Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 27 • vol. 151 • jan. / 2019

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 27 • vol. 151 • jan. / 2019

Presidência
Cristiano Avila Maronna

Coordenação
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editora-chefe – Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Editores-assistentes – Chiavelli Facenda Falavigno, Daniel Leonhardt, Jéssica da Mata, Thiago Araújo e Vinicius Gomes de Vasconcellos

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) – Alberto Silva Franco (IBCCRIM – São Paulo/SP) – 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) – 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 – CHAMADA GERAL)
Davi Tangerino (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Alexei Choi Caruncho (FEMPAR – Curitiba/PR) – Álvaro Chagas Castelo Branco (UniCEUB – Brasília/DF) – Ana Carolina Carlos (Uni-Barcelona – Espanha) – André Vaz Porto Silva (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Andréa Ana do Nascimento (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Antonio José Franco de Souza Pêcego (PUCMG – Uberlândia/

MG) – Arthur Felipe Azevedo Barretto (USP – São Paulo/SP) – Caio Patricio de Almeida (USP – São Paulo/SP) – Caroline Pereira Reis Mendes (Instituto Florence de Ensino Superior - São Luís/MA) – Celeste Leite dos Santos (MPSP – São Paulo/SP) – Christiano Falk Fragoso (UERJ – Rio de Janeiro/SP) – Christiany Pegorari (PUC – Campinas/SP) – Clara Moura Masiero (UNISINOS – São Leopoldo/RS) – Cristina Rego de Oliveira (FDUCP – Lisboa/Portugal) – Daniel Kessler de Oliveira (Feevale – Novo Hamburgo/RS) – Décio Franco David (UENP – Curitiba/PR) – Diogo Flora (OABRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Eduardo Augusto Paglione (Academia de Polícia Civil de São Paulo – São Paulo/SP) – Eduardo Neves Lima Filho (UFPA – Belém/PA) – Felipe Abal (Universidade de Passo Fundo – Passo Fundo/RS) – Felipe da Silva Freitas (UnB – Brasília/DF) – Fernanda Prates (Université de Montreal – Canada) – Flávia Siqueira Cambraia (UFMG – Belo Horizonte/MG) – Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira (Libertas Faculdades integradas – Belo Horizonte/MG) – Francisco Monteiro Rocha Jr. (Universidade Positivo – Curitiba/PR) – Gerson Faustino Rosa (UEM – Maringá/PR) – Grasielle Borges Vieira de Carvalho (Universidade Tiradentes – Aracaju/SE) – Ísis Aparecida Conceição (Unilab – Fortaleza/CE) – Isis Hochmann de Freitas (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Jardel Luís da Silva (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Jorge Trindade (Universidade Luterana do Brasil – Canoas/RS) – June Cirino dos Santos (ICPC – Curitiba/PR) – Krishina Day Ribeiro (UFPR – Curitiba/PR) – Lucas e Silva Batista Pilau (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Lucas Melo Borges de Souza (FDV – Vitória/ES) – Luís Carlos Honório de Valois Coelho (TJAM – Manaus/AM) – Luiz Fernando Kazmierczak (UENP – Curitiba/Paraná) – Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (MPMG – Belo Horizonte/MG) – Luiz Phelipe Dal Santo (Universidades de Bologna e de Padova – Itália) – Márcia Cristina dos Santos Rêgo (UFPR – Curitiba/PR) – Márcia Esteves de Calazans (UCPEL – Pelotas/RS) – Marco Aurélio Nunes da Silveira (UPF – Passo Fundo/PR) – Maria Claudia Girotto do Couto (USP – São Paulo/SP) – Mariana Barrêto Nóbrega de Lucena (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Marina Pinhão Coelho Araújo (FGV – São Paulo/SP) – Maurício Sant'Anna dos Reis (CESF – Porto Alegre/RS) – Moyses Pinto Neto (ULBRA – Porto Alegre/RS) – Natalhie Fragoso (USP – São Paulo/SP) – Nelson Gomes Junior (UFPB – João Pessoa/PB) – Ney Fayet Jr. (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Patricia Manente Melhem (Faculdade Campo Real – Guarapuava/PR) – Renan Barboza (USP – São Paulo/SP) – Renata Guadagnin (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Renato Gomes de Araújo Rocha (USP – São Paulo/SP) – Salah Hassan Khaled Junior (FURG – Porto Alegre/RS) – Taysa Matos do Amparo (UFBA – Salvador/BA) – Thais Del Monte Buzato (UNIP – São Paulo/SP) – Tomás Grings Machado (UNISINOS – Vale do Rio dos Sinos/RS)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Alberto Emiliano Oliveira Neto (UFPR – Curitiba/PR) – André Machado Maya (Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS) – Bruno Hermes Leal (JFRS - Tabatinga/AM) – Fernando Nogueira Martins Júnior (Universidade Federal de Lavras – Lavras/MG) – Flávia Ávila Penido (PUCMG – Belo Horizonte/MG) – Gilberto Giacoia (Universidade Estadual do Norte do Paraná – PR) – Gustavo Britta Scandelari (UFPR – Curitiba/PR) – Hamilton Gonçalves Ferraz (UFRJ e PUC-Rio – Rio de Janeiro/RJ) – Heloisa Vieira Simões (UFPR – Curitiba/PR) – Julio Cesar de Aguiar (Universidade Católica de Brasília – Brasília/DF) – Katie Silene Cáceres Arguello (UFPR – Curitiba/PR) – Klelia Canabrava Aleixo (PUCMG – Belo Horizonte/MG) – Lawrence Estivalet de Mello (UFPR – Curitiba/PR) – Leonardo Nunes Marques (Faculdade PIO XII – Cariacica/ES) – Letícia Gabriella Almeida (Universidade Estadual do Norte do Paraná – PR) – Luiz Phelipe Dal Santo (Universidades de Bologna e de Padova – Itália) – Marllon Sousa (American University – Washington, D.C – EUA) – Pamela Torres Villar (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – São Paulo/SP) – Pietro Cardia Lorenzoni (Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS) – Priscilla Conti Bartolomeu (UFPR – Curitiba/PR) – Priscilla Placha Sá (PUCPR e UFPR – Curitiba/PR) – Raisa Duarte da Silva Ribeiro (UFRJ e Unicarioca – Rio de Janeiro/RJ) – Renata da Silva Athayde Barbosa (UERJ e UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Renata Ribeiro Baptista (Universidade Católica de Brasília – Brasília/DF) – Roberson Henrique Pozzobon (UFPR – Curitiba/PR) – Rodrigo de Souza Costa (Universidade Federal Fluminense – Rio de Janeiro/RJ) – Victor Misse Guidi (FDV – Vitória/ES)

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. 151 • jan. / 2019

Coordenação (editora-chefe)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

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. 151 • jan. / 2019

Presidência
Cristiano Avila Maronna

Coordenação (editora-chefe)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

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.

Juliana Mayumi Ono
Diretora Editorial

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 RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais
revista@ibccrim.org.br

Visite nosso *site*
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [01-2019]
Profissional
Fechamento desta edição: [16.11.2018]

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2017/2018

Diretoria Executiva

Presidente
Cristiano Avila Maronna
1º Vice-Presidente
Thiago Bottino
2º Vice-Presidenta
Eleonora Rangel Nacif
1º Secretário
Renato Stanziola Vieira
2º Secretário
Roberto Corcioli Filho
1º Tesoureiro
Edson Luis Baldan
2º Tesoureiro
Bruno Shimizu
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Carla Cilene Gomes
Assessora da Presidência
Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

Presidente
Andre Pires de Andrade Kehdi
Membros
Carlos Alberto Pires Mendes
Helios Alejandro Nogués Moyano
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Sérgio Salomão Shecaira
Ouvidor
Rogério Fernando Taffarello

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Amicus Curiae
Maurício Stegmann Dieter
Atualização do Vocabulário Básico Controlado
Roberto Portugal de Biazi
Biblioteca
Renato Watanabe de Morais
Boletim
Fernando Gardinali Caetano Dias
Comunicação
Gabriel de Freitas Queiroz
Concessão de Bolsas de Estudos e Desenvolvimento Acadêmico
Thayná Yaredy
Convênios
João Paulo Martinelli
Cooperação Jurídica Internacional
Maria Helena Rolim
Cursos
Yuri Felix
Estudos e Projetos Legislativos
Luis Guilherme Mendes de Paiva
Estudos Sobre Habeas Corpus
Alberto Zacharias Toron
Infância e Juventude
Mariana Chies Santiago Santos
Iniciação Científica
Natália Macedo Sanzovo
Jornal de Ciências Criminais
Marina Pinhão Coelho Araújo
Justiça e Segurança Pública
Dina Alves
Mesas de Estudos e Debates
Maurides de Melo Ribeiro
Monografias
Frederico Normanha de Almeida

Núcleo de Pesquisas
Juliana de Oliveira Carlos
Política Nacional de Drogas
Luis Carlos Valois
Revista Brasileira de Ciências Criminais
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Revista Liberdades
Christiano Fragoso
Sistema Prisional
Paulo Cesar Malvezzi
22º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Frederico Normanha de Almeida
24º Seminário Internacional
Silvio Luiz Almeida

Grupo de Estudos

Grupo de Estudos sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
Douglas Calixto
Grupo de Estudos sobre Escolas Penais
Natália Macedo Sanzovo
Departamento IBCCRIM Coimbra
Presidente
Rafael Serra de Oliveira

Equipe do IBCCRIM

Supervisão Geral
Luciana Zaffalon
Equipe
Fernanda Costa Barreto

Núcleo Administrativo Financeiro

Supervisão
Roberto Seracinskis
Equipe
Andrea Pereira dos Santos
Alexandre Soledade de Oliveira
Camila dos Santos Silva
Eliane Yanikian
Nadir Fernandes Almeida Silva
Priscila Nicastro
Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira

Núcleo de Atuação Política

Supervisão
Carolina Diniz
Equipe
Gabriel Elias
Lorraine Carvalho Silva

Núcleo de Biblioteca

Supervisão
Helena Curvello
Equipe
Anderson Fernandes Campos
Natalí de Lima Santos
Simone Camargo Nogueira

Núcleo de Comunicação

Supervisão
Douglas Calixto
Equipe
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore
Vitor Munis da Silva

Núcleo de Educação

Supervisão
Amarilis Regina Costa da Silva
Equipe
Andreza Martiniano da Silva
Ana Paula da Silva
Hegle Borges da Silva
Manuela Santos
Tânia Andrade

Núcleo de Publicações

Supervisão
Willians Meneses
Equipe
Rafael Vieira
Taynara Lira

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

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 27 • vol. 151 • jan. / 2019

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Gerente de Conteúdo
Milisa Cristine Romera

Editorial: Andréia Regina Schneider Nunes, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Produção Editorial
Coordenação
Iviê A. M. Loureiro Gomes

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

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Bruno Capassi, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Felipe Augusto da Costa Souza, Marília Gabriela Gradin, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra e Rafaella Araujo Akiyama

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier e Daniela Medeiros Gonçalves Melo

Estagiários: Fernanda Farias, Lucas Vieira e Sthefany Moreira Barros

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação de capa: Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Rafael Ribeiro

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
Mauricio Alves Monte

Analista de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis

Sumário

Direito Penal

Liberdade de expressão e desacato no Direito brasileiro: um estudo do REsp 1.630.084/SP e do HC 379.269/MS do STJ

Freedom of speech and criminal contempt in Brazilian Law: a study of REsp 1,630,084/SP and HC 379,269/MS of the Superior Court of Justice

Hamilton Gonçalves Ferraz 19

O modelo penal-psiquiátrico do asilamento sob a ótica da Lei 10.216/2001

The criminal-psychiatric model of internment under the vision of Law 10,216/2001

Gilberto Giacoia e Letícia Gabriella Almeida 43

Shaming como uma via para a sanção criminal de pessoas jurídicas no Brasil

Shaming as an option for punishing corporations in Brazil

Gustavo Britta Scandelari e Roberson Henrique Pozzobon 75

A persistência do discurso da ressocialização na execução penal de exceção

The persistence of the resocialization speech on penal execution exception

Klelia Canabrava Aleixo e Flávia Ávila Penido 115

O lançamento e o auto de infração como fontes de prova da materialidade do crime previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90

The launch and the notice of infraction as sources of proof of the materiality of the crime provided for in article 1st, item II, of Law 8,137/90

Leonardo Nunes Marques e Victor Misse Guidi 133

Crime e Sociedade

Desemprego crônico e encarceramento: para uma revisão das taxas de desocupação no Brasil

Chronic unemployment and imprisonment: for a revision of unemployment rates in Brazil

Alberto Emiliano Oliveira Neto, Katie Silene Cáceres Arguello e Lawrence Estivalet de Mello 167

Ativismo judicial e sociedade de risco: reflexos no âmbito da jurisdição criminal a partir do HC 126.292

Judicial activism and risk society: reflections in the scope of criminal jurisdiction from HC 126,292

André Machado Maya e Pietro Cardia Lorenzoni 189

Seletividade policial, processo de criminalização, encarceramento: considerações sobre a catástrofe penal brasileira

Police selectivity, criminalization process, incarceration: considerations on the Brazilian penal catastrophe

Fernando Nogueira Martins Júnior 215

Como naturalizamos a corrupção? As novas fronteiras propostas pela análise comportamental da desonestidade ao combate à corrupção

How do we naturalize corruption? The new boundaries set by the behavioral analysis of dishonesty to the combat against corruption

Julio Cesar de Aguiar e Renata Ribeiro Baptista 261

Cumprindo pena no Brasil: encarceramento em massa, prisão-depósito e os limites das teorias sobre giro punitivo na realidade periférica

Doing time in Brazil: mass incarceration, warehouse prison and the limits of punitive turn theories in the peripheral reality

Luiz Phelipe Dal Santo 291

Busca pessoal v. *Stop and Frisk*: um breve exame sobre a abordagem policial de rua no Brasil e nos EUA

Body search v. Stop and Frisk: brief comments on street police's approach in Brazil and in the U.S.

Marllon Sousa 317

A proteção das mulheres e o direito penal: um estudo quantitativo sobre os casos de feminicídio no Tribunal do Júri

The protection of women and criminal law: a quantitative study on the cases of feminicide in the Jury Court

Pamela Torres Villar 345

Quem te prende e não te solta: as Regras de Bangkok e a análise de decisões denegatórias do Poder Judiciário do estado do Paraná em pedidos de prisão domiciliar para mulheres presidiárias gestantes e com crianças

Who arrests you and does not release you: the Bangkok Rules and the analysis of denying decisions of the state of Paraná Judiciary on house arrest requests for pregnant women and women with children

Priscilla Placha Sá, Heloisa Vieira Simões e Priscilla Conti Bartolomeu 383

Pornografia e violência de gênero: instrumentos de proteção da mulher em situação de violência

Pornography and gender violence: protection instruments of women in violence situation

Raisa Duarte da Silva Ribeiro, Renata da Silva Athayde Barbosa e Rodrigo de Souza Costa 417

Resenha

Feindstrafrecht, de Luís Greco

Bruno Hermes Leal 459

Índice Alfabético-remissivo 487

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais 493

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira De Ciências Criminais 503

Condições para Submissão (Checklist) 507

Liberdade de expressão e desacato no Direito brasileiro: um estudo do REsp 1.630.084/SP e do HC 379.269/MS do STJ

Freedom of speech and criminal contempt in Brazilian Law: a study of REsp 1,630,084/SP and HC 379,269/MS of the Superior Court of Justice

Hamilton Gonçalves Ferraz

Professor substituto de Direito Penal e Criminologia (UFRJ). Doutorando em Direito (PUC-Rio). Mestre em Direito Penal (UERJ). Bacharel em Direito (UERJ). Advogado.
ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com

Recebido em: 17.04.2018
Aprovado em: 16.07.2018
Última versão do autor: 30.08.2018

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: São analisados os precedentes sobre desacato firmados na jurisprudência do Superior Tribunal Justiça. Para tanto, primeiramente, faz-se breve estudo das tensões constitucionais entre liberdade de expressão, lei penal e desacato; posteriormente, apresenta-se a discussão no Sistema Interamericano de Direitos Humanos; na sequência, é estudado o delito de desacato no direito penal brasileiro; e, por fim, são feitos estudos de casos do REsp 1.640.084/SP e do HC 379.269/MS, STJ, apresentando considerações críticas ao debate.

Palavras-chave: Desacato – Liberdade de expressão – Direito penal.

Abstract: The paper analyses the precedents on contempt in Superior Court of Justice's jurisprudence (STJ). Therefore, firstly it is made a brief review on the constitutional tensions between freedom of speech, criminal law and contempt; after, it is presented the discussion, in the Inter-American System for the protection of human rights; in sequel, it is study the crime of contempt in Brazilian criminal law; and, finally, it is presented a case study on REsp. 1,640,084/SP and HC 379,269/MS, STJ, presenting critical considerations on the debate.

Keywords: Contempt – Freedom of speech – Criminal law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Contornos constitucionais das tensões entre liberdade de expressão, lei penal e desacato. 3. Liberdade de expressão e desacato no sistema interamericano de direitos humanos (SIDH). 3.1. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e as "leis de desacato". 3.2. Liberdade de expressão e desacato na Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). 4. Brevíssimas notas sobre o crime de desacato no direito penal brasileiro. 5. O REsp 1.640.084/SP, 5ª Turma, STJ. 6. O HC 379.269/MS, 3ª Seção, STJ. 7. Análise crítica: afinal, o STJ acertou?. 8. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Ferraz, Hamilton Gonçalves. Liberdade de expressão e desacato no Direito brasileiro: um estudo do REsp 1.630.084/SP e do HC 379.269/MS do STJ. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 151. ano 27. p. 19-42. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2019.

1. Introdução

"Liberdade" é uma palavra problemática para o Brasil. Mais ainda nos campos pessoal e individual, e com maiores quantidade e grau de problemas quando envolve a manifestação da personalidade (em geral), em face (ou contra) terceiros, ou o Estado. Isso não é surpresa para uma sociedade que, em geral, julga com mais naturalidade a ideia de uma carteira de trabalho, de escola pública gratuita para todos, de saúde pública gratuita universal e, com mais espanto, de temor ou moralismo, de protestos de mulheres com seios à mostra, de uso pessoal de substâncias entorpecentes, ou de simples inconformismo com a conduta de agentes públicos ou suas instituições. Nesses três casos, predominam os estereótipos estigmatizantes de "puta", "maconheiro" ou "vagabundo", ou "bandido"/"suspeito", para os quais a lei penal brasileira sempre respondeu de forma igualmente estigmatizante, violenta e seletiva por raça e classe: uma delas, o delito de desacato – art. 331, CP[1]: um conveniente desconhecido das praias da zona sul carioca, dos pontos de turismo e bairros nobres, mas uma presença constante em qualquer bairro de periferia, comunidade ou favela sob policiamento ostensivo, "pacificação" ou ocupação militar, cujos frágeis e vergonhosos "ganhos" em "paz social" não superam os custos em vidas, sofrimentos, e, consequentemente, liberdades individual e política.

O presente trabalho se debruça sobre o delito de desacato no direito brasileiro, especialmente, analisando, como estudo de caso, as recentes decisões do STJ na matéria (REsp 1.630.084/SP e HC 379.269/MS), cujo deslinde terminou por reconhecer a constitucionalidade e a convencionalidade do referido delito. Para tanto, serão feitas pesquisas jurisprudencial, documental e bibliográfica.

Como referenciais teóricos que informam este estudo, tomam-se por pressupostos o neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito penal (FERRAZ, 2017), sem prejuízo de se conceber um neoconstitucionalismo internacionalizado, integrado aos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos (LEGALE, 2015).

O trabalho buscará responder aos seguintes questionamentos: (i) quais os argumentos invocados pelos órgãos do STJ em suas decisões sobre o desacato? Foram argumentos válidos, à luz da Constituição brasileira e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos? (ii) A última decisão do STJ, por sua 3ª Seção, no HC 379.296/MS respeitou a liberdade de expressão?

---

1. *Desacato*

   Art. 331. Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

   Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Em um primeiro momento, serão abordados os contornos constitucionais das tensões entre liberdade de expressão, lei penal e desacato, para melhor compreender o debate; na sequência, apresenta-se um panorama geral da questão entre liberdade de expressão e desacato no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), ressaltando os posicionamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que tem por base a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH); após, será feito um quadro geral dogmático do desacato no direito penal brasileiro, apresentando seus contornos e controvérsias distintivas para então se analisar os dois precedentes do STJ na matéria. Ao fim, é feita uma valoração crítica da posição final da Corte, tomando-se posição no debate e verificando a consistência do precedente consolidado pela 3ª Seção e, por último, um painel geral do debate, propondo-se diretrizes e parâmetros de aplicação possíveis para casos envolvendo ofensas a funcionários públicos por particulares.

2. Contornos constitucionais das tensões entre liberdade de expressão, lei penal e desacato

Que a liberdade de expressão seja um direito humano fundamental, um princípio basilar para o Estado Democrático de Direito, um postulado essencial para a dignidade humana, enfim, por maior que seja o "peso moral" dessas afirmações, todas essas ideias são tão importantes, óbvias e consensuais, quanto vazias e manipuláveis, tanto por particulares, como também, e principalmente, na relação entre cidadãos, empresas, grupos sociais vulneráveis e agentes estatais – mais delicado ainda quando estes encarnam, instrumentalizam ou expressam o poder punitivo penal.

É certo que não se pretende diminuir ou minimizar a importância das densas fundamentações filosóficas e jurídico-normativas em matéria de liberdade de expressão, que destacam as ideias-chave de "busca da verdade", "autorrealização pessoal", "participação democrática", "livre-mercado de ideias" ou de um "dever de debate público robusto", e apenas admitem sua restrição *a posteriori* (Doutrina Blackstone ou *prior restraints doctrine*)[2] (CARBONELL, 2011, p. 88-94). O que se

2. Doutrina formulada por William Blackstone, segundo a qual é inviável e incompatível com o exercício da liberdade de expressão qualquer forma de censura ou restrição prévia da expressão, ressalvando, contudo, restrições e sanções posteriores para eventuais abusos ou excessos que venham a prejudicar terceiros. Problematizando esta visão absolutamente predominante da questão, TOLLER, 2010; sobre a prior *restraints doctrine* na 1ª Emenda da Constituição americana, por todos, LEWIS, 2016.

quer destacar é que quando a defesa em abstrato da liberdade de expressão se vê confrontada com casos reais limítrofes, cíveis ou – principalmente – penais, que envolvem outros direitos, princípios ou valores (normalmente, a honra dos afetados ou das vítimas) torna-se necessário um esforço dogmático crítico capaz de canalizar toda a problematização teórica em uma aplicação prática consistente, viabilizando interpretações e soluções criativas que permitam levantar parâmetros de identificação e garantia de cada direito fundamental a ser protegido em concreto.

É nesse sentido que Juarez Tavares, ao contrário da expressiva maioria da doutrina penal brasileira, percebe que nos delitos contra a honra, para além de eventual pretensão de proteção à vítima, existe um confronto entre a ofensa à dignidade da pessoa humana, que legitima a intervenção da lei penal, e a liberdade de expressão (TAVARES, 2012, p. 89). Essa constatação se torna particularmente importante no que diz respeito à tensão entre o exercício crítico da liberdade de expressão contra o governo ou agentes públicos, já que, frequentemente, nesses casos, costuma-se invocar, além do próprio direito à honra pessoal, uma proteção à "honra estatal", ou "reputação administrativa", "ordem pública", entre outros valores e princípios vagos. Por isso, concorda-se com Gargarella, que aponta que expressões críticas direcionadas ao Estado e seus agentes aparecem "hiperprotegidas dentro de uma categoria de direitos já hiperprotegidos" (GARGARELLA, 2011, p. 36) – até porque, integrando a liberdade de expressão, uma das liberdades políticas ativas (pensamento, associação, imprensa etc.), esta é percebida como verdadeiro *contrapoder social*, e sua ausência leva não apenas à inexistência da democracia liberal, como sequer passa a ser concebível qualquer democracia política (FERRAJOLI, 2011, p. 329).

É por isso que a constitucionalidade de delitos de desacato é (ou deveria ser) uma questão tão sensível e urgente em qualquer sistema jurídico que se pretenda democrático. No Brasil, o tema já foi levado ao Supremo: por via concentrada, através da ADPF 496, patrocinada pela OAB[3], e aguarda julgamento; e por via difusa, mais recentemente, pela 2ª Turma, no HC 141.949/DF[4], que, buscando a inconstitucionalidade do referido delito, teve a ordem denegada por maioria de votos.

A seguir, passa-se à análise da questão no seio do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), onde o debate parece se inclinar de forma substancialmente contrária à criminalização do desacato.

3. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/adpf-496-oab-desacato.pdf]. Acesso em: 30.03.2018.

4. Disponível em: [http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=141949&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M]. Acesso em: 30.03.2018.

3. Liberdade de expressão e desacato no sistema interamericano de direitos humanos (SIDH)

3.1. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e as "leis de desacato"

No âmbito do SIDH, parece muito clara a defesa, por parte da parte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), da incompatibilidade do delito de desacato com a proteção à liberdade de expressão, inclusive em relação à sua previsão normativa no Brasil. Pelo menos três marcos na história da CIDH baseiam esta conclusão: (i) o *Informe sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH),* de 1994[5]; (ii) a *Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão,* aprovada pela CIDH em 2000[6]; e (iii) o último Informe Anual da CIDH de 2017, volume 2, o *Informe Anual da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão*[7]. Os critérios de seleção dos marcos foram sua relevância histórica e referencial (já que a grande parte dos informes anuais subsequentes e mesmo decisões da Corte IDH frequentemente citam os dois primeiros marcos) e atualidade (em relação ao último informe de 2017).

No *Informe sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH),* de 1994, a CIDH firmou posição no sentido contrário à convencionalidade das legislações penais dos países membros que criminalizavam o desacato (seja no âmbito penal ou militar), e incluiu o Brasil expressamente no rol destes países. Embora se tenha frisado que a liberdade de expressão não é direito absoluto (segundo a CADH), a CIDH ressaltou que eventuais restrições à expressão devem ser compatíveis com a preservação e o desenvolvimento de sociedades democráticas, e não como proteção, por si só, à autoridade estatal. Nesse sentido, a Comissão criticou a desproporcionalidade, a abertura, em geral, dos tipos penais de desacato, a vagueza do bem jurídico ofendido ("moralidade", "honra", "reputação administrativa", "ordem pública", entre outros), e como essa criminalização inverte os princípios mais elementares do Estado Democrático, por criar privilégios aos agentes estatais, em vez de se reforçar o controle, a crítica, e o escrutínio público sobre sua atuação. Por fim, consignou-se que as leis de desacato não apenas se convertem em censura prévia, em razão da intimidação sobre os cidadãos, como também promovem efeitos de

5. Disponível em: [www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.v.htm]. Acesso em: 30.03.2018.
6. Disponível em: [www.cidh.oas.org/basicos/basicos13.htm]. Acesso em: 30.03.2018.
7. Disponível em: [www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2017/docs/AnexoRELE.pdf]. Acesso em: 30.03.2018.

resfriamento e autocontenção (*chilling effect*)[8] sobre o exercício da liberdade de expressão no debate público.

Em 2000, é aprovada pela CIDH a *Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão*, que, entre os vários pontos de afirmação dos direitos humanos relativos à liberdade de pensamento e democracia, afirmou, categoricamente, no princípio 11:

> Os funcionários públicos estão sujeitos a um maior escrutínio por parte da sociedade. As leis que penalizam a expressão ofensiva dirigida a funcionários públicos geralmente conhecidas como "leis de desacato" atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação (tradução nossa).

Por décadas, portanto, a CIDH vem reafirmando sua posição contrária ao crime de desacato, seja em suas atuações perante a Corte IDH, seja em seus informes anuais. Assim, destacamos o último Informe Anual da CIDH de 2017, volume 2, o *Informe Anual da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão*, o qual, guardando coerência com as posições anteriormente firmadas, faz menção ao caso brasileiro (2017, p. 88). Entre os vários casos preocupantes (como violência praticada contra jornalistas, ações judiciais contra jornalistas – casos Tatiana Merlino, Débora Prado e Pedro Pomar), na letra E, "responsabilidades ulteriores", são mencionados e criticados, com especial atenção, os casos julgados no STJ (objetos de análise do presente trabalho), pelo que a CIDH reiterou sua posição contrária, citando o princípio 11 supra (2017, p. 94).

3.2. Liberdade de expressão e desacato na Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)

Em liberdade de expressão, talvez o caso contencioso[9] de maior repercussão da Corte Interamericana tenha sido o caso *Olmedo Bustos e outros* vs. *Chile,* 2001 ("última tentação de cristo"), o qual considerou qualquer tipo de censura prévia

8. "Efeitos de resfriamento", expressão consagrada na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, que se refere a possíveis efeitos de intimidação e desestímulo ao debate público diante de leis ou condenações que restrinjam ou limitem liberdades de expressão ou imprensa. Sobre isso, SCHAUER, 1978.

9. Sem prejuízo da importantíssima Opinião Consultiva 5/1985, que consagrou e delimitou a possibilidade de imposição de responsabilidade ulterior pelo abuso em matéria de liberdade de expressão. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf]. Acesso em: 30.03.2018.

como afronta ao direito de liberdade de expressão, tal qual previsto na CADH[10]. Contudo, em matéria de desacato, o caso *Palamara Iribarne* vs. *Chile*, 2005[11] é o que parece ter assumido maior relevância e destaque. Este foi um caso com diversos desdobramentos, seja de direito material, seja de direito processual (como a impossibilidade de julgamento de civis em justiças militares). Contudo, no que concerne ao desacato, convém aprofundar um pouco mais sua pertinência.

Palamara Iribarne foi um integrante das Forças Armadas Chilenas nos anos 70, que, logo que se aposentou, escreveu um livro no qual discorria sobre diversos aspectos da inteligência militar chilena, e a necessidade de sua adequação para parâmetros mais éticos e democráticos. Teve seu livro censurado, e, por se insurgir contrariamente, sofreu diversos processos e terminou condenado por descumprimento de ordens e deveres militares, e desacato[12].

10. Para um resumo do caso, conferir PAIVA; HEEMAN, 2015, p. 29-40.

11. Sentença disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf]. Acesso em: 30.03.2018. Analisando e estudando o caso em maior profundidade, por todos, conferir PAIVA; HEEMAN, 2015, p. 112 e s.; BRAVO, 2007.

12. Delitos de desacato na lei penal chilena anteriores à reforma legislativa da Lei 20.048/2005, que os revogou:

    Art. 264. Cometen desacato contra la autoridad:

    1. Los que perturban gravemente el orden de las sesiones de los cuerpos colegisladores y los que injurian o amenazan en los mismos actos a algún diputado o senador.

    2. Los que perturban gravemente el orden en las audiencias de los tribunales de justicia y los que injurian o amenazan en los mismos actos a un miembro de dichos tribunales.

    3. Los que injurian o amenazan: Primero: A un senador o diputado por las opiniones manifestadas en el Congreso. Segundo: A un miembro de un tribunal de justicia por los fallos que hubiere dado. Tercero: A los ministros de Estado u otra autoridad en el ejercicio de sus cargos. Cuarto: A un superior suyo con ocasión de sus funciones. En todos estos casos la provocación a duelo, aunque sea privada o embozada, se reputará amenaza grave para los efectos del presente artículo.

    Art. 265. Si el desacato consiste en perturbar el orden, o la injuria o amenaza, de que habla el artículo precedente, fuere grave, el delincuente sufrirá las penas de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte sueldos vitales. Cuando fuere leve, las penas serán reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez sueldos vitales o simplemente esta última.

    Art. 266. Para todos los efectos de las disposiciones penales respecto de los que cometen atentado o desacato contra la autoridad o funcionarios públicos, se entiende que ejercen aquélla constantemente los ministros de Estado y las autoridades de funciones permanentes o llamadas a ejercerlas en todo caso y circunstancias. Entiéndese también ofendida la autoridad en ejercicio de sus funciones cuando tuviere lugar el atentado o desacato con ocasión de ellas o por razón de su cargo.

A Corte IDH (pontos 79 e seguintes da sentença) se insurgiu contra as condenações, seguindo, no ponto, toda a argumentação principiológica e normativa da CIDH na matéria. Um detalhe interessante, porém, se refere às considerações da Corte a respeito da revogação do referido delito: ainda que tenha recebido em bom tom a notícia de que, pela Lei 20.048/2005, o Chile revogou suas leis de desacato, dando nova redação ao artigo 264, consagrando um delito de ameaça a agentes públicos[13], a Corte (pontos 90 e seguintes) não deixou de expressar preocupação pela manutenção de um delito de "ameaça" às mesmas autoridades, sujeitos passivos do anterior delito de desacato. Considerando a descrição do novo tipo penal como "ambígua", não delimitando claramente qual o âmbito típico da conduta delitiva, que poderia levar a interpretações amplas, que permitam que as condutas anteriormente consideradas como desacato sejam penalizadas indevidamente através do tipo penal de ameaças, a Corte impôs que, caso o Chile decida conservar tal norma, deve especificar que tipo de ameaças se trata, de forma tal que não se reprima a liberdade de pensamento e de expressão de opiniões válidas e legítimas ou qualquer inconformidade e protesto a respeito da atuação dos órgãos públicos e seus integrantes (ponto 92).

4. Brevíssimas notas sobre o crime de desacato no direito penal brasileiro

Apresentados os debates constitucionais e convencionais em matéria de liberdade de expressão e desacato, convém analisar em que consiste o desacato na legislação penal brasileira, e como é compreendido em sede doutrinária.

O desacato possui duas formas na lei penal brasileira: a primeira, delito comum em forma básica, está prevista no artigo 331 do CP[14]; a segunda, como cri-

13. Art. 264. (posterior à Reforma) El que amenace durante las sesiones de los cuerpos colegisladores o en las audiencias de los tribunales de justicia a algún diputado o senador o a un miembro de dichos tribunales, o a un senador o diputado por las opiniones manifestadas en el Congreso, o a un miembro de un tribunal de justicia por los fallos que hubiere pronunciado o a los ministros de Estado u otra autoridad en el ejercicio de sus cargos, será castigado con reclusión menor en cualquiera de sus grados.

    El que perturbe gravemente el orden de las sesiones de los cuerpos colegisladores o de las audiencias de los tribunales de justicia, u ocasionare tumulto o exaltare al desorden en el despacho de una autoridad o corporación pública hasta el punto de impedir sus actos, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, o sólo esta última.

14. Art. 331. Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

me militar, com várias formas derivadas nos artigos 298, 299 e 300 do CPM[15], sendo os dois últimos dispositivos passíveis de aplicação a civis, por serem crimes militares em tempo de paz (art. 9º, III, segunda parte, CPM). Pela semelhança entre os artigos 331, CP e 299 e 300, CPM, o estudo dogmático será adstrito ao delito do art. 331, CP, considerando-se suficiente para a compreensão dos respectivos delitos militares que sua única diferença se circunscreve ao seu elemento objetivo distinto, qual seja, o sujeito passivo militar ou assemelhado em localidade sujeita à administração militar.

"Desacatar" é comumente compreendido como desrespeitar, ofender, humilhar; no caso, ofender o funcionário público[16], podendo ser praticado com uma variedade considerável de palavras ou atos[17], desde que em no exercício de sua

15. Desacato a superior

    Art. 298. Desacatar superior, ofendendo-lhe a dignidade ou o decôro, ou procurando deprimir-lhe a autoridade:

    Pena – reclusão, até quatro anos, se o fato não constitui crime mais grave.

    Agravação de pena

    Parágrafo único. A pena é agravada, se o superior é oficial general ou comandante da unidade a que pertence o agente.

    Desacato a militar

    Art. 299. Desacatar militar no exercício de função de natureza militar ou em razão dela:

    Pena – detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui outro crime.

    Desacato a assemelhado ou funcionário

    Art. 300. Desacatar assemelhado ou funcionário civil no exercício de função ou em razão dela, em lugar sujeito à administração militar:

    Pena – detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui outro crime.

16. *Funcionário público*

    Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

    § 1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

    § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

17. "A ofensa constitutiva do desacato é qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário" (HUNGRIA, p. 421); GRECO

função ou em razão dela (BITENCOURT, 2016, p. 215). Compreende-se que o desacato é um delito contra a administração pública, mas pluriofensivo: os bens jurídicos ofendidos pelo delito são, primariamente, a moralidade, a probidade, a reputação, a "honra" administrativa, ou seja, a imagem e função da administração pública (bem jurídico coletivo ou transindividual); e, secundariamente, a honra, a reputação do funcionário público (bem jurídico individual e pessoal) (idem, p. 214).

Diante da amplitude e vagueza dos verbos nucleares do tipo, vislumbra-se neste um elemento subjetivo especial: uma *finalidade de ofensa ao funcionário público*, um especial fim de humilhar, menosprezar a função pública exercida pelo ofendido (PRADO, 2015, p. 1407) de modo a se tentar afastar do enquadramento típico meras críticas, discursos ou expressões em geral que não representem real lesão à administração pública ou ao funcionário.

Há uma controvérsia a respeito de quem pode ser sujeito ativo: majoritariamente entende-se que pode ser qualquer pessoa, inclusive o funcionário público (por todos, FRAGOSO, 1988, p. 482; GRECO, 2018, p. 1182; BITENCOURT, 2016, p. 214); Hungria, mais isolado, sustentava só haver desacato se o agente tivesse posição idêntica ou inferior àquela do funcionário desacatado (1958, p. 422).

A expressão ofensiva capaz de ensejar desacato deve ser relacionada ao exercício da função, e pode ocorrer mesmo que o funcionário não esteja, no momento, no seu desempenho: são os tradicionais exemplos de ofensas proferidas a juízes em suas férias, na praia ou em repouso ("seu juiz corrupto, ladrão"). Importa, sim, que a ofensa seja direta ao funcionário, em sua presença (PRADO, 2015, p. 1406). Caso o funcionário dê causa ou provoque o desacato, desde que a reação do sujeito ativo seja justificada, não há crime (HUNGRIA, 1958, p. 423; FRAGOSO, 1988, p. 485; BITENCOURT, 2016, p. 222).

Há um conflito aparente de normas entre o crime de desacato e eventuais crimes contra a honra praticados contra funcionário no exercício de suas funções

(2018, p. 1181) menciona julgados do STJ em que a condenação em primeira instância se deu pela expressão "eu nunca ouvi tanta besteira", por parte de uma promotora em relação ao Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado da Paraíba (HC 305.141/PB, 2015); e do TJDF em que se condenou por desacato mãe que proferiu "palavras desairosas aos policiais no momento da prisão do seu filho" (Rec. 2008.07.1.011594-0);

Nilo Batista (1975, p. 111-113) comenta, ainda, de caso mais antigo, em que se condenou por desacato advogado que, durante audiência, ao lhe serem indeferidas suas perguntas pelo juiz, lhe abriu um sorriso; o paciente impetrou HC no Supremo, que teve provimento negado (RHC 54.637). Coincidentemente, Leite, Hannikainen e Nhuch (2016), também detectaram empiricamente os mesmos problemas em relação ao crime de injúria.

(art. 141, II, CP). A doutrina e a jurisprudência não oferecem critérios muito precisos, portanto, tende a prevalecer que se a ofensa for feita *diretamente* ao funcionário, na sua presença, é desacato; se a ofensa for feita na sua *ausência*, trata-se de possível crime contra a honra (GRECO, 2018, p. 1184-1185).

Como desacato pode vir (e normalmente é) acompanhado de outras infrações penais praticadas no mesmo contexto contra o funcionário público – como resistência e desobediência (arts. 329 e 330, CP) –, normalmente se admite a aplicação do princípio da consunção ou subsidiariedade, no caso da prática desses delitos nas mesmas circunstâncias fáticas, por uma ou mais ações, contra as mesmas vítimas, prevalecendo, assim, as penas do crime mais grave (ou resistência, ou desacato); Fragoso, na esteira de Hungria, ressaltava que se impõe concurso formal no caso de lesões corporais graves ou calúnia (FRAGOSO, 1988, p. 485; HUNGRIA, 1958, p. 422).

Por fim, vale destacar que, embora disponha de imunidade profissional em relação à injúria e difamação praticadas no exercício de sua atividade, não dispõe o advogado da mesma proteção em relação ao desacato, por força do entendimento consignado pelo STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.105 e 1.127, de 2006.

5. O REsp 1.640.084/SP, 5ª Turma, STJ

O caso levado a julgamento pela 5ª Turma em 2016 envolvia a prática de roubo, desacato e desobediência (respectivamente, artigos 157, *caput*, 330 e 331, CP), todos praticados no mesmo contexto fático. O recorrente (que, segundo consta no relatório, fazia uso de bebidas alcoólicas, tornando-se violento em sua comunidade) subtraíra para si, mediante grave ameaça e violência, com emprego de vergalhão de ferro, uma garrafa de conhaque (Dreher, avaliada em R$ 9,00). Quando apreendido, desacatou com gestos e palavras os policiais militares responsáveis por sua prisão, e, ato contínuo, praticou desobediência, opondo-se à sua abordagem e detenção[18].

Diante da condenação em primeira instância, com sentença confirmada em segundo grau pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a Defensoria Pública do respectivo Estado interpôs recurso especial, pleiteando a aplicação do princípio da insignificância no roubo e, subsidiariamente, desclassificação para

18. Curiosamente, não se tem acesso, e tampouco o voto do Ministro Relator Ribeiro Dantas faz qualquer menção às exatas palavras, expressões ou condutas do recorrente no tocante à desobediência e desacato.

constrangimento ilegal (art. 146, CP); nulidade do acórdão estadual por falta de fundamentação; e, por fim, a inconvencionalidade do delito de desacato. Todas as teses defensivas restaram frustradas, à exceção da última, vencedora à unanimidade (levando ao afastamento da condenação por desacato) e que contou, inclusive, com parecer favorável da Subprocuradoria-Geral da República.

O Ministro Ribeiro Dantas, acolhendo a tese defensiva da inconvencionalidade do delito de desacato, assim estrutura seus argumentos: (i) reconhecimento da possibilidade (e dever) de controle de convencionalidade por parte de todos os órgãos do Judiciário (caso *Almonacid Arellano y otros* vs. *Chile*, *Corte IDH*); (ii) hierarquia supralegal, mas infraconstitucional dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil (RE 466.343/SP e REsp 914.253/SP); (iii) manifestações da CIDH e Corte IDH (caso *Palamara Iribarne* vs. *Chile*) contrárias à convencionalidade das chamadas "leis de desacato"; (iv) reconhecimento e aplicação do princípio *pro homine*, composto dos princípios da dignidade da pessoa humana e prevalência dos direitos humanos; (v) por último, argumentos gerais em favor da prevalência da liberdade de expressão sobre a criminalização de ofensas e, mais ainda, em relação a funcionários públicos – argumentos mais aprofundados adiante.

O Relator afirmou que "a criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo" (DANTAS, 2016, p. 17). O desacato consistiria em uma autoafirmação absolutista por parte do funcionário, que diria, através do art. 331, CP, *L'état c'est moi* (idem).

Ainda segundo o Relator, o delito seria anacrônico em relação à evolução legislativa brasileira (CRFB e CADH), pois traduziria desigualdade entre funcionários e particulares, inaceitável em um Estado Democrático de Direito.

Assumindo posição nitidamente simpática às liberdades individuais, Ribeiro Dantes argumenta, na esteira da CIDH e Corte IDH, que a criminalização do desacato provoca um *chilling effect* no exercício da liberdade de expressão, uma vez que o temor das sanções penais incentivaria a abstenção e o silêncio pessoal (DANTAS, 2016, p. 18). Ademais, invocando a evolução da *fighting words doctrine* estadunidense, o Relator afirma que a Suprema Corte americana, a partir de *Lewis* vs. *City of New Orleans* (1974) teria reduzido a margem de aplicação da respectiva teoria, declarando a inconstitucionalidade de leis de desacato redigidas de maneira vaga ou cujo alcance fosse excessivo, de modo a conferir ao funcionário o poder ilimitado para prender ou processar o suposto infrator (idem).

Encerrando seu voto de forma poética, o Relator menciona Clarice Lispector, que consagrou a potente frase "a liberdade costuma ofender", e, sem perder de

vista eventuais excessos no exercício da liberdade de expressão, concorda com a argumentação da Subprocuradoria-Geral da República, destacando que eventuais abusos poderiam ser suficientemente responsabilizados ulteriormente nas esferas cível e mesmo penal (na disciplina geral dos delitos contra a honra), sendo o desacato desnecessário por sua vagueza, imprecisão e por se tornar, na prática, mais um meio de intimidação e constrangimento do cidadão do que de proteção à administração pública.

6. O HC 379.269/MS, 3ª Seção, STJ

O segundo caso, julgado em 2017, envolvia a prática, no mesmo contexto fático, dos delitos dos artigos 306, CTB (dirigir veículo automotor sob a influência de álcool), 330 e 331, CP (desobediência e desacato). Nesse precedente, os fatos foram mais esclarecidos: o paciente foi parado por policiais militares, por conduzir seu automóvel em condições psicomotoras alteradas em razão de bebida alcoólica, e se recusou a sair do veículo. Ato contínuo, quando solicitada sua identificação, o paciente desacatou policiais militares, no exercício de suas funções, realizando gestos obscenos e proferindo dizeres como "vai tomar no cu, seu bosta, o que eu estou fazendo" (FONSECA, 2017, p. 4).

