positivistas, que ocuparam também espaço na imprensa escrita e, anos depois, também na televisão (BARATA, 2003, p. 488-493; SCHLESINGER & TUMBER, 1993). Estudos recentes dão pistas sobre o apelo pela representação do crime, do criminoso e da justiça na trajetória do cinema no Século XX. As análises de conteúdo demonstram que a violência e as visões estereotipadas sobre o crime e as instâncias de repressão vêm ocupando a agenda de pesquisa (YAR, 2010). E despertam críticas, tanto de conservadores quanto progressistas sobre os riscos da cultura de massa, pois supostamente (tema controvertido na Psicologia social) reproduziriam comportamentos sociais violentos e moralmente reprováveis ou reforçariam políticas punitivas.

A diferenciação dos discursos criminológicos, surgimento das semânticas críticas e conformação de campos em disputa apontam para afinidades temáticas e temporais com a evolução da linguagem artística e debates sobre estética, ética e emancipação social (MACHADO, 2012). O campo cinematográfico também passou por transformações importantes que sugerem releitura crítica do diagnóstico negativo de que o cinema seria um veículo da cultura de massa, e que promoveria alienação e impossibilitaria a razão crítica. Deve-se reconhecer que se trata de campo com linguagem própria (STAM, 2001; CARRIÈRE, 1997; GONÇALVES, ROCHA, 2011; GONÇALVES, RENÓ, 2012; ADORNO, 2001; FURTADO, 2007; PRYSTHON, 2009) e capital simbólico, que legitima formas específicas de organização dos processos de produção, validação e circulação dos filmes (BOURDIEU, 1971; BOURDIEU, 1989; RIVAS MORENTES, 2012).

A relevância do cinema como objeto de pesquisa criminológica (KELLNER, RYAN, 1998; RADNER, STRINGER, 2011; RAFTER & BROWN, 2011a; RAUCH, 2102; YAR, 2010) também encontra interlocutores no Brasil, especialmente em diálogo com as criminologias críticas. A produção, se ainda inicial, propõe parâmetros para a discussão sobre os sentidos do material fílmico como *corpus* empírico para análise (VILELA, 2018; GUIMARÃES, DUARTE, ARGOLO, 2017; ZACKSESKI, PIZA, 2012; MACHADO, ZACKSESKI, PIZA, 2016; MACHADO, ZACKSESKI, PIZA, 2018). Particularmente as obras coletivas nas quais participamos propiciam material para compreender os rumos do debate

no Brasil. Depreende-se que o foco dos estudos não é o mapeamento das experiências no campo, em diálogo com categorias como criminologias populares e acadêmicas ou os sentidos de uma Criminologia do cinema *versus* uma Criminologia no cinema (os discursos acadêmicos no cinema). Também não há uma preocupação centrada fortemente nas negociações de sentido sobre o crime e o desvio nas narrativas do cinema, motivação dos estudos culturais (HAYWARD, 2010; YAR, 2010).

As pesquisas interdisciplinares enfatizam a relevância do cinema como ferramenta pedagógica em diferentes disciplinas, como a filosofia e o direito (ALMANSA, 2013; REINA, 2014; GALENO, 2017). De outro lado, as proximidades entre o cinema e a teoria crítica apontam itinerários e interlocuções possíveis (LOUREIRO, 2005, 2006). Para além dos fins didáticos de uso do cinema como ferramenta pedagógica para discutir as criminologias acadêmicas, as diferentes semânticas críticas resumidas rapidamente no item anterior propiciam guias que orientam debates e reflexões[8]. As semânticas críticas são fios condutores que disponibilizam material para discussão do segundo objetivo do texto. E nesse percurso, o material fílmico selecionado também é relevante pelo impacto emocional e afetivo dos conceitos-imagens (CABRERA, 2006).

Parte da literatura orienta-se por fragmentos da narrativa inicial da crítica criminológica, especialmente preocupada com os rumos do controle social formal e o papel dos juristas e dos saberes criminológicos. As obras cinematográficas servem para a reflexão de distintos temas: modelos de justiça, assédio moral organizacional, impacto das novas tecnologias na segurança pública e da mídia nos sistemas processuais, violência urbana, práticas policiais e representações sobre estereótipos raciais, tráfico de drogas, violência de gênero e aborto. No livro Criminologia & Cinema – Perspectivas sobre o Controle Social (ZACKSESKI, PIZA, 2012), por exemplo, os primeiros textos, inspirados em obras de ficção, remetem a utopias negativas. A projeção de "mundos futuros, transformados pelo uso da tecnologia" inspira o debate de tendências na organização dos sistemas de justiça criminal, em especial,

> "sobre as políticas de prevenção, fundadas em perspectivas científicas, sobre o controle de comportamento futuro (periculosidade e suspeição) e sobre o

8. O leitor pode detectar algum paralelismo da proposta no movimento Direito e Cinema. Algumas experiências na Espanha e na América Latina apontam a diversificação do ensino jurídico, com a abertura a experiências do cinema como pedagogia alternativa para o ensino do direito, e também para pensar como ferramenta hermenêutica para compreensão dos sentidos da norma (GALEANO, 2017).

> emprego das tecnologias que refletem essa tendência. Porém, não são textos ficcionais, pois reencontram na imaginação cinematográfica discursos e práticas postos como problemas atuais."

Nos últimos textos, com base em filmes nacionais e com foco na violência nas metrópoles brasileiras, os autores discutem

> "criminalidade, tráfico de drogas, aborto, atuação da mídia e da polícia. Porém não o fazem de forma usual. Intentam apresentá-los numa perspectiva que desconstrói a ideologia dos discursos dominantes, trazendo novas dimensões sobre esses problemas, com inflexão sobre seus aspectos econômicos, raciais e de gênero." (ZACKSESKI, PIZA, 2012, p. 16)

Na referida coletânea, o filme *Minority Report* foi um dos filmes selecionados (HUDSON, 2012) e aqui se destaca como *case* das distopias do controle do crime. Ambientado em Washington, DC, no ano de 2054, a trama se desenvolve a partir de um projeto de prevenção de homicídios em vias de expansão nacional. O programa conta com participantes, os *Precogs*, dotados da precognição, treinados para detectar homicídios prestes a serem executados, acionando-se a polícia para a prisão em flagrante antes que o intento homicida seja sequer iniciado. O roteiro conduz o protagonista, John Anderton, chefe da Polícia, envolvido em uma armadilha pelo líder do programa, Lamar Burguess, interessado em mantê-lo a todo custo, ainda que ocultando o assassinato que ele havia praticado. Ao se deparar com a mulher que idealizou o projeto, Anderton se surpreende com os relatórios minoritários (*minority reports*), visões alternativas que revelam que os supostos assassinatos nem sempre se consumariam. Além do suspense que se instaura no transcurso do filme, o roteiro expõe a falibilidade das tecnologias que pretendem prever a prática de crimes, um dos pontos da análise de Hudson. A autora discute os limites éticos das cruzadas de guerra ao crime e as vulnerações ao estado de direito. Ao advertir sobre a pluralidade de sentidos do filme e inspirada por Gadamer, Hudson recupera o conceito de fusão de horizontes e aponta para "nossas próprias experiências". Para ela, "[...] o que percebemos e nos lembramos é um encontro de nossa própria perspectiva com aquela do autor ou do diretor" (HUDSON, 2012, p. 47). A partir da lente crítica, em diálogo com o clássico "Visões do Controle", de Stanley Cohen, Hudson interpela o leitor e o espectador a refletirem sobre os rumos das novas políticas de controle (HUDSON, 2012, p. 47).

Parte dos estudos sobre o cinema e criminologia mostra preocupação em descrever e denunciar violências institucionais e discursos que legitimam as práticas das agências de controle e a seletividade de classe do sistema penal, temas

que ocuparam a agenda dos primeiros estudos críticos sobre a questão criminal. Alguns desses aspectos aparecem nas análises originais do filme "Você também pode dar um presunto legal", que fazem Utzig e Carvalho Neto sobre os crimes da repressão da ditadura civil-militar no Brasil (UTZIG, CARVALHO NETO, 2016), no "O anjo nasceu" (1969), de Mayora e Garcia (2016), ao apontarem que a violência das classes populares é correspondente à violência da desigualdade social, de sua reprodução e de sua naturalização e também na abordagem de Berdet sobre a justiça seletividade dos jurados no modelo de justiça norte-americana no clássico "Doze homens e uma sentença" (BERDERT, 2018). Ou na surpreendente ligação que Ramos faz entre a teoria freudiana do delito por sentimento de culpa e a política de extermínio da população de jovens negros e pobres no Brasil (RAMOS, 2016) ao escrever sobre o filme "Não Matarás". No campo do Direito e Cinema no Brasil o funcionamento do sistema de justiça criminal também tem encontrado espaço, embora ainda pequeno comparativamente a outros ramos, na produção que investe na produção cinematográfica para pensar o Direito. Alguns temas como a falência do sistema penitenciário (Carandiru), questões processuais como o devido processo legal e o direito penal do inimigo dividem espaço com escritos no campo dos direitos humanos (FRANCO, GURGEL, 2016; PASCHOAL, PAGANELLI, OSIPE, SILVA, 2017).

As análises interseccionais de classe, raça e gênero, parâmetros de análise das estratégias de controle formal e informal nas lentes críticas atualizadas pelos debates no campo, bem como os estudos sobre as estruturas raciais e de gênero subjacentes às violências e às práticas do castigo ocupam grande parte dos textos publicados sobre Criminologia e cinema (MACHADO, ZACKSESKI, PIZA, 2016, p. 35-188; MACHADO, ZACKSESKI, PIZA, 2018, p. 165-374). Na obra coordenada por Machado, Zackseski e Piza (2018), Gomes analisa os filmes *Tudo sobre Minha Mãe* e *A Pele que Habito*, de Almodóvar, e indaga "a criminologia: que relações ainda realizamos entre corpo e castigo? Como essas relações incluem o gênero e promovem variações sobre o castigo a partir do gênero? Como a raça entra nessa equação entre corpo, gênero e castigo?" (2018). Ao retomar os percursos das protagonistas dos filmes, a autora interpela o leitor a pensar que o castigo na Criminologia crítica precisa ir além dos efeitos sobre os corpos; implica pensá-lo no contexto de uma matriz de raça e de gênero que, além de ler de modo diverso os corpos que seleciona, a eles nega humanidade. No percurso proposto por Gomes, a representação do corpo das protagonistas constitui-se em conceito-imagem que nos compele a ir além da discussão crítica dos parâmetros construídos sobre consensos orientados pela normalização heteronormativa dos sujeitos. O impacto da imagem do corpo moldado e violado de Vicente/Vera Cruz expõe não apenas outras formas de castigo, mas nos impele a ir além do dizível,

para o que não temos vocabulário. A experiência fílmica nos impele a pensar sobre o humano, suas violências e violações, a partir do espanto do conceito-imagem que emerge da lente de Almodóvar.

Outros estudos são relevantes pois investem em caminhos semelhantes e em perspectivas críticas compartilhadas. A partir do documentário *Concerning Violence: Nine Scenes of Anti-Imperialistic Self-Defense*, inspirado na obra Os Condenados da Terra, de Franz Fanon e as lutas anticoloniais na África, Vilela (2018) propõe um olhar pedagógico em relação à obra, a fim de explorar as simetrias entre violência colonial e os discursos criminológicos. A autora alerta para as continuidades entre o colonialismo e o sistema penal para pensar o genocídio da população negra no Brasil. As formas de disciplina da homossexualidade e da raça no Rio de Janeiro é o eixo central que Guimarães, Duarte e Argolo (2017) exploram no filme "Madame Satã" (2002), cujo roteiro parte da trajetória de João Francisco dos Santos. Os autores discutem as políticas de exclusão e como os discursos jurídicos, científicos e as práticas políticas se orientam por critérios raciais e de sexualidade desviante; e concluem como o racismo e a heteronormatividade estruturam as relações de poder e definem a punição. A lente crítica que conduz a escrita dos autores no Madame Satã ganha impacto na personagem encarnada por Lázaro Ramo. Ao personificar a imagem da transgressão aos critérios de normalidade, João Francisco transita pelo submundo da cidade, e sua figura emerge como ambíguo conceito-imagem que conduz o espectador a pensar sobre desigualdade social e direitos humanos (CABRERA, 2014).

Parte dos estudos articula as narrativas dos filmes às novas preocupações da agenda crítica com danos sociais por ações de empresas e de governos, com a criminalização dos fluxos migratórios e com os sentidos da punição dos crimes contra a humanidade (RIBEIRO, 2016; ALVES, 2016, 2018; SALDANHA, MELLO, 2016; TEIXEIRA, 2016). Trata-se, aqui, de uma abertura desse campo de estudos que se consolida com abordagens que não estão restritas a problemas domésticos, próprios dos sistemas de controle dos Estados Nacionais ou de determinadas comunidades. Em parte, deve-se ao próprio processo de globalização e, também, ao movimento de transnacionalização do controle social punitivo, pois tanto há problemas que não são restritos a territórios específicos quanto há estratégias de controle e violações de direitos que são incorporadas com traços de desigualdade que são, em muitos aspectos, semelhantes àqueles que orientam os sistemas de controle social tradicionais, já bastante explorados na literatura criminológica e também pelo cinema. No entanto, ainda que os inimigos, os *outsiders*, os vulneráveis, sejam categorizados e controlados globalmente, os efeitos do controle e o jogo de forças se estabelece entre outros atores, e de maneira mais forte ainda do que daquela que estava evidenciada na Criminologia do Século XX. Embora não

explicitado pelos autores, os filmes expõem criminologias populares que remetem à agenda das semânticas críticas, pois alertam sobre vulneração de direitos e sobre os caminhos do controle penal transnacional.

Particularmente o percurso de Ribeiro (2016) evidencia que a estética de *Sometimes in April* constitui-se em claro exemplo do poder das imagens para comunicar violências que não encontram vocabulário. A narrativa parte de uma trilha sonora preenchida por uma sucessão de mapas, o resumo histórico e uma voz que indaga "quando tudo isso começou?". Em seguida, após as imagens coloridas, "imagens de arquivo em preto e branco mostram, de modo descontínuo, a prática da antropometria e a chegada de oficiais no espaço colonial". (2016, p. 340-341). Propõe Ribeiro que ao encenar a memória, *Sometimes in April* expõe que toda memória também é imaginação. Onde representar o genocídio é sempre incompleto, a memória supõe a imaginação,

> "alguma representação se fabrica, sempre por meio da multiplicação de representações, e a ficção desempenha um papel suplementar em relação ao núcleo ausente do testemunho, ao seu vazio constitutivo, à sua falta inevitável. Nesse vazio pode-se ouvir apenas, entre as palavras dos sobreviventes, o silêncio fantasmagórico dos desaparecidos, daqueles que não podem mais contar suas histórias." (RIBEIRO, 2016, p. 344)

Assim como as criminologias críticas seguiram distintos caminhos, aberta a debates sobre epistemologias decoloniais, a trajetória recente do cinema também aponta para a sensibilidade ao debate identificado em distintas disciplinas das ciências sociais. A aproximação à realidade periférica permite a "reencenação da subalternidade" na produção cinematográfica nas décadas de 1980 e 1990. Com algum esforço de interpretação, o "Terceiro Cinema" e o "Cinema Periférico" performam estética fílmica decolonial, ajustada aos dramas e às vivências locais (PRYSTHON, 2009). Se o cinema pode naturalizar violências e discursos sobre o crime, também pode desvendar e denunciar imagens e representações que reproduzem estereótipos racistas ou sexistas (VILELA, 2018; GUIMARÃES, DUARTE, ARGOLO, 2017). O argumento tem interlocutores na América Latina inclusive no campo do Direito e Cinema. Agudelo Ramírez recupera o espaço do cinema para discussão de questões sociais e políticas complexas como o conflito armado na Colômbia. O cinema pode constituir-se em espaço para uma discussão muito mais ampla sobre a justiça, momento em que a interlocução das semânticas criminológicas críticas se aproximam e se confundem com debates jusfilosóficos sobre garantias e vulneração aos direitos humanos (AGUDELO RAMÍREZ, 2015, 2016). Ao deslocar o foco para a narrativa reflexiva sobre

o crime e o desvio aproxima-se da crítica, pois apresenta leituras para se pensar sobre os usos do Direito Penal, suas aporias e funções latentes. E pode sugerir novos parâmetros para a ação política. Nessa linha, o cinema (forma de Criminologia popular) articula-se com os pilares epistemológico e normativo da crítica (SILVA, 2017; FURTADO, 2007; LOUREIRO, 2006).

Porém, não apenas o cinema "alternativo" ou "contra-hegemônico" propicia material empírico para análise (LOUREIRO, 2006; FURTADO, 2007; KLUGUE, 1982; PRYSTHON, 2009); um encontro entre o "cine inteligente y la criminología crítica" como sugere Anitua no prefácio de um dos volumes analisados (2016, p. 9). Novos formatos como as séries para a TV e filmes infantis também disponibilizam sentidos para a análise crítica, na medida em que sugerem rumos do controle penal e novas experiências do castigo (FERREIRA, 2018; ZACKSESKI, 2018; SUXBERGER, 2018). A partir do episódio "*WHITE BEAR*, da série *Black Mirror*, discute-se as imagens e os discursos sobre o castigo. Conforme sintetiza a autora, a perseguição a Victoria, uma mulher sem memórias ou identidade, é uma poderosa história para que refletir sobre a punição e a cultura punitiva (FERREIRA, 2018). *Billions* (2016-2017) é outra série que projeta tema de interesse central do pensamento crítico: entender as razões da seletividade do sistema de justiça criminal (SUXBERGER, 2018). Ao tratar do mercado de capitais, em especial os fundos *hedge*, explica o autor, a atuação usual dos operadores muitas vezes se confunde com tipos penais. E sustenta que os temas se prestam ao "aprendizado e à discussão sobre os limites e problemas da discricionariedade acusatória e dos acordos penais, que bem caracterizam a conformação do sistema de justiça norte-americano". De outro lado, a partir do *Malévola*, Zackseski discute a reprodução de estereótipos que naturalizam a fragilidade da mulher, mas também a carga que pode significar assumir a condição de responsável por impor o castigo, que é também castigo para quem o aplica (2018). Os roteiros, cenas e tramas sugerem universos polissêmicos que não necessariamente confluem conforme direcionam os autores (FERREIRA, 2018; SUXBERGER, 2018; ZACKSESKI, 2018). É possível submergir nos universos das séries pelas suas qualidades como entretenimento que nos proporciona momentos para "desligarmos do mundo". Ainda que sejam questionáveis as qualidades estéticas dos produtos. O que as análises sugerem é o olhar crítico que nos direciona a ir além do entreter-se com os roteiros, e que nos faz pensar sobre o crime e o desvio. Em outras palavras, o material selecionado evidencia lentes críticas que orientam "como ver" o material fílmico. Certamente não se trata da única maneira. Na forma proposta por correntes pós-modernas (YAR, 2010, p. 78), as ambiguidades dos textos e das narrativas sobre o crime e o desvio abrem-se às lentes críticas para explorar temáticas contemporâneas e de interesse da agenda acadêmica (criminologias acadêmicas críticas).

Os interdiscursos cinematográficos mostram a abertura da linguagem do cinema a narrativas que circulam em diferentes campos, inclusive nas academias (CARRIÈRE, 1997; STAM, 2001; GONÇALVES, ROCHA, 2011; GONÇALVES, RENÓ, 2012). E pode também apresentar-se como estratégia para a práxis crítica (LOUREIRO, 2005, 2006). O cinema pode constituir-se em "terreno de subjetivação e aprendizagem" (ALMANSA, 2013; PUCCI, 1995). Badiou interpela os críticos a repensar o potencial pedagógico do cinema; o que supõe considerar percursos das práticas e experimentações filosóficas do cinema nas trajetórias de produtores e espectadores, com implicações não apenas estéticas, mas também éticas (BADIOU, 2004; BADIOU, 2010).

De outro lado, os discursos das ciências (inclusive das criminologias acadêmicas) podem propiciar material para a produção de roteiros. A diversificação dos discursos biocriminológicos contemporâneos e os discursos de Lei e Ordem disponibilizam novas possibilidades de tradução ao campo cinematográfico; novos caminhos para a produção de Criminologias populares que demonizam o desvio e o desviado, reforçando visões preconceituosas e os discursos do ódio (WALBY, CARRIER, 2010). Trata-se de uma forma peculiar de Criminologia popular que se distancia da agenda crítica. Mas esses filmes também interpelam a crítica a reivindicar suas senhas de identidade. Ao denunciar a reprodução de estereótipos e a vulneração de direitos propõe-se a explorar ambiguidades das narrativas de criminologias populares que reproduzem estruturas naturalizadas e práticas reificadas. As negociações e disputas sobre as representações sociais sobre o crime e o desvio supõe redirecionar a agenda crítica para além das fronteiras do campo criminológico (Academia).

Conclusões

As imagens e narrativas do cinema propiciam material empírico para a pesquisa criminológica. Mais do que isso: é um material que está à disposição facilmente, que não requer negociação para entrada no campo, horário marcado de entrevista, assinatura de termo de confidencialidade, tramitação em comitês de ética ou de outras burocracias do universo acadêmico. As disputas em torno das representações sobre o crime, em diferentes manifestações artísticas, evidenciam como os debates sobre o crime e o desvio podem circular fora dos âmbitos acadêmicos. E o cinema pode ser o espaço para reflexões críticas no campo penal e criminológico. Mas é contingente, pois não se aponta para um único caminho, mas para cenários outros do debate sobre o crime e o desvio.

Ao incorporar narrativas sobre o crime e o desvio, no que se apresenta como peculiar forma de Criminologia popular, há espaço para debater temas das

agendas críticas e para o engajamento político orientado por esse ideário. Ao investir na construção interdiscursiva que dialoga com o repertório crítico, pode-se pensar em criminologias populares orientadas criticamente. O que supõe ir além da proposta interdisciplinar para fins pedagógicos do ensino da criminologia, superando as fronteiras da academia. A literatura analisada evidencia que a produção cinematográfica também disponibiliza material empírico para a leitura sob a lente das criminologias críticas. Se é assim, permite discutir as realidades e fantasias do controle e redirecionar o olhar para a opressão que produzem nossas obsessões e sonhos distópicos. O cinema também pode explicitar as violências interpessoais, simbólicas, explícitas ou ocultas; e sugere, na lente crítica que orienta o olhar, a reflexão sobre a necessidade e limites da intervenção estatal. Convida a denunciar violências estruturais e interpela o espectador sobre o (des) respeito a direitos e garantias. O cinema pode desvelar o caráter multifacetado dos castigos, suas experiências e aporias. E desperta sobre novas vivências e possíveis horizontes para a solução de conflitos. Mas, parafraseando Godoy (2011), trata-se de um "inventário de possibilidades", cujo potencial depende do investimento dos estudos críticos, que podem ou não inscrever o cinema como produtor de significações valiosas também para as Criminologias acadêmicas.

Ao pensar o cinema pela lente crítica, deve-se compreendê-lo como produtor de reflexão filosófica na junção entre momentos estéticos e reflexivos. Na releitura proposta por Cabrera, os conceitos-imagens podem ser produtores de impactos emocionais que problematizam temas de interesse criminológico (CABRERA, 2006). Contudo, não se deve reduzir o cinema a mera representação de discursos criminológicos acadêmicos. O potencial dos filmes não se limita a ilustrar um problema criminológico ou mesmo filosófico, jurídico ou criminológico. Apenas "é possível ao espectador filosofar por intermédio do filme se este se coloca como uma força que o desloca do seu prumo de centro" (REINA, 2014, p. 165). O que supõe, de um lado, pensar criticamente o filme e definir como utilizá-lo como estratégia em diferentes âmbitos, como no ensino da Criminologia. Ir além da representação supõe considerar que não se trata meramente da ilustração de um problema, mas também "pensar filosoficamente a partir da imagem" (REINA, 2014, p. 166).

Referências

ABEL SOUTO, M. Desde la literatura, ópera, cine y televisión hasta las ciencias jurídicas y el derecho penal mediante la nueva técnica pedagógica del aprendizaje basado en problemas [Versión electrónica]. *Direito*, 20 (2), p. 183-205, 2011. Recuperado de: [www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/viewFile/134/63]. Acesso em: 19.10.2019.

ALMANSA, Sandra Espinosa. *O cinema como prática de si*: experiência & formação. Programa de Mestrado em Educação. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013.

ALVES, Mirian Coutinho de Faria. Hannah Arendt: os desafios da paz e os arquétipos da justiça criminal no debate transcultural dos direitos humanos. In: MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: narrativas sobre a violência. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 360-374.

AGUDELO RAMÍREZ, M. *Cine y derechos humanos*: una aventura fílmica. Medellín: Ediciones UNAULA, 2015.

AGUDELO RAMÍREZ, M. *Cine y conflicto armado en Colombia*. Medellín: Ediciones UNAULA, 2016.

ALVES, Mirian Coutinho de Faria. Criminologia e populismo penal em Mcbeth: de Sheakspeare a Roman Polanski. In: MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: semânticas do castigo. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 82-94.

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

ANITUA, Gabriel Ignacio. Criminología y Cine: una relación ineludible. In: MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: narrativas sobre a violência. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 9-28.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Justiça penal pública:* un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales. Buenos Aires: Del Puerto, 2003.

ADORNO, Theodor. Transparencies on film. In: ADORNO, Theodor. *The culture industry*: selected essays on mass culture. London: Routledge, 2001. p. 178-86.

BACHELARD, Gastón. *La formation de l'esprit scientifique*. Paris: Vrim, 1938.

BADIOU, A. *Cinéma.* Paris: Nova Éditions, 2010.

BADIOU, A. *Pensar el cine 1*: imagen, ética y filosofía. Buenos Aires: Manantial, 2004.

BALL, Matthew. Toward a decolonization of queer criminology. *papers from the British Criminology Conference*. Disponível em: [www.britsoccrim.org]. Acesso em: 19.10.2019.

BANDURA, Bandura, A. Social learning through imitation. In: M. R. Jones (Ed.). *Nebraska Symposium on Motivation,* 1962. p. 211-274.

BARATA, Francesc. Los mass media y el pensamiento criminológico. In: BERGALLI, Roberto. *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003. p. 487-516.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BERDET, Marcelo. Doze homens e uma sentença: a indiferença, o preconceito e a moral na operação da punição legal. In: MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: semânticas do castigo. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 110-124.

BOURDIEU, Pierre. *Poder Simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.

BOURDIEU, Pierre. O campo científico. In: BOURDIEU, Pierre. *Sociologia*. São Paulo: Ática, 1982.

BOURDIEU, Pierre. *Las reglas del arte:* génesis y estructura del campo literario. Barcelona: Anagrama, 1995.

BURGESS-PROCTOR, Amanda. Intersections of Race, Class, Gender and Crime: Future Directions for Feminist Criminology. *Feminist Criminology*, 27-46, jan. 2006.

CABRERA, J. *O cinema pensa*: uma introdução à filosofia através dos filmes. Rio de Janeiro: Rocco, 2006.

CARRIÈRE, Jean-Claude. *La película que no se ve*. Barcelona: Paidós, 1997.

CARVALHO, Salo. O "gerencialismo gauche" e a crítica criminológica que não teme dizer seu nome. *Dir. Gar. Fund.*, Vitória, v. 15, n. 1, p. 125-155, jan.-jun. 2014.

CASTILHO, Ela Wiecko v. de; CAMPOS, Carmen Hein de. O Bandido da Luz Vermelha sob as lentes das criminologias dialéticas. In: MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: narrativas sobre a violência. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 154-168.

CHESNEY-LIND, Meda. Patriarchy, Crime and Justice: Feminist Criminology in an Era of Blacklash. *Feminist Criminology*, p. 6-26, jan. 2006.

COHEN, Stanley. *Folks devil and moral panics*: the creation of mods and rockers. HarperCollins, 1972.

COHEN, Stanley; YOUNG, Jock. *The manufacture of the news*: social problems, deviance and the mass media. London: Constable, 1973.

DELEUZE, Gilles. *Cinema i*: A imagem-movimento. São Paulo: Brasiliense, 1983.

DELEUZE, Gilles. *Cinema ii*: A imagem-tempo. São Paulo: Brasiliense, 2009.

FERREIRA, Carolina Costa. White bear: a cultura punitiva que há em nós. In: MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: semânticas do castigo. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 95-109.

FERRELL, J. "Cultural Criminology". *Annual Review of Sociology*, v. 25, 1999, p. 495-418.

FERRELL, Jeff and C.R. SANDERS (eds) (1995). *Cultural criminology*. Boston, MA: Northeastern University Press.

FERRELL, Jeff; HAYWARD, Keith; MORRISON, Wayne; PRESDEE, Mike (eds). *Cultural criminology unleashed*. London: GlassHouse Press, 2004.

FRANCO, Ângela B.; GURGEL, Maria Antonieta R. L. (Orgs.). *Direito e cinema*: uma expansão dos horizontes jurídicos a partir da linguagem cinematográfica. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

FURTADO, Leonardo Ayres. *O cinema popular e dialético de Tomás Gutiérrez Alea*. Programa de Pós-graduação em Artes da Escola de Belas Artes da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007.

GADAMER, Hans-Geord. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1999.

GALEANO, M.A. Estudios de derecho y cine: entramados de una historia que ya se está rodando. *Revista CES Derecho*, (8), 2, 298-321, 2017.

GARLAND, David. *The Culture of control:* crime and social in contemporary society. Chicago: Chicago University Press, 2001.

GODOY, Arnaldo. *Direito, literatura e cinema*: inventário de possibilidades. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

GOMES, Camila de Magalhães. Entre Vera Cruz e Agrado: questões sobre corpo e castigo para a criminologia crítica. In: MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: semânticas do castigo. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GONÇALVES, Elizabeth Moraes; RENÓ, Denis p. A montagem audiovisual como ferramenta para a construção da intertextualidade no cinema. *Razón y Palabra.* Disponível em: [www.razonypalabra.org.mx/N/N67/varia/moraes_Porto.pdf]. Acesso em: 06.09.2012.

GONÇALVES, Elizabeth Moraes; ROCHA, Rosa E. O mundo discursivo do cinema: a construção de sentidos. *Razón y Palabra*, n. 76, mai.-jul. 2011.

GREENFIELD, Steve; OSBORN, Guy; ROBSON, Peter. *Film and the law*: the cinema of justice. NY: Hart, 2010.

GUIMARÃES, Johnatan R.; DUARTE, Evandro P.; ARGOLO, Pedro. Quem quer ser Madame Satã? Raça e Homossexualidade no Discurso Médico Legal da Primeira Metade do Século XX. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 08, n. 1, p. 229-261, 2017.

HAYWARD, Keith; PRESDEE, Mide. *Framing the image*: cultural criminology and the image. London: Routledge, 2010.

HAYWARD, Keith. Opening the lens: Cultural Criminology and the Lens. In: HAYWARD, Keith; PRESDEE, Mide. *Framing the image*: cultural criminology and the image. London: Routledge, 2010. p. 1-16.

HILLYARD, Paddy; TOMBS, Steve. Para além da criminologia? *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* v. 142, ano 26, p. 273-299, 2018.

HORKHEIMER, Max. Traditional and Critical theory. In: HORKHEIMER, Max. *Critical theory*: selected essays. New York: Continuum, 1972. p. 188-243.

HORKHEIMER, Max & ADORNO, Theodor W. A indústria cultural: O Iluminismo como mistificação das massas. Trad. Júlia Elisabeth. In: COSTA LIMA, Luiz (Org.) *Teoria da Cultura de Massa*. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1990.

HUDSON, Barbara. Minority Report: Prevendo o futuro na vida real e na ficção. In: ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: perspectivas sobre o controle social. Brasília, Uniceub, 2012. p. 33-45.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos*, n. 1, v. 1, p. 79-92, 1996.

KELLNER, D.; RYAN, M. *Camera politica*: the politics and ideology of contemporary Hollywood film. Bloomington: Indiana University Press, 1998.

KLUGE, Alexander. On film and public sphere. New German critique. Nova York: Telos Press, n. 24/25, *Special Double Issue on New German Cinema*, p. 206-220, 1982.

LARRAURI, E. *La herencia de la criminología crítica*. 3. ed. Madri: Siglo Veintiuno de España Editores, 2000.

LYOTARD, Jean-François. *La condición postmoderna*: Informe sobre el saber. Trad. Mariano Antolín Rato. Madrid: Ediciones Cátedra, 1990.

LOUREIRO, Robson. Considerações sobre o cinema na teoria crítica. Theodor Adorno e Alexander Kluge: um diálogo possível. *Revista Impulso*, Piracicaba, v. 16, n. 39, p.123-134, jan.-abr. 2005.

LOUREIRO, Robson. *Da teoria crítica de Adorno ao cinema crítico de Kluge*: educação, história e estética. Programa de doutorado em Educação, História e Política. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2006.

LACLAU, Ernest; MOUFFE, Chantal. *Hegemony and socialist strategy*: toward a radical democratic politics. London: Verso, 1985.

LUHMANN, Niklas. What is the case? What lies behind it? The two sociologies and the theory of society. *The Sociological Theory*, 2, 12, 1994.

MACHADO, Bruno Amaral. Discursos criminológicos sobre o crime e o direito penal: comunicação e diferenciação funcional. *Revista de Estudos Criminais*, n. 45, p. 77-116, abr.-jun. 2012.

MACHADO, Bruno Amaral. Cine y criminología: género y raza. Discursos interseccionales en El color Púrpura. *Opinión Jurídica*, p. 107-127, jun.- dez. 2018.

MACHADO, Bruno Amaral; QUEZADO, Marina. A corrupção pública pelos olhos da criminologia: danos sociais e direitos humanos. *Revista de Estudos Criminais*, 2018 (prelo).

MACHADO, Bruno Amaral; AGNELLO, Priscila Ramos Moraes Rego. Racionalidade penal e semânticas criminológicas na Lei Maria da Penha: o caso do sursis processual. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 08, n. 3, p. 1788-1832, 2017.

MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: narrativas sobre a violência. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: semânticas do castigo. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

MACHURA, S. Law and Cinema Movement. Paper presented at the annual meeting of the The Law and Society Association, Renaissance Hotel, Chicago, Illinois, May 27, 2004. Disponível em: [www.allacademic.com/meta/p117394_index.html].

MAGALHÃES, J. N.; PIRES, N.; MENDES, G. et al (Orgs.). *Construindo memória*: seminários direito e cinema. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009.

MATTHEWS, Roger. *Realist Criminology*. London: Palgrave Macmillan, 2014.

MAYORA, Marcelo; GARCIA, Mariana. Duas cenas sobre crime e luta de classes. In: MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: narrativas sobre a violência. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 142-153.

MENDES, Soraia da Rosa. O silêncio como castigo. In: MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: semânticas do castigo. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 165-177.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

OLIVEIRA, Mara Regina. *Direito e cinema*. tomo teoria geral e filosofia do direito, ed. 1, abril de 2017. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/89/edicao-1/direito-e-cinema]. Acesso em: 19.10.2019.

PASCHOAL, Gustavo Henrique Paschoal, PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; OSIPE, Nathan Barros; SILVA, Ronny Carvalho (Orgs). *Direito e cinema jurídico em debate jacarezinho*. PR: UENP & PROJURIS, 2017.

PAPKE, David Ray. Law, cinema, and ideology: Hollywood legal films of the 1950s (2001). *Faculty Publications*. Paper 275. Disponível em: [http://scholarship.law.marquette.edu/facpub/275]. Acesso em: 19.10.2019.

PEREIRA, Pedro Paulo Gomes. Queer decolonial: quando as teorias viajam. Contemporânea – *Revista de Sociologia da UFSCAR*, v. 5, n. 2, p. 411-437, 2015.

POTTER, Hillary. An Argument for Black Feminist Criminology: Understanding African American Women's Experience with Intimate Partner Abuse Using an Integrated Approach. *Feminist Criminology*, v. 1, n. 2, p. 106-123, 2006.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A Criminologia Crítica no Brasil e os estudos críticos sobre branquidade. *Direito Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 70-84, 2018.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. O funcionamento das máquinas de tortura: sobre a justiça das penas de prisão. Uma análise do documentário Sem Pena. In: MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: narrativas sobre a violência. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 231-245.

PRYSTHON, Angela. Do Terceiro Cinema ao cinema periférico: estéticas contemporâneas e cultura mundial. *Revista Periferia*, v. 1, n. 1, p. 79-89, jan.-jun. 2009.

PUCCI, B. (Org.). *Teoria crítica e educação*: a questão da formação cultural na Escola de Frankfurt. 2. ed. Petrópolis/São Carlos: Vozes/UFSCar, 1995.

RAFTER, Nicole; BROWN, Michelle. *Criminology goes to the movies*: crime theory and popular culture. NY: NY Press, 2011a.

RADNER, H. Y STRINGER, R. *Feminism at the movies*: understanding gender in contemporary society. Nueva York: Routledge, 2011.

RAFTER, Nicole; BROWN; Michelle. Taking criminology to the movies. In: RAFTER, Nicole; BROWN, Michelle. *Criminology goes to the movies*: crime theory and popular culture. NY: NY Press, 2011b.

RAFTER, n. *Shots in the Mirror:* Crime Films and Society. 2nd Edition. New York: Oxford University Press, 2006.

RAMOS, Beatriz Vargas. Não matarás: o poder que mata e a eficiência punitiva do sistema de justiça criminal. In: MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: narrativas sobre a violência. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 206-230.

REINA, Alessandro. *Filosofia e cinema*: o uso do filme no processo de ensino-aprendizagem da filosofia. Programa de Mestrado em Educação. Curitiba: UFPR, 2014.

RIBEIRO, Marcelo. Sometimes in April: a inscrição sensível do genocídio como crime contra a humanidade. In: MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: narrativas sobre a violência. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 335-359.

RIVAYA GARCÍA, B. Derecho y cine todo lo que siempre quiso saber sobre el derecho y nunca se atrevió a preguntar. *Ratio Juris*, (3), p. 135-151, 2005. Versión digital disponible en: [www.unaula.edu.co/sites/default/files/ratio3.pdf]. Acesso em: 19.10.2019.

RIVAYA GARCÍA, B. Derecho y cine. In: M. A. PRESNO LINERA; RIVAYA. *Una introducción cinematográfica al derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

RIVAYA GARCÍA, B. Algunas preguntas sobre Derecho y Cine. *Anuario de filosofía del derecho*. (26), p. 219-230, 2010. Recuperado de: [https:// dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3313265]. Acesso em: 19.10.2019.

RIVAS MORENTES, Victor. El concepto de campo cinematográfico. *Revista de estudios de comunicación*, n. 32, p. 209-220, 2012.

RAUCH, J. *Gender differences in superhero character's roles, appearance and violence as portrayed in superhero movies:* masters of art in criminal justice. Reno: University of Nevada, 2012.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz. O jardineiro fiel e a responsabilidade internacional das ETN – Empresas transnacionais. In: MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: narrativas sobre a violência. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 375-389.

SCHLESINGER, P.; TUMBER, H. Fighting the war against crime: televisón, police and audiene. *British Journal of Criminology*, v. 33, p. 19-31, n. 1, 1993.

SCHEERER, Sebastian. Atypische Moralunternehmer. *Kriminologisches Journal*, 1986.

SEGATO, Rita Laura. Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial. *E-cadernos CES* (Online), v. 18, p. 1-5, 2012.

SILVA, Josué Pereira. O que é crítico na sociologia crítica? *RBCS*, 32 (93) fev. 2017. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n93/0102-6909-rbcsoc-3293012017.pdf]. Acesso em: 19.10.2019.