Rejeitando parcialmente a denúncia, o juiz aplicou o princípio da consunção, admitindo a acusação do réu apenas pelos delitos dos artigos 331 e 306, CTB. Inconformado, o Ministério Público recorreu em sentido estrito, buscando o recebimento total da denúncia, incluindo-se o delito de desobediência. O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul deu razão ao *Parquet* estadual, reformando a decisão de primeiro grau, o que ensejou *Habeas Corpus* patrocinado pela Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul ao STJ, a qual, argumentando pela existência de constrangimento ilegal, pleiteou a absorção do desacato pela desobediência, apenas. A 5ª Turma (a mesma do precedente anterior) deliberou por afetar o HC à 3ª Seção, dada a relevância do tema em questão. O deslinde do caso foi significativamente distinto: por maioria de votos (Saldanha Palheiro, Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Rogério Schietti Cruz e Nefi Cordeiro; vencidos os Ministros Reynaldo Soares da Fonseca[19] e Ribeiro Dantas; ausente, justificadamente, o Min. Joel Ilan Paciornik; presidente Min. Sebastião Reis Júnior) não apenas foi afastada a aplicação do princípio da consunção entre desobediência e desacato, como o delito de desacato foi afirmado como *convencional*.

19. Seu voto está disponibilizado no sítio eletrônico do tribunal; uma vez que subscreveu *in totum* o precedente anteriormente analisado, remete-se àquele para suas considerações.

Os argumentos levantados pelo voto vencedor do Ministro Saldanha Palheiro podem ser sintetizados nos seguintes: (i) eventuais manifestações da CIDH, por esta não possuir função jurisdicional, não são vinculantes, sendo, no máximo, recomendações; (ii) CIDH e Corte IDH não compreendem o direito de liberdade de expressão como absoluto; (iii) como não há precedente da Corte relacionado ao crime de desacato no Brasil, não há nenhuma obrigação legal ou jurisdicional de revogar ou afastar a aplicação do referido delito; (iv) pela Teoria da Margem de Apreciação Nacional, ainda que existisse decisão da Corte contra o Brasil no tema, esta, por si só, não seria suficiente para elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico; (v) desacato é forma especial de injúria, caracterizando ofensa à honra e prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública; (vi) inaplicável o princípio da consunção entre desobediência e desacato, por serem tipos penais distintos.

No que concerne ao conflito entre desacato e liberdade de expressão, convém apontar que, na leitura de Saldanha Palheiro, não apenas o Ministro reafirmou a relatividade da proteção a esta, como, para além da conhecida argumentação da proteção aos valores da Administração, apontou que o funcionário público seria prejudicado por se ver diante de opções processuais onerosas (ação penal privada ou condicionada à representação na disciplina dos delitos contra a honra), além de gerar, como consequência sistêmica, desforço pessoal, acomodação, ou desídia do funcionário no exercício de suas atribuições. Ademais, o servidor possui deveres e responsabilidades que o particular não, como os listados na Lei 8.112/1990, cujo desatendimento enseja abuso de autoridade ou outro delito contra a administração pública, com penas muito severas.

Vale trazer, também, o voto do Min. Rogério Schietti Cruz, que subscreveu o voto vencedor de Saldanha Palheiro e acrescentou mais considerações e argumentos. Entendeu o Ministro Schietti que a jurisprudência da Corte em matéria de liberdade de expressão e desacato não tratou de delitos assemelhados ou situações fáticas próximas às do contexto empírico e normativo brasileiros, uma vez que cuidavam de "manifestações de opinião de escritores e jornalistas contra autoridades, e não de ofensas proferidas na presença de um servidor público" (CRUZ, 2017, p. 6.).

Em certa divergência dogmática (mas reforçando a conclusão da maioria), Schietti afirmou não ser a honra o bem jurídico protegido pelo desacato, mas sim, na esteira de Magalhães Noronha, a "dignidade, o prestígio, o respeito devido à função pública" (idem, p. 9).

O Ministro ainda fez considerações relativas às funções da pena e do direito penal, invocando Ferrajoli, de modo a reforçar que o direito penal "tem como objetivo principal evitar que, na sua ausência, os agentes públicos assumam, como

meios corretivos, outros tipos de reações, sejam informais, sejam estatais, mas excessivas" (idem, p. 10). A partir dessa percepção político-criminal, Schietti argumentou que a ausência de um tipo de desacato levaria a situações em que policiais ou agentes públicos tendessem a reagir de forma excessiva, às margens da legalidade e proporcionalidade, argumento que sustentou invocando sua própria experiência pessoal, como "membro do Ministério Público por mais de vinte e seis anos" (idem, p. 11).

Prosseguindo, o Ministro Schietti trouxe notas de direito comparado, e fez um paralelo da criminalização brasileira do desacato com a repressão no direito anglo-americano ao *Contempt of Court*, argumentando que, muito embora a jurisprudência da Suprema Corte seja mais pródiga em relação à margem de expressão dos cidadãos em manifestações críticas contra agentes públicos, não deixa de reconhecer a constitucionalidade da repressão a atos e manifestações mais excessivas ou abusivas contra estes (CRUZ, 2017, p. 12-13).

Ao final, Schietti, defendendo a intervenção penal como forma de contenção de abusos e excessos, propõe um exemplo como argumento a legitimar a criminalização do desacato: um cidadão que, diante de um oficial de justiça que cumpre um mandado de intimação, o confronta, rasgando o mandado, jogando-o no rosto do servidor e esbravejando "essa justiça para mim não vale nada! Eu não a respeito e não respeito você!" (idem, p. 13). É diante de casos como esses que o Ministro termina por legitimar o delito de desacato, ratificando o voto do Ministro Saldanha Palheiro.

7. Análise crítica: afinal, o STJ acertou?

Respeitosamente, o precedente firmado pela 3ª Seção do STJ é problemático em sua fundamentação e não respeita o direito de liberdade de expressão, ao contrário do REsp 164.084/SP, da 5ª Turma.

O primeiro e mais elementar problema daquele precedente começa na compreensão da situação fática narrada: claramente não se trata de desacato. Quando o paciente fala "vai tomar no cu, seu bosta, o que eu tô fazendo", ao responder ofensivamente aos policiais militares que o abordaram em seu automóvel, não há qualquer menção ou ofensa à reputação da Administração Pública. Os policiais não são desrespeitados no exercício de sua função pública (como seria o caso, por exemplo, de uma ofensa como "seu policial fascista", "seus corruptos", enfim, ofensas peculiares aos valores encarnados pela Administração), mas sim, pessoalmente. No máximo, o caso poderia ser tipificado como injúria majorada pela ofensa a funcionário público (art. 140, caput, c/c art. 141, II, CP), sem prejuízo

da responsabilização pelo delito de trânsito (art. 306, CTB) ou da desobediência (art. 331, CP) praticados na situação concreta.

A despeito de dispensáveis e questionáveis considerações de política criminal (sobre eventuais funções da pena ou do direito penal), experiências profissionais pessoais ou argumentações por exemplos (o qual, aliás, melhor se enquadra em desobediência, não em desacato, respeitosamente ao Min. Schietti), importa destacar os equívocos da visão da Corte a respeito da relação e aderência do Brasil com a ordem jurídica internacional à qual se vincula.

É verdade que estudiosos, acadêmicos, e mesmo Cortes Constitucionais do continente não coincidem em relação à força normativa, aplicabilidade e vinculação da Convenção Americana, das recomendações da CIDH ou das sentenças da Corte IDH. É admissível e mesmo respeitável visões mais "tradicionalistas" ou "conservadoras" no Direito Internacional dos Direitos Humanos (embora delas se discorde) que compreendem os sistemas de proteção de forma mais autocontida e limitada, até porque, na realidade dos fatos, o cumprimento a recomendações ou mesmo condenações internacionais depende quase que exclusivamente da "boa vontade" dos Estados e suas ordens nacionais, de modo que a eficácia concreta desse sistema se dá mais no plano político, simbólico, acadêmico ou cultural do que no jurídico. Basta observarmos que não há, no Brasil, qualquer procedimento legal ou norte jurisprudencial que forneça diretrizes acerca do cumprimento de recomendações ou condenações no SIDH. Ocorre que a 3ª Seção não lançou mão de uma visão conservadora com argumentos consistentes: simplesmente distorceu, confundiu e se apropriou de conceitos, precedentes e teorias de forma explicitamente parcial e arbitrária para defender um determinado viés decisório mais favorável ao Estado e seus agentes públicos, o que é muito grave e preocupante.

Quando os Ministros Saldanha Palheiro e Schietti Cruz argumentaram que o fato de não haver precedente internacional sobre desacato contra o Brasil implica em não haver qualquer obrigação deste em modificar sua legislação ou reinterpretá-la; e que a "Teoria da Margem de Apreciação Nacional" permitiria que, mesmo diante de uma condenação internacional, o Brasil poderia deliberar internamente sobre seu cumprimento, os Ministros, de uma só vez, desconsideraram toda a teoria, prática e jurisprudência internacional em controle de convencionalidade, a ponto de sequer ser concebível nos termos propostos, e distorceram a Teoria da Margem de Apreciação Nacional, a qual não se presta a conferir qualquer "carta branca", imunidade ou impunidade internacional aos Estados e suas violações de direitos humanos, mas sim, se aplica à instrumentalização e concretização de

tratados internacionais em âmbito nacional[20], ou ao cumprimento de decisões internacionais, quando se reconhece certo espaço local para sua implementação[21].

Menos problemática é a polêmica a respeito da distinção entre os casos e leis de desacato examinadas pela CIDH e Corte IDH, em que se argumentou que a legislação penal brasileira e os casos concretos julgados no Judiciário nacional seriam diferentes da cadeia de precedentes internacionais e informes no tema. Este é um argumento mais robusto; porém, admite maior reflexão: (i) como visto, a CIDH, ao rejeitar a convencionalidade das leis de desacato, incluiu a lei brasileira; (ii) a Corte IDH, no caso Palamara Iribarne, citou todos os informes e entendimentos da CIDH até aquele momento; (iii) a partir da análise dogmática do tipo de desacato brasileiro, constata-se que sua vagueza e discricionariedade são da mesma ordem das demais legislações do continente (embora seu emprego pelos agentes públicos brasileiros se preste mais a reafirmar a "autoridade" e a "ordem" pública do que cercear manifestações literárias, artísticas ou jornalísticas); (iv) por fim, ainda que se entenda que não são casos semelhantes, CIDH e Corte IDH são categóricas ao condicionarem qualquer restrição à liberdade de expressão a diretrizes de proporcionalidade e intervenção mínima, a partir das quais o delito de desacato brasileiro figura como insustentável.

Outra argumentação questionável é o enquadramento do desacato como modalidade de delito contra a honra. A pretendida equiparação é, com todo o respeito, inviável: delitos contra a honra, por definição, afetam interesses privados da vítima, de forma quase que personalíssima. Por isso, admitem benefícios penais e regimes processuais diversos, que não apenas oferecem possibilidades de despenalização, mas asseguram os direitos de intimidade, privacidade e liberdade da vítima em promover ou não a ação, e em determinar o seu desfecho. A se defender que o desacato é delito contra a honra, deve-se admitir então a possibilidade de se aplicar, por analogia, todos os benefícios penais e processuais penais em sua persecução, como a retratação; o perdão do ofendido, expresso, e, inclusive, tácito; e o perdão judicial no caso de retorsão imediata ou em que o agente público tenha provocado a ofensa. Porém, dificilmente o argumento do STJ resistiria a tal teste de coerência, já que o preço desta é inversamente proporcional à consistência, força e integridade daquele.

20. A idade de 18 anos para responsabilização penal é um exemplo: é um marco internacional, mas que admite, dentro de certa margem – e assegurados todos os direitos e garantias fundamentais – uma "adaptação razoável" diante de contextos regionais e locais.

21. Sobre a teoria da margem de apreciação nacional e sua construção pelo sistema europeu, conferir NASPOLINI; SILVEIRA, 2016; argumentando sua não recepção pelo sistema interamericano, ROJAS, 2018.

A equiparação do desacato com o chamado *contempt of court* do direito anglo-americano, como proposto pelo Min. Schietti é um entendimento mais consistente, e válido. Contudo, parece mais adequado compreender esta infração penal não como desacato, mas como desobediência: primeiro, porque é uma infração que pode ter conotação e aplicação não apenas penal, como cível, e segundo, porque cria, ao contrário do desacato, um embaraço, obstáculo ou obstrução a processos judiciais ou à atuação concreta de funcionários públicos (em geral, do sistema de justiça) (FRAGOSO, C. F.; BÉZE; BATISTA, V.M, 2016, p. 82).

A argumentação mais consistente do julgado da 3ª Seção parece ser, na verdade, o sopesamento entre as liberdades dos cidadãos comuns, particulares (notadamente, a liberdade de expressão), e os deveres e responsabilidades dos agentes públicos. De fato, e talvez esse seja um traço mais característico do Brasil, agentes públicos são, pela Constituição e pela legislação ordinária, sujeitos a diversas esferas de responsabilização – cível, administrativa e penal –, com sanções onerosas e penas bastante altas (isso considerando que ações e punições por improbidade normalmente implicam em sanções até mais severas do que as penas previstas para delitos funcionais). Parece razoável, considerando esse contexto, sustentar que não apenas o funcionário depende de proteção penal para exercer suas funções diante dos administrados no dia-a-dia, como aquele poderia, na ausência de tipos penais específicos (como o desacato), vir a praticar abusos e excessos em suas atividades.

O argumento é sedutor, mas não convence. É verdade que a maior responsabilização e exigência legal do funcionário justifica, em tese, que este seja titular de um rol compatível de prerrogativas, direitos e garantias, mas isso não implica, por si só, em uma "prerrogativa penal" (que não é dele, nem para ele, mas da sociedade e para esta), ou em um tipo penal específico, que depende, entre outras justificações, de uma demonstração empírica e normativa de sua adequação, necessidade, proporcionalidade, além de um delineamento consistente do bem jurídico ofendido, conforme obrigam os princípios da lesividade e da intervenção mínima – filtros pelos quais o delito de desacato simplesmente não passa.

Ademais, entre cidadãos e funcionários, no Brasil, inexiste (normativamente e empiricamente) proporcionalidade legal, política ou funcional a justificar a criminalização do desacato. É consideravelmente menor a visibilidade e conhecimento de casos envolvendo abuso de autoridade (infrações de menor potencial ofensivo), prevaricação, concussão, ou qualquer outra infração administrativa ou delito contra particulares do que casos de desacato – estes sim, uma lamentável constante na vida de comunidades menos favorecidas – frequentemente sob "pacificação", ocupação ou intervenção militar para "garantia da ordem", quase sempre criminalizando jovens negros e pobres.

Por último, convém analisar o argumento de que "inexistir tipo penal de desacato promoveria generalização do abuso e desproporcionalidade". Em discordância, levantam-se pelo menos dois contra-argumentos: (i) empírico, já que se trata de uma afirmação sem qualquer comprovação de realidade, sendo mais verdadeiro o seu oposto, isto é, que mesmo havendo a previsão legal do desacato, abusos e excessos existem, existiram e seguem sendo praticados por agentes públicos, notadamente das forças policiais e militares; (ii) normativo-principiológico: a premissa do argumento é, basicamente, que uma das bases para o "bom funcionamento" da Administração Pública, é a previsão de delitos que amparem as condutas regulares de seus agentes. Contudo, quão democrática pode ser considerada qualquer Administração que baseia e justifica seu bom funcionamento na intimidação e criminalização de cidadãos inconformados, críticos a ela ou a seus agentes?

8. Considerações finais

É possível uma administração pública eficiente e íntegra que não dependa de intimidação e criminalização para ser respeitada e reputada legítima por cidadãos e cidadãs. No debate que o trabalho procurou abordar, a melhor posição é pela inconstitucionalidade e inconvencionalidade desse delito, sem prejuízo das eventuais responsabilizações cíveis e criminais existentes e previstas no ordenamento para casos de abusos ou excessos.

Contudo, sabe-se que essa é uma posição tão fácil quanto a que se criticou. Portanto, nestas considerações finais, serão esboçadas algumas linhas e propostas para, em se desejando manter o delito de desacato (que possivelmente será a tendência do STF no julgamento da ADPF 496), levantar limites mais criteriosos para a tipicidade de delitos de expressão praticados contra funcionários públicos.

O problema nevrálgico do debate entre desacato e liberdade de expressão (que, de certa forma, também perpassa o debate envolvendo crimes contra a honra), parece ser diferenciar o que é "crítica" (ou "crítica ofensiva", ou "ofensa protegida pela liberdade de expressão"), de um lado, do que é "ofensa" (ou "ofensa não protegida pela liberdade de expressão"). Diferenciar o que pode ser uma expressão legítima (ainda que moralmente vexaminosa, chocante, desagradável), de uma expressão ilegítima (que afeta interesses, bens, direitos de terceiros de forma mais contundente e intolerável)[22].

22. Os termos não são desimportantes. Muitas vezes, a expressão de uma pessoa não é mera crítica, mas sim, uma expressão ofensiva, em que há nítido propósito de ofender e que mesmo assim, poderá (ou deverá) ser reputada legítima, protegida pela liberdade de

Caso seja mantida a criminalização do desacato, sugere-se alguns parâmetros, standards interpretativos para delimitar expressões mais críticas de expressões mais ofensivas a funcionários, do ponto de vista penal. Sem a pretensão de esgotar o debate, propõe-se, objetivamente, três parâmetros gradativos cumulativos, a serem verificados, e um quarto, subsidiário: (i) *a vagueza da expressão*; (ii) *a impessoalidade da expressão*; (iii) *a ausência de dano ou risco de dano ao funcionamento regular, legal e necessário da administração pública para determinada ação ou em determinado contexto*; e, por fim, (iv) *análise de conteúdo*[23].

Quanto mais vaga, incerta, imprecisa é a expressão, mais ela se aproxima de uma crítica, de uma manifestação livre do pensamento, do que de uma ofensa. Quando moradores de favelas ou comunidades descem às ruas para protestar contra mortes de policiais, temos situações de grande animosidade e com críticas ferrenhas ao Estado e à atuação policial, mas, em princípio, nenhuma delas dirigida pessoalmente a qualquer agente público no exercício de sua função. Isso não significa que, em certos contextos, expressões vagas não possam ter conteúdo ou direcionamento ofensivo (um advogado que, na frente de um funcionário de cartório, lamentando não encontrarem seu processo, grite "cartório de merda", e apontando claramente aos funcionários que ali trabalham pode buscar, ainda que indiretamente, ofender aqueles agentes em suas funções); porém, a vagueza e incerteza pesam mais em favor de uma crítica, de um escrutínio do cidadão em relação ao Estado, do que de um ilícito penal.

A impessoalidade aparece como um desdobramento da vagueza: "polícia de merda", "judiciário corrupto", "promotores safados", e assim sucessivamente, são expressões bastante desagradáveis, e ferem a sensibilidade daqueles funcionários que nestas instituições desempenham suas funções. Porém, são críticas que não se dirigem a ninguém em específico; ao contrário, seu direcionamento se inclina muito mais às instituições e seu funcionamento. Novamente, impessoalidade, por si só, não garante que a expressão seja legítima, mas parece indicar mais um legítimo exercício de crítica do que uma ofensa, um ilícito penal.

---

expressão. Contudo, como essa é uma perspectiva controvertida no debate, optou-se por delinear os dois extremos no debate ("legitimidade" x "ilegitimidade" da expressão) e, na sequência, trabalhar parâmetros de análise para aproximar uma expressão mais de um eixo ou de outro.

23. Considerando, respeitosamente, que simplesmente afirmar um elemento subjetivo especial, ou finalidade de ofensa ao funcionário como requisito para o delito de desacato (na esteira da ampla doutrina e jurisprudência majoritárias) é insuficiente como critério interpretativo e delimitativo de espaços legítimos de expressão e de condutas típicas e antijurídicas.

A ausência de dano ou perigo concreto de dano para o funcionamento regular, legal e necessário da administração pública para determinada ação ou em determinado contexto é um parâmetro de lesividade e proporcionalidade. Ofender um policial que faz uma abordagem em operações de trânsito é diferente de manifestantes gritando palavras de ordem contra a polícia ou o exército (ainda que estes estejam – e, frequentemente, estão – presentes nos locais de protesto). Quando a expressão não afeta em nada, ou afeta de forma insignificante a ação ou o funcionamento concreto da administração, pode-se não apenas descartar o delito de desacato (por se estar mais próximo de uma injúria ou difamação), como também se abre a possibilidade de insignificância para esses delitos (a despeito da recente Súmula 599 do STJ, que rechaça o princípio para delitos de Administração Pública). O melhor critério de análise desse dano ou perigo de dano é *ex post*, isto é, após a ocorrência do fato a partir do ponto de vista de um terceiro observador. Dessa forma, a proporcionalidade fica mais evidente entre a expressão do cidadão e a reação do agente público.

Os três primeiros critérios, se verificados, tendem a atribuir à expressão uma imagem de crítica legítima, manifestação do pensamento, menos do que uma ofensa penalmente relevante. Caso não verificados, ou seja, a expressão não é vaga, é determinada, pessoal, e houve dano ou perigo concreto de dano ao funcionamento da administração, o fato passa a ostentar maior relevância jurídico-penal, por ser maior o conteúdo de ofensa à honra pessoal do funcionário ou à Administração Pública.

O último e subsidiário critério, assim, passa a ser a análise de conteúdo. "Seu policial filho da puta" é uma ofensa que afeta a honra pessoal daquele agente público, ao menos de forma principal, e não sua ação ou conduta na corporação; assim, o fato se aproxima mais de uma injúria majorada do que de um desacato. "Seu policial ladrão, corrupto" atinge diretamente a reputação e funcionamento da administração, a qualidade ofendida se refere ao desempenho da função pública, qualidade profissional – assim, se aproxima mais de um desacato.

Apesar de todas essas propostas e critérios sugeridos, reitera-se a defesa (e esperança) de sua desnecessidade: legitimidade, confiança e respeito, em uma democracia, não são valores que se impõem de cima para baixo, que se conquistam meramente pela força das armas e das penas (no Brasil, tão frequentemente confundidas uma com a outra, sem leis ou processo). Um policial, um juiz, um promotor, que se sinta ofendido pelo cidadão, tem todo o direito de buscar a responsabilização que entender pertinente, seja cível ou criminal; mas em uma (verdadeira) democracia, o sentimento pessoal de autoridade precisa ceder, juridicamente e culturalmente ao respeito ao legítimo exercício da liberdade de expressão. É o Estado e seus agentes públicos que, a partir das críticas (principalmente aquelas mais

ácidas, espontâneas, emotivas e desagradáveis), precisam ser convidados ao respeito, autocrítica e aperfeiçoamento, e não o cidadão, levado às delegacias policiais e ao banco dos réus.

Referências bibliográficas

BATISTA, Nilo. Comentário ao RHC 54.637, *DJ* de 17.09.1976, p. 8051 (desacato – riso). *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, n. 19-20, p. 111-113. jul.-dez. 1975.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 5.

BRAVO, Luppy Aguirre. El caso Palamara Iribarne *vs*. Chile. *Revista de Estudios de la Justicia*. Chile, n. 9, p. 277-286, ano 2007.

CARBONELL, Miguel. El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional. In: ORDOÑEZ, Maria Paz Ávila; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila; GERMANO, Gustavo Gómez (Org.). *Libertad de expresión*: debates, alcances y nueva agenda. Nações Unidas (UNESCO-Quito), 2011.

CIDH. *Informe sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, 1994. Disponível em: [www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm#CAPITULO%20V:]. Acesso em: 30.03.2018.

CIDH. *Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão*, 2000. Disponível em: [www.cidh.oas.org/basicos/basicos13.htm]. Acesso em: 30.03.2018.

CIDH. *Informe Anual da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão*, 2017. Disponível em: [www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2017/docs/AnexoRELE.pdf]. Acesso em: 30.03.2018.

CORTE IDH. *Caso Palamara Iribarne* vs. *Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentença de 22.11.2005, Série C n. 135.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*: teoría del derecho y de la democracia, 2. Teoria de la democracia. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Trotta: Madrid, 2011.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. O neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito penal: avanços e desafios. *Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado*, p. 118-141, 2017.

FRAGOSO, Christiano Falk; BÉZE, Patricia Mothé Glioche; BATISTA, Vera Malaguti. *Reflexões criminológicas e dogmáticas acerca do crime de desobediência*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*: parte especial. Atualizada por Fernando Fragoso. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 2.

GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo y libertad de expresión. In: ORDOÑEZ, Maria Paz Ávila; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila; GERMANO, Gustavo Gómez (Org.). *Libertad de expresión*: debates, alcances y nueva agenda. Nações Unidas (UNESCO-Quito), 2011.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal* Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9.

LEGALE, Siddharta. Neoconstitucionalismo internacionalizado e internacionalização do direito: o engajamento tardio do direito constitucional do Brasil na esfera internacional. In: Carmen Tirburcio. (Org.). *Direito internacional*: Coleção 80 anos da UERJ. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. v. 1.

LEITE, Fábio Carvalho; HANNIKAINEN, Ivar Allan Rodriguez; NHUCH, Flavia Kamenetz. Adivinhe quem vem para jantar. A liberdade de expressão do ofensor e o subjetivismo do julgador na análise de crimes de injúria. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*. Curitiba, v. 61, n. 3, p. 259-276. set.-dez. 2016.

LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos*: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana. São Paulo: Aracati, 2011.

NASPOLINI, Samyra H. Dal Farra; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. O direito internacional dos direitos humanos e a margem nacional de apreciação: tendências da Corte Europeia. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. 11, p. 80-92, n. 1, 2016.

PAIVA, Caio; HEEMAN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. Manaus: Dizer o Direito, 2015.

PRADO, Luiz Régis et. al. *Curso de direito penal brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

ROJAS, Claudio Nash. La doctrina del margen de apreciación nacional y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *ACDI*. Bogotá, v. 11, p. 71-100, 2018.

SCHAUER, Frederik. Fear, risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect. *Boston University Law Review*, v. 58, p. 685-732, 1978.

TAVARES, Juarez. Anotações aos crimes contra a honra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 20, n. 94, p. 89-132. jan.-fev. 2012.

TOLLER, Fernando. *O formalismo na liberdade de expressão*: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores. São Paulo: Saraiva, 2010.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- O *Contempt of Court* no Direito Brasileiro, de Araken de Assis – *RePro* 111/18-37 (DTR\2003\785); e
- O Crime de Desacato, de Washington de Barros Monteiro – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 6/443-450 (DTR\2012\1581).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2016\434498, JRP\2014\228163, JRP\2017\583637, JRP\2017\598836 e JRP\2017\573641.

O modelo penal-psiquiátrico do asilamento sob a ótica da Lei 10.216/2001

The criminal-psychiatric model of internment under the vision of Law 10,216/2001

Gilberto Giacoia

Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra e pela Universidade de Barcelona. Doutor pela Universidade de São Paulo. Professor-associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.
giacoia@mppr.mp.br

Letícia Gabriella Almeida

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná.
leticiagab.almeida@gmail.com

Recebido em: 31.01.2018
Aprovado em: 09.08.2018
Última versão dos autores: 10.09.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente estudo objetiva analisar a compatibilidade da medida de segurança detentiva com o ordenamento jurídico brasileiro, mormente após a promulgação da Lei 10.216/01. Isso porque, em que pese referida lei seja expressa no sentido de que a internação é medida excepcional, a ser utilizada tão somente nos casos em que os recursos extra-hospitalares forem insuficientes, o Código Penal ainda prioriza o sistema asilar, em total desconformidade com preceitos trazidos pela reforma psiquiátrica. Diante disso, propõe-se a desconstrução do modelo penal-psiquiátrico do asilamento por meio da progressiva diminuição da dependência com o hospital e do fortalecimento da rede diversificada e articulada de cuidados em saúde mental, em um processo que intensifica as relações familiares e promove a reintegração social do paciente.

Abstract: The present study aims to analyze the compatibility of the detention security measure with the Brazilian legal system, especially after the promulgation of Law 10,216/01. This is because, although this law is expressed in the sense that hospitalization is an exceptional measure, to be used only in cases in which extra-hospital resources are insufficient, the Penal Code still prioritizes the asylum system, in total disagreement with precepts brought about by the psychiatric reform. Therefore, it is proposed to deconstruct the penal-psychiatric model of asylum by gradually decreasing dependency on the hospital and strengthening the diverse and articulated network of mental health care in a process that intensifies family relationships and promotes social reintegration of the patient.

Giacoia, Gilberto; Almeida, Letícia Gabriella. O modelo penal-psiquiátrico do asilamento sob a ótica da Lei 10.216/2001. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 151. ano 27. p. 43-73. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2019.

Palavras-chave: Medida de segurança detentiva – Lei 10.216/01 – Internação – Medida excepcional – Recursos extra-hospitalares – Desconstrução do modelo penal-psiquiátrico.

Keywords: Security measure – Law 10,216/01 – Hospitalization – Exceptional measure – Extra-hospitalresources–Deconstructionofthecriminalpsychiatric model of internment.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da psiquiatria clássica à reforma psiquiátrica: a loucura sob a perspectiva histórica. 3. A medida de segurança na dogmática penal. 4. A desconstrução do modelo penal-psiquiátrico do asilamento em face da Lei 10.216/01. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução

Promulgada durante os processos de redemocratização e de valorização da dignidade da pessoa humana, a Lei da Reforma Psiquiátrica redirecionou o modelo assistencial em saúde mental no Brasil, contrapondo-se ao sistema de controle e disciplina conhecido, até então, como o único meio eficaz de tratamento da pessoa com transtorno mental.

Não obstante, os séculos de isolamento, discriminação e abandono acabam por obstaculizar a implementação de ideais reformistas, ora pela resistência de profissionais quanto aos recursos alternativos, ora pelo temor da comunidade de interagir com essa parcela da população.

No âmbito do Direito Penal, a situação é ainda mais complexa. Isso porque, além de todo o estigma social construído a partir da pessoa com transtorno mental, a inserção no sistema penitenciário ressalta o estigma social da pessoa do criminoso, de modo que o louco infrator seja visto como um sujeito perigoso, à margem da sociedade.

Dessa forma, o presente estudo se justifica na necessidade de reinterpretar dispositivos do Código Penal, a fim de adaptá-los à nova ordem jurídica brasileira. Para tanto, utilizar-se-á de uma análise dogmática-conceitual da temática, bem como de um levantamento de dados que ressalta a necessidade de reconstituição dos paradigmas do saber psiquiátrico também na esfera criminal.

2. Da psiquiatria clássica à reforma psiquiátrica: a loucura sob a perspectiva histórica

A Reforma Psiquiátrica é um processo de desconstrução do aparato manicomial que ganhou espaço em diversos países do mundo na segunda metade do século XX, período em que as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial

começaram a ser denunciadas, e a expansão do Direito Internacional dos Direitos Humanos possibilitou que alguns olhares se voltassem a essa parcela da população.

Referido processo, no entanto, não surgiu de imediato. A pessoa com transtorno mental integra um grupo de indivíduos que enfrentou séculos de isolamento e discriminação, os quais, somados ao desinteresse econômico e social na reinserção desse grupo, dificultam a implementação de ideais antimanicomiais e a concretização dos direitos do internado.

Diante disso, quaisquer políticas que envolvam a superação do sistema asilar devem se atentar, inicialmente, à origem da segregação e aos reais motivos que tornaram o isolamento a melhor forma de tratamento da doença mental. Isso porque, muito além da questão da saúde, a institucionalização envolve questões culturais, econômicas e sociais, as quais devem ser levadas em consideração ao questionar a estrutura hospitalocêntrica.

Sob tal perspectiva, sabe-se que, na Antiguidade, a loucura era observada a partir do modelo mítico-teológico, sempre relacionada ao sobrenatural. A sociedade estava, portanto, habituada a conviver com alienados, compreendidos ora como escolhidos, ora como castigados.

Com a Inquisição, a loucura afasta a ideia de dádiva e se volta, exclusivamente, ao castigo, associando-se à bruxaria. Na lição de Valéria Debórtoli de Carvalho Queiroz[1]:

> No período da Inquisição, a loucura era entendida como uma manifestação do sobrenatural, do demônio e desta forma foi muitas vezes associada à bruxaria. Nesse período, em tribunais dirigidos pela Igreja Católica, os "bruxos" e os hereges foram severamente perseguidos e punidos.

Não bastasse isso, o final da Idade Média revela um Feudalismo decadente e mudanças na economia, as quais, ao desembocarem na alta de preços nos gêneros de primeira necessidade, implicaram no aumento do número de mendigos, cuja presença no processo de acumulação capitalista era inviável e prejudicial.

No que tange ao alienado, o início da Idade Moderna traz consigo a ruptura da loucura com o sobrenatural. Sob a influência do racionalismo de Descartes, a ideia do sagrado é substituída pela ausência de razão, consolidando a ideia do

1. QUEIROZ, Valéria Debórtoli de Carvalho. *Entre o passado e o presente: a prática profissional do Assistente Social no campo da saúde mental*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Serviço Social, 2009. p. 17-18.

sujeito cartesiano. Prelecionam, nesse sentido, Eduardo Henrique Guimarães Torre e Paulo Amarante[2]:

> Essa nova noção de sujeito se funda no surgimento da ideia de indivíduo e se concretiza na consolidação do sujeito do conhecimento cartesiano, pautado na racionalidade científica que se torna hegemônica como método de produção de conhecimento. Fazendo emergir um pensamento mecanicista, baseado nos princípios de causalidade e previsibilidade, esta racionalidade permite o surgimento de um sujeito da Razão. A loucura se torna seu contraponto: é capturada como sujeito da desrazão.

Com essa nova percepção, o alienado se une à massa de "indesejáveis", formada por desempregados, doentes e inválidos, e passa a ser parte do processo de isolamento desses indivíduos considerados improdutivos. Ao tratar sobre o tema, disserta Michel Foucault[3]:

> Criam-se (em toda a Europa) grandes casas de internamento que não se destinam simplesmente a receber loucos, mas uma série completa de indivíduos muito diferentes entre si [...] Tais instituições não têm qualquer vocação médica; não se é admitido nelas para ser tratado; ingressa-se aí porque já não se pode, ou não se deve, fazer parte da sociedade [...] A categoria comum que agrupa todos os que residem nas instituições de internamento é a incapacidade em que se encontram de tomar parte na produção, circulação ou acumulação de riqueza (seja por culpa própria, seja por acidente). A exclusão de que são alvo é à medida de tal incapacidade, indicando o aparecimento no mundo moderno de uma cesura que não existia. O internamento esteve, pois, ligado, nas suas origens e no seu sentido primordial, a essa reestruturação do espaço social.

As casas de internamento citadas pelo autor surgiram em meados do século XVI, mas ganharam destaque apenas em 1656, com a inauguração do Hospital Geral de Paris. A instituição, apesar do nome, não tinha qualquer respaldo médico, e abrigava toda a população que, aos olhos da economia, eram improdutivas. Nesse sentido[4]:

---

2. TORRE, Eduardo Henrique Guimarães; AMARANTE, Paulo. Protagonismo e subjetividade: a construção coletiva no campo da saúde mental. *Ciênc. saúde coletiva*. Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, 2001. p. 73-85.
3. FOUCAULT, Michel. *Doença mental e psicologia*. Trad. Hélder Viçoso. 2. ed. Lisboa Texto & Grafia, 2008. p. 80-81.
4. DESVIAT, Manuel. *A reforma psiquiátrica*. Trad. Vera Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015. p. 21.

> O enclausuramento em asilos de mendigos, desempregados e pessoas sem teto foi uma das respostas do século XVII à desorganização social e à crise econômica então provocadas na Europa pelas mudanças estabelecidas nos modos de produção. Um enclausuramento, na intenção absolutista de ocultar a miséria, cuja magnitude é atestada pelo número das pessoas hospitalizadas: oito mil na Salpêtrière, uma das instituições que compunham o Hospital Geral de Paris – reservada a mulheres pobres, mendigas, aleijadas e doentes incuráveis, velhas e meninas, idiotas e loucas [...]

A situação apenas mudou de curso quando, nas últimas décadas do século XVIII, o quadro social da Europa sofreu alterações e, sob o ponto de vista da burguesia, o internamento passou a ser visto como uma estratégia econômica inviável, visto que limitava a produção de mão de obra barata. Segundo Michel Foucault[5]:

> Paradoxalmente, uma população será tanto mais preciosa quanto mais numerosa for, pois oferecerá à indústria uma mão-de-obra barata, o que, abaixando os custos de produção, permitirá um desenvolvimento da produção e do comércio. Nesse mercado indefinidamente aberto da mão-de-obra, o "preço fundamental" [...] e o preço determinado pela oferta e pela procura acabam por se encontrar. Portanto, um país será tanto mais favorecido na concorrência comercial quanto maior for, à sua disposição, a riqueza virtual de uma população numerosa.

Iniciou-se, então, um processo de libertação da população pobre, a fim de reproduzir uma mão de obra barata e condizente com o desenvolvimento do comércio e da indústria. Em relação ao alienado, contudo, a prática do asilamento permaneceu, uma vez que sua improdutividade, sua fragilidade emocional e o temor que causava à sociedade eram motivos suficientes para justificar a manutenção do isolamento.

Nesse ponto, pertinente destacar que, ao reestruturar o espaço e limitar a internação àquelas pessoas com transtorno mental, tornou-se necessária a atribuição de uma nova função ao hospital, qual seja, tratar. Surgem, então, as primeiras propostas de medicalização do ambiente asilar, as quais, em momento oportuno, foram compreendidas como o início da Psiquiatria.

Como precursores desse processos, destacam-se Pinel, na França, Wagnitz e Reil, na Alemanha, e Tuke, na Inglaterra. Para eles, o meio de cura mais eficaz é a

5. FOUCAULT, Michel. *História da loucura*: na idade clássica. São Paulo: Perspectiva, 2014. p. 406-407.

institucionalização, ao passo que afastava o alienado de interferências que pudessem prejudicar o seu tratamento.

Os manicômios foram, assim, transformados em instituições de controle e disciplina, destinadas a realizar – em um único lugar e sob uma única autoridade – todos os aspectos de vida dos indivíduos ali inseridos. Erving Goffman, ao tratar dessas "instituições totais", esclarece[6]:

> As instituições totais de nossa sociedade podem ser enumeradas em cinco agrupamentos. Em primeiro lugar, há instituições criadas para cuidar de pessoas que, segundo se pensa, são incapazes e inofensivas; nesse caso estão as casas para cegos, velhos, órfãos e indigentes. Em segundo lugar, há locais estabelecidos para cuidar de pessoas consideradas incapazes de cuidar de si mesmas e que são também urna ameaça a comunidade, embora de maneira não-intencional; sanatórios para tuberculosos, hospitais para doentes mentais e leprosários. Um terceiro tipo de instituição total é organizada para proteger a comunidade contra perigos intencionais, e o bem-estar das pessoas assim isoladas não constitui o problema imediato: cadeias, penitenciárias, campos de prisioneiros de guerra, campos de concentração [...] Esta classificação de instituições totais não é clara ou exaustiva, nem tem uso analítico imediato, mas dá uma definição puramente denotativa da categoria como um ponto de partida concreto.

Uma vez compreendido que a alienação subtraía do sujeito sua liberdade, o isolamento se tornou elemento primordial no processo de cura do paciente. Tal constatação justificou a introdução de tratamentos que visavam a repreender o indivíduo, seja por meio da violência, seja por meio da segregação total.

A ideia da instituição voltada ao controle e à disciplina perdurou durante o século XIX e boa parte do século XX, período em que a utilização de meios de contenção excessivos, as precárias condições de vida dos internos e o alto índice de mortalidade se mostraram incompatíveis com a universalização dos direitos humanos e o princípio da dignidade humana, razão pela qual começam a ganhar espaço os movimentos reformistas e movimentos de ruptura.

Os movimentos reformistas buscavam promover mudanças na instituição e incentivar o envolvimento de diversos profissionais no ambiente asilar. Inicialmente, tais ideais foram consagrados pela comunidade terapêutica inglesa e pela psicoterapia institucional francesa, e foram marcados pela "adoção de medidas

6. GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015. p. 16-17.

administrativas, democráticas, participativas e coletivas, objetivando uma transformação da dinâmica institucional asilar[7]".

O segundo período de reformas realça a coletividade – marcando a extensão da psiquiatria ao espaço público – e traz os primeiros indícios da terapêutica preventiva. Materializados pela psiquiatria de setor francesa e pela psiquiatria preventiva, os ideais da época dependiam da implantação de uma rede ampla de serviços ambulatoriais, reservando a estrutura hospitalocêntrica apenas aos casos mais graves.

Esclarecido o viés adotado pelos movimentos reformistas, é preciso ressaltar que as experiências supramencionadas não questionavam o método utilizado pela psiquiatria convencional para lidar com o transtorno mental, ou seja, não combatiam o sistema asilar, mas apenas criavam medidas alternativas e incluíam a internação preventiva como novo viés da medicalização social. Essa ruptura com o paradigma psiquiátrico tradicional apenas começa a ser debatida algum tempo depois, por meio da antipsiquiatria e da Psiquiatria de tradição basagliana.

A antipsiquiatria surge na década de 1960, na Inglaterra, e é apontada como a primeira crítica efetiva e radical ao saber médico-psiquiátrico sobre a pessoa com transtorno mental. Os adeptos do movimento em tela compreendiam a loucura como um fato social, político, e uma experiência da libertação. Buscava-se, sobretudo, romper com o modelo assistencial e promover a supressão da hierarquia e disciplina hospitalar.

A crítica que se faz à antipsiquiatria consiste, basicamente, na carência em relação a tratamentos específicos para aqueles que se encontravam em sofrimento psíquico. Segundo Queiroz[8]: "Ao negar a psiquiatria, ela negou a instituição em que este saber-instituído era aplicado, negou a loucura como merecedora de cuidado complexo, e não a inseriu no sistema público e universal de atenção".

Simultaneamente, na Itália, Franco Basaglia passou a ser conhecido como o precursor do processo de desmontagem do aparato manicomial e da psiquiatria democrática italiana. Em sua obra *A instituição negada*, o psiquiatra revela que o paciente, antes de ser um doente mental, é fruto da violência que a sociedade exerce sobre ele. Transcreve-se[9]:

7. AMARANTE, Paulo (Coord.) *Loucos pela Vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995. p. 28.
8. QUEIROZ, Valéria Debórtoli de Carvalho. *Entre o passado e o presente: a prática profissional do Assistente Social no campo da saúde mental*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Serviço Social, 2009. p. 39.
9. BASAGLIA, Franco. *A instituição negada: relato de um hospital psiquiátrico*. Trad. Heloisa Jahn. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985. p. 112-113.

> O primeiro contato com a realidade do manicômio revelou as forças em jogo: o internado, em vez de ser visto como um doente, é o objeto de uma violência institucional que atua em todos os níveis, já que qualquer ação contestadora sua será definida dentro dos limites da doença. A degração, a objetivação e o total aniquilamento que o caracterizam não são a pura expressão de um estado mórbido, mas antes o produto da ação destruidora de uma instituição cuja finalidade é proteger os sãos dos assaltos da loucura. Entretanto, uma vez despido o paciente das superestruturas e das inscrustações institucionais, percebe-se que ele é, ainda, o objeto de uma violência que a sociedade exerceu sobre ele e que continua a exercer, na medida em que, antes de ser um doente mental, ele é um homem sem poder social, econômico ou contratual: é uma mera presença negativa, forçada a ser aproblemática e acontraditória com o objetivo de mascarar o caráter contraditório de nossa sociedade.

O propósito do médico não era negar a doença mental, tampouco deixar de tratá-la. A negação estava voltada à Psiquiatria enquanto Ideologia, enquanto ciência que ampara uma estrutura repressiva-custodial. Essa negação implicou a necessidade de buscar novas formas de atuação, as quais deveriam transformar não somente o saber psiquiátrico, mas, também, as políticas implementadas até então.

Na Itália, a repercussão dessa experiência levou à aprovação da Lei 180, em 1979, que previa a extinção dos manicômios no país. Iniciou-se, assim, um projeto de "reprodução social do paciente", na medida em que a criação dos serviços abertos e comunitários tornava possível a assistência ao paciente, desde as primeiras necessidades de caráter social até as crises agudas.

A proposta apresentada por Basaglia consiste em colocar a doença entre parênteses e se ocupar do sujeito. Tal prática não significa a recusa em aceitar uma experiência que possa produzir dor, sofrimento, diferença ou mal-estar, mas visa tão somente a romper com o modelo teórico-conceitual da psiquiatria e com a coisificação do sujeito e da experiência humana.

Apesar da origem italiana, sabe-se que essa reconstituição dos paradigmas do saber psiquiátrico encontrou adeptos ao redor do mundo, e que a Reforma Psiquiátrica possibilitou mudanças em instituições psiquiátricas de diversos países, inclusive no Brasil.

Nesse ponto, pertinente destacar que a expansão de ideais antimanicomiais na assistência psiquiátrica brasileira não ocorreu de forma simultânea ao movimento de ruptura italiano.