SILVA, Nádia T. p. da. A produção do direito no cinema: um estudo sociológico. Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011.

SMART, Carol. *Women, crime and criminality*: a feminist critique. London: Routledge Kegan Paul, 1976.

SORLIN, Pierre. *Sociología del cine*. México: Fundo de Cultura Económica, 1985.

SOZZO, Máximo. *Viagens culturais e a questão criminal*. RJ: Revan, 2014.

SPIVAK, Gayatri. *Pode o subalterno falar?* Belo Horizonte: UFMG, 2010.

STAM, R. *Teorías del cine:* una introducción. Barcelona: Paidós, 2001.

SUXBERGER, Antonio H. G.; MACHADO, Bruno Amaral; ESIS, Ivette; VARELLA, Marcelo. Dossiê "Boas práticas para o sistema de justiça criminal". *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 1, p. 1-800, abr. 2018.

SUXBERGER, Antonio H. G. Billions: seletividade sem máscaras da justiça criminal. In: MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: semânticas do castigo. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 125-141.

TEIXEIRA, Gabriel Haddad. Illégal: observações sobre o processo de crimigração na Europa. In: MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: narrativas sobre a violência. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 390-410.

TEIXEIRA, Gabriel Haddad. Território restrito: o pertencimento precário dos imigrantes nos Estados Unidos. In: MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: semânticas do castigo. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 426-444.

TEUBNER, Gunther & PATERSON, John. Changing maps: empirical legal autopoiesis. *Social and Legal Studies*, 7, p. 451-486, 1998.

YAR, Majid. Screening crime: cultural criminology goes to the movies. In: HAYWARD, Keith; PRESDEE, Mide. *Framing the image*: cultural criminology and the image. London: Routledge, 2010. p. 68-82.

YOUNG, Jock. *La imaginación criminológica.* Trad. Andrea Gavela Llopis. Barcelona: Marcial Pons, 2015.

YOUNG, Jock; WALTON, Paul; TAYLOR, Ian. *La nueva criminología:* contribución a una teoría social de la conducta desviada. Buenos Aires: Amorrotu, 2001.

WALBY, Kevin & CARRIER, Nicolas. The rise of biocriminology: capturing observables bodily economies of "criminal man". *Criminology and criminal justice*, v. 10, p. 261-285, 2010.

WIEVIORKA, Michel. Pour comprendre la violence: l'hypothèse du sujet. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 19, n. 1, p. 21-51, jan.-jun. 2004.

UTZIG, Mateus do Prado; CARVALHO NETO, Menelick. Você também pode dar um presunto legal: a violência do Estado contra a criminalidade comum durante a ditadura civil-militar brasileira. In: MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: narrativas sobre a violência. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 189-205.

VAN SWAANINGEN, René. *Critical criminology*: visions from Europe. London: Sage, 1997.

VILELA, Ana Laura Silva. Violência colonial e criminologia: um confronto a partir do documentário concering violence. *Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2011-2014, 2018.

VILLA, Lucas; MACHADO, Bruno Amaral. Laranja mecânica e as aporias da razão penal. In: MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: semânticas do castigo. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 43-61.

ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: perspectivas sobre o controle social. Brasília: Uniceub, 2012.

ZACKSESKI, Cristina; FREITAS, Felipe da Silva. O esquecimento como pena na trajetória de Wilson Simonal. In: ACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; PIZA, Evandro. *Criminologia e cinema*: narrativas sobre a violência. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 79-99.

ZIZEK, Slavoj. O espectro da ideologia. In: ZIZEK, S. *O mapa da ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p. 7-38.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 81/294-338 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 6/953-994 (DTR\2009\636).

Evidências empíricas acerca do sistema carcerário brasileiro e suas relações com os gastos públicos

Empirical evidence about the Brazilian prison system and its relationship with public expenditure

Darcy Ramos da Silva Neto

Doutorando em Economia Aplicada na Universidade de São Paulo (FEA-RP/USP, 2019), Mestre em Economia e Desenvolvimento pela Universidade Federal de Santa Maria (PPGE&D/UFSM, 2018) e Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (ITR/UFRRJ, 2017). Atuou como Pesquisador Assistente no Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) no Atlas da Violência. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4864-8167
netodarcy25@gmail.com

Sibele Vasconcelos de Oliveira

Doutora em Agronegócios pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS, 2019, Mestre em Extensão Rural pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, 2010), Especialista em Finanças (UNIFRA, 2011) e Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, 2006). Atua como Professora Adjunta no Departamento de Economia e Relações Internacionais da UFSM. É docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Economia e Desenvolvimento (UFSM). ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0394-0984
sibele.oliveira@ufsm.br

Recebido em: 12.05.2019
Aprovado em: 13.06.2019
Última versão do (a) autor (a): 16.07.2019

Área do Direito: Penal

Resumo: A ascensão da criminalidade no Brasil tem suscitado debates sobre a eficiência das políticas públicas no enfrentamento e prevenção da violência e de delitos. Tendo em vista a crise do sistema prisional, o elevado índice de reincidência e a superlotação de presídios brasileiros, o presente estudo tem por objetivo analisar as relações de causalidade estabelecidas entre os gastos públicos com o sistema carcerário e o

Abstract: The rise of crime in Brazil has given rise to debates about public policies to combat and prevent violence and crimes. This study is the most important region of the reincidence and the superlotation of presidium, the present study the objective of the analysis of causalities between the expensive the system of carcerary and the crime. Under a qualitative-quantitative approach, assessments are grouped on the basis

crime. Para tanto, vale-se de abordagem quali-quantitativa, cuja análise enfoca a estimação de equações simultâneas com as bases de dados do Departamento Penitenciário e das Secretarias de Segurança Pública dos estados brasileiros para o ano de 2016. Em concordância às inferências mencionadas pela literatura acadêmica, as hipóteses da pesquisa argumentam que crime e gastos públicos no Brasil possuem simultaneidade. Os principais resultados sugerem a possibilidade da existência de relação cíclica e inercial no sistema carcerário, o que explicaria os elevados gastos e superlotação dos presídios. Pautados na teoria de custos do crime, este fenômeno gera a redução do bem-estar social e, consecutivamente, aumento de gasto carcerário. Em decorrência das evidências econométricas, argumenta-se que há direcionamento cíclico pela falta de efetividade e controle dos gastos carcerários, fatores que explicariam a situação crítica do sistema prisional brasileiro.

Palavras-chave: Sistema prisional – Políticas públicas – Economia do crime – Equações simultâneas.

of simultaneous data statistics from the Penitentiary Department of Public Security for the year 2016. In agreement with the inferences mentioned in the literature, hypothesis of research and criminality in Brazil does not have simultaneity. The results have a possibility of cyclical and inertial relationship without prison system, which explains the greater expenses and overcrowding of the prisons. Based on the theory of the costs of crime, this phenomenon generates a reduction of social welfare and, consecutively, an increase in prison costs. As a result of the econometric evidence, it is argued that there is a cyclical orientation for the lack of effectiveness and control of prison costs, factors that explain a critical situation of the brazilian prison system.

Keywords: Prison system – Public policy – Economy of crime – Simultaneous equations.

Sumário: 1. Introdução. 2. *Insights* sobre o desenvolvimento da economia do crime. 2.1. Interfaces entre a criminalidade e os gastos públicos: algumas evidências empíricas. 2.2. Especificidades do sistema carcerário brasileiro. 3. Metodologia. 4. Análise e discussão dos resultados. Considerações finais. Referências

1. Introdução

A[1] violência e a criminalidade são dois dos grandes problemas da sociedade, pois afetam diretamente a vida dos indivíduos e o estado de bem-estar social. Assim, desde o século XVIII, a criminalidade insere-se como importante tema de pesquisa na área das Ciências Sociais aplicadas, de forma que as construções de modelos conceituais de análise e de referenciais teóricos têm evoluído no sentido

1. Resultados parciais da dissertação de Mestrado em Economia e Desenvolvimento (UFSM), desenvolvida pelo autor principal e sob supervisão de sua orientadora. O estudo obteve financiamento pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de nível superior (CAPES).

de buscar explicações para a inserção dos indivíduos nos crimes, suas motivações pessoais e as dinâmicas de responsabilização social (BOHN *et al.*, 2015).

No Brasil, o interesse pelo estudo da criminalidade é intensificado no início dos anos 2000, acompanhando a natureza da disponibilidade de dados estatísticos para o setor. Sobretudo, citam-se os estudos realizados por Beato Filho *et al.* (2004), Shikida *et al.* (2006), Santos e Kassouf (2007), Justus e Kassouf (2008) e Araújo Júnior e Fajnzylber (2000, 2001). Todos realizaram importantes contribuições acadêmicas, relacionando a criminalidade a múltiplos fatores sociais.

Em síntese, os estudos empíricos sobre a realidade do Brasil apontam para o relacionamento entre a criminalidade e o comportamento do nível de renda, desemprego e escolaridade da população. Em um ambiente de desigualdade social e pobreza, as expectativas são condizentes ao aumento da violência, da realização de delitos e da criminalidade em geral.

De fato, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2017) comunica que, pelo menos desde 2005, o sistema carcerário brasileiro vivencia uma crise de superlotação. O colapso do sistema prisional demanda a realização de estudos que possam explorar, sob a perspectiva multidisciplinar, alternativas para a superação dos principais limitantes da implementação de políticas públicas em segurança nacional.

Destarte, o objetivo geral do presente estudo é analisar as especificidades do sistema carcerário brasileiro frente à situação atual de altos gastos e superlotação dos presídios. Ao empregar ferramentais analíticos econométricos, busca-se explorar as evidências de relacionamento entre o crime no Brasil e os gastos públicos no sistema carcerário. A análise leva em consideração os dados estatísticos dos estados brasileiros para o ano de 2016.

2. *Insights* sobre o desenvolvimento da economia do crime

O estudo sobre a economia social é recente e vem crescendo internacionalmente em detrimento das perspectivas do *mainstream* econômico. Desigualdade, saúde, educação, pobreza e criminalidade são temas bastante relevantes e foco da análise contemporânea. Em especial, a teoria do crime busca analisar a atividade criminal como uma atividade econômica. No Brasil, os agravantes de problemas sociais e o aumento da criminalidade vêm gerando curiosidade em pesquisadores das mais distintas áreas do conhecimento. Entende-se que tais problemáticas não podem ser tratadas de forma individual e sem relação com outras dimensões da vida em sociedade.

A teoria do crime, talvez a mais difundida na atualidade, foi proposta pelo Nobel de Economia em 1992, Gary Stanley Becker. Becker (1968) desenvolveu

tese sobre o comportamento do indivíduo e sua disposição a cometer crimes, relacionando o fenômeno às escolhas individuais sob condição de incerteza. A proposta de Becker (1968) é que existe um modelo de otimização de combate à criminalidade. Para o autor, todo indivíduo é um criminoso em potencial, o que muda é a utilidade e a predisposição individual. Clemente e Welters resumem o modelo teórico proposto por Becker:

> "O modelo teórico original se concentra nas relações comportamentais que explicariam os elevados gastos públicos e privados com a criminalidade. Essas relações são subdivididas em cinco categorias:
>
> 1. Entre números de crimes e custo social dos crimes;
>
> 2. Entre o número de crimes e a punição imposta;
>
> 3. Entre o número de crimes, prisões e condenações e o gasto público com polícia e judiciário;
>
> 4. Entre o número de condenações e o custo das penitenciárias e os outros tipos de punição;
>
> 5. Entre o número de crimes e o gasto privado com proteção e apreensão." (CLEMENTE; WELTERS, 2007, p. 143).

A estrutura de análise microeconômica proposta por Becker (1993) resume-se em investigar a dinâmica da função oferta agregada dos crimes, os custos sociais da atividade criminosa, os custos de prender e condenar, as punições previstas e as condições de otimização dos objetivos dos indivíduos. Para Becker (1993), é suposto que os criminosos em potenciais atribuam valor monetário ao crime e, desta forma, comparem esse valor ao custo monetário de execução do mesmo. O custo de oportunidade também é incorporado, envolvendo questões como estar fora do mercado de trabalho legal, o custo de ser preso ou condenado e, também, o custo moral dos indivíduos e a possível tendência de reincidência.

Argumenta-se que há tendência de reincidência por parte dos indivíduos envolvidos com a criminalidade. A experiência na atividade de crime leva à redução nos custos (o dito "*learning by doing*"), diminuição dos custos morais e perda de capital humano, já que o ingresso no mercado de trabalho formal de um ex-criminoso é virtualmente mais difícil (FAJNZYLBER; ARAÚJO JR, 2001).

Para Fajnzylber e Araújo Jr.[2] existem duas implicações da reincidência ao crime: a condenação deveria afetar a incidência de tais atividades criminosas, não

2. A abordagem construída por Fajnzylber e Araújo Jr. (2001) apresenta algumas ambiguidades. Os autores argumentam que, *a priori*, em lugares com maiores níveis de renda *per*

só para o indivíduo preso, mas também pelo chamado efeito "incapacitação". Ou seja, ocorreriam menos crimes na rua porque os criminosos foram presos e retirados de circulação para cometer outros crimes. Porém, tais criminosos serão substituídos por outros indivíduos que serão atraídos pela atividade, dado o seu maior retorno líquido esperado.

Outra implicação da reincidência ao crime, mencionada por Fajnzylber e Araújo Jr. (2001), é a possível existência de taxas de inércia do crime. Em um dado momento do tempo, a criminalidade aumenta mesmo que outros fatores estejam constantes e, como consequência disso, haverá choques temporários que aumentam a criminalidade e com persistência aos efeitos de curto e longo prazo. Quando um indivíduo entra na atividade criminal, a probabilidade de ele continuar no ramo ou de cometer algum ato delinquente em momentos posteriores é maior do que se estivesse fora da criminalidade.

A ocorrência de um crime por parte do indivíduo não o torna necessariamente violento. Dentro do sistema prisional, por exemplo, a maior incidência de condenação para homens e mulheres é o tráfico de drogas (DEPEN, 2017). Apesar disso, o crime violento também acarreta em danos à sociedade. Quando a violência está relacionada à agressão – seja ela física ou moral – há duplicidade de custo, tanto no indivíduo que cometeu o ato de agressão quanto a vítima que sofreu. No caso do agredido, custos com serviços de saúde e dificuldade no desenvolvimento da capacidade produtiva (SANTOS; KASSOUF, 2007; CARVALHO *et al.*, 2007). No caso do agressor, os custos estão associados à punição deste comportamento, sendo relacionados aos gastos judiciais e/ou encarceramento (LEVITT, 1998).

Carvalho *et al*. (2007) salienta que a criminalidade está associada a fatores estruturais em termos de desorganização social. Logo, *status* econômico, desagregação familiar, urbanização e renda são fatores ligados diretamente ao crime. Desse modo, a teoria da anomia tenta explicar e justificar a motivação que os criminosos possuem para atingirem o modelo ideal de vida. Sob esta perspectiva, o crime é compreendido como conjuntural, já que o ambiente micro e macroestrutural (dado por variáveis como educação, renda, desemprego, pobreza, cultura, acesso e políticas públicas de combate à violência) são condicionantes da disposição dos indivíduos em se inserir na criminalidade.

---

capita, escolaridade e com taxas de desemprego menores, os crimes seriam poucos ou reduzidos a zero, uma vez que o modelo teórico considera que há uma relação negativa entre criminalidade e rendimentos do mercado formal. Por conseguinte, infere-se que, quando se trata sobre crimes contra a propriedade, o grande número de vítimas potenciais é mais atrativo para um maior retorno da atividade criminal.

Hagan e Peterson (1995) mostram que, além dos fatores econômicos, existem questões sociológicas que podem ser incorporadas à variável "custo moral". A privação relativa ou a sensação de frustração de um indivíduo perante a sociedade e a prosperidade de outros ao seu redor gera confronto, o que pode explicar os efeitos da desigualdade sobre o crime. Neste caso, o crime é diretamente associado às questões de pobreza.

Além disso, a pobreza pode debilitar os mecanismos informais do comportamento individual e, dado a desorganização social, há resultantes em termos de aumento de crime.

2.1. Interfaces entre a criminalidade e os gastos públicos: algumas evidências empíricas

Usualmente, as pesquisas que analisam as relações de crime, não utilizam os gastos em segurança pública explicitamente nos modelos para determinação da criminalidade, mas o número de policiais como medida de repressão ao crime. Fajnzylber *et al.* (2002), Kelly (2000), Levitt (1997), Cornwell e Trumbull (1994) são alguns autores da literatura internacional que utilizam os dados policiais para analisar os efeitos sobre a criminalidade.

Embora a correlação entre aumento do número de policiais e gastos com segurança seja alta, para Loureiro (2006), tais análises tratam de variáveis diferentes e devem ser tratadas de forma separada. Uma pesquisa que avaliar o gasto de segurança pública e a relação com a criminalidade foi realizada por Gould *et. al* (2002), que analisaram a relação do mercado de trabalho americano com a criminalidade entre 1979 e 1997, encontrando uma relação positiva entre crime e gasto com segurança, tanto para crimes contra a propriedade quando para crimes contra a pessoa.

No Brasil, os principais trabalhos empíricos que buscam a relação entre gastos públicos e criminalidade são de Mendonça *et al.* (2003), Cerqueira e Lobão (2003), Loureiro (2006). Cabe mencionar que Mendonça *et al.* (2003) foram pioneiros em avaliar o impacto dos gastos públicos sobre a criminalidade para o caso brasileiro.

Para Souza (2004), o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), instituído no ano 2000, foi a primeira tentativa brasileira de criar algum tipo de vinculação de receitas no combate à criminalidade, dado que, no país, não existe qualquer tipo de vinculação da despesa em segurança pública, ou seja, não existe uma quantidade de recursos que seja assegurada para o combate à violência e criminalidade. O fundo foi criado com o intuito de dar efetividade às

políticas governamentais de combate à violência, incluindo atuações de prevenção e repreensão.

O fundo tinha como meta promover o aperfeiçoamento do sistema de segurança pública brasileiro, com propostas de segurança pública e de políticas sociais. Porém, muitas ações previstas nos FNSP não foram executadas, sendo apenas mais uma fonte de recurso para os estados, sem efeitos significativos nos gastos em segurança pública e sem avaliação de efetividade das políticas focalizadas a esse fim.

Tendo em vista o tímido desempenho conquistado pelo FNSP, julga-se importante avaliar as condições de manutenção do sistema carcerário brasileiro, bem como os principais condicionantes para a crise contemporânea.

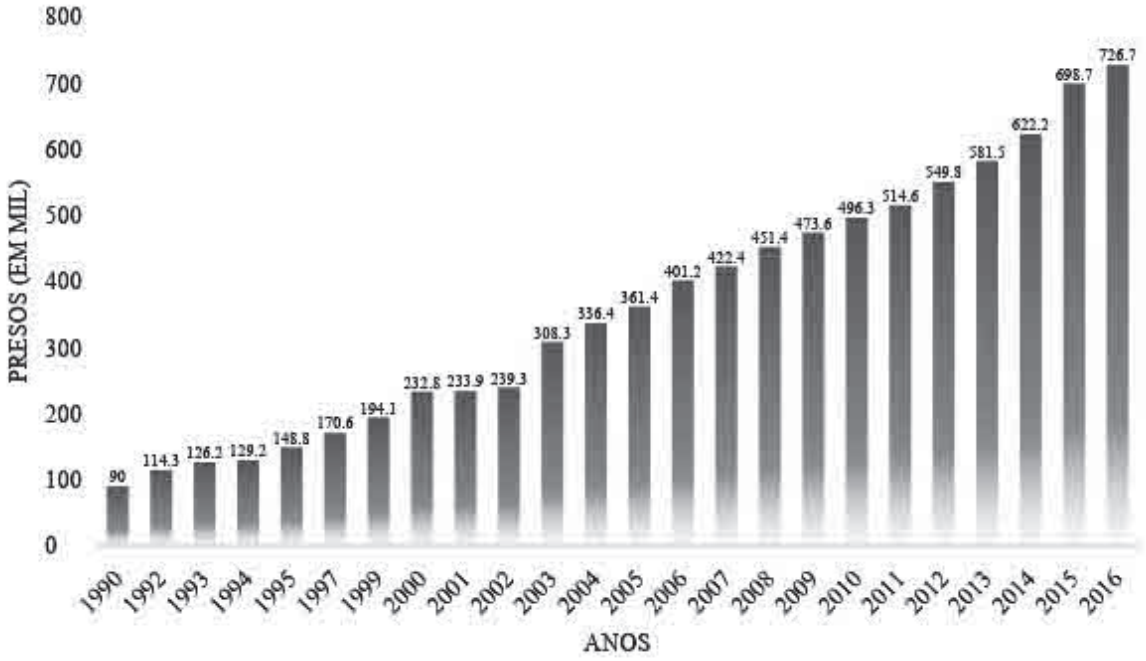
2.2. Especificidades do sistema carcerário brasileiro

Segundo o último levantamento do sistema prisional feito em 2016, o Brasil conta com população carcerária de 726.712 pessoas, sendo que 368.049 são as vagas disponíveis em presídios brasileiros. Portanto, há no Brasil uma taxa de ocupação de aproximadamente 197,4% (DEPEN, 2017). As referidas informações denunciam que deveria existir pelo menos o dobro de presídios no país, de forma a comportar o quantitativo total de encarcerados.

Em particular, participaram da pesquisa do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, 1.422 unidades prisionais, que comunicaram que, entre os anos de 2014 e 2015, a evolução da taxa de ocupação foi de 167% e 188,2%, respectivamente (DEPEN, 2017). Ao passo que houve crescimento do número de encarcerados, observa-se também que o número de vagas foi reduzido, tendo em vista o desativamento de algumas vagas. Em 2014, existiam 371.884 vagas no Brasil, ao passo que em 2015 havia 371.201 vagas (diferença de 683 vagas entre um ano e outro).

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – foi criado em 2004 com a intenção de reunir as informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, através de um formulário de coleta preenchido diretamente pelos gestores prisionais. Tem sido considerada, por especialistas da área, como uma importante fonte de dados estatísticos, de forma a subsidiar a realização de trabalhos acadêmicos, pesquisas governamentais e, também, a reflexão crítica acerca da falta de atenção despendida atualmente ao sistema penitenciário e seus inúmeros problemas. A relevância do tema pode ser ilustrada pela figura 1, que apresenta a evolução do número de pessoas privadas de liberdade no Brasil entre os anos de 1990 a 2016.

Figura 1 – Evolução das pessoas privadas de liberdade (em mil) no Brasil (1990-2016)

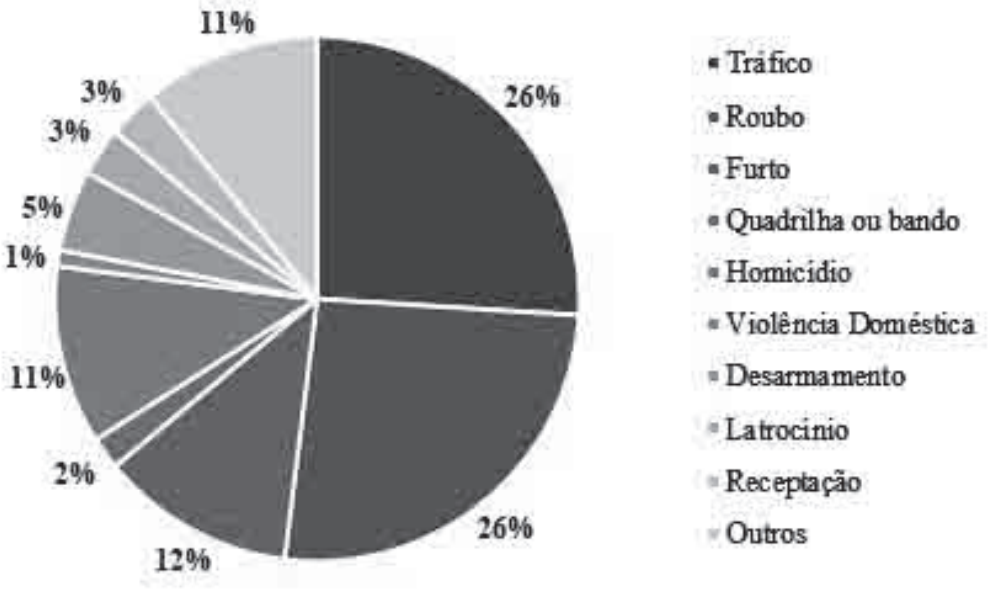


Fonte: adaptado de DEPEN (2017).

Em 2016, todos os estados da federação apresentaram déficit de vagas em relação ao quantitativo carcerário, demonstrando superlotação em todas as unidades carcerárias analisadas. O estado com menor taxa de ocupação é o Espírito Santo, com 144,7%. Embora seja a menor taxa de ocupação apresentada, ainda assim apresenta um elevado índice, dado que possui cerca da metade de presos a mais que o número de vagas existentes nos presídios (DEPEN, 2017).

O levantamento do DEPEN, através do INFOPEN de junho de 2016, apresenta também a distribuição dos tipos de crimes cometidos (tentados/consumados) entre os registros das pessoas presas. Essa análise descritiva tem o objetivo de salientar a frequência da incidência dos tipos de crimes, considerando perfil do indivíduo encarcerado (vide figura 2).

Figura 2 – Incidências penais praticadas pela população encarcerada masculina (2016)



Fonte: adaptado de DEPEN (2017).

O tráfico é o crime com maior incidência no Brasil, tanto para homens quanto para mulheres, seguido de roubo e furto. Pelo mapeamento do DEPEN (2017), os crimes que são enquadrados no grupo "Drogas", com base nas Leis 6.368/1976 e 11.343/2006, apresentam um total de 176.691 incidências. Destas, 155.669 incidências entre os homens e 21.022 incidências entre as mulheres (DEPEN, 2017). Este grupo possui três subitens de tipificação criminal: a) tráfico de drogas, b) associação para o tráfico; e c) tráfico internacional de drogas, todos baseados na legislação específica já apresentada.

Notadamente, é possível perceber a grande incidência da referida tipificação criminal, em ambos os sexos, na questão do tráfico, sendo 26% das incidências entre os homens e 62% das incidências entre as mulheres. Além da incidência de crimes relacionados ao tráfico de drogas, o público carcerário masculino também apresenta recorrente relacionamento com o crime de roubo (26% das incidências).

A segunda maior incidência, tanto para homens quanto para mulheres, é a condenação por roubo. De acordo com o DEPEN (2017) e para a legislação brasileira vigente, existem duas subcontas do crime de roubo; a) roubo simples (art. 157 do Código Penal), tendo 52.236 incidências criminais, sendo 50.729

masculinas e 1.507 femininas, e b) roubo qualificado (art. 157 do Código Penal,§ 2º), com um total de 102.068, divididas em 99.961 incidências entre homens e 2.107 incidências entre mulheres.

A terceira maior incidência criminal é o furto. Para a legislação brasileira, este tipo de pena também está dentro do grupo "Crimes contra o patrimônio", o que também há embasamento teórico por Becker (1968), relacionando os crimes contra o patrimônio como incentivadores para os criminosos, dado que sua maior parte ocorre para obtenção de bens por parte dos transgressores.

O crime de latrocínio tem uma incidência de condenação de 3% para os homens e 1% para as mulheres. O artigo 157 do Código Penal, § 3º engloba este tipo de ação de crime contra o patrimônio, portanto, ele também é um ato de violência contra a pessoa. Mesmo que a legislação vigente o englobe dentro de apenas uma tipificação criminal, na prática, ele acaba envolvendo o crime contra o patrimônio e o crime contra a pessoa.

Os capítulos 1 e 2 deste ensaio mostra o que a literatura tradicional e as pesquisas empíricas trazem de especificidades sobre a temática e também um parecer geral da situação prisional no Brasil, além da evidência das relações de gasto público e criminalidade. O problema de pesquisa pode ser evidenciado até aqui: entender as relações de gasto do sistema carcerário e quais são os possíveis motivos para os problemas descritos. O próximo capítulo irá apresentar uma metodologia e a manipulação dos dados para que se possa apresentar uma possível explicação para a atual situação do sistema carcerário no Brasil.

3. Metodologia

A análise envolve a estimação de modelos econométricos, com dados do tipo *cross-section*, utilizando a metodologia de *Mínimos Quadrados* em dois estágios (MQ2E). O método de MQ2E é empregado no presente estudo, tendo em vista a natureza de simultaneidade das relações estabelecidas entre os gastos públicos e o crime. De forma genérica, descreve-se o comportamento de uma variável endógena como (WOOLDRIDGE, 2011):

$$Yi = \beta 0 + \beta 1X1i + \beta 2X2i + \beta 3M1i + \varepsilon i \quad (1)$$

Sendo:

Yi a variável dependente; $\beta 0$ o intercepto; *X1i* e *X2i* as variáveis independentes do modelo; *M1i* a variável endógena do modelo; εi o termo de erro. Para Wooldridge (2011), qualquer variável explicativa do modelo de regressão linear múltiplo for correlacionada com o termo de erro estocástico, então ela é dita

como variável explicativa endógena. Ainda, a endogeneidade pode estar relacionada a alguns fenômenos, a citar: a forma funcional da equação especificada incorretamente, omissão de algum regressor relevante correlacionado com alguma outra variável independente, erro de medida em alguma das variáveis independentes, ou até mesmo simultaneidade entre Y e X.

Ademais, conforme destaca Wooldridge (2011), os dados de corte transversal consistem em uma amostra de indivíduos, empresas, cidades, países ou uma multiplicidade de outras unidades, tomada para um determinado ponto no tempo. O emprego da metodologia é importante para testar e avaliar políticas governamentais.

A base de dados manipulada foi disponibilizada pelo Departamento Penitenciário (DEPEN), através do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, assim como as informações coletadas do Grupo de Estudos Carcerários da Universidade de São Paulo GECAP-USP (2017) de Ribeirão Preto e as informações das Secretarias de Segurança Pública dos estados brasileiros.

Em específico, são avaliadas as realidades carcerárias de oito estados brasileiros, compondo 528 unidades prisionais, a saber: Amazonas, Bahia, Goiás, Pernambuco, Paraná, Rondônia, Rio Grande do Sul e São Paulo. O recorte amostral deu-se com base na disponibilidade de dados sobre o valor médio de gasto anual, por presídio, do sistema carcerário.

As variáveis selecionadas para análise neste estudo estão divididas entre dependente, variáveis exógenas, endógenas e instrumentais. A variável dependente do modelo estrutural é de gasto com carcerário. Ademais, mencionam-se as variáveis exógenas que foram inseridas no modelo estrutural para as análises de correlação das mesmas com a variável gasto com carcerário (variável dependente). Todas as variáveis exógenas são valores absolutos, ou seja, o quantitativo masculino de presos de cada presídio masculino e misto que, para facilidade e utilidade das análises, foram transformados em logaritmo. Portanto, as variáveis explicativas são:

SERV – Quantidade total de servidores que compõe o sistema carcerário brasileiro, até a data do levantamento, isto é, todos os trabalhadores que agregam gasto ao sistema carcerário. Intuitivamente, o aumento de servidores colabora com o aumento do gasto carcerário, pois a contratação de mão de obra gera dispêndio para o sistema. Já está consolidado na teoria econômica a relação positiva entre gasto e contratação de servidores, porém, para o sistema carcerário brasileiro, não existem estudos empíricos que comprovem esta realidade.

FLE – Fluxo de entrada de detentos nos presídios até a data do levantamento, com ou sem condenação. A premissa é de que o fluxo de entrada pode impactar

positivamente o aumento da taxa de aprisionamento (independente se o detento já está condenado ou ainda vai para julgamento), refletindo uma relação direta com os gastos carcerários.

TRA – Total de detentos que trabalharam, com ou sem recebimento de rendimentos, até a data do levantamento dos presídios. Pode haver uma relação inversa com o gasto carcerário, pois trata-se dos presos que "pagam" suas penas em forma de produtividade para a unidade prisional. Isso pode refletir em um menor gasto a cada incremento de detento que trabalha.

EST – Detentos que estudaram até a data do levantamento (presencial, à distância, alfabetização e capacitação), para o público masculino dos presídios masculinos e mistos.

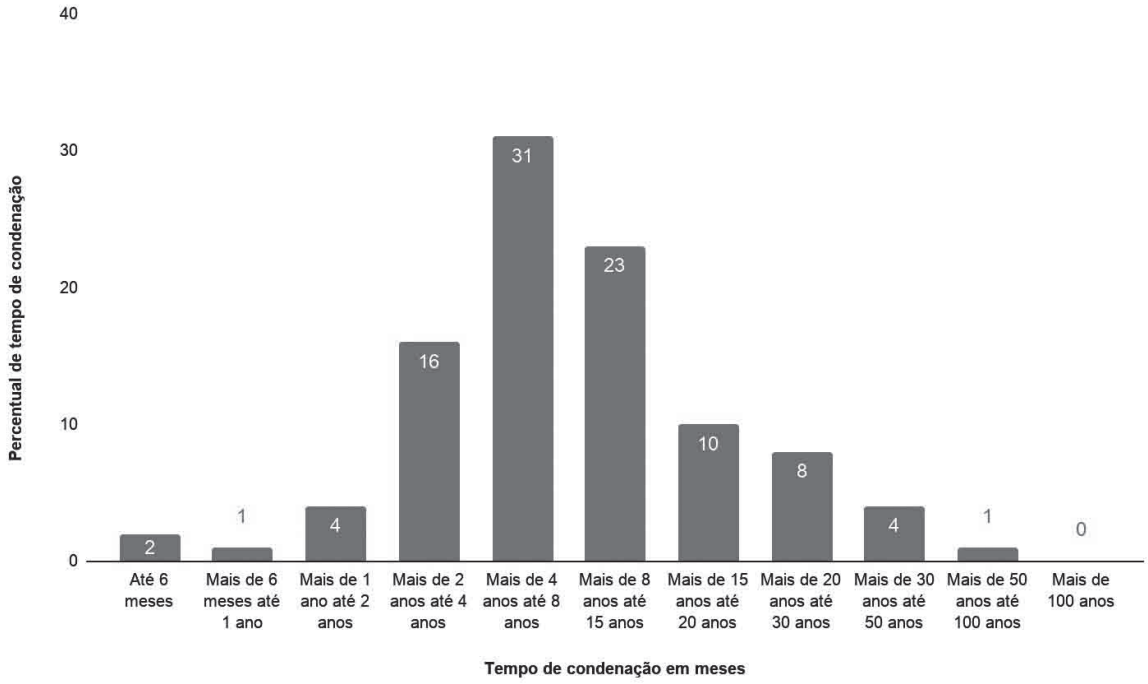
A premissa básica da escolha do método é de que uma das variáveis do modelo estrutural construído é endógena. Conforme já explicado na metodologia, é uma variável que é dita como explicativa no modelo de regressão linear múltiplo, porém pode haver correlação com o termo de erro estocástico. A construção da variável de tempo médio de condenação por presídio, mensurada em meses, foi executada da seguinte forma:

TEM – Extraída a média do tempo de prisão dos presídios, medido em meses, até a data do levantamento, para o público masculino. Usualmente, as relações entre gasto e criminalidade são medidas em número de policiais e, em outros casos, o próprio dispêndio público e a correlação com a criminalidade. Este ensaio busca inovar neste sentido, promovendo uma proposta de *proxy* de crime sendo determinado pelo tempo médio de condenação, medido em meses, dos presídios do universo da análise.

Na base de dados do DEPEN (2017), o tempo médio de condenação é dividido em faixas de tempo. Por exemplo, no presídio N1, a quantidade total de detentos que estão na pena de 0 a 6 meses (inclusive) é a primeira faixa. A segunda faixa é o quantitativo total de presos do mesmo presídio condenados de 6 meses a 12 meses. Existem onze faixas de tempo na base de dados. Foi excluída a faixa de condenação acima de 100 anos, pois não existia na base esses tipos de condenação, sendo considerado apenas nove faixas de tempo, de 0 a 6 meses até 50 a 100 anos de condenação. A partir destas informações, todas as faixas de tempo foram transformadas em meses (0 a 6 meses, 6 a 12 meses, 12 a 24 meses, e assim, sucessivamente) e foi extraída a mediana de cada uma delas. A mediana (medida em meses) de cada faixa de tempo foi multiplicada pelo total de tempo de condenação de cada presídio e dividido pelo total de presos do presídio correspondente.

Após o somatório de cada média ponderada multiplicada pela mediana do tempo de todas as faixas para o mesmo presídio, foi encontrada a variável de tempo médio de condenação do presídio. A distribuição das condenações pode ser vista na figura 4 para todas as faixas de condenações até a data do levantamento pelo Departamento Penitenciário.

Figura 4 – Tempo total das Penas da População Prisional Condenada



Fonte: DEPEN (2017).

Para esta análise, são incorporados três instrumentos explicativos para a variável tempo, definidos pelo DEPEN (2017): drogas, roubo e latrocínio, conforme descritos a seguir:

DRO – Somatório dos três subitens do grupo drogas: a) total de condenação (inclusive) por tráfico de drogas; b) total de condenação (inclusive) por associação ao tráfico de drogas; e c) total de condenação (inclusive) por tráfico internacional de drogas, até a data do levantamento, para o público masculino, medido por presídio. Convergindo com a teoria de Becker (1968), tal tipificação criminal trata de um crime econômico, ou seja, há uma explicação para o *trade-off* entre criminalidade e mercado de trabalho formal, com o objetivo de obter renda.

ROU – Somatório dos dois subitens de "crimes contra o patrimônio" na classificação de roubo simples e qualificado até a data do levantamento, informações

para o público masculino. Também uma escolha de utilidade consolidado na teoria por obtenção de renda por Becker (1968) e outros autores já abordados no referencial teórico.

LAT – O somatório dos crimes de latrocínio, por presídio, do quantitativo masculino de instalações mistas e masculinas.

Para a argumentação de que essas três variáveis são instrumentos exógenos, os três instrumentos escolhidos são baseados em Leis específicas, tais Leis concebidas de forma exógena.

O Código Penal, artigo 157, caput e §3º, II, respectivamente abrangem os crimes de roubo e latrocínio, entrando no grupo de crime contra o patrimônio, ou na tratativa dos estudos empíricos, os crimes econômicos. Para o crime de drogas, existem leis específicas: a Lei 6.368/1976 e a Lei 11.343/2006, abrangendo os crimes de tráfico (artigos 12 e 33, respectivamente), associação ao tráfico (artigos 14 e 35 de cada Lei, respectivamente) e tráfico internacional de drogas (artigos 18 e 40, respectivamente).

Portanto, a premissa da escolha das variáveis instrumentais, pautadas em implementações exógenas (pelas Leis) podem garantir que sejam instrumentos aceitáveis para a explicação da variável de tempo, dada como endógena no modelo estrutural.

O quadro 1 apresenta um resumo das variáveis que foram utilizadas nos modelos econométricos, juntamente com as fontes de dados para a análise do ano de 2016 das relações do sistema carcerário com seus gastos.

Quadro 1 – Definição e fonte das variáveis[3]

VARIÁVEL	DESCRIÇÃO	FONTE
GAS	Estimativa de gasto carcerário (todos os agentes ligados ao sistema penitenciário), por presídio.	Secretarias de Segurança Pública dos Estados, 2017
SERV	Número de servidores que trabalham no sistema carcerário	DEPEN, 2017

3. Devido à falta de disponibilidade de dados sobre o sistema carcerário brasileiro, vale o alerta das limitações desta pesquisa acerca dos desafios a serem superados pelos cientistas interessados em explorar as temáticas da economia do crime no país. Espera-se que se desenvolva maior transparência na disposição de dados em relação ao sistema carcerário brasileiro, a fim de promover melhores condições para os detentos e para que as informações geradas possam servir de subsídio à implementação de políticas sociais efetivas.

VARIÁVEL	DESCRIÇÃO	FONTE
FLE	Fluxo de entrada de detentos, com ou sem condenação	DEPEN, 2017
TRA	Detentos que trabalham nas unidades penitenciárias	DEPEN, 2017
EST	Detentos que estudam nas unidades penitenciárias	DEPEN, 2017
TEM	Tempo médio de condenação, medido em meses, por presídio	DEPEN, 2017
DRO	Quantidade de condenações pelo crime do grupo "Drogas" com legislação específica	DEPEN, 2017
ROU	Quantidade de condenações pelo crime de roubo, artigo 157 do Código Penal	DEPEN, 2017
LAT	Quantidade de condenações pelo crime de latrocínio, artigo 157 do Código Penal, § 3º	DEPEN, 2017

Os modelos econométricos estimados com as variáveis selecionadas para análise são:

$$TEM_i = \alpha + ROU + LAT_i + DRO_i + \upsilon_i \quad (2)$$

$$GAS_i = \alpha + SERV_i + FLE_i + TRA_i + EST_i + TEM_i + \varepsilon_i \quad (3)$$

Realizaram-se alguns testes para avaliar se as três variáveis instrumentais escolhidas são capazes de explicar o comportamento da variável de tempo que está sendo utilizada como *proxy* de crime. O modelo apenas terá sua escolha justificada a partir da comprovação de que as variáveis instrumentais conseguem explicar o tempo médio de condenação. Segundo Wooldridge (2011), a partir do teste de endogeneidade, é possível justificar a utilização do modelo de mínimos quadrados em dois estágios. Até aqui, foi apresentado a literatura sobre a economia do crime, bem como algumas evidências empíricas. Também foi relatado uma breve situação do sistema carcerário brasileiro e a metodologia e bases de dados para as análises. A próxima seção irá trazer os resultados econométricos e as discussões necessárias que apresentarão um possível motivo da situação carcerária atual.

4. Análise e discussão dos resultados

Especificamente sobre sistema carcerário brasileiro, as pesquisas científicas abordadas tange as áreas do Direito, Sociologia e Antropologia. As relações

sociais e pessoas que pesam no contexto por trás de cometer um crime, as características biológicas, sociais e culturais trazem uma bagagem na construção do indivíduo na sociedade. É notável que existe uma carência dessa área, especificamente, com a economia. A falta de estudos empíricos com as relações econômicas do sistema carcerário brasileiro pode trazer um déficit nas análises e contribuições científicas, o que pode comprometer a falta de políticas públicas sobre o tema em questão. Este capítulo possui uma característica específica: A princípio, será mostrado os resultados econométricos, os testes, e o que isso significa; depois, segue uma análise inicial sobre o possível problema encontrado atualmente no sistema prisional no Brasil. Para iniciar as análises dos resultados, são apresentadas as estatísticas descritivas (vide tabela 1).

Tabela 1 – Estatísticas Descritivas

Variável	Número de Observações	Média	Desvio-Padrão
GAS	528	118595.4	257895.6
TEM	528	58.91288	106.6348
EST	528	137.6705	253.0629
TRAB	528	23.53409	103.8799
FLE	528	223.3485	520.633
DROG	528	197.8693	355.7084
LAT	528	19.23674	60.14636
ROU	528	177.6136	354.417

Fonte: elaboração do autor a partir dos dados disponibilizados pelo DEPEN, 2017.

De acordo com o relatório do INFOPEN, os crimes de drogas e roubo são as maiores incidências do sistema prisional brasileiro, ao apresentarem taxa de incidência para crimes tentados/consumados de detentos por drogas e roubo de 26% cada um e de 3% para o crime de latrocínio. No Brasil, existe um debate sobre as relações entre drogas e criminalidade (ARAÚJO, 2012; CARVALHO, 2013), pois isso corrobora com todo o desdobramento das relações de crimes econômicos, trazendo sua importância não somente para o cenário atual de criminalidade e violência, como também para o sistema carcerário brasileiro. O processo de tráfico de drogas no Brasil implica na redução do bem-estar social com o aumento da criminalidade e violência e, esse resultado também impacta o sistema carcerário, via facções e controles dentro dos presídios com este mercado ilícito.

A tabela 2 fornece os dados de população prisional, quantidade de vagas no sistema prisional, total de presos sem condenação e também o percentual destes. Avaliam-se os dados por unidade federativa do Brasil para o ano de 2016.

Tabela 2 – Dados do Sistema Prisional por Unidades da Federação

UF	População Prisional	Total de Vagas	Taxa de Ocupação	Total de presos sem Condenação	Taxa de presos sem Condenação
AM	11.390	2.354	483,9%	7.337	64,4%
BA	15.294	6.831	223,9%	8.901	58,2%
GO	16.917	7.150	236,6%	6.828	40,4%
PE	34.556	11.495	300,6%	17.560	50,8%
PR	51.700	18.365	281,5%	14.699	28,4%
RO	10.832	4.969	218,0%	1.879	17,3%
RS	33.868	21.642	156,5%	12.777	37,7%
SP	240.061	131.159	183,0%	75.862	31,6%

Fonte: elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelo DEPEN (2017).

A amostra de 528 unidades prisionais aqui utilizadas possui um total de 414.618 presos até julho de 2016. Esse dado corresponde ao percentual de 57,05% do sistema prisional brasileiro, contabilizando o total de pessoas presas. Embora a amostra corresponda a apenas oito unidades da federação, de um total de 27, em sua maioria, os estados abordados possuem as maiores taxas de presos, sendo mais da metade de todo o sistema carcerário em número de detentos.

A tabela 3 apresenta o resultado do teste de Sargan, em que a hipótese nula é de que os instrumentos escolhidos para a análise (as variáveis de crimes: drogas, roubo e latrocínio) são aceitáveis para explicar a variável endógena lTEM. De acordo com o teste de Sargan, a premissa era de não rejeitar a hipótese nula, que está pautada em validade dos instrumentos. Portanto, com P-valor acima de 10% de significância, especificamente sendo 0.2241, a hipótese de que os instrumentos escolhidos para teste da endogeneidade da variável de tempo médio de condenação por presídio são aceitáveis (WOOLDRIDGE, 2011).

Tabela 3 – Teste de Sargan

TESTE DE SARGAN	2.991
P-VALOR	0.2241
VARIÁVEL INSTRUMENTALIZADA	lTEM
VARIÁVEIS INSTRUMENTAIS	lDROG lROU lLAT
VARIÁVEIS EXÓGENAS	lSERV lFLE lTRAB lEST

Fonte: elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelo DEPEN (2017).

A partir da validade dos instrumentos, apresenta-se o resultado do teste de endogeneidade da variável lTEM. Com resultado significativo de até 10% para os resíduos (HAUSMAN, 1978), ocorre a validação da hipótese de que a variável de tempo médio de condenação (lTEM), de fato, seja endógena no modelo de regressão apresentado.

Tabela 4 – Regressores por Mínimos Quadrados em Dois Estágios

Número de Observações: 528

R2 ajustado: 0.9767

lGAS	COEFICIENTE	ERRO PADRÃO	Z	P-VALOR
lTEM	0.2656***	0.0624	4.26	0.000
lSERV	0.7744***	0.0742	10.44	0.000
lFLE	0.2608***	0.0337	7.73	0.000
lTRAB	-0.0417	0.0462	-0.90	0.367
lEST	0.1147**	0.0374	3.06	0.002
CONSTANTE	6.6878***	0.2221	30.10	0.000
TESTE F	F (5, 522) = 87.05			
HAUSMAN	0.034**			
Teste de identificação	150.332			

Fonte: elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelo DEPEN (2017).
*** e ** são, respectivamente, significância a 1% e 5%.

As principais respostas obtidas por Loureiro (2006) são que existe uma relação direta dos gastos com segurança e assistência social na situação de correlação

destes com as estimativas de crime. Não obstante, ainda avança nas análises de que o gasto em assistência social promove um efeito robusto no crime, o que denota que tal tipo de gasto é importante fator para a redução da criminalidade. O teste de Hausman mostra que a variável lTEM que foi instrumentalizada pelas variáveis lDROG, lROU e lLAT é, a 5% de significância (0.034), endógena.

Tendo o início das análises pela variável lSERV, a qual mostra o número de servidores que compõe o sistema carcerário, além de dados empíricos que mostram as relações positivas entre gasto com segurança pública e número de servidores, é também intuitivo pensar nas relações positivas entre ambas as variáveis. Conforme já abordado na literatura, o aumento do número de policiais, por exemplo, é um caso típico de aumento de servidores, o que causa um aumento dos gastos, pelos principais trabalhos de Mendonça *et al.* (2003), Cerqueira e Lobão (2003), Loureiro (2006), Gould *et al.* (2002) e Levitt (1997).

A estimação feita por MQ2E apresenta um valor aproximado, sendo a cada 1% do aumento do número de servidores do sistema carcerário, o impacto no gasto é cerca de 0,77%. Para ambas as metodologias, o resultado apresentado mostra-se significativo a 1%. A partir deste importante resultado de correlação entre gasto carcerário e número de servidores, é possível pensar em um desenho de estratégia de contratação efetiva de contingente, para que seja criada uma base sólida de servidores que possam atender às demandas do sistema como um todo.

Embora a variável que representa o número de detentos que trabalham dentro das penitenciárias (lTRAB) não tenha sido estatisticamente significativa para ambas as análises, esta possui relação negativa com o gasto carcerário. Isso implica dizer que, na medida em que os detentos trabalham nos presídios, isso pode reduzir o gasto carcerário. De fato, a teoria de Becker (1968) e os estudos empíricos das relações de criminalidade e mercado de trabalho provam que existe uma relação inversa entre trabalho e crime, pois a reinserção do detento no mercado de trabalho pode reduzir o risco de reincidência no presídio, dada a nova realidade de inserção social e de renda.

Para a análise da variável de detentos que estudam nos presídios (lEST), é notável que a maior parte dos presos do sistema carcerários não possui o ensino fundamental completo. Esta realidade pode ter influenciado os indivíduos à entrada no mercado criminal, conforme destacam pesquisas sobre as relações de escolaridade e desigualdade social. Existe uma convergência teórica e empírica de que a educação diminui a tendência ao crime (MENDONÇA *et al.*, 2003; BECKER; KASSOUF, 2017) e pode reduzir a reincidência (SANTOS; KASSOUF, 2017), e também que a qualificação educacional gera indivíduos que terão maiores chances no mercado de trabalho formal com salários melhores (IOSCHPE, 2004).

Entretanto, para que seja possível o detento continuar seus estudos dentro do sistema carcerário, é necessária estrutura para tal, professores, laboratórios, entre outros itens, fazendo com o que seu gasto eleve. O valor encontrado dada esta metodologia foi que, um aumento de 1% de detentos que estudam no sistema carcerário, há um aumento, em média, de 0.11% dos gastos.

Para os valores por MQ2E, o aumento de 1% do tempo médio de condenação dos presídios (lTEM), há um aumento médio de 0.26% do gasto carcerário. De acordo com os estudos de Fajnzylber *et al.* (2002), Kelly (2000), Levitt (1997), Cornwell e Trumbull (1994), Mendonça (2003), Cerqueira e Lobão (2003), Loureiro (2006), existe uma relação positiva entre o gasto público com segurança e a criminalidade que, na presente análise, foi instrumentalizada para uma variável de tempo médio de condenação dos presídios.

Retomando a abordagem de uma das principais relações desta pesquisa, a análise da contraposição da variável de gasto carcerário e tempo médio de condenação dos presídios pode elucidar importantes análises sobre gastos e custos no Brasil. Um estudo publicado por Jaitman e Keefer (2017) trata da importância da estimação os custos da criminalidade e da violência. O intuito é, de fato, propor uma agenda de pesquisas com direcionamento na eficiência de políticas públicas de prevenção de crimes. Tal fenômeno de crime, devido sua complexidade de mensuração, gera custos intangíveis para a sociedade, pois impacta negativamente o bem-estar da sociedade e a qualidade de vida das pessoas na medida em que, tais custos indiretos ou intangíveis do crime e da violência, tendem a se concentrar em grupos populacionais mais vulneráveis.

Para Jaitman (2015), existem diferenças de custos do crime para países desenvolvidos e subdesenvolvidos, o que reflete diretamente na afirmação dos maiores custos tendendo a grupos mais vulneráveis. Contudo, pode-se entender por vulnerabilidade as relações salientadas no referencial teórico desta pesquisa, em questões econômicas e sociais, como desemprego, pobreza multidimensional, privações de liberdades, desigualdade social e de renda, entre outros fatores.

Neste contexto, é possível apresentar um direcionamento da questão de gastos carcerários no Brasil. O estudo de Jaitman e Keefer (2017) apontou que os gastos governamentais não são otimamente estabelecidos em nenhum país, não apresentando relações de efetividade e eficiência, apontando valores monetários de gastos públicos acima ou abaixo do necessário. Consequentemente, os custos de crimes sobre o bem-estar social podem ser altos, não por conta da criminalidade em si, mas pelo fato de a resposta do gasto governamental ao crime ter uma relação subótima, o que abre mais uma premissa a este estudo.

Em perspectiva comparada, conforme resultados da presente pesquisa, o gasto carcerário no Brasil pode estar abaixo da necessidade real apresentada pelo sistema prisional, mas também pode existir uma relação de condição subótima de alocação do gasto. Em correspondência, pode-se gerar uma resposta de maior criminalidade, ou seja, um custo maior do crime devido à condição de desregulamentação e controle por parte dos entes governamentais.

Somado a estes fatores, também pode existir a relação de um gasto público desenfreado, o que não necessariamente remete a efetividade no combate à criminalidade, mas certamente abre precedentes à redução do bem-estar social. Jaitman e Keefer (2017) propõem a ideia de que existe a piora do bem-estar social com o aumento da criminalidade, que, por sua vez, gera outro problema: o gasto público. A gestão sem efetividade de alocação de gasto público, além de agravar e onerar ainda mais as despesas governamentais, tendem a não combater a criminalidade que pode permanecer inercial, e que essa inércia pode causar a redução do bem-estar coletivo.

Por fim, o estudo ainda aponta a questão que pode ser levantada de maneira geral neste trabalho: o gasto público pode ser mais efetivo em alguns países do que em outros, mas é certo de que quando o país apresenta ineficiência de seus gastos com criminalidade e segurança, a criminalidade não sofre efeito e o gasto aumenta. De acordo com os resultados apresentados, essa pode ser uma das constatações do estudo, já que há relação de aumento dos gastos carcerários de acordo com a criminalidade, mas a ineficiência de tais gastos acontece de forma concomitante ao seu próprio aumento e à superlotação nos presídios.

A dificuldade na obtenção de informações sobre a temática da pesquisa no Brasil pode ser um indicativo de que há falta de gestão efetiva de controle do estado para com o sistema carcerário, o que remete diretamente aos elevados gastos, maior fluxo de entrada de presos e uma tendência de encarceramento em massa, dado que a superlotação já existe. Contudo, por ser uma pesquisa inicial acerca do sistema carcerário brasileiro sob a perspectiva quanti-qualitativa, há a necessidade de ampliar a pesquisa com novos dados, mais variáveis e riquezas nas análises, trazendo robustez acerca da realidade carcerária no Brasil.

Considerações finais

A criminalidade no Brasil tem aumentado nos últimos anos, o que afeta o bem-estar social, a qualidade de vida da sociedade e piora a sensação de insegurança. Dado este contexto, não só a implantação de políticas públicas se faz necessária, mas também o acompanhamento das relações de efetividade e controle de tais políticas sociais.

Questões relacionadas à educação, condição de moradia, privação de liberdades, desigualdade social e de renda, entre outros fatores, tendem a ser direcionadores quase determinísticos dos indivíduos para o este mercado. Resultado das múltiplas privações individuais: superlotação nos presídios, baixo nível de escolaridade, maior parte sendo homens jovens, maiores incidências de crimes sendo roubo e drogas. Frente ao ambiente de vulnerabilidades, a economia do crime aponta para a predisposição dos indivíduos em assumir o delito para a obtenção de renda.

Os resultados do estudo sugerem existir uma relação entre os gastos carcerários e as variáveis fluxo de entrada nos presídios, detentos que estudam, detentos que trabalham, quantidade de servidores e tipificação criminal. Discorre-se sobre duas implicações das conclusões econométricas: o custo do crime tende a aumentar o gasto público e a reduzir o bem-estar da sociedade.

O aumento de gasto com segurança pública implica em contratação de mais servidores para o sistema, o que aumenta o número policial nas ruas e pode ocorrer um aumento de prisões. Porém, o aumento do número de carcereiros, por exemplo, nunca acompanha o contingente ideal para trabalho dentro dos presídios dado que o número de prisões é maior que o proporcional ideal da relação de servidor/detento, o que pode proporcionar uma maior falta de controle dentro das prisões. Tal falta de controle pode estar relacionada diretamente à uma melhor comunicação dos traficantes que comandam facções dentro dos presídios, controlando o lado interno e também o lado de fora. Um aumento na criminalidade dentro e fora dos presídios causa uma redução do bem-estar social e isso é reflexo para que o governo atue em aumento do gasto com segurança pública novamente. A possibilidade de um fenômeno cíclico e inercial é vista para o caso analisado, que ainda apresenta um estudo inicial.

Cíclico pelo fato de a relação apresentada sempre partir da intervenção do governo em gasto com segurança pública e chegar nela novamente. Inercial pelo fato de que, em cada rodada cíclica, o peso da redução bem-estar social é cada vez maior na sociedade, o que também parte de um aumento cada vez maior dentro dos presídios e um controle cada vez menor por parte do Estado.

Por fim, as limitações da análise precisam ser evidenciadas. O desafio da obtenção de dados sobre crime no Brasil é um dos principais fatores que causam dificuldades para a avaliação da efetividade das políticas públicas em segurança. Esta análise está concebida em um total de 528 presídios para oito unidades da federação, que, em dados por indivíduos, apresenta um contingente de 57.05% detentos. Pela restrição de dados, não foi possível diagnosticar a realidade de

todas as unidades da federação, o que poderia trazer maior robustez e melhores refinamentos à análise, podendo contar também com a inserção de novas variáveis econômicas e sociais.

Referências

ARAÚJO JR., A. F; FAJNZYLBER, Crime e Economia: um estudo das microrregiões mineiras. *Revista Econômica do Nordeste*, Fortaleza, v. 31, n.5, p. 630-659, 2000.

ARAUJO, T. *Almanaque das Drogas*. 1ª Ed. Editora Leya Brasil. Rio de Janeiro, 2012.

BEATO FILHO, C. *et al*. Crime, oportunidade e vitimização. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v.19, n.55, p. 73-89, 2004.

BECKER, G. S. Crime e Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*. p.169-217, 1968.

BECKER, G. S. Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior. *Journal of Political Economy*. p. 385-409, 1993.

BECKER, K. L.; KASSOUF, A. L. Uma análise do efeito dos Gastos Públicos em educação sobre a criminalidade no Brasil. *Economia e Sociedade*, Campinas, v.26, n.1 (59), p. 215 – 242, 2017.

BOHN, L. *et al*. Os determinantes da eficiência dos gastos públicos com segurança nos municípios mineiros: uma análise a partir da metodologia DEA. *Economic Analysis of Law Review*, v6, n1, p. 34-54, 2015.

CARVALHO, S. *A política criminal de drogas no Brasil* – Estudo Criminológico e Dogmático. 6ª Ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2013.

CARVALHO, A. X., *et. al*. Custos das mortes por causas externas no Brasil. *Texto de discussão 1268*. Brasília, IPEA, 2007.

CERQUEIRA, D. R. C; LOBÃO, W. Condicionantes Sociais, Poder de Polícia e o Setor de Produção Criminal. *Texto para Discussão 957*, Rio de Janeiro: IPEA, 2003.

CLEMENTE, A. e WELTERS, A. Reflexões sobre o modelo original da economia do crime. *Revista de Economia*, v. 33, n. 2, p. 139-157. Editora UFPR, 2007.

CORNWELL, C., e TRUMBULL, W.N. Estimating the Economic Model of Crime with Panel Data. *The Review of Economics and Statistics*. v. 76, p. 360-366, 1994.

DEPEN. Departamento Penitenciário. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*, Infopen, 2017.

FAJNZYLBER, p. *et al*. What Causes Violent Crime? *European Economic Review*, v. 46, p. 1323-1357, 2002.

GECAP. Grupo de Estudos Carcerários, USP Ribeirão Preto. *Pesquisa do custo do recluso no país e da transparência das UFs*, 2016. Disponível em: [http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-48-55/artigos-publicados/522-pesquisa-do-custo-do-recluso-do-pais-e-da-transparencia-da-uf-s]. Acessado em: 22.02.2018.

GOULD, E. D.; *et. al*. Crime rates and local labor market opportunities in the United States: 1979-1997. *The Review of Economics and Statistics*, v. 84, p. 45-61, 2002.

HAGAN, J.; PETERSON, R. D. *Crime and Inequality*. Stanford University Press, 1995.

HAUSMAN, J.A. Specification Tests in Econometrics, *Econometrica*, p. 1251-1271, 1978.

IOSCHPE, G. *A ignorância custa um mundo*, São Paulo: Francis, 2004.

JAITMAN, L. The Welfare Costs of Crime and Violence in Latin America. *Inter-American Development Bank*. Washington DC, 2015.

JAITMAN, L.; KEEFER, p. Por que é Importante estimar os custos do crime? Uma Agenda de Pesquisa para apoiar as políticas de prevenção do crime na região. In: Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). *Os custos do crime e da violência: novas evidências e constatações na América Latina e Caribe*. Washington, D.C, 2017.

JUSTUS, M. J.; KASSOUF, A. L. Estudos econômicos das causas da criminalidade no Brasil: Evidências e Controvérsias. *Revista Economia*, Brasília, v.9, n.2, 2008.

KELLY, M. Inequality and Crime. *The Review of Economics and Statistics*, v. 82, p. 530-539, 2000.

LEVITT, Steven. D. Using Electoral Cycles in Police Hiring to Estimate the Effect of Police on Crime. *American Economic Review*, v. 87, p. 270-290, 1997.

LEVITT, Steven. D. Juvenile Crime and Punishment. *Journal of Political Economy*, v. 106, p. 1156-1185, 1998.

LOUREIRO, A. O. F. *Uma análise econométrica do impacto dos gastos públicos sobre a criminalidade no Brasil*. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal do Ceará, 2006.

MENDONÇA, *et. al.* Criminalidade e desigualdade social no Brasil. *Texto para discussão 967*, IPEA – Rio de Janeiro, 2003.

SANTOS, M. J.; KASSOUF, A. L. Uma investigação econômica da influência do mercado de drogas ilícitas sobre a criminalidade brasileira. *Revista Economia*, p. 187-210, 2007.

SHIKIDA, p. F. A. *et al*. *Determinantes do comportamento criminoso:* Um estudo econométrico nas penitenciárias central, estadual e feminina de Piraquara (Paraná). Pesquisa e Debate, São Paulo, v.17, n.1, p. 125-148, 2006.

SOUZA B. C. *Orçamento e Segurança Pública:* Um Estudo de Caso do Fundo Nacional de Segurança Pública. Monografia de Graduação – Universidade de Brasília, 2004.

WOOLDRIDGE, J. M. *Introdução à Econometria*. São Paulo. Cengage Learning. 5º edição, 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A análise econômica do direito penal entre possibilidades e limitações, de Luís Gustavo Stein e Miguel Tedesco Wedy – *RBCCrim* 148/97-130 (DTR\2018\19793);
- Análise estatística da reincidência penal brasileira e a função preventiva especial positiva da pena privativa de liberdade, de Bruna de Carvalho Santos Pineschi e Daniel Aquino de Sousa – *RBCCrim* 129/39-67 (DTR\2017\393);
- Democracia e encarceramento em massa: provocações de teoria política ao estado penal brasileiro, de Hamilton Gonçalves Ferraz e Tiago Joffily – *RBCCrim* 152/383-422 (DTR\2019\90); e
- Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil, de Cristina Zackseski, Bruno Amaral Machado e Gabriela Azevedo – *RBCCrim* 126/291-331 (DTR\2016\24555).

"No cadeião não tem nada disso não": a percepção da saúde pelas internas do Centro de Referência à Gestante Privada de Liberdade

"In prison it is not like this": the perception of health by internals of Centre of Reference to the Pregnant Deprived of Freedom

Isabela Cristina Alves de Araújo

Mestranda em Sociologia pela Universidade Federal de Minas Gerais e Graduada em Ciências Sociais pela mesma instituição (2017). Pesquisadora do CRISP (UFMG) – Centro de Estudos em Criminalidade e Segurança Pública. ORCID: 0000-0002-2526-4825
isabelacristina1903@gmail.com

Luana Hordones Chaves

Doutora em Sociologia pela Universidade Federal de Minas Gerais (2016). Mestre em Ciências Sociais (2011) e Graduada em Relações Internacionais (2007) pela Universidade Estadual Paulista (UNESP/Campus Marília). Bolsista CAPES de Pós-Doutorado no Departamento de Sociologia da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pesquisadora no Centro de Estudos em Criminalidade e Segurança Pública (CRISP).ORCID: 0000-0003-4301-3357
luanahordones@hotmail.com

Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro

Doutora em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ (2009), com estágio na University of Florida (2007/2008). Mestre em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro (2003). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2002).Graduada em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro (2001).Professora adjunta do Departamento de Sociologia (DSO) e pesquisadora do Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública (CRISP), ambos da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).ORCID: 0000-0003-4304-2254
ludmila.ribeiro@crisp.ufmg.br

Recebido em: 28.02.2018
Aprovado em: 29.04.2019
Última versão do (a) autor (a): 08.06.2019

Araújo, Isabela Cristina Alves de; Chaves, Luana Hordones; Ribeiro Ludmila Mendonça Lopes. "No cadeião não tem nada disso não": a percepção da saúde pelas internas do Centro de Referência à Gestante Privada de Liberdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 162. ano 27. p. 345-381. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2019.

Áreas do Direito: Direitos Humanos; Penal

Resumo: O artigo visa a compreender o que as internas, como são chamadas as mulheres privadas de liberdade do Centro de Referência à Gestante Privada de Liberdade (CRGPL), entendem por saúde, e como percebem e avaliam os cuidados prestados a elas e aos filhos durante a permanência de ambos na unidade. Para tanto, foram realizadas visitas ao centro, localizado na cidade de Vespasiano, Minas Gerais, durante dois meses de 2017, para realização de entrevistas semiestruturadas. O roteiro de perguntas foi aplicado a sete mulheres escolhidas aleatoriamente pelas agentes do CRGPL. A análise que o artigo propõe se guiou pela compreensão de saúde a partir do tripé – social, psicológico e assistência ao cuidado com a saúde –, na perspectiva das representações sociais. Tem-se que, para as mulheres entrevistadas, a saúde é percebida de forma positiva. Segundo elas, o acesso aos serviços de saúde cotidianos e ao pré-natal é de qualidade (em comparação com as instituições penais em que estiveram anteriormente), e o fato de que os filhos permanecem com elas na unidade também reflete em sua avaliação positiva.

Palavras-chave: Saúde – Mulher – Gestante – Prisão – Centro de Referência à Gestante Privada de Liberdade.

Abstract: This article aims to understand what the internals –as the women deprived of their freedom at the Centre of Reference to the Pregnant Deprived of Freedom (CRPDF)are called – understand as health, and how they evaluate and perceive the services of care provided to them and to her child while both are in the unit. Therefore, visits were made to the center, located in the city of Vespasiano, Minas Gerais, during two months in 2017, to carry out semi-structured interviews. Seven women random chosen by CRPDF prison officer were interviewed. The data analysis was guided by the understanding of health as part of social and psychological environment, and health as care assistance, based on the perspective of social representations. For the women interviewed, health is perceived positively. According to them, the access to daily health services and prenatal care are of high quality (compared to others penal institutions in which they were arrested), and the fact that their children stay with them in the unit also reflects on their positive review.

Keywords: Health – Woman – Pregnancy – Prison – Centre of Reference to the Pregnant Deprived of Freedom.

Sumário: 1. Mulheres mães e gestantes no contexto prisional: questões de saúde. 2. A saúde da mulher grávida encarcerada em questão: uma breve revisão da literatura. 3. Metodologia e Dados. 4. As protagonistas e suas narrativas sobre o ambiente psíquico do Centro. 5. A sociabilidade nas prisões e fora delas: intercruzamentos possíveis?. 6. Sobre cuidados de saúde na prisão: o relato das internas. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. Mulheres mães e gestantes no contexto prisional: questões de saúde

Nos últimos anos, o contingente carcerário aumentou significativamente. Em 2016, último ano para o qual temos informações confiáveis, tínhamos mais de 720 mil pessoas privadas de liberdade, sendo que 42.355 eram mulheres

(DEPEN, 2017: 12). A população feminina representava 6% do total de presos, mas este número deve ser tomado com cautela. Em termos proporcionais, somos a quarta maior taxa de encarceramento feminino do planeta, atrás de Estados Unidos da América, Tailândia e Rússia (DEPEN, 2017: 13). Entre nós, em cada grupo de 100.000 mulheres, 40 estão atrás das grades (Ibidem), o que tem reflexo no número de gestantes e recém-mães privadas de liberdade. Apesar de não termos a quantidade exata, em 2012, 2%, da população carcerária feminina brasileira era composta por gestantes (VENTURA et al, 2015) e, em números absolutos, elas representavam cerca de 700 mulheres no sistema prisional, o que traz em voga a discussão sobre gestação segura e saudável.

O acesso à saúde pelas gestantes foi preconizado pelo art. 14 da Lei de Execuções Penais (7.210/1984), o qual garante o direito a serviços preventivos e curativos de maneira geral, bem como ao pré-natal e à vivência com o recém-nascido.[1] No entanto, essa legislação não apresentava qualquer detalhamento de como os serviços às grávidas e puérperas deveria ser operacionalizado no cotidiano das unidades prisionais, o que só foi instituído pela lei 11.942/2009, que assegura a assistência integral à saúde da mulher que está grávida e ao bebê após o nascimento. Essa lei é de 2009, seis anos após a publicação do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP),[2] que visava garantir o atendimento preventivo e curativo dentro dos estabelecimentos penais.

O PNSSP pode ser considerado um marco para a saúde penitenciária, uma vez que durante muito tempo essa foi limitada ao tratamento de doenças sexualmente transmissíveis, ao uso de álcool e de drogas, e à campanha de vacinação e de imunização (SILVA et al, 2011). Com o plano, a saúde dentro do cárcere passou, então, a ser entendida de forma integral: preventiva e restaurativa. Apesar deste avanço, o PNSSP perpetua a invisibilidade das especificidades femininas, citando apenas a necessidade de "realização do pré-natal, controle do câncer cérvico-uterino e de mama" (p.30), propondo que a saúde da mulher seja tratada de forma superficial. Por isso, na Lei 11.942, de 2009, são reafirmados os direitos

1. Lei de Execuções Penais (LEP), Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. § 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento. § 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.
2. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_pnssp.pdf].Acesso em: 17.10.2017.

das mulheres encarceradas, principalmente a necessidade da proteção diferenciada e qualificada ao cuidado materno-infantil. Há, a partir de então, uma preocupação com relação à presença dos filhos nas penitenciárias e com os direitos das mulheres e dos filhos após o nascimento. Ao considerar a mulher presa grávida, a lei diz que "será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido" (BRASIL. Lei 11.942, de 28 de maio de 2009).

O PNSSP esteve vigente de 2002 a 2013 e foi substituído, em 2014, pela Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), o qual

> "se coaduna com a universalidade do acesso aos demais níveis de atenção à saúde, ou seja, o especializado e não apenas o da atenção básica, contudo o foco era na redução de riscos, prevenção de agravos e doenças." (BARSAGLINI, 2016: 1433)

Especificamente no caso das mulheres gestantes e recém-mães encarceradas, esse plano foi complementado pela Lei 13.257/2016, nomeada como 'Marco Legal da Primeira Infância', e que traz a possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar tanto às mulheres gestantes, independente do período gestacional, como às mulheres com filhos até 12 anos, uma vez que no Brasil a realidade é que as mães ainda são as principais responsáveis pelo cuidado dos filhos (REIS e ZUCCO, 2019). Essa lei se torna, assim, o primeiro passo para a discussão da necessidade do desencarceramento de mulheres gestantes e mães, visto as inúmeras consequências negativas que o cárcere traz à gestação, ao filho que está com essa mulher na prisão e aos filhos que são afastados do convívio de sua mãe (GALVÃO, 2018). Infelizmente, apesar da previsão legal, as mulheres gestantes e com filhos menores de 12 anos, especialmente as provisórias, continuam encarceradas por todo país.[3]

3. Tendo em vista essa lei, o Supremo Tribunal Federal julgou no dia 20 de fevereiro de 2018 o pedido de Habeas Corpus coletivo, 143.641, apresentado pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, que alegaram, além da Lei 13.257 a situação degradante em que mulheres e crianças se encontram em presídios sem infraestrutura para atender as necessidades específicas para este momento, em que se encontram a mulher e sua criança, alegando ainda, que essas condições colocam em risco a saúde de ambos. Por unanimidade os ministros decidiram a favor do pedido, abrindo jurisprudência para que a lei não seja exceção, a proposta é de que a prisão domiciliar seja concedida apenas às presas provisórias, e para as mulheres que não cometeram crimes com violência ou

Para garantir a gestação da mulher presa em local com infraestrutura adequada, o governo de Minas Gerais, em 2009, inaugurou o Centro de Referência à Gestante Privada de Liberdade (CRGPL), localizado em Vespasiano, cidade da Região Metropolitana de Belo Horizonte. O CRGPL foi criado com o objetivo de garantir políticas públicas na área de saúde para as mulheres e crianças em situação de cárcere, bem como viabilizar o atendimento médico de atenção básica e acesso a serviços de pré-natal e perinatal[4] de qualidade. O Centro, que inicialmente, foi planejado para atender 35 mulheres, mas tem capacidade para abrigar até 80, é reconhecido como modelo na assistência à saúde materno-infantil, por viabilizar que mulheres gestantes e aquelas com filhos de até um ano de vida possam vivenciar esse período sem qualquer tipo de separação, tendo estrutura específica para as gestantes e puérperas[5] (FERRARI e MACHADO, 2014).

A proposta deste artigo é descrever o que as mulheres privadas de liberdade no CRGPL em 2017 entendiam por atenção à saúde, como avaliavam o cuidado com sua saúde durante o pré-natal e cotidianamente na unidade e, de que maneira percebiam a saúde ofertada às suas crianças. Dessa forma, esperamos compreender como elas veem o ambiente social e psicológico em que elas se inserem. Para tanto, partimos do entendimento da saúde como uma construção social influenciada por fatores como meio ambiente, alimentação, relações sociais, fatores socioeconômicos, para além do acesso ao atendimento médico (SIQUEIRA, 2011). Em outras palavras, entendemos que o conceito de saúde não é algo fixo, e pode mudar ao longo dos anos, uma vez que ele depende do entendimento que se tem de si mesmo e da sua relação com o meio inserido.

A análise aqui proposta se guiará a partir do entendimento composto pelo tripé: saúde social, saúde psicológica e cuidados com a saúde. No aspecto social serão englobadas as relações que as internas venham a ter com as outras internas, com os pais das crianças, com as famílias e com os filhos. No aspecto psicológico serão consideradas as questões que ocupam a mente das internas, como o trabalho e as preocupações que elas venham a ter dentro do cárcere. Por fim, nos cuidados com a saúde serão analisados os serviços ofertados, a frequência

com agravantes, ou para aqueles que cometeram algo contra seus filhos. Vale ressaltar que ainda não se sabe o impacto real do HC 143.641 na vida das gestantes e mães encarceradas, bem como na dinâmica prisional do país.

4. Fase logo após o nascimento do bebê. Podendo variar o período dependendo do autor, mas se estende até, basicamente, o 28º dia de vida do recém-nascido.

5. Mulheres que estão vivenciando o pós-parto.

dos atendimentos e a facilidade ou dificuldade que as mulheres encontraram para serem atendidas.

Para a melhor compreensão do campo no qual o nosso estudo se localiza, na próxima seção revisaremos os estudos nacionais e internacionais que tratam do tema da saúde da mulher grávida no âmbito do sistema prisional.

2. A saúde da mulher grávida encarcerada em questão: uma breve revisão da literatura

A preocupação com questões de saúde para gestantes presas tem estado em voga nos trabalhos acadêmicos (nacionais e internacionais), uma vez que ela afeta diretamente a qualidade de vida e o bem-estar dessas mulheres, que já se encontram em uma situação prejudicial devido à insalubridade do sistema penitenciário (REIS e ZUCCO, 2019). Saúde gestacional de mulheres privadas de liberdade é uma pauta abordada internacionalmente, sobretudo em países que vêm sentindo o crescimento das taxas de aprisionamento feminino (CLARKE et al, 2013; WALKER et al, 2014 e GALVÁN et al 2006).Afinal, as mulheres gestantes já passam por situações de mudanças biopsicossociais inerentes à gestação que são acentuadas, por vezes negativamente, pelo cárcere (MELLO, 2014). Daí porque Braga (2015) argumenta que em razão das violações de direitos que a privação de liberdade representa, aliada às mudanças imposta pela gestação, toda gravidez vivida na prisão seria de risco.

Em âmbito internacional, o trabalho Clarke et al (2013) aborda questões relativas à gestação, ao parto e aos cuidados de mulheres privadas de liberdade, além da separação entre elas e os filhos, nos Estados Unidos da América. As autoras ponderam que, nos EUA, as mulheres ainda são algemadas pelos tornozelos e/ou pulsos, tanto no transporte da instituição para o hospital quanto durante o trabalho de parto, tornando esse momento um evento humilhante e traumatizante. Além destas questões, as autoras abordam a separação entre mãe e filho, que acontece 24 horas após o nascimento da criança, o que causa problemas emocionais e até mesmo adoecimento físico.

Já em 2014, Walker et al publicaram um estudo sobre a saúde das mulheres grávidas encarceradas em Nova Gales do Sul, Austrália. Esta pesquisa buscou compreender se a prisão traz uma melhoria nos resultados de saúde materna e perinatal, em relação a outras mulheres marginalizadas, a partir da crença de que a prisão seria 'terapunitiva', ou seja, além de punir, a instituição proveria assistência médica. Para tanto, as autoras fizeram um estudo de coorte a partir da comparação entre mulheres que foram presas durante a gestação e mulheres do

grupo de controle comunitário, aquelas vulneráveis socialmente. Os resultados alcançados indicaram que as mulheres prisioneiras não apresentavam melhorias significativas em relação ao cuidado e atendimento à saúde, além dos bebês serem os mais propensos a nascerem com baixo peso e serem internados após o nascimento. Assim, as autoras concluem que não há evidências que comprovem que o contato com serviços médicos disponibilizados pela prisão durante a gravidez seja uma intervenção terapunitiva, refletindo, na verdade, em desvantagem de saúde para as mulheres gestantes encarceradas em relação ao grupo de controle.