Isso porque, em sentido contrário ao processo de humanização dos hospitais na Europa, o Brasil passou por um fortalecimento da internação na metade do século XX, intensificado pela privatização dos serviços de saúde e por altos

investimentos na fabricação de psicofármacos. Exemplo disso foi o Hospital Colônia de Barbacena, em Minas Gerais. O Hospital foi construído em 1903 e, ao longo do século XX, foi cenário de violência e exclusão. Na obra *Holocausto brasileiro*, de Daniela Arbex[10], a jornalista relata que 60 mil pessoas morreram no Hospital, cujo ápice foi entre as décadas de 1960 e 1970, e que a sociedade sequer questionava as atrocidades ali constatadas.

Foi apenas ao final da década de 1970, com a decadência do regime militar, que os movimentos reformistas começam a ganhar espaço no Brasil. Compreendeu-se, na época, que as atrocidades cometidas por essas instituições não eram compatíveis com o processo de redemocratização vivido no País, o que impulsionou a criação de um processo de reflexão e transformação nos campos assistencial, cultural e conceitual. Na lição de Paulo Amarante (1995, p. 87):

> No Brasil, a reforma psiquiátrica é um processo que surge mais concreta e, principalmente, a partir da conjuntura de redemocratização, em fins da década de 70. Tem como fundamentos a crítica conjuntural ao subsistema nacional de saúde mental, mas também – e principalmente – uma crítica estrutural ao saber e às instituições psiquiátricas clássicas [...].

Além disso, o final do século XX foi marcado pela submissão do caso "Damião Ximenes Lopes" à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A denúncia, feita por familiares, relata que o paciente foi torturado e assassinado na Casa de Repouso Guararapes, no Ceará[11]. O fato realçou as condições desumanas e degradantes dessas instituições, e fez com que o mundo voltasse os olhos à realidade manicomial no Brasil.

A redemocratização do País, a admissão da denúncia pela Comissão e a expansão de ideais provenientes da psiquiatria democrática italiana foram fatores decisivos para o fortalecimento da reforma psiquiátrica brasileira, cujo passo mais expressivo foi a aprovação da Lei 10.216/01, após 12 anos de tramitação.

A Lei da Reforma Psiquiátrica, como ficou conhecido referido texto legal, dispõe acerca da extinção progressiva dos manicômios e sua substituição por outros recursos assistenciais. Em síntese, há um redirecionamento do modelo assistencial em saúde mental, de modo que a internação, vista até então como regra, seja vista como medida excepcional.

10. ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013. p. 25.
11. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes* vs. *Brasil*. Sentença de 04 de julho de 2006, série C, n. 149, par. 5, p. 03. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf].

Considerando-se que o Brasil adotava, até então, preceitos da psiquiatria clássica, evidente que essa mudança de paradigmas exigiu um envolvimento direto de profissionais, da família e da sociedade na discussão de questões relacionadas ao tratamento do transtorno mental. Nesse contexto, inclusive, verificou-se o fortalecimento de programas voltados à desinstitucionalização, tais como o Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) e as residências terapêuticas.

Por outro lado, é preciso ressaltar que o hospital psiquiátrico não é a única estrutura hospitalocêntrica do País. O ordenamento jurídico brasileiro prevê, ainda, uma instituição destinada a abrigar pessoas com transtorno mental que praticaram delitos e foram absolvidas por meio de uma sentença imprópria.

A sentença será proferida por um magistrado que, a depender da gravidade do delito praticado, determinará se o agente deverá se submeter ao tratamento ambulatorial, por meio de uma medida de segurança restritiva, ou à internação, através da medida de segurança detentiva.

Considerando a relação da última com o objeto do presente estudo, faz-se necessário tecer algumas considerações, as quais serão expostas no próximo tópico.

3. A medida de segurança na dogmática penal

A medida de segurança consiste em uma consequência jurídica do delito, cuja finalidade é exclusivamente preventiva, ou seja, sua incidência visa à recuperação e à reinserção social do inimputável, sujeito que se enquadra no conceito do artigo 26 do Código Penal.

A priori, a medida estava intimamente relacionada à periculosidade social. Segregavam-se os indivíduos considerados perigosos, mantendo o isolamento como forma de proteger a sociedade, de garantir a ordem. Tal prática foi reproduzida pelo Código Penal de 1940, que instituiu, de fato e de direito, a medida de segurança no Brasil. A codificação adotou o sistema duplo binário, estabelecendo que, observada a periculosidade do agente, imputável ou não, a pena e a medida de segurança poderiam ser aplicadas conjunta e sucessivamente, cessando apenas com a cura total do indivíduo.

Com a reforma de 1984, contudo, todo o procedimento de aplicação do instituto sofreu alterações. Adotou-se, em substituição ao sistema duplo binário, o sistema vicariante, o qual veda a aplicação sucessiva ou cumulativa da pena e da medida de segurança e elenca como pressupostos da medida de segurança a prática de um ilícito e a periculosidade do agente.

No que tange à exigência prévia do delito, preconiza Eduardo Reale Ferrari[12]:

> Em uma concepção de Estado Democrático de Direito, o ilícito-típico não consiste um mero sintoma, índice ou ensejo de averiguação à periculosidade, que viabilizaria a aplicação da medida de segurança criminal, constituindo, ao contrário, seu verdadeiro fundamento. O ilícito-típico penal consiste em uma condição *sine qua non* à incidência da medida de segurança criminal, excluindo-se da seara penal toda providência administrativa que não obstante revelar semelhança à criminal, prescindir da prática do ilícito-típico penal.

Além de comprovar a prática da infração penal, a incidência da medida de segurança deve ser precedida da verificação do estado mental do agente, cuja materialização se dá por meio do incidente de insanidade mental, nos termos do art. 149 do Código Penal:

> Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

Verificada a imputabilidade do agente, o juiz procederá à imposição de pena. Em caso de semi-imputabilidade, será aplicada a pena reduzida, salvo se comprovada a necessidade de tratamento específico, hipótese na qual a medida de segurança a substituirá por completo, conforme prevê o art. 98 do CP. Por fim, constatada a inimputabilidade do agente, o mesmo será absolvido, nos termos do inciso VI do artigo 386 do CPP, ficando a critério do magistrado a aplicação da medida de segurança, conforme dispõe o parágrafo único, inciso III, do mesmo dispositivo.

O que se pode concluir, até o momento, é que, no que tange ao inimputável, o delito será um fato típico e ilícito, mas não culpável, razão pela qual a ele não poderá ser aplicada uma pena.

Por outro lado, em consonância com o artigo supracitado, cabe ao magistrado decidir acerca da aplicação da medida de segurança, que, além da prática do injusto penal por um inimputável, tem como pressuposto a periculosidade do agente.

Segundo Luiz Flávio Gomes e Antônio García-Pablos de Molina, a periculosidade consiste no[13]

12. FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 137.
13. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 420.

> [...] conjunto das condições objetivas e subjetivas que revelam a probabilidade de que o sujeito venha a cometer fatos socialmente danosos. A periculosidade, como se vê, funda-se em um prognóstico, em um juízo de probabilidade relacionado com um ato futuro que o indivíduo possa praticar. O juízo de reprovação da culpabilidade volta-se para o passado; o juízo de probabilidade da periculosidade orienta-se para o futuro. A culpabilidade é retrospectiva, a periculosidade é prospectiva.

Assim, enquanto a culpabilidade é observada mediante um juízo passado, a periculosidade diz respeito a um juízo futuro. Não fica adstrita à conduta típica já praticada, mas vislumbra a probabilidade de o agente voltar a delinquir.

Além de instituir pressupostos, a reforma de 1984 também deu nova redação aos artigos 96 e 97 do Código, dispondo acerca das espécies de medida de segurança. A respeito do assunto, pontua Eduardo Reale Ferrari[14]:

> Com a finalidade de simplificar os tipos de medidas profiláticas, o Código Penal de 1984 enunciou apenas duas espécies de medidas de segurança, sendo uma de cunho privativo e a outra de cunho restritivo, denominando-as de internação em hospital de custódia e tratamento ambulatorial.

A internação psiquiátrica, também denominada medida de segurança detentiva, determina o cumprimento da medida de segurança nos chamados hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (HCTPs) ou, na ausência destes, em estabelecimentos adequados com características similares. Antes da reforma, os hospitais eram intitulados "manicômios judiciários"; a alteração na terminologia em nada modificou, porém, as condições dos estabelecimentos, que permaneceram com as mesmas características manicomiais[15].

A segunda espécie é chamada de medida de segurança restritiva. Consiste na sujeição a tratamento ambulatorial, isto é, há a "imposição do acompanhamento médico psiquiátrico sem a obrigatoriedade de que o paciente permaneça recluso na instituição"[16]. A referida espécie é prevista como uma providência excepcional, aplicável tão somente quando o fato for punível com detenção.

---

14. FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 40.
15. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 746.
16. CARVALHO, Salo de. *Penas de medidas de segurança no direito penal brasileiro*: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 507.

Ante o exposto, constata-se que o critério para definição da espécie de medida de segurança é a gravidade do delito. Dispõe o artigo 97, supracitado:

> Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (artigo 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

Tal dispositivo, além de revelar a primazia do sistema asilar no âmbito do Direito Penal, realça uma violação ao princípio da individualização da sanção penal, em total discrepância com a Constituição Federal de 1988. Pontua Salo de Carvalho[17]:

> A previsão em abstrato da forma reclusiva ou detentiva como critério único de definição da espécie de medida de segurança a ser cumprida não parece estar adequada ao postulado constitucional que determina ao julgador a *individualização da sanção penal (medida de segurança)*. Note-se que, em relação às penas, a fixação do regime ou a possibilidade de substituição por pena restritiva de direitos independe da espécie de privação de liberdade prevista em lei. Assim, o tipo de regime (aberto, semiaberto ou fechado) e a espécie de sanção (privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa) estarão subordinados aos critérios judiciais expostos motivadamente na sentença (individualização da pena). A definição das espécies de medida a partir de um critério abstrato parece, portanto, estar em oposição à estrutura principiológica (constitucional e legal) que orienta a aplicação das sanções.

Nesse sentido, Michele Cia[18] destaca, por igual, a urgente necessidade de revisão do artigo 97 do Código Penal. O dispositivo citado baseia-se na finalidade preventivo-geral, enquanto deveria prevalecer a finalidade preventivo-especial positiva, protegendo, sempre, as particularidades psicológicas dos inimputáveis.

Apresentadas as espécies da medida de segurança, outro ponto controverso na doutrina envolve os prazos mínimos e máximos da respectiva sanção.

O mesmo artigo 97 dispõe, em seu § 1º: "A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de um a três anos".

17. CARVALHO, Salo de. *Penas de medidas de segurança no direito penal brasileiro*: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 508.
18. CIA, Michele. *Medidas de segurança no direito penal brasileiro*: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal. São Paulo: Unesp, 2011. p. 64.

O dispositivo em tela disciplina o prazo mínimo da duração da medida de segurança e condiciona o prazo máximo à cessação da periculosidade do agente. O tema incita diversas críticas doutrinárias, dividindo estudiosos entre aqueles que defendem o disposto no texto legal e aqueles que alegam sua inconstitucionalidade.

Entre os defensores da ausência de limites máximos e da obrigatoriedade de limites mínimos, predominam dois principais argumentos[19]:

> a) O primeiro parte da premissa de que os enfermos mentais são diferentes dos condenados imputáveis e, por isso, devem ser tratados de modo diferente, configurando-se a indeterminação dos prazos máximos de duração das medidas de segurança e a obrigatoriedade dos prazos mínimos como elementos essenciais de distinções; b) O segundo argumento nos conduz à ideia de que a ausência de limites máximos quanto aos prazos de duração das medidas de segurança e a obrigatoriedade de mínimos funda-se no fato de que o enfermo mental é pessoa perigosa para a sociedade e, como tal, possui grande probabilidade de reiterar o ilícito-típico praticado, a justificar a presença dos limites mínimos, bem como a ausência dos limites máximos às medidas de segurança, constituindo suficiente a hipotética e abstrata a cessação de periculosidade.

Luiz Flávio Gomes, ao discorrer sobre o tema, denuncia a natureza discriminatória dos argumentos lançados, visto que tratam o enfermo mental como um criminoso de qualidade inferior aos demais. Na lição do autor[20]:

> O correto, em suma, é acabar com a indeterminação máxima das medidas de segurança. Não é compatível com o Estado de Direito, declarado no art. 1º da CF, essa situação. O Código Penal, em conclusão, neste ponto, viola a Constituição Federal, contraria seus princípios fundamentais. A solução está em reconhecer a inconstitucionalidade dos dispositivos penais que cuidam da indeterminação das medidas de segurança.

Nessa mesma direção, preconizam Pierangeli e Zaffaroni[21]:

> De acordo com as regras legais expressas, as medidas de segurança não teriam limite máximo, ou seja, poderiam, por hipótese, perdurar durante toda a vida

19. FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 181.
20. GOMES, Luiz Flávio. Duração das medidas de segurança. *Revista dos Tribunais*, v. 663, 1991. p. 1075.
21. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 731.

> da pessoa a elas submetidas, sempre que não advenha urna perícia indicativa da cessação da periculosidade do submetido. Esta consequência deve chamar a atenção dos intérpretes de qualquer lei penal, por menos que reflexionem sobre urna medida de segurança significar limitações da liberdade e restrições de direitos, talvez mais graves do que os dotados de conteúdo autenticamente punitivo. Se a Constituição Federal dispõe que não há penas perpétuas (art. 5°, XLVII, *b)*, muito menos se pode aceitar a existência de perdas perpétuas de direitos formalmente penais. A periculosidade de uma pessoa que tenha cometido um injusto ou causado um resultado lesivo a bens jurídicos pode não ser maior nem menor do que a de outra que o tenha causado, se a mesma depende de um padecimento penal.

Em relação à obrigatoriedade de um prazo mínimo, a Lei da Execução Penal resolve bem a questão, na medida em que prevê, em seu art. 176:

> Art. 176. Em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o Juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade, procedendo-se nos termos do artigo anterior.

Por outro lado, no que tange ao prazo indeterminado, não há dispositivo correspondente que atenue sua aplicação.

Diante desse cenário, e sendo evidente a incompatibilidade do prazo indeterminado à medida de segurança, em face dos artigos 5º, XLVII, *b*, da Carta Maior (que veda a perpetuidade da pena) e 75 do Código Penal (que limita o tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade a 30 anos), os Tribunais Pátrios começaram a se manifestar acerca do tema.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o limite para aplicação da medida de segurança deve ser de 30 anos, em observância ao artigo 75 do Código Penal[22].

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, atribuiu como limite o delito praticado. Nesse sentido é a redação da Súmula 527: "O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado".

22. Recurso extraordinário. Constitucional e penal. Medida de segurança. Natureza punitiva. Duração máxima de 30 anos. Vedação constitucional às penas perpétuas. Julgado recorrido em desarmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Recurso provido. (STF, RE 628.646/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26.08.2010, *DJe* 08.09.2010).

Tal perspectiva é adotada, inclusive, pelo Código Penal Espanhol, o qual estabelece que as medidas de segurança não podem ser nem mais gravosas nem de maior duração que a pena abstratamente aplicável ao delito cometido, nem exceder o limite necessário para prevenir a periculosidade do autor. Transcreve-se[23]:

> Artigo 6º 1. As medidas de segurança baseiam-se na periculosidade criminal do sujeito [...] 2. As medidas de segurança não podem ser mais graves ou mais duradouras do que a pena abstratamente cominada ao delito cometido, nem exceder os limites do que é necessário para evitar a periculosidade do autor.

O que se conclui do exposto é que, inobstante estejam os Tribunais atrelados a limites temporais diversos, coadunam-se no sentido de que o prazo indeterminado, trazido pelo artigo 97 §1º, do CP, não condiz com os princípios e garantias elencados no sistema jurídico brasileiro, razão pela qual ultrapassada sua redação.

4. A desconstrução do modelo penal-psiquiátrico do asilamento em face da Lei 10.216/01

A par das críticas apontadas no tópico anterior, verifica-se que a promulgação da Lei 10.216/01 deu início a uma série de discussões acerca de seus reflexos no âmbito da medida de segurança, uma vez que, em sua modalidade detentiva, a respectiva sanção também representa a institucionalização do indivíduo com transtorno mental.

O Conselho Nacional de Justiça, ao se pronunciar acerca do tema, restringiu-se a afirmar que: "Art. 17. O juiz competente para a execução da medida de segurança, sempre que possível buscará implementar políticas antimanicomiais, conforme sistemática da Lei n. 10.216, de 06 de abril de 2001[24]".

Tal determinação, no entanto, não soluciona os inúmeros impasses encontrados no momento de efetivação dos ideais reformistas. A análise da medida de segurança na dogmática jurídico-penal denuncia a primazia do sistema asilar, a

23. Artículo 6 1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto [...] 2. Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor. (ESPAÑA, Ley Orgânica 10/1995. Código Penal. Tradução nossa).

24. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução 113, de 20 de abril de 2010*. Dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, e dá outras providências. Portal CNJ. Brasília, 2010.

violação à individualidade da sanção penal e a inobservância da vedação a sanções perpétuas, em total desconformidade com o disposto na Lei 10.216/01.

Não bastasse isso, a realidade dos hospitais de custódia e de tratamento psiquiátrico no Brasil é preocupante. Dados apresentados por meio do censo de 2011 e da inspeção realizada em 2015 pelo Conselho Federal de Psicologia evidenciam a falta de profissionais especializados (e, consequentemente, o atraso nos laudos de cessação de periculosidade), a precariedade da estrutura e a superlotação dessas instituições.

Segundo Débora Diniz, dos 2.839 pacientes que cumpriam medida de segurança nos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico em 2011, 1.033 estavam em situação de internação temporária. Daqueles, pelo menos 25% (741) não deveriam estar internados, uma vez que dispõem de periculosidade cessada, possuem sentença de desinternação, medida de segurança extinta ou internação sem processo judicial, ou receberam os benefícios judiciais da alta ou da desinternação progressiva. Em estados específicos, como Rio de Janeiro e São Paulo, o percentual de pacientes que não deveriam estar internados chega a 87%[25].

Ademais, as irregularidades presentes nessas instituições não ficam adstritas à internação prolongada. Frequentemente, os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico são denunciados por maus-tratos, pela estrutura precária que apresentam e pela superlotação. Em 2015, o Conselho Federal de Psicologia, em parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil, publicou a obra *Inspeções aos manicômios: relatório Brasil 2015*, na qual foram verificadas diversas violações aos Direitos Humanos e aos preceitos da reforma psiquiátrica. A título de exemplo, destaca-se parte do relatório referente ao hospital de custódia e tratamento de Salvador/BA[26]:

> 1. O HCT permanece localizado na região limítrofe do subúrbio ferroviário da cidade de Salvador, [...] e em nada lembra um estabelecimento hospitalar. 2. As instalações de circulação dos internos são guarnecidas com grades de ferro, no feitio dos estabelecimentos penitenciários. 3. A inadequação das instalações, bem como a ausência de ações e serviços terapêuticos estabelecidos na legislação específica denotavam a submissão compulsória dos internos a condições impróprias aos tratamentos de saúde. [...] 5. Não são desenvolvidas

25. DINIZ, DÉBORA. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil*: censo 2011. Brasília: Letras Livres/ Universidade de Brasília, 2013. p. 333.
26. CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Inspeções aos manicômios*: relatório Brasil. Brasília: CFP, 2015. p. 25-26.

> atividades que visem a promoção, prevenção e reabilitação da saúde, reinserção na família, no trabalho e no meio comunitário, consoante determina a legislação vigente. 6. O fluxo burocrático de lenta operacionalidade mantém os internos, sob restrição de liberdade por tempo sempre muito superior aos prazos legalmente estabelecidos. [...] o longo tempo de internação, distante de familiares, amigos e do seu meio social resulta no esgarçamento dos laços afetivos e, não raro, em situação de abandono sociofamiliar.

Em análise aos relatórios, verificou-se a falta de recursos, a escassez de profissionais habilitados, e a ausência de um projeto de desinstitucionalização na maior parte das instituições visitadas, de modo que as internações de pacientes sem laudo, ou há muito mais tempo do que a pena cominada em abstrato, ainda são uma realidade comum. Quanto à superlotação, o estudo destacou o HCTP de Pernambuco, cujo número de vagas era 320, mas o hospital abrigava 584 pacientes; e, o Hospital Nina Rodrigues, no Maranhão, que possuía 20 vagas, mas abrigava 82 pacientes.[27]

Depreende-se, em verdade, que os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico no Brasil permanecem com a estrutura de uma prisão, ainda que a finalidade da medida de segurança seja, exclusivamente, preventiva. Outrossim, a violação a direitos e garantias fundamentais é notória, especialmente pela ausência de individualização da sanção penal e pela possibilidade de sanção perpétua, expressamente vedada pela Constituição Federal de 1988.

Diante disso, e considerando que a Lei 10.216/01 reforçou a dignidade das pessoas com transtorno mental e a excepcionalidade da internação, o presente estudo busca promover a desconstrução do modelo penal-psiquiátrico do asilamento, que deve ser realizada a partir de duas premissas, quais sejam: a progressiva diminuição da dependência com o hospital e o fortalecimento da rede diversificada e articulada de cuidados em saúde mental.

Para tanto, é preciso analisar a medida de segurança, desde o momento de sua aplicação. Caberá, sobretudo, aos aplicadores da lei, interpretarem os dispositivos do Código Penal de acordo com os princípios constitucionais, a fim de

> [...] reconhecer a inconstitucionalidade (ou, ao menos, realizar uma interpretação constitucional, adaptando o dispositivo aos ditames da Carta Maior) de tais disposições quando da individualização concreta da medida, decidindo

27. CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Inspeções aos manicômios*: relatório Brasil. Brasília: CFP, 2015. p. 89.

> com base nas exigências preventivo-especiais, sobretudo positivas, e nos princípios constitucionais pertinentes[28].

Dessa forma, a medida de segurança detentiva deverá, sempre, ser vista como uma exceção, a ser aplicada tão somente nas situações em que a medida de segurança restritiva for insuficiente.

Nas situações em que o tratamento em regime de internação for imprescindível, o artigo 4º, § 2º, da Lei 10.216/01 dispõe que o mesmo deverá ser estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa com transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros. As instituições desprovidas de tais recursos, bem como aquelas que não asseguram direitos previstos pela lei (art. 2º), serão consideradas instituições com características asilares, vedadas pela norma legal em epígrafe.

A instituição deverá ter como prioridade a recuperação social do agente inimputável, que é, de fato, a finalidade da medida aplicada. Para tanto, constantemente devem ser desenvolvidos programas de fomento ao trabalho, lazer e educação, bem como atividades de integração com a comunidade, a fim de que os laços afetivos do paciente não sejam (mais) prejudicados com a internação.

Nesse contexto, ainda, é preciso voltar os olhos aos internos que estão em situação de isolamento por um período prolongado. Isso porque a internação, além de restringir a liberdade e autonomia do indivíduo, tem como consequência, a longo prazo, a perda do contato com a realidade externa, a submissão às atitudes autoritárias do corpo técnico, a sedação medicamentosa, a desqualificação permanente do discurso e a perda da perspectiva de vida para além da instituição.

A verificação de tais características evidencia a necessidade de flexibilização da medida de segurança, a fim de promover uma readaptação do paciente, visto que seu retorno repentino à sociedade acabaria ensejando desassistência e poderia implicar na prática de novos delitos. Nesse sentido, preleciona Desviat[29]:

> [...] não se trata apenas de criar uma rede de serviços, cuidados e acomodações na comunidade. Faz-se necessária uma preparação adequada dos pacientes, geralmente dispendiosa e de longa duração, que lhes permita viver fora do asilo; e é particularmente indispensável uma adequação das técnicas psicoterápicas, dos enquadres, da própria concepção da programação.

28. CIA, Michele. *Medidas de segurança no direito penal brasileiro*: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal. São Paulo: Unesp, 2011. p. 72.
29. DESVIAT, Manuel. *A reforma psiquiátrica*. Trad. Vera Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015. p. 87.

A ideia de flexibilizar a medida de segurança e tornar possível uma progressiva ressocialização do indivíduo foi suscitada pela primeira vez, no Brasil, em meados da década de 60, sob o nome de "alta progressiva". O instituto psiquiátrico forense Maurício Cardoso, de Porto Alegre, possibilitava a saída dos pacientes, nos finais de semana, para visitar familiares, ampliando-se o prazo de forma paulatina até que fosse possível a reintegração total[30].

Tal prática foi aperfeiçoada e, na década de 80, experimentada pelo manicômio do Estado de São Paulo, que após 1988 passou a ser chamado de hospital de custódia e tratamento Psiquiátrico Prof. André Teixeira Lima. Inicialmente, houve a suspensão da prática por decisão judicial sob a alegação de ausência de amparo legal, argumento esse que não impediu a propagação do instituto.

Em 2001, o Poder Executivo do Estado de São Paulo, por meio do Decreto Estadual 46.046, criou o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico II de Franco da Rocha, exclusivamente destinado à desinternação do público masculino. O hospital de custódia e tratamento psiquiátrico Prof. André Teixeira Lima (HCTP I) continua contando com uma ala de desinternação progressiva, mas fica adstrito a mulheres[31].

A norma estadual publicada regulamenta toda a estrutura da instituição e prevê, ainda, uma série de atribuições que devem balizar a atividade dos profissionais envolvidos. Destacam-se (SÃO PAULO, 2001):

> Artigo 5.º [...] I – elaborar regras e normas que viabilizem a execução das condutas terapêuticas; II – elaborar projetos de condutas terapêuticas para cada paciente/preso e seus respectivos familiares; III – elaborar estudos de casos que aprofundem o conhecimento técnico das patologias atendidas; IV – deliberar sobre as saídas de pacientes/presos referentes a trabalho, visita domiciliar e passeios; V – orientar os servidores, que tratam diretamente com os pacientes/presos, sobre sua participação nas condutas terapêuticas; VI – esclarecer os pacientes/presos sobre as regras e normas que norteiam o tratamento; VII – elaborar relatórios gerais ou individuais para fins judiciais; VIII – acompanhar as patologias clínicas que acometem os internos/pacientes inimputáveis, em estreito relacionamento com a estrutura do Sistema Único de Saúde – SUS, local.

30. FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 169.

31. CIA, Michele. *Medidas de segurança no direito penal brasileiro*: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal. São Paulo: Unesp, 2011. p. 119.

As atribuições em tela ressaltam o objetivo primordial do instituto, qual seja, diminuir a relação de dependência do paciente com o hospital, na medida em que reconstrói seus laços afetivos no meio social e o insere, paulatinamente, em atividades que possibilitem sua reintegração.

Diante da iniciativa tomada pelo HCTP II de Franco da Rocha, a pesquisadora Michele Cia realizou, entre os dias 17 de dezembro de 2007 e 18 de janeiro de 2008, uma pesquisa de campo, apontando as principais atividades desenvolvidas na instituição.

Entre elas, destacam-se as "imediações acompanhadas", práticas nas quais o interno, acompanhado dos agentes de segurança penitenciária, pode conhecer a cidade de Franco da Rocha, e as "imediações desacompanhadas", nas quais o interno pode dirigir-se à cidade, sem acompanhamento, desde que não se afaste muito e respeite os limites de horários impostos pela instituição[32].

Uma vez habituado com as imediações sem acompanhamento, pode ser permitida aos pacientes a Visita Domiciliar Assistida (VDA). Nessas ocasiões, o interno passa alguns dias com seus familiares, se houver anuência dos mesmos. Após a visita, o interno deverá trazer um formulário preenchido e assinado por um membro da família, no qual será registrado tudo o que ocorreu durante esse período, sejam avanços ou intercorrências[33].

Além das atividades externas, são fomentados o trabalho, o lazer e a educação. Segundo a pesquisadora[34]:

> [...] dentro do Hospital propriamente dito há possibilidade de trabalho, remunerado ou não. As atividades desenvolvidas basicamente são: serviços de manutenção, tais como pintura, alvenaria, conservação da parte elétrica e atividades assemelhadas; manutenção do jardim e do campo de futebol; capinação; e limpeza das dependências do hospital (pátio, pavilhão, parte administrativa, cozinha e refeitório) [...]. Entre os internos formalmente empregados, dois realizam o trabalho de entrega e de circulação de papéis e documentos na parte administrativa do Hospital, entre os diversos setores e profissionais, recebendo por isso o nome de estafetas [...]. Finalmente, três outros internos contratados pela FUNAP têm por função zelar do Centro Cultural.

32. CIA, Michele. *Medidas de segurança no direito penal brasileiro*: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal. São Paulo: Unesp, 2011. p. 137.
33. CIA, Michele. *Medidas de segurança no direito penal brasileiro*: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal. São Paulo: Unesp, 2011. p. 140.
34. CIA, Michele. *Medidas de segurança no direito penal brasileiro*: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal. São Paulo: Unesp, 2011. p. 142.

O Centro Cultural em questão foi planejado por pacientes e funcionários em um lugar que costumava ser usado como depósito de ferramentas. Após as mudanças, transformou-se em um espaço que integra uma biblioteca, uma sala de aula e um ateliê de arte. São comuns, ainda, aulas de alfabetização, reuniões ministradas pelos Alcoólicos Anônimos (AA) e pelos Narcóticos Anônimos (NA) e cursos ministrados pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR) – como olericultura, horticultura, preservação do meio ambiente[35].

Além das atividades para reintegração, os últimos dados trazidos por Michele Cia tem relevância para o estudo em tela. Trata-se da eficácia da desinternação progressiva quanto à reincidência. Os dados foram colhidos entre 2001 e 2007, e o número de pacientes desinternados foi de 297. Entre eles, seis voltaram a praticar delitos e foram sentenciados, e dez aguardam processo judicial pela suposta prática de fato descrito como crime. Supondo que esses dez indivíduos, ainda não sentenciados, sejam, também, ao final, considerados perpetradores de ilícitos típicos, a porcentagem de ex-internos que novamente praticaram fato descrito como crime situa-se entre 2,02% a 5,38%[36].

Os números apresentados apenas concretizam tudo o que se expôs, até então, sobre a reforma. O contraste entre a realidade manicomial verificada, até então, e o projeto de desinstitucionalização apresentado pelo HCTP II de Franco da Rocha, sinaliza a valorização da dignidade da pessoa com transtorno mental e a busca pela sua autonomia.

Projetos com o mesmo propósito foram desenvolvidos, também, em outros Estados da Federação.

Em Belo Horizonte/MG, a Portaria Conjunta 25/2001 instituiu o Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental (PAI-PJ), com a intenção de acompanhar processos criminais nos quais o réu apresenta indícios de sofrer algum transtorno mental, a fim de individualizar as sanções atribuídas e adaptá-las à reforma psiquiátrica.

Após diversas mudanças, em maio de 2010, o Programa passou a integrar o Projeto Novos Rumos, regulamentado pela Resolução 633/2010. A norma prevê, expressamente, o objetivo do PAI-PJ, qual seja, "assessorar a Justiça de Primeira Instância na individualização da aplicação e da execução das medidas

35. CIA, Michele. *Medidas de segurança no direito penal brasileiro*: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal. São Paulo: Unesp, 2011. p. 144-146.

36. CIA, Michele. *Medidas de segurança no direito penal brasileiro*: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal. São Paulo: Unesp, 2011. p. 186-187.

socioeducativas, penas e medidas de segurança aos pacientes judiciários, conforme o disposto nesta Resolução"[37].

Em síntese, o magistrado responsável pelo caso solicita à equipe multidisciplinar vinculada ao programa que analise individualmente as necessidades do agente infrator, de modo que a ele seja aplicada a medida judicial mais efetiva. O PAI-PJ, além de trabalhar a questão da reintegração do paciente, visa, também, a prevenir a prática de novos delitos. Segundo Virgílio de Mattos[38]:

> Podemos verificar, com a observação do PAI-PJ, que o portador de sofrimento mental, antes de passar ao ato, produz diversos avisos, alguns explícitos, outros nem tanto, ao contrário do que observamos em relação aos imputáveis. Os portadores de sofrimento mental, não importando a conduta elencada como crime que eles produziram, têm a especificidade de emitir sinais claros de aviso antes de o crime ser cometido ou tentado.

De acordo com informações obtidas pelo sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 799 pacientes já foram beneficiados pelo Programa. Chama a atenção, ainda, o índice de reincidência, que fica limitado a 2%, com registros, apenas, de crimes de menor gravidade.

Em razão dos resultados positivos, a experiência mineira vem servindo de exemplo para outros Estados do país. Serviu como inspiração, inclusive, para o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI), instituído pelo Estado de Goiás, em 2006. Trata-se de um trabalho articulado pela Promotoria de Justiça da Execução Penal de Goiânia/GO, em conjunto com diversas instituições públicas, com o escopo de mudar paradigmas na incidência da medida de segurança. Veja-se[39]:

> Se a medida de segurança não tem caráter punitivo – e de direito não tem – a sua feição terapêutica deve preponderar. Eis o argumento elementar levado à mesa de discussões. Muda-se o paradigma. A questão deixa de ser focada unicamente sob o prisma da segurança pública e é acolhida definitivamente pelos serviços de saúde pública. Não será a cadeia, tampouco o manicômio, o destino desses homens e dessas mulheres submetidos à internação psiquiátrica

37. MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. *Resolução 633/2010*. Dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do Programa Novos Rumos, no âmbito do Tribunal de Justiça, e sua implementação em todas as comarcas do Estado de Minas Gerais.
38. MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria*: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 177.
39. SILVA, Haroldo Caetano da (Coord.). *PAILI*: Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator. 3. ed. Goiânia: MP/GO, 2013. p. 10-11.

> compulsória. A imagem do sofrimento e da exclusão dos imundos depósitos de loucos – ainda recente na memória dos goianos e presente em outros cantos do país – não mais tem espaço nesta época de proteção aos direitos fundamentais dos que padecem de transtornos mentais. Será o Sistema Único de Saúde o espaço democrático de atendimento a esses pacientes.

O que se pretende, com o PAILI, é inserir o maior número possível de indivíduos submetidos à medida de segurança na rede de atenção em saúde mental, possibilitando um projeto terapêutico individualizado, sem a burocracia típica do procedimento judicial.

Uma vez inserido nessa rede – que compreende os CAPS (Centros de Atenção Psicossocial), leitos psiquiátricos em hospitais gerais, clínicas psiquiátricas conveniadas ao SUS, serviços residenciais terapêuticos – os pacientes ficam sob o cuidado de médicos, possibilitando uma maior independência do tratamento. Não se pretende ignorar a existência de um processo judicial, mas possibilitar que um profissional especializado em saúde seja o responsável pelas medidas de recuperação do paciente.

É esse, sobretudo, o propósito dessa desconstrução. Na medida em que a sanção penal diminui seu caráter punitivo para dar lugar a um tratamento médico, o paciente deixa de ser visto como um criminoso que merece retribuição ao mal causado, e passa a ser visto como uma pessoa com transtorno mental que precisa de cuidados.

Dessa forma, a implantação dos programas supramencionados deve vir acompanhada de um fortalecimento da rede de saúde e apoio psicossocial, de modo que o paciente desinternado seja acolhido e acompanhado por profissionais da saúde. Da rede em questão, destacam-se os Centros de Assistência Psicossocial (CAPS), as residências terapêuticas e o programa "de volta para casa".

O Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) é um serviço de saúde aberto e comunitário do Sistema Único de Saúde (SUS), um lugar de referência e tratamento para pessoas que sofrem de transtornos mentais. Criado para ser substitutivo às internações em hospitais psiquiátricos, o CAPS visa a fortalecer vínculos familiares e comunitários, bem como oferecer atendimento psicossocial através de uma equipe multiprofissional (psiquiatra, enfermeiro, assistente social, psicólogo, monitor de oficina etc.)[40]. Sobre o funcionamento desses locais, esclarece Paulo Amarante[41]:

40. BRASIL, Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Saúde mental no SUS*: os centros de atenção psicossocial. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

41. AMARANTE, Paulo. *Saúde mental e atenção psicossocial*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 85-86.

> Os CAPS funcionam, pelo menos, durante os cinco dias úteis da semana (de segunda a sexta-feira. O horário de funcionamento nos fins de semana depende do tipo de Centro: CAPS I – municípios com população entre 20.000 e 70.000 habitantes – funcionam das 8h às 18h, de segunda a sexta-feira. CAPS II – municípios com população entre 70.000 e 200.000 habitantes – funcionam das 8h às 18h, de segunda a sexta-feira. Pode ter um terceiro período, funcionando até 21 horas. CAPS III – municípios com população acima de 200.000 habitantes – funcionam 24 horas, diariamente, também nos feriados e fins de semana. CAPSi – Atendimento de crianças e adolescentes – municípios com população superior a 200.000 habitantes – funcionam das 8h às 18h, de segunda a sexta-feira. Pode ter um terceiro período, funcionando até 21 horas. CAPSad – Atendimento de dependência química (álcool e drogas) – municípios com população superior a 100.000 habitantes – funcionam das 8h às 18h, de segunda a sexta-feira. Pode ter um terceiro período, funcionando até 21 horas.

Ainda que não seja, de fato, o propósito dos centros, verifica-se que o CAPS III funciona 24 horas e oferece leitos de atendimento à crise. Não se trata, todavia, de um hospital, visto que o período de internamento deve ser curto e os leitos são posicionados em salas abertas, com acompanhamento integral de profissionais capacitados.

Enquanto o CAPS funciona como um mecanismo de reaproximação da família, na medida em que promove a integração e o acolhimento de pacientes em casos de surto, as residências terapêuticas são alternativas de moradia às pessoas que, em razão do tempo prolongado de internamento, perderam seus contatos familiares e seus vínculos sociais[42].

Instituídos por meio da Portaria 106, de 2000, os serviços residenciais terapêuticos consistem em locais de moradia, destinados a pessoas com transtornos mentais que permaneceram em longas internações psiquiátricas e impossibilitadas de retornar às suas famílias de origem. Segundo a Portaria[43]:

> Cada módulo residencial deverá estar vinculado a um serviço/equipe de saúde mental de referência que dará o suporte técnico profissional necessário ao serviço

42. BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Residências terapêuticas: o que são, para que servem*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

43. BRASIL, Ministério da Saúde/Ministério da Justiça. *Portaria 106, de 11 de fevereiro de 2000*.

> residencial. O acompanhamento dos moradores das residências deve estar em consonância com os respectivos projetos terapêuticos individuais. Tal suporte focaliza-se no processo de reabilitação psicossocial e inserção dos moradores na rede social existente (trabalho, lazer, educação, entre outros).

A residência terapêutica é uma medida que vem apresentando resultados muito positivos, possibilitando aos ex-internos diferentes graus de autonomia e independência. Apresenta-se, sobretudo, como um meio alternativo à manutenção do paciente na instituição, muitas vezes, justificada pela falta de vínculos com a comunidade.

Somada à sua implementação, outra medida que possibilita o reestabelecimento da autonomia do paciente foi instituída pela Lei 10.708/03. Trata-se do programa *De Volta para Casa*, o qual prevê a contribuição de um auxílio-reabilitação psicossocial para assistência, acompanhamento e integração social, fora de unidade hospitalar, de pacientes acometidos de transtornos mentais, internados em hospitais ou unidades psiquiátricas (art. 1º). Nesse sentido[44]:

> O Programa possibilita a ampliação da rede de relações dos usuários, assegura o bem estar global da pessoa e estimula o exercício pleno dos direitos civis, políticos e de cidadania, uma vez que prevê o pagamento do auxílio-reabilitação diretamente ao beneficiário, através de convênio entre o Ministério da Saúde e a Caixa Econômica Federal. Assim, cada beneficiário do Programa recebe um cartão magnético, com o qual pode sacar e movimentar mensalmente estes recursos. O município de residência do beneficiário deve, para habilitar-se ao Programa, ter assegurada uma estratégia de acompanhamento dos beneficiários e uma rede de atenção à saúde mental capaz de dar uma resposta efetiva às demandas de saúde mental. A cada ano o benefício pode ser renovado, caso o beneficiário e a equipe de saúde que o acompanha entendam ser esta uma estratégia ainda necessária para o processo de reabilitação.

O que se pretende, com o Programa em tela, é intervir no poder de contratualidade dos beneficiários, potencializando sua emancipação e sua autonomia.

Também nesse sentido é o propósito do Projeto de Lei 5.907/16, do Deputado Francisco Floriano (DEM-RJ). O texto apresentado altera a Lei da Reforma Psiquiátrica, incluindo entre os direitos da pessoa com transtorno mental o

44. BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. DAPE. Coordenação Geral de Saúde Mental. *Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil*. Documento apresentado à Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. OPAS. Brasília, novembro de 2005.

transporte público gratuito, a reserva de vagas de emprego e a proteção contra a discriminação. Transcreve-se[45]:

> Art. 2º A Lei 10.216, de 06 de abril de 2001, passa a vigorar acrescida dos seguintes dispositivos, renumerando os demais dispositivos: [...] "Art. 2º [...] Parágrafo único: [...] X – ter direito a gratuidade no transporte público municipal e intermunicipal; XI – ter direito de exercer atividade profissional, respeitadas suas condições intelectuais e psíquicas; XII – ser incluído em políticas de reserva de vagas de trabalho nas empresas públicas e privadas, visando à sua inclusão profissional; XIII – ter direito a igualdade de oportunidades de emprego, assegurada proteção contra a exploração e a demissão do trabalho exclusivamente por motivo de transtorno mental. XIV – ter acesso aos meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional e social; XV – ter assegurada a proteção contra discriminação por motivo de transtorno mental.

O Projeto está em consonância com princípios constitucionais e promove políticas que, de fato, visam a uma transformação cultural em prol da desinstitucionalização. A inserção da pessoa com transtorno mental no mercado de trabalho, por exemplo, não só reestrutura sua autonomia e possibilita sua subsistência, mas ressalta a toda a sociedade que determinados transtornos mentais não afetam, em nada, a capacidade e a produtividade do indivíduo.

Nesse ponto, evidencia-se que a concretização dos preceitos reformistas não está adstrita à reestruturação do hospital e ao fortalecimento da rede de saúde mental, mas exige uma participação de toda a sociedade. Ernesto Venturini, um dos grandes nomes do movimento da psiquiatria democrática, declara[46]:

> [...] a superação do hospital psiquiátrico não se refere simplesmente à superação de uma estrutura física – os muros do manicômio – e de uma organização. O processo parte da denúncia da violência manicomial para evidenciar a existência de uma série de instituições, normas e procedimentos que se referem à sanidade, ao direito, à educação, à assistência social e às práticas de cidadania capturadas e consolidadas pela existência do manicômio. Há algo mais:

45. BRASIL, Câmara dos Deputados. *PL 5907/2016*. Altera a Lei 10.216, de 06 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, para acrescentar direitos e garantias, e dá outras providências.

46. VENTURINI, Ernesto. *A linha curva*: o espaço e o termo da desinstitucionalização. Trad. Nilson Moulin. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2016. p. 15.

> a permanência de estruturas segregadoras na sociedade constrói as relações entre as pessoas, dirige o modo com o qual todos nós concebemos, no dia a dia, o que nos liga uns aos outros.

Muito mais do que uma mera estratégia de humanização da assistência, a Reforma traz consigo a transformação de um pensamento crítico sobre tudo o que se pensava, até então, sobre a loucura. Essa emancipação, que atinge pacientes, famílias, profissionais da saúde e sociedade como um todo, alcança, evidentemente, a situação do louco infrator, cujo isolamento encontra justificativa apenas no temor social e na "probabilidade de voltar a delinquir".

Dessa forma, é preciso pensar na desconstrução do modelo penal-psiquiátrico do asilamento como um conjunto de fatores. Na medida em que se busca a diminuição da dependência do hospital e a readaptação do indivíduo por meio de recursos alternativos, políticas de ressocialização e de reinserção social devem ser desenvolvidas, a fim de modificar, gradualmente, todo um estigma social que atinge esses indivíduos. Não se trata apenas de afastar estruturas manicomiais, mas de lutar contra todo um sistema secular voltado à segregação e higienização social, atribuindo ao louco infrator algo que sempre lhe foi tirado: a condição de sujeito de direitos.

5. Considerações finais

Na medida em que se contrapõe ao modelo de controle e disciplina conhecido, até então, como único meio eficaz de tratamento da pessoa com transtorno mental, a Reforma Psiquiátrica encontra óbices que vão muito além do campo teórico, mas alcançam a rigidez das leis, a carência de políticas públicas e o desinteresse da sociedade.

No âmbito do Direito Penal, a implementação de preceitos reformistas ainda se depara com normas incompatíveis com a nova ordem jurídica brasileira, na medida em que priorizam a internação, possibilitam a aplicação de sanção perpétua e desconsideram a necessidade de individualização da pena.

Não bastasse isso, a realidade dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico no Brasil é preocupante. Dados apresentados por meio do censo de 2011 e da inspeção realizada em 2015 pelo Conselho Federal de Psicologia evidenciam a falta de profissionais especializados, a precariedade da estrutura e a superlotação dessas instituições.

Em face dessa realidade, o presente estudo se propôs a desconstruir o modelo penal-psiquiátrico do asilamento, introduzindo um sistema de trabalho conjunto

de aplicadores da lei, profissionais de saúde, família e comunidade, todos em prol da reinserção social do indivíduo.

Para tanto, o magistrado deve, no momento da aplicação da norma, interpretá-la de acordo com os preceitos trazidos pela Reforma, atentando-se à excepcionalidade da internação e, se necessário, aos limites máximos e mínimos de duração da medida. O administrador, por sua vez, deve intensificar as políticas de desinternação progressiva e as atividades da rede diversificada e articulada de cuidados em saúde mental, a fim de proporcionar uma relação próxima entre família, paciente e sociedade, com vias a reinserir o inimputável à comunidade e evitar a prática de novos delitos.