Por fim, o estudo de Galván et al (2006) visou desvelar como se dá o apoio social para as mulheres privadas de liberdade, o que pode ser a chave para o bem-estar físico e emocional delas. A partir de um estudo descritivo na Cidade do México, os autores relacionam a frequência de visitas com a forma que as mulheres percebem a sua saúde dentro da prisão e com a presença de depressão. Os autores observaram que as mulheres que não tinham contato com a família tendiam a avaliar negativamente a sua saúde, além de serem as que mais apresentavam quadros de depressão.

No cenário brasileiro, Daniele Viafore (2005) analisou, em seu trabalho de conclusão de curso, a realidade das gestantes encarceradas na Penitenciária Feminina Madre Pelletier, no Rio Grande do Sul. Nesta pesquisa, foi notado que a não periodicidade do atendimento pré-natal (que ocorria uma vez durante toda a gestação, sendo que as presas eram levadas novamente ao hospital apenas na hora do parto) e a dificuldade para o acesso às consultas marcavam a realidade da instituição. Esse resultado é problemático porque, como salienta a autora, durante a gestação o embrião absorve todas as questões físicas e psíquicas a que são submetidas a gestante sendo que, na prisão, as mulheres estão mais susceptíveis a situações de estresses, agravadas pelo sentimento de angústia inerente ao cárcere.

Birolo (2010) entrevistou 10 detentas de uma ala feminina de um presídio em Santa Catarina, a fim de compreender a vivência do puerpério dentro do cárcere. Ao abordar a saúde, as mulheres demonstraram satisfação com o atendimento a elas prestado. Mas a autora sublinha que esse atendimento é de caráter pontual, e não sistemático e tem o profissional médico como centro da oferta do cuidado. A autora pontua a importância dos aspectos sociais e psicológicos, que possuem influência na saúde das detentas, como o abandono pelos familiares e as preocupações com seu processo e seus filhos que estão fora da unidade, que não são considerados pela gestão prisional quando se trata de saúde.

Um marco nos estudos sobre saúde e maternidade na prisão é a pesquisa intitulada "Dar a luz às sombras", coordenada por Ana Gabriela Mendes Braga e

Bruna Angotti (2015). Ao longo de nove meses, "por meio de entrevistas, observação, com inspiração etnográfica, de unidades prisionais femininas; grupos focais; análise bibliográfica e legislativa" (IDEM: 15), as autoras mapearam "espaços, práticas, exercícios de maternidade, violações de direitos, propostas de profissionais, especialistas e presas para garantia do direito ao convívio entre essas mulheres e suas crianças" (IBIDEM). Com isso, elas apontaram para uma miríade de privações a que essas mulheres são impostas, sobretudo, no que se refere à perda do livre-arbítrio em termos de como será o parto e de que maneira o recém-nascido deve ser cuidado.[6] O ponto de maior destaque, no que diz respeito ao sofrimento mental a que essas mulheres são submetidas, é a crença de que a hipermaternidade pode ressocializar essas detentas.

Já Leal et al (2016) analisaram quantitativamente as condições e as práticas relacionadas à atenção à saúde das mulheres gestantes e ao parto na prisão, tendo como escopo as unidades prisionais femininas das capitais e regiões metropolitanas brasileiras. Os dados apresentados nesta pesquisa permitem concluir que, no Brasil, apenas 35% das grávidas privadas de liberdade realizaram o pré-natal. Dentes elas, 66% consideram o pré-natal inadequado ou parcialmente inadequado, resultado este que é bastante compreensível quando se constata que 35,7% utilizaram algemas durante o trabalho de parto e apenas 3% tinham acompanhantes, o que deveria ser direito da parturiente presa.

Um ponto que permite conectar todos os trabalhos revisados é a ideia de saúde da gestante e puérpera enquanto uma representação social, conceito que pode ser visto como um instrumento para a produção do conhecimento sobre objetos sociais, auxiliando os pesquisadores a desvendar as contradições que fazem parte do pensamento de um dado sujeito (TRINDADE e ENUMO, 2001). Para Machado e Porto (2015), a representação social é um caminho fértil para apreensão das crenças e valores, matérias-primas do fazer sociológico, que devem ser entendidos como princípios norteadores das condutas. Os estudos revisados nesta seção podem ser vistos como centrados nas representações sociais porque ressaltam a contribuição dos valores, crenças, ideologias das mulheres entrevistadas para o conhecimento social, no caso para entendimento dos múltiplos significados que a saúde tem para aquelas que esperam ou acabaram de ter um filho.

Machado e Porto (2015), em seu trabalho sobre a representação social da violência, pontuam algumas questões fundamentais para o entendimento desse

6. Essas temáticas serão detalhadas ao longo do texto, em razão da consonância entre os argumentos das autoras e o que nós observamos em campo.

conceito. Eles ressaltam, primeiramente, que a forma como o indivíduo se insere no mundo irá refletir na forma com que ele o compreende, e esta inserção é marcada por categorias que ajudam a definir este processo, como raça, gênero, religião e classe social. Eles também salientam que a representação do fenômeno se torna parte constitutiva do processo, assim ao mesmo que o representa, o cria. Nesse sentido, não há verdades e mentiras diante de uma representação, apenas ela mesma, posto que ela expressa visões de mundo, que explicam e atribuem sentido aos fenômenos, permitindo acessar a compreensão de mundo daquele agente social.

Frinhani e Souza (2005: 64) destacam que

> "as representações do espaço prisional se encontram articuladas com as representações de diferentes objetos: dos espaços, das relações, dos valores e das práticas vivenciadas cotidianamente. Grupos que tenham uma aflição reconhecida, como é o caso das mulheres encarceradas, informam pontos de vista sobre determinado objeto, que podem ser compartilhados."

Assim sendo, neste artigo trataremos as representações sociais como um "sinal externo da vida cristalizada" (DURKHEIM, 1978) que, em nosso trabalho, se institucionaliza no cotidiano de uma prisão.

3. Metodologia e Dados

Para entender como as mulheres gestantes e puerpérias encarceradas em Vespasiano representam a saúde foram realizadas visitas, entrevistas e observações participantes no Centro de Referência à Gestante Privada de Liberdade.[7] Logo, os dados apresentados neste artigo são fruto de visitas semanais à unidade que ocorreram durante dois meses, em que ficávamos na unidade no período de 4 horas, tempo que a diretoria nos permitia permanecer no local.

A chegada ao Centro era sempre um momento de apresentação pessoal e da pesquisa que seria realizada, uma vez que a cada visita um agente diferente nos recebia. No âmbito das negociações para autorização do estudo, ficou acordado que as internas entrevistadas seriam selecionadas pelas agentes, mediante o interesse demonstrado em contribuir com a nossa pesquisa. Assim, quando essas presas nos eram encaminhadas, apresentávamos a pesquisa e

7. Parte deste estudo foi financiado pela FAPEMIG (APQ 01648-16), a quem as autoras agradecem pelo apoio.

solicitávamos a assinatura do termo de consentimento, momento em que se dava o início da entrevista.

Com essa metodologia, realizamos entrevistas semiestruturadas com sete mulheres que se encontravam no CRGLP, dentre elas, três gestantes e quatro mulheres que já tinham tido seus filhos e estavam com eles na unidade. A escolha da entrevista semiestruturada se deu por proporcionar maior liberdade para argumentação de suas opiniões, bem como a flexibilidade para aprofundar em assuntos ou comentários, levando não só a um melhor entendimento, mas a uma maior interação entre entrevistadoras e entrevistadas.

Durante o trabalho de campo, éramos frequentemente realocadas para a realização das entrevistas. Eram constantes as interrupções das agentes, e fomos até mesmo questionadas pelas entrevistadas se iríamos mostrar a gravação para a direção ou para as agentes. Em razão da forma como as agentes apresentavam a pesquisa, tínhamos que negociar a participação dessas mulheres a todo o momento, confirmando o nosso compromisso com o sigilo de suas informações, opiniões e identificação.

Por isso, entendemos que o campo em prisão é uma constante negociação, com a direção para entrada e permanência, mas também com as agentes que nos recebem, com as agentes que são pontes entre as pesquisadoras e as internas, e, principalmente, com as internas cuja insegurança com a repercussão da entrevista demanda uma sensibilidade adicional. Isso nos remete ao que Moraes (2013) discorre sobre o trabalho de campo em presídio, o denominando como melindroso. Para o autor, as dificuldades impostas à entrada e permanência nele se dão pelos segredos que envolvem a rotina institucional que não podem ou não devem ser observados. Assim, pesquisar em prisão é aprender a negociar constantemente o seu direito de estar ali.

Entendemos que essa negociação constante pode ter impacto nas falas apresentadas, razão pela qual esses depoimentos serão tratados como representações sociais no âmbito deste trabalho. Para preservar o protagonismo das mulheres, todos os depoimentos foram gravados,[8] e, posteriormente, transcritos e codificados no software NVivo, para melhor visualização dos dados.

Para compreensão dos limites e possibilidades dos dados analisados neste trabalho, é de fundamental importância identificar o perfil das mulheres entrevistadas, pois ele revela quem está falando e sob quais condições (Quadro 1).

8. Com a expressa autorização das entrevistadas.

Quadro 1 – Perfil das internas entrevistadas no CRGPL (Vespasiano, 2017)

N.	Condição da mulher	Onde engravidou?	Idade	Onde morava antes de ser presa?	Tinha companheiro antes da prisão?	Possui filhos menores de 12 anos fora da prisão?
1	Gestantes	Fora da prisão	29	Outro estado	Sim	Sim
2	Gestantes	Fora da prisão	27	Interior de MG	Sim	Sim
3	Gestantes	Fora da prisão	21	Belo Horizonte	Sim	Não
4	Puérperas	Fora da prisão	21	Região Metropolitana de Belo Horizonte	Sim	Não
5	Puérperas	Dentro da prisão	25	Interior de MG	Sim	Sim
6	Puérperas	Fora da prisão	31	Interior de MG	Sim	Sim
7	Puérperas	Fora da prisão	29	Interior de MG	Sim	Sim

Fonte: trabalho de campo.

As mulheres entrevistadas possuem de 21 a 31 anos. Em sua maioria não são residentes de Belo Horizonte, vindo das mais diversas cidades do estado de Minas Gerais. Quanto à gravidez, as mulheres, majoritariamente, engravidaram fora da prisão. Mas são importantes algumas ressalvas. A entrevistada 4 foi presa quando seu filho já tinha nascido, porém conseguiu ser encaminhada ao Centro para conviver com a criança até seu primeiro ano de vida. A entrevistada 5 esteve casada até abril de 2017 e engravidou do seu ex-companheiro nas visitas íntimas. A entrevistada 2 engravidou quando estava em cumprimento de medida cautelar, sob monitoração eletrônica. Em relação a filhos fora da prisão, apenas duas alegaram que o bebê que tiveram na unidade é seu primeiro filho. Cinco entrevistadas possuem outros filhos, menores de 12 anos, e por isso, poderiam se beneficiar da prisão domiciliar prevista na Lei 13.257.

Todas as entrevistadas passaram por alguma unidade prisional antes de irem para o Centro de Referência à Gestante Privada de Liberdade, pois só são transferidas para essa unidade após a comprovação da gestação. Assim, para melhor compreensão da trajetória processual, no Quadro 2 são apresentados os dados relativos à condição penal das entrevistadas na Unidade.

Quadro 2 – Perfil prisional das internas entrevistadas no CRGPL (Vespasiano, 2017)

N.	Já foi condenada?	Qual o crime levou à prisão?	A mulher já foi presa outra vez?	Há quanto tempo está presa?
1	Não	Tráfico	Sim	6 meses
2	Sim	Tráfico	Não	6 meses
3	Não	Tentativa de Latrocínio	Não	3 meses
4	Sim	Homicídio e Tráfico	Sim	5 meses
5	Sim	Tráfico	Não	3 anos e 6 meses
6	Não	Tráfico	Sim	6 meses
7	Não	Assalto	Não	3 meses

Fonte: trabalho de campo.

Das sete entrevistadas apenas três já tinham sido julgadas e quatro eram presas provisórias. Todas as internas condenadas respondiam pelo crime de tráfico de drogas, sendo este o principal motivo das entrevistadas estarem privadas de liberdade. Três mulheres afirmavam que essa não tinha sido a sua primeira prisão. O tempo de prisão das internas entrevistadas em sua maioria variava de 3 a 6 meses, sendo que a entrevistada 5 já estava presa há 3 anos e 6 meses.

O perfil das mulheres entrevistadas corrobora com o levantado pelo Infopen Mulheres (2016).[9]Neste levantamento de âmbito nacional, a idade de mulheres presas, em sua maioria, está na faixa dos 18 aos 29 anos, e grande parte delas está sob custódia do sistema sem condenação – os dados são de que três em cada 10 mulheres presas não foram julgadas. A grande maioria é acusada de tráfico de drogas, crime pelo qual respondem 68% das mulheres encarceradas.

9. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf]. Acesso em: 19.10.2019.

Uma vez apresentado como foi o trabalho de campo e quem são as detentas entrevistadas, analisaremos as representações sociais que elas nos forneceram sobre a provisão da saúde no Centro.

4. As protagonistas e suas narrativas sobre o ambiente psíquico do Centro

O roteiro da entrevista semiestruturada que foi aplicado às internas iniciava o bloco de perguntas sobre saúde questionando-as sobre o que elas entendem por saúde. Inicialmente, algumas julgavam não saber conceituá-la, porém sabiam se posicionar quando perguntadas se o ambiente proporciona a elas uma vida saudável. Dentre as várias conceituações apresentadas, algumas podem ser vislumbradas no depoimento abaixo.

> "Entrevistadora – Algumas pessoas entendem que é a ausência de doença e outras acham que é ter acesso ao médico quando fica doente. Você acha que é por aí? Você acha que é mais que isso?
>
> Entrevistada 3 – Eu acho que é mais que isso.
>
> Entrevistadora– Mas pensando em saúde, assim em ter saúde e estar saudável, não é? Você acha que esse lugar te proporciona uma vida com saúde, uma vida saudável, aqui no centro?
>
> Entrevistada 3 – Não [...]. Porque a casa da gente é melhor, eu acho. Eles ajudam muito, tem saúde aqui, toda hora que você precisar de remédio, eles dão. Mas a casa da gente é melhor, eu acho. Você pode ficar mais saudável na sua casa.
>
> Entrevistada 4 – Sei não [risos]. Para mim, se eu estiver doente tenho que ir ao médico, senão eu vou morrer, 'ué'". [Risos]

A saúde como representação social é uma realidade que reflete no entendimento que a interna tem sobre ela. Câmara et al (2012) ressalta que a percepção sobre saúde é dada em seu contexto sociocultural, assim, o entendimento sobre ela vai variar de acordo com a cultura local, o momento histórico e as condições da existência, bem como as experiências individuais marcada por estes fatores. Exatamente por isso, as premissas psicológicas, sociais e físicas também emergem nos discursos das entrevistadas, o que fica evidente na citação seguinte.

> "Entrevistadora – E um pouquinho sobre saúde... Você acha que a vida que vocês levam aqui é uma vida saudável, está tudo bem?
>
> Entrevistada 7 – Ah, para mim está tudo bem, é que lá na rua eu estava bebendo, estava fumando, aqui eu não estou fazendo isso."

A partir desta definição, é possível analisar a saúde das internas do CRGPL a partir do ambiente social, psicológico e cuidados com a saúde (BIROLO, 2010). O primeiro parâmetro apresentado pelo autor é o ambiente psicológico, no qual são consideradas as questões que ocupam a mente das internas, como o trabalho e as preocupações que elas têm dentro do cárcere. PaínoQuesada et al (2007) colocam que o cárcere por si já é um local propício a potencializar a ansiedade, dada a perda de identidade, a perda de autonomia, e a incerteza do futuro. Nessa perspectiva, Viafore (2005) pontua que a gestação é um momento de transformações corporais e emocionais das mulheres. As gestantes seriam tomadas por maiores preocupações que são agravadas na situação de prisão, por exemplo, qual será a sua condenação e quando elas irão sair da prisão, o que remete à questão processual.

Dentro do Centro, o acompanhamento do processo é feito mensalmente junto com o advogado da unidade, fazendo com que as mulheres se sintam mais tranquilas em relação às questões processuais.

> "Entrevistadora – E você consegue acompanhar seu processo?
>
> Entrevistada 3 – Olha.... Consigo. O advogado aqui estava de férias, mas ele já voltou. Ele ajuda a gente.
>
> Entrevistadora – E é só por esse advogado?
>
> Entrevistada 3 – É.
>
> Entrevistadora – E com qual frequência que você tem contato com ele?
>
> Entrevistada 3 – Uma vez por mês."

Porém, nossas entrevistas foram realizadas durante o período de férias deste profissional e, por isso, as entrevistadas relataram preocupação com algumas questões de seus casos, o que tem efeitos diretos sobre a percepção de saúde, em razão da pressão psicológica dessa ausência. Pesa, nessa dimensão, o fato de a maior parte das entrevistadas ser de presas provisórias.

> "Entrevistada 1 – Ah, minha vida dentro daqui minha filha.... É só... Todos os dias, eu acho que eu ouço meu nome cantando no alvará. Mas infelizmente. [...]
>
> Entrevistadora – Assim, você pode.... Ganhar o alvará para ter seu neném dentro de casa antes de ser julgada, é isso?
>
> Entrevistada 1 – É, ocorre. Mas aí como eu estou com a audiência marcada.... É muito difícil.
>
> Entrevistadora – A sua audiência é dia **?[10]

10. A data foi retirada para a não identificação da entrevistada.

> Entrevistada 1 – Se eu tivesse nove meses já de barriga.... Eles não vão me levar.
>
> Entrevistadora – Se você não comparecer, o que acontece?
>
> Entrevistada 1 – Não sei talvez eu responda por uma carta precatória. Eu vou ao fórum daqui e respondo. E envia para o juiz. E essa ansiedade dentro de mim?"

Além das angústias causadas pelo desconhecimento do processo, Ventura et al (2015) acreditam que a guarda dos filhos é fator de inquietação psicológica para essas mulheres, que se preocupam em como e com quem seus bebês ficarão após o período que a instituição preconiza de contato entre eles. Nos estudos de Birolo (2010), a separação da mulher com sua criança emergiu como preocupação constante entre as internas, que relatam o momento da separação como muito doloroso.

A delicadeza desse assunto aparece também em estudos internacionais. Clarke (2013) pontua que o crescente número de mulheres presas encarceradas fez com que alguns estados dos EUA voltassem o olhar para a permanência da mãe com o filho, já que a separação era um evento devastador para ambos. No CRGPL, apesar de todas as mulheres entrevistadas terem dado início ao processo de tutela ou já terem decidido quem indicarão para cuidado do bebê, esse é um assunto sobre o qual elas não se sentem confortáveis para aprofundar, evitando pensar na separação.

> "Entrevistadora – E como você acha que vai ser quando.... Quando seu filho.... Quando seu neném sair daqui?
>
> Entrevistada 1– Eu vou embora para casa gente, pelo amor de Deus, em nome de Jesus. Eu.... Eu fico, assim, nessa esperança de ir embora. Até mesmo antes de ganhar, mas se for da vontade de Deus, não é?! Se for permissão. Se o juiz entender que eu tenho que pagar meu erro.
>
> Entrevistadora – E... Você já pensou se ela tiver que.... Se você tiver que ficar e ela tiver que ir, você já pensou nisso, com quem ela vai ficar?
>
> Entrevistada 1 – Já, com minha mãe."

O desconforto em pensar na ida do bebê para outro lugar é sentido por todas as mulheres, como pode ser identificado pela recorrência de falas como as apresentadas a seguir.

> "Entrevistadora – Você já pensou no caso.... De.... Ficar e ele ter que sair?
>
> Entrevistada 2 – Não, também não.

> [...] Entrevistadora – E qualquer coisa, se acontecer de você tiver que ficar e ele tiver que sair, com quem ele ficaria?
>
> Entrevistada 2 – Com minha mãe."

Como apresentado no Quadro 1, a maioria das entrevistadas tem filhos fora da prisão, o que aumenta a angústia da separação (CENEKA, 2009). Na maior parte das vezes, essas mães não sabem como estão os seus filhos, o que, segundo elas, aumenta o peso da pena, bem como a saudade, que é muito sentida e expressada. Essa preocupação é mais latente quando o responsável legal perde a guarda do filho da detenta, fazendo com que ele passe a ser custodiado pelo Estado em abrigos. Os relatos sobre os filhos que estão distantes são feitos muitas vezes permeado de voz embargada e lágrimas nos olhos. Reproduzimos um depoimento bastante ilustrativo desta situação.

> "Entrevistadora – E eles foram para o abrigo quando você foi presa?
>
> Entrevistada 5 – Foi em abril, não é?! Quando eu terminei com o pai deles, nós terminamos [...]. Aí eles estavam sendo judiados não é... Porque ele arrumou outra companheira e essa outra companheira estava judiando dos meus filhos, não é?! Ai o conselho tutelar de lá entrou em contato aqui e pediu para me avisar se eu tinha alguém da minha família para pegar, só que ninguém quis pegar. Então por esse fato eles foram parar no abrigo [...]
>
> Entrevistadora – E é muita preocupação em relação a isso?
>
> Entrevistada 5 – É, não é?! Porque querendo ou não é filho, não é?!E a gente está privada da liberdade não pode estar fazendo nada para evitar que isso venha acontecer, não é?! Agora é... A gente só entrega na mão de Deus e esperar que dias melhores venha, não é?! Que a gente vai sair daqui, pensar positivo e seguir a vida e conseguir tirar eles de lá."

Uma forma de atenuar essas dores e ansiedades que potencializam os dramas psicológicos dentro do ambiente prisional é a partir do exercício de uma ocupação (BIROLO, 2010). O trabalho dentro da prisão emerge como essencial, não apenas para remissão de pena ou recebimento de pagamento, mas também para tornar útil o tempo ocioso, ocupar a cabeça da mulher e dar algum sentido a sua estadia ali. Dentro do CRGPL as mulheres são responsáveis por toda a limpeza local. Além disso, a maioria tem trabalhos, como artesãs, cuidadoras, cozinheiras. O maior labor consiste em ser mãe em tempo integral, tendo que levar a criança para todos os afazeres, exceto quando exercem trabalho remunerado, quando o bebê fica aos cuidados de gestantes que recebem por isso, as chamadas cuidadoras.

> "Entrevistada 5 – [...] eu fico assim mais curtindo a minha filha só, mais na minha e enfio a cara no serviço, não é? Eu procuro de alguma forma esquecer os problemas no serviço, então eu trabalho. [...] Porque aqui a gente trabalha muito, não é? Assim, porque a gente tem que fazer a faxina do convívio, então assim todos os serviços de meio dia são lavados, são lavados com água e sabão, e assim [...] isso aí a gente não tem remissão isso aí é obrigatório a gente fazer, e aí limpa 7 da manhã, meio dia, lava tudo, limpa tudo e as 18, não é?! Que são seis horas da tarde, que limpa e assim eu acho que isso, se você não fizer você toma comunicado então a gente é obrigada a fazer, então assim, aí aonde que a gente vai tem que levar as crianças porque as cuidadoras não ficam com as crianças para a gente lá limpar a unidade."

Se o trabalho poderia aliviar a dor, o excesso de trabalho, como colocado por Nightingale (1989 apud BRIROLO, 2010), pode se tornar prejudicial, potencializando os efeitos nocivos do ambiente prisional do ponto de vista psicológico. Daí porque o entendimento de que o trabalho no CRGPL é uma forma de amenizar as angústias da privação da liberdade não é compartilhado por todas as internas. Na unidade, elas são obrigadas a levar seus filhos onde devem realizar a limpeza, sendo essa uma das regras mais questionadas por elas.

> "Entrevistada 4 – Aqui não devia chamar Centro de Referência não, devia chamar centro da escravidão.
>
> Entrevistadora – Por quê? Vocês trabalham muito?
>
> Entrevistada4 – Você está doida?! Os filhos da gente aqui chorando ali, e eles falam que a prioridade é a cadeia e depois que vem o filho da gente. [...] Fora isso, a gente faz todos os serviços da cadeia, quem cuida dessa cadeia toda somos nós. Às vezes a gente está passando mal, o filho da gente não está bem, a gente vai cuidar do filho da gente e eles falam que não, que a prioridade é a cadeia. Que é para a gente limpar primeiro."

A presença da criança nos locais de trabalho é preocupante quando consideramos o fácil acesso que elas têm aos materiais que são tóxicos, e por vezes insalubres, posto que as mães têm contato direto com produtos de limpeza e sujeira, e logo em seguida pegam seus filhos no colo sem qualquer higienização. Em uma visita da nossa equipe a unidade, uma interna que havíamos entrevistado quando ela ainda estava grávida veio nos cumprimentar e mostrar sua filha, que não tinha ainda completado o primeiro mês de vida. Ela nos relatou que teve pré-eclâmpsia[11]

11. Aumento da pressão arterial, inchaço nas mãos ou rosto e a liberação de proteínas na urina. Podendo manifestar os sintomas a partir da vigésima semana.

no parto, além de algumas complicações para o nascimento do bebê e, de acordo com suas palavras, estava "toda costurada por dentro". Assim que uma agente a viu conversando com nossa equipe, gritou para a entrevistada que ela deveria fazer a faxina pela qual era responsável. Questionamos a entrevistada se ela poderia realizar essas tarefas já que, além de estar de resguardo, ela tinha sofrido complicações e estava no processo de recuperação. Ironicamente ela nos respondeu: "aqui não tem isso de resguardo não, a gente tem que trabalhar". Por isso, na visão de algumas entrevistadas, o trabalho de faxina na unidade se torna prejudicial à saúde psicológica e física das mulheres.

5. A sociabilidade nas prisões e fora delas: intercruzamentos possíveis?

As internas veem de forma positiva o ambiente social do CRGPL, acreditando ser mais acolhedor, justo e menos parecido com uma cadeia. As duas falas apresentadas a seguir ilustram o que muito foi levantado nas entrevistas, a comparação com o 'cadeião'.

> "Entrevistada 6 – Eu acho, não acho. Alimentação muito boa, tratamento é bom não tem injustiça, o que eles podem fazer pela gente, eles fazem, entendeu?! Para mim não é como uma cadeia.
>
> Entrevistadora – É muito diferente da sua experiência na PIEP[12]?
>
> Entrevistada 6 – É diferente, porque a PIEP também não tinha jeito de cadeia, mas era muita coisa, muita injustiça, aqui não. Aqui eles o que podem fazer para ajudar a gente eles fazem, se você não tem condições para comprar as coisas para os seus filhos tem doação da cadeia, você está entendendo?! Então assim, é mais humano, você está entendendo? [...]
>
> Entrevistada 4 – Claro, aqui nós estamos com nosso filho. Em cadeião a gente não tem isso não. As mulheres querem olhar você no banheiro fazendo cocô."

As internas acreditam que o CRGPL lhes proporciona qualidade de vida psicológica, podendo resumir com a emblemática fala de uma de nossas entrevistadas, que ao comparar a unidade como cadeião, jargão utilizado pelas internas para denominar os presídios comuns, exalta os serviços que são prestados a elas, afirmando que são regalias, e não direitos.

12. Complexo Penitenciário Feminino Estevão Pinto, unidade prisional feminina localizada em Belo Horizonte, Minas Gerais.

> "Entrevistadora – Como é a qualidade de vida aqui? É melhor?
>
> Entrevistada 1 – Ah, não.... No presídio mesmo, no presídio.... No cadeião, não é?! Igual eles falam aqui. [...]. Você não ganha ligação, que isso é regalia. Você não tem atendimento, nem é obrigatório o advogado te atender. Não tem nada disso. Isso é regalia."

Importante destacar que o Centro procura moldar as relações sociais das detentas, em especial, aquelas que elas estabelecem com seus filhos. Se o filho chorar, elas recebem comunicado. Todas as mulheres são obrigadas a amamentar, não podem dormir na cama com o seu filho, ou deixá-lo andar no chão, e são obrigadas a levá-lo para todo lugar, inclusive onde realizam a limpeza. As mães não concordam com todas as regras impostas, mas se submetem a elas para permanecerem com seus filhos. Isso, contudo, não as impede de ver esse excesso de normatividade como uma espécie de tortura psicológica, o que comprometeria o seu bem-estar. Vejamos agora como essas dimensões psicológicas reverberam na dinâmica social.

No CRGPL, a sociabilidade que mais chama a atenção é aquela que se dá entre as mulheres e seus filhos. É com eles que elas se relacionam com maior frequência e intensidade, ficando integralmente com suas crianças em um processo de hipermaternidade, já que a permanência ininterrupta com a criança é permeada pela disciplina e tutela do exercício da maternidade pela instituição (BRAGA e ANGOTTI, 2015). Esse relacionamento é guiado pelo paradoxo que a mãe presidiária sofre tendo o seu filho junto, uma vez que ele também é encarcerado, como tendo o seu filho longe, nas mãos de parentes e amigos que devem ajudar com a criação de um indivíduo em formação (VIAFORE, 2005).

> "Entrevistada 4 – (...). Aqui eles querem privar você do seu filho andar no chão, do seu filho gritar. Quem está preso somos nós, não são eles não. Eles não cometeram crime nenhum não. Se eles falam que aqui é a cadeia da criança, eles podem fazer o que eles quiserem quem não pode somos nós. Ai quando você vai reclamar, eles te colocam de castigo, de comunicado. Essa cadeia aqui é um lixo. Se eu soubesse que era isso aqui, eu nem tinha vindo para cá, eu tinha deixado meu filho lá fora, tinha ficado longe dele."

Apesar da culpa e das reclamações sobre as regras e o controle que a unidade impõe sobre a criança e na sua relação com a mãe, algumas internas destacam o cuidado da unidade pelas crianças, como colocado pela entrevistada 6.

> "Entrevistada 6 – Olha, eu vou falar com você, nenhuma cadeia é boa, porque ninguém gosta de ficar preso. Mas em questão da criança eu não posso

> reclamar não, porque já que a gente tem que estar presa tem que ter a oportunidade de estar com o filho da gente. Para mim é uma experiência normal eu me sinto, igual eu falei com a senhora, em um abrigo entendeu?! Ou em uma clínica, os tratamentos. A diferença é que eu não vou à rua, mas é tudo como se fosse à minha casa. A única diferença é que eu não posso sair para a rua, mas não falta nada. Se a criança adoecer tem escolta para a criança ir a saúde entendeu?! Porque isso aqui, eu estou aqui por causa dela, a prioridade aqui é ela."

Em conversa informal com outra interna do Centro, ela foi enfática ao dizer "se tirarem meu bebê de mim eu morro, ele que me dá força para aguentar isso daqui". Essa frase sintetiza a relação da mulher com seu filho: a criança é a principal relação afetiva e de plena confiança que elas têm na unidade, tornando-se até mesmo a única relação social destas mulheres. Além de filho, o bebê se torna o apoio que é negado de todas as outras partes, como a família e o companheiro. A relação é permeada também pela gratidão que as mulheres têm aos filhos, pois ao estarem grávidas ou já os terem, elas têm acesso a um lugar diferenciado do "cadeião", como comenta uma interna entrevistada.

> "Entrevistada 6 – Você está entendendo? Senão fosse ela eu não estaria aqui, eu estaria no cadeião tomando banho de água fria, eu estaria no cadeião comendo comida às vezes até azeda porque, não é?! Todos os cadeiões são de qualquer jeito e aqui não tudo é direitinho por causa das crianças, tudo que eles fazem aqui é pensando nas crianças."

Como tratado por Birolo (2010), situações como o cárcere tornam a gravidez um momento diferenciado, uma vez que assim que chegam à prisão elas ficam longe dos companheiros, de sua família ou outras pessoas de seu relacionamento, que possam apoiá-las. Corroborando com essa questão, Catito (2014) argumenta que para a mulher grávida é muito difícil estar encarcerada, pois isso significa viver isolada do seu convívio e ser abandonada pelos familiares e amigos.

Em consonância com os autores brasileiros, Galván et al (2006) discorrem que o cárcere se torna mais estressante para as mulheres, por significar o afastamento e separação forçada de entes queridos, principalmente dos filhos que estão fora da prisão. Uma forma de amenizar essas dores do aprisionamento seria por meio da relação destas mulheres com suas companheiras de cárcere, que também são constantemente vigiadas pela administração prisional. Nesse item, contudo, temos um grande paradoxo.

Por um lado, as entrevistadas veem suas colegas como fonte de apoio para situações extremas, sendo elas responsáveis pela ajuda para conseguir algum item

ou para os cuidados com a criança. Nessa perspectiva, uma das entrevistadas relatou informalmente que uma gestante precisou fazer um exame de emergência, que custava R$900 e a unidade não se dispôs a pagar. As internas se juntaram e doaram o dinheiro necessário, o que seria um exemplo singular da parceria para sobrevivência no sistema prisional. Esses apoios mútuos são, na visão das internas entrevistadas, fatores determinantes para as internas confiarem em suas colegas de cárcere.

> "Entrevistadora – [...]. Você pode contar com elas se precisar?
>
> Entrevistada 5 – Sim, se precisar a gente aqui uma ajuda a outra para falar verdade. Às vezes a gente está passando mal e aí elas vêm, aí a gente não está aguentando dar banho nas crianças aí elas ajudam, dão banho. Elas lavam uma roupa para a gente, assim se a gente precisar de alguma coisa aí a gente pede emprestado para depois devolver então.
>
> Entrevistadora – Então dá para contar uma com a outra?
>
> Entrevistada 5 – Dá.
>
> Entrevistadora – E você as considera suas amigas?
>
> Entrevistada 5 – Não."

Por outro lado, a desconfiança permeia as interações e a grande maioria concorda com a premissa de que "cadeira não é lugar de se confiar em ninguém", tal como afirmado pela entrevistada 7. O olhar de desconfiança é regra para a maioria, mas sempre há o apoio e a confiança em outra interna. Esse dado corrobora os achados de Galvão e Davim (2014), que afirmam que as relações entre as internas eram marcadas pela desconfiança e suspeita, comprometendo os vínculos de amizade.

Outra fonte de amparo emocional é a família que está fora da prisão, com destaque para os companheiros e pais das crianças que as detentas esperam ou acabaram de nascer. Das sete mulheres entrevistadas, apenas duas continuaram com seus companheiros e mantiveram o relacionamento por carta, já que eles também estavam presos. Apesar de grávidas ou com filhos pequenos, os homens que ajudaram a conceber essas crianças não se responsabilizaram por elas após a fecundação, tornando a gestação um assunto de mulher. Uma das entrevistadas, inclusive, nos relatou que estava sendo ameaçada pelo pai da criança caso continuasse a solicitar apoio.

> "Entrevistadora – Você quer terminar o namoro?
>
> Entrevistada 3 – Eu quero.

> Entrevistadora– Você tem medo de terminar o namoro com ele?
>
> Entrevistada 3 – Tenho.
>
> Entrevistadora – Você tem medo dele te ameaçar?
>
> Entrevistada 3 – Já está me ameaçando já.
>
> Entrevistadora– Ele está te ameaçando aqui dentro?
>
> Entrevistada 3 – Está. Por carta.
>
> [...] Entrevistadora – Você tem medo dele fazer alguma coisa contra você ou?
>
> Entrevistada 3 – Eu tenho medo dele fazer com a minha família. Comigo, eu não tenho medo não, mas com minha família eu tenho."

Outro destaque da pesquisa foi o consenso entre as entrevistadas de que as mulheres encarceradas são menos visitadas que os homens e, por isso, teriam menos amparo do mundo exterior para suportar as dores do encarceramento (MIYAMOTO e KROHLING, 2012). Apenas três mulheres relataram receber visitas: a primeira recebe todos os domingos, a segunda a cada 15 dias e última relatou que recebe visita, sem aprofundar no assunto. A maioria justifica a ausência dos familiares ou pela distância (já que as detentas são transferidas de suas cidades, que não contam com infraestrutura para gestante, para o Centro). A fala a seguir é recorrente no discurso das entrevistadas.

> "Entrevistadora – (...). Você recebe visita?
>
> Entrevistada 7 – Não.
>
> Entrevistadora – Não?
>
> Entrevistada 7 – Porque é longe, de lá para cá, é longe."

Além da distância da unidade em relação à cidade em que a família da interna reside, muito abordada por aquelas que não recebem visita, elas também justificam a ausência dos seus familiares pela escolha de não querer vê-los passando pelos procedimentos humilhantes da visita, como a revista íntima. Esse aspecto é destacado nos estudos sobre sistema prisional, os quais salientam como, na perspectiva das visitantes, somente o amor da mulher pelo homem justifica a sujeição a essas violências (DUARTE, 2013), algo que também está presente nas falas das entrevistadas:

> "Entrevistada 6 – Respondem. Sempre a minha família assim, eles não são ausentes, eles são presentes. Eles só não vão dar aquela regalia de preso de vir, passar visita e também eu jamais ia querer que minha família passasse por essa humilhação, porque a pior humilhação para uma mãe é chegar à cadeia e tirar a roupa, fazer procedimento e ver o filho. Porque tanto que a minha mãe me ensinou, tanto que se eu fosse olhar pelo o que a minha mãe e meu pai fizeram,

> não era nem para eu estar nesse lugar, era para eu passar longe. Meus dois irmãos estudaram trabalham, tem seu próprio negócio, e eu que fui a única que dei trabalho para minha mãe desde nova, então eu jamais vou querer ver ela nesse sofrimento, eu não tenho coragem de ligar para ela e pedir ela um SEDEX que seja, porque quando eu estava na vida errada eu nem lembrava que existia, porque agora eu vou ficar chorando, lamentando, pedindo? Eu não acho isso justo não."

Apesar da dificuldade da visita e do desejo de várias de que essa visita não aconteça para que os efeitos da privação da liberdade não sejam estendidos aos parentes, o apoio da família é considerado como fundamental (SOARES, 2011). No Centro, a maior fonte de contato entre elas e os seus familiares é através de telefonemas que todas as internas disseram usufruir, o qual consiste numa ligação de seis minutos a cada 15 dias para um número específico. Este telefonema é compreendido pelas internas como uma regalia que o CRGPL lhes concede. Elas destacam, inclusive, que esta é a principal fonte de contato entre elas e o mundo externo e com as suas relações sociais rompidas com a prisão.

> "Entrevistadora – Como que você mantém contato com ele, agora?
>
> Entrevistada 2 – Porque aqui a gente tem uma ligação, duas ligações por mês, para a família da gente. Ai a gente pode ligar, não é?!
>
> Entrevistadora – Aí você liga para o seu irmão?
>
> Entrevistada 2 – Assim... Eu ligo para minha família, não é? Toda vez, eu ligo para alguém da minha família. Aí dessa vez eu liguei para o telefone da minha mãe e aí ele que atendeu."

Essas mulheres contam também com o envio de SEDEX pelos familiares como forma de suprimir os itens aos quais elas não têm acesso na unidade, como alguns remédios. O SEDEX é indispensável para a sobrevivência dentro do Centro, e não como contato para aliviar a saudade que é causada pelo cárcere. Porém, recebê-lo é uma forma de se sentirem amparadas e não esquecidas pelos familiares. Das entrevistadas, quatro recebem o SEDEX da família, as outras três justificam o não recebimento pelo preço elevado, ou ponderam que o recebem apenas com itens para criança. A entrevistada 6 tem uma fala que se destaca, posto que a única fonte de contato entre ela e seus familiares é pelo telefonema. Ou seja, a família não envia SEDEX, mas envia dinheiro para ela comprar pertences para a filha.

> "Entrevistadora – É.... você mantém contato com eles?
>
> Entrevistada 6 – Esse meu irmão que me ajuda aqui, eles não entram porque a minha família não aceita, eles repugnam quem vai preso, então assim de visita

> eu não tenho, não tenho SEDEX, não tenho pertence, a única coisa que eles fazem por mim é conversar comigo na ligação, que aqui tem ligação.
>
> Entrevistadora –Uhum.
>
> Entrevistada 6 – E mandar dinheiro todo mês para comprar as coisas para ela.
> Entrevistadora – Aí eles mandam dinheiro?
>
> Entrevistada 6 – Para comprar as coisas para ela, não para mim, para ela. Porque igual eles falaram, a prioridade é dela, porque ela não tem culpa de estar aqui, mas que a minha punição seria ficar sem ver eles, que eu vou só ver eles quando eu sair daqui. Porque a minha família não aceita essas coisas sabe?! Ninguém mexe com nada errado, não me discrimina, não me recrimina não, mas só que igual eles falaram, manda carta quando pode, entendeu? Porque todo mundo trabalha, mas eles não aceitam essas coisas."

Em resumo, no que se refere ao ambiente social do CRGPL, as detentas apresentaram representações sociais positivas – que destacam as diferenças desses lugares em relação ao "cadeião" e negativas – que dizem respeito às dinâmicas próprias do ambiente prisional, como a distância da família, do companheiro e dos filhos. Vejamos agora como essas percepções são amenizadas ou potencializadas pela provisão de serviços de saúde na unidade.

6. Sobre cuidados de saúde na prisão: o relato das internas

Nesta seção analisamos os serviços de saúde que são ofertados, a frequência dos atendimentos e a facilidade ou dificuldade para as mulheres serem atendidas. Os cuidados com a saúde são definidores para uma gestação, parto e pós-parto saudáveis, tanto para a mulher como para a criança. Assim, o acompanhamento, que tem como objetivo garantir o acesso a saúde, tem reflexos positivos na qualidade de vida da mulher e de sua criança.

Na entrevista foi perguntado sobre a presença de médica, dentista, ginecologista, dermatologista, psiquiatra, nutricionista, psicóloga e assistente social na unidade, e a frequência do atendimento destas profissionais, caso recebessem. No Quadro 3 foram compiladas as respostas das internas.

Quadro 3 – Serviços de saúde ofertados às internas do CRGPL (Vespasiano, 2017)

Serviço	Forma de atendimento
Médico	Atendimento de fora
Dentista	Quando solicitado recebem da profissional do CRGPL

Serviço	Forma de atendimento
Ginecologista – Obstetra	Atendimento mensal de profissionais do Hospital Sofia Feldman
Dermatologista	Não recebem atendimento
Psiquiatra	Não recebem atendimento
Pediatra	Atendimento de fora
Nutricionista	Há uma nutricionista na cozinha do CRGPL para balancear as refeições
Psicólogo	Atendimento mensal com a psicóloga da unidade
Assistente social	Atendimento mensal com a assistente social da unidade

Fonte: trabalho de campo.

As sete entrevistadas foram unânimes em relatar quais eram os serviços médicos ofertados a elas e a frequência de atendimento de cada um. O Centro conta uma equipe de saúde composta por uma psicóloga e uma assistente social que atendem às internas mensalmente, uma dentista que atendem quando solicitado, e duas enfermeiras, que junto com quatro técnicas de enfermagem, se revezam para assistência 24 horas por dia.

O Plano Nacional de Saúde no Sistema Prisional preconiza que as unidades com mais de 100 detentos devem contar com equipe técnica de atenção, composta pelos seguintes profissionais: Médico; Enfermeiro; Odontólogo; Psicólogo; Assistente social; Auxiliar de enfermagem; e Auxiliar de consultório dentário. Em tese, o Centro de Referência não seria obrigado a ter todos esses profissionais por ter menos de 100 internas, porém a ausência do médico e do pediatra é motivo de queixa pelas mulheres.

Enquanto os atendimentos mensais são marcados, o atendimento com a dentista e com as enfermeiras é realizado após a interna solicitar para a agente, que encaminha a estes profissionais as queixas que elas filtram. As internas alegam, porém, que "é só pedir que você recebe o atendimento", cenário distinto do observado por Viafore (2005). A autora relata que o pedido por atendimento se dava por um bilhete que era avaliado pela diretora e apenas depois da sua avaliação o pedido era concedido ou não, demorando um tempo considerável. Já no Centro, as mulheres têm uma rotina de atendimento e as questões emergenciais são solicitadas através de uma chamada que a agente realiza para as enfermeiras da unidade. Esses pedidos podem ser atendidos pelas enfermeiras, pelos

profissionais "de fora" ou serem encaminhadas para hospitais ou postos, necessitando assim, de escolta.

O atendimento médico no pré-natal tem como finalidade o acompanhamento de qualidade às grávidas, com informações sobre o desenvolvimento do feto, o que garante o bem-estar e nascimento de uma criança saudável, incluindo o bem-estar da mulher gestante (GALVÃO e DAVIM, 2013). O recomendado é que a primeira consulta de pré-natal seja realizada até o quarto mês da gestação e que a gestante tenha no mínimo seis consultas durante toda a gravidez. No Centro, o pré-natal é iniciado quando a mulher chega à unidade, assim que comprova sua gravidez, independente do mês de sua gestação. As entrevistadas relataram que se consultam mensalmente para a realização de todos os exames necessários ao parto saudável.

> "Entrevistadora. – Me conta um pouco como está sendo seu pré-natal. Você já teve alguma consulta?
>
> Entrevistada 3 – Eu fiz ultrassom, o mês passado e todo mês escuto o coração do neném. Está sendo muito interessante, eu nunca passei por isso.
>
> Entrevistadora – E você fez outros tipos de exames?
>
> Entrevistada 3 – Fiz."

Quando a queixa da interna pode ser sanada pelas enfermeiras da unidade, o atendimento é realizado no Centro. Porém, quando é necessário um médico geral ou especialista, a enfermeira encaminha para hospitais ou postos, e o pré-natal é realizado pelos profissionais "de fora", do Hospital Sofia Feldman.

O Hospital Sofia Feldman é um hospital de assistência materno-infantil com todos seus leitos destinados ao SUS, Sistema Único de Saúde, e é reconhecido por ser modelo de atendimento pelo SUS e exemplo de humanização na saúde.[13] A política do hospital é o parto normal, com alguma interferência cirúrgica somente se necessário. Mas como há a cultura de cesárea no Brasil (NAKANO, BONAN, e TEIXEIRA, 2018), o parto normal é visto como uma preocupação para a interna, que por vezes entende que a obrigatoriedade do parto normal é outra face da punição que ela vive em cárcere. O relato a seguir é de uma mulher que tem dois filhos fora da prisão e que ambos nasceram de parto normal. Assim, a dor física de um parto já foi sentida pela entrevistada.

13. Nesse sentido, ver: [www.sofiafeldman.org.br/o-hospital/reconhecimentos/]. Acesso em: 06.06.2019.

> "Entrevistadora – Pelo que você vê que as mulheres que estão aqui que já tem filho, você.... Elas falam alguma coisa do parto, assim? Você está tranquila com relação ao parto?
>
> Entrevistada 2 – Eu estou com medo.
>
> Entrevistadora. – [...]. Porque no Sofia você sabe, não é? A política é ser normal.
>
> Entrevistada 2 – Isto, meu medo é esse, não é? Porque minha menina está atravessada.
>
> Entrevistadora – Mas ela pode mudar [...]
>
> Entrevistada 2 – Só que aí eu fico com medo, porque teve uma moça aqui.... Que está até comigo, que teve um parto lá e ela.... Os médicos fizeram o toque, não é? Para ver. [...]. Aí a criança dela estava de bundinha para baixo, e a criança nasceu assim. Eu fico com medo.
>
> Entrevistadora. – Mas o que ela conta, sofreu?
>
> Entrevistada 2 – Sofreu, uai. E a menininha dela, por sorte, ela é prematura, não é? Nasceu com dois quilos [...] E eu fico com medo por que.... Minha menina nasceu imensa. Nasceu com três quilos, oitocentos e cinquenta. Aí, imagina eles quererem fazer meu parto nessa situação que eu estou? Eu tenho medo.
>
> Entrevistadora– Mas assim, pelo relato das outras que estão aqui, que você conversa, elas são bem tratadas no parto?
>
> Entrevistada 2 – Não. Ah, elas reclamam. [...]. Por que.... Eles querem fazer o parto normal a qualquer custo.... Qualquer custo. E às vezes, não é... Não.... Tem situações que não.... Dá."

O que está em certa medida por trás da questão levantada é o direito de escolha que é negado à mulher privada de liberdade. Estar encarcerada é estar privada de escolher fatores que influenciam na sua vida, estar em uma instituição prisional é seguir as regras que ela impõe à sua vida, regras que chega às questões mais pessoais, tanto quanto como será o parto e quem estará neste momento (SOARES, 2011).

Outra questão relatada é a presença das agentes penitenciarias durante o parto, que vai contra a Lei 11.108[14] instituída em 2005, que garante que toda gestante

14. Art. 19-J. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde – SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato. § 1º O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente. § 2º As ações destinadas a viabilizar o pleno exercício dos direitos de que trata este artigo constarão do regulamento da lei, a ser elaborado pelo órgão competente do Poder Executivo.

tenha um acompanhante de sua escolha neste momento, como nos relatou uma das mulheres entrevistadas.

> "Entrevistadora – E no seu parto como que foi seu parto?
>
> Entrevistada 5 – Nó! Muito doloroso. [...]. É, todos os meus meninos nasceram de parto normal, mas assim é diferente, não é? Eu não estava me sentindo à vontade com guarda dentro, dentro da sala, não. [...] aí ela custou nascer por que..."

O pano de fundo das reclamações é a falta de autonomia da mulher. Como colocado por Lopes e Pinheiro (2016), o sistema penal é o espaço em que a mulher não tem autonomia para fazer suas escolhas, dado que a trajetória do cuidado é definida pela lógica do sistema, que não propicia um diálogo sobre as possibilidades de abertura, em especial no momento do parto.

Por outro lado, a prestação de serviços de saúde no Centro contrasta com os dados apresentados em levantamentos nacionais (DEPEN, 2017), os quais demonstram que as mulheres encarceradas não têm acesso aos atendimentos mais salutares, sobretudo, durante a gestação. Exatamente por isso, as detentas comparam a todo tempo as suas condições de encarceramento com as vivenciadas por outras mulheres.

> "Entrevistada 1 – É o atendimento é normal. É melhor do que no cadeião, não é gente?
>
> Entrevistadora – É diferente da cadeia que você estava?
>
> Entrevistada1 – É porque aqui, as mulheres são mais sensíveis, não é?! Alguma coisa que a mulher... Que alguma... A agente não pode chamar a atenção que todo mundo se derrete. Porque nós somos mulheres, estamos nesse período frágil. Muitas com criança, ou gestante ainda [...]. É um momento muito particular e também um momento muito frágil, não é?! Só que.... Elas fazem o serviço delas quando devem fazer. [...]
>
> Entrevistadora – E o tratamento também é diferente?
>
> Entrevistada 1 – O tratamento é totalmente diferente, para falar a verdade. Eu não quero estar presa não, eu não gosto de ser presa não, mas o tratamento aqui... Está ótimo, em relação ao presídio."

Se por um lado as entrevistadas avaliam a sua situação como melhor do que outras mulheres nas mesmas condições, por outro, elas são muito críticas em relação às ausências. No Centro, as reclamações sobre profissionais são direcionadas à ausência do médico, pois o que trabalhava na unidade saiu para focar em sua carreira política. Nesse ponto, é bom lembrar que a centralidade da

necessidade do médico resulta do entendimento de que a oferta do cuidado no Brasil é concentrada na figura deste profissional (BARSAGLINI, 2016). Daí porque essa ausência é sentida pelas mulheres, mesmo com a presença integral de enfermeiras na unidade.

> "Entrevistadora – Agora sobre alguns atendimentos, a gente queria saber se você recebe os atendimentos aqui com que frequência. Médico, você tem atendimento médico?
>
> Entrevistada 5 – Só na rua, não é?!
>
> Entrevistadora – Ah, mas você tem? Com que frequência?
>
> Entrevistada 5 – Igual a mim, que dei esse problema, é... Eu tenho uma vez por mês também que é o meu acompanhamento que eu estou em tratamento ainda, não é?! [...] então assim é na rua. Agora assim, aqui tem as enfermeiras, não é? Que dão um remédio para dor se precisar, aí assim tudo que a gente está sentindo a gente fala para elas e elas marcam lá na rua. Porque eu acho que aqui deveria ter um médico.
>
> Entrevistadora – E demora em conseguir atendimento lá fora?
>
> Entrevistada 5 – Sim, demora porque são marcados, não é? Se não tiver como aí não tem como."

Além da assistência médica, o acesso a medicamentos, alimentação saudável e atividades físicas são questões que contribuem diretamente para a saúde da mulher, principalmente gestante. Como abordado por Santos et al (2017), a adequação à alimentação oferecida é uma das principais dificuldades das mulheres e a atividade física emerge como aliado tanto contra ao ócio quanto a uma vida mais saudável. No Centro foi possível observar que o acesso aos remédios e à alimentação saudável são relativamente fáceis, mas a atividade física não aparece sequer como um direito reclamado.

> "Entrevistadora – E você tem remédio algum.... Algum remédio que você toma diariamente, todo dia?
>
> Entrevistada 1 – Tomo. Tomo assim, para tirar a ansiedade.
>
> Entrevistadora – E... Quem te fornece?
>
> Entrevistada 1 – Aqui. A unidade me fornece.
>
> Entrevistadora. – Quanto à alimentação... a alimentação daqui é boa?
>
> Entrevistada 1 – É. Melhor que no presídio.
>
> Entrevistadora – Em questão de calorias, é boa? Ou não?
>
> Entrevistada 1 – É boa, porque tem tempero, não é?! Nó! Agora nós estamos passando por um período que não está muito bom, porque a cozinha mudou. Mas é boa sim."

Inicialmente, o intuito deste estudo era apenas focar na saúde da mulher, porém as primeiras entrevistas já demonstravam que as mulheres gostariam de falar sobre seus filhos e filhas. Para Siqueira (2014), isso ocorre porque a saúde tem gênero: são as mulheres que se preocupam com a assistência médica das suas crianças. Para a autora, os papéis de gênero impõem às mulheres a função de cuidadora dos seus dependentes, assim, elas se autoatribuem com naturalidade as tarefas e discursos relacionados à saúde.

Para as entrevistadas, o CRGPL precisa de médico pediatra que atenda as demandas dos filhos das internas. Elas "precisam conseguir no grito" ou as agentes "precisam ver que a criança está doente". Apesar de não serem discursos recorrentes, e nem mesmo a maioria, essas reclamações aparecem, o que não acontecia em relação à saúde da mulher.

> "Entrevistadora – Mas ela [a criança] é bem tratada aqui?
>
> Entrevistada 5 – Ela é bem tratada, não é?! Às vezes assim, em relação à escolta, essas coisas, a gente, eles têm que ver a criança ruim para socorrer entendeu?! Em relação a essas coisas, então [...] porque assim, porque não adianta só a gente falar, falar, eles têm que ver, não é?! Então enquanto eles não verem a criança ficando ruim eles não levam não.
>
> Entrevistadora – Mas daí é uma vez por mês no dia que eles vêm?
>
> Entrevistada 5 – No dia que eles vêm [...]. É só quando eles vêm, e mesmo assim só passam os nomes que a gente reclama, não é?
>
> Entrevistadora – Por que você acha que aqui precisaria de um médico, tem muita demanda? Muitas presas precisam?
>
> Entrevistada 5 – Sim são muitas presas, precisa e aqui tem criança, não é? E eu, no meu modo de pensar, não só eu como todas, se uma criança arruinar aqui, eu penso assim, até socorro chegar para socorrer ela, é perigoso. Então assim, deveria sim ter um médico, não é? Um especializado pelo menos para as crianças não é aqui dentro."

Em relação aos medicamentos para as crianças recém-nascidas, as mulheres contam que são disponibilizados pela unidade, mesmo quando essa os têm. Caso a unidade não tenha, a família deve mandar por *SEDEX* ou elas podem comprar com o dinheiro que recebem do salário[15], segundo duas internas:

15. Lei 7.210/1984. Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a ¾ (três quartos) do salário mínimo. §1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender: a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; b) à

> "Entrevistada 4 – É de fora. Porque passou a medicação para uma criança aí que nem existia.
>
> Entrevistadora – E aí quando ele receita essa medicação, você recebe esses medicamentos?
>
> Entrevistada 4 – Não. Se tiver na unidade, eles dão. Se não tiver, eles falam que tem que comprar. Mas a maioria dos medicamentos que eles passam, fala que não tem.
>
> eles ligam e pedem."

Portanto, em relação ao parâmetro "cuidados de saúde", podemos constatar que as mulheres, em sua maioria, percebem de forma positiva a saúde que lhes é ofertada, mas quando se trata da saúde do filho há reclamações.

7. Considerações finais

A preocupação com a saúde das mulheres privadas de liberdade vem sendo alvo de políticas públicas no Brasil, como na Lei de Execução Penal de 1984, que preconiza a existência de locais específicos para o tratamento das mulheres gestantes e parturientes privadas de liberdade, e garante o atendimento preventivo e curativo das detentas dentro das prisões. Estabelece ainda que não se for possível prover essa assistência às internas dentro da instituição, elas devem receber o atendimento fora, como em hospitais e maternidade. Em 2009, seis anos após a instauração do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, foi instituída a Lei 11.942, que não apenas reafirma os diretos à assistência à saúde às mulheres gestantes, mas também garante que o cuidado seja extensivo aos filhos. Essas dimensões foram todas reafirmadas pela Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), em 2014, que teve como propósito integrar serviços e cuidar de prover melhor assistência, sobretudo, às mulheres privadas de liberdade.

Em Minas Gerais, a opção para provisão de atendimento específico para as gestantes e mulheres com bebês recém-nascidos foi a criação do Centro de Referência à Gestante Privada de Liberdade, inaugurado em 2009 na Região

assistência à família; c) a pequenas despesas pessoais; d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores. Em resumo, o salário dado às presas e presos do Brasil é três quartos do salário mínimo, podendo 25% deste valor ficar retido para investimento da própria unidade prisional.

Metropolitana de Belo Horizonte. Essa unidade visa garantir o acesso à saúde integral à mulher gestante e ao seu filho até completar o primeiro ano de idade. Por ser a única instituição penal na América Latina com a finalidade de prover acesso à saúde e, em tese, ter infraestrutura adequada para tal objetivo, o Centro é considerado modelo para o atendimento e cuidado desta população específica (LOPES e PINHEIRO, 2016).

Tendo em vista a importância do CRGPL para as discussões sobre um atendimento de saúde de qualidade para as gestantes encarceradas em Minas Gerais, o artigo dedicou-se a problematizar a assistência à saúde para as internas desta instituição a partir de uma abordagem mais ampla. Para tanto, buscamos compreender o que as mulheres internas no CRGPL entendem por atenção à saúde, como avaliam o cuidado com sua saúde durante o pré-natal e de que maneira percebem os cuidados destinados aos seus filhos. Dado o conceito tridimensional de saúde, este estudo procurou ainda identificar as percepções que elas têm dos ambientes sociais e psicológicos dentro da unidade.

No que tange ao aspecto psicológico, foram analisadas as situações que poderiam trazer preocupações para as internas, e o que era feito para amenizá-las. Constatamos que as internas não têm grandes preocupações sobre o processo penal e de guarda, uma vez que são acompanhadas mensalmente pelo advogado da unidade, e quinzenalmente pela assistente social e pela psicóloga, que desde o terceiro mês de gestação iniciam a discussão sobre quem ficará responsável pela guarda dos bebês. As preocupações mais externalizadas pelas internas nas entrevistas eram em relação aos seus filhos que estavam fora da prisão, em especial, a angústia por não terem notícias sobre a vida deles. Por fim, o trabalho, que poderia ser considerado como uma forma de amenizar as preocupações do cárcere, no nosso estudo emergiu de forma problemática, sendo considerado excessivo pelas mulheres internas.

Quanto à análise do ambiente social, constatamos que as internas vivem em um ambiente hostil que implica em constante desconfiança e vigilância com relação às colegas de cárcere. Por mais que haja ajuda entre elas, não foi relatado relações de confiança e amizade. A relação contraditória define também o relacionamento destas mulheres com seus filhos, que por um lado é intenso, permeado de culpa e companheirismo, por outro pesa o fato de ser a única relação de afeto e confiança que as internas se veem vivenciando dentro do cárcere. Afinal, as internas entrevistadas relatam que mulheres presas perdem o companheiro e recebem menos visitas, algo que por vezes é justificado pela distância, e outras vezes por não quererem ver seus familiares passando pela humilhação de vê-las nessa situação de privação de liberdade.

Em relação aos cuidados com a saúde, as mulheres internas entrevistadas avaliam positivamente o tratamento recebido, relatam o atendimento pré-natal completo, acesso rápido aos profissionais quando necessitam e uma alimentação saudável. Porém, são mais críticas quando o assunto é a saúde dos filhos, reclamando do não fornecimento de alguns medicamentos que às vezes são solicitados pelos "médicos de fora", da ausência de um profissional médico e um pediatra, e do descaso, às vezes sentido, quando seus filhos precisam de atendimento. Elas também apresentam algumas ressalvas em relação ao parto, principalmente por estarem acompanhadas pelas agentes, além da obrigatoriedade do parto normal, muitas vezes visto como uma punição.

Nas falas das mulheres entrevistadas vimos que, por mais haja críticas sérias e urgentes ao Centro, elas são feitas de forma pontual e sempre com justificativas. As representações sociais das internas sobre a saúde ofertada no Centro e o tratamento que elas recebem na unidade são, majoritariamente, positivas. Porém, deve-se destacar que para entendermos a complexidade desta representação é necessário ter em mente que ela se organiza em conjunto com outras categorias. Logo, a forma positiva que o CRGPL é visto pelas entrevistadas se dá pela comparação latente entre a unidade e o "cadeião" e pela presença dos filhos junto com elas.

As internas entrevistadas são mulheres que já passaram por outras unidades prisionais, por esta não ser a sua primeira prisão ou por terem sido transferidas de alguma unidade prisional para o Centro. Assim, as comparações são vívidas em suas memórias e em seus discursos. Não houve abordada em que as mulheres não comparassem o CRGPL com o "cadeião". Em relação às cadeias, o Centro se destaca por ser uma unidade que tem como objetivo prestar assistência à saúde da mulher, ser uma unidade com um número reduzido de internas em comparação com o cenário brasileiro, ter uma política de tratamento mais digna. Assim, o contraste entre as instituições faz com que as internas avaliem de forma positiva o tratamento a elas prestado no CRGPL, mas isso não se configura em uma avaliação ingênua.

Além disso, as entrevistadas ressaltavam a todo o momento que estarem com o filho na unidade era uma oportunidade única, o que transformava a cadeia em um ambiente mais acolhedor, com tratamento menos injusto. Ter os filhos com elas significa a oportunidade de viver a gestação e o puerpério com apoio, e, por vezes, a chance de pela primeira vez poder cuidar do seu filho. Ter o filho com elas, apesar de todas as contradições desta relação, faz com que frases como "pelo menos estou com meu filho" sejam recorrentes.

É de suma importância ponderarmos que o Centro é fruto de anos de discussão sobre a realidade de extrema vulnerabilidade de mulheres detentas e

gestantes no Brasil além de esforços em políticas públicas para a superação desta realidade. Ele se destaca por prover um maior acesso à cuidados pelas internas que ali se encontram. Porém, sua rotina suscita inúmeras críticas e ponderações, como a real necessidade da presença destas mulheres em ambientes que são marcados por fatores geradores de estresse e sofrimentos em múltiplas esferas. Nesse contexto, a Lei 13.257/2016, que gerou o pedido de Habeas Corpus coletivo é um primeiro olhar para as necessidades específicas que perpassam a realidade das mulheres, gestantes e mães que se encontram privadas de liberdade. Por isso, se faz necessário maiores e mais profundos debates sobre em qual aspecto essa decisão favorável do Supremo Tribunal Federal irá contribuir efetivamente para a soltura destas mulheres.

8. Referências

BARSAGLINI, Reni. Do Plano à Política de saúde no sistema prisional: diferenciais, avanços, limites e desafios. In: SILVA, Martinho. Saúde penitenciária no Brasil: plano e política. Brasília: Verbena, 2015. 117p. *Physis-Revista de Saúde Coletiva*, v. 26, n. 4, 2016.

BIROLO, Ioná Vieira Bez. Puerpério em ambiente prisional: vivência de mulheres. Originalmente apresentado como dissertação de mestrado ao Programa de Pós-Graduação em Enfermagem, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; Angotti, Bruna. From hyper-maternity to hypo--maternity in women's prisons in brazil SUR 22, v. 12, n. 22, p. 229-239, 2015.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; BRAGA, Ana Gabriela Mendes; et al. *Dar à luz na sombra*: Condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Série Pensando o Direito, n. 51. Brasília, 2015.

CAMARA, Ana Maria Chagas Sette; et al. Percepção do Processo Saúde-doença: significados e valores da educação em saúde. *Revista Brasileira De Educação Médica,*41 36 (1 Supl. 1), 40-50, 2012.

CATITO, Filomena Graciano Lamberga. Depressão e sofrimento emocional durante a gravidez e separação dos filhos em mulheres encarceradas no Estabelecimento Prisional Feminino de Viana em Luanda, Angola. 2015. Originalmente apresentado como Dissertação de Mestrado ao Programa de Pós-graduação em Psicologia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

CERNEKA, Heidi Ann. Homens que menstruam: considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.6, n.11, p. 61-78, jan.-jun.2009.

CLARKE Jennifer G. et al. *Shackling and separation*: motherhood in prison virtual mentor, September 2013, v. 15.

DUARTE, Thais Lemos. "Sentimentos de cárcere: análise das narrativas de mulheres de presos sobre o amor". *RBSE – Revista Brasileira de Sociologia da Emoção*, v. 12, n. 34, p. 191-218, abr. 2013.

FERRARI, Ilka Franco; MACHADO, Marília Novais da Mata. Perfis de mães detentas convivendo com seus filhos. *Pesquisas e Práticas psicossociais – PPP*, 9(2), São João Del-Rei, jul.-dez. 2014.

FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; SOUZA, Lídio de. Mulheres encarceradas e espaço prisional: uma análise de representações sociais. *Psicologia: Teoria e Prática*,7(1), 61-79, 2005.

GALVÁN, Jorge et al. La importância Del apoyo social para elbienestar físico e mental de lasmujeres reclusas. *Salud mental*, v. 29, n. 3, mayo-junio, 2006.

GALVÃO, Laura Gianesella. Marco Legal da Primeira Infância: um breve olhar sobre as alterações que reforçam a doutrina da proteção integral desde os primeiros anos de vida. *Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, p. 111, 2018.

GALVÃO, Mayana Camila Barbosa; DAVIM, Rejane Marie Barbosa. Ausência de assistência à gestante em situação de cárcere penitenciário. *CogitareEnferm*, jul.-set, 18(3), 452-9, 2013.

GALVÃO, Mayana Camila Barbosa; DAVIM, Rejane Marie Barbosa. Vivência de mulheres encarceradas durante a gestação. *Revista de Enfermagem UFPE on-line*, Recife, 8 (supl, 1), 2272-8, jul. 2014.

LEAL MC et al. Birth in prison: pregnancy and birth behind bars in Brazil. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 7, 2016.

LOPES, Tatiana Coelho; PINHEIRO, Roseni. Trajetórias de mulheres privadas de liberdade: práticas de cuidado no reconhecimento do direito à saúde no Centro de Referência de Gestantes de Minas Gerais. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 26, p. 1193-1212, 2016.

MACHADO, Bruno Amaral; PORTO, Maria Stela Grossi. Homicides in the metropolitanarea of Brasilia, DF: social representations by Police Chiefs, prosecutors andjudges. *Sociologias*, v. 17, n. 40, p. 294-325, 2015.

MELLO, Daniela Canazaro; GAUER, Gabriel. Vivências da maternidade em uma prisão feminina do estado Rio Grande do Sul. *Saúde & Transformação Social*, v.2, n.2, p.113- 121, 2011.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Saúde e doença como expressão cultural. In: Amâncio Filho, Antenor (Org.). *Saúde, trabalho e formação profissional*. Rio de Janeiro: Fiocruz. p. 31-49.1997.

MIYAMOTO, Yumi; KROHLING, Aloísio. Sistema prisional brasileiro sob a perspectiva de gênero: invisibilidade e desigualdade social da mulher encarcerada. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 40, 2012.

MORAES, Pedro R. A identidade e o papel de agentes penitenciários. *Tempo Social, revista de sociologia da USP*, v. 25, n. 1. 2013.

NAKANO, Andreza Rodrigues; BONAN, Claudia; TEIXEIRA, Luiz Antônio. Cesarianas e saúde pública: uma imbricação necessária. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, v. 25, n. 2, p. 615-616, 2018.

OMS – Organização Mundial da Saúde. Constituição da Organização Mundial da Saúde, adotada pela Conferência Internacional de Saúde, realizada em Nova Iorque de 19 a 22 de julho de1946.

PAÍNO QUESADA, S. G.; et al. Vivencia de la maternidad en la privación de libertad y niveles de ansiedad. Um estudio en el centro penintenciario de Odemira (Portugal). *Anuario de Psicología Jurídica*, v. 17, p. 65-78, 2007. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, España.

Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP). Ministério da Saúde. 2004.

REIS, Camila Azevedo; ZUCCO, Luciana Patrícia. Saúde sexual e saúde reprodutiva no cárcere. Fronteiras: *Revista Catarinense de História*, n. 33, p. 66-86, 2019.

SANTOS, Márcia Vieira dos; et al. A saúde física de mulheres privadas de liberdade em uma penitenciária do estado do Rio de Janeiro. *Esc Anna Nery*, 21(2), 2017.

SILVA, Eveline Franco da; et al. Maternidade atrás das grades. *Enfermagem em foco*, 2 (1) 33-37, 2011.

SIQUEIRA, Natália Leão. Gênero e saúde no Brasil: a (re) produção de desigualdades. Originalmente apresentado como dissertação ao curso de Mestrado em Sociologia da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal De Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

SOARES, Bárbara Musumeci. *Prisioneiras*: vida e violência atrás das grades. Editora Garamond, 2002. (Histórias da prisão – p. 11-50)

TRINDADE, Zeidi Araújo; ENUMO, Sônia Regina Fiorim. Representações sociais de infertilidade feminina entre mulheres casadas e solteiras. *Psicologia, Saúde & Doenças*, v. 2, n. 2, p. 5-26, 2001.

VENTURA, Miriam; et al. Maternidade atrás das grades: em busca da cidadania e da saúde. Um estudo sobre a legislação brasileira. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 31(3), 607-619, mar. 2015.

VIAFORE, Daniele. A gravidez no cárcere Brasileiro: uma análise da Penitenciária Feminina Madre Pelletier. *Direito&Justiça*, v. 31, n. 2, 2005.

WALKER et al. Pregnancy, prison and perinatal outcomes in New South Wales, Australia: a retrospective cohort study using linked health data. *BMC PregnancyandChildbirth*, 2014, 14:214.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A percepção de suporte social em mulheres encarceradas, de Carla Priscilla Castro Sousa e Lucas Guimarães Cardoso de Sá – *RBCCrim* 146/151-171(DTR\2018\18278);
- Com a palavra, as mulheres: maternidade por trás das grades, de Rafaela Araújo Moreira, Maiana Vargas Fonseca, Jean Carlos Carvalho Praxedes, Tânia Christiane Ferreira Bispo e Denise Santana Silva dos Santos – *RBCCrim* 146/649-662 (DTR\2018\18310);
- Encarceramento da maternidade no Estado de Coisas Inconstitucional, de Andressa Paula de Andrade e Eduardo Cambi – *RBCCrim* 160/295-317 (DTR\2019\40258); e
- Políticas públicas de acesso à saúde no cárcere: uma análise do Plano Nacional de Saúde no sistema penitenciário, de Luiz Ismael Pereira e Beatriz de Santana Prates – *RBCCrim* 148/451-493 (DTR\2018\19817).

Constitucionalismo moderno, codificação e reprodução do capital

Modern constitutionalism, codification and the capitalist accumulation

Júlio Cesar de Oliveira Vellozo

Pós-doutor em Direito pela Universidade de Salamanca, pós-doutorando em direito pela USP, doutor em História Social pela USP, mestre em Estudos Brasileiros pela USP e graduado em História pela USP. Pesquisador Bolsista Funadesp. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de graduação e da pós-graduação stricto sensu da Faculdade Autônoma de Direito, FADISP. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0030-0997.
juliovellozo@gmail.com

Silvio Luiz de Almeida

Pós-doutor e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie na graduação e no programa de pós-graduação stricto sensu. Professor do Departamento de Fundamentos Sociais e Jurídicos da Escola de Administração de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0990-9707.
silviovlq@gmail.com

Autores convidados

Áreas do Direito: Constitucional; Financeiro e Econômico

Resumo: Neste artigo trataremos da relação entre a vedação ou limitação da pena de confisco de bens, típica do Antigo Regime, e o processo histórico de ascensão do capitalismo, visto por autores como Immanuel Wallerstein como definidos pela "reprodução ampliada do capital". Mostraremos como o processo de enfraquecimento ou supressão desta pena está relacionado à necessidade de dar aos capitais a segurança necessária para que eles buscassem a melhor maneira de se multiplicar. Assim a absorção das ideias do iluminismo

Abstract: The article deals with the relation between the suppression or limitation of confiscation, spoliation and seizure of property as a form of punishment, which was typical of the Ancien Régime, and the ascension of the capitalist system, which is understood by authors like Immanuel Wallerstein as a process of "extended reproduction of capital". The article shows how the weakening of confiscation is related to the need to protect private property and how liberal criminal codes absorbed the Enlightenment

Vellozo, Júlio Cesar de Oliveira; Almeida, Silvio Luiz de. Constitucionalismo moderno, codificação e reprodução do capital. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 162. ano 27. p. 383-408. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2019.

penal pelos códigos liberais foi parcial e interessada, voltando-se principalmente para estabelecer mecanismos de proteção da propriedade.

Palavras-chave: Pena de confisco – Códigos penais modernos – Direito penal e capitalismo.

ideals in a partial way and only at points that were of capitalist interest, concentrating mainly on the mechanisms of property protection.

Keywords: Confiscation – Seizure of property – Modern Penal Codes – Criminal law and capitalism.

Sumário: Introdução. O constitucionalismo moderno e os contornos do poder político. Ordem social e autoexpansão do capital. Iluminismo penal e confisco. Conclusão. Bibliografia.

"A chave para o sistema institucional do século XIX está
nas leis que governam a economia de mercado[1]".
(Karl Polanyi. A Grande Transformação).

Introdução

No presente artigo, trataremos da relação entre a vedação ou limitação da pena de confisco - uma poderosa arma política e econômica - e o processo histórico de ascensão do capitalismo, visto por autores como Immanuel Wallerstein como definidos pela "reprodução ampliada do capital". O argumento aqui apresentado é o de que a expansão do capitalismo teve como condição de possibilidade o advento de uma nova ordem social estabelecida pelo constitucionalismo moderno e, desse modo, por visar a salvaguarda das condições socioeconômicas erigidas após as revoluções liberais e a consequente expansão do capital, a legalidade penal instaurada sob a influência do iluminismo teve que lidar com ameaças ao direito de propriedade, como o roubo e, especialmente, o confisco. Como será demonstrado a seguir, houve um processo crescente de restrição ou proibição da pena de confisco atendendo ao reclamo de uma série de autores identificados com o iluminismo penal. O mesmo não se pode dizer de outras questões sensíveis à filosofia das luzes como a liberdade, a dignidade humana e a vida, o que aponta para o fato de que a análise da política penal não se aparta das especificidades históricas que orientam as relações entre as classes e no interior das classes[2]. Desse modo, mos-

1. POLANYI, Karl. *A Grande Transformaçã*o. As origens da nossa época. Tradução Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2000, p. 17.
2. PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 172. Ver também MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2014.

traremos que as necessidades da reprodução ampliada do capital determinaram a lógica seletiva de absorção dos princípios do iluminismo pelas constituições e códigos, colocando à frente as questões ligadas à propriedade.

O artigo está dividido em três partes. Na primeira, apresentaremos um panorama histórico-filosófico do constitucionalismo moderno. Na segunda parte, discutiremos em que medida a formação da "economia-mundo capitalista" precisa da criação de uma ordem jurídica e política em linha com as exigências de expansão do capital, especialmente a proteção da propriedade. Na terceira e derradeira parte do artigo demonstramos como o iluminismo penal penetrou diversos códigos e constituições, influenciando de modo particular a regulação do confisco.

O constitucionalismo moderno e os contornos do poder político

A virada do século XVIII para o XIX, momento inaugural do mundo contemporâneo[3], teve como uma de suas marcas distintivas o surgimento do constitucionalismo moderno[4]. Autores dos mais diversos matizes interpretativos, malgrado diferenças ideológicas e de ênfase, caracterizam o constitucionalismo

3. Cf. HOBSBAWM, Eric. *A era das revoluções*. São Paulo: Paz e Terra, p.22.

4. Nos referimos às constituições e códigos surgidos a partir das Revoluções Atlânticas, iniciadas em 1776, com a Independência das Treze Colônias. Temos consciência da polêmica que envolve a formulação, especialmente por conta do uso do termo "moderno". O uso deste qualificativo parece supor a existência de constitucionalismos anteriores. Nisso crê, por exemplo, Maurizio Fioravanti. Há quem prefira falar em um Constitucionalismo Liberal, o que implica ligar o fenômeno não a uma mudança de época, mas a um movimento político concreto, o liberalismo político em sua primeira floração. Há, ainda, quem considere que o termo constituição, apesar de antigo, nomeava um fenômeno de tal forma diferente do que surgiria no final do século XVIII que o seu emprego só teria sentido neste momento. É o caso de Bartolomé Clavero. Num sentido parecido com a de Fioravanti, mas dando maior ênfase ao aspecto global do fenômeno e não a suas particularidades é especialmente interessante a abordagem de Hors Kippel. Cf. FIORAVANTI, Maurício. Constitución. De la antiguedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001 [1999], pp. 11 a 15; MIRANDA, Jorge. *O Constitucionalismo liberal-luso brasileiro*. Lisboa: Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 2001; CLAVERO, Bartolomé. *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, especialmente pp. 11 a 29. Do mesmo autor, mas em uma abordagem por outro ângulo CLAVERO, Bartolomé. *Codificación y constitución: paradigmas de un bionmio*. Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giurídico moderno; XVIII (1989). Milano: Giuffrè editore; pp. 79-145.

moderno como como um *ato constituinte,* resultante de um processo histórico[5], em que a declaração de vontade soberana de um povo estabelece os contornos e os limites do poder político[6]. Em uma definição um pouco mais ampla, que busca identificar diferentes dimensões do fenômeno encontradas em variadas experiências, Horst Dippel estabeleceu o que seriam as características fundamentais deste constitucionalismo moderno:

> "uma verdadeira constituição para o constitucionalismo moderno era a que estabelecia princípios inequívocos tais como a soberania popular, os direitos humanos, os princípios universais, o governo representativo, a separação de poderes, a prestação de contas ou responsabilidade (accountability), a independência dos juízes, a constituição como lei suprema e o poder do povo para emenda-la[7]."