6. Referências

AMARANTE, Paulo. (Coord.) *Loucos pela Vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.

AMARANTE, Paulo. *Saúde mental e atenção psicossocial*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

BRASIL, Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Saúde mental no SUS*: os centros de atenção psicossocial. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

BASAGLIA, Franco. *A instituição negada*: relato de um hospital psiquiátrico. Trad. Heloisa Jahn. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

CARVALHO, Salo de. *Penas de medidas de segurança no direito penal brasileiro*: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Inspeções aos manicômios*: Relatório Brasil. Brasília: CFP, 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes* vs. *Brasil*. Sentença de 04 de julho de 2006, série C, n. 149, par. 5, p. 03. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf]. Acesso em: 05.01.2018.

DESVIAT, Manuel. *A reforma psiquiátrica*. Trad. Vera Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015.

DINIZ, DÉBORA. A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011. Brasília: Letras Livres/Universidade de Brasília, 2013.

FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Doença mental e psicologia*. Trad. Hélder Viçoso. 2. ed. Lisboa: Texto & Grafia, 2008.

FOUCAULT, Michel. *História da loucura*: na idade clássica. São Paulo: Perspectiva, 2014.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Duração das medidas de segurança. *Revista dos Tribunais*, v. 663, 1991.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2009.

MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria*: uma saída: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

QUEIROZ, Valéria Debórtoli de Carvalho. *Entre o passado e o presente: a prática profissional do Assistente Social no campo da saúde mental*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Serviço Social, 2009. Disponível em: [www.maxwell.vrac.puc-rio.br/acessoConteudo.php?nrseqoco=50453]. Acesso em: 04.01.2018.

TORRE, Eduardo Henrique Guimarães; AMARANTE, Paulo. Protagonismo e subjetividade: a construção coletiva no campo da saúde mental. *Ciênc. saúde coletiva*. Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 73-85, 2001.

VENTURINI, Ernesto. *A linha curva*: o espaço e o termo da desinstitucionalização. Trad. Nilson Moulin. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A (Dis)Funcionalidade da Medida de Segurança no Paradigma da Reforma Psiquiátrica, de Soraia da Rosa Mendes e Gustavo Dalul Faria – *RBCCrim* 144/217-250 (DTR\2018\14305);
- A Punição da Loucura: As Decisões do Supremo Tribunal Federal Após a Lei da Reforma Psiquiátrica, de MenElick de Carvalho Netto e Letícia Naves – *RBCCrim* 144/183-215 (DTR\2018\14301);
- A Verdade Oculta da Loucura: A Construção desse Conceito e as Conquistas Trazidas pela Reforma Psiquiátrica no Brasil e no Pará, de Aline Wanessa Pinheiro da Silva e Érica Quinaglia Silva – *RBCCrim* 144/357-375 (DTR\2018\14324);
- Editorial do Dossiê "Crime E Loucura": Estudos Inter e Transdisciplinares sobre os Reflexos Jurídico-Penais da Lei Antimanicomial sobre as Medidas de Segurança, de Élida Lauris e Patricia F. Carlos Magno – *RBCCrim* 144/17-28 (DTR\2018\14275);
- Internações Psiquiátricas Involuntárias e Compulsórias Apontamentos sobre as Responsabilidades do Sistema de Justiça e do Sistema de Saúde, de Flávio Américo Frasseto e Julia Hatakeyama Joia – *RBCCrim* 109/227-256 (DTR\2014\15126); e
- Perigo Real ou Imaginário: Uma Reflexão Crítica e uma Proposta de Modelo Alternativo ao Exame de Verificação de Cessação da Periculosidade Vigente no Código Penal Brasileiro, de Cezar Augusto Rodrigues Costa, Katia Mecler, Liana Escovedo Selles, Renata Fernandes de Oliveira e Tiago Mascarenhas da Costa Marques – *RBCCrim* 144/323-355 (DTR\2018\14323).

Veja também Súmula

- Súmula 525 do STF: MIX\2010\2248.

Shaming como uma via para a sanção criminal de pessoas jurídicas no Brasil

Shaming as an option for punishing corporations in Brazil

Gustavo Britta Scandelari

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Penal no Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Professor convidado da pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal da ABDConst e de outros cursos de pós-graduação. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) em convênio com o Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Pós-graduado em Direito Constitucional pela UniBrasil. Advogado.
gustavo@dotti.adv.br

Roberson Henrique Pozzobon

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professor de Direito Penal e Processual Penal na Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Procurador da República em Curitiba/PR (Ministério Público Federal). Integrante da Força-Tarefa Lava Jato desde 2014. Por sua atuação na Operação Lava Jato, recebeu o Prêmio *Prosecutor of the year* da *Global Investigations Review – GIR* (2015); o Prêmio "Anticorrupção" da Transparência Internacional (2016); o Prêmio "Innovare", na categoria "Ministério Público" (2016); o Prêmio CNMP, na categoria "Redução da Corrupção" (2016); o Prêmio AJUFE "Boas Práticas de Gestão para a Eficiência da Justiça Federal" (2016); o IV Prêmio da República, *Hors Concours*, da Associação Nacional de Procuradores da República (2016).
robersonhenrique@hotmail.com

Recebido em: 15.05.2018
Aprovado em: 24.08.2018
Última versão dos autores: 24.08.2018

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O texto realiza um levantamento bibliográfico a respeito de um instituto jurídico-criminal da cultura de língua inglesa: a sanção de *shame* para pessoas jurídicas condenadas por crimes. Apresenta tal método de punição como uma possibilidade nova e adaptável à realidade brasileira contemporânea, em que, cada vez mais, se discute a possibilidade de responsabilização de

Abstract: The text performs a bibliographic survey regarding a criminal legal institute of English culture: the shaming sanction for corporations convicted of crimes. It presents such method of punishment as a new possibility that is adaptable to contemporary Brazilian reality, in which discussions of the possibility of criminal liability of corporations have increased considerably in the

pessoas jurídicas. Trata de sanções de *shame* específicas como a publicidade adversa; de correspondentes dessas no direito brasileiro; bem como analisa casos reais recentes em que as consequências de sua aplicação foram verificadas. Ao fim, examina possíveis efeitos da sanção de *shame*, seja decorrente de imposição ou de acordo, e seu acolhimento hipotético pela sociedade brasileira.

Palavras-chave: Pessoas jurídicas – Crime – Responsabilidade – *Shame* – Sanção – Acordo.

past few years. It examines specific shame sanctions such as adverse publicity, their correspondents in Brazilian law, as well as analyzes real cases that made possible to check the effects of shaming sanctions. At the end, it discusses some of the consequences of the shaming sanction, applied by the State or by through an agreement, and the possibility of its hypothetical operation in Brazilian society.

Keywords: Corporations – Crime – Responsibility – Shame – Sanction – Agreement.

Sumário: 1. Introdução. 2. O que é *shame*?. 3. Componentes de uma sanção de *shaming* e alguns de seus riscos. 4. *Shaming* para pessoas jurídicas: uma alternativa às sanções pecuniárias. 5. Publicidade adversa e outras sanções de *shaming* para pessoas jurídicas. 6. Publicidade adversa e *shaming* no direito brasileiro. 7. Pedidos de desculpas, *shaming* e a realidade brasileira. 8. *Shaming*: possíveis funções teóricas. 9. *Shaming* e a sociedade brasileira. 10. Conclusão. 11. Bibliografia.

1. Introdução

Quando se iniciou o levantamento bibliográfico para a realização do presente estudo[1], percebeu-se que não há, em língua portuguesa, um debate consolidado sobre a punição (diretamente imposta ou decorrente de acordo) com o método de *shaming* – nem para pessoas jurídicas, nem para pessoas físicas.[2] Essa ausência no cenário literário brasileiro é relevante na medida em que a discussão sobre

1. Isso ocorreu no curso da disciplina de Direito Penal Econômico, ministrada pelo Prof. Dr. Paulo César Busato no Doutorado do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. Ao nosso Professor, agradecemos a generosidade das ideias, referências bibliográficas, a leitura crítica e suas importantes sugestões ao presente estudo, as quais possibilitaram maior reflexão e as consequentes alterações que estão adiante incorporadas.
2. Para as pessoas físicas, existe o trabalho de Dirk Fabricius, que divulga um viés crítico e psicanalítico do princípio da culpabilidade, mencionando "um avanço adicional na conceituação de um sistema normativo interno" das pessoas que "resulta da diferenciação entre vergonha e culpa e na descoberta do '*dilema culpa-vergonha*'" (FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Trad. Juarez Tavarez e Frederico Figueiredo. Curitiba: Juruá, 2006. p. 23-24). No entanto, tal pesquisa não se aproxima do trato dogmático do instituto jurídico da sanção de *shame* para pessoas jurídicas – objeto específico deste artigo.

a responsabilidade penal da pessoa jurídica tem crescido bastante na América Latina, mas ainda não se localizam estudos a respeito do gênero da sanção de *shame*[3] – que é um conhecido meio de responsabilização de entes coletivos nos países que há mais tempo punem empresas criminalmente.

Para que se possa progredir nas discussões acerca do controle social da criminalidade empresarial no Brasil, convém conhecer mais sobre essa forma de sanção que, há muitos anos, ocupa lugar de destaque na doutrina de língua inglesa.[4] É a isso – a análise da aplicabilidade de sanções (impostas e consensuais) de *shame* às pessoas jurídicas – que se dedica este texto.

Nessa abordagem, não foi escolhido somente um dos vários recortes temáticos possíveis que revelam as inúmeras possibilidades de aprofundamento no tema: a ideia é que se faça uma apresentação abrangente, ao público interessado, acerca das sanções de *shame*, suscitando o debate acadêmico sobre o tema e possibilitando ao leitor, se lhe convier, pinçar algum objeto específico de pesquisa para conhecê-lo mais a fundo por conta, tomando por base a bibliografia aqui indicada. Todavia, não se discutirá a base de legitimidade desse instituto – se a *culpabilidade*, o *defeito de organização*, a *periculosidade* ou outro –, tampouco a natureza jurídica desse instituto – se é *pena*, *medida de segurança*, *consequência acessória* ou outra. Por mais relevantes que sejam, tais abordagens tornariam inviável o foco do presente artigo, que é unicamente a apresentação genérica do método *shaming* como responsabilização criminal de corporações.

Ao realizar essa apresentação ampla, o texto identifica e trata de questões pontuais que pareceram essenciais, como as seguintes: i) desde a explicação do que é *shame*, vê-se nesse método de responsabilização um ingrediente cultural predominante: o medo da rejeição coletiva pela descoberta do fato considerado errado; ii) nos componentes da sanção de *shame*, além de seus aspectos básicos, nota-se mais uma razão pela qual ela ganhou um reforço recente de importância: a dinâmica da *Internet* e das redes sociais; iii) em *shaming* para as pessoas jurídicas, explora-se o grande potencial dessa forma de sanção em comparação com as sanções pecuniárias; iv) algumas possibilidades de *shame* são vistas na sequência, indicando que não se trata de uma única sanção, mas de uma classe de sanções; v) com a expectativa de localizar previsões legais, no Brasil, de sanção assemelhada ao método *shaming*, redigiu-se um tópico específico a respeito; vi) não é só como

3. Sobre os diferentes usos da expressão *shaming* ou *shame* neste texto, vide a nota de rodapé 10.

4. Todas as traduções foram realizadas pelos autores.

forma de imposição direta de pena que se aplica a *shame*, mas também como resultado de uma negociação do particular com o poder público; vii) os potenciais riscos dessa sanção; viii) as finalidades distintas que ela poderá almejar; ix) comentário sobre a sanção de *shame* na sociedade brasileira.

O recorte mais importante é que não se dedica este texto ao estudo da sanção de *shame* para as pessoas físicas, haja vista existirem questões muito diferentes a serem exploradas se o destinatário que recebe a sanção de *shame* é uma pessoa natural.[5] Ressalve-se, ademais, este artigo não se destina a analisar os eventuais reflexos da mera tramitação pública de processos penais ou cíveis ou procedimentos administrativos e investigações na imagem sociocorporativa ou reputação de pessoas jurídicas, pois isso não é a sanção jurídica em si. Como um efeito natural da simples existência de processos, ele somente poderia ser suplantado se os processos não existissem e, por ser assim, esse exame foge ao âmbito jurídico e se aproxima mais do antropológico ou sociológico amplo.[6] Em outras palavras, a sanção de *shame* que se pretende estudar neste texto pressupõe o prévio reconhecimento da prática ilícita pelo Estado, seja de forma adjudicatória, após o exercício do contraditório em uma ação judicial ou procedimento administrativo, seja consensual, após acordo entre o Estado e a pessoa jurídica transgressora.

O método de pesquisa escolhido é a revisão da bibliografia estrangeira especializada em pesquisa teórica e empírica sobre as sanções de *shame*, cujo funcionamento é aparentemente pouco explorado na literatura criminal brasileira.

2. O que é *shame*?

O ser humano costuma ser definido em razão de uma característica que lhe é peculiar: a autoconsciência. Aponta-se que os homens – em conjunto, isto é, a civilização humana – apresentam também a capacidade de empreender esforços

5. É no ponto em que se debate a punição de pessoas naturais com o método *shaming* que se veiculam as mais fortes críticas a ele. Todas ligadas à humilhação desproporcional que poderia ser infligida à pessoa, o que avilta sua dignidade humana. Há sim muitos riscos envolvidos na utilização das sanções de *shame* para pessoas físicas; não que essa opção deva ser de pronto esquecida, mas seu campo de aplicação é muito mais seguro quando se trata de grupos e de entidades abstratas como Estados e empresas (JACQUET, Jeniffer. 'The power of shame is that it can be used by the weak against the strong'. In: *TheGuardian.com*, Society, Interview by Zöe Corbin on March 6th 2015. Disponível em: [www.theguardian.com/books/2015/mar/06/is-shame-necessary-review]. Acesso em: 27.11.2017).

6. No primeiro parágrafo do item 6 esse assunto é novamente mencionado.

sincronizados em razão das mesmas convicções e objetivos e que tal peculiaridade seria uma das principais razões pelas quais representam a espécie dominante no planeta.[7] Mas há outra característica exclusivamente humana que, apesar de menos divulgada, está intimamente relacionada com esses dois fatores: o sentimento de degradação provocado pela reprovação daqueles com os quais se convive (a vergonha, ou *shame*).

A vergonha é um termo polissêmico, conforme evidenciam as definições contidas no verbete do dicionário Aurélio: i) desonra humilhante; opróbrio; ignomínia; ii) sentimento penoso de desonra, humilhação ou rebaixamento diante de outrem; iii) sentimento de insegurança provocado pelo medo do ridículo, por escrúpulos etc., timidez, acanhamento; iv) pudor; v) ato, atitude, palavras etc., obscenos, indecorosos e/ou vexatórios; vi) sentimento da própria dignidade, brio, honra.[8]

No idioma português, chama-se "vergonha" o sentimento que afeta muitas pessoas quando simplesmente expostas a um desconhecido ou a um grupo maior de pessoas, independentemente da efetiva realização de juízo negativo – ou positivo[9] – por parte desses observadores. Não é esse sentido de vergonha que interessa

7. HARARI, Yuval Noah. *Sapiens* – uma breve história da humanidade. Trad. Janaína Marcoantonio. 26. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017. p. 28-48. O autor informa que parte relevante da cultura e da condição humana é baseada na fofoca, que está diretamente relacionada à reputação. Jacquet concorda, explicando que, conforme pesquisas, a fofoca ocupa cerca de 2/3 da conversação humana e, assim, é uma das mais eficazes categorias de *shaming* (JACQUET, Jennifer. *Is shame necessary?* New uses for an old tool. New York: Vintage Books, 2016. p. 17). Mas "a característica verdadeiramente única da nossa linguagem [...] é a capacidade de transmitir informações sobre coisas que não existem. Até onde sabemos, só os *sapiens* podem falar sobre tipos e mais tipos de entidades que nunca viram, tocaram ou cheiraram" (HARARI, Yuval Noah. *Sapiens*... Op. cit., p. 32). Um dos exemplos dessa afirmação que o autor explora em todo o livro é o das grandes empresas, que não existem de fato, mas cujas ações e suas consequências são reais e, por isso, são entidades que se sujeitam às leis dos homens.
8. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Coord. Marina Baird Ferreira e Margarida dos Anjos. 4. ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009.
9. Conforme mencionado por La Taille, "o rubor pode subir às faces de alguém que está sendo objeto da atenção de uma platéia, mesmo que essa atenção seja motivada pelo elogio, pelo recebimento de um prêmio, portanto acompanhada de um juízo positivo, de admiração e aprovação. E, nesses casos, o feliz/infeliz sujeito objeto da atenção pode experimentar dois sentimentos em geral considerados opostos: o orgulho (de estar sendo homenageado) e a vergonha (de estar sendo exposto)". In: LA TAILLE, Yves. O sentimento de vergonha e suas relações com a moralidade. *Revista Psicologia*: reflexão e crítica, 15 (1), 2002. p. 18.

ao presente exame, mas sim o dos juízos negativos que decorrem – ou, pelo menos, deveriam decorrer – do reconhecimento pelo Estado (e pela sociedade) da prática de ilícitos, o qual, para evitar confusões semânticas, será designado nesse trabalho exclusivamente como *shame* ou *shaming*.[10]

Assim, se no que interessa ao presente estudo a sanção de *shame* relaciona-se com os juízos negativos que podem decorrer de práticas ilícitas em um Estado democrático de Direito, é fundamental perceber que esses "juízos" não são apenas aqueles realizados por terceiros, os "juízos alheios", mas também consistem em "julgamento próprio". Se, por um lado, conforme destacado por Yves de La Taille, a dimensão do "juízo alheio" fica bastante evidente em algumas conceituações de vergonha – como a de Spinoza, segundo a qual "a vergonha é a tristeza que acompanha a ideia de alguma ação que imaginamos censurada pelos outros" – a sanção de *shame* também "pressupõe um controle interno: quem sente vergonha julga a si próprio".[11]

Conforme revela a pesquisa de Carl. D. Schneider, o sentimento de *shame* é natural e indissociável da condição humana, seja individualmente, seja socialmente. "*Shame* não é uma doença", afirma o autor: "é uma marca da nossa humanidade". Ocorre que esse sentimento está intimamente ligado à conscientização coletiva do que é certo e errado em determinada época, local e cultura. Uma pessoa sozinha no mundo seria capaz de experimentar esse sentimento de reprovação ligado à sua reputação?[12] Imaginar uma sociedade sem o uso ou sem o funcionamento

10. Se no idioma inglês a vergonha que decorre de uma simples exposição recebe o nome de *embarassment,* a vergonha relacionada com juízos negativos (públicos ou particulares) é traduzida por *shame*. Assim, neste texto, opta-se por, doravante, empregar a expressão inglesa *shame* ou *shaming* sem a correspondente tradução, em virtude de que, no original, é mais fiel ao sentido que se pretende analisar do termo, mais ligado aos juízos negativos que decorrem de um fato reprovável (*shaming*, *shame on you*!, *ain't that a shame*?), os quais não possuem tradução ideal em português.

11. LA TAILLE, Yves. *O sentimento*... Op. cit., p. 17.

12. As sanções devem ter como fundamento básico a violação de regras sociais. E, conforme demonstrou Wittgenstein, tais regras somente existem quando são seguidas continuamente, como um costume; de modo que "seguir uma regra é um hábito" (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. Marcos C. Montagnoli. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 112-113). Conforme explica, "'seguir a regra' é uma prática. E *acreditar* seguir a regra não é: seguir a regra. E por isso não se pode seguir a regra 'privatim', porque, do contrário, acreditar seguir a regra seria o mesmo que seguir a regra" (WITTGENSTEIN, Ludwig. Op. cit., p. 112, destaque nosso), o que são coisas evidentemente distintas. Daí o exemplo, de Grayling, de que "não pode haver um Robinson Crusoé que

desse mecanismo (exercício normalmente feito por conservadores radicais) é representar uma "humanidade aleijada".[13] Os claros efeitos da sujeição à exposição negativa significa que todos os seres humanos são a ela vulneráveis.

Destarte, enquanto as penas de prisão e detenção penalizam o agressor privando-o de sua liberdade de ir e vir, total ou parcialmente (a depender do regime de pena), a sanção de *shame* atinge a reputação do agente transgressor.[14] "*Shaming* é uma expressão de reprovação que pode ser transmitida por uma infinidade de formas culturais verbais e não verbais" e suas formas mais eficazes são aquelas que se disseminam em comunidades interdependentes, como o mercado, a família, os amigos, os vizinhos etc.[15]

Há exemplos cotidianos de como o método da sanção de *shame* é utilizado constantemente pela civilização humana. Entre eles, é possível citar a buzina, que, em veículos automotores (e inclusive nos de propulsão humana, como bicicletas, patinetes etc.), cumpre a função de advertência, para evitar acidentes[16], mas, frequentemente, assume também a finalidade implícita de reprovar condutores que estejam infringindo alguma norma de conduta (no mais das vezes, o condutor que desrespeita a lei de trânsito, já que produz o risco de causar acidentes). Nesse sentido, e de acordo com Eric Posner, "*shaming* é uma forma de controle social. Ela ocorre quando uma pessoa viola as normas da comunidade e

---

formule e depois observe certa lei, pois [...] ele pode *pensar* que o estava fazendo, mas não tem nenhum meio de verificação. Se alguém está seguindo uma regra ou não depende da disponibilidade de critérios públicos para o ato de ele fazê-lo" (GRAYLING, A. C. *Wittgenstein*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002. p. 107, destaque nosso). Ou seja, quando se é só no mundo, o seguimento de regras não é verificável, pois não há sociedade e, consequentemente, não haveria sentido em se discutir a ideia de reputação e, consequentemente, sanções com base em *shame*.

13. SCHNEIDER, Carl D. *Shame, exposure and privacy.* Boston: Beacon Press, 1977 (reimpresso em 1992). p. xviii-xix. Todas as traduções da presente pesquisa foram realizadas pelos autores. Por brevidade, haja vista a quantidade de obras consultadas, deixa-se de transcrever as redações originais.
14. SKEEL JR., David. Shaming in corporate law. In: *University of Pennsylvania Law Review* – Legal Scolarship Repository, v. 149, 2001. p. 1814. Disponível em: [scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol149/iss6/6]. Acesso em: 01.12.2017.
15. BRAITHWAITE, John. Criminological theory and organizational crime. *Justice Quarterly*, Academy of Criminal Justice Sciences, v. 6, n. 3, Sep./1989. p. 340. Disponível em: [www.academia.edu/18248232/Criminological_Theory_and_Organizational_Crime]. Acesso em: 12.12.2017.
16. Lei 9.503/97, art. 41, I.

outras pessoas respondem a isso criticando-a publicamente, evitando-a ou relegando-a ao ostracismo".[17]

Constatou-se que, frequentemente, a sanção de *shame* causa uma dor mais profunda em seu alvo do que a culpa. A sensação de degradação pessoal e perante os outros é normalmente mais forte do que a ideia pura e simples de ter feito algo errado.[18] Mas não se trata, aqui, de explorar a natureza humana ou psíquica desse sentimento ligado à *shame*, sua origem ou seus efeitos no indivíduo que a experimenta, mas, sim, de investigar seu uso como forma de responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de crime – para o que é fundamental a relação que as pessoas físicas têm com a imagem simbólica cultivada pelas empresas. Tal imagem sociocorporativa é o alvo principal da sanção com o método *shame*.

Até mesmo no amplo cenário das relações internacionais a prática do *naming and shaming* (algo como revelar o autor do fato e expor a público sua conduta reprovável) tem sido objeto de reanálise e renovada esperança. A coletânea de artigos organizada por H. Richard Friman[19] explora casos concretos em várias áreas de grande relevância política como direitos humanos, lavagem de dinheiro, drogas, mercado financeiro global e responsabilidade empresarial, demonstrando como a prática do *shaming* tem sido uma poderosa arma dos mais fracos contra poderosas instituições como governos, organizações e grandes corporações multinacionais – que mudaram seus comportamentos ilegais após exposições bem-sucedidas. Trata-se de uma ferramenta simples e acessível, que a *Internet* disponibiliza a quase todos os cidadãos do planeta e que tem sido empregada com sucesso por grupos ativistas.

Um dos artigos dessa coleção lembra com detalhes a eficaz campanha contra a exploração de diamantes que financiava a guerra em Angola desde o final do século XX até o início do século XXI. Publicidade bem feita por grupos especializados foi precedida de investigações *in loco*, entrevistas com a população, obtenção de documentos, registros fotográficos e vídeos. Criaram vocabulário próprio para evidenciar a rejeição social do produto ("diamantes de sangue"); divulgaram fotos de crianças guerrilheiras; expuseram o lucro gigantesco obtido

17. POSNER, Eric. A Terrible Shame – Enforcing moral norms without the law is no way to create a virtuous society. In: *Slate.com*, April 9th 2015. Disponível em: [www.slate.com/articles/news_and_politics/view_from_chicago/2015/04/internet_shaming_the_legal_history_of_shame_and_its_costs_and_benefits.html]. Acesso em: 27.11.2017.
18. JACOBY, Mario. *Shame and the origins of self-esteem*. London: Routledge, 1996. p. 2-3.
19. FRIMAN, H. Richard (Ed.). *The politics of leverage in international relations*: name, shame, and sanction. New York: Palgrave Macmillan, 2015.

pela DeBeers às custas de milhares de vidas e, poucos anos mais tarde, a atenção do mundo voltou-se a essa situação. Políticos de vários países passaram a defender a "limpeza" dos diamantes e leis que proibiram importação de pedras daquela região foram publicadas.[20] Tais pesquisas indicam que, de modo geral, grandes corporações têm sido alvos comuns de exposições públicas de denúncias de seus consumidores e de entidades de fiscalização, o que tem sido eficaz para provocar mudanças no comportamento empresarial em geral.

3. Componentes de uma sanção de *shaming* e alguns de seus riscos

De acordo com o dicionário Black's Law[21], a sanção de *shaming* é uma sanção criminal destinada a envergonhar um condenado e alertar o público sobre a condenação do agressor. Um aspecto fundamental dessa sanção é, portanto, a informação, o conhecimento que é dado à comunidade da qual o agressor faz parte acerca do ilícito que foi por ele praticado. Há basicamente três diferentes grupos envolvidos na imposição de sanções de *shaming*: i) aquele que impõe a sanção (o Estado); ii) aquele é alvo da sanção (o condenado); iii) a comunidade que assiste à sanção aplicada, que toma conhecimento acerca do ato ilícito e de seu autor.

As sanções de *shame* tendem a funcionar melhor quando o infrator sancionado pertence e convive em uma pequena comunidade, sendo mais complexa tal forma de punição em uma coletividade difusa e plural como a contemporânea. Tal complexidade pode ser minimizada com a publicização de anúncios criativos e efetivos, geralmente mais fáceis de serem obtidos na via negociada do que na via imposta – como relata a experiência estrangeira.[22] Três principais aspectos devem ser levados em consideração na aplicação de sanções de *shame*: i) o conteúdo da mensagem que será veiculada; ii) a forma como ela será transmitida; iii) o período pelo qual a divulgação será realizada.

Fisse e Braithwaite argumentam que a publicidade adversa seria especialmente eficaz para empresas menores, as quais não teriam receita suficiente para

20. HAUFLER, Virginia. Shaming the shameless? Campaign against corporations. In: FRIMAN, H. Richard (Ed.). *The politics of leverage in international relations*: name, shame, and sanction. New York: Palgrave Macmillan, 2015. p. 185-200.

21. GARNER, Bryan A. (Editor in Chief). *Black's Law Dictionary*. 8. ed. St. Paul-MN, Thomson West, 2004. p. 1368-1369.

22. ANDRIX, Joshua. Negotiated shame: an inquiry into the efficacy of settlement in imposing publicity sanctions on corporations. In: *Cardozo Law Review*, v. 28:4, 2007. p. 1885.

reconstruir sua imagem rapidamente por meio de publicidade dirigida ou para repassar as perdas financeiras aos seus clientes. Afirmam, ainda, que apesar de haver crimes sofisticados que frequentemente não são adequadamente compreendidos pelo grande público (lavagem de dinheiro, fraudes no mercado de ações, crimes cambiais etc.), a publicidade, se for simples e objetiva, pode sim transmitir a censura necessária dentro de limites constitucionais, que produza impacto moral negativo na imagem da corporação e sobre delitos menos conhecidos do público.[23]

O conteúdo da mensagem a ser publicada é extremamente importante. Muitas vezes, as corporações buscam celebrar acordos com o Ministério Público nos quais não reconhecem culpa, mas se comprometem a pagar grandes quantias ao Estado para simplesmente fazer cessar investigações e os efeitos negativos que delas podem advir, como: a descoberta de novos ilícitos; a publicidade negativa que decorre do simples fato da corporação ser alvo de uma investigação; a incerteza no tocante ao valor de suas ações no mercado, haja vista as inseguranças que a investigação traz para estimativas de seu valor no mercado etc. A mensagem sempre deve ser clara, não abusiva e corresponder ao atual sentimento de rejeição social do grande público para ser efetiva – seja quando imposta diretamente pelo Estado, seja quando decorrente de acordo.

Atualmente, com o reforço da *Internet* – especialmente das redes sociais –, a sociedade dispõe de mecanismos ágeis e de amplo alcance de divulgação de informações relevantes sobre atos ilícitos e crimes.[24] Lipovetsky e Serroy traduzem esse dinamismo com a expressão "tela-mundo", afirmando que

23. FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John. *The impact of publicity on corporate offenders*. Albany: State University of New York Press, 1983. p. 237-239.

24. Vide, a propósito, a interessante pesquisa de Jon Ronson (RONSON, Jon. *So you've been publicly shamed*. New York: Riverhead Books, 2016). Ele conduziu extenso levantamento em que conheceu pessoas que sofreram exposição negativa em redes sociais, especialmente no *Twitter*. O primeiro dos relatos, inclusive, é de um caso que foi protagonizado pelo próprio autor, que demonstra haver, tanto nas manifestações no mundo virtual quanto na prática de crimes em geral, uma tendência de que as pessoas abusem de seus direitos, intencionalmente ou irresponsavelmente, diante da impressão de estarem ocultos ou não imediatamente vulneráveis à exposição. Ronson provou que essa impressão é falsa ao mesmo tempo em que advertiu ao público de que condutas moralmente reprováveis (ainda que não sejam crimes) podem ser adequadamente (e inadequadamente) censuradas pela sociedade pelo mecanismo da *shame*. Tal resultado não é incompatível com a exposição pública de condutas ilícitas de pessoas jurídicas.

> [...] a época hipermoderna é contemporânea de uma verdadeira inflação de telas. Nunca o homem dispôs de tantas telas não apenas para ver o mundo, mas para viver sua própria vida. E tudo indica que o fenômeno, sustentado pelas proezas das tecnologias *high-tech*, vai se estender e se acelerar ainda mais.[25]

Com razão os autores: a tendência é que o "homem de hoje e de amanhã" esteja cada vez mais ligado "por seu computador e celular" a esse "conjunto de telas" que está no "centro de uma rede cuja extensão marca os atos de sua vida cotidiana".[26] Para essa realidade (presente e futura), portanto, a sanção de *shame* apresenta uma compatibilidade perfeita.

Essa modalidade de consequência jurídica para condutas reprovadas pela sociedade e pela lei oferece duas grandes vantagens em relação a sanções meramente monetárias: primeiro, as empresas não poderão se programar para pagar o que lhe for imposto ou simplesmente repassar os custos a seus consumidores; segundo, a ameaça de publicidade prejudicial em grande escala (às vezes, até internacional) provê motivação para que todas as empresas e mercados mudem rapidamente seus comportamentos antiéticos e passem a procurar adotar boas práticas para, com isso, construir uma imagem sólida compatível com as expectativas da sociedade (local e global).[27] Adimplir com a legislação pode ser muito menos custoso do que mascarar o ilícito.

Os gatilhos por meio do qual se divulgam as mensagens públicas que executam o procedimento de *shame* na corporação transgressora não podem ficar ativados por tempo indeterminado. Por exemplo, uma sanção de *shame* para uma pessoa jurídica que foi condenada pela prática de atos de corrupção pode ser a sua inscrição em uma lista pública de "empresas corruptas", mas a manutenção do nome da empresa na lista não pode ser algo eterno. O decurso de tempo, que pode ser maior ou menor a depender da repercussão ou da gravidade da conduta e do comportamento da empresa após o ilícito, deverá permitir que o nome da empresa seja retirado da lista. Nenhuma sanção pode ser perpétua.

25. LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *A tela global* – mídias culturais e cinema na era hipermoderna. Porto Alegre: Sulina, 2009. p. 255.
26. LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *A tela global*... Op. cit., p. 256.
27. CURCIO, Andrea A. Painful publicity – an alternative punitive damage sanction. In: *DePaul Law Review* – DePaulo University, v. 45, Rev. 341, issue 2, Winter 1996. article 4. p. 392. Disponível em: [via.library.depaul.edu/law-review/vol45/iss2/4]. Acesso em: 29.11.2017.

Skeel Jr. entende que há, sim, riscos de que uma sanção de *shaming* gere rejeição muito grande contra o agente criminoso, ao ponto de ele sofrer uma consequência desproporcional ao seu fato. No entanto, afirma que esse risco, além de discutível, varia muito conforme o crime em si, a modalidade de *shame* e a forma de sua execução, de modo que, considerando-se os seus benefícios em relação às penas pecuniárias e às de prisão, não se pode abandonar as penas de *shame* por conta de tal possível problema – que também não é exclusivo desse método de responsabilização.[28]

Nesse sentido, e justamente para se salvaguardar dos riscos de abusos no uso do método *shaming* – os quais são detalhadamente expostos no trabalho de Massaro (mais voltado às pessoas físicas, mas também em parte aplicáveis às empresas)[29] – Skeel Jr. sugere que haja uma padronização das respectivas sanções não apenas no tocante ao tempo, mas também com relação aos espaços de divulgação, custos e, inclusive, regras sobre os textos que poderiam ser utilizados publicamente.[30]

Não se pode desconsiderar, contudo, que, se de um lado a padronização possibilita a mitigação de alguns riscos na aplicação de sanções de *shame*, ela pode proporcionar, de outro lado, rigidez excessiva que compromete demasiadamente sua utilidade e eficácia. Com efeito, a adoção de textos e fórmulas rígidas é sugestão contrária à recomendação de se dedicar o máximo de cautela e reflexão à individualização da redação do texto que será publicizado para que ele se ajuste às peculiaridades do caso concreto, seja no tocante ao infrator, à infração ou à comunidade que será informada.

É fundamental, logo, que tal sanção (sua forma e meios) seja objeto de criteriosa análise prévia. Assim serão consideravelmente minimizados, ao mesmo tempo, os riscos de se impor sanção demasiadamente leve ou desnecessariamente nociva à empresa e os riscos de torná-la inútil.[31]

---

28. SKEEL JR., David. *Shaming*... Op. cit., p. 1820.
29. MASSARO, Toni. Shame, culture, and American criminal law. In: *Michigan Law Review*, v. 89:1880, June/1991. Igualmente cético sobre as penas de *shaming*, tecendo críticas às conclusões de Dan Kahan, vide: OWENS. John. Have we no shame?: thoughts on shaming, "white collar" criminals, and the federal sentencing guidelines. In: *American University Law Review*, v. 49, iss. 5, article 2, Aug/2001. Disponível em: [digitalcommons.wcl.american.edu/aulr/vol49/iss5/2]. Acesso em: 05.12.2017.
30. SKEEL JR., David. *Shaming*... Op. cit., p. 1863.
31. "*Shaming* não pode ser muito leve ou muito rigorosa, muito breve ou permanente, usada muito pouco ou com muita frequência" (JACQUET, Jennifer. *Is shame necessary?* New uses for an old tool. New York: Vintage Books, 2016. p. 173).

Interessante destacar, nesse ponto, que as sanções de *shame* não precisam necessariamente ser decididas – ou impostas – unilateralmente. É possível que elas não decorram de uma imposição adjudicada pelo Poder Judiciário ou por uma instância decisória administrativa, mas de uma opção negociada e pactuada entre o Estado e a corporação infratora.[32] As sanções de *shame* negociadas têm a vantagem de permitir que as partes, na busca do consenso[33], mitiguem problemas que decorreriam da imposição estatal direta das sanções aplicáveis.[34] Justamente por serem sanções negociadas, elas podem produzir publicações mais criativas, efetivas e apropriadas do que aquelas formulados diretamente por juízes e tribunais, que são mais formais e, via de regra, limitam-se apenas à divulgação da sentença condenatória ou de um pedido superficial de desculpas.[35] Além disso, durante as fases de negociação e de acordo, a empresa poderá se preparar para melhorar, futuramente, sua imagem com publicidade adicional, de forma a se reintegrar com a comunidade.[36]

De fato, os efeitos da sanção de *shame* são superáveis pelas empresas, tenha sido ela aplicada de forma unilateral ou consensual. Isso não significa que tais sanções sejam pouco rigorosas, mas sim, que são aceitáveis. A eficiência desse método punitivo não exige que se provoquem resultados indeléveis ou extremamente longos – não se exige isso também das multas ou da prisão. O impacto negativo da publicidade é para ser temporário[37], e cada caso definirá a duração mais adequada.

32. Embora não seja isenta de controvérsias, bem como relativamente nova no Brasil, a possibilidade de negociação e transação de sanções penais entre as partes está reconhecida expressamente no ordenamento jurídico brasileiro e já foi julgada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Enquanto via alternativa e eficiente para a resolução de conflitos, essa nova realidade do *direito penal negocial* vem sendo cada vez mais utilizada no Brasil. Por intermédio da celebração de acordos de leniência entre o Estado e as pessoas jurídicas transgressoras é que resta instrumentalizada a execução de sanções negociadas, inclusive sanções de *shame*. Entre os diplomas normativos que autorizam a celebração de tais acordos merecem destaque a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) e a Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.259/2011, art. 35). No sentido da viabilidade de acordos em matéria de direito público, vide o art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com redação dada pela Lei 13.655/2018.
33. Muitas vezes, a perspectiva de um longo processo e julgamento público e a publicidade negativa que dele poderia advir para a empresa incentivam a corporação a buscar a composição dos danos que causou por intermédio de um acordo.
34. ANDRIX, Joshua. *Negotiated shame*… Op. cit., p. 1861.
35. ANDRIX, Joshua. *Negotiated shame*… Op. cit., p. 1877.
36. ANDRIX, Joshua. *Negotiated shame*… Op. cit., p. 1886.
37. FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John. *The impact*… Op. cit., p. 227-229.

4. *Shaming* para pessoas jurídicas: uma alternativa às sanções pecuniárias

Whitman argumenta que "empresas nunca poderiam sentir a emoção da vergonha"[38] – o que indica que, para ele, tais sanções seriam ineficazes para corporações em geral. Todavia, o que se busca atingir com essa forma de reprovação das empresas não é uma imaginada "autoimagem" que elas teriam delas próprias, mas a imagem que a sociedade faz delas; isto é, sua reputação, sua identidade social criada e preservada por pessoas físicas e para elas. O fato de que a empresa em si não sente emoções, na realidade, é uma grande vantagem da sanção de *shame* no combate ao crime praticado por corporações em relação aos crimes perpetrados por pessoas físicas.

A responsabilização com o método de *shaming* para a pessoa jurídica é especialmente eficaz diante da natureza dela – uma entidade que pode, por lei, agir como uma pessoa individual diferente de seus sócios ou acionistas e existir indefinidamente, gozando de uma espécie de imortalidade normativa.[39] As corporações são alvos mais fáceis de sentimentos negativos precisamente por não serem pessoas humanas[40] e por não sentirem os dissabores emotivos da humilhação. Daí a maior eficácia desse método especialmente para o controle social da criminalidade de empresas.

A adoção do impacto na reputação das empresas como forma de sua responsabilização permite efeitos mais duradouros, amplos e eficientes no combate ao crime corporativo. A redução do prestígio da pessoa jurídica não pode ser repassada aos clientes e consumidores, tal como ocorre com as sanções puramente financeiras.[41]

A grande maioria dos autores que estudam a pena de *shame* parte da crítica às penas pecuniárias como principal opção de punição. Primeiro, porque muitos condenados não podem pagar a multa; segundo, porque aqueles que podem pagá-la muito provavelmente transferirão os custos para seus clientes. Além disso,

38. WHITMAN, James Q. What is wrong with inflicting shame sanctions? In: *Yale Law School Legal Scholarship Repository,* Faculty Scholarship Series, paper 655, 01.01.1998. Disponível em: [digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers]. Acesso em: 06.02.2018. p. 1066.

39. ANDRIX, Joshua. Negotiated shame: an inquiry into the efficacy of settlement in imposing publicity sanctions on corporations. In: *Cardozo Law Review,* v. 28:4, 2007. p. 1858.

40. ANDRIX, Joshua. *Negotiated shame*... Op. cit., p. 1889.

41. GRUNER, Richard S. Beyond Fines: Innovative Corporate Sentences Under Federal Sentencing Guidelines. In: *Washington University Law Review,* v. 71, issue 2 (*corporate sentencing*) jan. 1993. p. 322. Disponível em: [openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol71/iss2/3]. Acesso em: 28.11.2017.

mesmo quando a multa possa ser um castigo efetivo, a opinião pública pode exigir que o condenado pague por seus crimes com mais do que apenas dinheiro.[42]

As tradicionais formas de sancionar pessoas jurídicas, como as multas, falham por não comunicar adequadamente a desaprovação pública pelo comportamento criminoso, contexto no qual as sanções de *shame* figuram como uma alternativa de maior rendimento teórico e prático, pois transmitem de forma indubidosa a reprovabilidade do comportamento da pessoa jurídica transgressora, contribuindo para otimizar a eficácia do ordenamento repressor, já que não se comunica mais a ideia de impunidade.

Fisse e Braithwaite – possivelmente os maiores estudiosos do tema – empreenderam extensa pesquisa empírica (consistente basicamente em entrevistas objetivas com dezenas de executivos) sobre 17 casos de crises enfrentadas por empresas multinacionais[43] envolvendo a opinião pública. Eles examinaram os efeitos que a divulgação dos atos ilícitos praticados no seio da corporação causaram para ela e seus funcionários. A conclusão, no mesmo sentido da de outros autores, foi a de que "a inflição da perda de prestígio por meio da publicidade adversa ordenada pelo Judiciário pode ser uma arma mais potente" contra o crime corporativo do que as multas e prisões em geral.[44]

Pessoas jurídicas não podem ser alvo de prisões, motivo pelo qual a sanção de *shame* para corporações talvez seja aquela que mais pode vir a lhes afetar diretamente. O mesmo não acontece em relação às multas, que, depois de aplicadas às corporações, podem ser simplesmente por elas externalizadas aos consumidores. Assim, se uma corporação pode não se sensibilizar com base nas possíveis multas que lhe podem ser impostas em decorrência da prática de crimes, o mesmo não acontece quando é a sua reputação que está em jogo.

Nesse contexto, conforme explica Kahan, as sanções de *shame* emergem como grandes rivais das penas pecuniárias clássicas, pois elas expressam reprovação moral de forma mais apropriada[45] e é isso que torna o controle social da crimi-

42. MASSARO, Toni. Shame, culture, and American criminal law. In: *Michigan Law Review*, v. 89:1880, June/1991. p. 1882.

43. Empresas como: General Motors, Ford, Coca-Cola, Sharp, Lockheed, Exxon, General Electric e IBM.

44. FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John. *The impact*… Op. cit., p. 2-3.

45. KAHAN, Dan. What do alternative sanctions mean? In: *Yale Law School* – Yale Law School Legal Scholarship Repository, Faculty Scholarship Series, paper 114, 63:591, 01.01.1996. p. 635. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/114]. Acesso em: 30.11.2017.

nalidade mais eficaz quanto ao seu aspecto preventivo. Esse é o ponto de maior relevo quando se trata de punir empresas, já que sanções pecuniárias, em geral, não expressam a ideia de condenação suficiente e apresentam parco efeito pedagógico.

A pena de multa tem seu alcance e eficácia muito limitados quando se trata de pessoa jurídica. Deve haver mecanismos legais que permitam opções de sanções diversas sempre que se possa vislumbrar ser contraproducente a pena pecuniária. Consequências ligadas à exposição pública da empresa podem otimizar a sua reabilitação ao garantir que seus integrantes e a sociedade entendam a seriedade do ilícito praticado – e ainda evitar os malefícios ao futuro econômico da empresa derivados de multas muito altas.[46]

Ademais, as sanções de *shaming* são bem menos custosas ao Estado, em geral, e "extremamente eficazes para regular comportamento e moldar preferências precisamente porque o prospecto de uma permanente perda de status é muito amedrontador".[47] Por resultarem em publicidade negativa à empresa, podem induzi-la a rapidamente buscar conformar sua conduta dentro de novos e melhores padrões de atuação de forma a justificar publicidade positiva no curto prazo[48], bem como podem ser endereçadas até mesmo a pessoas jurídicas que não são – ou estão – economicamente fortes[49], a exemplo de empresas em recuperação judicial.