Nascia a ideia de um governo das leis, fundado pela soberania popular, no qual o poder do Estado deveria ser limitado pelas regras por elas estabelecidas[8]. Esta limitação aconteceria, de acordo com as teorias que as justificavam, com dois propósitos fundamentais: 1) evitar o despotismo dos monarcas em geral dando maior latitude às prerrogativas do parlamento, considerado este o portador da

5. Com base nas lições de Maurizio Fioravanti, Gilberto Bercovici alerta para o fato de que a história do constitucionalismo moderno "não é única e contínua". Segundo Bercovici, "as relações de continuidade no decorrer de longos períodos da história são, geralmente, enganosas. Há pluralidade de experimentos e visões, cada um com sua especificidade e originalidade". Um exemplo trazido por Bercovici é a visão normativa da constituição e a divisão entre constituições rígidas e flexíveis que, segundo ele, são produtos da passagem do século XIX para o século XX e que, portanto, não estão na origem do constitucionalismo. BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 15-16.
6. Dentre todos limites dessa concepção são especialmente importantes os levantados por Antônio Manuel Hespanha que demonstrou que a ideia de que existiam monarquias prenhes de poder, capazes de controlar o cotidiano da dinâmica social e política antes do surgimento do Estado contemporâneo é uma ilusão, uma projeção para o passado de uma concepção moderna de administração. Dessa maneira, é preciso matizar bastante a imagem de que, no Antigo Regime, havia aparelhos administrativos que sufocavam os indivíduos e sua iniciativa, processo que teria sido revertido pelo surgimento do liberalismo e do constitucionalismo moderno. HESPANHA, Antonio Manuel. *As vésperas do leviatã*. Instituições e poder político. Portugal – século XVII. Coimbra: Almeidina, 1994.
7. DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo moderno*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 11.
8. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias*. La ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Ibáñes e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2016, p. 16.

soberania[9]; 2) construir uma esfera de liberdade individual na qual não caberia ao Estado interferir. Tratava-se, enfim, de estabelecer "o governo das leis em lugar do governo dos homens", ou, como afirmava Saint-Just – jovem jacobino que propunha o estabelecimento de uma verdadeira "religião das leis" – passou-se ao momento no qual a felicidade e liberdade pública seriam garantidas "por meio da lei" e não mais através da graça de Deus ou da ação de um rei justo[10].

Dois mecanismos concretos consubstanciaram estes objetivos gerais. O primeiro foi a divisão dos poderes entre diferentes entes, classificados tanto no que se refere às atribuições e distintos modos de exercê-lo (legislativo, executivo e judiciário), quanto às atribuições territoriais deste mesmo exercício (centrais e locais).[11] Não pode ser colocado em segundo plano certo federalismo que muitas vezes é visto apenas como um mecanismo de consecução dos interesses de elites regionais. Na verdade, a defesa de que parcela do poder ficasse nas localidades também obedecia à lógica de evitar a concentração de poder em um dos pólos. Esta desatenção ao fenômeno federal como parte da lógica da divisão dos poderes talvez seja explicada pelo fato do mecanismo não ter relevância na França, cuja experiência histórica é a mais mencionada nas análises acerca das origens da divisão de poderes. Entretanto, é importante dizer que desta divisão do poder político também constou a parcela a ser exercida diretamente pelos cidadãos através de mecanismos que foram muito valorizados no período, dentre eles o júri popular e as magistraturas eletivas leigas[12].

O segundo mecanismo foi o estabelecimento de direitos e garantias individuais, voltadas para proteger os indivíduos, tanto de ações arbitrárias levadas a cabo pelo Estado, quanto de imposições feitas pelas maiorias[13]. Note-se que ao

9. Uma série de publicistas defenderam a ideia de as coroas também exercem parte da soberania. É o caso, por exemplo, do Brasil, onde Dom Pedro I carrega o título de Imperador pela vontade de Deus e unânime aclamação dos povos. Esta unanime acclamação daria ao monarca parcela da soberania.

10. CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa*. Le fonti e il pensiero giuridico. Volume II. Milano: Giuffrè editore, 2005, p. 409, 410.

11. CLAVERO, Bartolomé. *El orden de los poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2007

12. Para um estudo esclarecedor luminoso sobre o tema o júri ver CLAVERO, Bartolomé. *Happy Constitution*. Cultura y lengua constitucionales. Madrid: Editorial Trotta, 1997,

13. Cf. ROSANVALLON, Pierre. *El momento Guizot. El liberalismo doctrinario entre la Restauración y la Revolución de 1848*. Trad. Hernán M. Díaz. Buenos Aires: Biblos, 2015. ROSANVALLON, Pierre. *La Monarchie Impossible. Les Chartes de 1814 et 1830*. Paris: Fayard, 1994. FURET, François; RICHET, Denis. *La Rivoluzione Francese*. Trad. Silvia

estabelecer os limites da intervenção do Estado não apenas garante-se a liberdade individual, mas define-se o que é a liberdade individual. Nesse sentido, a liberdade individual tem sua plena manifestação condicionada à ordem estabelecida, ou em outras palavras, só "existe" liberdade nos limites que a separam do campo de intervenção reservado ao poder estatal. Portanto, a liberdade individual – elemento essencial de uma sociedade que não mais se organiza por vínculos tradicionais de servidão e vassalagem, mas por contratos regidos pela autonomia da vontade – só é passível de garantia dentro de uma ordem jurídica sustentada por um Estado impessoal.

Os primeiros diplomas jurídicos a expressar os ideais da filosofia moderna são muito ricos na busca por criar modelos inventivos de organização e exercício do poder. Alguns deles concentraram-se em manter parcelas importantes do poder fora da tutela do Estado, dando sentido ao velho pensamento hobbesiano da liberdade negativa, exercida na dimensão da vida que o poder estatal não alcançava[14]. Este foi o caminho que ganhou ênfase nos Estados Unidos, menos em sua constituição federal e mais nos textos constitucionais dos estados-membros[15]. Um outro caminho encontrado para limitar o poder foi o que teve maior expressão na França, onde o parlamento exerceu, até o período napoleônico, a parte mais importante das prerrogativas, já que era este o poder mais próximo da manifestação da soberania popular.

Ainda nesse ponto é necessário notar que o constitucionalismo moderno, na grande maioria dos países, não trouxe em seu bojo apenas constituições, mas também um instrumento de novo tipo, os códigos, que foram tão ou mais decisivos que as constituições, dados os seus objetivos ao mesmo tempo específicos e gerais. Com ambições totalizantes, os códigos buscavam apreender e normatizar o conjunto da atividade humana em uma determinada área, criando um ponto de partida, uma ruptura na temporalidade[16]. Em suma, o novo tempo aberto pelas

---

Brilli. Roma-Bari: Editori Laterza, 2008, vol. 2. CLAVERO, Bartolomé. *El orden de los poderes: Historias Constituyentes de la Trinidad constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. CLAVERO, Bartolomé *Happy Constitution: Cultura y lengua constitucionales*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

14. SKINNER, Quentin. Hobbes e a liberdade republicana. São Paulo: Unesp, 2010.
15. Sobre as constituições estaduais dos EUA ver DIPPEL, Hors. *Constitucionalismo moderno*. Tradução Clara Alvarez Alonso. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 41 a 57 e CLAVERO, Bartolomé. *Happy Constitution*. Cultura y lengua constitucionales. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 65 a 74.
16. OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: EDUSC, 2015.

Revoluções Atlânticas deve ser visto sob o prisma do que Bartolomé Clavero nominou de "um binômio", formado por esses dois instrumentos normativos coetâneos, a constituição e os código[17].

Constituições e códigos, portanto, estabelecem, na grande maioria dos países, um novo mundo jurídico voltado para o pleno estabelecimento das relações mercantis e da dinâmica de reprodução da capital. Para que esse novo mundo possa existir é preciso que o capital circule amplamente, o que só é possível mediante a proteção jurídico-estatal da propriedade e das relações contratuais baseadas na autonomia da vontade. Desenvolveremos estas conexões entre autoexpansão do capital e constitucionalismo moderno a seguir.

Ordem social e autoexpansão do capital

O constitucionalismo moderno foi visto, pela maioria dos autores contemporâneos, em uma chave cumulativa, como uma espécie de desdobramento do pensamento iluminista e dos questionamentos que este colocou sobre a legitimidade do poder absoluto. Uma outra visão é a que o vê como o fruto do ascenso de uma nova classe social, a burguesia, que depois de ocupar o lugar mais importante na esfera da economia, logrou ocupar o poder político e, desta maneira, estabelecer uma nova ordem neste campo. Sem desconsiderar as suas visões acima destacadas, cuja influência é indiscutível, é necessário jogar luz sobre outro aspecto: as relações entre o fenômeno constitucional e o capitalismo como sistema histórico. A dinâmica irresistível que forcejou e derrubou os alicerces jurídicos do Antigo Regime foi dada pela necessidade de retirar uma série de entraves que estavam colocados para a plena expansão do capital.

Consideramos, conforme categorizou Immanuel Wallerstein, que o que distingue o capitalismo é o fato de que o capital passa a ter como movimento primordial a sua autoexpansão. O capital, pensado como uma massa de riqueza acumulada, não é um fenômeno do capitalismo, a novidade sob este novo sistema é justamente o fato de que ele é usado para "acumular mais da mesma coisa"[18]. Este processo, no qual o valor se valoriza necessita da remoção de uma série de entraves para se realizar plenamente, mesmo que seja necessário o uso de métodos

17. CLAVERO, Bartolomé. *Codificación y constitución: paradigmas de un binomio*. In: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno; XVIII (1989). Milano: Giuffrè editore; pp. 79-145

18. WALLERSTEIN, Immanuel. *Capitalismo histórico e civilização capitalista*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001, p. 13.

violentos e sanguinários que, mais tarde, serão amplamente condenáveis. A esta remoção de barreiras ao amplo desenvolvimento do capital Marx denominou de acumulação originária. Para Marx, "o ponto de partida do desenvolvimento que deu origem tanto ao trabalhador assalariado como ao capitalista foi a subjugação do trabalhador", algo possível somente graças a uma reorganização radical da vida social e de seus significados[19].

No Antigo Regime a sociedade era baseada no privilégio de nascimento e estava inserida em uma visão de mundo dominada pela ideia de que todo o devir e toda a estrutura social eram fruto da realização da vontade de Deus no tempo. Isso resultava em uma estrutura normativa que tutelava uma ordem natural do mundo, o que impedia que este ciclo de autoexpansão do capital se desenvolvesse. Em muitos sentidos, o constitucionalismo moderno marca a destruição de uma velha ideia de normatividade para, em seu lugar, entronizar um outra, baseada na igualdade dos indivíduos diante da lei.

Este movimento profundo e irresistível estabeleceu uma nova sociabilidade, que se desdobra: 1) no reposicionamento e ressignificação do sagrado; 2) na perda do monopólio da providência como filosofia da história; 3) em nova concepção de indivíduo; 4) na remoção de uma série de estruturas que estavam ancoradas na tradição e nos privilégios. Nesta nova quadra da história, o homem não pode mais ser visto como mero espectador, ainda que privilegiado, de um mundo cujo sentido foi constituído por Deus ou pela Natureza, algo que em todo caso, está fora de sua compreensão e interferência. A sociedade capitalista exige do homem mais do que o protagonismo: exige a autoria e o comando de sua história, seja na dimensão individual, coletiva, comunitária ou nacional. Esta nova visão sobre as possibilidades do humano é a condição subjetiva decisiva para o surgimento de instrumentos como a constituição e o código que são, por natureza, elementos instituintes, conformadores de uma nova realidade. Somente crente em suas quase ilimitadas capacidades poiéticas poderia o ser humano criar códigos e constituições que, depois, serviriam para que novas subjetividades, forjadas por seus princípios, pudessem ser criados. O homem, na sua dimensão genérica, não faz a Constituição ou os códigos; o homem moderno e, especialmente, o homem contemporâneo, que viverá sob a égide das trocas mercantis, é o resultado de uma paciente, elaborada e trabalhosa urdidura técnica e política, possibilitada pela Constituição e pelos Códigos.

Há uma séria polêmica entre os diversos autores sobre o momento no qual a alteração qualitativa desse mundo se estabelece, dando lugar à emergência de

19. MARX, Karl. *O Capital - Livro I: Crítica da economia política*. São Paulo: Boitempo, 2010.

uma nova totalidade social marcada pela generalização da mercadoria. É famosa a ácida discussão sobre a transição do feudalismo para o capitalismo, que envolve a definição da datação de início desse novo sistema, com alguns autores considerando que o capitalismo existe antes do assalariamento e outros acreditando que somente no momento em que se estrutura a oposição entre burguesia e proletariado o sistema emerge[20]. Independente das disputas teóricas sobre o assunto, há um amplo consenso sobre a centralidade do surgimento do mundo da fábrica e da generalização do assalariamento para a formação do mundo contemporâneo. As novas escalas produzidas pelo capitalismo industrial têm como motor um processo incontrolável – metastático, na feliz metáfora de Ignácio Rangel – de ampliação e sofisticação da divisão do trabalho[21]. Importante notar que esta dinâmica não se dá somente dentro de cada unidade produtiva, mas entre as diversas unidades de diferentes tipos e mesmo entre nações distintas. Para Adam Smith, apesar desta divisão do trabalho ter começado na noite dos tempos e ter sido elemento de diferenciação entre os homens e outros animais, ela ganhou uma dimensão completamente distinta com o nascimento da manufatura de grande escala. Depois de seu espanto com a divisão de trabalho em uma fábrica de alfinetes, exemplo um tanto gasto, mas sempre interessante de sua visão industrialista, Smith explica a divisão de trabalho na manufatura como o elemento que desata uma cadeia de reações no conjunto da sociedade, resultando no enriquecimento de todos:

> "O trabalho também, que é necessário para produzir qualquer manufatura completa, é quase sempre dividido por um grande número de mãos. Quantos ofícios diferentes não estão empregados em cada ramo das manufaturas do linho e da lã, dos cultivadores aos branqueadores e penteadores, ou tintureiros e alfaiates! A natureza da agricultura, de fato, não admite tantas divisões do

20. MARIUTTI, Eduardo Barros. *Balanço do debate:* a transição do feudalismo ao capitalismo. São Paulo: Ed. Hucitec, 2004. DOBB, Maurice. SWEEZY, Paul. *Do Feudalismo ao Capitalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

21. (...) a ascese, aos se transferir da célula dos mosteiros para a vida profissional, passou a dominar a moralidade intramundana e assim contribuiu [com sua parte] para edificar esse poderoso cosmos da ordem econômica moderna ligado aos pressupostos técnicos e econômicos da produção pela máquina, que hoje determina com pressão avassaladora o estilo de vida de todos os indivíduos que nascem dentro dessa engrenagem – *não* só dos economicamente ativos – e talvez continue a determinar até que cesse de queimar a última porção de combustível fóssil. WEBER, Max. *Ética protestante e o "espírito" do capitalismo*. Tradução João Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p 164, 165

> trabalho nem separação tão completa de uma atividade da outra, quanto as existentes nas manufaturas. É impossível separar tão inteiramente o trabalho do pecuarista daquele do cultivador de cereais, como a indústria do carpinteiro é comumente separada da do ferreiro. O fiador é quase sempre uma pessoa distinta do tecelão, mas o arador, o gradeador, o semeador e o segador são frequentemente o mesmo homem[22]."

Este processo de nascimento do capitalismo industrial, notado com grande acurácia por Adam Smith, encontrou, em determinado momento de seu desenvolvimento, um obstáculo importante na sociedade de Antigo Regime. Os esforços modernizadores dos iluministas desde o século XVIII já haviam produzido algumas melhoras e introduzidos pequenas reformas econômicas, mas elas já haviam chegado em seu ponto de esgotamento. Conforme lembra Immanuel Wallerstein, no período anterior ao mundo dos códigos e das Constituições, um burguês individual e/ou sua empresa poderiam perder os seus capitais através de três mecanismos concretos. O primeiro deles com uma expropriação realizada pelo Estado ou pela igreja. O segundo, através de uma tributação excessiva, que se aproxime ao confisco. O terceiro modo de um capitalista perder os seus bens é o roubo, nesse caso realizado por outros particulares[23]. Se o que distingue o novo mundo é a valorização do valor, ou a realização do ciclo do capital, para além de retirar barreiras que impedissem o movimento que concretiza a realização deste ciclo, era decisivo proteger o capital contra essas ameaças concretas já que o seu movimento, tanto mais livre quanto possível, é em si, a dinâmica e o sentido do sistema. Remover barreiras à reprodução do capital, estabelecer mecanismos que protejam a propriedade, eis as duas tarefas primeiras tarefas a serem encaradas pelo direito naquele momento.

Um terceiro aspecto decisivo a ser garantido pelo constitucionalismo moderno através de suas constituições e códigos eram os mecanismos que permitissem a formação de um mercado de trabalho de homens livres, no qual os proprietários dos meios de produção pudessem comprar força de trabalho de indivíduos que, tendo sido expropriados no campo, eram coagidos a trabalhar economicamente. Nesse caso, é importante notar que o capitalismo industrial, com a generalização do assalariamento no território europeu e em outras regiões sem preponderância

22. SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e causa da riqueza das nações*. Tradução: Norberto de Paula Lima. São Paulo: HEMUS, 2005, p. 20. Ver também, na mesma obra, p. 25.

23. WALLERSTEIN, Immanuel. *O fim do mundo como o concebemos*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 96.

do trabalho escravo, precisou criar um novo tipo de individuo/pessoa/sujeito, para viabilizar a coação econômica. Nos regimes anteriores as pessoas trabalhavam através de um processo de coação física, ou, nos dizeres de Marx, extra-econômica. Escravos e servos eram, respectivamente, propriedade e parte da posse fundiária dos senhores. No capitalismo, pelo contrário, os homens são formalmente livres para vender a sua força de trabalho e as relações de produção são marcadas pelo contrato, instrumento baseado na volição. Dessa maneira, o mundo da mercadoria resultou na criação de um novo direito ou, se quisermos, no direito propriamente dito, produtor e produto de uma sociedade de homens livres e iguais, prontos a estabelecer contratos.

O mais importante desses contratos, justamente por viabilizar a única atividade capaz de produzir riqueza, é o que se dá entre burgueses e proletários, que contratam a troca de trabalho vivo, entregue por aquele que trabalha, por trabalho morto, corporificado na pequena fração de riqueza paga ao trabalhador, sempre bastante inferior àquela paga por ele. Há, no entanto, toda uma série de outros contratos que dão segurança ao capital em sua circulação através do ciclo da mercadoria. É interessante lembrar mais uma vez do texto luminoso de Adam Smith, que narra a complexa divisão de trabalho entre diversos entes.[24]

Desse modo há uma nova juridicidade criada pelo mundo do capitalismo que inclui a criação do homem livre, capaz de estabelecer de modo pleno relações mercantis, dentre estas a de vender a sua força de trabalho; a remoção de todas as barreiras ao livre emprego dos capitais, o que significa remover uma série de barreiras típicas do Antigo Regime; estabelecer garantias à propriedade. Neste último item podemos considerar que as garantias mais importantes se dão contra: (i) a expropriação dos capitalistas levada a cabo por alguma autoridade política ou, a depender do lugar e época, eclesiástica; (ii) o estabelecimento de impostos em um nível além do considerado razoável, de modo a comprometer a reprodução do sistema; (iii) o roubo do capital por outros particulares; (iv) o estabelecimento de restrições contra a livre disposição do capital por parte de seu proprietário.

Iremos tratar, a seguir, do estabelecimento de uma dessas garantias: a de que o Estado deixaria de aplicar como pena o confisco de bens. Para compreender a origem do debate sobre o assunto, comecemos por tratar do penalismo iluminista e, a seguir, passaremos a analisar o surgimento da vedação do confisco em uma série de diplomas jurídicos.

24. SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e causa da riqueza das nações*. Trad. Norberto de Paula Lima. São Paulo: HEMUS, 2005, p. 25

Iluminismo penal e confisco

Franco Venturi, em seu *Utopia e Reforma no Iluminismo*[25], demonstra que a característica decisiva desta nova atitude filosófica estava em sua atitude prescritiva. No século anterior à emergência do fenômeno das luzes, houve rupturas filosóficas decisivas, marcadas pelas obras de autores como Thomas Hobbes, Isaac Newton e René Descartes. No entanto, por mais disruptivas que fossem suas interpretações, nenhuma delas apresentava proposições de alterações na realidade social, ficando restritas a diagnósticos sobre o que era o mundo social e natural. Os iluministas, no século seguinte, operaram uma alteração decisiva, enxergando-se como capazes de formular, além de diagnósticos, propostas de mudança realidade. Esta atitude representou uma ruptura decisiva com a filosofia da história providencialista, que encarava o conjunto dos fenômenos sociais e naturais com a realização da vontade de Deus no tempo.

Os campos abordados por esta atitude iluminista eram os mais vastos, mas houve alguns que tiveram a predileção de seus pensadores. Um dos principais esteve relacionado com a forma através da qual se exercia o direito de punir. Era característica do pensamento iluminista, conforme Paul Hazard, a noção de que nada poderia existir sem que se submetesse "ao tribunal da razão", de modo que os aspectos mais diversos da vida social já não poderiam se legitimar somente pela tradição, pelo mistério da fé, ou por qualquer outra justificativa que se amparasse em critérios baseados nas paixões humanas[26]. O direito de punir, desse modo, foi submetido a esse crivo da razão. Giovanni Tarello sistematizou os questionamentos feitos pelos iluministas acerca dos modos de punir que eram utilizados naquele momento: existem pessoas que podem exercer o direito de punir outras pessoas, ou seja, de infligir mal a outros sujeitos? Considerando que este direito exista, a quem ele pertence? Quais punições são lícitas de serem infligidas? Existe uma relação natural entre o tipo de ação ilícita e o tipo de punição a ser infligida, aí incluído o modo concreto de fazê-lo? Se sim, qual é a relação? Como estas penas devem ser executadas?[27] Evidenciando essa grande atenção dos iluministas pelo direito penal, Elisabeth Badinter, em sua obra monumental sobre o movimento, afirma:

---

25. VENTURI, Franco. *Utopia e reforma no iluminismo*. Bauru: Edusc, 2005.
26. HAZARD, Paul. *A Crise da consciência europeia: 1680-1715*. Trad.Óscar de Freitas Lopes. Lisboa: Edições Cosmos, 1948
27. Para uma sistematização dessas questões nodais, que funcionaram como pressupostos para os iluministas ver TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il mulino, 1976. *P. 383*.

> "O interesse dos filósofos pela justiça e pelo sistema judiciário ganha corpo num contexto incomum. Não só porque a emoção antecede a reflexão, mas sobretudo porque os filósofos franceses recebem então uma lição magistral de um jovem milanês de 26 anos. Retomando os conceitos essenciais da filosofia do Iluminismo, Beccaria apresenta aos pares e ao público europeu cultivado, uma resposta fulgurante a questões cuja formulação ainda parece difícil em Partis ou Ferney. Daqui em diante, todos aqueles que se interessam pela injustiça, de Londres a Berlim, de Paris a Copenhague, serão meros comentadores da filosofia e das propostas beccarianas[28]."

Os primeiros questionamentos mais concretos em matéria penal tiveram como alvo novas leis que foram estabelecidas pelo Estado absolutista que, premido por novos gastos fruto da centralização do aumento do aparato estatal, aumentava impostos e punia devedores. Desse modo, conforme Tarello: "il dissenso popolare no si diresse, in um primo tempo, contro la combustione di eretici, bensí contro l'imposizione dela gabella[29]".

Logo os ataques dos iluministas se ampliaram e passaram a atingir o espaço verdadeiramente gigantesco ocupado pelo conceito de *crime de lesa-majestade*. Este crime, de difícil compreensão se visto a partir do prisma do direito contemporâneo, tinha como referência geral a figura do monarca. Mas essa referência era fugidia, geral, e não fornecia parâmetros para uma definição específica dos crimes, como seria típico no mundo das codificações. O crime de lesa majestade era dividido em duas grandes categorias, lesa majestade divina e lesa majestade humana. A primeira categoria compreendida crimes contra a fé como a heresia, a magia e o sacrilégio, por exemplo. A segunda categoria, a de lesa majestade humana compreendia uma amplíssima variedade de condutas, que iam do ataque físico ao corpo do Rei à pequenas ameaças contra os seus domínios agrários[30]. Segundo Mario Sbriccolli, em seu estudo clássico sobre o tema:

> "La scienze giuridica ottocentesca muove dai codici e costruisce modelli teorici nei quali inserisce, di volta in volta, ordinamenti, istituiti, meccanismo operativi e metodi ermeneutici. La dottrina del diritto comune muove da fonti

28. BADINTER, Elisabeth. *As paixões intelectuais. A vontade de poder*. Vol.II Tradução Clovis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 88.
29. TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il mulino, 1976 p. 385
30. TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il mulino, 1976, p. 415

> di mille anni prima e più che 'nozioni' tendi a strutturare "elenchi", perché il suo ruolo non è quello di operare all'interno di un ordinamento codificato, ma quello di segnare essa stessa i confini di un sistema per sua natura aperto (in quanto giurisprudenziale), che garantisca al Principe la perpetuazione del suo potere.
>
> In questo quadro ben si giustificano sia la "supllenza della legislazione" sia la tendenza a presentare l'istituto del crime Laesae maiestatis come istituto no chiuso, ma suscettibile di integrazioni dottrinali e, soprattutto, di espansione quantitativa (e quindi qualitativa) all'interno dell'ordinamento politico-giuridico.
>
> La stessa evoluzione conosciuta dai sistemi di potere dell'età medievale e moderna nell'arco di tempo che va dal XIII al XVII secolo (il che vuol dire, schematizzando, dalla piccola città-comune al poderoso Stato assolutistico nazionale) comporta una crescita continua del ruolo specífico e del peso complessivo di quell'istituto, al quale si affida prima la difesa del comune, poi quella del Principe, degli apparati burocratici, dell'esercito, del sistema economico, dell'organizzazione della Chiesa: in breve, la difesa dello Stato e di un'infinitá di minutissimi aspetti delle sue manifestazioni[31]."

Nos crimes de lesa majestade, como nos outros, a distinção entre as sanções se dava fundamentalmente pelo tipo de sanção e não pela quantidade, na medida em que as espécies de punição existentes não permitiam uma quantificação, ou seja, era possível fazer a pena variar de acordo com a gravidade transitando entre diferentes tipos de pena mas não quantificando a punição[32]. O mecanismo punitivo que por excelência permite a gradação através da quantificação, detenção, tinha uma utilização apenas acessória. Era, como afirma Giovanni Tarello, uma medida muito mais da administração da justiça do que propriamente uma pena[33]. O confisco de bens costuma acompanhar a pena de morte ou o banimento em suas variadas formas, punições típicas do crime de lesa majestade.

---

31. SBRICCOLI, Mario. *Crimen Laesae Maiestatis*. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna. Milano: Giuffrè Editore, 1974, p. 177.
32. Para um estudo de caso sobre um confisco de bens por crime de traição ver: SANTORO, Daniela. Il tesoro recuperato. L'inventario dei beni delle regine di Sicilia confiscati a Manfredi Alagona nel 1393. *Anuario de Estudios Medievales*, [S.l.], v. 37, n. 1, p. 71-106, june 2007. ISSN 1988-4230. Disponible en: <http://estudiosmedievales.revistas.csic.es/index.php/estudiosmedievales/article/view/34/35>. Fecha de acceso: 18 may 2019 doi: http://dx.doi.org/10.3989/aem.2007.v37.i1.34.
33. TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il mulino, 1976. p. 416

É nesses marcos que surge o questionamento contra a pena de confisco de bens. Ela sofreria um ataque frontal por parte dos iluministas por dois motivos centrais: em primeiro lugar porque ultrapassaria o apenado, na medida em que atingiria de forma violenta os seus familiares, jogados na miséria pela medida, e em segundo lugar porque representava uma ameaça frontal e permanente à propriedade, que vinha caminhando de forma consistente para ganhar um lugar entre os direitos mais importantes.

A pena de confisco de bens foi comum e disseminada no Antigo Regime, tanto no direito canônico e inquisição, quanto no direito secular, sendo utilizada como punição para uma série bastante diferente de crimes. Neste período, a citação fria de textos como as Ordenações do Reino, por exemplo, pode promover uma falsa impressão sobre o uso concreto das penas já que, como demonstraram autores como Antonio Manuel Hespanha, a presença da prescrição de uma punição em um texto jurídico tinha na maioria das vezes uma função mais performática do que aplicada, dadas as características do período. Sabe-se, no entanto, que a pena de confisco estava entre aquelas que saiam do papel e que eram aplicadas de modo relativamente disseminado, especialmente em casos mais graves. De todo modo, em um momento de disputa entre a burguesia ascendente e seus adversários, uma pena como esta poderia ser aplicada como um mecanismo político de contenção, de modo que a sua presença nos ordenamentos de Antigo Regime podia ter uma função concreta. As Ordenações Filipinas, por exemplo, previam a pena para os crimes de bigamia, a usos da propriedade que que ferissem o *dominium eminens* do príncipe, cunhagem ilegal de moedas, peita, em alguns casos envolvendo jogos públicos, sodomia. No caso de homicídio, carta falsa ao príncipe ou ao papa, falso testemunho, a pena de confisco era aplicada caso o réu não tivesse descendentes ou ascendentes até a terceira geração[34].

A possibilidade da aplicação da pena de confisco agia como um elemento concreto de contenção da expansão do capitalismo, na medida em que retirava a segurança necessária à propriedade e inibia as iniciativas voltadas à sua reprodução ampliada. A partir do século XVIII assistimos, no ocidente, a uma crise em torno dessa pena, manifestada, em primeiro lugar, pelo questionamento em nível teórico realizado pelo iluminismo penal e, mais tarde, por sua remoção ou ressignificação nos códigos modernos. Uma das marcas do penalismo iluminista foi a defesa da diminuição dos valores das penas pecuniárias e, especialmente, do fim dos confiscos de bens. Estes eram bastante encontradiços no chamado direito

34. HESPANHA, Antonio Manuel. *Como os juristas viam o mundo (1550-1750)*. Ebook Kindle.

comum[35] e também foram transpostos para as variadas compilações realizadas por soberanos nos séculos XVI e XVII[36].

Uma das primeiras discussões sobre a inadequação das penas de confisco foi feita por Cesare Beccaria em *Dos delitos e das penas*, escrito em 1764. A principal justificativa estava no princípio, defendido pelo filósofo milanês e que se transformaria em um *topos* do penalismo liberal, de que a pena nunca deveria ultrapassar o apenado. No caso do confisco isso acontecia, na medida em que a família acabava pagando pelos erros daquele que estava sendo punido. Em suas palavras:

> "Le confiscazioni mettono un prezzo sulle teste dei deboli, fanno soffrire all'innocente medesimi nella disperata necessità di commettere i delitti. Qual più tristo spettacolo, che una famiglia trascinata all'infamia ed ala miseria dai delitti di un capo, ala qual ella sommissione ordinata dalle leggi impedirebbe il prevenirli, quando anche vi fossero i mezzi per farlo![37]"

Jeremy Bentham também se posicionou de modo claro sobre o confisco, absorvendo as denúncias feitas pelos iluministas franceses e italianos:

> "(...) a imposição do confisco finge ser empregada como punição, quando, na verdade, o crime é apenas um pretexto para a imposição do confisco. A história apresenta muitos exemplos de tais roubos. Os judeus muitas vezes foram o objeto deles: eles eram ricos demais para não serem sempre culpados. Os financistas, os agricultores da receita, pela mesma razão, foram submetidos ao que chamavam de câmaras de fogo. Quando a sucessão ao trono estava instável, todo corpo, com a morte do soberano, podia ser culpado, e os despojos dos vencidos formavam um tesouro de recompensa nas mãos do sucessor. Em uma república devastada por facções, metade da nação tornou-se rebelde aos olhos da outra metade. Quando o sistema de confiscos foi admitido, as partes, como era o caso em Roma, devoraram-se alternadamente[38]."

35. Para uma discussão concisa e de alta qualidade sobre o direito comum ver: CLAVERO, Bartolome. *Historia del Derecho:* Derecho Común. Salamanca. Universidad de Salamanca. 1994.
36. Segundo demonstra Antonio Manuel Hespanha, entre os séculos XVI e XVII uma série de soberanos, buscando aperfeiçoar mecanismos administrativos, dentre eles a administração da justiça, realizou compilações de direito buscando estabelecer uma maior uniformidade em sua aplicação.
37. BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Parigi: Baudri, 1829, p. 76
38. BENTHAN, Jeremy. *The works of Jeremy Bentham*. V. I. Disponível em http://twixar.me/YWZne . Consultado em 01 de maio de 2019. p. 320

Algumas constituições feitas pelos Estados dos EUA no período imediatamente posterior à independência, textos que tem grande importância para chamado constitucionalismo moderno por terem introduzido conceitos centrais, vedaram a pena de confisco de bens. A constituição de Mariland, de 1776, por exemplo, depois de estabelecer condições muito estritas para qualquer tipo de apreensão, define que só poderá haver pena de confisco nos casos de assassinato ou traição contra o Estado[39]. Outros textos constitucionais de estados norte-americanos vedaram de forma explícita, ainda no século XVIII o uso da pena de confisco para punir suicidas, procedimento comum no Antigo Regime.

A Constituição de Cádiz, de 1812, proibiu de forma cabal o confisco de bens. No capítulo que trata da "administração da justiça penal" lê-se:

> "CAPÍTULO III De la administración de justicia en lo criminal.
>
> Art. 294. Sólo se hará embargo de bienes cuando se proceda por delitos que llevan consigo responsabilidad pecuniaria, y en proporción a la cantidad a que ésta pueda extenderse.
>
> Art. 303. No se usará nunca del tormento ni de los apremios.
>
> Art. 304. Tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes.
>
> Art. 305. Ninguna pena que se imponga, por cualquier delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno a la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció[40]."

O Código Penal Espanhol de 1822, aprovado durante os anos do Triênio Liberal, cumprirá o determinado no texto de 1812 e irá além, vedando de forma explícita o confisco de bens de estrangeiros, mesmo quando o país destes esteja em guerra contra a Espanha.

---

39. A Declaration of Rights, and the Constitution and Form of Government agreed to by the Delegates of Maryland, in Free and Full Convention Assembled 1776, XXIII. That all warrants, without oath or affirmation, to search suspected places, or to seize any person or property, are grievous and oppressive; and all general warrants-to search suspected places, or to apprehend suspected persons, without naming or describing the place, or the person in special-are illegal, and ought not to be granted. XXIV. That there ought to be no forfeiture of any part of the estate of any person, for any crime except murder, or treason against the State, and then only on conviction and attainder. Disponível em http://avalon.law.yale.edu/17th_century/ma02.asp consultado em 13 de fevereiro de 2018.

40. Constitucion Politica de la Monarquia Española 1812. Disponível em http://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/ce1812_cd.pdf

> "Art. 272. El funcionario público que confiscare ó secuestrare, hiciere confiscar ó secuestrar la propiedad particular de un estrangero residente ó no residente en España, aunque sea á título de represalias en tiempo de guerra con la nacion respectiva, será suspendido de empleo y sueldo por uno á tres años ; pero no se entenderá esta disposicion respecto de la confiscacion (5 secuestro de las propiedades pertenecientes al Gobierno que se halle en guerra con España, ó á los auxiliares del mismo[41]."

Na França, o Código Penal aprovado em 1791, proibiu de forma cabal a aplicação da pena de confisco, confirmando o que havia sido estabelecido pela lei aprovada pela Assembleia Nacional em 21 de janeiro daquele ano. A medida, no entanto, não adquiriu absoluta efetividade, já que os as famílias que abandonaram a França em função da Revolução e seguiram para o exílio tiveram os seus bens confiscados. Esta medida prenunciava o que aconteceria com a pena de confisco durante o século XIX, seria utilizada, em alguns casos, nos crimes de traição, especialmente naqueles que envolviam a colaboração com o estrangeiro, situação na qual se concebia que o cidadão havia aberto mão de sua condição, apartando-se do corpo político daquele Estado.

A Constituição de 1795 fala de confisco apenas quando trata dos franceses que emigraram desde 1789, o Art. 373 afirma que a propriedade dos emigrantes é irrevogavelmente adquirida em benefício da República. O texto de 1799 e manteria esta mesma estrutura geral e formulação específica sobre o confisco, citando-o apenas quando reafirmam a sua validade para o caso dos emigrados que abandonaram o país em função da Revolução Francesa.

Código Penal Napoleônico de 1810 traria a pena de confisco de volta, mas restringindo-a aos casos de crimes contra a segurança interna ou externa do Estado. Conforme afirma Adriano Cavanna, o Código Penal Napoleônico, em várias questões, promove uma verdadeira volta a ideias penais que vinham sendo abandonadas, como as penas corporais[42]. É interessante notar que todos esses recuos estão justamente voltados a fortalecer os meios que o aparato estatal tem para enfrentar seus inimigos. No caso do confisco, ele adquire um caráter conexo com as penas aflitivas e infamantes que haviam sido banidas no código anterior, construído no processo revolucionário e que o texto de 1810 irá recuperar. O caráter

41. Codigo Penal Español, decretado por las Cortes en 8 de junio y sancionada por el Rey y mandado promulgar en 9 de julio de 1822. Madrid: Imprensa Nacional, 1822.

42. CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa*. Le fonti e il pensiero giurídico. V. 2. Milano: Giuffrè Editore, p. 595.

demiúrgico da modernidade do Império Napoleônico, que trazia em seu seio a modernização inscrita no Código Civil, pedia um passo atrás no estabelecimento das franquias individuais do penalismo iluminista, já que tratava-se de uma unidade nacional em guerra permanente. Isso fica bastante claro no preâmbulo ao código feito por um de seus formuladores, que se preocupa em justificar a volta controlada da pena de confisco:

> "Je ne vous dirai pas qu'en rejetant la confiscation pour des crimes contre la sûreté de l'État serait souvent fort à craindre qu'on ne laissât aux ennemis de la chose publique des moyens de lui nuire ; je n'ai pas besoin de ces considérations secondaires pour justifier une mesure tant fondée sur un principe de justice ; déjà m me la confiscation a été rétablie pour les crimes de fausse monnaie. Au reste, vous verrez dans la suite combien la rigueur de cette peine est adoucie dans l'exécution, et vous serez convaincus qu'on a su concilier ce que prescrivait la justice et ce que consentait l'humanité[43]."

O chamado confisco geral foi proibido novamente pela carta outorgada em 1814 quando da queda de Napoleão, em seu artigo 66: "a pena do confisco de bens é abolida e não pode ser restaurada". Este texto mantinha, no entanto, a chamada confiscação especial, realizada fundamentalmente quando o patrimônio do apenado era produto de roubo. Na verdade, o mecanismo estava ligado ao conceito de satisfação do crime. O fim definitivo do confisco foi garantido pela constituição de 1830, fruto da vitória dos liberais contra o regime da restauração[44].

No Código da Baviera de 1813, elaborado sob a influência de L. Feuerbach, a pena de confisco geral e parcial são explicitamente vetadas no artigo 33, segundo o qual não é possível aplicar a pena de confisco nem como pena principal, nem como pena acessória de outras penalidades. Esta disposição já estava na Constituição do Reino da Baviera, no título V, artigo 6. As condições excepcionais da aplicação da pena de confisco se dariam quando um nacional se expatria no reino sem qualquer autorização, em caso de deserção do exército ou de fuga para o exterior.