5. Publicidade adversa e outras sanções de *shaming* para pessoas jurídicas

As sanções de *shaming* não estão previstas em grande quantidade nas legislações contemporâneas. Muitos dos defensores desse método de castigo demandam o acréscimo de opções em lei para sancionar mais adequadamente a criminalidade das corporações.[50]

As *Sentencing Guidelines* dos EUA, em seu § 8D1.4., permitem que o Judiciário determine que a empresa pague uma publicação na mídia (publicidade adversa) – que será feita seguindo as exigências da decisão – que divulgue a natureza

46. GRUNER, Richard S. *Beyond Fines*… Op. cit., p. 325.
47. KAHAN, Dan. *What do alternative*... Op. cit., p. 646.
48. ANDRIX, Joshua. *Negotiated shame*… Op. cit., p. 1867.
49. ANDRIX, Joshua. *Negotiated shame*… Op. cit., p. 1868.
50. ANDRIX, Joshua. *Negotiated shame*… Op. cit., p. 1860.

do ilícito, o fato por ela praticado, a sanção recebida e todos os passos que serão adotados para prevenir novos ilícitos no futuro (como a instituição ou a otimização de um programa de *compliance*, p. ex.). Como as empresas não podem ser privadas da liberdade de ir e vir, tal sanção é tratada nos EUA como *probation* – algo como um período de supervisão pública imposta pelo Estado, sujeitando o condenado a cumprir determinadas condições por tempo certo. Se o crime for grave (*felony*), o tempo de *probation* não será menor do que um ano. Em todo caso, não passará de cinco anos (§ 8D1.2.). Na prática, em que pese se chame *probation*, trata-se de uma autêntica forma de punição das empresas (como as multas, reparação do dano e serviços comunitários).

Mesmo quando seja prevista em lei como condição de um período de provas (*probation*) ou como cláusula em um acordo (*plea agreement*), Andrea Curcio pondera que a sanção de publicidade adversa pode ser considerada uma verdadeira sanção de reprovação, já que atua no nível das preocupações com a reputação da empresa com a precípua finalidade de incrementar a prevenção da criminalidade corporativa.[51] Para Hugh Curtler, a sanção de publicidade adversa ganha tanto em rendimento prático quanto moral se comparada às multas ou prestações de serviços, especialmente porque "corporações são não apenas sujeitos intencionais", como também "pessoas morais" que "podem ser estigmatizadas" como as pessoas físicas o são.[52] Vicente Martínez explica que também a publicidade da própria sentença é uma consequência aplicável tanto a pessoas jurídicas quanto físicas e que promove uma grande perda de prestígio que pode levar a reações negativas de clientes e, com isso, a perdas financeiras consideráveis. Trata-se de afetar a estima social do agente em relação ao seu público consumidor, restringindo sua interação no mundo econômico e provendo satisfação às vítimas.

No Código Penal espanhol, a publicação da condenação (que não é propriamente uma pena criminal, mas uma forma de compensação civil) é cabível para crimes relativos à propriedade intelectual e industrial, crimes contra consumidores, alguns delitos praticados por servidores públicos e crimes contra a honra

51. CURCIO, Andrea A. Painful publicity – an alternative punitive damage sanction. In: *DePaul Law Review* – DePaulo University, v. 45, Rev. 341, issue 2, Winter 1996. article 4. p. 361-362. Disponível em: [via.library.depaul.edu/law-review/vol45/iss2/4]. Acesso em: 29.11.2017.

52. CURTLER, Hugh. *Shame, responsibility and the corporation*. New York: Haven, 1986. p. 53.

e se dará em veículo oficial ou não conforme o caso. Esse tipo de sanção também é praticada na França[53] e na Itália.[54]

Como se pode notar, a sanção de *shaming* mais comum para corporações é a da publicidade adversa (imposta ou decorrente de acordo), por meio da qual o Judiciário determina que a empresa condenada divulgue a sua própria condenação para setores econômicos e/ou sociais relevantes utilizando-se de mídia específica, geralmente contendo algum texto adicional sinalizando arrependimento e próximos passos para as melhorias a serem feitas. Andrix noticia que, em seu acordo com o Ministério Público (*plea agreement*), a Norwood Industries Inc. teve que cumprir condições como a confissão de que havia intencionalmente violado a lei que regulava as emissões de gases em um jornal de grande circulação e em outro periódico de viés corporativo, bem como conduzir seminários para outras empresas sobre a necessidade de respeito à legislação em questão.[55] A publicidade adversa, normalmente custeada pelo próprio condenado, pode produzir grande censura sobre a empresa, aumentando a fiscalização do público e das autoridades sobre a intolerabilidade de seu comportamento – o que realiza uma prevenção evidente de novos delitos.[56]

A publicidade adversa potencializa os juízos negativos que recaem sobre o transgressor, inerentes à condenação, pela divulgação explícita e objetiva de seu status de condenado a um grande número de pessoas.[57] É possível a publicação em jornais impressos, televisivos, na *Internet* (especialmente em redes sociais) e inclusive em *outdoors*. Conforme Dan Kahan, contudo, a publicidade adversa está longe de ser a única espécie de sanção que pode ser viabilizada pelo método de s*haming,* merecendo destaque também as seguintes outras categorias: estigmatização literal, autodesvalorização e arrependimento.[58]

A estigmatização literal é o ato de estampar no próprio ofensor uma marca, frase ou símbolo de seu crime, que podem inspirar a sensação do ridículo e/ou do alerta a terceiros. Os sinais podem estar em camisetas, colares, braceletes, placas,

53. No Código Penal francês, art. 131-139, § 9º, está prevista a pena de divulgação, na imprensa, por qualquer meio viável, da condenação pelo crime praticado pela empresa.

54. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Sanciones y reparación en el derecho penal económico. In: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.). *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico*. Madrid: Colex, 2008. p. 210-212.

55. ANDRIX, Joshua. *Negotiated shame*… Op. cit., p. 1857-1858.

56. GRUNER, Richard S. *Beyond Fines*… Op. cit., p. 297.

57. KAHAN, Dan. *What do alternative*... Op. cit., p. 631.

58. Idem.

adesivos etc., tanto na pessoa do criminoso quanto em propriedades suas, como carros ou imóveis. Essa modalidade de sanção poderia vir a ser aplicada a pessoas jurídicas em seu patrimônio imóvel e móvel.

A autodesvalorização envolve cerimônias ou rituais oficiais de degradação pública do ofensor. Por exemplo: permitir que as vítimas de furto ingressem na residência do criminoso e tomem para si qualquer objeto que escolherem; obrigar o senhorio a morar por certo tempo em seu imóvel infestado de ratos, junto com seus inquilinos; ordenar que vândalos limpem e consertem toda a sua desordem[59] etc.

Por fim, as sanções de *shame* na modalidade arrependimento podem exigir que o autor do fato dê publicidade a suas próprias condenações, narrando em primeira pessoa as suas ações e se desculpando por elas. É uma espécie de combinação da estigmatização pública com a autodesvalorização.[60]

Outro mecanismo característico de *shaming* previsto nas *Sentencing Guidelines* dos EUA é o chamado *icon proceeding*, que consiste no poder concedido ao Judiciário de intimar o presidente de uma corporação (*Chief Executive Officer*) a comparecer pessoalmente perante a Corte para assumir sua responsabilidade e aceitar as sanções. Além de satisfazer a necessidade social de uma cerimônia de reprovação pelo crime praticado – pois o presidente da empresa a representa melhor, simbolicamente, do que qualquer outro diretor – essa simples formalidade pode proporcionar um efeito preventivo claro.[61] É de se cogitar se essa medida seria compatível com o cenário jurídico brasileiro, considerando-se questões ligadas aos poderes de representação da empresa e a liberdade de ir e vir do Executivo. Está aí mais uma possibilidade de debate.

---

59. O autor se preocupa em diferenciar a prestação de serviço comunitário comum como pena dessa espécie de *shaming*, que pode também obrigar, na prática, à prestação de serviços. Para ele, os serviços, por si sós, carecem de carga retributiva; por vezes não expressam a ideia da condenação moral necessária. Considera que o trabalho, isoladamente, é algo bom por natureza e seria, então, necessário atribuir aos serviços um aspecto de *shaming*, como sinais externos claros de que aquela pessoa está, naquele momento, sendo reprovada por sua conduta criminosa (KAHAN, Dan. *What do alternative*… Op. cit., p. 651-652).

60. As espécies e os exemplos das sanções de *shaming* constam na pesquisa de KAHAN, Dan. *What do alternative*… Op. cit., p. 631-634.

61. BARNARD, Jayne W. Reintegrative shaming in corporate sentencing. In: *College of William & Mary Law School*, William & Mary Law School Scholarship Repository – Faculty Publications, paper 312, 1999. p. 963-966. Disponível em: [scholarship.law.wm.edu/facpubs/312]. Acesso em: 30.11.2017.

O relevante impacto que medidas de *shaming* podem produzir no alto escalão de grandes corporações foi chamado de efeito "quem, eu?" por Barnard, fazendo alusão ao fato de que tais pessoas costumeiramente constroem uma autoimagem que estaria além do alcance da crítica e do escrutínio público – e isso tende a influenciar negativamente a qualidade da ética praticada dentro da empresa.[62]

6. Publicidade adversa e *shaming* no direito brasileiro

A circunstância de existir o processo judicial eletrônico no Brasil não torna desnecessária a publicidade adversa como forma de sanção. Primeiro, porque a regra fundamental da publicidade dos processos não se confunde com uma divulgação dirigida, detalhada e compreensível ao público acerca dos fatos ilícitos praticados por determinada empresa; segundo, porque, embora acessível a todos, na prática o processo não será acessado pela grande maioria da população – para isso, os veículos de informação com maior penetração em determinados setores socioeconômicos (inclusive com o apoio das redes sociais) são extremamente importantes, e eles são utilizáveis na publicidade adversa. Finalmente – e como se verá melhor no tópico 7 – a publicidade adversa pode conter obrigação de que a empresa custeie a divulgação por um tempo determinado, faça um pedido público de desculpas e explique à coletividade quais serão todas as medidas futuras que adotará para que tal ilícito não volte a ocorrer. Tal circunstância tem um caráter didático e instrutivo evidente que a mera existência de um processo público, por si só, jamais poderá rivalizar.

O ordenamento jurídico brasileiro já traz, de forma esparsa, algumas sanções pela via da publicidade adversa inspiradas na tradição do método *shaming*. E a área do direito brasileiro em que o método de *naming and shaming* primeiramente apareceu como forma de sanção de pessoas jurídicas no Brasil foi no Direito Econômico, mais especificamente no Direito de Concorrência. Com efeito, as normas que se faziam presentes no art. 24, I e III, da antiga Lei de Concorrência

62. "Alguns CEOs – especialmente os mais carismáticos – podem influenciar com ainda maior facilidade o comportamento de seus subordinados a adotarem os comportamentos que eles acreditam que seu presidente valoriza. Em companhias lideradas por esses CEOs, os empregados podem não apenas vir a praticar condutas expressamente proibidas em lei, como também a emular padrões discursivos, chavões, preferências esportivas e até mesmo o código de vestimenta do CEO" (BARNARD, Jayne W. *Reintegrative shaming*... Op. cit., p. 977). Na sequência, o autor indica vários exemplos concretos de presidentes que, com seu comportamento, influenciaram diretamente as direções das empresas (p. 978-980); o mesmo pode ser sustentado sobre os diretores das grandes empresas (p. 992).

brasileira (Lei 8.884/94) e que hoje estão contidas no art. 38, incisos I e III, da Lei 12.529/11 – que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – desde 1994, estipulam a possibilidade de imposição de sanções de *shaming* às pessoas jurídicas que tenham praticado infrações contra a ordem econômica.

Enquanto o art. 38, I, da Lei 12.529/11, prescreve como pena "a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas", o art. 38, III, da Lei 12.529/11, prevê a pena de "inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor". É interessante notar que a pena de publicidade adversa prevista no art. 38, I, da Lei de Concorrência prescreve a mensagem, a forma e a duração da exposição adversa do infrator de forma bastante pormenorizada. A mensagem deverá ser um extrato da decisão condenatória. A divulgação deverá ocorrer, às expensas do infrator, em meia página de jornal indicado na decisão. E a publicação deverá se dar por dois dias seguidos em no máximo três semanas consecutivas.

Mais recentemente foi promulgada a Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção), que, inspirada na legislação concorrencial, também contemplou a possibilidade de aplicação às pessoas jurídicas infratoras de duas espécies de sanções de *shaming* de publicidade adversa: a publicação de sentença e a inscrição em cadastros de empresas transgressoras. A publicidade adversa consistente na publicação extraordinária da decisão condenatória foi estabelecida no art. 6º, inciso I, da Lei 12.846/2013, ao lado da tradicional sanção de multa, cujo valor pode variar de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da empresa no último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo. A sanção de publicidade adversa nesse caso pode ser aplicada isolada ou cumulativamente com a de multa, a depender das peculiaridades do caso concreto, da gravidade e natureza das infrações praticadas pela corporação (art. 6º, § 1º, da Lei 12.846/2013) e não exclui a obrigação de reparar integralmente os danos que ocasionou (art. 6º, § 3º, da Lei 12.846/2013).

A Lei 12.846/2013 também disciplinou, em seu art. 6º, § 5º (regulamentado pelo art. 24 do Decreto 8.420/2015), a forma de aplicação dessa sanção de *shaming*, qual seja, a publicização de extrato da sentença, às expensas da pessoa jurídica, por três diferentes canais: i) meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional; ii) afixação de edital no próprio estabelecimento da pessoa jurídica, em local visível ao público, pelo prazo mínimo de trinta dias; iii) página principal do sítio eletrônico da pessoa jurídica na rede mundial de computadores.

Além da publicação de extrato da sentença condenatória, a Lei 12.846/13 determinou a criação de um Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP. Trata-se de dispositivo inovador que, ao consolidar e dar publicidade às sanções aplicadas pelo Poder Judiciário ou por órgãos ou entidades dos Poderes Executivo e Legislativo em todas as esferas de governo, também enseja a punição de pessoas jurídicas condenadas pela prática de atos de corrupção pelo método *shaming*.

Nos termos do art. 22 da Lei 12.846/13, o CNEP deverá conter, ao menos, as seguintes informações: i) razão social e número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); ii) tipo de sanção; iii) data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção. A Lei 12.846/13 também exige das autoridades que venham a celebrar o acordo de leniência nela previsto que mantenham o CNEP atualizado no tocante a isso, salvo se tal publicidade puder causar prejuízo às investigações ou ao processo administrativo.

Por fim, na medida em que a inscrição e manutenção do nome de uma pessoa jurídica no CNEP é uma sanção de *shaming* e que nosso ordenamento jurídico não admite a existência de sanções perpétuas, a Lei 12.846/13 corretamente estipulou que os registros das sanções e acordos de leniência deverão ser excluídos depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado (art. 22, § 5º).

Interessante notar que a Lei 12.846/13 também dispôs, em seu art. 23, sobre um segundo banco de dados de empresas punidas: o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS. A Lei Anticorrupção esclareceu que o CEIS, assim como do CNEP, é um banco de dados de caráter público, instituído no âmbito do Poder Executivo Federal, cuja alimentação é obrigatória por todos os órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo.

Ao contrário do CNEP, que foi criado pela Lei 12.846/13, o CEIS já existe desde 2010, tendo sido instituído pela Portaria CGU 516, de 15 de março de 2010. A maior novidade trazida pela Lei Anticorrupção diz respeito ao fato de que, até sua vigência, não havia a imposição legal da utilização do CEIS por órgãos e entidades nas esferas estadual e municipal. O CEIS era alimentado, assim, por meio da coleta de informações por meio de consulta à Seção 3 do Diário Oficial da União (nos casos em que a imposição da sanção é no âmbito federal) ou por meio de planilhas de dados a serem preenchidas eletronicamente pela unidade federativa estadual ou municipal que tivesse aderido espontaneamente ao cadastro.

Além disso, diferentemente do CNEP, cuja finalidade da inscrição é sancionatória (pela via do *shaming*), o CEIS se destina a viabilizar consultas fáceis, completas e rápidas, por qualquer pessoa, de restrições que eventualmente recaiam sobre determinada empresa no tocante ao direito de participar de licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública. Indiretamente, contudo, na medida em que a lista que o CEIS publica, com o nome de pessoas jurídicas que estão com restrições para contratar com entes públicos, decorre da imposição de sanções judiciais ou administrativas a essas corporações, pode-se dizer que o CEIS também enseja uma espécie de sanção de *shaming*.

De fato, nos termos do art. 6º da Instrução Normativa CGU 2, de 07 de abril de 2015, são passíveis de cadastro no CEIS as seguintes penalidades/restrições: i) suspensão de contratar (art. 87, III, da Lei 8.666/93 – Lei de Licitações); ii) declaração de inidoneidade (art. 87, IV, da Lei 8.666/93); iii) impedimento de contratar (art. 7º da Lei 10.520/2002 – Lei do Pregão); iv) impedimento de contratar (art. 47 da Lei 12.462/2011 – Lei do Regime Diferenciado de Contratação); v) declaração de inidoneidade prevista no art. 33, inciso V, da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI); vi) suspensão de contratar prevista no art. 33, inciso IV, da LAI; vii) penalidades judiciais que impliquem restrição ao direito de participar em licitações ou contratar com a Administração (condenações em ações de improbidade administrativa, por exemplo); viii) penalidades aplicadas por organismos internacionais, agências de cooperação estrangeira etc. que limitem o direito de celebrar contratos financiados com recursos dessas organizações.

No tocante à forma de divulgação, a publicização do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) e do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) se dá pela *Internet*, mediante publicação disponível para acesso na página inicial do Portal de Transparência do Governo Federal, na aba "sanções". Efetuando pesquisa nesse Portal de Transparência, em 18 de abril de 2018, foi possível verificar que no CNEP havia 37 empresas registradas ([www.portaldatransparencia.gov.br/cnep]); no CEIS foram encontrados 12.485 registros ([www.portaldatransparencia.gov.br/ceis]).

Na Lei 13.506, de 13 de novembro de 2017 – que regula o processo administrativo sancionador do Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários – também é contemplada a admoestação pública, uma hipótese de aplicação às instituições financeiras e às demais instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil de sanção de *shaming* pela via da publicidade adversa. Nos termos do seu art. 6º, "a penalidade de admoestação pública consistirá na publicação de texto especificado na decisão condenatória", que será publicado "no sítio eletrônico do órgão ou autarquia que tenha aplicado a penalidade, sem prejuízo

de outras formas de publicação previstas em regulamentação" (§ 2º). Além disso, a Lei estabelece o conteúdo mínimo do texto que deverá ser divulgado: "o nome do apenado, a conduta ilícita praticada e a sanção imposta" (§ 1º) e que a publicação deverá ser custeada pelo próprio infrator (§ 3º). É interessante notar que a Lei 13.506/17 (art. 28, § 2º) restringe a publicidade da decisão que impuser a penalidade de admoestação pública, exigindo, para tanto, que o ato decisório já seja definitivo.

A Portaria 1.293, de 28 de dezembro de 2017, do Ministério do Trabalho, que trata da divulgação do Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores à condição análoga à de escravo, estabelecido pela Portaria Interministerial MTPS/MMIRDH 4, de 11 de maio de 2016, também contempla um exemplo, no ordenamento jurídico brasileiro, de sanção de pessoas jurídicas com o método *shaming*.

Conforme disposto no art. 14 dessa Portaria, o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores à condição análoga à de escravo, que ficou conhecido como "Lista Negra do Trabalho Escravo", que deverá ser divulgado no sítio eletrônico do Ministério do Trabalho, contemplará a relação dos administrados autuados em fiscalização em que tenham sido identificados trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo. A inclusão do nome da empresa empregadora na "Lista Negra do Trabalho Escravo" pressupõe a procedência do auto de infração lavrado na ação fiscal em razão da constatação de submissão de trabalhadores em condições análogas à de escravo. Assim como exigido pela Lei 13.506/17, art. 28, § 2º, o art. 14, § 1º, da Portaria do Ministério do Trabalho também exige, para a inclusão do nome da empresa na lista, que a decisão administrativa que julgou a procedência do auto de infração seja definitiva.

Feitos esses breves comentários sobre as técnicas de punição mediante *shaming* contempladas nas Leis 12.529/11, 12.846/13, 13.506/17 e na Portaria 1.293, de 28 de dezembro de 2017, do Ministério do Trabalho, constata-se que os cadastros nelas previstos[63] devem proporcionar, ao menos: i) a identificação do transgressor; ii) a identificação do ilícito cometido; iii) a publicização por certo tempo, por um ou mais canais de comunicação, de ambas as informações.

Esses cadastros somente servirão efetivamente ao propósito de sancionar, pela via do *shaming*, as pessoas jurídicas nele incluídas se forem aptos a impactar negativamente em suas imagens e reputações. Para tanto, é fundamental que a

63. Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, Cadastro Nacional de Empresas Punidas, Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas e Lista Negra do Trabalho Escravo.

identificação da pessoa jurídica infratora seja clara, precisa e atualizada. Nada ou pouco adiantaria, por exemplo, que a empresa punida fosse identificada no cadastro unicamente por seu número de CNPJ ou mesmo por sua razão social – principalmente se ela divergir consideravelmente de seu nome fantasia ou do nome pelo qual é conhecida no mercado.

A atualidade da identificação do transgressor é, do mesmo modo, deveras importante, sobretudo para que uma simples alteração de nome feita após a punição da empresa não seja suficiente para a neutralização dos efeitos de sua inclusão em uma lista de empresas transgressoras. Interessante, nesse sentido, a solução adotada pelo CEIS, que traz dois campos com nomes da pessoa punida: o primeiro, que é informado pelo próprio órgão sancionador e o segundo, que é buscado automaticamente na base de CNPJs do Ministério da Fazenda.[64]

Do mesmo modo, é importante que o ilícito cometido pela pessoa jurídica seja identificado de forma clara, completa e objetiva, preferencialmente em linguagem que permita às pessoas que não possuem conhecimento técnico na área identificar qual foi a infração praticada pela corporação a partir de uma simples leitura. Seria pouco efetivo aos propósitos do método de *naming and shaming*, nesse contexto – porque seria incompreensível para a grande maioria da população – se a infração praticada por uma pessoa jurídica fosse identificada no Cadastro Nacional de Empresas Punidas unicamente com a seguinte e hipotética sentença: "condenada pela prática do ilícito previsto no art. 5º, inciso IV, alínea 'a', da Lei 12.846/2013".

A adequada publicização dos cadastros em que constem os nomes das pessoas jurídicas infratoras e suas infrações é também importante para que o cadastro possa produzir o efeito de *shaming*. Para tanto, a *Internet* desempenha hoje uma importantíssima função, tornando muito mais fácil o acesso a tais cadastros por toda a população. Imagine-se como seria pouquíssimo significativo, nesse contexto, se a divulgação de tais cadastros ainda fosse limitada a publicações em vias impressas de Diários Oficiais.

Igualmente importante para a finalidade de *shaming* ora analisada e pouquíssimo explorada até o momento é a conscientização da população acerca da existência, característica e objetivo de tais cadastros. Para além da consolidação e

64. MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de Responsabilização da Pessoa Jurídica*. Disponível em: [www.cgu.gov.br/Publicacoes/responsabilizacao-de-empresas/ManualResponsabilizacaEntesPrivados.pdf]. Acesso em: 09.02.2018.

publicização deles, é fundamental que todos saibam o que realmente significa a inscrição, neles, de uma empresa. Para tal desiderato, pode ser muito útil a concepção e a divulgação de campanhas publicitárias robustas sobre a própria natureza dos cadastros, sendo que não seria descabido, para tanto, que um percentual do dinheiro angariado pelos órgãos sancionadores mediante a imposição de multas às empresas transgressoras fosse investido com esses propósitos.

Observadas todas essas particularidades, acredita-se que os cadastros de infratores e respectivas infrações não representem apenas uma formalidade legal, mas sirvam efetivamente como murais ou portais de *shaming* que divulgam a rejeição (que deve ser também) pública, institucional e social de determinadas empresas pelos fatos que praticaram, gerando reflexos expressivos não apenas pela via da sanção, como também pela via da prevenção, no tocante a todas as empresas que neles não querem ser – ou voltar a ser – incluídas.

7. Pedidos de desculpas, *shaming* e a realidade brasileira

A população brasileira recentemente verificou a divulgação em grandes veículos de imprensa de pedidos de desculpas de duas grandes empreiteiras investigadas no âmbito da Operação Lava Jato pela prática de atos de corrupção: Andrade Gutierrez e Odebrecht.[65] Além de terem participado – muitas vezes em conjunto – de diversos grandes esquemas de corrupção no Brasil, Andrade Gutierrez e Odebrecht são duas grandes empresas que têm em comum o fato de terem celebrado acordos de leniência com o Ministério Público Federal. Essas duas características em comum, e não apenas o fato de que ambas recentemente pediram desculpas à sociedade brasileira por seus delitos, permitem interessantes reflexões relativas ao *shaming*.

O primeiro evento ocorreu no dia 09 de maio de 2016[66], quando a empreiteira Andrade Gutierrez – à época a segunda maior do país – divulgou amplamente um pedido de desculpas pelos atos ilícitos que praticou em obras investigadas

65. Disponível no sítio eletrônico do Ministério Público Federal: [www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem]. Acesso em: 13.02.2018.

66. Nesse dia a empresa Andrade Gutierrez publicou, em diversos jornais nacionais, pedido de desculpas por ilícitos praticados em contratos públicos investigados no âmbito da Operação Lava Jato (disponível no sítio eletrônico da Empresa Brasil de Comunicação: [agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-05/andrade-gutierrez-publica-pedido-de-desculpas-ao-povo-brasileiro]. Acesso em: 13.02.2018).

no âmbito da Operação Lava Jato. Essa manifestação foi veiculada pela Andrade Gutierrez após a homologação judicial pela 13ª Vara Federal de Curitiba do acordo de leniência que celebrou com o Ministério Público Federal. Nesse acordo, a empreiteira reconheceu crimes e se comprometeu a fornecer provas de diversos ilícitos que praticou – notadamente corrupção, cartel, fraudes em licitações e lavagem de dinheiro – para que obtivesse vantagens em grandes licitações e obras públicas no país (Petrobras, Belo Monte, Copa do Mundo, Angra 3 e outras), bem como se obrigou a restituir aos cofres públicos mais de R$ 1 bilhão a título de adiantamento da indenização pelos danos que causou ao Erário.

Em suas escusas, autointituladas "pedido de desculpas e manifesto por um Brasil melhor", publicadas nos jornais de maior circulação do país, a Andrade Gutierrez informa a celebração e homologação de acordo de leniência com o Ministério Público Federal, assume os erros que praticou e se propõe a repará-los. Confira-se:

> A Andrade Gutierrez (AG) concluiu a negociação de acordo de leniência com o Ministério Público Federal, iniciada em outubro de 2015, e durante os últimos meses vem prestando todos os esclarecimentos devidos sobre os assuntos pertinentes à Lava Jato. Os acordos de colaboração premiada dos ex-executivos da AG foram homologados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no início de abril deste ano e o acordo de leniência da companhia foi recém-homologado pelo juiz Sérgio Moro, em 5 de maio. Passadas essas fases, é o momento de a empresa vir a público e admitir, de modo transparente perante toda a sociedade brasileira, seus erros e reparar os danos causados ao país e à própria reputação da empresa.
>
> Além do pagamento de indenização de R$ 1 bilhão, previsto no acordo de leniência, a Andrade Gutierrez deve um sincero pedido de desculpas ao povo brasileiro. Reconhecemos que erros graves foram cometidos nos últimos anos e, ao contrário de negá-los, estamos assumindo-os publicamente. Entretanto, um pedido de desculpas, por si só, não basta: é preciso aprender com os erros praticados e, principalmente, atuar firmemente para que não voltem a ocorrer [...].[67]

A Andrade Gutierrez também se utiliza desse pedido público de desculpas para: i) informar a população que, desde 2013, estaria implementando um sistema

67. Disponível no sítio eletrônico da Empresa Brasil de Comunicação: [agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-05/andrade-gutierrez-publica-pedido-de-desculpas-ao-povo-brasileiro]. Acesso em: 13.02.2018.

de *compliance* interno; ii) apresentar sugestões para o aprimoramento de mecanismos legais anticorrupção:

> […] Neste sentido, desde dezembro de 2013 estamos implementando um moderno modelo de *Compliance*, baseado em um rígido Código de Ética e Conduta, em linha com as melhores práticas adotadas em todo o mundo. Sabemos que o processo de aprimoramento desse modelo é longo, mas queremos reforçar nosso compromisso de sermos absolutamente intolerantes com qualquer tipo de desvio ético ou moral. Dessa forma, também mantemos nosso compromisso de continuar colaborando com as autoridades no decorrer das investigações.
>
> […]

Mais que fazer obras, queremos colaborar com a construção de um Brasil melhor, mais próspero, justo e desenvolvido. Por isso, apoiamos todo o esforço do Ministério Público Federal para aprimorar os mecanismos legais anticorrupção, e destacamos abaixo uma série de sugestões que acreditamos serem capazes de criar uma nova relação entre o poder público e as empresas nacionais, com atuação em obras de infraestrutura. Relação que privilegie a ética, a responsabilidade social e o zelo com o dinheiro público.

Propostas para um Brasil melhor:

1) Obrigatoriedade de estudo de viabilidade técnico-econômica anterior ao lançamento do edital de concorrência, descartando-se obras que não contribuam para o desenvolvimento do país;

2) Obrigatoriedade de projeto executivo de engenharia antes da licitação do projeto, permitindo a elaboração de orçamentos realistas e evitando-se assim previsões inexequíveis que causem má qualidade na execução, atrasos, rescisões ou a combinação de todos esses fatores;

3) Obrigatoriedade de obtenção prévia de licenças ambientais, evitando-se contestações judiciais ao longo da execução do projeto e o início de obras que estejam em desacordo com a legislação;

4) Aferição dos serviços executados e de sua qualidade, realizados por empresa especializada, evitando-se a subjetividade e interpretações tendenciosas;

5) Garantir que ambas as partes tenham os seus direitos contratuais assegurados, passíveis de serem executados de forma equitativa;

6) Modelo de governança em empresas estatais e órgãos públicos que garanta que as decisões técnicas sejam tomadas por profissionais técnicos concursados e sem filiação partidária;

7) Início de obras somente sob garantia de disponibilidade de recursos financeiros, vinculados ao projeto até a sua conclusão;

8) Assegurar a punição de empresas e contratantes que não cumpram os contratos na sua totalidade.

Sabemos que essas mudanças não serão possíveis se não houver o engajamento de todos os agentes do setor e de toda a sociedade. Dessa forma, a Andrade Gutierrez espera que as entidades que representam o setor de infraestrutura, assim como as demais empresas desse mercado, se juntem em um movimento que possa definitivamente trazer mais transparência e eficiência para todo o mercado, resultando em um Brasil melhor.[68]

Como se pode notar, o pedido de desculpas formulado pela Andrade Gutierrez vai além de um simples reconhecimento de erro. Por meio dele, a empreiteira não apenas pediu escusas, como também informou que celebrou um acordo de leniência, que indenizaria os danos que causou, que buscaria aprimorar seus mecanismos internos de governança e que pretendia, inclusive, colaborar com sugestões para o aprimoramento do sistema anticorrupção.

Trata-se de pedido de desculpas que difere bastante daqueles feitos por mera formalidade ou impostos como pena por meio de uma decisão judicial ou administrativa. Essa maior maleabilidade do conteúdo do pedido de desculpas decorre certamente do fato de que ele não foi imposto, mas feito de forma voluntária pela empreiteira depois que ela celebrou um acordo de leniência com o Ministério Público Federal. Algo que parece marcar o início (ou a pretensão de início) de nova fase na atuação da empresa.

Interessante destacar, nesse ponto, que, após celebrar acordo de leniência com o MPF, no âmbito do qual reconheceu a prática de diversos ilícitos, a empreiteira Andrade Gutierrez vislumbrava, essencialmente, duas possibilidades: i) aguardar que os fatos ilícitos por ela reconhecidos no acordo se tornassem públicos com o avanço das investigações ou com a propositura de novas ações penais, quando, então, um pedido de desculpas seu certamente pareceria tardio; ii) aproveitar o momento para se antecipar, divulgando a informação (mas não os detalhes do ilícito) mediante o reconhecimento de seus erros com a formulação de um pedido de desculpas. A empreiteira, embora não obrigada a tanto pela lei[69], optou pela

68. Disponível no sítio eletrônico da Empresa Brasil de Comunicação: [agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-05/andrade-gutierrez-publica-pedido-de-desculpas-ao-povo-brasileiro]. Acesso em: 13.02.2018.

69. Nos termos da Lei Anticorrupção, as empresas que celebram acordos de leniência ficam desobrigadas de publicar suas condenações.

segunda via e, com isso, conformou o seu discurso de forma a buscar passar uma imagem positiva (de virada de página) para toda população brasileira.

Conforme pesquisa de Ágatha Camargo Paraventi, o discurso construído pela Andrade Gutierrez teve a intenção de *narrativa de herói,* por ser a primeira empreiteira a fazer um pedido de desculpas público nesse tom no âmbito da Operação Lava Jato. Segundo a autora, a empreiteira pode, assim, buscar:

> […] como mecanismo de observação de opiniões dos marcos sociais, e pela avaliação majoritariamente positiva da operação Lava Jato, vincular-se a grupos e líderes legítimos na construção de interesses, no "apoio às investigações do Ministério Público Federal e à Operação Lava Jato" e faz a tentativa de posicionar-se como líder em seu setor, ao "convocar outras empresas do setor" para a trabalharem por um Brasil melhor (LIPPMANN, 2010). Percebe-se claramente a estratégia discursiva que prioriza menos a informação e mais a criação de efeitos positivos (BLIKSTEIN, 2008) ao afirmar que "um pedido de desculpas, por si só, não basta: é preciso aprender com os erros praticados e, principalmente, atuar firmemente para que não voltem a ocorrer" a organização evidencia ao leitor a maior relevância da "atuação firme", que se divide em ações em desenvolvimento pela organização (descritas em sete linhas) e recomendações para mudar o "modo de fazer negócios no país" (descritas em 41 linhas) destinadas ao Governo Federal e às entidades do setor de infraestrutura. Essa separação e ênfase visa a demonstrar que os erros cometidos são fruto dessas graves falhas (e talvez não de suas reais intenções, em uma leitura do "avesso" discursivo). Na descrição das medidas que a organização irá adotar, as sete linhas, há a evidência do uso de palavras para valorização de suas medidas, como o "moderno" modelo de *compliance*, o "rígido" código de conduta ética, as "melhores" práticas em todo o mundo, o reforço do compromisso em serem "absolutamente intolerantes" com qualquer desvio ético ou moral […].[70]

Em decorrência disso, a repercussão midiática do pedido de desculpas da Andrade Gutierrez não foi negativa. Ao contrário, conforme levantamento feito por Paraventi, as abordagens da imprensa destacaram "nos jornais comerciais o enfoque da notícia e em alguns casos o 'bom exemplo' da organização".[71] Em outras palavras, ficou claro, nesse caso, que o pedido de desculpas voluntariamente formulado pela empresa transgressora – uma das formas de sanção de *shaming* – não

70. PARAVENTI, Ágatha Camargo. Gerenciamento da opinião pública: processos, desafios e análise do pedido de desculpas da construtora Andrade Gutierrez investigada na operação Lava Jato. In: *XXXIX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação*, 2016. p. 16.

71. PARAVENTI, Ágatha Camargo. *Gerenciamento da opinião pública*... Op. cit., p. 16.

gerou reflexos negativos, mas positivos, na linha de se viabilizar a reconstrução da imagem da pessoa jurídica (sobre o que se trata no item 8).

Meses mais tarde, em 1º de dezembro de 2016, no dia em que firmou acordo de leniência com o Ministério Público Federal, foi a Odebrecht S.A. que divulgou ao público carta intitulada "Desculpe, a Odebrecht errou", em que, admitindo que praticou atos ilícitos, pediu perdão à população:

> A Odebrecht reconhece que participou de práticas impróprias em sua atividade empresarial. Não importa se cedemos a pressões externas. Tampouco se há vícios que precisam ser combatidos ou corrigidos no relacionamento entre empresas privadas e o setor público. O que mais importa é que reconhecemos nosso envolvimento, fomos coniventes com tais práticas e não as combatemos como deveríamos. Foi um grande erro, uma violação dos nossos próprios princípios, uma agressão a valores consagrados de honestidade e ética. Não admitiremos que isso se repita. Por isso, a Odebrecht pede desculpas, inclusive por não ter tomado antes esta iniciativa [...].[72]

O pedido de desculpas da Odebrecht ressalta seu compromisso de fazer cessar completamente o envolvimento em fatos ilícitos e de tomar medidas especiais a fim de evitar a repetição de condutas similares no futuro. Esse pedido de escusas representa *shaming* na modalidade de arrependimento e está alinhado com uma série de outras sanções e obrigações assumidas pelas empresas do Grupo Odebrecht no âmbito do acordo de leniência que celebrou com o MPF, como: a obrigação de implementar e aprimorar programas de integridade (*compliance*); o compromisso de se sujeitar a monitoramento independente pelo prazo médio de dois anos, que será realizado por profissionais especializados, às custas da empresa e sob supervisão do MPF.[73]

Interessante salientar que, no caso da Odebrecht, a sanção de *shaming*, bastante inovadora em território nacional, também não substituiu as tradicionais sanções pecuniárias que são impostas às pessoas jurídicas em virtude de práticas ilícitas, mas foi com elas cumuladas. Com efeito, conforme divulgado pelo MPF em nota à imprensa do dia 21 de dezembro de 2016, as empresas Braskem e Odebrecht também se comprometeram, nos termos do acordo de leniência, a recolher aos cofres públicos expressivas multas de, respectivamente: R$ 3.131.434.851,30

72. Disponível no sítio eletrônico da empresa em: [www.odebrecht.com/pt-br/comunicacao/releases/desculpe-a-odebrecht-errou]. Acesso em: 13.02.2018.

73. Disponível em: [www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem]. Acesso em: 06.02.2018.

e R$ 3.828.000.000,00. Ainda não foi possível encontrar estudo da repercussão, perante a opinião pública, do pedido de desculpas formulado pelo Grupo Odebrecht, o qual, sendo feito, certamente interessará muito ao aprofundamento do presente trabalho. Não se pode desconsiderar que nesse caso da Odebrecht S.A., que reconheceu a prática de ilícitos de corrupção em diversos países da América Latina e África, o campo de análise é bastante rico, visto que a repercussão do pedido de desculpas formulado pela empresa pode ter sido bastante diferente, conforme o Estado e a população que sofreu o dano.

8. *Shaming*: possíveis funções teóricas

Independentemente de não se estar, aqui, fixando posição sobre a natureza jurídica (se é pena ou não) do instituto da sanção de *shame*, interessa apontar, ainda que de modo superficial, algumas das funções que, teoricamente, tal método parece cumprir. Esse debate poderá, eventualmente, auxiliar no aprofundamento do tema paralelo da natureza jurídica.

As reputações individuais e coletivas dos autores dos ilícitos são por eles consideradas mais valiosas do que qualquer benefício econômico que possam adquirir.[74] É amplamente divulgado, hoje, que a criminalidade corporativa reage melhor a medidas de prevenção do que a criminalidade violenta.[75] Assim, cada vez mais empresas (fora do Brasil, isto é) têm sido compelidas a reconhecer publicamente seus erros e repará-los após terem sido expostas em redes sociais por consumidores ou por força de fiscalizações e/ou sanções oficiais.[76]

Uma sugestão de publicidade negativa (re)construtiva é aquela feita após a condenação em si, na qual a empresa continua, por certo período, a noticiar todas

74. BRAITHWAITE, John. Criminological theory and organizational crime. In: *Justice Quarterly,* Academy of Criminal Justice Sciences, v. 6, n. 3, Sep./1989. p. 355. Disponível em: [www.academia.edu/18248232/Criminological_Theory_and_Organizational_Crime]. Acesso em: 12.12.2017.

75. BARNARD, Jayne W. Reintegrative shaming in corporate sentencing. In: *College of William & Mary Law School*, William & Mary Law School Scholarship Repository – Faculty Publications, paper 312, 1999. p. 971. Disponível em: [scholarship.law.wm.edu/facpubs/312]. Acesso em: 30.11.2017.

76. Nesse sentido: CHUN, Rosa. Samsung, Shame, and Corporate Atonement. In: *Harvard Business Review*, May 17th 2017. Disponível em: [hbr.org/2017/05/samsung-shame-and-corporate-atonement]. Acesso em: 27.11.2017; SILVER, Joe. Shamed on Twitter, corporations do an about-face – General Mills, Sallie Mae, and Macy's get taken to task through social media. In: *ArsTechnica.Com*, 21.04.2014. Disponível em: [arstechnica.com/information-technology/2014/04/shamed-on-twitter-corporations-do-an-about-face/]. Acesso em: 27.11.2017.

as mudanças e reformas que vier implementar em si própria (ainda que por força da própria condenação e de forma monitorada) para corrigir e melhorar seus defeitos[77]. Tal divulgação pode servir como incentivo e melhora da autoestima tanto para diretores quanto para empregados e, ainda, para remodelar a imagem da empresa – o que serve a um evidente propósito de *reconstrução* ou de *reabilitação* da imagem corporativa.[78]

Nos EUA, como já se viu, consta nas *Sentencing Guidelines* que é possível impor sanções de *shame* a pessoas jurídicas como uma condição para o *probation*, ocasião em que deverão ser observados os seguintes critérios:

> [...] o tribunal pode ordenar à organização, às suas custas e no formato e mídia especificados pelo tribunal, a divulgação da natureza da infração cometida, o fato pelo qual foi condenada, a natureza da punição imposta e as medidas que serão tomadas para prevenir a reincidência em delitos semelhantes [...].[79]

Interessante notar que a recomendação é no sentido de que a publicidade não se limite à divulgação do que foi feito de errado pela empresa, mas também do que ela fez – ou ainda deverá fazer – para sanar os erros que cometeu e não voltar a praticá-los. Esse segundo aspecto faz com que, por intermédio da imposição de uma sanção por *shame*, a empresa assuma um compromisso com a sociedade no tocante aos seus comportamentos futuros. De forma prospectiva, portanto, impele a corporação a assumir publicamente compromissos de comportamentos no futuro – o que indica uma função de *reparação*.

Embora discorrendo principalmente sobre compensações civis por atos ilícitos (*punitive damages*), Curcio indica importantes características da exposição pública como forma de sanção em geral. A publicidade negativa da empresa condenada e do ato reprovável que praticou satisfaz o desejo social de *retribuição*[80] – mas "esse

77. As *Sentencing Guidelines* obrigam a empresa a noticiar somente uma vez quais serão as medidas que adotará para prevenção. No entanto, sua redação é clara (§ 8D1.3., *c*) ao estabelecer que cabe ao Judiciário estipular todas as condições. Nesse sentido, é viável uma condição de constantes publicações de quais têm sido as medidas criadas pela condenada para evitar novos ilícitos.

78. GRUNER, Richard S. *Beyond Fines*... Op. cit., p. 324.

79. U.S. *Sentencing Guidelines Manual* § 8D1.4 (a) (2005) (Recommended Conditions of Probation-Organizations (Policy Statement).

80. CURCIO, Andrea A. Painful publicity – an alternative punitive damage sanction. In: *DePaul Law Review* – DePaulo University, v. 45, Rev. 341, issue 2, Winter 1996. article 4. p. 379. Disponível em: [via.library.depaul.edu/law-review/vol45/iss2/4]. Acesso em: 29.11.2017.

mea culpa público, embora sirva à função de retribuição, tem outros benefícios". A sanção de publicidade tende, também, a prevenir que a empresa tente esconder novamente seus atos ilícitos – ela poderá vir a concluir que precisa reconhecer seus erros, expressar remorso e divulgar sua intenção de corrigir o problema que os causou. Ou, dito de outra forma: "a cura para a *shame* é a empatia".[81] É assim que, por meio desse tipo de punição, a retribuição se torna amalgamada com a *prevenção*.[82]

Além disso, conforme observado por Fisse e Braithwaite após seu levantamento empírico: a publicidade negativa teve papel determinante para encorajar um grande número de vítimas a ingressar com ações de reparação de danos; os custos mais altos estiveram vinculados à correção das falhas e satisfação de prejuízos realizados como resposta à publicidade ou como parte da condenação (*recall*, alterações fabris, indenizações etc.); houve impactos não financeiros, como a queda do prestígio da empresa, de seus diretores e também (de forma mais amena) dos funcionários em geral – esse é o ponto em que, geralmente, a corporação mais sofre: a censura moral[83]; em quase todos os casos, a publicidade adversa motivou as empresas a realizar grandes mudanças estruturais em seu funcionamento interno e em sua relação com o mercado – especialmente por melhorias no programa de *compliance* (quando existente) ou pela criação de um.[84] São dados concretos a demonstrar as múltiplas finalidades teóricas que as penas de *shame* podem cumprir, na expectativa, é claro, de que produzam bons efeitos práticos.

9. *Shaming* e a sociedade brasileira

Fisse e Braithwaite sustentavam, em 1993, uma visão plausível de um futuro da justiça criminal para empresas no qual "todas as coletividades e indivíduos

81. RONSON, Jon. *So you've been publicly shamed*. New York: Riverhead Books, 2016. p. 283.

82. CURCIO, Andrea A. *Painful publicity*… Op. cit., p. 380.

83. "As informações levantadas mostram que impactos financeiros significativos ocorreram apenas na minoria dos casos. Foram os impactos não financeiros que, segundo os executivos de todas as empresas, prejudicaram mais e que os fizeram desejar que nunca mais ocorressem, mesmo que para isso fosse necessário investir grandes somas de dinheiro" (FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John. *The impact of publicity*… Op. cit., p. 243). Essa constatação prática contraria a ideia de Laufer, de que a sanção de publicidade adversa para empresas "tem sentido somente em virtude da redução de lucros advinda do abandono de clientes e de fornecedores" (LAUFER, William S. Culpability and the sentencing of corporations. In: *Nebraska Law Review*, v. 71, iss. 4, art. 4, 1992. p. 1081. Disponível em: [digitalcommons.unl.edu/nlr/vol71/iss4/4]. Acesso em: 11.12.2017).

84. FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John. *The impact of publicity*… Op. cit., p. 228-236.

responsáveis por crimes corporativos serão expostos a sanções públicas administradas por sistemas de justiça públicos ou privados", sendo que tal exposição deverá ocorrer estejam as empresas onde estiverem, em qualquer parte do globo, ainda que inseridas em intrincados esquemas de "blindagens" formais que, no mais das vezes, prestam-se a ocultar o crime.[85] Passadas mais de duas décadas, a sociedade brasileira parece ser, hoje, compatível com essa forma de repressão da criminalidade.

A punição de crimes corporativos pelo método *shaming* é favorecida por uma democracia vigorosa, que dê espaço a grupos comunitários de proteção aos direitos dos consumidores, trabalhadores, ambientais, de liberdade de informação etc., que enalteça uma imprensa livre com forte tradição de jornalismo investigativo, com proteção a denunciantes de crimes em geral e a vigilância constante de setores especialmente arriscados da exploração econômica.[86] A democracia brasileira ainda não conta com todos esses aspectos – mas ela passa por um período de transição importante. Chegar lá pode estar mais próximo do que parece.

O governo brasileiro tem atuado perante a sociedade global para demonstrar que está acompanhando as mais modernas legislações de controle do crime e realizando avanços que desembocarão na adoção de um *compliance* internacional, que tem como uma de suas características a transparência no trato e na repressão de ilícitos de diversos tipos – muitos dos quais praticados por empresas. A adesão do Brasil ao FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*), no Decreto 8.506/2015, é um compromisso de trocas recíprocas, entre as autoridades brasileira e norte-americanas, de informações financeiras e fiscais de pessoas físicas e jurídicas de ambos os países com vistas a melhorar a fiscalização e a repressão a crimes tributários, de lavagem de dinheiro, tráfico, terrorismo (Lei 13.254/16) e outros.[87]

Nesse passo, a conscientização de que há determinados crimes – como os de colarinho branco, p.ex. – que já contam com um nível tal de rejeição social e de respostas eficazes do poder público é compatível com a especulação de que é possível ao Brasil promulgar leis criminais prescrevendo formas variadas e atuais de sanções de *shame* a empresas. O uso das redes sociais já está arraigado

85. FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John. *Corporations, crime and accountability.* Cambridge: Cambridge University Press, 1993. p. 216-217.

86. BRAITHWAITE, John. *Criminological theory*… Op. cit., p. 346.

87. A esse respeito do cenário de *compliance* internacional, consultar: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Lei antiterror anotada* – Lei 13.260 de 13 de março de 2016. Indaiatuba/SP: Foco, 2018. p. 12-13.

não somente nos usos das pessoas, mas nos das próprias instituições públicas, de modo que, ao menos, a eficácia da divulgação e censura dos atos ilícitos e suas repressões estaria garantida.

10. Conclusão

O propósito era o de apresentar ao público brasileiro uma técnica diferente de punição de empresas, o que dispensa este trabalho de se aprofundar em uma ou outra das várias questões que o assunto pode provocar. Como há produção científica cada vez maior sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica na América Latina, o acréscimo da alternativa das sanções de *shame* é proveitoso para que a comunidade local possa avaliar em que medida elas poderiam vir a prosperar no Brasil como um modelo eficaz e viável de controle social.

Não se trata de defender o abandono das outras espécies de penas conhecidas. Restrições de direitos e multas continuam cumprindo suas funções. Mas o fato é que a grande maioria das empresas valoriza, e muito, as suas reputações sociocorporativas. Certamente não há razões para deixar de investigar, experimentando-se, agora, na prática da realidade brasileira.

O detalhe que mais preocupa, a rigor, não é tanto a roupagem legal que poderá vir a ter a sanção de *shame*, mas qual seria a importância que a sociedade brasileira daria a ela. Já se sabe que o brasileiro é um dos maiores usuários de redes sociais do mundo – o que certamente tornaria ágil, por aqui, a divulgação da publicidade adversa de uma empresa condenada e, consequentemente, o impacto no mercado e nos consumidores brasileiros. Eventual modificação legislativa investindo nessa forma de punição dificilmente passaria despercebida pelo poder corporativo. Mas não há como saber ao certo como se comportaria a maioria das pessoas que recebesse a informação em relação à empresa condenada. As reações poderiam ser exageradas ou talvez brandas demais. A pesquisa empírica seria a longo prazo e complexa.

É por isso que convém conhecer as experiências estrangeiras citadas aqui: o resultado positivo em outra cultura é convidativo para que, ao menos, se conheça melhor esse método de controle que, provavelmente, constituirá uma opção importante de controle da criminalidade em um futuro próximo. Ou, como pondera Jennifer Jacquet:

> Algumas pessoas veem *shaming* como uma ferramenta defasada, que foi útil até certo ponto, mas agora é desnecessária. Outros a veem como algo parecido com a tecnologia nuclear: eficiente, mas também potencialmente perigosa e

> tendente a cair nas mãos erradas. Para o papel da *shaming* no século vinte e um, devemos pensar menos nas formas tradicionais de *shaming* – pelourinho e a letra escarlate – e mais sobre o que ela pode se tornar.[88]

Foi para que esse exercício de reflexão se torne realidade que se propôs, aqui, conhecer o funcionamento e as principais características das sanções de *shame* – diretamente impostas pelo Estado ou decorrentes de acordo.

11. Bibliografia

ANDRIX, Joshua. Negotiated shame: an inquiry into the efficacy of settlement in imposing publicity sanctions on corporations. In: *Cardozo Law Review*, v. 28:4, 2007.

BARNARD, Jayne W. Reintegrative shaming in corporate sentencing. In: *College of William & Mary Law School*, William & Mary Law School Scholarship Repository – Faculty Publications, paper 312, 1999. Disponível em: [scholarship.law.wm.edu/facpubs/312].

BRAITHWAITE, John. Criminological theory and organizational crime. In: *Justice Quarterly*, Academy of Criminal Justice Sciences, v. 6, n. 3, Sep./1989. Disponível em: [www.academia.edu/18248232/Criminological_Theory_and_Organizational_Crime].

BUSATO, Paulo César (Coord.). *Lei antiterror anotada* – Lei 13.260 de 13 de março de 2016. Indaiatuba/SP: Foco, 2018.

CHUN, Rosa. Samsung, Shame, and Corporate Atonement. In: *Harvard Business Review*, May 17th 2017. Disponível em: [hbr.org/2017/05/samsung-shame-and-corporate-atonement].

CURCIO, Andrea A. Painful publicity – an alternative punitive damage sanction. In: *DePaul Law Review* – DePaulo University, v. 45, Rev. 341, issue 2, Winter 1996, article 4. Disponível em: [via.library.depaul.edu/law-review/vol45/iss2/4].

CURTLER, Hugh. *Shame, responsibility and the corporation*. New York: Haven, 1986.

FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Trad. Juarez Tavarez e Frederico Figueiredo. Curitiba: Juruá, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Coord. Marina Baird Ferreira e Margarida dos Anjos. 4. ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009.

88. JACQUET, Jennifer. *Is shame necessary?* New uses for an old tool. New York: Vintage Books, 2016. p. 172.

FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John. *The impact of publicity on corporate offenders*. Albany: State University of New York Press, 1983.

FISSE, Brent. *Corporations, crime and accountability*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

FRIMAN, H. Richard (Ed.). *The politics of leverage in international relations*: name, shame, and sanction. New York: Palgrave Macmillan, 2015.

GARNER, Bryan A. (Editor in Chief). *Black's Law Dictionary*. 8. ed. St. Paul-MN, Thomson West, 2004.

GRAYLING, A. C. *Wittgenstein*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002.

GRUNER, Richard S. Beyond Fines: Innovative Corporate Sentences Under Federal Sentencing Guidelines. In: *Washington University Law Review*, v. 71, issue 2 (*corporate sentencing*), jan. 1993. Disponível em: [openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol71/iss2/3].

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens* – uma breve história da humanidade. Trad. Janaína Marcoantonio. 26. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017.

HAUFLER, Virginia. Shaming the shameless? Campaign against corporations. In: FRIMAN, H. Richard (Ed.). *The politics of leverage in international relations*: name, shame, and sanction. New York: Palgrave Macmillan, 2015.

JACOBY, Mario. *Shame and the origins of self-esteem*. London: Routledge, 1996.

JACQUET, Jennifer. *Is shame necessary?* New uses for an old tool. New York: Vintage Books, 2016.

JACQUET, Jennifer. 'The power of shame is that it can be used by the weak against the strong'. In: *TheGuardian.com*, Society, Interview by Zöe Corbin on March 6th 2015. Disponível em: [www.theguardian.com/books/2015/mar/06/is-shame-necessary-review].

KAHAN, Dan. What do alternative sanctions mean? In: *Yale Law School* – Yale Law School Legal Scholarship Repository, Faculty Scholarship Series, paper 114, 63:591, 01.01.1996. Disponível em: [digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/114].

LAUFER, William S. Culpability and the sentencing of corporations. In: *Nebraska Law Review*, v. 71, iss. 4, art. 4, 1992. Disponível em: [digitalcommons.unl.edu/nlr/vol71/iss4/4].

LA TAILLE, Yves. O sentimento de vergonha e suas relações com a moralidade. *Revista Psicologia*: reflexão e crítica, 15 (1), 2002.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *A tela global* – mídias culturais e cinema na era hipermoderna. Porto Alegre: Sulina, 2009.

MASSARO, Toni. Shame, culture, and American criminal law. In: *Michigan Law Review*, v. 89:1880, June/1991.

OWENS. John. Have we no shame?: thoughts on shaming, "white collar" criminals, and the federal sentencing guidelines. In: *American University Law Review*, v. 49, iss. 5, article 2, Aug/2001. Disponível em: [digitalcommons.wcl.american.edu/aulr/vol49/iss5/2].

PARAVENTI, Ágatha Camargo. Gerenciamento da opinião pública: processos, desafios e análise do pedido de desculpas da construtora Andrade Gutierrez investigada na operação Lava Jato. In: *XXXIX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação*, 2016.

POSNER, Eric. A Terrible Shame – Enforcing moral norms without the law is no way to create a virtuous society. In: *Slate.com*, April 9th 2015. Disponível em: [www.slate.com/articles/news_and_politics/view_from_chicago/2015/04/internet_shaming_the_legal_history_of_shame_and_its_costs_and_benefits.html].

RONSON, Jon. *So you've been publicly shamed*. New York: Riverhead Books, 2016.

SANTOS, Thandara (Colab. Marlene Inês da Rosa e outros). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*, atualização de Junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

SCHNEIDER, Carl D. *Shame, exposure and privacy*. Boston: Beacon Press, 1977 (reimpresso em 1992).

SILVER, Joe. Shamed on Twitter, corporations do an about-face – General Mills, Sallie Mae, and Macy's get taken to task through social media. In: *ArsTechnica.Com*, 21.04.2014. Disponível em: [arstechnica.com/information-technology/2014/04/shamed-on-twitter-corporations-do-an-about-face/].

SKEEL JR., David. Shaming in corporate law. In: *University of Pennsylvania Law Review* – Legal Scolarship Repository, v. 149, 2001. Disponível em: [scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol149/iss6/6]. Acesso em: 01.12.2017.

VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Sanciones y reparación en el derecho penal económico. In: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.). *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico*. Madrid: Colex, 2008.

WHITMAN, James Q. What is wrong with inflicting shame sanctions? In: *Yale Law School Legal Scholarship Repository,* Faculty Scholarship Series, paper 655, 01.01.1998. Disponível em: [digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers].

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. Marcos C. Montagnoli. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Mediação penal e finalidades do sancionamento – Esboço de uma *relatio*, de André Lamas Leite – *RCP* 11/49-96 (DTR\2009\364); e
- O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas, de Carlos Gómez-Jara Díez, Carolina de Freitas Paladino e Natália de Campos Grey – *RBCCrim* 100/415-451 (DTR\2013\412).

A persistência do discurso da ressocialização na execução penal de exceção

The persistence of the resocialization speech on penal execution exception

Klelia Canabrava Aleixo

Doutora em Políticas Públicas e Formação Humana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestra em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
kleliaaleixo@gmail.com

Flávia Ávila Penido

Doutoranda e Mestra em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Público. Professora auxiliar na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada.
f.avilapenido@gmail.com

Recebido em: 02.04.2018
Aprovado em: 16.07.2018
Última versão das autoras: 09.09.2018

Áreas do Direito: Processual; Penal; Direitos Humanos

Resumo: O presente artigo pretende investigar se o discurso da ressocialização representa uma proposta de humanização da execução penal ou mascara as suas reais funções de retribuição, neutralização e extermínio da pessoa presa, configurando a execução penal enquanto campo de exceção, na acepção de Giorgio Agamben. Para tal, será utilizado o procedimento metodológico dedutivo a partir de pesquisas bibliográficas e documental.

Palavras-chave: Execução penal – Ressocialização – Campo – Exceção.

Abstract: This article intends to investigate whether the persistent resocialization speech represents a proposal for humanization of penal execution or mask your real functions of retribution, neutralization and extermination of the person arrested, configuring execution while criminal field of exception, on conception of Giorgio Agamben. In order to do this debate, we adopted a deductive approach based on literature and documentary review.

Keywords: Penal execution – Resocialization – Field – Exception.

Aleixo, Klelia Canabrava; Penido, Flávia Ávila.
A persistência do discurso da ressocialização na execução penal de exceção.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 151. ano 27. p. 115-131. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2019.

Sumário: 1. Introdução. 2. A persistência do discurso da ressocialização na execução penal. 3. Da ilegitimidade e falácia do discurso oficial. 4. A execução penal como campo de exceção. 5. Para além de uma execução penal de exceção. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

A persistência da ressocialização como finalidade da execução penal causa estranheza diante da evidência do seu inquestionável fracasso.

Contrariamente ao propalado – no entanto – o discurso da ressocialização parece fazer parte de um mecanismo de violência institucionalizada, operacionalizada pelo poder punitivo a fim de impor a reforma da personalidade como forma de aniquilamento da individualidade do preso.

Partindo de tal hipótese de trabalho, verificar-se-á a (i)legitimidade desse discurso oficial e sua relação com a execução penal identificada metaforicamente como campo de exceção. Na concepção de Giorgio Agamben (2010, 2015), o campo é tido como espaço de permanente estado de exceção justificado por uma condição emergencial fabricada pelo poder político que determina a suspensão da ordem jurídica.

Pretende-se, neste artigo, investigar se o discurso da ressocialização é representativo de uma proposta de humanização da execução penal ou mascara a sua perenização como campo de exceção a identificar – entre as formas de vida – uma esfera de vida nua a tornar o preso um não sujeito: o *sacer*, aquele que é matável também em sua individualidade.

Para além de uma execução penal de exceção, propõe-se uma execução penal de resistência e luta contra as reais violações de direitos e aniquilamento da pessoa presa.

2. A persistência do discurso da ressocialização na execução penal

O fracasso empírico da finalidade ressocializadora da prisão é evidenciado – há mais de três décadas – e constitui um dado inquestionável (RIVERA BEIRAS, 2017. p. 58-59).

Em muitos países, sobretudo nos Estados Unidos, assistiu-se a uma mudança no discurso oficial sobre a prisão que gira mais em torno da neutralização e incapacitação do preso (BARATTA, 1990. p. 1). Nos países capitalistas centrais, a crise do *welfare state* gerou impactos também nas instituições penais. A diminuição do Estado de bem-estar social culminou na crítica à ressocialização enquanto

um dos objetivos da prisão, e direcionou-a para uma intervenção eminentemente neutralizadora.

David Garland aponta o desaparecimento gradual da *ratio correcional* como sendo uma das maiores mudanças na política criminal contemporânea (GARLAND, 2008. p. 50).

Não obstante esse paulatino desaparecimento, o discurso da ressocialização não foi abandonado por completo. Ele persiste como discurso oficial na execução penal e é repetido como mantra em legislações nacionais e internacionais, decisões judiciais, projetos e programas de cumprimento de pena privativa de liberdade. Conforme observado por Amilton Bueno de Carvalho (2013), "[...] o discurso dirigido à retórica que alardeia a ressocialização é sempre presente, estupidamente presente" (CARVALHO, 2013. p. 107).

Afinal, qual a razão de tal persistência?

No Brasil, quando ele já se encontrava em declínio em boa parte do mundo, pareceu encontrar, no início dos anos 1980, o seu último sopro de existência (TEIXEIRA, 2006. p. 48-61). No campo legislativo, a Lei de Execução Penal em vigência, promulgada em 1984, indicou a "harmônica integração social do condenado" como um dos objetivos da execução penal.

Ocorre que – passadas mais de três décadas de fracasso – o Projeto de Lei 513/2013, de autoria de Renan Calheiros, que altera a Lei de Execução Penal e foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, reiterou o mesmo propósito para a execução penal.

Conforme observado por Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro (2017), é difícil acreditar que a Lei de Execução Penal objetiva reinserir o apenado na sociedade prevendo, por exemplo, o Regime Disciplinar Diferenciado (BAQUEIRO, 2017. p. 51).

A reintegração social, ressocialização, reabilitação ou reeducação são expressões que compõem o chamado conjunto de "ideologias re" que, para Eugênio Raúl Zaffaroni et al. (2003):

> [...] encontram-se tão deslegitimadas, frente aos dados da ciência social, que utilizam como argumento em seu favor a necessidade de serem sustentadas apenas para que não se caia num retribucionismo irracional, que legitime a conversão dos cárceres em campos de concentração (ZAFFARONI et al., 2003. p. 126).

Parte-se de uma retórica, nunca cientificamente demonstrada, que cumpre centenariamente a função de apresentar-se no discurso jurídico como doutrina

de justificação da reclusão punitiva. "Não obstante essa pretensão, um grande catálogo de objeções sempre colocou de manifesto a falácia central sobre a que se assentou: ensinar a viver em liberdade privando da mesma [...]"[1] (RIVERA BEIRAS, 2017. p. 30, tradução nossa).

Cezar Oliveira de Barros Leal (2008) destaca que:

> [...] a proposta de reabilitação do condenado, presente na peroração oficial e nas Cartas Fundamentais de inúmeros países hispano-americanos, assim como em documentos de caráter regional e universal, serve a alguns com o único propósito de legitimar o sistema[2] (LEAL, 2008. p. 54).

No entanto, conforme se verificará no próximo item, o fato de estar prevista em lei não é suficiente para considerar a falaciosa proposta legítima.

3. Da ilegitimidade e falácia do discurso oficial

Na América Latina, verifica-se que, mais do que um espaço voltado à contenção e neutralização do criminoso, a prisão é um espaço de extermínio da pessoa presa. Conforme observado por Eugênio Raúl Zaffaroni, o fato morte é característico do exercício de poder dos sistemas penais marginais:

> Entre esses fatos, o mais notório, em nossa região marginal, e do qual pode derivar-se toda uma ética deslegitimante, é a *morte*. Trata-se de uma deslegitimação que está além dos limites teóricos porque atinge diretamente a consciência ética, não requerendo qualquer demonstração científica porque é "perceptível": ninguém seria tolo a ponto de negar que os mortos estão mortos (ZAFFARONI, 1991. p. 38, destaque nosso).

Nesse contexto, chama a atenção a persistência do discurso da ressocialização do condenado enquanto finalidade da execução penal.

Sob o aspecto ideológico, ele gera certo conforto em razão de sua suposta e aparente nobreza ínsita na ideia de viabilizar a transformação do criminoso em cidadão de bem. Por tal motivo, Scheyla Priscila do Carmo Soares salienta que

1. *No obstante esa pretensión, un gran catálogo de objeciones siempre pusieron de manifesto la falacia central sobre la que se asentó: enseñar a vivir en libertad privando de la misma* [...].
2. Para um detalhamento da previsão da proposta de ressocialização do condenado na legislação e documentos nacionais e internacionais, ver a tese de doutorado do Prof. Hermes Vilchez Guerrero (2017. p. 142-157) intitulada *A transferência da execução penal para o país do condenado*.

"a prevenção especial positiva pode ser considerada a mais nobre das finalidades atribuídas à pena; no entanto, mascara ainda um grande mal que é a execução da pena privativa de liberdade."[3]

Amilton Bueno de Carvalho (2013) explicita que "uma das maneiras mais "confortáveis" de suportar o mal que se faz (determinar que alguém vá a presídio) é acreditar na mentira: presídio é "necessário", é "útil" e, dito mais fanaticamente, "recupera"! (CARVALHO, 2013. p. 101).

Aduzindo ao pensamento de Nietzsche, ressalta que a crença na mentira é necessária para suportar a vida:

> *Temos necessidade da mentira* para sobrepujarmos essa realidade, essa "verdade", quer dizer para vivermos [...]. O fato de que a mentira seja necessária para viver pertence a esse caráter terrível e problemático da existência [...]. (NIETZSCHE apud CARVALHO, 2013. p. 102, grifo do autor).

Na mentira institucionalizada na lei e pela lei o condenado responde também mentirosamente colocando a máscara da ressocialização e praticando ações artificiais aptas a demonstrar que se encontra ressocializado para que assim possa alcançar a liberdade. Sabe bem que para tanto deve se mostrar um "bom preso".[4]

Ressalta-se que a pena é instrumento coercitivo de controle social, o que compromete *per si* a finalidade ressocializadora; qualquer pretensão exitosa de intervenção sobre alguém voltada à sua integração social deve, preliminarmente, respeitar a sua vontade e autonomia. O respeito a tais aspectos passa pelo reconhecimento da pessoa; portanto, o processo de ressocialização imposto reduz a pessoa presa à condição de mero objeto de intervenção.

> A ressocialização, nestes termos, é inaceitável como finalidade da execução penal, pois, para a psicologia moderna, para realmente se conseguir tal intento qualquer forma de punição ou de tratamento forçado deveria ser abandonado (BRITO, 2016. p. 09).

3. SOARES, Sheyla Priscila do Carmo. *A prevenção especial positiva revisitada à luz do Estado democrático de Direito*. Apostila.
4. A manutenção do bom comportamento no hostil espaço prisional denota que o comportamento é fabricado e a boa conduta suportada para que não se veja frustrada a concessão de benefícios seja pelo não implemento do requisito subjetivo, seja pelo reinício da contagem do prazo para concessão de benefícios em caso de falta grave. Neste sentido: ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. O bom adestramento carcerário na execução penal do autor. In: *Execução penal e resistências*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

Embora o discurso da ressocialização denote uma aparente finalidade positiva à pena – de cunho humanitário – não respeita a pessoa humana:

> Igualmente, se o discurso punitivo do século XX apresenta técnicas pedagógicas de ressocialização (vigilância) como ar fresco humanizador frente ao sistema punitivo, próprio dos modelos de Estado intervencionista, intensifica o sofrimento e a violação dos direitos da pessoa do condenado. A função real de ampliar as redes de vigilância e de controle, sofisticando as formas de imposição da dor, se oculta pelos discursos de humanização da pena (funções declaradas), apresentando ao público consumidor do sistema penal um imbatível e sofisticado discurso de legitimação[5] (CARVALHO, 2009. p. 165, tradução nossa).

Conforme observado por Michel Foucault (2012), esse mecanismo punitivo amplia as redes de vigilância e de controle sofisticando as formas de imposição de dor e constituindo um discurso de legitimação do sistema penal (FOUCAULT, 2012. p. 26).

Nesse sentido, é fundamental reconhecer que – na concepção de Estado democrático de direito – a intervenção estatal encontra um limite: o da intangibilidade da subjetividade e alteridade das pessoas. Conforme esclarecido por Juarez Tavares (2016):

> Se o Estado democrático se funda na proteção da dignidade humana e na liberdade, a qual engloba não apenas a de ir e vir, senão também a de crença, de conhecimento, de concepções políticas e outras, não será possível exigir-se de ninguém, nem mesmo do condenado, que acolha a ideologia dominante do sistema. A chamada ressocialização do condenado e sua reinserção social devem ser limitadas por atos que o possam orientar para a convivência e a tolerância. Tão só (TAVARES, 2016. p. 9).

Na concepção de Estado democrático de direito não é legítimo ao poder estatal determinar qual o comportamento que o preso deve ter ou demonstrar ter para ser considerado apto a retornar ao convívio social. O direito de cada um de

5. *Asimismo, si el discurso punitivo del siglo XX presenta técnicas pedagógicas de resocialización (vigilância) como aire fresco humanizador frente al sistema punitivo, próprio de los modelos de Estado intervencionista, intensifica el sufrimento y la violación de los derechos de la persona del condenado. La función real de ampliar las redes de vigilância y de control, sofisticando las formas de imposición del dolor, se oculta por los discursos de humanización de la pena (funciones declaradas), presentando al público consumidor del sistema penal un imbatible y sofisticado discurso de legitimación.*

desenvolver a sua personalidade de acordo com os valores que acredita e assimila do seu contexto social e cultural é característico desse paradigma.[6]

A proposta de ressocialização pela imposição da pena não respeita a pessoa presa e também não se ajusta à Constituição. Conforme detalhado por Rodrigo Duque Estrada Roig (2017):

> Por sua vez, a prevenção especial positiva não é resposta constitucionalmente admissível, considerando que as ideias de tratamento e ressocialização pressupõem um papel passivo do preso e ativo das instituições, sendo resíduos anacrônicos da velha criminologia positivista que definia o condenado como um indivíduo anormal e inferior que devia ser (re) adaptado à sociedade, considerando acriticamente esta como "boa" e o condenado como "mau". Em última análise, a sanção penal e sua execução não podem trazer consigo a finalidade de regulação moral dos sujeitos, pois haveria ruptura do princípio da secularização (ROIG, 2017. p. 23-24).

Conforme destacado, a ideia da pena como forma de tratamento imposta ao encarcerado com o objetivo de reeducá-lo, ressocializá-lo ou reabilitá-lo viola sua liberdade moral e, por tal motivo, fere a liberdade de autonomia, de consciência e, em suma, a dignidade humana:

> [...] a pena, com efeito, assume a forma de tratamento diferenciado que visa à transformação ou à neutralização da personalidade do condenado – não importando se com o auxílio do padre ou do psiquiatra – mediante sua reeducação aos valores dominantes ou, o que é pior, sua alteração por meio de medicamentos. Via de consequência, resolve-se, na medida em que o tratamento não é partilhado com o condenado, em uma aflição adicional à sua reclusão, e, mais precisamente, em uma lesão da sua liberdade moral ou interior que se soma a uma lesão da liberdade física ou exterior, própria da pena detentiva. (FERRAJOLI, 2002. p. 219).

Por tais razões, tal proposta constitui sutil forma de desrespeito à integridade da pessoa presa ao se tentar impor um modo hegemônico de vida.[7]

Qualquer pretensão de intervenção voltada à mudança de alguém deve respeitar sua liberdade, vontade e autonomia. Não pode ser imposta, nem mesmo

6. SOARES, Sheyla Priscila do Carmo. *A prevenção especial positiva revisitada à luz do Estado democrático de Direito.* (Apostila).

7. Idem.

à pessoa condenada à pena privativa de liberdade, uma vez que a reintegração social pela sua própria natureza coletiva e social não constitui dever jurídico do preso.

Rodrigo Duque Estrada Roig (2017) esclarece que deve ser vedada também – na execução penal – a imposição de determinado padrão moral às pessoas presas, assim como a ingerência sobre seu pensamento, liberdade de consciência e autonomia de vontade:

> Em uma visão redutora da execução penal, a humanidade também se identifica com o imperativo da tolerância (ou alteridade), exigindo do magistrado da execução uma diferente percepção jurídica, social e humana da pessoa presa, capaz de reconhecê-la como sujeito de direitos. Essa nova compreensão do princípio da humanização da pena, cotejada pelo reconhecimento do outro, busca, então, afastar da apreciação judicial juízos eminentemente morais, retributivos, exemplificantes ou correcionais, bem como considerações subjetivistas, passíveis de subversão discriminatória e retributiva. Busca ainda deslegitimar o manejo da execução como instrumento de recuperação, reeducação, reintegração, ressocialização ou reforma dos indivíduos, típicos da ideologia tratamental positivista (ROIG, 2017. p. 34-35).

Verifica-se que o objetivo da execução penal de "harmônica integração social" pressupõe a existência de uma sociedade integrada, harmonicamente, modelo ao qual o condenado deve se "integrar" sem maiores questionamentos. Ocorre que essa sociedade não existe e tal finalidade viabiliza a homogeneização de comportamentos aos valores dominantes, ignorando a alteridade. Verifica-se também que a violência absoluta – presente no ambiente carcerário – é quase sempre a razão para o "convencimento" do preso a se ressocializar, o que também configura violência ilegítima.

A proposta de impor aos presos – por meio da pena – um modo de vida e um ideal de socialização supostamente considerados bons é também incompatível com o respeito aos direitos humanos. Tal proposta fere o princípio da humanidade ao tornar a pena mais aflitiva em razão da ofensa à liberdade moral de autodeterminação, com patente violação ao inciso XLIX do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral" (BRASIL, 1988).

À luz da teoria crítica dos direitos humanos, o discurso da ressocialização consiste – pois – em sutil mecanismo aparentemente voltado à satisfação dos direitos humanos que, em seu acionar concreto, viola os próprios direitos humanos em manifesta reversibilidade ideológica (CARVALHO, 2009. p. 167).

4. A execução penal como campo de exceção

Na contemporaneidade, dada a perenização da suspensão dos direitos do preso no campo prisional, é possível afirmar que a política prisional e a execução penal passaram a ser espaços preferenciais de exceção.

A execução penal tem configurado um campo de exceção, no qual emergem regras e entendimentos de violação e suspensão de direitos que reforçam a condição de *homo sacer* do preso como sendo aquele que pode ser morto sem que sua morte configure homicídio, pode ser ilegalmente privado de liberdade sem que essa privação configure um crime e que está fora do sistema legal de proteção. Verifica-se – pois – o desmonte do arcabouço jurídico previsto em lei e em documentos nacionais e internacionais acerca dos direitos do preso e a cotidiana afirmação da sua condição de *homo sacer*.[8]

Giorgio Agamben (2010) sinaliza que – hoje – a única forma de legitimação do poder tem sido a emergência, à qual se faz apelo ao mesmo tempo em que se trabalha secretamente para produzi-la.[9] Nesse contexto, o soberano decide sobre a suspensão da lei e instala o estado de exceção; ao fazê-lo, cria um espaço de indiferença sobre uma esfera da vida denominada vida nua.

Segundo o autor, o poder político sempre se funda na separação de uma esfera da vida nua no contexto das formas de vida, ao distinguir o povo; vida nua, do Povo com existência política. Exclusão e inclusão. Um mesmo termo nomeando a classe que está excluída da política e o sujeito político – na perpetuação do estado de exceção – que passa a ser a regra (AGAMBEN, 2010. p. 14-16; 35-37).

Na relação de exceção, há uma esfera do agir humano em que atua a decisão soberana que suspende a lei no estado de exceção; implica – assim – o homem à vida nua. A vida nua é a identificação – no *homo sacer* – de uma esfera de vida exposta à morte que vai colocá-lo numa condição de matável. Cria-se uma esfera soberana na qual se pode matar sem cometer homicídio (AGAMBEN, 2015. p. 84-85).

Giorgio Agamben (2015) denomina campo [...] "o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a se tornar a regra [...]. É a estrutura na qual o estado de exceção, sobre cuja decisão possível se funda o poder soberano, é realizado de modo estável".

8. AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua. 2. ed. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

9. O autor questiona: "Como não pensar que um sistema que pode agora funcionar apenas na base de uma emergência não esteja, do mesmo modo interessado em mantê-la a qualquer preço?" (AGAMBEN, 2015. p. 16).

Por ser um espaço de exceção, no qual a lei é integralmente suspendida, nele, tudo é possível. Considerando a permanência do estado de exceção, o poder tem diante de si a vida biológica despida da condição de sujeito político, reduzidos à vida nua. Dada a aparência de normalidade, pode-se perfeitamente confundir o *homo sacer* com o cidadão (AGAMBEN, 2015. p. 42-44).

Embora haja em Agamben a ressalva de que o campo difere do cárcere e do direito carcerário pelo fato dos últimos estarem incluídos no ordenamento normal (AGAMBEN, 2010. p. 26-27), associa-se neste texto os espaços partindo-se do reconhecimento de que na realidade ambos se distanciam da ordem jurídica normal, situando-se fora dela. Seja pela situação inconstitucional de suas estruturas, seja pela anormalidade da aplicação da lei no espaço carcerário, há a suspensão da ordem jurídica no cotidiano carcerário sendo possível identificá-lo com um espaço de exceção.

O espaço carcerário e os discursos que giram em seu entorno parecem, mas, não são legítimos. São espaços permanentes de violações e suspensões de direitos, chancelados nos fins e nas formas pelas instituições públicas, perenizando a exceção tal como ocorre no campo.

Portanto, apesar de existir uma ordem jurídica que dispõe sobre como as penas devem ser executadas, tal ordem não é transgredida ocasionalmente, mas, de maneira estável, inalterável, perene, como no campo.

Ressalta-se que o questionamento mais importante não reside na objeção aos horrores cometidos nos campos, mas na indagação sobre

> [...] através de quais procedimentos jurídicos e de quais dispositivos políticos os seres humanos puderam ser tão integralmente privados de seus direitos e de suas prerrogativas, até que cometer nos seus confrontos qualquer ato não parecesse mais como um delito (AGAMBEN, 2015. p. 44).

No campo da execução penal, a resposta passa – em alguma medida – pela *reificação* das pessoas presas, com a sua "inferiorização cívica" a partir da assunção, pelo Estado, de uma posição de supremacia especial, à qual é correlata a posição de sujeição especial de determinadas categorias de pessoas, incluídas as presas. Essa ideologia da "relação especial de sujeição" – presente desde o final do século XIX – também persiste justificando, ao menos na práxis prisional, a

> [...] possibilidade de inobservância de direitos fundamentais e da flexibilização do princípio da legalidade com a permissão de trânsito em um campo inteiramente alheio ao direito, não valorado juridicamente (ROIG, 2017. p. 51-54).

Esta "relação especial de sujeição" a justificar a suspensão da ordem jurídica (estado de exceção) serve de embasamento teórico-jurídico a reforçar a condição de *homo sacer* do preso. A permanência da suspensão e violação de direitos no âmbito da execução penal denota a condição de campo no qual não se questiona a ilegalidade dos atos praticados, já que o estado de exceção é convertido em regra, condição permanente e inerente àquele espaço.

Conforme explicitado por Giorgio Agamben (2015), afirma-se que a violação de direitos, que estaria fora do ordenamento jurídico por compor o estado de exceção (com a suspensão da ordem jurídica), é por tal estado cooptada na medida em que – configurado o campo – o estado de exceção passa a ser realizado de modo estável; portanto, incluído por sua própria exclusão (AGAMBEN, 2015. p. 43).

Pode-se verificar que o discurso da ressocialização persiste no campo da execução penal porque, embora não pareça, é discurso de morte, de aniquilamento da pessoa presa.

No espaço de morte que configura o campo da execução penal, não há espaço para a afirmação da pessoa presa. Nesse contexto, percebe-se que a exigência de que o apenado seja transformado em outra pessoa implica seu aniquilamento, ou seja, na morte dele mesmo.

Amilton Bueno de Carvalho (2013) reflete sobre as razões que nos levam a ambicionar a morte do outro:

> Será que ambicionamos, via discurso da recuperação, domesticar a nós mesmos lá-no-outro? Algo como diz o filósofo no "Assim Falou Zaratustra": "Para elas, virtude é o que torna modesto e manso: com ela transformam o lobo em cão, e o próprio homem, no melhor animal doméstico do homem". Mas, o acontecimento é inverso; não há domesticação, mas o aumento espetacular da agressividade adquirida (melhor dito: aumentada) como consequência do encarceramento: "Mas eliminar a vontade inteiramente, suspender os afetos todos sem exceção, supondo que o conseguíssemos, não seria *castrar* o intelecto? [...] Como?" (CARVALHO, 2013. p. 115, grifo do autor).

Alerta-nos que, mesmo que por meio do discurso da ressocialização, quiséssemos domesticar a nós mesmos – o resultado é o inverso: o aumento espetacular da agressividade como consequência do encarceramento.

O aniquilamento da pessoa presa e a consequente perpetuação da agressividade e da violência é, pois, a real intencionalidade da manutenção do falacioso discurso da ressocialização como finalidade da execução penal. Aliado a intervenção penal retributiva, neutralizadora e gerenciadora de riscos, deu-se à luz a

esse estranho híbrido voltado para tal. Percebe-se que perspectivas que pareciam indicar uma certa contradição ideológica na intervenção penal ressocializadora e neutralizadora, coexistem e são ambas voltadas para a morte da pessoa presa. Não há contradição entre elas, há coincidência no objetivo.

5. Para além de uma execução penal de exceção

A configuração da execução penal como campo de exceção permite-nos perceber que, mesmo que fosse um discurso legítimo e crível, não há espaço para o manejo da execução da pena voltado à recuperação, reintegração ou ressocialização do condenado. A execução penal de exceção é espaço de morte, vazio de direito, em que não há espaço para afirmação do condenado enquanto pessoa humana e suas características.

A percepção de tal realidade não significa aceitar que a execução penal possa continuar sendo o rito que segue programando como vai ser a execução do apenado.

Preliminarmente, faz-se necessário identificar a prisão como principal potencializadora de tal procedimento. Em sua dimensão material e real, a pena privativa de liberdade é – mais do que as outras penas – um sofrimento causado intencionalmente com fins de degradação do condenado, cujo efeito se traduz na sua "coisificação" e na sua sujeição ao poder. Trata-se de um aparato administrativo inventado na modernidade para a produção da servidão penal. Nesse sentido, tal pena representa um território de negação do direito onde não é possível se pensar em direitos do detido ou do condenado (PAVARINI, 2011. p. 57-62).

Conforme identificado por Luigi Ferrajoli, o cárcere é uma contradição institucional, na medida em que – paradoxalmente – é institucionalizado pelo direito mas também o viola (FERRAJOLI, 2016. p. 7).

Verifica-se que qualquer perspectiva voltada para o reconhecimento das pessoas e de seus direitos na prisão estará sempre subordinada ao poder de sujeição exercido nela, que dita o limite que lhes será concedido. Portanto, não há espaço para o direito e para a dignidade humana na prisão.

Em especial na América Latina, a prisão é *locus* de extermínio da pessoa presa que ocupa posição central na política de controle social. A execução penal tem representado o rito para tal e o falacioso discurso da ressocialização, o saber produzido para mascarar a ilegitimidade da violência estatal e viabilizar desapercebidamente o extermínio do preso.

Nesse contexto, a construção de uma execução penal como estratégia de resistência e luta contra tal realidade não deve partir da mentira institucional da

ressocialização do condenado, mas do fato de que as violações de direitos e aniquilamento da pessoa presa são inerentes à pena privativa de liberdade. Isso determina a ilegitimidade absoluta do poder punitivo que está sendo executado e – de maneira urgente – a prática de ações voltadas à descarcerização.

Defende-se a projeção de discursos e práticas voltadas à redução dos danos causados pela violenta incidência dos sistemas punitivos afastando-se os discursos de justificação, evitando-se assim a "legitimação do ilegítimo". Permite-se

> [...] que o operador jurídico atue consciente da institucionalização deteriorante do cárcere, voltando o seu saber e a sua atuação para a máxima neutralização possível dos efeitos da prisionalização e para a diminuição da vulnerabilidade dos indivíduos e dos grupos criminalizados (CARVALHO, 2015. p. 159-164).

Conforme alertado por Ricardo Timm de Souza (2006), "[...] o mundo já não suporta sistemas que desabam, expondo a ingenuidade ou a hipocrisia daqueles que, julgando-se a salvo da história como catástrofe, neles se haviam refugiado" (SOUZA, 2006. p. 20).

6. Considerações finais

A insistência em se identificar a ressocialização como principal finalidade da execução penal – inserta no ordenamento pátrio e em documentos internacionais – serve como reforço e forma de mascarar as reais funções de retribuição, neutralização e extermínio da pessoa presa.

Verificou-se que qualquer tentativa de impor a reforma da personalidade, ferindo a capacidade de autodeterminação do apenado, não pode significar outra coisa senão violação ao princípio da humanidade, uma vez que fere o direito à livre manifestação da consciência tornando mais aflitiva a pena.

As propostas de correção encontram espaço fértil na execução penal enquanto campo de exceção. O reconhecimento da violação sistemática de direitos na execução penal – o que por si tornaria ilegítima a aplicação e execução de penas privativas de liberdade, quando apresentado como irremediável – passa a ser aceito como a única forma de se garantir a segurança pública: um mal necessário.

Esta perenização da violência institucional – vista como mal necessário e irremediável – tem o condão de tornar regra a exceção. A partir de então, a execução penal passa a representar um campo de exceção, no sentido esboçado por Giorgio Agamben: um espaço de violação de direitos, com a suspensão da ordem jurídica, realizado de modo estável.

A estabilidade que caracteriza o campo é o que permite a inclusão do que está fora do ordenamento jurídico: se a exceção é caracterizada pela suspensão do ordenamento jurídico em relação a uma esfera de vida, a sua estabilidade passa a ser integrada à realidade jurídica como se legítimo fosse. Em outros termos, a legitimação do poder pela emergência justifica a permanência do campo de exceção, motivo pelo qual não mais causa estranheza a manutenção da exclusão da forma de vida nua.

A caracterização da execução penal como campo de exceção indica o quão estratégico é o discurso da ressocialização, uma vez que – em sua essência – é compatível com a suspensão da ordem jurídica que viabiliza o espaço de morte, de controle e eliminação do indesejável. Considerando que a exceção é instalada e mantida pelo poder político, é possível identificar a estratégia de controle e neutralização que está por trás da suposta fatalidade da violação de direitos.

A prisão, enquanto espaço de violência, degradação e sofrimento impingido ao preso, faz com que ele fique reduzido à condição de não sujeito, fazendo com que se apresente como objeto ao qual pode ser imprimida toda sorte de violações a pretexto de reformar a sua personalidade.

O discurso da ressocialização, portanto, mascara e reforça a perenização da execução penal como campo de exceção a identificar – entre as formas de vida – uma esfera de vida nua a tornar o preso um não sujeito – o *sacer* – aquele que é matável também em sua individualidade.

Para além da execução penal de exceção, propõe-se uma execução penal de resistência e luta que deve rechaçar a persistente proposta institucional da ressocialização do condenado e partir do reconhecimento das reais violações de direitos e aniquilamento da pessoa presa que ocorre em seu âmbito, o que determina – urgentemente – a prática de ações voltadas à descarcerização. Defende-se a projeção de discursos e práticas voltadas à redução dos danos causados pela violenta incidência dos sistemas punitivos.

7. Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Meios sem fim*: notas sobre a política. Trad. Davi Pessoa Carneiro. 2. reimp. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua. 2. ed. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. *Execução penal e resistências*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. *Execução penal e o mito da ressocialização*: disfunções da pena privativa de liberdade. Curitiba: Juruá, 2017.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARATTA, Alessandro. *Resocialización o control social*: por um concepto crítico de "reintegración social" del condenado. Trad. Mauricio Martínez, U. de Saarland. Org. Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social. Lima: UNIFR, 1990. Disponível em: [perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120608_01.pdf]. Acesso em: 16.01.2018.

BRITO, Alexis Couto. Fundamentos e limites da execução penal no Estado Democrático de Direito. *DELICTAE*: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, v. 1, n. 1, 2016.

CALHEIROS, Renan. *Projeto de Lei do Senado 513*, de 2013. Agenda Brasil 2015. Altera a Lei de Execução Penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115665]. Acesso em: 16.01.2018.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito penal a marteladas*: algo sobre Nietzsche e o Direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

CARVALHO, Salo de. Criminologia, garantismo e teoria crítica de los derechos humanos: ensayo sobre el ejercicio de los poderes punitivos. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales,* n. 1, a. 1, Enero./Junio, 2009.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

FERRAJOLI, Luigi. Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional. *Crítica penal y poder*, Barcelona, Observatorio del sistema penal y los derechos humanos, Universidad de Barcelona, n. 11, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 40. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GUERRERO, Hermes Vilchez. *A transferência da execução penal para o país do condenado*. 2017. 307f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

LEAL, Cezar Oliveira de Barros. O mito sobrevivente da reabilitação: uma análise à luz dos direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 8, n. 8, p. 53-59, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PAVARINI, Massimo. Estrategias de lucha: los derechos de las personas detenidas e el abolicionismo. *Revista crítica Penal y Poder*, Barcelona, Observatorio del sistema penal y los derechos humanos, Universidad de Barcelona, n. 1, 2011.