43. MASTROBERTI, Francesco *Confische e sequestri contro i nemici interni dello Stato borbonico durante l'ultima fase del regno di Ferdinando II (1848-1859)*, *Mélanges de l'École française de Rome - Italie et Méditerranée modernes et contemporaines* [En ligne], 129-2 | 2017, mis en ligne le 03 avril 2018, consulté le 13 mai 2019. URL : http://journals.openedition.org/mefrim/3291 ; DOI : 10.4000/mefrim.3291

44. ROGRON, Joseph-André. *Les Codes français expliqués par leurs motifs, par des exemples et par la jurisprudence suivis de formulaires*. Droit criminel, comprenant les Codes d'instruction criminelle, pénal, forestier, de la chasse, de la pêche fluviale. Paris: H Plon, 1863. p. 4 e p. 214.

No ano de 1814, a Noruega, recém iniciando a sua trajetória de país independente, aprovou uma constituição que, em seu artigo 104, também vedava os confiscos como pena e, no artigo seguinte, estabelecia uma formulação que se reproduziria em toda uma série de outros textos deixando claro que a expropriação somente poderia acontecer em casos de exigência do bem-estar público, mas com a devida indenização:

> Article 104
>
> Land and goods may in no case be made subject to forfeiture.
>
> Article 105
>
> If the Welfare of the State requires that any person shall surrender his movable or imovable property for the public use, he shall receive full compensation from the Treasury[45].

No espaço da península italiana é preciso começar a história da proibição do confisco começa ainda no século XVIII, com o Código da Toscana de 1786. O texto é considerado um marco inaugural, por ter sido o primeiro diploma penal a ter abolido a pena de morte, para além de ter absorvido de forma bastante larga uma série de ideias do penalismo iluminista[46]. Dentre elas o texto trata abertamente do crime de lesa majestade, incorporando o cerne dos ataques feitos ao instituto pelos pensadores do iluminismo penal. Nesses marcos o texto rejeita cabalmente a pena de confisco já em sua exposição de motivos.

O primeiro código penal napolitano, elaborado em 1808 sob grande influência do Código Francês de 1791, não previu entre suas penas o confisco[47]. Apesar disso, com base em outras leis, a pena foi aplicada, mas apenas para o caso de alguns crimes contra o Estado, conforme demonstrou Francesco Mastroberti. No entanto, o fato do código ter proscrito o instituto, denota o avanço do processo de remoção desta pena contrária ao espírito do novo tempo que se abria.

---

45. Constituição da Noruega de 1814, artigo 104. Disponível em https://www.stortinget.no/en/Grunnlovsjubileet/In-English/The-Constitution---Complete-text/ consultado em 10 de fevereiro de 2018.

46. Legge criminale toscana 30 novembre 1786 (c.d. Codice Leopoldino). Disponível em http://www.antropologiagiuridica.it/leopoldina.PDF, consultado em 18 de maio de 2019.

47. MASTROBERTI, Francesco *Confische e sequestri contro i nemici interni dello Stato borbonico durante l'ultima fase del regno di Ferdinando II (1848-1859), Mélanges de l'École française de Rome - Italie et Méditerranée modernes et contemporaines* [En ligne], 129-2 | 2017, mis en ligne le 03 avril 2018, consulté le 13 mai 2019. URL : http://journals.openedition.org/mefrim/3291 ; DOI : 10.4000/mefrim.3291

A constituição portuguesa de 1822 caminhou no mesmo sentido. No título I, denominado "dos direitos e deveres individuais dos portugueses", que trata das garantias que o texto assegurava, ficava abolido o confisco de bens no mesmo parágrafo em que outras penas típicas do Antigo Regime eram vedadas: "Toda a pena deve ser proporcionada ao delito; e nenhuma passará da pessoa do delinquente. Fica abolida a tortura, a *confiscação de bens*, a infâmia, os açoites, o baraço e pregão, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis ou infamantes[48]" [grifo nosso]. A Carta outorgada por Dom Pedro IV em 1826 manteria a proibição de qualquer tipo de aplicação da lei de confisco de bens.

O jurista Paschoal de Mello Freire apresentou à coroa portuguesa uma proposta de codificação que serviu como importante parâmetro para a feitura do Código Criminal do Império do Brasil de 1830 e do Código Penal Português de 1852. Nela o autor também fecha boa parte do espaço para a pena de confisco:

> "Parágrafo 11 ainda que o criminoso condenado à morte perca os seus bens, não lhe serão contudo tomadas e confiscados, tendo descendentes ou ascendentes em qualquer grau, ou transversais dentro do terceiro.
>
> Parágrafo 12 nos crimes grandes tem lugar o Confisco naqueles bens e quantidade somente declarada por nossa por nossas Ordenações[49]."

No caso brasileiro, o projeto de constituição que estava sendo discutido pela Assembleia Constituinte do Império do Brasil em 1823 também vedava a pena de confisco no art. 201: "A constituição prohibe a tortura, a marca de ferro quente, o baraço e pregão, a infâmia, a confiscação de bens, e enfim todas as penas cruéis ou infamantes[50]". A Constituição de 1824 veda de forma cabal o confisco de bens no Artigo 179, que consolida as garantias individuais dos cidadãos.

Dessa forma o Código Penal de 1830 quando estabeleceu as penas a serem aplicadas no país, não arrolou o confisco. Considerado o caráter geral do código, bastante liberal no que se refere ao direito dos homens livres, ainda que a carta constitucional não tivesse estabelecido esta restrição, é improvável que diploma se utilizasse dessa penalidade.

48. Constituição Portuguesa de 1822. Título 1, Capítulo único, artigo 11. Disponível em http://www.arqnet.pt/portal/portugal/liberalismo/c1822t1.html consultado em 10 de fevereiro de 2019.
49. CODIGO PENAL PORTUGUEZ de 1852. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1882. Disponível em https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1267.pdf, consultado em 13 de maio de 2019.
50. Projeto de Constituição do Império do Brasil de 1823.

A lista, um tanto exaustiva de diplomas que proíbem ou restringem o uso da pena de confisco mostra a existência de uma forte tendência, verificada no último quartel do século XVIII e nas primeiras décadas do século XIX, de oferecer aos donos do grande capital segurança à sua propriedade. Trata-se de uma das muitas dimensões da construção de uma nova normatividade, consentânea às necessidades do capitalismo em sua nova fase de expansão.

Conclusão

O constitucionalismo moderno, surgido no último quartel do século XVIII, foi impulsionado por uma série de novos fenômenos típicos daquele momento histórico, e dentre eles, como causa profunda e estrutural, estava o estabelecimento das condições políticas para a expansão do capitalismo.

A modernidade estabeleceu novas formas de dominação adaptadas à reprodução da nova ordem social, o que resultou na construção de um arcabouço jurídico que consubstancia no terreno da política e da cultura as relações sociais capitalistas em ascensão[51].

A construção do direito desta modernidade capitalista pressupunha, antes de tudo, uma potente atividade derrogatória, destrutiva de uma velha juridicidade. Tratava-se de remover a maior parte dos institutos que davam base a uma sociedade baseada no privilégio, obstáculo à construção de um mercado de homens livres, prontos a estabelecerem através de sua volição relações mercantis, sendo a mais importante delas a venda de sua força de trabalho através de relações contratuais. Os privilégios também impediam o livre trânsito dos capitais, que se mantinham nas mãos da aristocracia, que dominava uma série de postos decisivos no Estado. Daí a proibição da venalidade e da hereditariedade dos cargos e a afirmação da meritocracia, disposições típicas em muitas constituições do período.

Para além desta atividade derrogatória de velhos institutos, o direito também precisou instituir mecanismos que davam segurança ao capital. Tratava-se, como vimos, de protegê-lo, estabelecendo garantias para a sua livre disposição, inclusive através da transmissão testamentária; garantindo-o contra outros particulares, especialmente contra a massa de deserdados, o que vai se desdobrar

51. WEBER, Max. *Estado e Sociedade*. Fundamentos da sociologia compreensiva. Trad Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Tomo 2. Brasília: Imprensa Oficial. Editora da UNB, p. 517 a 568. MARX, Karl. *Contribuição para a Crítica da Economia Política.*, Lisboa, 1971, pg. 29-33.

no privilégio que os crimes contra o patrimônio vão crescentemente ganhar nas codificações; limitando de forma assertiva as possibilidades do poder executivo criar impostos e, o que foi objeto de uma abordagem específica nesse trabalho, removendo ou diminuindo a latitude das possibilidades de aplicação da pena de confisco.

Conforme demonstramos, a partir do final do século XVIII, as constituições e codificações proibiram ou restringiram as penas de confisco. Linha geral, os textos mais preocupados em estabelecer mecanismos penais de defesa do poder constituído mantiveram a pena de confisco de bens para alguns crimes, enquanto os textos mais liberais, ou seja, mais comprometidos com a manutenção de garantias individuais, vetaram completamente o seu uso. Buscamos, em diferentes espaços da Europa Ocidental e das Américas, demonstrar esse processo, identificando-o tanto em Constituições quanto em codificações penais. Para que as aventuras da reprodução ampliada do capital continuassem acontecendo em escala crescente, em um mundo no qual a burguesia estava em permanente enfrentamento com a aristocracia, era fundamental que uma pena como o confisco geral fosse banida ou tivesse o seu alcance fortemente restrito.

Cabe aqui, ao final, lembrar as reflexões de Otto Kirchheimer e George Rusche[52] acerca do confisco, que reforçam ainda mais a relação com o processo de expansão do capital. Lembram os autores de Punição e Estrutural Social que quando os nazistas reintroduziram a pena de confisco não o fizeram sem algum embaraço – visto ser um problema para a ideologia liberal que está na gênese do direito penal – e que estavam menos preocupados com "princípios legais arianos" do que com a transição de um "capitalismo concorrencial" para um "capitalismo monopolista". Ou seja, a questão é que o confisco pode servir para que os capitalistas individualmente considerados se submetam aos grupos que dominam o Estado e a economia em determinado momento da história, sempre que a prisão ou a multa não forem suficientes para reordenar o sistema segundo as vicissitudes do conflito político e econômico.

Bibliografia

BADINTER, Elisabeth. *As paixões intelectuais. A vontade de poder*. Vol.II Trad. Clovis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Parigi: Baudri, 1829.

52. RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Bogotá, Colômbia: Temis, 1984, p. 230-231.

BENTHAM, Jeremy. *The works of Jeremy Bentham*. V. I.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CAVANNA, Adriano. S*toria del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*. Volume II. Milano: Giuffrè editore, 2005.

CLAVERO, Bartolomé. *Happy Constitution*: Cultura y lengua constitucionales. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

CLAVERO, Bartolomé. *Codificación y constitución:* paradigmas de un bionmio. Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giurídico moderno; XVIII (1989). Milano: Giuffrè editore.

CLAVERO, Bartolomé. El orden de los poderes: Historias Constituyentes de la Trinidad constitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CLAVERO, Bartolomé. Historia del Derecho: Derecho Común. Salamanca. Universidad de Salamanca. 1994..

DIPPEL, Hors. *Constitucionalismo moderno*. Trad. Clara Alvarez Alonso. Madrid: Marcial Pons, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias*. La ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Ibáñes e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2016.

FIORAVANTI, Maurício. *Constitución. De la antiguedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2001 [1999].

HAZARD, Paul. *A Crise da consciência europeia*: 1680-1715. Trad. Óscar de Freitas Lopes. Lisboa: Edições Cosmos, 1948

HESPANHA, Antonio Manuel. *Às vésperas do leviatã*. Instituições e poder político. Portugal – século XVII. Coimbra: Almeidina, 1994.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Como os juristas viam o mundo (1550-1750)*. Ebook Kindle.

HOBSBAWM, Eric. *A era das revoluções*. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

MARIUTTI, Eduardo Barros. *Balanço do debate*: a transição do feudalismo ao capitalismo. São Paulo: Ed. Hucitec, 2004. DOBB, Maurice. SWEEZY, Paul. Do Feudalismo ao Capitalismo. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

MARX, Karl. *Contribuição para a Crítica da Economia Política*. Lisboa, 1971.

MARX, Karl. *O Capital - Livro I*: Crítica da economia política. São Paulo: Boitempo, 2010.

MASTROBERTI, Francesco. "Confische e sequestri contro i nemici interni dello Stato borbonico durante l'ultima fase del regno di Ferdinando II (1848-1859)". *Mélanges de l'École française de Rome - Italie et Méditerranée modernes et contemporaines* [En ligne], 129-2 | 2017, mis en ligne le 03 avril 2018, consulté le 13 mai 2019. URL: http://journals.openedition.org/mefrim/3291; DOI: 10.4000/mefrim.3291

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2014.

MIRANDA, Jorge. *O Constitucionalismo liberal-luso brasileiro*. Lisboa: Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 2001;

OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: EDUSC, 2015.

PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 172.

POLANYI, Karl. *A Grande Transformação*. As origens da nossa época. Tradução Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2000.

ROGRON, Joseph-André. *Les Codes français expliqués par leurs motifs, par des exemples et par la jurisprudence suivis de formulaires. Droit criminel, comprenant les Codes d'instruction criminelle, pénal, forestier, de la chasse, de la pêche fluviale*. Paris: Plon, 1863.

ROSANVALLON, Pierre. El momento Guizot. El liberalismo doctrinario entre la Restauración y la Revolución de 1848. Trad. Hernán M. Díaz. Buenos Aires: Biblos, 2015.

ROSANVALLON, Pierre. La Monarchie Impossible. Les Chartes de 1814 et 1830. Paris: Fayard, 1994.

FURET, François; RICHET, Denis. *La Rivoluzione Francese*. Trad. Silvia Brilli. Roma-Bari: Editori Laterza, 2008, vol. 2.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Bogotá, Colômbia: Temis, 1984.

SANTORO, Daniela. *Il tesoro recuperato. L'inventario dei beni delle regine di Sicilia confiscati a Manfredi Alagona nel 1393*. Anuario de Estudios Medievales, [S.l.], v. 37, n. 1, p. 71-106, june 2007. ISSN 1988-4230. Disponible en: <http://estudiosmedievales.revistas.csic.es/index.php/estudiosmedievales/article/view/34/35>. Fecha de acceso: 18 may 2019 doi:http://dx.doi.org/10.3989/aem.2007.v37.i1.34.

SBRICCOLI, Mario. *Crimen Laesae Maiestatis*. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna. Milano: Giuffrè Editore, 1974.

SKINNER, Quentin. *Hobbes e a liberdade republicana*. São Paulo: Unesp, 2010.

SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e causa da riqueza das nações*. Tradução: Norberto de Paula Lima. São Paulo: HEMUS, 2005.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il mulino, 1976.

VENTURI, Franco. *Utopia e reforma no iluminismo*. Bauru: Edusc, 2005.

WALLERSTEIN, Immanuel. *O fim do mundo como o concebemos*. Rio de Janeiro: Revan, 2002,

WALLERSTEIN, Immanuel. *Capitalismo histórico e civilização capitalista*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

WEBER, Max. *Estado e Sociedade*. Fundamentos na sociologia compreensiva. Trad Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Tomo 2. Brasília: Imprensa Oficial. Editora da UNB, p. 517 a 568.

WEBER, Max. *Ética protestante e o "espírito" do capitalismo*. Trad. João Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Constitucionalismo Cosmopolita, Igualdade de Armas e a Investigação Defensiva: Apontamentos sobre um Direito Humano-Fundamental, de Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa – *RBCCrim* 127/167-198 (DTR\2016\24944);
- Constitucionalismo inclusivo: o reconhecimento do direito fundamental à inclusão social, de Eduardo Cambi e Jairo Néia Lima – *RDPriv* 60/11-35 e *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 7/127-154 (DTR\2015\10958);
- Diálogos institucionais: um escorço de sua delimitação teórico-histórica à luz do constitucionalismo norte-americano, de Paulo Roberto Barbosa Ramos e Pedro Nilson Moreira Viana – *RDCI* 108/323-345 (DTR\2018\18215); e
- O constitucionalismo e a realidade latino-americana: análise crítica do contexto brasileiro, de Renata Rossi Ignácio – *RDCI* 113/265-289 (DTR\2019\32171).

Violência, segregação e cidadania: etiopatogênese de uma democracia disjuntiva no Brasil

Violence, segregation and citizenship: ethiopathogenesis of a disjunctive democracy in Brazil

Nelson Camatta Moreira

Pós-doutor em Direito pela Universidad de Sevilla, com bolsa CAPES. Pós-doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos/RS). Doutor em Direito pela Unisinos/RS, com estágio de pesquisa anual na Universidade de Coimbra, com bolsa CAPES. Mestre em Direito pela Unisinos/RS, com bolsa CAPES. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (doutorado e mestrado) e da graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV/ES). Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Teoria Crítica do Constitucionalismo, da FDV. Líder do Grupo de Estudos Direito e Psicanálise (FDV-ES/Escola Lacaniana de Psicanálise de Vitória). *Profesor Invitado, adjunto al Programa Academic Visitor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Miembro del Grupo de Investigación Antagónicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Colaborador en Seminarios con la Cátedra Abierta de Derecho y Literatura de la Universidad de Málaga*. Membro Honorário e Presidente da Rede Brasileira Direito e Literatura (RDL). Coordenador do Projeto de Extensão Café, Direito e Literatura (FDV-ES). Ex-diretor da Escola Superior de Advocacia do Espírito Santo (OAB-ESA/ES), triênio 2010-2012. Ex-professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Ex-coordenador adjunto do IPA-Metodista (IPA-RS), 2005. Tem experiência em gestão de curso acadêmico e no Direito, com ênfase em Direito Público, especialmente nos seguintes temas: Direito Constitucional, Direitos Fundamentais, Hermenêutica, Filosofia do Direito, Direito e Literatura e Direito e Psicanálise. Advogado. ORCID 0000-0002-8295-4275.
nelsoncmoreira@hotmail.com

Cássio Becacici Esteves Vianna

Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Teoria Crítica do Constitucionalismo da FDV/ES. Mestre em Engenharia Costeira pela University of Southampton (2012). Graduado em Oceanografia pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES (2010). Servidor público federal. ORCID 0000-0001-6451-6370.
cbevianna@gmail.com

Recebido em: 10.12.2018
Aprovado em: 29.04.2019
Última versão do (a) autor (a): 10.06.2019

Áreas do Direito: Constitucional; Penal

Resumo: O presente artigo analisa, com base na Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth, a origem e o desenvolvimento da chamada democracia disjuntiva, ideia nuclear do livro *Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*, de Teresa Pires do Rio Caldeira. Para tanto, inicialmente, apresenta-se a obra e sua evolução interna. Em seguida, expõe-se uma síntese da teoria *honnethiana*, com foco nas três formas de reconhecimento e de desrespeito e nas respectivas patologias sociais. Finalmente, aborda-se o conceito de etiopatogênese e se analisa como sua relação com os modos de denegação de reconhecimento e as patologias sociais, correlacionados aos conceitos trazidos pelo livro, contribui para a geração de uma democracia disjuntiva no Brasil.

Palavras-chave: *Cidade de muros* – Violência – Democracia disjuntiva – Reconhecimento – Direitos fundamentais.

Abstract: This article analyzes, based on Axel Honneth's Theory of Recognition, the origin and development of the so-called disjunctive democracy, a nuclear idea from the book *Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo,* by Teresa Pires do Rio Caldeira. Therefore, initially, her work and its internal evolution are presented. Then, a synthesis of the *honnethian* theory is exposed, focused on the three forms of recognition and disrespect and on the respective social pathologies. Finally, the concept of ethiopathogenesis is approached and it is analyzed how its relation with the forms of denied recognition and with the social pathologies, correlated to concepts brought by the book, contribute to the generation of a disjunctive democracy in Brazil.

Keywords: *City of walls* – Violence – Disjunctive democracy – Recognition – Fundamental rights.

Sumário: 1. Introdução. 2. A natureza disjuntiva da democracia brasileira na obra *Cidade de muros:* crime, segregação e cidadania em São Paulo. 3. A estrutura das relações sociais de reconhecimento pelo enfoque de Axel Honneth. 3.1. Relações primárias ou amor. 3.2. Relações jurídicas ou direito. 3.3. Comunidade de valores ou solidariedade. 4. O reconhecimento recusado como agente etiológico de uma epidemia disjuntiva nas *cidades de muros* brasileiras. 4.1. Fala do "crime": ofensa à dignidade e degradação da autoestima dos "criminosos". 4.2. Enclaves fortificados: exclusão de direitos e perda do autorrespeito dos excluídos. 4.3. Corpo incircunscrito: maus-tratos físicos e destruição da autoconfiança dos maltratados. 5. Etiopatogênese de uma disjunção democrática no Brasil. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

A Constituição Federal completa 30 anos. Mas, em seu aniversário, há o que se comemorar?

Celebrada como a "Constituição Cidadã", um verdadeiro marco na redemocratização do Brasil após décadas de regime militar opressivo. Exaltada por sua verve humanitária e garantista, abraçou a defesa dos direitos humanos por meio da instituição de direitos individuais e sociais, os quais se convencionou chamar

de fundamentais. Ainda, instituiu um modelo de Estado democrático de direto, assentado na soberania popular, na cidadania e na dignidade da pessoa humana.

Não obstante, mesmo após três décadas do *apex* do constitucionalismo brasileiro, há quem tenha se frustrado, na medida em que ainda não vê efetivados tais direitos arduamente positivados, permanecendo à margem da cidadania, "sem direito a ter direitos" (ARENDT, 1999 apud MOREIRA, 2010, p. 26), como invisíveis subcidadãos, agora constitucionais (SOUZA, 2003a).

Diferentemente das experiências europeias e estadunidense, a modernidade e a democratização brasileiras foram tardias (MOREIRA, 2010, p. 28), bem como em diversos países latino-americanos. As discussões e teorias nesses locais se alinharam à concepção "procedural mínima" de "democracia política" (SCHUMPETER, 1961, p. 13, 328; PRZEWORSKI, 1999, p. 12), com foco nas transformações dos sistemas políticos – regime de governo, sistema eleitoral e participação popular pelo sufrágio (CALDEIRA; HOLSTON, 1999).

No entanto, importante ressaltar que este artigo se afasta da definição *schumpeteriana* ou "eleitoralista" de democracia (DAHL, 1971; HUNTINGTON, 1991; PRZEWORSKI, 1999), que a resume como um "sistema institucional, para tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor" (SCHUMPETER, 1961, p. 328). Em contrapartida, esta pesquisa se alinha à compreensão de Mainwaring et al (2001), os quais entendem que, para definir o fenômeno constitucional, deve haver "cidadania inclusiva, sedimentada no amplo sufrágio aos adultos aptos ao seu exercício; as liberdades civis e políticas, dotadas de amparo normativo e efetividade social" (ALBUQUERQUE et al, 2011).

Tal opção ideológica é explicada pelo fato de se entender que a chamada "democracia política" no Brasil não veio acompanhada pelo respeito aos direitos civis, à justiça e à dignidade da vida humana, ao contrário, muitas vezes se caracterizou pelo aumento da violência, deterioração do espaço público, segregação de grupos sociais e desestabilização do Estado de direito.

Nesse sentido, Caldeira (1999) afirma que o desenvolvimento da cidadania no País não se deu de forma cumulativa, equânime ou conjuntiva, mas sempre de modo dissonante, desigual ou disjuntivo. Tal contradição entre a expansão da cidadania política e a deslegitimação da cidadania civil é o que James Holston e Teresa Caldeira (1998) denominaram de democracia disjuntiva.

Esse conceito constitui a tese central do livro *Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*, de Caldeira, pelo qual analisa os aspectos da sociedade brasileira em que a democracia "não se enraizou" e investiga a violência

e as várias dimensões da deslegitimação da justiça e dos direitos civis. Em outras palavras, a autora pesquisa o caráter disjuntivo da democracia pátria no constitucionalismo contemporâneo.

Percebe-se que a noção de democracia disjuntiva está intimamente ligada à não concretização dos direitos fundamentais, que, por sua vez, pode ser relacionada à exclusão social e às diversas formas como indivíduos e grupos são desrespeitados e alijados à margem da sociedade, na qual buscam se (re)inserir mediante a busca por reconhecimento – em sentido *hegeliano*.

Tal questão é tratada por Axel Honneth em sua obra *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais,* que, resumidamente, concebe como a origem desses conflitos a ausência de reconhecimento intersubjetivo e social devido a experiências de desrespeito vivenciadas cotidianamente pelos indivíduos, gerando as chamadas patologias sociais.

Assim, a Teoria do Reconhecimento de Honneth será o substrato para a realização da etiopatogênese da disjunção democrática no Brasil, evidenciada por Caldeira em seu livro *Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. Em outras palavras, mediante a pesquisa bibliográfica, principalmente da obra supracitada, oriunda de um estudo de doutorado, relacionada de forma crítica à teoria *honnethiana*, busca-se alcançar o objetivo principal do presente trabalho, qual seja, investigar a origem e o desenvolvimento de uma democracia disjuntiva no incipiente fenômeno constitucional brasileiro.

Para tanto, a hipótese partirá da análise da influência da não efetivação de direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 sobre o não reconhecimento identitário do indivíduo e a consequente geração das denominadas patologias sociais da teoria *honnethiana*, articulada às formas de desrespeito que caracterizam a democracia disjuntiva do livro em questão. Mais especificamente, este artigo buscará responder à seguinte questão: qual a relação entre violência socioespacial e o fenômeno de uma democracia disjuntiva no Brasil?

Para se alcançar o objetivo pretendido, inicialmente, será apresentado de forma breve o conjunto da obra de Caldeira e sua evolução interna. Em seguida, será exposta uma síntese da Teoria de Reconhecimento de Honneth, com foco nas três formas de reconhecimento, nos três modos de desrespeito e nas respectivas patologias sociais.

Na sequência, o momento chave desta pesquisa permitirá o entendimento da analogia ao conceito de etiopatogênese quando do estudo das causas e da manifestação de uma democracia disjuntiva no Brasil. Para tanto, serão analisadas as formas de reconhecimento recusado – maus-tratos físicos, privação de direitos e

ofensa cultural – e as correspondentes patologias sociais – morte psíquica, morte social e vexação, correlacionadas aos conceitos trazidos pela obra – corpo incircunscrito, enclaves fortificados e fala do crime, respectivamente.

2. A natureza disjuntiva da democracia brasileira na obra *Cidade de muros:* crime, segregação e cidadania em São Paulo

Para solucionar a denegação de direitos fundamentais constitucionais a indivíduos e grupos marginalizados, pode-se pensar na implementação de políticas públicas, observados aspectos históricos, políticos, culturais, econômicos e sociais. Foi justamente o que moveu Teresa Pires do Rio Caldeira na elaboração de sua pesquisa de doutorado, *City of Walls: crime, segregation and citizenship in São Paulo*, a qual, em 2000, daria origem ao livro *Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*.

Sua obra representa uma ferramenta para observar criticamente a sociedade brasileira e uma base para a compreensão da evolução histórica da realidade política, jurídica, econômica e sociocultural. Com foco na cidade de São Paulo nas décadas de 80 e 90, e permeado de análises comparativas com a metrópole estadunidense de Los Angeles, o livro analisa a forma como o "crime", o medo da violência e o desrespeito aos direitos civis individuais interagem com transformações urbanas para produzir um novo padrão de segregação em um contexto de consolidação democrática. O fio condutor da argumentação da autora é o conceito de democracia disjuntiva, anteriormente explicitado.

A parte I do livro contém dois capítulos: "Falando do crime e ordenando o mundo" e "A crise, os criminosos e o mal", nos quais a autora elabora uma síntese das transformações políticas, sociais e econômicas no Brasil nas décadas de 80 e 90. Ademais, apresenta narrativas de cidadãos da periferia e de bairros nobres sobre o "crime" e os "criminosos", a chamada fala do "crime", a qual demonstra a ressignificação da experiência do "crime" e a reprodução de estereótipos contra os excluídos.

A parte II da obra possui três capítulos: "O aumento do crime violento", "A polícia: uma longa série de abusos" e "Violência policial e democracia", mediante os quais Caldeira analisa as estatísticas dos "crimes" e demonstra seu aumento, além de traçar um histórico dos abusos das forças policiais brasileiras – cujo ápice teria se dado no período de transição democrática, associados às dificuldades de reforma da polícia, descrença generalizada no sistema judiciário e à privatização da segurança.

A parte III se compõe pelos capítulos: "São Paulo, três padrões de segregação espacial"; "Enclaves fortificados: erguendo muros e criando uma nova ordem privada" e "A implosão da vida pública moderna". Nesses trechos Caldeira apresenta a história da urbanização da cidade de São Paulo durante o século XX e indica como discursos e estratégias de proteção, ligados às transformações urbanas, criaram um novo padrão de segregação caracterizado pelo isolamento dos cidadãos nos chamados enclaves fortificados. Ainda, expõe como esse novo modelo de segregação espacial, calcado na estética da segurança, deteriora valores de liberdade de circulação, acessibilidade e igualdade, instituindo um tipo moderno de espaço público, estruturado pela desigualdade, afastamento e controle de fronteiras.

A parte IV apresenta o capítulo final do livro: "Violência, o corpo incircunscrito e o desrespeito aos direitos na democracia brasileira". A autora aborda um importante aspecto da disjunção da democracia brasileira, associando a violência, o desrespeito aos direitos humanos e a tolerância às violações ao corpo dos indivíduos, o que chama de corpo incircunscrito.

A evolução interna dos temas dos capítulos evidencia que a não concretização de direitos constitucionais – o não reconhecimento – tem o condão de prejudicar a própria condição identitária dos sujeitos submetidos a variadas formas de desrespeito. Diante disso, vislumbram-se possíveis contribuições da filosofia sociopolítica na Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth para se estudar a temática deste artigo, com o apoio de conceitos trazidos na obra de Caldeira, conforme se vê nos tópicos a seguir.

3. A estrutura das relações sociais de reconhecimento pelo enfoque de Axel Honneth

Como já mencionado alhures, este estudo se assenta sobre o substrato teórico desenvolvido por Honneth na obra *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, a partir da doutrina de Georg Hegel nos escritos de Jena sobre a luta por reconhecimento e de contribuições da psicologia social empírica de George Mead.

O herdeiro da Escola de Frankfurt, em sua Teoria do Reconhecimento, distingue três formas de reconhecimento – fenômenos positivos, tripé que sustenta sua teoria, quais sejam, o reconhecimento que advém do amor, do direito e da solidariedade, respectivamente. Internamente a essas esferas o indivíduo erige autorrelações positivas permitindo a evolução pessoal paulatina até atingir a integração de sua vida em sociedade.

Contudo, há o risco premente de interrupção dessa evolução na medida em que o indivíduo se depara com as três formas de desrespeito – fenômenos negativos, em oposição às esferas do reconhecimento, isto é, maus-tratos físicos, privação de direitos e ofensa, que afetariam, consequente e respectivamente, a autoconfiança, o autorrespeito e a autoestima do sujeito.

Nesse sentido, ao perceber frustradas suas expectativas de reconhecimento, podem-se gerar consequências negativas ao desenvolvimento saudável da vida particular do indivíduo e, por conseguinte, da convivência em comunidade, materializando as chamadas patologias sociais, as quais serão desenvolvidas adiante.

Segundo Honneth, a diferenciação em três padrões de reconhecimento:

> "[...] deixa a mão uma chave teórica para distinguir sistematicamente os outros tantos modos de desrespeito: suas diferenças devem se medir pelos graus diversos em que podem abalar a autorrelação prática de uma pessoa, privando-a do reconhecimento de determinadas pretensões de identidade. Só ao cabo dessa subdivisão se pode abordar [...]: como a experiência de desrespeito está ancorada nas vivências afetivas dos sujeitos humanos, de modo que possa dar, no plano motivacional, o impulso para a resistência social e para o conflito, para uma luta por reconhecimento?" (HONNETH, 2003, p. 214)

Nessa perspectiva, a estrutura das relações sociais de reconhecimento, conforme esquema elaborado pelo autor (HONNETH, 2003, p. 211), será apresentada a seguir, itemizada de acordo com cada forma de reconhecimento.

3.1. Relações primárias ou amor

Segundo a teoria de Hegel e Mead, estudada por Honneth, um indivíduo só é capaz de adquirir autoconsciência à medida que "aprende a perceber sua própria ação da perspectiva, simbolicamente representada, de uma segunda pessoa", ou seja, a identidade está vinculada à experiência do reconhecimento intersubjetivo (HONNETH, 2003, p. 131, apud MOREIRA, 2010, p. 55).

A primeira etapa desse reconhecimento interpessoal está ligada ao amor, no entanto, Honneth se afasta da concepção romântica, íntima e sexual do amor, aproximando-se das relações primárias, fortemente emotivas, entre poucas pessoas, como a amizade e as relações familiares entre pais e filhos (HONNETH, 2003, p. 159).

Hegel (apud HONNETH, 2003, p. 160) argumentava que o amor representa a fase inicial de reconhecimento recíproco, eis que, na medida em que se reconhecem carentes, as pessoas dependem do encorajamento e assentimento

da outra, ou seja, "ser-si-mesmo em um outro", em um equilíbrio entre autonomia e ligação.

De acordo com a compreensão psicanalítica do amor, a partir de pensadores que influenciaram a teoria de Honneth, como Sigmund Freud, John Bowlby e Donald Winnicott, todas as relações amorosas são impulsionadas pela memória inconsciente da vivência íntima entre mãe e filho nos primeiros meses de vida, que mantém latente o desejo de estar ligado à outra pessoa, inclusive por seu reconhecimento, que, em tese, será recíproco (SAAVEDRA; SOBOTTKA, 2008).

Conforme Honneth (2003, p. 178), o reconhecimento é elemento constitutivo do amor e possui o caráter de duplo processo simultâneo de liberação e ligação emotiva ao outro. Toda relação afetiva está ligada à simpatia e à atração, sentimentos involuntários, que, se recíprocos, geram a autoconfiança individual, sendo a base imprescindível para a participação autônoma na vida pública.

O oposto, isto é, o desrespeito infligido sobre a integridade física de um indivíduo na forma de maus-tratos físicos o rebaixa, arrancando-lhe a possibilidade de livre disposição sobre seu corpo. Saavedra e Sobottka (2008) explicam que o apoderamento do corpo de outra pessoa, sem seu consentimento, afeta-a mais profundamente do que outros modos de desrespeito, pois, e.g., na tortura ou violação a dor não é estritamente física, mas também psíquica, relacionada ao sentimento de impotência, de perda de controle autônomo do próprio corpo e da confiança em si e nos outros, que havia sido assimilada por meio do amor, dando origem a uma vergonha social e à dificuldade de (res)socialização (HONNETH, 2003, p. 215).

Honneth resume que, apesar de os três tipos de desrespeito se distinguirem analiticamente, é típico das experiências dos fenômenos negativos "o fato de suas consequências individuais serem sempre descritas com metáforas que remetem a estados de abatimento do corpo humano". Nesse sentido, "nos estudos psicológicos que investigam as sequelas pessoais da experiência de tortura e violação, é frequente falar de morte psíquica" (HONNETH, 2003, p. 218), termo utilizado pelo autor para caracterizar a patologia social decorrente de maus-tratos e violação corpórea.

Vale ressaltar que o filósofo alemão adota o termo patologia social para identificar os sintomas físicos deixados pelo sofrimento psíquico dos indivíduos em face do reconhecimento recusado, devendo ser vistos como manifestações externas da enfermidade interior (SAAVEDRA, 2007). Nesse sentido, somente quando a negação de direitos e as experiências de injustiça causarem alguma espécie de patologia, devem ser interpretadas como fenômenos *honnethianos* de desrespeito, como alerta Pereira (2016).

3.2. Relações jurídicas ou direito

Assim, com o uso da teoria das relações de objeto, Hegel e Mead relacionam a forma de reconhecimento do amor às relações jurídicas ao expor que só podemos nos compreender como sujeitos de direitos quando possuímos noção sobre as obrigações que devemos observar em face do "outro generalizado", os membros da coletividade, reconhecendo-os também como portadores de direitos (SOUZA, 2000, p. 177, apud MOREIRA, 2010, p. 58).

> "No Estado, [...] o homem é reconhecido e tratado como ser racional, como livre, como pessoa; e o singular, por sua parte, se torna digno desse reconhecimento porque ele, com a superação da naturalidade de sua autoconsciência, obedece a um universal, à vontade sendo em si e para si, à lei, ou seja, se porta em relação aos outros de uma maneira universalmente válida, reconhece-os como o que ele próprio quer valer – como livre, como pessoa." (HEGEL, 1970, p. 221, apud HONNETH, 2003, p. 179)

Dessa forma, nas relações jurídicas ligadas às tradições, o reconhecimento como pessoa de direito ainda está vinculado à estima social ao membro individual da coletividade, isto é, seu *status*, classificado por níveis de acordo com a estima de cada indivíduo e com seu papel na sociedade. Já na modernidade, a todo homem, livre, deve-se-lhe reconhecimento jurídico de forma igualitária e apartada de nivelamentos sociais. O sujeito como "um fim em si", tratando-se da segunda forma de reconhecimento em Honneth (2003, p. 183-184).

Caso os membros de uma sociedade não se respeitem como pessoas de direito, a capacidade para o reconhecimento pode se modificar.

> "A ampliação cumulativa de pretensões jurídicas [...] em sociedades modernas, pode ser entendida como um processo em que a extensão das propriedades universais de uma pessoa moralmente imputável foi aumentando passo a passo [...] sob a pressão de uma luta por reconhecimento [...]." (HONNETH, 2003, p. 189)

Tanto em Hegel, quanto em Mead (apud HONNETH, 2003, p. 194), entende-se que há continuidade na luta por reconhecimento no interior da esfera jurídica, assim, os conflitos práticos devido ao reconhecimento denegado ou ao desrespeito representam a busca pela ampliação do alcance social do *status* de um sujeito de direito.

De acordo com Saavedra e Sobottka (2008), uma autorrelação benéfica assegurada pelo reconhecimento jurídico pode se materializar pela simples faculdade

de alguém se referir a si mesmo como uma pessoa moralmente imputável. Bem como a criança nutre autoconfiança diante do cuidado materno representado pelo amor, o sujeito adulto entende a adjudicação de direitos como manifestação de sua autonomia, respeitada por outrem, mediante o reconhecimento jurídico. Em suma, "o autorrespeito é para a relação jurídica o que a autoconfiança era para a relação amorosa" (HONNETH, 2003, p. 194).

Conforme sintetiza Albornoz (2011), quando os direitos forem universalizados entre os grupos sociais definidos por *status*, de maneira igualitária, será reconhecida a capacidade de formação do juízo autônomo. O caráter público dos direitos confere ao seu portador a possibilidade legítima de reclamá-los, sendo-lhe uma expressão simbólica de reconhecimento como pessoa moralmente imputável, contando com o respeito dos demais e, consequentemente, com o autorrespeito.

Enquanto tal igualdade não se concretiza, indivíduos não reconhecidos lidam com a negação da fruição de direitos em sociedade, inferiorizando-o e afetando sua honra e dignidade, uma vez que, antes se enxergava como membro de igual valor e moralmente imputável, agora sente a degradação de sua autonomia pessoal, seu *status* e seu autorrespeito, culminando com a patologia social que chama de morte social (HONNETH, 2003, p. 216, 218).

3.3. Comunidade de valores ou solidariedade

Segundo Honneth, Hegel e Mead distinguem, ainda, uma terceira forma de reconhecimento recíproco, a qual, para Mead, não se trata de um conceito formal, mas da ideia de uma divisão democrática do trabalho, enquanto para Hegel, seria ligada à "eticidade". Pela análise comparativa desses modelos conceituais, Honneth (2003, p. 198) arremata seu terceiro padrão de reconhecimento, o qual pressupõe que, para se alcançar a autorrelação inquebrantável, os indivíduos, além da experiência afetiva e do reconhecimento jurídico, necessitam de uma estima social ou solidariedade, permitindo-lhes se referir positivamente a si próprios e às suas capacidades.