PAVARINI, Massimo. *La miseria del reformismo penitenciário*: algunas notas criticas a la luz de la experiencia italiana. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Descarcelación*: principios para uma política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical). Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

ROIG, Rodrigo Duque Estada. *Execução penal*: teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOARES, Sheyla Priscila do Carmo. *A prevenção especial positiva revisitada à luz do Estado democrático de Direito*. Apostila.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Humano, hoje*: sobre a questão da dignidade no discurso filosófico contemporâneo. Passo Fundo: IFIBE, 2006.

TAVARES, Juarez. Juarez Tavares diz que não se pode prender no Brasil: falta responsabilidade do Estado e de seus magistrados. Entrevista concedida a Daniel Sarmento. [S. l.]: *Direito Penal e Democracia*, 02.06.2015. Disponível em: [www.direitopenaledemocracia.com.br/2015/06/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode.html]. Acesso em: 02.11.2016.

TEIXEIRA, Alessandra. *Do sujeito de direito ao estado de exceção*: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro. 2006. 182f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito Penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A dessocialização do condenado no sistema carcerário convencional: o sofisma da ressocialização, de Mônica Rafaela Oliveira Martins – *RBCCrim* 150/539-553 (DTR\2018\22456); e
- Direito das minorias da tutela jurídica internacional e constitucional dos privados de liberdade física como condição para o processo de ressocialização desse grupo social, de Lucas de Souza Lehfeld – *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 8/719-745 (DTR\2015\11492).

O lançamento e o auto de infração como fontes de prova da materialidade do crime previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90

The launch and the notice of infraction as sources of proof of the materiality of the crime provided for in article 1st, item II, of Law 8,137/90

Leonardo Nunes Marques

Pós-Graduado em Direito Penal Econômico pelo IBCCrim. Mestre em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro – UCAM-RJ. Pós-Graduado em Direito Material e Processual Tributário pelo IBET. Professor em Direito Tributário na Faculdade Pio XII, em Cariacica/ES. Advogado sócio do Brum & Advogados Associados, em Vitória/ES. Presidente da Comissão Especial de Estudos Tributários da OAB/ES. Diretor do Núcleo de Direito Tributário da ESA-OAB/ES.
leonardo@brumadv.com.br

Victor Misse Guidi

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória, em Vitória/ES.
missevictor@gmail.com

Recebido em: 28.05.2018
Aprovado em: 09.08.2018
Última versão dos autores: 15.09.2018

Áreas do Direito: Penal; Tributário

Resumo: O artigo tem como objetivo a análise do papel do lançamento, no tocante aos tributos sujeitos à sistemática do lançamento por homologação, e do auto de infração na investigação do crime tipificado no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90. Para tanto, abordou-se a natureza jurídica do lançamento e do auto de infração, examinaram-se os lementos objetivos e subjetivos do tipo penal eleito e se apresentou o conceito de fonte de prova no processo penal. Ao final, concluiu-se que o lançamento e o auto

Abstract: The objective of the article is to analyze the role of initiation, about the taxes subject to the systematic of the initiation by approbation, and the indictment of the crime in the investigation of the crime described in Article 1, Item II, of Law 8.137 / 90. To do so, examined the legal nature of the initiation and the infringement, reviewed the objective and subjective elements of the selected kind, and presented the concept of the source of evidence in criminal proceedings. At the end, the conclusion consists that the initiation

Marques, Leonardo Nunes; Guidi, Victor Misse. O lançamento e o auto de infração como fontes de prova da materialidade do crime previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 151. ano 27. p. 133-163. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2019.

de infração são fontes de prova da materialidade dos elementos objetivos do tipo, porém, não se prestam, ordinariamente, à comprovação da materialidade do elemento subjetivo. Na persecução penal, as evidências retratadas no lançamento e no auto de infração devem ser interpretadas segundo as normas do Direito Penal. O modelo metodológico utilizado foi o bibliográfico, pautado na pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito Penal Tributário – Artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90 – Lançamento – Auto de infração – Fonte de prova.

and the infringement are sources of proof of the materialness from the objective elements of the kind, but do not usually lend themselves to the substantiation of the materialness from the subjective element. In a criminal prosecution, must present the evidence presented at the initiation and in the infringement according to the norms of Criminal Law. The methodological model used was the bibliographical one, based on the doctrinal and jurisprudential research.

Keywords: Tax Criminal Law – Article 1st, item II, of Law 8,137/90 – Initiation – Infringement – Source of proof.

Sumário: Introdução. 1. O lançamento tributário e o auto de infração. 2. Os elementos objetivos e subjetivos do tipo previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90. 3. Noções sobre a prova no processo penal. 4. O lançamento e o auto de infração como fontes de prova da materialidade do crime previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90. Conclusão. Referências.

Introdução

Com a intensificação da propositura de ações penais contra os contribuintes, incrementou-se o interesse acadêmico pelo Direito Penal Tributário. Consequentemente, voltaram-se as luzes para dois institutos de grande relevância para o Direito Tributário, quais sejam, o lançamento e o auto de infração. O reconhecimento da relevância do aprofundamento do estudo científico de tais institutos se justifica no fato de que ambos possuem conotação probatória para fins de investigação dos crimes contra a ordem tributária.

Nesse contexto, o problema de pesquisa do artigo é identificar a repercussão do lançamento e do auto de infração na comprovação da materialidade dos elementos objetivos e subjetivos do crime previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90.

A indefinição sobre elementos basilares da prova tem suscitado instabilidade nas percepções dos diversos atores envolvidos na persecução penal dos ilícitos tributários. A dubiedade no entendimento sobre a aplicação de conceitos da atividade investigativa e processual, no campo do Direito Penal Tributário, enseja fragilidades na condução dos casos concretos e pode resultar em indevida

vulnerabilidade de axiomas e garantias do Direito Penal, tal como o *in dubio pro reo*. Para além da dogmática dos casos concretos, certo é que a heterogeneidade de entendimentos nessa matéria tem repercussão negativa direta na práxis jurídica e mediata no próprio desenvolvimento da ordem econômica nacional.

Objetiva-se consolidar a hipótese de que o lançamento e o auto de infração, na sistemática dos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, constituem fontes de prova da materialidade dos elementos objetivos do tipo "suprimir ou reduzir tributo" e "fraudar a fiscalização", além de sedimentar o entendimento de que, quanto ao elemento subjetivo do tipo, os atos em questão não se prestam, ordinariamente, à demonstração de sua materialidade. Almeja-se, ainda, destacar a existência de um filtro interpretativo que deve ser imposto ao processo de introdução, no âmbito da materialidade penal, das evidências contidas no lançamento e no auto de infração.

O texto deste trabalho está organizado da seguinte forma: o tópico 1 contém o apontamento da natureza jurídica do lançamento e do auto de infração, sob os olhares do Direito Tributário; o tópico 2 apresenta os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90; o tópico 3 trata resumidamente da prova na investigação criminal; e o tópico 4 se destina à formulação de respostas ao problema de pesquisa. Ao final, são apresentadas, de forma sintética, as conclusões do estudo.

1. O lançamento tributário e o auto de infração

O estudo da natureza jurídica do lançamento é questão relevante para o desenvolvimento deste artigo e já foi tratada em trabalho precedente do autor, cujas conclusões merecem ser revisitadas[1].

As relações jurídicas de natureza tributária se instauram a partir da ocorrência de um fato eleito pelo legislador pátrio como apto a vincular, obrigatoriamente, Estado e cidadão.

É de se notar que a norma jurídica responsável pelo surgimento da denominada "obrigação tributária principal" possui estrutura hipotético-condicional. Significa dizer que é composta por uma parte descritiva, também denominada hipótese ou antecedente, a qual veicula o perfil do fato que, se ocorrido, é capaz de fazer surgir a relação jurídica tributária, e outra, prescritiva, chamada

1. MARQUES, Leonardo Nunes. Lançamento tributário. In: JENIÊR, Carlos Augusto (Org.). *Execução fiscal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

consequente, na qual se encontra a caracterização do vínculo[2] necessariamente instaurado pela superveniência do evento.

Sobre o tema, Miguel Reale já escreveu que: "Toda a eticidade do Direito brilha nessa estrutura lógica e axiologicamente binada da norma jurídica, que, a um só tempo, afirma a objetividade de um dever e salvaguarda a subjetividade de um poder."[3]

Em se concretizando o evento descrito pela norma, nasce "automática e infalivelmente"[4] a obrigação tributária[5]. Essa conclusão se extrai da noção de que a norma incide sobre o fato, juridicizando-o, e fazendo irromper o vínculo obrigacional.

A relação jurídica patrimonial que se instaura, como todas as demais, é composta por três elementos: sujeitos (sujeito ativo e passivo); vínculo jurídico (relação: direito subjetivo – dever jurídico); e objeto (no caso, prestação pecuniária).

Envoltos na relação que se estuda estão os sujeitos, que são, em princípio, de um lado, o Poder Público, em qualquer de seus âmbitos de atuação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), e, de outro, o contribuinte, realizador do fato jurídico tributário.

---

2. Calha trazer à baila os ensinamentos de Lourival Vilanova: "Relações jurídicas ocorrem em qualquer campo do direito: no direito das obrigações, no direito das coisas, no direito das sucessões. Igualmente em todos os subdomínios do direito público. Pois, sempre que houver norma jurídica, em cuja hipótese fáctica (fato-espécie abstrato) se preveja fato que aqui-e-agora venha a ocorrer (fato-espécie concreto), esse fato se torna fato jurídico. O fato jurídico, em sua composição interna, pode ser relação, ou dar lugar a uma relação. Pode a relação já existir, como relação biossocial – relação de paternidade – mas, só por si, ainda não é relação jurídica: é a relação fáctica à qual a norma liga a conseqüência, ou o 'efeito', que vem a ser a relação jurídica. A relação fáctica é suporte fáctico, como observa Pontes de Miranda (Tratado de direito privado, v. 1, p. 117, 125), objeto de incidência da regra." (*Causalidade e Relação no Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 74-75.)
3. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 102.
4. Paulo de Barros Carvalho, em seu *Curso de Direito Tributário* (4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 189), chegou a defender expressamente essa tese. Vale lembrar, no entanto, que atualmente o eminente professor reviu seus conceitos e optou por adotar tese diversa.
5. Pontes de Miranda, a propósito, escreveu: "A regra jurídica de tributação incide sobre o suporte fático, como todas as regras jurídicas. Se ainda não existe o suporte fático, a regra jurídica de tributação não incide; se não se pode compor tal suporte fático, nunca incidirá. O crédito do tributo (imposto ou taxa) nasce do fato jurídico, que se produz com a entrada do suporte fático no mundo jurídico. Assim, nascem o débito, a pretensão e a obrigação de pagar o tributo, a ação e as exceções." (*Comentários* à *Constituição de 1967, com a Emenda 1 de 1969. São Paulo:* Ed. RT, 1970. t. II, p. 366.)

O objeto da obrigação tributária principal é o tributo[6], assim considerado o montante a ser recolhido aos cofres públicos por imposição legal.

Em razão do vínculo obrigacional que exsurge, o sujeito ativo possui o direito subjetivo de exigir do sujeito passivo a prestação pecuniária e, em contrapartida, o sujeito passivo possui o dever jurídico de entregar o objeto ao sujeito ativo.

O direito subjetivo que é atribuído ao sujeito ativo da relação jurídica se chama "crédito tributário"[7].

E tal liame obrigacional necessita de formalização para que possa produzir seus efeitos no sistema jurídico.

Lançamento, por sua vez, é o ato administrativo que declara a ocorrência do fato típico e constitui o crédito por meio da determinação dos elementos conformadores da relação jurídica, ou seja, da individualização dos sujeitos ativo e passivo, quantificação do objeto da prestação e explicitação do comando oriundo da norma tributária.

Confira-se a definição veiculada pelo Código Tributário Nacional:

> Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento adminis-

6. Na lição de Paulo de Barros Carvalho, jurista que aponta várias significações para o termo tributo: "a) Uma das mais vulgares proporções semânticas da palavra 'tributo' é justamente aquela que alude a uma importância pecuniária. Indicando um volume de notas, quantas vezes não dizemos: eis aí o imposto que vou levar ao Banco. Essa menção corriqueira, entretanto, não é somente a do falar comum dos leigos. Pode ser encontrada, até com freqüência, no fraseado de nossas leis, regulamentos e portarias [...] Em abono desse matiz, Alfredo Augusto Becker traça explanações que terminam por afirmar: O tributo é o objeto daquela prestação que satisfaz aquele dever." (*Curso de Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 17.)

7. José Souto Maior Borges é elucidativo ao ensinar que o crédito tributário é um direito reflexo da obrigação tributária: "Assim, pode-se dizer que o Fisco tem o direito subjetivo de exigir do sujeito passivo o pagamento de uma certa quantia em dinheiro, e, por isso mesmo, é credor do tributo. Um direito-reflexo não tem existência autônoma, desvinculada da obrigação correspondente. É só quando alguém está obrigado a um certo comportamento para com outrem que este último tem para com o primeiro um direito – por hipótese, o direito de crédito tributário, contrapartida da obrigação do sujeito passivo. Direito à conduta em que a prestação tributária consiste, ou, como ensina a Teoria Pura, o direito-reflexo de um consiste única e exclusivamente na obrigação do outro.

   Conclui-se, portanto, que o direito de crédito tributário é, sob esse ângulo de análise, o reflexo de uma obrigação de determinado sujeito passivo com relação ao Fisco." (*Lançamento Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 47.)

> trativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.
>
> Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.[8]

Constituir o crédito tributário significa atribuir-lhe forma, definir o seu conteúdo, identificar os sujeitos envolvidos e descrever o comando que dele se extrai.

A despeito das divergências doutrinárias acerca da natureza do lançamento, se declaratória ou constitutiva, *é* inquestionável a percepção de que o aludido ato administrativo certifica a ocorrência do evento capaz de fazer nascer a obrigação tributária. Em termos ilustrativos, o lançamento declara: a obtenção de receita, para fins de tributação pelo PIS/COFINS; o auferimento de renda, para fins de tributação pelo Imposto sobre a Renda etc.

Além disso, o lançamento retrata a relação jurídica advinda da concretização do fato jurídico tributário pelo apontamento do credor, do devedor e do valor devido.

O lançamento atribui, portanto, liquidez e certeza ao crédito do Fisco. Além dessas duas funções importantíssimas, o aludido ato também é responsável pela fixação dos termos da exigibilidade do crédito tributário.

No que diz respeito ao presente estudo, calha destacar que certa é toda obrigação sobre a qual não pairam dúvidas quanto a sua existência.

O ato administrativo em questão é elaborado com o intuito de retratar fielmente a subsunção do fato à norma geral e abstrata[9]. Significa dizer que é produzido com o objetivo precípuo de descrever com perfeição a relação jurídica nascida pela ocorrência do fato típico[10].

---

8. BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis a União, Estados e Municípios. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm]. Acesso em: 20.01.2017.
9. Geraldo Ataliba preleciona que: "Subsunção é o fenômeno de um fato configurar rigorosamente a previsão hipotética da lei. Diz-se que um fato se subsume à hipótese legal quando corresponde completa e rigorosamente à descrição que dele faz a lei." (*Hipótese de Incidência Tributária*. Coleção de Textos de Direito Tributário. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1991. p. 65.)
10. Não é por outro motivo que Ruy Barbosa Nogueira afirma: "Portanto, quer a apuração como a apreciação estão estritamente vinculadas à exatidão do fato e aos limites da lei.

Em razão disso e do fato de que se pressupõem a legitimidade e a veracidade dos atos administrativos, presume-se certo o vínculo de débito e crédito instaurado entre o contribuinte e a Fazenda Pública e descrito pelo agente fiscalizador. Presunção essa que é relativa, ou seja, admite prova em contrário[11].

Em suma, o ato administrativo de lançamento certifica a ocorrência do fato gerador e o nascimento da relação jurídica tributária. O lançamento, portanto, é o documento previsto pelo ordenamento jurídico como legítimo para atestar que determinado contribuinte realizou o fato jurídico tributário, para comprovar o surgimento da obrigação tributária e para quantificar o valor da dívida fiscal.

Tendo em vista que, nas sistemáticas dos lançamentos de ofício e por declaração, a formalização da relação jurídica tributária ocorre de forma prévia ao pagamento, o respectivo ato administrativo certifica a existência da obrigação tributária, ou seja, a certeza da dívida fiscal.

No regime do lançamento por homologação, por outro lado, o ato administrativo apenas é confeccionado se o pagamento antecipado não se aperfeiçoa nos termos da legislação. Desse modo, se há lançamento sob a sistemática da homologação, a comprovação da inadimplência tributária é direta, ou seja, independe de providência complementar.

Destaca-se, a propósito, que o presente estudo se foca no regime do lançamento por homologação, haja vista que se trata do modelo aplicável à esmagadora maioria dos tributos exigidos no Brasil.

Além do dever de pagar tributo, denominado pelo Código Tributário Nacional de obrigação principal, o referido diploma normativo prevê a possibilidade de o legislador impor aos cidadãos o cumprimento das obrigações acessórias.

Para poderem, tanto a Administração como o contribuinte, controlar a exatidão do lançamento, é ele explicitado em documento escrito. Aqui está a função documental do lançamento. Este requisito é necessário por evidente função de garantia e certeza dos direitos e obrigações." (*Curso de Direito Tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 224.)

11. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "A *presunção de legitimidade* diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei.

    A *presunção de veracidade* diz respeito aos *fatos*; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração." (grifos constantes no original) (*Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 189.)

Nos termos do § 2º, do artigo 113, do Código Tributário Nacional[12], as obrigações acessórias foram concebidas para permitir a verificação do cumprimento da obrigação principal.

Trata-se de imposição do dever de apresentação de informações fáticas indispensáveis à percepção da ocorrência dos fatos relevantes para o Direito Tributário, à apuração do tributo devido e ao acompanhamento dos desdobramentos da relação jurídica tributária, em suas diversas fases. Podem ser mencionados, como exemplos, os deveres de: emitir nota fiscal; apresentar declaração do Imposto de Renda; e utilizar guia predeterminada para a quitação do tributo.

Segundo o professor Luís Eduardo Shoueri:

> [...] vem se firmando, na doutrina, a preferência pela denominação "instrumentais", em vez de "acessórias". A expressão sugerida é, sem dúvida, mais precisa, já que aponta para a finalidade da "obrigação acessória". Nos termos do artigo 113, § 2º do Código Tributário Nacional, retro-transcrito, seu objeto são prestações previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. Assim, conquanto não sejam meros apêndices (acessórios) da "obrigação principal", servem elas de instrumento para assegurar o cumprimento destas [...].[13]

O objetivo primordial da imposição das obrigações acessórias é o de facilitar a fiscalização do cumprimento da obrigação principal. Isso porque tal procedimento retira do órgão fiscal a tarefa de investigar os fatos envolvidos em todas as relações jurídicas tributárias e impõe ao contribuinte o dever de apresentar tais informações, sob pena de ser sancionado, na hipótese de omissão ou de apresentação de dados falsos.

O nascimento da relação jurídica decorrente do descumprimento de uma obrigação acessória depende da concretização de um fato jurídico traduzido numa infração à legislação. E o ato administrativo denominado auto de infração é o responsável por sua constituição[14].

---

12. BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis a União, Estados e Municípios. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm]. Acesso em: 20.01.2017.
13. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 416-418.
14. Souto Maior Borges adverte que: "O ilícito tributário pode, como visto, corresponder ao descumprimento de obrigação tributária principal (CTN, art. 113, § 1º) ou acessória (CTN, art. 113, § 2º). Se a ilicitude é correlacionada com a obrigação tributária

O auto de infração, portanto, é o ato administrativo, e, por isso, dotado de presunção relativa de legitimidade, que declara a prática do fato consistente no descumprimento de obrigação acessória e formaliza a relação jurídica daí decorrente, a qual se traduz na aplicação de uma penalidade pecuniária.

A despeito da conturbada discussão acerca da existência de distinção entre lançamento e auto de infração[15], a prática das Fazendas Públicas é a generalização da nomenclatura "auto de infração".

Com efeito, os documentos nomeados "auto de infração" são utilizados tanto para a exigência de tributos quanto para a aplicação de sanção pelo descumprimento de obrigações acessórias. Em alguns casos, ambas as relações jurídicas são veiculadas no mesmo suporte formal.

No presente artigo, contudo, o termo lançamento tributário será adotado para definir o ato administrativo responsável pela certificação da existência da obrigação tributária principal e a expressão auto de infração aplicada para nominar o ato administrativo apto a retratar o desatendimento de uma obrigação acessória.

De qualquer forma, seja na hipótese de formalização da obrigação principal, seja na de documentação da inobservância da obrigação acessória, ao contribuinte é franqueada a possibilidade de impugnar a exigência fiscal no âmbito da própria Administração Pública.

É por meio desta via, denominada processo administrativo fiscal, que os órgãos de julgamento verificam a legitimidade do ato administrativo levado a efeito e, se não for o caso de anulação, permitem a constituição definitiva da relação jurídica nele contida.

Apenas depois do encerramento do processo administrativo fiscal, a Fazenda Pública está autorizada a praticar os atos tendentes à exigência judicial do valor devido pelo contribuinte.

---

principal, cabe exigir cumulativamente o tributo e a penalidade pecuniária. Se a ilicitude, ao contrário, é só decorrente do descumprimento de obrigações acessórias (emissão de guias de recolhimento ou notas fiscais, escrituração de livros etc.), a aplicação da penalidade respectiva não deverá ser acompanhada da exigência do tributo. Por isso, o que é acidental para a definição jurídico-positiva do lançamento é essencial à conceituação do auto de infração." (*Lançamento Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 163.)

15. Paulo de Barros Carvalho destaca que: "O problema que a epígrafe anuncia vem martirizando os especialistas e aturdindo os aplicadores do direito tributário. À pergunta que busca saber se o auto de infração tem natureza jurídica de lançamento, as respostas são desencontradas e antagônicas, onde predomina a retórica e escasseia a fundamentação científica." (*Curso de Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 272.)

2. Os elementos objetivos e subjetivos do tipo previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90

Em artigo anterior dos autores, já se promoveu a investigação dos elementos objetivos e subjetivos do crime descrito no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90, razão pela qual se aproveitam as considerações pertinentes ao presente trabalho[16].

O artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90, possui a seguinte redação:

> Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:
>
> [...]
>
> II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;[17] [...]

Apesar do uso da expressão "tributo, ou contribuição social", no *caput* do artigo transcrito, o que denota aparente distinção entre os institutos mencionados, a doutrina nacional já pacificou o entendimento de que tributo é gênero do qual contribuição social é espécie.

Logo, o tipo penal em destaque remete a toda e qualquer espécie tributária, inclusive à contribuição social.

O tipo descrito no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90, ademais, classifica-se como crime de resultado ou material.

Sustenta-se se tratar de crime material porque para a sua consumação é necessária a ocorrência de um evento específico e perceptível no mundo fático que pode ser cindido da ação humana que o provoca. No caso, o resultado exigido para a incidência da norma penal elencada resta descrito no *caput* do artigo 1º, qual seja, "suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório".

Em outros termos, não se tipifica o crime previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90, se, da conduta humana, não resultar inadimplemento da obrigação

16. MARQUES, Leonardo Nunes; GUIDI, Victor Misse. Apontamentos sobre a amplitude material da norma contida no art. 1º, II, da Lei 8.137/1990. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 131, p. 259-278, nov.-dez. 2016.

17. BRASIL. Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm]. Acesso em: 31.01.2017.

tributária principal, ou seja, falta de recolhimento de tributo devido, ou dos acréscimos que lhe são pertinentes.

Se não há inadimplência, portanto, ainda que o contribuinte preste informação falsa capaz de fraudar a fiscalização, não há crime contra a ordem tributária, restando, o fato fora da incidência do artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90.

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt:

> Com isso pretendemos evidenciar que o objeto da redução ou supressão consiste sempre num elemento de natureza pecuniária, de modo que o comportamento típico objetivo consiste, em princípio, no não pagamento, total ou parcial, do valor devido ao erário público, por força da obrigação tributária existente.
>
> [...]
>
> Assim, se faz necessário constatar, para que o crime seja punido como consumado, a efetiva redução ou supressão do tributo, ou acessório.[18]

A supressão ou redução do tributo que não se conjugue com a realização de uma das condutas descritas nos incisos do artigo 1º, por outro lado, constitui mera infração tributária, sem relevância em âmbito penal.

Em suma, o inadimplemento da obrigação tributária é elemento essencial do delito descrito no artigo 1º da Lei 8.137/90, bem como a realização de alguma das condutas descritas nos respectivos incisos, entre elas a do segundo, cuja delimitação é alvo do presente estudo.

A expressão "fraudar a fiscalização" contida no início do inciso II do artigo em estudo, por sua vez, significa enganar as autoridades fiscais, o que se traduz na prática de ato que conduz o sujeito ativo a erro no tocante à compreensão do fato jurídico tributário. A conduta do sujeito passivo, portanto, deve ser capaz de ludibriar a fiscalização.

Nesses termos, frauda a fiscalização o contribuinte que age de maneira a desvirtuar o conhecimento da autoridade fiscal acerca da realidade fática relevante para fins tributários.

Confira-se a pertinente observação de Cezar Roberto Bitencourt:

> Ademais, a adequação típica, para efeito de caracterização do crime consumado ou tentado, requer que as manobras fraudulentas praticadas pelo agente possam, realmente, submeter a Administração a erro, o que não ocorrerá

18. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 108-109.

> quando o fisco já disponha de toda a informação necessária para a correta constituição do crédito tributário.[19]

Enquadra-se no tipo penal esquadrinhado, por conseguinte, a conduta de suprimir ou reduzir tributo por meio da prestação de informações inexatas ou da omissão de operações em documentos ou livros exigidos pela lei fiscal efetivamente capaz de enganar o sujeito ativo.

E o contribuinte, com efeito, pratica a conduta apta a fraudar a fiscalização pelo irregular cumprimento das obrigações acessórias. É atuando indevidamente no atendimento às obrigações acessórias que o sujeito passivo insere elementos inexatos ou omite operação de qualquer natureza em documento ou livro exigido pela lei fiscal.

Relembre-se que obrigação acessória é o dever de apresentação de informações indispensáveis à percepção da ocorrência dos fatos relevantes para o Direito Tributário.

A tipificação penal do cometimento da fraude no cumprimento das obrigações acessórias tem justamente a pretensão de desestimular a prestação de informações inverídicas à fiscalização, com o fito de garantir a correta apuração e exigência do crédito tributário.

O objetivo da criminalização é o de compelir o contribuinte a retratar fielmente a realidade fática com relevância tributária, de maneira a permitir à autoridade fazendária averiguar a correta aplicação da legislação tributária.

E é assim porque o sujeito ativo depende da adequada informação do sujeito passivo a respeito dos fatos ocorridos para promover a constituição do crédito tributário, verificar a correção da apuração do tributo devido e investigar a efetiva ocorrência da extinção da relação jurídica tributária.

A legislação tributária, a propósito, é fértil na previsão de hipóteses de aplicação de penalidade pecuniária pelo descumprimento de obrigação acessória consistente na inserção de elemento inexato ou omissão de informação em documento fiscal.

A título ilustrativo, calha mencionar as alíneas *a* e *b*, do inciso IV, do artigo 85, da Lei 6.374/89, do Estado de São Paulo:

> Artigo 85. O descumprimento das obrigações principal e acessórias, instituídas pela legislação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de

19. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 61.

> Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, fica sujeito às seguintes penalidades:
>
> [...]
>
> IV – infrações relativas a documentos fiscais e impressos fiscais:
>
> a) falta de emissão de documento fiscal – multa equivalente a 50% (cinqüenta por cento) do valor da operação ou prestação;
>
> b) emissão de documento fiscal que consigne declaração falsa quanto ao estabelecimento de origem ou de destino da mercadoria ou do serviço; emissão de documento fiscal que não corresponda à saída de mercadoria, à transmissão de propriedade da mercadoria, à entrada de mercadoria no estabelecimento ou, ainda, à prestação ou a recebimento de serviço – multa equivalente a 30% (trinta por cento) do valor da operação ou prestação indicado no documento fiscal;[20] [...]

Desse modo, conclui-se que são elementos objetivos do tipo penal sob exame a redução ou supressão tributária, caracterizada pelo não recolhimento do tributo devido, e a fraude à fiscalização, que é posta em prática pelo irregular cumprimento de obrigação acessória traduzido na omissão ou na prestação de informação inexata à fiscalização.

Para a configuração do crime, ademais, a investigação do elemento subjetivo é fundamental. Especialmente em razão do comando contido no parágrafo único, do artigo 18, do CP[21], no sentido de que, salvo disposição em contrário, ninguém será punido senão quando praticar o fato típico de maneira dolosa.

O tipo descrito no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90, por sua vez, não contém a previsão legal de punição da modalidade culposa.

Logo, o dolo caracterizado como a vontade livre e consciente de praticar a conduta típica é elemento de presença inafastável para que um fato qualquer se subsuma à norma examinada.

Ainda que nos crimes tributários, entre eles o previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90, não seja exigível a presença do dolo específico[22], materializado

20. ESTADO DE SÃO PAULO. Lei 6.374, de 01 de março de 1989. Dispõe sobre a instituição do ICMS. Disponível em: [www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1989/lei-6374-01.03.1989.html]. Acesso em: 01.02.2017.
21. BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 07 dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm]. Acesso em: 03.02.2017.
22. Conforme consignado, entre outros, nos seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no REsp 1.477.691/DF, 6ª T., rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 11.10.2016, *DJe*

nas reais intenções do autor ao sonegar, tal como acumular patrimônio etc., é imprescindível constatar o dolo do agente de fraudar a fiscalização tributária, para fins de concretização da supressão ou redução do tributo, ou seja, a investigação das intenções do autor ao sonegar é dispensável, mas a demonstração da intenção de sonegar é fundamental, sem o que não se pode falar em conduta dolosa e, por consequência, na ocorrência de crime.

Reforce-se que a figura do dolo, para ficar completa, depende da verificação de dois aspectos no agir do autor: um intelectual e outro volitivo. O primeiro é constatado por meio do conhecimento do agente acerca de todas as circunstâncias objetivas que circundam a sua ação. Já o segundo é caracterizado pela vontade do autor de praticar o ilícito[23], verificável a partir da análise dos elementos objetivos da sua conduta.

Mais especificamente, para o crime contra a ordem tributária descrito no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90, o aspecto intelectual e o volitivo da conduta estarão presentes quando o autor detiver o domínio ou a consciência da inexatidão das informações prestadas e da obrigação de prestá-las, de que o tributo é devido e de que a conduta praticada é apta a acarretar a supressão ou redução de tributo[24].

3. Noções sobre a prova no processo penal

A ciência do direito é ramo do conhecimento que possui as normas jurídicas como objeto de investigação.

28.10.2016; REsp 1.390.649/RS, 6ª T., rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 24.05.2016, *DJe* 06.06.2016; AgRg no REsp 1.504.695/RS, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 01.12.2015, *DJe* 11.12.2015; AgRg no AREsp 604.797/DF, 5ª T., rel. Min. Gurgel de Faria, j. 17.11.2015, *DJe* 09.12.2015; AgRg no AREsp 253.828/SP,6ª T., rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 24.03.2015, *DJe* 09.04.2015; AgRg no Ag 1.157.263/PR, 6ª T., rel. Min. Marilza Maynard (Des. Conv. do TJ/SE), j. 08.04.2014, *DJe* 28.04.2014.

23. CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 98-99.

24. A título de melhor esclarecimento sobre o tema, veja como se manifesta André Callegari sobre o tema: "Dessa forma, sabendo-se que o tipo doloso, além de possuir uma face subjetiva (referente ao próprio dolo), institui determinados componentes objetivos do delito (por exemplo, descrição do sujeito, do objeto, do resultado etc.), temos que o dolo se encontra completo quando houver o conhecimento, pelo agente, desses componentes e, ainda, a vontade de realização desses componentes conhecidos. Nisso se fazem presentes os elementos intelectual e volitivo do dolo". (*Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 99.)

O conhecimento dos fatos, por sua vez, permite a aplicação dos preceitos normativos. O operador do direito, portanto, depende dos mecanismos de reconstrução da realidade eleitos pelo legislador para desempenhar com qualidade a sua tarefa.

Embora se sustente que o alcance da verdade absoluta seja uma ficção, deve-se, para fins de concretização da justa aplicação das normas, buscar a maior aproximação possível dos eventos ocorridos no mundo fático.

Gustavo Henrique Badaró defende que a justiça somente se alcança na hipótese de utilização de um processo válido de reconstrução fática:

> A verdade processual traduz-se em um valor que legitima a atividade jurisdicional, não se podendo considerar justa uma sentença que não tenha sido precedida de um processo estruturado segundo regras que possibilitem uma correta verificação dos fatos. Justiça e verdade são, portanto, noções complementares ao exercício do poder.[25]

É por meio da prova, com efeito, que o julgador forma o seu convencimento acerca da realidade fática. Em outros termos, a prova é o meio pelo qual o juiz atinge a verdade necessária ao deslinde do processo[26].

A prova, no ordenamento jurídico, é a "representação, na linguagem do direito, dos eventos ocorridos no mundo real"[27]. Juridicamente, portanto, o papel da prova é o da reconstrução dos eventos mundanos, no bojo do processo judicial.

É o próprio ordenamento jurídico que estabelece os aspectos probatórios necessários à caracterização de determinado fato jurídico, bem como os meios de prova permitidos.

Pontes de Miranda, ao comentar a teoria das provas, na vigência do antigo Código de Processo Civil, destacou:

> Quando se diz "prove o seu direito", "prove a pretensão, a ação, ou a exceção", emprega-se forma elíptica; em verdade o que se pensou foi: "prove o fato jurídico de que se irradia o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção de que se trata". A prova concerne, portanto, à existência e à inexistência no

25. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 378.

26. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 377.

27. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Norma, evento, relação jurídica, fontes e validade no direito. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. (Coord.). *Curso de Especialização em direito tributário*. Estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 15.

> mundo fáctico ou no mundo jurídico. Há prova de fatos no mundo fáctico e prova de fatos no mundo jurídico (= de suportes fáticos + entrada no mundo jurídico).[28]

No geral, sobretudo como elemento de legitimidade, o direito busca sustentação probatória para as suas conclusões.

A doutrina atribui uma série de acepções para o vocábulo prova, entre elas o de atividade probatória, meio de prova, resultado probatório e fonte de prova etc.[29].

No pertinente ao presente estudo, convém atentar para o conceito de meio de prova e para a sua distinção com a definição de fonte de prova.

Meio de prova consiste em "instrumentos idôneos à formação da convicção do órgão julgador acerca da existência (ou não) de determinada situação fática"[30], ou seja, são as vias pelas quais os elementos probatórios ingressam no processo.

O meio de prova se relaciona à atividade endoprocessual que se realiza diante do julgador. Não se confunde com as chamadas fontes de prova, termo utilizado para apontar as coisas ou pessoas das quais se extrai a prova[31].

Essa é a doutrina de Gustavo Henrique Badaró, que elucida a diferença entre fonte e meio de prova da seguinte maneira:

> Os meios de prova são [...] os instrumentos por meio dos quais as fontes de prova são levadas para o processo. Assim [...] o documento é uma fonte de prova, a sua incorporação ao processo é o meio de prova. O livro contábil é a fonte de prova, enquanto a perícia contábil é o meio de prova. O meio de prova, portanto, somente existe no processo. Já as fontes de prova são anteriores e extraprocessuais.[32]

No que tange à materialidade delitiva, os meios de prova inserem no processo penal as fontes de prova da ocorrência, no mundo fenomênico, dos elementos

28. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. t. IV, p. 245.
29. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 157.
30. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. único, p. 574.
31. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. único, p. 579.
32. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 166.

objetivos e subjetivos do tipo, ou seja, das ações e dos resultados previstos na norma penal, sem o que não se poderia concluir pelo cometimento do delito.

Destaque-se que, em matéria penal, a atividade probatória é das mais relevantes. As sanções de força aplicadas neste ramo jurídico demandam uma certeza qualificada quanto à ocorrência do fato, o que exige muitas precauções na formação do convencimento do julgador.

Sobre o tema, bem se manifesta Eugenio Pacelli:

> É impensável, por exemplo, que o juiz criminal se utilize de critérios meramente formais para construir a certeza no seu julgamento, como é o caso do art. 302 do CPC, que autoriza o juiz cível a reputar verdadeiros os fatos não impugnados na contestação. Reputar verdadeiros os fatos é renunciar a qualquer esforço na construção do convencimento judicial.

Neste sentido, a imposição da sanção penal deve decorrer sempre da comprovação exaustiva da materialidade dos elementos objetivos e subjetivos do tipo, via material probatório introduzido nos autos segundo os ditames do princípio do devido processo legal.

A propósito do tema, merece destaque a observação de que a regra probatória do *in dubio pro reo* advém da presunção de inocência, por força da qual "recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória"[33]. Cabe à acusação, portanto, o ônus da comprovação da materialidade dos elementos objetivos e subjetivos do tipo.

4. O lançamento e o auto de infração como fontes de prova da materialidade do crime previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90

Levando-se em conta que os elementos objetivos e subjetivos do tipo previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90 são a inadimplência tributária, a fraude à fiscalização e o dolo de praticar tais condutas, a conclusão pelo cometimento do aludido delito apenas procederá na hipótese de comprovação da materialização de tais circunstâncias no mundo fático.

33. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. único, p. 44.

No tocante à supressão ou redução do tributo, é justamente o ato administrativo de lançamento o suporte formal designado pelo ordenamento jurídico para a certificação do descumprimento da obrigação tributária principal[34].

Segundo o artigo 142 do CTN, o lançamento se destina à declaração da ocorrência do fato gerador e à descrição da respectiva relação jurídica tributária.

Noutros termos, o ato administrativo em questão comprova que o contribuinte realizou o evento descrito em lei como capaz de fazer nascer a obrigação de recolher o tributo e delineia os contornos da relação jurídica advinda por meio do apontamento dos respectivos sujeitos e da quantificação do seu objeto.

Para fins de apuração do crime previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90, portanto, o lançamento que contenha a indicação da existência de obrigação tributária não extinta é documento suficiente à demonstração da supressão ou redução de tributo posta em prática.

Na sistemática do lançamento por homologação, se há lançamento, a comprovação da redução ou supressão de tributo é direta, haja vista que o ato administrativo somente é lavrado na hipótese de o pagamento antecipado não se aperfeiçoar nos termos da legislação.

Logo, o lançamento é a fonte de prova, por excelência, da redução ou supressão de tributo. Trata-se de documento indispensável à comprovação da inadimplência tributária.

O ordenamento jurídico atribui exclusivamente ao lançamento a aptidão de declarar a ocorrência do fato gerador e de formalizar a relação jurídica tributária.

Tendo-se em vista, ademais, que a obrigação tributária se traduz em vínculo entre o cidadão e o Estado, apenas este possui competência para certificar a existência da dívida.

Além disso, se o Fisco tem conhecimento da redução ou da supressão de tributo, a confecção do lançamento é obrigatória, sob pena de responsabilização funcional, conforme previsto no parágrafo único, do artigo 142, do CTN[35].

---

34. Muito embora, de forma tecnicamente contestável, o Superior Tribunal de Justiça entenda que a declaração de dívida (Súmula 436), o depósito judicial (REsp 1.008.788/CE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T., j. 07.10.2010, *DJe* 25.10.2010) etc. possuam aptidão para constituir o crédito tributário.

35. BRASIL. *Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis a União, Estados e

Não se olvide, a propósito, que admitir o trâmite da persecução penal independentemente da confecção do ato administrativo de lançamento configuraria cerceamento do direito de defesa do contribuinte. Isto porque o acusado se veria impedido de impugnar administrativamente a exigência fiscal que dá fundamento à ação penal ajuizada contra ele.

Parece inaceitável permitir a instauração do processo penal sem a manifestação do Fisco acerca da exigência fiscal objeto da ação.

Nesses termos, é inviável cogitar em redução ou supressão de tributo num cenário de ausência do ato administrativo de lançamento.

Assim, perícias ou auditorias contábeis realizadas pelo corpo técnico da polícia ou do Ministério Público, desacompanhadas do respectivo lançamento tributário, são inaptas à comprovação da materialidade do elemento típico em questão.

O artigo 168 do revogado Decreto Federal 83.081/79[36] já estabelecia a previsão normativa de que o ato administrativo responsável pela retratação do descumprimento das normas do então Regulamento de Custeio da Previdência Social se traduzia em prova da materialidade do correspondente crime tributário: "Art. 168. Julgado procedente, o auto referente à infração constituirá prova da materialidade de crime capitulado neste título, para os efeitos do Código de Processo Penal."[37]

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, na oportunidade da apreciação do HC 81.611, trilhou caminho semelhante ao destacar que o lançamento possui aptidão para comprovar a concretização do resultado previsto na Lei 8.137/90:

> Já na situação oposta, ou seja, quando o Fisco concluir pela existência do débito tributário, não há como se deduzir automaticamente que houve delito da Lei 8.137/1990, porque o lançamento é simplesmente um indicativo da materialidade. Por aproximação, seria algo como um laudo de corpo de delito.

Municípios. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm]. Acesso em: 20.01.2017.

36. O Decreto 83.081/79 foi revogado pelo Decreto 3.048/99, atual Regulamento da Previdência Social.

37. BRASIL. *Decreto 83.081 de 24 de janeiro de 1979*. Aprova o regulamento do custeio da previdência social. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-83081-24-janeiro-1979-432336-publicacaooriginal-1-pe.html]. Acesso em: 28.01.2017.

> No máximo, o que teremos é a comprovação, por um ato administrativo presumidamente legítimo, de que o réu é um devedor da Fazenda. E isso significa apenas que houve o resultado naturalístico previsto no tipo incriminador."[38]

O lançamento tributário, portanto, apresenta-se como indispensável fonte de prova da materialização da supressão ou redução do tributo apontada como elemento objetivo do delito estudado.

Este é, inclusive, um dos fundamentos do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que:

> [...] falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo.[39]

Também merece menção a tese de que a inexistência de lançamento leva à razoável conclusão pela inocorrência do inadimplemento, haja vista que o Fisco detém o poder-dever de interpretar a legislação tributária e praticar os atos de cobrança do tributo. Dessa forma, se não lança, a conclusão mais coerente é a de que não há que se falar em redução ou supressão de tributo.

O auto de infração, por outro lado, destina-se à certificação do descumprimento de obrigação acessória.

E a fraude à fiscalização, com efeito, é posta em prática pelo cumprimento viciado de obrigações acessórias.

Sendo assim, o auto de infração possui aptidão para comprovar a materialidade do elemento objetivo do tipo "fraudar a fiscalização tributária".

Nem todo descumprimento de obrigação acessória, todavia, configura fraude à fiscalização, mas apenas aqueles que se traduzam, nos termos do artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90, em inserção de elementos inexatos ou omissão de operação de qualquer natureza em documento ou livro exigido pela lei fiscal.

---

38. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 81.611/DF, TP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, impetrante: José Eduardo Rangel de Alckmin, coator: Superior Tribunal de Justiça, j. 10.12.2003, *DJ* 13.05.2005. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78807]. Acesso em: 25.01.2017, p. 84.
39. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 81.611/DF, TP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, impetrante: José Eduardo Rangel de Alckmin, coator: Superior Tribunal de Justiça, j. 10.12.2003, *DJ* 13.05.2005. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78807]. Acesso em: 25.01.2017.

Por outro lado, uma determinada conduta passível de enquadramento no conceito de inserção de elementos inexatos ou omissão de operação de qualquer natureza em documento ou livro exigido pela lei fiscal pode não estar tipificada como infração à legislação tributária. Isto porque se admite a possibilidade de haver casos em que estará presente a fraude à fiscalização, porém, não terá cabimento a lavratura do auto de infração por ausência de previsão legal. É possível, ainda, que a exigência do tributo suprimido ou reduzido seja de competência de um ente da Federação e outro seja o ente competente para lavratura do auto de infração responsável por consignar o descumprimento da obrigação acessória.

O enquadramento da conduta do contribuinte no conceito de fraude à fiscalização dependerá da análise casuística, mas vale reiterar que a subsunção somente procederá nas hipóteses em que o sujeito passivo desvirtuar a descrição do fato jurídico tributário e tal ação for apta a enganar a fiscalização.

Ao contrário do que ocorre com o lançamento tributário, o auto de infração não é ato indispensável à comprovação da fraude à fiscalização.

A despeito de se traduzir no ato administrativo que, por excelência, atesta o descumprimento da obrigação acessória, o ordenamento jurídico não o coloca como imprescindível à demonstração da fraude.

Outras provas, portanto, podem ser utilizadas para evidenciar a omissão ou a inserção de informação falsa em documentos ou livros fiscais, tais como a pericial e a documental.

Nas hipóteses em que a denúncia imputar ao acusado o cometimento de fraude à fiscalização por meio da prática de ato que se enquadre em tipo infracional previsto na legislação tributária, a omissão da fiscalização quanto à lavratura do auto de infração constituirá indício suficiente de que a conduta descrita na peça inaugural não se concretizou.