A solidariedade está atrelada à autocompreensão cultural de determinada sociedade, que

> "estabelece os critérios pelos quais se orienta a estima social das pessoas, já que suas capacidades e realizações são julgadas intersubjetivamente, conforme a medida em que cooperam na implementação de valores culturalmente definidos." (HONNETH, 2003, p. 200 apud MOREIRA, 2010, p. 58)

Essas capacidades particularizam os homens dentro do reconhecimento universal igualitário do direito e se ligam à pressuposição da formação de uma comunidade calcada em valores e objetivos comuns (ALBORNOZ, 2011).

Ainda, Honneth cita Max Weber (2003, p. 198) ao explicar que se a estima social for organizada por um padrão estamental, logo, as formas de reconhecimento a ela associadas seriam relações simétricas por dentro, mas assimétricas por fora, levando os membros de mesmo *status* a se estimar mutuamente. Em outro caminho de *counterculture of compensatory respect*, nessas sociedades hierarquizadas haveria a tendência de grupos sociais isolarem suas próprias características niveladoras perante os não membros, para garantir as chances de maior prestígio social (PIROMALLI, 2012).

No entanto, sendo baseada em concepções éticas, a estima social, bem como a relação jurídica, teve de sobrepujar os estamentos inflexíveis das sociedades tradicionais para assumir a forma atual, em outras palavras, houve a transição dos conceitos de honra aos de reputação ou prestígio social (HONNETH, 2003, p. 201). Na modernidade, a universalização jurídica da honra a conduziu à chamada dignidade, enquanto sua privatização a levou à integridade, logo, a estima social deixou de ser associada a privilégios jurídicos e a reputação ou prestígio social se referem apenas ao grau de reconhecimento social merecido pelo indivíduo para sua autorrealização (HONNETH, 2003, p. 201, 206; HAYASHI, 2015).

Honneth (2003, p. 207) ressalta, contudo, que nas sociedades modernas são constantes os conflitos aos quais as relações de estima social estão sujeitas, pelos quais diversos grupos buscam elevar o valor de suas capacidades associadas à sua forma de vida. Hayashi (2015) corrobora que o desfecho dessas lutas por reconhecimento, comumente envolvendo contextos econômicos, não é decidido tão somente pelo poder de forças simbólicas de determinados grupos, mas pela capacidade de capturar a atenção pública, por exemplo, quando movimentos sociais conseguem ser vistos e ouvidos sobre situações negligenciadas, eleva-se aí, por conseguinte, o valor social ou a reputação de seus membros.

Assim, a autorrelação prática de uma experiência de reconhecimento como a supramencionada, promove aos indivíduos um sentimento de orgulho do grupo ou honra social, sabendo-se membros de uma coletividade capaz de realizações comuns, cujo valor é reconhecido pela sociedade. Por isso, aplica-se o conceito de solidariedade às relações grupais originadas de experiências de resistência contra repressão do poder público (HONNETH, 2003, p. 209).

Entretanto, com a individualização dessa forma de reconhecimento, altera-se a relação das pessoas consigo próprias, internaliza-se o respeito de que goza socialmente por suas realizações, não precisando mais atribuí-lo a um grupo.

Enquanto o reconhecimento negado se liga ao sentimento de perda de estima social, de falta de encorajamento baseado na solidariedade, tirando do sujeito não reconhecido a possibilidade de atribuir valor social a suas capacidades e lhe causando um prejuízo a sua autoestima (SAAVEDRA; SOBOTTKA, 2008).

Sob essa nova ótica, segundo Honneth (2003, p. 210), a experiência de estima social se coaduna ao sentimento de valor próprio ou de autoestima, em paralelo com os já tratados conceitos de autoconfiança e autorrespeito (SAAVEDRA, SOBOTTKA, 2008) e, "em relação ao tipo de desrespeito que se encontra na degradação cultural de uma forma de vida, é a categoria de vexação que recebe um emprego preferencial como patologia social" (HONNETH, 2003, p. 218-219).

Considerando a estrutura das relações sociais de reconhecimento aqui apresentadas, com a lupa da Teoria do Reconhecimento de Honneth, será analisada no próximo tópico a ligação entre as formas de reconhecimento recusado, os respectivos componentes ameaçados da personalidade e as patologias sociais, com conceitos do livro *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*, de Teresa Pires do Rio Caldeira, que ilustram a não efetivação de direitos fundamentais no "mundo real".

4. O reconhecimento recusado como agente etiológico de uma epidemia disjuntiva nas *cidades de muros* brasileiras

A natureza disjuntiva da democracia brasileira será tratada, como retromencionado, mediante a análise da obra *Cidade de Muros crime, segregação e cidadania em São Paulo*, que demonstra os processos atuantes em uma profunda transformação histórica, sociocultural e juspolítica em São Paulo durante o período de inauguração de uma "Constituição Cidadã".

A negação de reconhecimento a determinados indivíduos ou grupos sociais será encarada como um verdadeiro agente etiológico, isto é, um agente causador de alguma enfermidade. O reconhecimento recusado, examinado em articulação com as patologias sociais descritas por Honneth e com as formas de desrespeito trazidas por Caldeira, fornecerá os meios para a etiopatogênese da disjunção, mazela transmitida de maneira epidêmica à incipiente democracia brasileira.

Em tempo, importa ressaltar que, em concordância com a visão sociológica dos referenciais teóricos deste trabalho, a etiopatogênese da democracia disjuntiva aqui pretendida não partirá do pressuposto organicista ou funcionalista *durkheimiano*, mas se sustentará na compreensão *honnethiana* de que a sociedade moderna é resultado de complexas interações sociais e "que a base da interação é o conflito, e sua gramática, a luta por reconhecimento" (HONNETH, 2003, p. 17).

4.1. Fala do "crime": ofensa à dignidade e degradação da autoestima dos "criminosos"

A ideia de fala do "crime"[1] constitui o ponto chave da pesquisa da autora, o qual lança as bases para a formulação dos conceitos tratados no próximos tópicos. Caldeira inicia a obra empreendendo uma análise histórica e observa que na década de 70, com a política de desenvolvimento do governo Médici (1970-1973), houve um incremento da produção agrícola e aumento das exportações, motivando a expansão do setor industrial e do mercado interno com apoio de políticas de crédito, possibilitando o acesso de classes menos abastadas a bens de consumo e a serviços coletivos (MACARINI, 2005), como saúde, previdência social e educação básica.

Segundo Singer (1972 apud NAPOLITANO, 2014, p. 147, 214), nesse período ufanista, que ficou conhecido como Milagre Brasileiro, a taxa de crescimento do PIB foi significativa, mas apenas metade em relação ao aumento da inflação. Os dados de 1970 mostram que, em comparação à década anterior, os 5% mais ricos da população aumentaram sua participação na renda nacional em 9% e detinham 36,3% da renda nacional. Já os 80% mais pobres diminuíram sua participação em 8,7% no período, ficando com 36,8% da renda.

Nessa perspectiva, segundo Caldeira (2000, p. 48) "[...] o Brasil tornou-se um país moderno com base numa combinação paradoxal de rápido desenvolvimento capitalista, desigualdade crescente e falta de liberdade política e de respeito aos direitos dos cidadãos" durante os chamados Anos de Chumbo (1968-1974).

Com relação a esse período de notáveis avanços econômicos e, paradoxalmente, de considerável recrudescimento da repressão contra os cidadãos, Elio Gaspari resume que:

1. Deve-se, antes de tudo, fazer uma ressalva em relação à opção deste artigo por evitar a menção indiscriminada ao termo "crime" e suas derivações, e, quando mencioná-los, evidenciar por meio de aspas o uso pela autora. Isso esclarece a escolha pelo termo "violência" no título deste trabalho, ao invés de "crime" como entitulada a obra de Caldeira. Explica-se, primeiramente, pelas inúmeras e complexas teorias doutrinárias de abordagem aos conceitos de "crime", "criminoso", "criminalidade", "criminalização" etc, desde a Criminologia Etiológica da Escola Positiva Italiana de Lombroso, Ferri e Garófalo, passando pela Criminologia Crítica de Baratta, Becker e Cirino dos Santos, até o Garantismo Penal de Ferrajoli, as quais fogem ao escopo deste artigo. Porém, sobretudo, a opção se deu por fidelidade à teoria *honnethiana,* dado que se nota a tentativa e a dificuldade da caracterização definitiva de "crime" – e suas origens e motivações – por Honneth em seu livro, principalmente no segundo capítulo (HONNETH, 2003, p. 52-61, 100-104).

> "O Milagre Brasileiro e os Anos de Chumbo foram simultâneos. Ambos reais, coexistiam negando-se. Passados mais de trinta anos, continuam negando-se. Quem acha que houve um, não acredita (ou não gosta de admitir) que houve o outro. Nas páginas que vão adiante, estão os dois. Se nelas há mais do chumbo que do milagre, isso se deve à convicção do autor de que a tortura e a coerção política dominaram o período. A tortura envenenou a conduta dos encarregados da segurança pública, desvirtuou a atividade dos militares da época, e impôs constrangimentos, limites e fantasias aos próprios governos ditatoriais." (GASPARI, 2002, p. 7)

Já a década de 80 foi marcada pelo fim da ditadura e por uma profunda crise econômica, com altas taxas de desemprego e forte aumento da inflação e a implementação de planos fracassados para combatê-la, aprofundando-se a desigualdade na distribuição de riqueza (MARANGONI, 2012).

Nesse sentido, Caldeira conclui que o "crime" não estaria ligado unicamente à questão econômica, pois crescia de forma significativa tanto em momentos de prosperidade quanto em momentos de recessão econômica. Ainda, percebeu que mesmo havendo investimentos em segurança pública os "crimes violentos" cresciam progressivamente em São Paulo.

Por um lado, no período de redemocratização, houve a expansão da cidadania política com eleições livres e regulares, liberdade partidária e funcionamento do Legislativo, associada à liberdade de expressão. Em contrapartida, vários estudos apontam significativo aumento da violência nas metrópoles, ligado à falência do sistema judiciário, à privatização da justiça, aos abusos da polícia, à fortificação das cidades e à destruição dos espaços públicos (CALDEIRA, 2000, p. 55; ABREU, 1990; SOARES, et al 1996; ZALUAR, 1994).

Nesse contexto, a autora analisa como as instituições de ordem operavam e quais os resultados de suas atuações no cenário do "crime" na capital paulista. Expõe que os abusos das forças policiais não eram originários da atualidade, mas sim um elemento herdado de outros momentos históricos. Conclui que os excessos se tornaram prática recorrente no Estado brasileiro desde o período imperial, quando as forças de ordem eram autoritárias e arbitrárias, sendo capazes de decidir qual punição seria aplicada ao indivíduo. Assim, detinham, tacitamente, o poder de "controlar o protagonismo dos pobres" na sociedade, e.g., pela criminalização e coibição da vadiagem, da embriaguez, da prática da capoeira, das aglomerações públicas, dentre outros.

Um período crítico dos abusos das instituições de ordem, como exposto anteriormente, deu-se durante o regime militar, quando violência e perseguições a diversos grupos políticos e sociais eram institucionais e declaradas, respaldadas,

à época, pelo ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, a autora nota a intensificação da violência policial na transição democrática, na medida em que a ausência dos alvos políticos pré-concebidos conduziu à generalização da repressão policial sobre determinados grupos sociais em regiões específicas da cidade. Tal aumento na violência também pode ser explicado pelo "legado autoritário", que corresponde, conforme Cesarini e Hite, a:

> "Regras, procedimentos, normas, padrões, práticas, disposições, relacionamentos e memórias originadas em experiências autoritárias bem definidas do passado que, como resultado de uma configuração histórica específica e/ou lutas políticas, sobreviveram à transição democrática e intervém na qualidade e nas práticas das democracias pós-autoritarismo." (CESARINI; HITE, 2003, p. 4 apud ALBUQUERQUE et al, 2011)

Adicionalmente, a recessão econômica e o aumento das taxas de "crimes violentos" no fim dos anos 1980 conduziram a uma consequente e subconsciente busca por culpados pelas mazelas. Muitas vezes, o governo foi responsabilizado, devido às suas promessas não cumpridas e um plano econômico – Plano Collor – que agravou as desigualdades na distribuição de renda. Mas, também, a culpa pela situação adversa do País recaiu sobre o próprio povo, por meio da narrativa elitista, eivada de insegurança em relação à hierarquia social, que atribuía maior responsabilidade pela crise generalizada aos "pretos e pobres" da periferia, devido à sua pretensa falta de civismo e educação.

Desse modo, Caldeira traz à sua obra o conceito que perpassa todo o estudo, a fala do "crime", uma narrativa sobre o "crime", "criminosos", experiências de violência e de insegurança. Ínsito às relações intersubjetivas, esse discurso é repetido (sub)consciente e recorrentemente como verdade, o que conduz os próprios indivíduos estereotipados como potenciais autores de delitos a aceitá-la e, sobretudo, a reproduzi-la, mesmo que tacitamente influenciados pela família, amigos, mídia, dentre outros.

Em outros termos, os próprios alvos da estigmatização, mediante um discurso disfarçado, buscavam exaltar pequenos atos como: ser "de família de bem", "trabalhador", "pagador de impostos", "bom cidadão", entre outros, com o intuito de se "distanciar" do estigma de "criminosos", eis que o "crime" estaria relacionado ao mal, em tese, moradores de lugares "ruins", expostos a situações de risco social, tenderiam mais à "criminalidade" (Caldeira, 2000, p. 96).

Porém, como já dito, a repressão a essa "criminalidade" era feita de forma abusiva e violenta pela polícia, com base em padrões de "crimes" e comportamentos "criminosos" estereotipados. Paradoxalmente, as classes desfavorecidas

compartilhavam do pensamento de que a eficácia policial se daria somente pelo uso da força excessiva, e, ao reivindicá-la, elas próprias se tornaram alvo da instituição repressiva, uma vez que o preconceito compartilhado na fala do "crime" corresponde fielmente às características predominantes das classes baixas.

A disseminação da fala do "crime" ou, conforme Moreira e Moreira Jr. (2017), o discurso do "medo do outro", um "medo reproduzido na sociedade e pela sociedade de grupos de indivíduos que merecem ser combatidos, encarcerados ou até mesmo mortos", representa uma negação do valor social de determinadas pessoas. Isso favorece o surgimento de políticas criminais funestas e o recrudescimento da repressão policial.

Pelo exposto, a narrativa da insegurança pode representar fielmente a terceira forma de desrespeito da Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth, materializada na ofensa à honra ou degradação à dignidade ou, segundo o filósofo, ao "status" do sujeito perante a comunidade (HONNETH, 2003, p. 217).

Na medida em que se desvalorizam modos de vida individuais ou coletivos, retira-se dos atingidos a possibilidade de atribuir um valor social às suas próprias capacidades ou um significado positivo à sua vida, a ponto de perderem a capacidade de entender a si próprios como seres estimados dentro de uma coletividade, ou seja, aniquila-se sua autoestima pessoal arduamente construída por meio do encorajamento pela solidariedade de grupos sociais (HONNETH, 2003, p. 218).

Por fim, a fala do "crime" ou, conforme Joaquín Herrera Flores (2009, p. 178 apud MOREIRA; MOREIRA JÚNIOR, 2017), o "círculo hermenêutico de falácia ideológica" da violência e do medo, ao invés de efetivamente reduzir a tal "criminalidade", serve apenas para exterminar ou afastar os grupos excluídos para longe da população "de bem". A esses grupos estigmatizados, perseguidos e marginalizados pela degradação cultural de suas formas de vida, portadores da patologia social da "vexação", resta a busca por formas alternativas de (re)inserção e expressão na sociedade, em outros termos, resta a luta por reconhecimento.

4.2. Enclaves fortificados: exclusão de direitos e perda do autorrespeito dos excluídos

O somatório de fatores, como a recessão econômica, o empobrecimento das classes mais baixas, a ampla difusão do discurso do medo pela fala do "crime", a repressão estatal e a ineficácia das instituições de ordem em reduzir a dita "criminalidade", proporcionou o surgimento de um novo padrão de ocupação urbana. Ademais, ao passo que as classes menos favorecidas começaram a participar

da vida política e a reivindicar seu espaço, as classes altas foram, paulatinamente, afastando-se da convivência em espaços públicos e se isolando em busca de segurança.

A essa forma de segregação espacial Caldeira deu o nome de enclaves fortificados, locais privados e restritos, distantes das áreas centrais, destinados a pessoas de elevado nível social, fisicamente isolados por muros, grades, tecnologias, controlados por guardas armados e sistemas sofisticados de segurança, voltados para seu interior, garantindo aos usuários o "direito de não serem incomodados" (AUGUSTO, 2002). Por isso, muitas vezes, essas edificações também abrigam escritórios, *shopping centers*, bancos, escolas, áreas de lazer etc., tornando-as autônomas e praticamente independentes do mundo exógeno.

Esse movimento de reclusão pode ser considerado, em certa medida, uma reação de fuga e resistência das elites em face do processo de redemocratização, visto que a influência e as decisões políticas não mais eram totalmente monopolizadas pelos grupos dominantes. A incapacidade do Estado de conter o pretenso aumento do "crime violento" e a propagação da narrativa do medo levou parcela da população a se abrigar nos enclaves, estabelecendo uma negação à convivência urbana nos espaços públicos da cidade e uma contundente ruptura com o exterior e outros grupos.

Nesse sentido, pode-se associar o fenômeno do enclausuramento, movido pelo discurso sobre a "criminalidade", à segunda forma de desrespeito *honnethiana*, uma expressão da lógica da exclusão social, tanto física quanto simbólica, e da privação de direitos existente na sociedade brasileira. Ao passo que, apesar de constitucionalmente universalizados, muitas vezes o alcance material dos direitos institucionalmente garantidos (HONNETH, 2003, p. 217) não transpõe os muros dos enclaves fortificados da alta sociedade.

Tal experiência da exclusão social mantém o indivíduo, nomeadamente, o "pobre e preto" da periferia, embora formalmente tutelado pela ordem jurídica, estruturalmente excluído da posse de determinados direitos no interior de uma sociedade, uma vez que, por não ser membro de mesmo valor da coletividade não participa igualitariamente de sua ordem institucional. Desse modo, como explica Honneth:

> "[...] a particularidade nas formas de desrespeito, como as existentes na privação de direitos ou na exclusão social, não representa somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também sua associação com o sentimento de não possuir o *status* de um parceiro da interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade; para o indivíduo, a denegação de pretensões

> jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral." (HONNETH, 2003, p. 216)

Por esse ângulo, a proporção que os grupos marginalizados não vivenciam processos de interação socializadora, têm-se-lhe subtraído o respeito cognitivo de uma imputabilidade moral, isto é, o autorrespeito moral. Tal denegação do reconhecimento aos sujeitos alijados à margem da sociedade, tira-lhes a capacidade de referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade no convívio com os próximos, causando uma verdadeira morte social.

4.3. Corpo incircunscrito: maus-tratos físicos e destruição da autoconfiança dos maltratados

De acordo com Napolitano (2014, p. 12), o período de abertura política após o regime militar não se deu de forma inequívoca e linear, e esteve sujeito "às pressões da sociedade, sobretudo dos movimentos sociais que politizaram as ruas, forçando limites iniciais da transição", em especial, com a defesa dos direitos civis individuais anteriormente conquistados pela população e suspensos durante a repressão.

Segundo Caldeira, no fim da década de 70, com o início da transição democrática, os presos políticos foram libertos, assim, tais movimentos passaram a lutar pelos direitos civis dos presos comuns e dos cidadãos, uma vez que, embora os direitos sociais e políticos fossem razoavelmente legitimados, os aspectos civis da cidadania permaneciam sendo continuamente violados (CALDEIRA, 2003, p. 343).

Durante esse período, como exposto anteriormente, o medo da violência afetou diretamente a vida dos brasileiros. De acordo com Caldeira, havia inclusive o debate, à época, sobre como o indivíduo que praticara um delito deveria ser punido. Os defensores dos direitos humanos se baseavam no discurso de que, uma vez cidadãos, deveriam ser punidos sob os limites legais. Os opositores, por seu turno, reproduziam a fala do "crime", isto é, alegavam que os "criminosos" eram inimigos do povo e não mereciam direitos, e os recursos gastos no sistema prisional deveriam ser usados para melhorar a qualidade de vida dos trabalhadores e "cidadãos de bem".

Nesse sentido, impulsionada pela fala do "crime", a violação de direitos civis dos indivíduos estigmatizados como "perigosos" era implicitamente tolerada pela sociedade, de forma que o corpo desses sujeitos se tornava alvo da punição física, do castigo, da vingança, da justiça, especialmente pela prática da violência

policial. Esse objeto vulnerável, manipulável, desprotegido e desprovido de direitos individuais é o que Caldeira chama de corpo incircunscrito (SILVA, 2008).

Tal conceito, pela ótica da teoria de Honneth, representa nitidamente a primeira forma de desrespeito. A negação de reconhecimento à integridade física por meio de maus-tratos é, segundo o próprio autor, "a espécie mais elementar de rebaixamento pessoal", pois:

> "[...] toda tentativa de se apoderar do corpo de uma pessoa, empreendida contra a sua vontade e com qualquer intenção que seja, provoca um grau de humilhação que interfere destrutivamente na autorrelação prática de um ser humano, com mais profundidade do que outras formas de desrespeito; pois a particularidade dos modos de lesão física, como ocorrem na tortura ou na violação, não é constituída, como se sabe, pela dor puramente corporal, mas por sua ligação com o sentimento de estar sujeito à vontade de um outro, sem proteção, chegando a perda do senso de realidade." (HONNETH, 2003, p. 215)

Nesse contexto, os maus-tratos físicos contra os ditos "criminosos" ou cidadãos em geral, arrancam-lhes quaisquer possibilidades da livre disposição sobre o seu corpo, ferindo duradouramente sua confiança em si mesmo, adquirida quando das experiências de dedicação afetiva. Assim, o sujeito do corpo incircunscrito, ao perder a "capacidade de coordenação autônoma do próprio corpo" pela violação ou tortura, sofre um "colapso dramático da confiança do mundo social e, com isso, na própria autossegurança" (HONNETH, 2003, p. 215, 216), culminando com sua morte psíquica.

Segundo Silva (2008) o conceito da incircunscrição corporal se reveste de importância, pois a forma como se concebe o corpo do indivíduo está intrinsecamente ligada à própria maneira como se encara a cidadania e a legitimação dos direitos individuais no País.

Percebe-se, que as formas de reconhecimento recusado ou de desrespeito conceituadas como fala do "crime", enclaves fortificados e corpo incircunscrito, quando examinadas em conjunto com a degradação das autorrelações práticas e as consequentes manifestações patológicas nos indivíduos, contribuem sobremaneira para a investigação da origem e do desenvolvimento da disjunção da democracia brasileira, ou seja, sua etiopatogênese, a qual se empreende a seguir.

5. Etiopatogênese de uma disjunção democrática no Brasil

A partir da análise concreta da violência física do corpo incircunscrito, evoluindo à simbólica violência socioespacial dos enclaves fortificados e da fala do

"crime", a etiopatogênese empreendida por este trabalho identificou a violência como principal causa da disjunção no projeto democrático pretendido pelo Brasil ao fim do regime militar.

No entanto, a origem de uma democracia disjuntiva não se resume à violência em sentido estrito, àquela física, prática, tanto civil quanto estatal, por meio da repressão desproporcional das instituições de ordem em face de práticas delituosas de indivíduos. Mas, principalmente, deve-se à violência em sentido amplo, socioespacial, simbólica, a qual aqui se considera a mola mestra para explicar a manifestação das formas *honnethianas* de desrespeito ou de reconhecimento recusado que conduzem à deslegitimação da cidadania.

Explica-se, ao vivenciar uma experiência de violência, em especial, ao ter sua integridade física violada por maus-tratos, o indivíduo, comumente, traumatiza-se, desorienta-se, seu mundo se desestrutura provocando um abalo indelével em sua autoconfiança e na confiança "no outro". Conforme Caldeira (2000, p. 33), há um rompimento entre a vida "antes" e "depois" do acontecimento, "esse medo você nunca mais perde", como diversos entrevistados repetiram à autora.

Geralmente, a experiência de um "crime violento", como chama Caldeira, é seguida de reações como cercar a casa e instalar dispositivos de segurança, mudar de endereço, isolar-se em enclaves fortificados, contratar vigilantes, deixar de sair em determinados horários, evitar o convívio alguns espaços públicos da cidade, dentre outras. Todas essas ações reforçam o sentimento de distanciamento, de insegurança, de perda do respeito ao próximo, conduzindo à segregação, à privação de direitos e ao consequente prejuízo ao autorrespeito e à integridade social de indivíduos e grupos excluídos julgados como ameaça.

Invariavelmente, as reações supracitadas são acompanhadas pela fala do "crime", ou seja, as narrativas sobre as experiências de violência e de medo são contadas e recontadas inúmeras vezes até se tornarem assuntos centrais de conversas cotidianas em ambientes familiares, em grupos de amigos, em igrejas e, inclusive, em programas jornalísticos e humorísticos. Assim, esse discurso retórico se difunde na sociedade de forma frequente, fragmentada, expressiva e produtiva, construindo o estereótipo do sujeito "criminoso", constumeiramente representado pelo "pobre e preto" da periferia ou, às vezes, por outros grupos marginalizados.

Como exemplo, Caldeira (2000, p. 29-32) traz uma emblemática entrevista com uma moradora do bairro Mooca, de classe média, na qual ela narra com ênfase e detalhes alguns assaltos que vivenciou, reduzindo a essas experiências de violência física a causa dos problemas de sua vida. Filha de imigrantes italianos,

a senhora atribui o aumento da violência em seu bairro à chegada de outros migrantes mais recentes, os "nortistas", aos quais se refere como favelados, ignorantes, preguiçosos, sujos, imorais e perigosos. Em suma, para ela o nordestino "é a imagem sintetizada de tudo o que é ruim e reprovável, e consequentemente criminoso [...] representa [...] o perigo do crime, [...] da decadência social" (CALDEIRA, 2000, p. 37).

Contudo, à medida que essa narrativa da violência é repetida à exaustão, o "crime" funciona como um reorganizador, de forma que a cidade, o bairro, a casa, os vizinhos, a vida, enfim, tudo adquire um significado diferente por causa do "crime". No caso acima, a chegada dos novos moradores ao bairro equivale à narrativa do "crime", dividindo a história local entre antes e depois, ou seja, "o que o crime faz para a biografia da narradora, a chegada de nordestinos/criminosos faz para o bairro" (CALDEIRA, 2000, p. 33).

Sob essa ótica, o sujeito estereotipado – seja o "preto e pobre" de sempre ou o nordestino, o homossexual, a mulher, o indígena, o imigrante etc., já que repulsivo, é visto pela sociedade apenas "por cima dos muros", marginalizado ao ponto de ele próprio internalizar e reproduzir a fala do "crime" (KHOURY, 2001). Nas palavras de Jessé Souza (2003b, p. 11), esses grupos dominados, humilhados em sua honra e dignidade, enxergam-se como subcidadãos, socialmente inferiores pelo processo de culpabilização subjetiva incorporado por eles, destruindo sua autoconfiança, seu autorrespeito e sua autoestima.

Nessa perspectiva, o "medo do outro" (MOREIRA; MOREIRA JÚNIOR, 2017) contribui para a reordenação simbólica de um mundo desestruturado por experiências de violência, inaugurando um divisor entre o "antes" e o "depois", entre um tempo bom e outro ruim, reduzindo a realidade à dicotomia simplista do "bem" e do "mal" e naturalizando a percepção daqueles indivíduos estereotipados como perigosos (ALVES, 2002). Desse modo, a sociedade, impregnada pelo "legado autoritário", legitima a violência sobre os estigmatizados e marginalizados, que, em consequência, são esquecidos juridicamente, excluídos socioespacialmente e punidos fisicamente.

Em suma, conforme aponta Caldeira (2000, p. 35), percebe-se que "o crime oferece um código simplificado para se lidar com outras mudanças sociais", uma vez que as narrativas sobre as experiências individuais de violência estendem sua lógica a diversos temas, como a decadência social. Nesse sentido, notou-se que a crise econômica, a inflação e o desemprego foram repetidamente associados à violência por vários entrevistados, os quais se mostravam pessimistas e descrentes da concretização de diretos civis e da consequente mobilidade social tão propalada no período de redemocratização.

Assim, a retórica da violência fomenta o distanciamento, o não reconhecimento, a fragmentação e a intolerância, conduzindo a uma postura "defensivo-ofensiva" da sociedade ao tornar explícitas as desigualdades sociais e faltas de referências comuns. Nas palavras de Caldeira (2000, p. 9), "a violência e o medo combinam-se a processos de mudança social nas cidades contemporâneas, gerando novas formas de segregação espacial e discriminação social".

Cidades segregadas por muros e isoladas por enclaves – reais e simbólicos, promovem o conflito ao invés de evitá-lo, pois alimentam o sentimento de que grupos diferentes têm reivindicações inconciliáveis e pertencem a universos incompatíveis (CALDEIRA, 2000, p. 340). Em outros termos, as "cidades de muros", caracterizadas pela violência socioespacial, não contribuem para a legitimação da cidadania e a consolidação da democracia, mas sim para sua incompletude e sua disjunção.

Pela etiopatogênese empreendida, este artigo conclui que o reconhecimento recusado, materializado pela violência socioespacial, trata-se de um agente etiológico em potencial, capaz de infectar gravemente os cidadãos com patologias sociais, reduzindo-os a subcidadãos humilhados e mortos psíquica e socialmente, verdadeiros vetores, propensos a contagiar a sociedade e a, fatalmente, transmitir uma epidemia disjuntiva à jovem e frágil democracia brasileira.

6. Considerações finais

Esta pesquisa se propôs a realizar a etiopatogênese, isto é, a investigar a origem e o desenvolvimento de uma democracia disjuntiva no Brasil. Para tanto, apoiou-se no livro *Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*, de Teresa Pires do Rio Caldeira, o qual, ao conjugar fatores como violência, desigualdade social, discriminação racial, segregação espacial, direitos civis e cidadania em um caldeirão metropolitano em período de franca ebulição político-social, fornece subsídios peculiares para a análise do panorama do projeto democrático no Brasil.

Apesar dos estudos que originaram a obra terem sido realizados no fim da década de 80 e início de 90 na capital paulista, ainda permanecem atuais e oportunos, permitindo sua extrapolação espaço-temporal para a compreensão do recente fenômeno constitucional brasileiro, de suas imperfeições e particularidades políticas e socioculturais.

Em especial, os conceitos de corpo incircunscrito, enclaves fortificados e, principalmente, fala do "crime" trazidos pelo livro, combinados à Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth, auxiliaram este artigo a fidedignamente

enfrentar a essência da natureza disjuntiva da democracia brasileira, representada pelo paradoxo entre a expansão da cidadania política e a deslegitimação da cidadania civil.

Nesse sentido, não obstante o fato de a prática da cidadania, por meio de eleições livres e periódicas, ter conferido feições democráticas ao regime político no momento de redemocratização no Brasil, a plena consolidação de uma democracia não se reduz a essa estreita perspectiva política, a qual, apesar de essencial, é insuficiente para a garantia dos direitos civis constitucionalmente previstos, tampouco para constituir um Estado de direito (CALDEIRA; HOLSTON, 1999).

Sem isso, observa-se o estabelecimento de uma democracia meramente política, incompleta, desprovida de legitimidade e eficácia. Conforme Joaquín Herrera Flores (2009, p. 190), a política nunca é um bem em si, mas um mecanismo crucial para que a cidadania ponha em prática suas virtudes cívicas, se fosse de modo contrário, "a cidadania que surge de todo esse emaranhado é uma cidadania inibida, distorcida e centrada unicamente no espaço estatal".

Portanto, buscou-se demonstrar nesta pesquisa que as consequências do desrespeito ao reconhecimento identitário são severas e fundamentalmente antidemocráticas, uma vez que, uma das condições essenciais para a consecução de um projeto democrático completo passa pelo reconhecimento dos indivíduos estigmatizados e marginalizados como concidadãos – não mais como subcidadãos – merecedores de dedicação emotiva, respeito cognitivo e estima social ou, em outros termos, dignos de amor, direitos e solidariedade.

Tal reconhecimento é crucial para o fortalecimento da autoconfiança, do autorrespeito e da autoestima dos indivíduos, só assim será possível, como alude Moreira (2010), implementar as "promessas da modernidade" e consolidar o projeto iniciado pela Constituição de 1988, visando primordialmente a ampla efetivação da cidadania e a completude da democracia no Brasil.

Por fim, resgatando a pergunta de abertura deste artigo, há certamente muito a se comemorar nos 30 anos da Constituição Federal. No entanto, apesar de importantes progressos, o quadro atual da jovem e frágil democracia brasileira ainda inspira cuidados, por isso se deve persistir na busca pelo "antídoto" capaz de erradicar a grave epidemia disjuntiva que lhe debilita.

7. Referências

ABREU, Sérgio França Adorno. *Violência urbana, justiça criminal e organização social do crime*. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência - USP, 1990.

ALBORNOZ, Suzana Guerra. As esferas de reconhecimento: uma introdução a Axel Honneth. *Cadernos de Psicologia Social do Trabalho,* v. 14, n. 1, p. 127-143. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2011.

ALBUQUERQUE, Armando et al. Transição política e legado autoritário: algumas reflexões acerca da violência policial no brasil pós-redemocratização. *Revista Direito e Desenvolvimento*, a. 2, n. 4, jul-dez. 2011. Disponível em: [https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/178/160]. Acesso em: 10.11. 2018.

ALVES, Andréa Moraes. *Cidade de muros:* crime, segregação e cidadania em São Paulo. Rio de Janeiro: Mana. v. 8, n. 1, p. 213-215, abr. 2002. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132002000100010&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 25.11.2018.

AUGUSTO, Maria Helena Oliva. Resenha de "Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo" de Teresa Pires do Rio Caldeira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. p. 216-222. fev. 2002. Disponível em: [www.redalyc.org/articulo.oa?id=10704817]. Acesso em: 22.11.2018.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio; HOLSTON, James. *Democracy and Violence in Brazil. Comparative Studies in Society and History,* 41(4), 691-729. 1999. Disponível em: [www.cambridge.org/core/product/FCB9AE6B3598FFEF887FBCEF5A1033C4]. Acesso em: 17.11.2018.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros*: crime, segregação e cidadania em São Paulo. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Editora 34 Ltda./Edusp, 2000. p. 400.

DAHL, Robert A. *Polyarchy:* participation and opposition. New Haven: Yale University Press, 1971.

HERRERA FLORES, Joaquín. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

HAYASHI, Bruno Naomassa. O tema da classe na teoria do reconhecimento de Axel Honneth. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2015.

HOLSTON, James; CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Democracy, law and violence: disjunctions of brazilian citizenship*. In: AGUERO, F.; STARK, J. (Eds.). *Fault Lines of Democracy in Post-Transition Latin America*. Miami: University of Miami, 1998. p. 263-296.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34 Ltda., 2003. p. 291.

HUNTINGTON, Samuel. *The Third wave*: democratization in the late twentieth century. Oklahoma: University of Oklahoma Press,1991.

KHOURY, Yara Aun. Falas do crime, segregação espacial e discriminação social. *Revista História Oral*, 4, p. 183-187. 2001. Disponível em: [http://revista.historiaoral.org.br/index.php?journal=rho&page=article&op=download&path%5B%5D=44&path%5B%5D=38.]. Acesso em: 25.11.2018.

MACARINI, José Pedro. A política econômica do governo Médici: 1970-1973. *Nova econ.*, Belo Horizonte, v. 15, n. 3, p. 53-92. dec. 2005. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-63512005000300003&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 26.11.2018.

MAINWARING, Scott; BRINKS, Daniel; PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Classificando regimes políticos na América Latina. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 4, 645-687, 2001.

MARANGONI, Gilberto. *Anos 1980, década perdida ou ganha*. Ipea. Desafios do desenvolvimento. ano 9. ed. 72. São Paulo: Ipea, 2012. Disponível em: [www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2759:catid=28&Itemid=23]. Acesso em 26.11.2018.

MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma teoria da constituição dirigente*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 241.

MOREIRA, Nelson Camatta; MOREIRA JÚNIOR, Ronaldo Felix. Os replicantes de nosso tempo: a violência estatal e a negação da igualdade e dignidade humana a partir da perspectiva da teoria crítica e da distopia na ficção científica. *Revista Brasileira de Direito,* Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 277-294, dez. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: [https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2033]. Acesso em: 25.11.2018.

NAPOLITANO, Marcos. *1964:* história do regime militar brasileiro. São Paulo: Contexto, 2014.

PEREIRA, Tiago Porto. *Desrespeito e patologias sociais na Filosofia de Axel Honneth*. Problemata: R. Intern. Fil. v. 7. n. 1. 2016. Disponível em: [http://periodicos.ufpb.br/index.php/problemata/article/viewFile/25336/15724]. Acesso em: 25.06.2018.

PIROMALLI, Eleonora. *Marxism and cultural studies in the development of Axel Honneth's Theory of Recognition*. Journal Culture, Theory and Critique. v. 53. *issue* 3. p. 249-263. Published online, 2012. Disponível em: [https://doi.org/10.1080/14735784.2012.720439]. Acesso em: 24.11.2018.

PRZEWORSKI, Adam. *Minimalist conception of democracy:* a defense in democracy value. ed. Ian Shapiro and Casiano Hacker Cordón. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. A teoria crítica de Axel Honneth. In: SOUZA, Jessé (Org.); MATTOS, Patrícia. *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007. p. 324.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth. *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, v. 8, n. 1, p. 9-18. jan-abr. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2008.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SILVA, Ana Carolina Nascimento. Das relações de sentido entre corpo e cidadania. *Revista Habitus*: revista eletrônica dos alunos de graduação em Ciências Sociais-IFCS/UFRJ, Rio de Janeiro. v. 6, n. 1, p. 93-100, semestral dez. 2008. Disponível em: [www.habitus.ifcs.ufrj.br]. Acesso em: 12.11.2018.

SOARES, Luiz Eduardo; et al. *Violência e política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, Ed. Relume Dumará, 1996.

SOUZA, Jessé. (Não) Reconhecimento e subcidadania, ou o que é "ser gente"? *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*. Lua Nova, São Paulo, n. 59, p. 51-73, 2003. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452003000200003&lng=pt&nrm=iso]. Acesso em: 18.11.2018.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania:* para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2003. p. 212.

ZALUAR, Alba. *Condomínio do diabo*. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro e Revan, 1994.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A construção social do medo do crime e a violência urbana no Brasil, de André Ribeiro Giamberardino – *RBCCrim* 115/221-253 (DTR\2015\11453);
- A segregação urbana e a justiça (ou a justiça no injusto espaço urbano), de Flavio Villaça – *RBCCrim* 44/341-346 (DTR\2003\315);
- Cidadania e acesso à Justiça no espaço urbano, de Enzo Bello e Arion Escorsin de Godoy – *RTRJ* 3/171-195 (DTR\2014\3224); e
- Direito fundamental à educação, exclusão social e cidadania, de Eduardo Cambi e Giovana Zaninelli – *RDPriv* 59/29-54 e *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 9/721-748 (DTR\2015\11066).