O fundamento de tal ilação é o de que a atividade administrativa é plenamente vinculada aos ditames legais. Nesse sentido, se o órgão fiscal não confecciona o auto de infração, é razoável concluir que não se aperfeiçoou, no mundo fático, o evento previsto na norma. A presunção de legitimidade do não agir fiscal conduz à presunção de regularidade da conduta do acusado. Outros elementos de prova, todavia, podem evidenciar o contrário.

O lançamento, por sua vez, ainda que não se destine à aplicação de penalidade pelo descumprimento de obrigação acessória, pode conter prova da fraude à fiscalização. Basta que a postura fraudulenta esteja descrita no corpo do ato administrativo.

Logo, é possível, embora incomum, que o ato administrativo de lançamento, responsável exclusivamente pela constituição do crédito tributário decorrente

do nascimento da obrigação tributária principal, apresente-se como prova da materialização da inserção de elementos inexatos ou da omissão de operação de qualquer natureza em documento ou livro exigido pela lei fiscal.

Relembre-se, a título ilustrativo, que o artigo 44, § 1º, da Lei Federal 9.430/96, estabelece a aplicação de multa duplicada para o cenário previsto no artigo 71 da Lei Federal 4.502/64:

> Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:
>
> I – de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;
>
> [...]
>
> § 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do *caput* deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n. 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.[40]

O artigo 71 da Lei Federal 4.502/64 classifica como sonegação o contexto em que o contribuinte age de maneira dolosa pretendendo impedir o integral conhecimento da autoridade fiscal acerca do fato jurídico tributário:

> Art. 71. Sonegação é tôda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:
>
> I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;
>
> II – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.[41]

A Lei Federal 4.729/65[42], por sua vez, no ano seguinte ao da edição da Lei Federal 4.502/64, ao tipificar o crime de sonegação fiscal, detalhou, nos incisos de

40. BRASIL. Lei 9.430, de 30 de dezembro de 1996. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Disponível em: [www.normaslegais.com.br/legislacao/tributario/lei9430.htm]. Acesso em: 28.02.2017.

41. BRASIL. Lei 4.502, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o imposto de consumo e reorganiza a diretoria de rendas internas. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4502.htm]. Acesso em: 28.02.2017.

42. Recorde-se, a propósito, que o artigo 1º da Lei 4.729/65 foi revogado tacitamente pela Lei 8.137/90.

seu artigo 1º, salvo no inciso V, o mesmo comportamento de ludibriar a fiscalização em relação aos contornos do fato jurídico tributário previsto no artigo 71, anteriormente transcrito:

> Art. 1º Constitui crime de sonegação fiscal:
>
> I – prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;
>
> II – inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública;
>
> III – alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública;
>
> IV – fornecer ou emitir documentos graciosos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis;
>
> V – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sôbre a parcela dedutível ou deduzida do impôsto sôbre a renda como incentivo fiscal.[43]

Desse modo, nos casos em que a autoridade fiscal promover a constituição do crédito tributário acompanhada da imposição da multa qualificada, com fundamento no artigo 44, § 1º, da Lei Federal 9.430/96, combinado com o artigo 71 da Lei Federal 4.502/64, desde que, obviamente, a situação fática esteja devidamente enquadrada nos dispositivos mencionados, o ato deverá ser considerado apto à comprovação da fraude à fiscalização.

A aplicação da multa ordinária de 75% (artigo 44, inciso I, da Lei Federal 9.430/96), por outro lado, constitui indício da não caracterização da prática fraudulenta. Se o Fisco possui o dever de sancionar de forma agravada a ação assim enquadrada, o afastamento da punição mais grave, então, conduz à conclusão de que a fraude não foi levada a efeito.

O ato administrativo que exclusivamente constitui o crédito tributário sem descrever qualquer conduta que se traduza em fraude à fiscalização, portanto,

43. BRASIL. *Lei 4.729, de 14 de julho de 1965*. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4729.htm]. Acesso em: 28.02.2017.

não é suficiente à comprovação da completa materialidade do crime previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90, uma vez que, a despeito da presença da prova da redução ou da supressão do tributo, estará ausente a demonstração do elemento objetivo do tipo fraude à fiscalização.

No que concerne ao elemento subjetivo do tipo, contudo, o lançamento e o auto de infração não se prestarão, em regra, à comprovação da sua materialização.

O artigo 136 do CTN dispõe que: "Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato."[44]

No Direito Tributário, a aplicação de sanção pela inobservância da legislação prescinde da comprovação do dolo do agente.

Admite-se, portanto, a penalização do contribuinte que age de forma culposa. Aliás, esse é o padrão.

Paulo de Barros Carvalho, a propósito, classifica a responsabilização tributária como objetiva:

> Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato (CTN, art. 136). Eis aqui uma declaração de princípio em favor da responsabilidade objetiva.[45]

Tendo em vista que a constituição das relações jurídicas infracionais de natureza tributária, sejam elas decorrentes do descumprimento da obrigação principal ou da obrigação acessória, independe da aferição do dolo do agente, o lançamento e o auto de infração, via de regra, não conterão perquirição acerca da vontade e da consciência do sujeito passivo quanto à prática do ilícito.

Para a configuração do crime sob análise, entretanto, é imprescindível a comprovação de que o autor detinha o domínio ou a consciência da inexatidão das informações prestadas e da obrigação de prestá-las, de que o tributo era devido e de que a conduta praticada era apta a gerar a supressão ou redução de tributo.

44. BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis a União, Estados e Municípios. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm]. Acesso em: 20.01.2017.

45. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 348.

Essa distinção entre o Direito Tributário e o Direito Penal Tributário já foi destacada por Aliomar Baleeiro: "Diferentemente do Direito Penal, ao CTN é indiferente a intenção do agente, seja contribuinte, responsável etc., salvo quando disposição legal determine o contrário."[46]

Via de regra, portanto, o lançamento e o auto de infração não se caracterizarão como fontes de prova da materialidade do elemento subjetivo do tipo penal estudado.

O Ministério Público deverá se socorrer a outros elementos probatórios para demonstrar que o agente levou a efeito a conduta criminosa de forma consciente e desejosa do resultado.

No tocante aos elementos objetivos, afirmar que o lançamento e o auto de infração se traduzem em fontes de prova da materialidade do crime previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90, não implica asseverar que tais atos sejam inquestionáveis.

Ambos são atos administrativos dotados de presunção relativa de legitimidade e de veracidade, o que significa dizer que o seu conteúdo é passível de impugnação, seja na via administrativa, seja na via judicial.

Ainda que o lançamento e o auto de infração sejam impugnáveis, em razão da presença de vício formal ou material, ambos se prestam, nos limites traçados neste artigo, à comprovação da materialidade delitiva para fins de recebimento da denúncia.

Para fins de condenação, contudo, os atos administrativos e os seus conteúdos deverão se manter hígidos posteriormente à fase de instrução criminal.

Embora não seja objeto deste estudo, haja vista que o tema merece um trabalho específico, é importante sublinhar que boa parte dos tribunais pátrios se esquiva da análise da alegação de presença de vícios materiais e formais no lançamento e no auto de infração com supedâneo na tese da independência entre as instâncias cível e penal na apreciação da validade de tais atos administrativos, o que, para fins penais, alça a presunção relativa de legitimidade e de veracidade ao patamar de presunção absoluta. E o pior é que, concomitantemente a isso, não raras vezes, o julgador não reconhece a prejudicialidade da discussão cível da matéria e mantém o curso normal da ação penal, dando ensejo à prolação de decisões conflitantes.

46. BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 758.

De qualquer modo, o reconhecimento da procedência do ataque ao lançamento ou ao auto de infração contamina os seus papéis de fontes de prova da materialidade do delito e propicia a absolvição do réu por ausência de comprovação da ocorrência do fato típico.

Embora o foco da norma seja ligeiramente distinto, não se deve olvidar que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 24, com o seguinte teor: "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo."[47]

O HC 81.611 foi um importante precedente do enunciado em questão. Confira-se a ementa resultante de sua apreciação:

> I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADIn MC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.[48]

47. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 24. Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I ao IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo. Data de aprovação: Sessão Plenária de 02.12.2009. Publicação: *DJe* 232, de 11.12.2009. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265]. Acesso em: 29.10.2015.

48. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 81.611/DF, TP, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, impetrante: José Eduardo Rangel de Alckmin, coator: Superior Tribunal de Justiça, j. 10.12.2003, *DJ* 13.05.2005. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78807]. Acesso em: 25.01.2017.

No julgamento do mencionado remédio constitucional, os votos proferidos suscitaram importante divergência acerca da natureza jurídica do lançamento no âmbito do crime contra a ordem tributária previsto no artigo 1º da Lei 8.137/90.

As hipóteses aventadas foram condição objetiva de punibilidade, elemento normativo do tipo e condição de procedibilidade.

Seja qual for a corrente teórica adotada, todavia, o lançamento sempre se caracterizará como fonte de prova da materialidade da supressão ou da redução do tributo. Ainda que se entenda que o crime se consuma com o lançamento, este ato administrativo será indispensável à comprovação de sua própria materialização.

Nesses termos, independentemente da linha doutrinária a que se adira, os apontamentos contidos no presente artigo são aplicáveis.

O auto de infração que contenha exclusivamente a retratação do descumprimento de obrigação acessória, por outro lado, não é fonte de prova imprescindível à comprovação da fraude à fiscalização, como já destacado anteriormente. Nessa linha, quando presentes outros elementos suficientes à demonstração da materialização deste elemento do tipo, não haverá a necessidade de se aguardar o exaurimento do respectivo processo administrativo fiscal para fins de processamento da ação penal.

Não é demasiado observar que o lançamento e o auto de infração são atos administrativos que sintetizam o conteúdo da fase não litigiosa do processo administrativo fiscal.

Significa dizer que, no bojo do processo administrativo fiscal, além dos atos em questão, é possível constarem outros documentos ou elementos de prova relevantes, especialmente na hipótese de instauração da fase contenciosa, ou seja, de apresentação de impugnações e de recursos.

Desse modo, o conjunto representado pelo processo administrativo fiscal possui a aptidão de complementar as evidências contidas no lançamento e no auto de infração.

Outro ponto fundamental ao debate é o de que, quando o objetivo do operador do Direito for a investigação de crime contra a ordem tributária, os conteúdos do lançamento e do auto de infração deverão ser lidos e interpretados segundo os princípios e as regras do Direito Penal.

O lançamento e o auto de infração, por serem atos concebidos e dotados de peculiaridades afetas ao Direito Tributário, submetem-se a limites e testes de validade no tocante à comprovação da materialidade delitiva. Nesse novo cenário, então, o exame de tais atos deve ser promovido segundo as normas do Direito Penal, em especial, os princípios que regem esse ramo do Direito.

De início, os elementos constantes no lançamento e no auto de infração, nessa perspectiva, devem ser submetidos à subsunção específica à norma contida no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90.

Logo, embora o lançamento reflita o nascimento de uma obrigação tributária e o auto de infração retrate o descumprimento de uma obrigação acessória, haverá casos em que, mesmo na presença de tais atos, o resultado do processo penal será a absolvição do acusado por ausência de prova da materialidade delitiva.

Princípios como o do *in dubio pro reo*, da verdade material, do devido processo legal, da culpabilidade etc. são filtros que devem ser utilizados no processo de formação do convencimento quanto à materialização do delito.

A título de exemplo, sublinhe-se que o Direito Penal não admite a condenação fundada na presunção legal relativa de ocorrência do fato típico. Assim, a submissão dos crimes contra a ordem tributária à lógica do Direito Penal repercute na insuficiência do lançamento ou auto de infração fundados no artigo 42 da Lei Federal 9.430/96[49], para a comprovação da materialidade dos delitos fiscais, haja vista a incompatibilidade da presunção tributária contida no aludido dispositivo, entre outros, com o princípio do *in dubio pro* reo. Confiram-se, a esse respeito, as palavras de Iso Chaitz Scherkerkewitz:

> Não se pode utilizar presunções no tocante à subsunção posto que, para que haja crime, faz-se necessária a real e concreta ocorrência, no mundo fenomênico, dos fatos descritos em lei. O Direito Penal Tributário não pode se contentar com a ocorrência presumida de tais fatos. Isto ocorre pela gravidade da conduta alegadamente imputada ao particular (com sua conseqüência, também, grave). Cremos que a aplicação de presunções no tocante à materialidade do delito é de todo vedada pelo direito constitucional. Só existirá crime se restar provado indubitavelmente (pois *in dubio pro reo*), a existência de materialidade do delito.[50]

49. Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. BRASIL. Lei 9.430, de 30 de dezembro de 1996. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Disponível em: [www.normaslegais.com.br/legislacao/tributario/lei9430.htm]. Acesso em: 28.02.2017.

50. SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Presunções e Ficções no Direito Tributário e no Direito Penal Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 204.

O autor citado, a propósito do debate sobre a localização científica do Direito Penal Tributário, destaca a aplicação, ao aludido ramo, dos princípios do Direito Penal:

> Essa discussão, em nossa opinião, não é de nenhuma valia, sendo importante apenas as conclusões que se pode vir a sacar dessas divergências, ou seja, deve ter-se em mente que a partir do momento que o legislador entendeu por bem criminalizar a conduta, sancionando o descumprimento de uma infração fiscal com uma pena restritiva de direito de liberdade pessoal, todos os princípios advindos do direito penal devem ser respeitados, salvo expressa disposição contrária a respeito.
>
> [...]
>
> Sainz de Bujanda é de igual pensar, tendo ponderado nas II Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Direito Tributário, no sentido de que qualquer problema na área penal tributária deve ser resolvido à luz dos conceitos e institutos de Direito penal comum, salientando, ainda, o mestre espanhol que todos os princípios básicos do direito penal devem ser aplicados às infrações penais tributárias.[51]

Nesses termos, a despeito de o lançamento e o auto de infração constituírem fontes de prova da materialidade do delito previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90, as evidências neles contidas devem ser valoradas segundo as normas afetas ao Direito Penal.

Conclusão

O artigo contém o estudo de um ponto de interseção entre o Direito Tributário e o Direito Penal, mais especificamente a análise do papel do lançamento e do auto de infração na elucidação do crime contra a ordem tributária previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90. O trabalho se direcionou à avaliação da feição probatória dos atos administrativos mencionados e à compreensão do modelo de interpretação do seu conteúdo, no âmbito penal.

A partir da investigação da natureza jurídica do lançamento tributário e do auto de infração, foi possível constatar que, no pertinente à tipificação penal proposta, o primeiro ato administrativo se presta a certificar a supressão ou a redução do tributo e o segundo a atestar a fraude à fiscalização tributária.

51. SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Presunções e Ficções no Direito Tributário e no Direito Penal Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 174-175.

Desse modo, pode-se afirmar, como inferência principal desse estudo, que o lançamento tributário e o auto de infração constituem fontes de prova da materialidade dos elementos objetivos do tipo penal eleito. Tais atos administrativos, todavia, não se prestam, via de regra, à comprovação do elemento subjetivo do tipo penal, qual seja, o dolo, posto que a análise da vontade do contribuinte foge do escopo de sua elaboração.

Deduziu-se, ainda, nas abordagens periféricas, que, apesar da presunção de legitimidade e de veracidade do conteúdo de tais atos, as evidências em questão devem ser valoradas segundo as regras e princípios do Direito Penal.

Não se olvide, também, a proposição de que, a despeito de o lançamento e o auto de infração serem passíveis de impugnação, tais atos se prestam ao preenchimento do requisito de prova da materialidade para fins de recebimento da denúncia, embora devam se manter intocados no curso da instrução para fins de condenação.

A sistematização dessa temática é caminho absolutamente imprescindível ao alcance da segurança jurídica na persecução dos crimes contra a ordem tributária. É assim porque o aludido cânone, além de se qualificar principiologicamente como pilar do Estado de Direito, apresenta significativas repercussões no desenvolvimento da ordem econômica.

Referências

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. Coleção de Textos de Direito Tributário. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1991.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Ônus *da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BORGES, José Souto Maior. *Lançamento Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARQUES, Leonardo Nunes; GUIDI, Victor Misse. Apontamentos sobre a amplitude material da norma contida no art. 1º, II, da Lei 8.137/1990. *Revista Tributária e de Finanças* Públicas, São Paulo, v. 131, p. 259-278, nov.-dez. 2016.

MARQUES, Leonardo Nunes; GUIDI, Victor Misse. Lançamento tributário. In: JENIÊR, Carlos Augusto (Org.). *Execução fiscal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários* à *Constituição de 1967, com a emenda 1 de 1969*. São Paulo: Ed. RT, 1970. t. II.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. t. IV.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Norma, evento, relação jurídica, fontes e validade no direito. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). *Curso de Especialização em direito tributário*. Estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Presunções e Ficções no Direito Tributário e no Direito Penal Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- Apontamentos sobre a amplitude material da norma contida no art. 1.º, II, da Lei 8.137/1990, de Leonardo Nunes Marques e Victor Misse Guidi – *RTrib* 131/259-278 (DTR\2016\24483).

Desemprego crônico e encarceramento: para uma revisão das taxas de desocupação no Brasil

Chronic unemployment and imprisonment: for a revision of unemployment rates in Brazil

Alberto Emiliano Oliveira Neto

Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-SP (2007). Doutorando em Direitos Humanos e Democracia pelo PPGD/UFPR. Pesquisador do Núcleo de Direito Cooperativo e Cidadania, vinculado ao PPGD/UFPR (Curitiba/PR). Procurador do Trabalho.
albertoemiliano@uol.com.br

Katie Silene Cáceres Arguello

Doutora em Direito e "Anthropologie et sociologie du politique" pela Université Paris 8 (2000). Mestre em Instituições de Direito Público pela UFSC (1995). Professora da graduação e da pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Coordenadora do Núcleo de Criminologia e Política Criminal do PPGD/UFPR. Membro do Instituto de Criminologia e de Política Criminal (Curitiba/PR). Advogada.
arguellokatie@gmail.com

Lawrence Estivalet de Mello

Mestre em Direitos Humanos e Democracia pelo PPGD/UFPR (2015). Doutorando em Direitos Humanos e Democracia pelo PPGD/UFPR. Bacharel em Direito pela UFPEL (2012). Bacharel em Filosofia pela UFPR (2017). Professor da Escola de Direito da Universidade Positivo. Pesquisador do Núcleo Direito Cooperativo e Cidadania, vinculado ao PPGD/UFPR (Curitiba/PR). Bolsista CAPES/PROEX. Advogado.
lawrence.mello@up.edu.br

Recebido em: 28.01.2018.
Aprovado em: 15.09.2018.
Última versão dos autores: 08.10.2018.

Áreas do Direito: Penal; Trabalho

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a relação entre desemprego e cárcere no Brasil. Justifica-se pelo fato de que o encarceramento aumentou quase seis vezes em 24 anos no Brasil, números que são desconsiderados das atuais taxas de desemprego do Instituto Brasileiro

Abstract: The present study aims to analyze the relationship between unemployment and prison in Brazil. It is justified by the fact that imprisonment increased almost six-fold in twenty-four years in Brazil, numbers that are disregarded of the current unemployment rates of the Brazilian

de Geografia e Estatística. Resulta daí o problema de pesquisa concernente à aparente dissociação entre desemprego e cárcere, eis que o crescente encarceramento foi constante, mas as taxas de desocupação apresentaram variáveis diversificadas, com avanços e retrocessos. Para o objetivo proposto, utiliza-se a metodologia da revisão bibliográfica e da análise de dados secundários. Quanto à revisão bibliográfica, revisita-se a tradição marxista quanto à relação entre trabalho e desemprego, bem como estudos criminológicos norte-americanos e brasileiros sobre a relação entre desemprego e cárcere. A hipótese de pesquisa é de que a consideração dos encarcerados nos indicadores do desemprego forneceria um dado mais fiel à realidade do trabalho no Brasil. Postula-se, enfim, que a relação entre cárcere e desemprego é de continuidade, e não de mascaramento, pela necessidade da superação das interpretações dualistas sobre o capitalismo brasileiro, dado que seu desenvolvimento carrega a característica dialética da unidade entre moderno e arcaico.

Palavras-chave: Desemprego crônico – Trabalho precário – Encarceramento.

Institute of Geography and Statistics. The research seeks to investigate the apparent dissociation between unemployment and imprisonment. It is assumed that the increase in imprisonment should occur in parallel with the increase in the unemployment rate, which did not occur. For the proposed objective, the methodology of bibliographic review and analysis of secondary data were used. As for the bibliographical review, the Marxist tradition is revisited regarding the relation between work and unemployment, as well as North American and Brazilian criminological studies on the relation between unemployment and prison. The hypothesis of research is that the consideration of those incarcerated in the indicators of unemployment would provide a more accurate data to the reality of work in Brazil. It is postulated, finally, that the relationship between incarceration and unemployment is one of continuity, and not of masking, by the need to overcome dualist interpretations of Brazilian capitalism, since its development carries the dialectical characteristic of unity between modern and archaic.

Keywords: Chronic unemployment – Precarious work – Imprisonment.

Sumário: 1. Introdução. 2. Desemprego crônico e a relação entre cárcere e desemprego. 2.1. Trabalho e desemprego na tradição marxista. 2.2. A relação entre desemprego e cárcere. 3. Encarceramento e taxas de desocupação no Brasil. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

A estruturação do mercado de trabalho brasileiro, no período recente, acena à necessidade de atenção a dois processos distintos e conexos: o aumento do desemprego e a estruturação da precariedade no assalariamento. A contrarreforma trabalhista, materializada na Lei 13.429/2017 e na Lei 13.467/2017, expressa uma radical transformação no mundo do trabalho, em que o arcaico passa a conviver com o moderno, não mais como "exceção" ou "resíduo" do passado, mas de maneira absolutamente legalizada.

Esse cenário de ruptura não é objeto do presente trabalho, mas é um pano de fundo necessário para a precisa compreensão da relação entre desemprego

e cárcere. Em março de 2017, na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), chegamos ao número de 14.176 milhões de pessoas desocupadas (IBGE, 2017). Trata-se, no entanto, de número que guarda uma cifra oculta, referente à população carcerária brasileira, que no Brasil em 2016 foi considerada a terceira maior do mundo, com 726.712 presos, perdendo apenas para outros dois países continentais – Estados Unidos e China[1].

Apresenta-se a hipótese de que a atualização do indicador fornece um dado mais fiel à realidade do desemprego e, portanto, atualiza de forma realista os dados do trabalho no Brasil. Entre 1990 e 2014, conforme se verá, a população carcerária aumentou em 575%. Disso decorrem consequências variadas, que se desenvolvem em pelo menos uma nova hipótese de pesquisa, concernente aos sentidos da relação entre cárcere e desemprego, que a nosso ver são de continuidade, e não de mascaramento.

A função real do direito penal, na diferenciação realizada por Cirino entre seus objetivos reais[2] e aqueles apenas declarados[3], seria não apenas o "controle social" dos sobrantes, mas também uma produção de sobrantes crônica. Se isso for verdade, resta pendente a demanda pela atualização do índice de desemprego em diferentes períodos, o que pode ser significativo, por exemplo, para a análise do percentual de formalização do emprego nos governos Lula e Dilma. Nesse período, cresceram ao mesmo tempo o emprego formal de baixa renda e a ocupação informal de baixa

1. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 07.10.2018.
2. "O Direito – ou a circulação – é intermediário necessário da produção capitalista, no qual nada ocorre, mas pelo qual tudo ocorre: a ideologia jurídica da proteção geral de sujeitos livres e iguais, vigentes na esfera do Direito-circulação-mercado, oculta a desigualdade das relações coletivas de produção (relação de classes), a coação das relações econômicas sobre o trabalhador e a exploração do trabalho pela apropriação de mais-valia, como trabalho não-remunerado. Essa relação entre aparência (liberdade e igualdade da esfera do Direito-circulação) e realidade (coação e exploração das relações de produção) explica as funções de mistificação (ou de representação ilusória) e de reprodução das relações sociais realizada pela ideologia: a aparência de igualdade e de liberdade do Direito-circulação reproduz a realidade da coação e exploração das relações de produção, que produzem aquela aparência" (CIRINO, 2006, p. 99-100).
3. "Os objetivos declarados do Direito Penal, legitimados pelo discurso jurídico da igualdade, da liberdade, do bem comum etc., consistem na proteção de valores essenciais para a existência do indivíduo e da sociedade organizada, definidos pelos bens jurídicos protegidos nos tipos legais" (SANTOS, 2008, p. 9-10).

renda (POCHMANN, 2012, p. 29), enquanto uma parcela da classe trabalhadora foi encarcerada, o que pode resultar em distorção de dados estatísticos.

No debate norte-americano, o encarceramento em massa, de pobres e negros, levou à crítica acadêmica a respeito dessa cifra oculta. Argumenta-se pela relevância dessa distorção também no Brasil, considerando-se que está subestimado o dado referente à situação dos mais precários. A população carcerária é composta majoritariamente de homens e mulheres jovens negros (pretos e pardos, conforme IBGE), portanto, encarcerados em plena fase produtiva da vida.

A população negra é, ao mesmo tempo, a maioria nas prisões e a maioria no trabalho precário. Não se trata de um acaso. Nesse sentido, e considerando a crescente característica do desemprego estrutural crônico nas sociedades capitalistas (MÉSZÁROS, 2006), o presente trabalho apresenta o debate norte-americano de compatibilização entre taxas de encarceramento e de desemprego (seção 2), para a seguir analisar o conceito de desocupação no Brasil e seus indicadores (seção 3).

2. Desemprego crônico e a relação entre cárcere e desemprego

A classe-que-vive-do-trabalho, na terminologia de Antunes (2009), permanece central para a compreensão da sociabilidade humana, no sentido oposto ao que propunha André Gorz (1982), entre outros. São as reconfigurações da classe trabalhadora que oportunizam as melhores chaves interpretativas para a análise de fenômenos de controle social, como a prisão. Assim, esta seção brevemente apresenta a relação entre desemprego e trabalho, na perspectiva marxista (2.1), para na sequência analisar a relação entre desemprego e cárcere (2.2).

2.1. Trabalho e desemprego na tradição marxista

A correta identificação das funções do desemprego no capitalismo requer a compreensão de que ele é uma das expressões concretas do exército industrial de reserva e, nesse sentido, resulta da mudança na composição orgânica do capital, que ocorre sob o signo da concorrência e da centralização de capitais. Sob essa forma, desemprego, o exército industrial de reserva atua em dois sentidos: fragiliza as condições de trabalho do conjunto dos trabalhadores (empregados, desempregados, subutilizados), evidenciando a possibilidade de substituição entre eles; ou seja, constitui uma ameaça permanente ao conjunto deles. Ao mesmo tempo, exerce a função de regular os salários, tal como a história do capitalismo mostra[4].

4. Entre os economistas, Marx é o primeiro a incorporar o desemprego em sua construção teórica. Ricardo reconhece *a posteriori* a importância do desemprego, mas não incorpora reflexões sobre ele no seu modelo teórico.

Para Marx, portanto, o desemprego possui ao menos duas funções. A primeira, relativa à reserva de mão de obra, é resultante das alterações na composição orgânica do capital, ou seja, àquele processo mediante o qual o aumento do capital constante (ou trabalho morto) leva à diminuição da necessidade do capital variável (ou trabalho vivo), resultando diretamente no desemprego, independentemente de se estar ou não em um momento de crise. Conforme Marx, "à medida em que se acumula o capital, tende a piorar a situação do trabalhador, suba ou desça sua remuneração" (MARX, 1987, p. 749).

A segunda é aquela conhecida como produção do "exército industrial de reserva", cujo objetivo precípuo é de regulação dos salários daqueles que se mantêm ocupados: "Em seu conjunto, os movimentos gerais dos salários se regulam exclusivamente pela extensão e contração do exército industrial de reserva, correspondentes às mudanças periódicas do ciclo industrial" (MARX, 1984, p. 739).

Na tradição marxista, István Mészáros é um dos autores que atualizou de forma mais perspicaz a análise do desemprego. Em tempos de acumulação flexível[5], pode-se afirmar que o enorme contingente de desempregados hoje não cumpre mais, apenas, as duas funções formuladas por Marx, mas também um "caráter crônico", com dificuldade de serem encontradas "soluções parciais" para ele. Afirma o marxista húngaro:

> Ele [o desemprego] já não é limitado a um "exército de reserva" à espera de ser ativado e trazido para o quadro da expansão produtiva do capital, por vezes numa expansão prodigiosa. Agora a grave realidade do desumanizante desemprego assumiu um caráter crônico, reconhecido até mesmo pelos defensores mais acríticos do capital como "desemprego estrutural", sob a forma de auto-justificação, como se ele nada tivesse que ver com a natureza perversa do seu adorado sistema [...] Atingimos uma fase do desenvolvimento histórico

5. "[A acumulação flexível] Caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional. A acumulação flexível envolve rápidas mudanças dos padrões do desenvolvimento desigual, tanto entre setores como entre regiões geográficas, criando, por exemplo, um vasto movimento no emprego chamado 'setor de serviços', bem como conjuntos industriais completamente novos em regiões até então subdesenvolvidas. Ela também envolve um novo movimento que chamarei de 'compressão do espaço-tempo' (ver Parte III) no mundo capitalista – os horizontes temporais da tomada de decisões privada e pública se estreitaram, enquanto a comunicação via satélite e a queda dos custos de transporte possibilitaram cada vez mais a difusão imediata dessas decisões num espaço cada vez mais amplo e variado" (HARVEY, 2017, p. 140).

> do sistema capitalista em que o desemprego é a sua característica dominante. Nesta nova configuração, o sistema capitalista é constituído por uma rede fechada de inter-relações e de interdeterminações por meio da qual agora é impossível encontrar paliativos e soluções parciais ao desemprego em áreas limitadas, em agudo contraste com o período desenvolvimentista do pós-guerra, em que políticos liberais de alguns países privilegiados afirmavam a possibilidade do pleno-emprego em uma sociedade livre (MÉSZÁROS, 2006, p. 31).

Trata-se da compreensão de que o capitalismo, como aponta Mészáros, não vive mais uma "fase ascendente", com alguma capacidade civilizatória. Isto é, não garante melhorias para as condições de vida e de trabalho das pessoas, com maior acesso a direitos sociais, por exemplo. Em outro sentido, vive-se o momento da "fase descendente" do capital ou da "produção destrutiva", no interior de uma crise estrutural. O desemprego, então, assume uma face estrutural, sem soluções parciais ou paliativas, nem mesmo para os países ditos desenvolvidos. Tem-se, assim, um dado da realidade, crônico, cada vez mais "explosivo"[6].

Isso não quer dizer que o trabalho perca a sua centralidade. Ao contrário, ele permanece central na sociedade vigente, mudando, contudo, a sua forma predominante. Se nos anos que sucedem a Segunda Guerra Mundial a ascensão do fordismo vem acompanhada da consolidação do trabalho assalariado, cuja característica principal é o regime de proteção social composto de cláusulas contratuais vinculantes previstas na lei, próprias de um Estado de Bem-estar Social, é outro o cenário a partir da década de 1970 nos países desenvolvidos. Nesse período, o trabalhador assalariado passa a ter que dividir espaço com uma nova modalidade de trabalho, o trabalho precário (STANDING, 2017), que se destaca pela diminuta tutela estatal e pela degradação da condição do trabalhador em comparação ao trabalho assalariado.

Importante destacar que a crise do fordismo é precedida de problemas econômicos, como o aumento da inflação, a expansão do capital para os países asiáticos, a queda da hegemonia dos EUA, a subida do preço do petróleo, dentre outros

6. "O caso é que, para se desembaraçar das dificuldades da acumulação e expansão lucrativa, o capital globalmente competitivo tende a reduzir a um mínimo lucrativo o 'tempo necessário de trabalho' (ou o 'custo do trabalho na produção'), e assim inevitavelmente tende a transformar os trabalhadores em força de trabalho supérflua. Ao fazer isto, o capital simultaneamente subverte as condições vitais de sua própria reprodução ampliada. [...] Assim sendo, esta preocupação tem duplo significado: por um lado, indica a incontrolável multiplicação da 'força de trabalho supérflua' da sociedade; por outro, mostra a acumulação da instável carga explosiva que invariavelmente acompanha tais fatos" (MÉSZÁROS, 2011, p. 226).

fatores. A esse respeito, destaca-se a acumulação flexível como confrontação à rigidez do fordismo:

> Ela se apoia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo. Caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional (HARVEY, 2017, p. 140).

Como se vê, a acumulação flexível se destaca pelo desemprego, pelos baixos salários e pelo retrocesso na atuação dos sindicatos, uma das colunas políticas do regime fordista. Não resta dúvida de que há um grande diálogo entre Harvey e Mészáros em relação ao período vivenciado desde a década de 1970.

Nesse sentido, o trabalho precário, próprio da acumulação flexível, cuja técnica preponderante é o toyotismo, tende a se consolidar em todos os países, facilitado, certamente, pelo processo de mundialização do capital. Impondo-se a partir de princípios do neoliberalismo, essa nova racionalidade convoca não apenas as empresas, mas também o Estado para que capture subjetividades, agindo com mentalidade patronal (DARDOT e LAVAL, 2016).

O espírito de solidariedade, próprio do regime de trabalho assalariado, perde espaço para um individualismo exacerbado, próprio do trabalho precário. Ou seja, o trabalhador precário não vislumbra a atuação solidária, inclusive via sindicatos, como estratégia capaz de lhe proporcionar melhores condições de trabalho. Ao contrário, esse trabalhador carrega nas costas todo o peso da responsabilidade por suas escolhas e seu futuro profissional. Igualmente, acredita ser o dono de seu destino e é levado a apostar no empreendedorismo como estratégia suficientemente efetiva para lhe trazer o sucesso que almeja alcançar a partir do trabalho que desenvolve.

Notadamente, o trabalho precário se relaciona com a reestruturação do mundo de trabalho, marcada pelo trabalho temporário, pela terceirização e pelo trabalho autônomo. Os contratos flexíveis decorrem, entre outros aspectos, do grande desemprego e do enfraquecimento dos sindicatos. A propósito, a fragmentação do processo de produção, reflexo dessas novas técnicas de organização das grandes empresas, também afeta a capacidade dos sindicatos em mobilizar os trabalhadores (HARVEY, 2017, p. 143-144). O trabalho precário, portanto, ao fragmentar a organização dos trabalhadores em estabelecimentos diversos, bem como por contar com alta rotatividade, impacta diretamente sobre a capacidade da atuação coletiva dos sindicatos, do que resulta na piora da condição social e no desemprego estrutural.

A consolidação do trabalho precário, igualmente, atua em conjunto com esse novo regime do desemprego, ora crônico, como característica marcante do modo

de produção capitalista, ao menos desde o último quarto do século passado. Não é prudente, no entanto, apenas apresentar um debate geral, sobre trabalho precário, desatento à realidade brasileira. Em crítica direta à compreensão de Standing sobre o que seja a precariedade, entendemos pertinente à realidade brasileira a leitura de Ruy Braga:

> Castel e Stanting compartilham a mesma compreensão sociológica segundo a qual a precariedade corresponderia a uma condição exterior à relação salarial. Em outras palavras, se não fosse pelo neoliberalismo e pela atual crise econômica mundial, a institucionalização dos direitos da cidadania por meio da relação salarial certamente substituiria a precariedade pela proteção social. Ao contrário, entendemos que em decorrência da mercantilização do trabalho, do caráter capitalista da divisão do trabalho e da anarquia da reprodução do capital, a precariedade é constitutiva da relação salarial (BRAGA, 2012, p. 16-17).

Do ponto de vista do Brasil e segundo indicadores do IBGE[7] extraídos da Pesquisa Mensal de Emprego – PME, que abrange as seis maiores regiões metropolitanas do País, em fevereiro de 2016 o Brasil contava 50,7% da população economicamente ativa ocupando postos formais de trabalho.

Note-se que a mera formalização não afasta a ocorrência do trabalho precário, ao passo que trabalhadores em tempo parcial, trabalhadores temporários e trabalhadores terceirizados são incluídos como trabalhadores formais na PME elaborada pelo IBGE. Mas não é só. Segundo a mesma pesquisa, 28% da população economicamente ativa em fevereiro de 2016 era composta de trabalhadores informais, classificados como trabalhadores sem carteira de trabalho ou trabalhadores "por conta própria". Ao fim, descontados os servidores públicos, os militares e os empregadores, restou no mesmo período um percentual de 8,2% de trabalhadores desempregados.

A partir de tais dados, é possível concluir que os trabalhadores precários (informais, temporários, parciais e terceirizados), somados aos trabalhadores desempregados, superam o número de trabalhadores assalariados, próprios de um Estado de Bem-Estar Social. Isso permite concluir que, além da centralidade do trabalho, o trabalho precário e o desemprego são preponderantes na sociedade brasileira. Resta apurar, portanto, como tais dados se relacionam com a população carcerária brasileira, cujo tamanho vem aumentando nesses últimos anos.

7. Disponível em: [ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Mensal_de_Emprego/fasciculo_indicadores_ibge/2016/pme_201602pubCompleta.pdf]. Acesso em: 23.06.2017.

2.2. A relação entre desemprego e cárcere

A título de comparação, nos Estados Unidos, estudos de criminologia apresentaram reflexões sobre a transição do Estado de Bem-Estar Social para um Estado penal, cujas bases seriam a criminalização da miséria e o encarceramento de grupos marginalizados (WACQUANT, 2003, p. 9). Nesse período, a política penal praticamente suplantou a política social, ao mesmo tempo que a população carcerária deixou de ter qualquer "status", como empregados ou desempregados, o que levou ao mascaramento do alto índice de desemprego no país (WESTERN, BECKETT & HARDING, 2003).

Um marco teórico essencial, incontornável para o debate proposto, concerne à proposta teórica de Rusche e Kirchheimer (2004), conforme atualizado por Jankovic (1977) e debatido no Brasil por Silveira (2012). Sua hipótese é similar à que se apresenta neste trabalho. Por isso, será apresentada e, na sequência, debatida a diferença entre sua perspectiva e a nossa.

Rusche e Kirchheimer formularam a teoria econômica da pena – que ficou conhecida como "economia política da pena" –, cujo fundamento principal é relacional: as práticas punitivas possuem relação com as relações sociais de produção. Em suas conhecidas palavras, "todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção" (2004, p. 20). Essa relação é analisada sob a lógica da "prevenção", com efeito dissuasivo, isto é, as condições carcerárias devem ser menos preferíveis às condições de vida dos mais precários trabalhadores. Segundo o autor, "[...] para combater o crime entre os estratos sociais desprivilegiados, as penalidades precisam ser de tal forma que estes temam uma piora em seus modos de existência" (RUSCHE, 2004, p. 20).

A compreensão mais geral, portanto, é uma relação estrutural, com um sentido específico, que deve acompanhar a investigação, como uma forma de abordar historicamente o objeto de estudo. Em outras palavras, compreende-se seu sentido mais abstrato como um movimento metodológico que apreende a hipótese de Rusche, não para considerá-la absoluta, mas para que seja possível sua crítica e atualização, o que Silveira (2012) realiza com base nas hipóteses formuladas por Jankovic (teoria da severidade e teoria da utilidade).[8] Nas palavras do autor, quando explica suas diferenças com Rusche:

8. Nesse sentido, ver a crítica de Dario Melossi no prefácio da introdução italiana, de 1978, à obra de Rusche e Kirchheimer: "A hipótese que Jankovic formula e prova não é, na minha opinião, uma alternativa à de Rusche e Kirchheimer, mas sim, nos limites de sua validade espaço-temporal, integrativa. A conexão e a covariância, até o ponto em que ela

> Com isso, pode-se dizer que, no Brasil, há evidência estatística da relação entre desemprego e punição, como preconizou Rusche, ainda que, como se viu, tais estudos não se prestem a "explicar" a relação. [...] Sem embargo, em conclusão, pode-se dizer que os resultados não sustentam plenamente a tese de Rusche, eis que uma relação de causa (desemprego) e efeito (encarceramento) não pode ser demonstrada. Importa perceber, porém, que, a despeito da questão causal, a relação entre aqueles fatores sociais restou estatisticamente comprovada (SILVEIRA, 2012, p. 311).

Silveira (2012, p. 301) tem, entre suas hipóteses de pesquisa, uma similar à deste trabalho: para ele, é necessário verificar a plausibilidade da existência e o grau de uma relação direta entre as taxas de desemprego brasileiras e o encarceramento, no que afirma seguir a teoria da utilidade de Jankovic. Com base no método estatístico, conclui que um ajuste na taxa brasileira de desemprego (o que ele denomina "taxa brasileira de desemprego ajustada"), para inclusão da população carcerária, apresenta mínima alteração em 1995 e, em 2005, "leve tendência

---

pode ser formulada matematicamente, entre o nível de desemprego e a taxa de encarceramento não nos diz nada particularmente novo em comparação com as hipóteses fundamentais discutidas, nem nos diz algo particularmente específico sobre a situação do capitalismo desenvolvido. O que há, nessa hipótese, que pode nos fazer excluir que essa relação particular seja verdadeira, dadas certas coordenadas do espaço e tempo, mesmo para as sociedades capitalistas que não os Estados Unidos deste século? E, de fato, a hipótese de Rusche e Kirchheimer continua a viver, se a considerarmos válida, mesmo dentro de uma ligação rígida entre a taxa de desemprego e a taxa de encarceramento, como é essencialmente "qualitativo", não "quantitativo", tenta explicar a natureza e o caráter da penalidade, não sua extensão" (tradução livre).

[L'ipotesi che Jankovic formula e dimostra non è, a mio, avviso, alternativa a quella di Rusche e Kirchheimer ma semmai, nei limiti della sua validità spazio-temporale, integrativa. La connessione e la covarianza, sino al punto da poter essere formulata matematicamente (51), tra livello della disoccupazione e tasso di incarcerazione non ci dice nulla di particolarmente nuovo rispetto all'ipotesi fondamentale discussa, né ci dice nulla di particolarmente specifico della situazione del capitalismo sviluppato.

Che cosa c'è, in questa ipotesi, che ci possa far escludere che tale particolare rapporto sia vero, date certe coordinate di spazio e tempo, anche per società capitalistiche diverse dagli Stati Uniti di questo secolo? E infatti l'ipotesi di Rusche e Kirchheimer continua a vivere, se la consideriamo valida, anche all'interno di una rigida connessione tra tasso di disoccupazione e tasso di incarcerazione, in quanto essa è essenzialmente "qualitativa", non "quantitativa", tenta di spiegare la natura e il carattere della pena, non la sua estensione.] (MELOSSI, Dario. Introduzione à L'Edizione italiana "Mercato del lavoro, disciplina, controllo sociale una discussione del testo di Rusche e Kirchheimer" (RUSCHE, G; KIRCHHEIMER, O. *Pena e struttura sociale*. Bologna: Il Mulino, 1978).

de alta no impacto do encarceramento sobre o desemprego" (SILVEIRA, 2012, p. 313)[9]. Conclui, no entanto, pela falsidade de sua hipótese, afirmando uma insignificância de suas estatísticas para apresentar o cárcere como instrumento de controle social dos desempregados.

Se é verdade que Silveira concluiu pela falsidade de sua hipótese, não é verdade que concluiu sobre ausência de plausibilidade de atualização da taxa de desemprego. A nosso ver, portanto, a hipótese mais geral de relação entre relações de produção e encarceramento, conforme Rusche (2004), mantém-se necessária e sua apreensão, pela realidade brasileira, requer a formulação de outras mediações, que não a do encarceramento apenas como substituição de políticas sociais ou de mascaramento de índices de desemprego.

3. Encarceramento e taxas de desocupação no Brasil

Como sublinhado na seção anterior a respeito da divergência entre Braga e Standing, o sentido da precariedade no trabalho não é o mesmo para países desenvolvidos e para países subdesenvolvidos. Retome-se assim que, nos Estados Unidos, Western, Beckett e Harding (2003) verificaram duas consequências do aumento dos índices de encarceramento: a primeira, relativa ao aumento da política penal em detrimento da política social; a segunda, relativa a um mascaramento direto de um alto nível de desemprego, por meio da inexistência de "status" de ocupado ou desocupado, por parte dos encarcerados. Embora esses estudos forneçam indícios para nossa análise, como também forneceram para a de Silveira, é inadequado e certamente infrutífero realizar uma transposição direta das pesquisas norte-americanas sobre a relação entre desemprego e cárcere para a realidade brasileira.

No Brasil, causa apreensão propor a hipótese de que o crescimento da política penal opera uma "substituição" da política social, pelo fato conhecido de que em países subdesenvolvidos a política social é largamente subsidiária nas finanças públicas, isto é, não requer uma política penal que se "sobreponha" a ela, pois a coerção é fator de controle social rígido, para manutenção da hegemonia, no que

9. Os dados informam que, em 1995, era de 30,31 a relação *U/P* (Número de desempregados [U] sobre número de encarcerados [P]); em 2005, por outro lado, a relação *U/P* era de 24,74, o que demonstra um relativo impacto do número de encarcerado sobre a taxa oficial do desemprego. Esse número, segundo Silveira, é ainda muito mais próximo dos dados da Bélgica, Holanda, Itália e Reino Unido do que dos números dos Estados Unidos, que são de 2,7 desempregados por preso (SILVEIRA, 2012, p. 312).

Florestan Fernandes denominava "democracia restrita"[10] e no que Felipe Demier e Maria Duriguetto vêm denominando "democracia blindada"[11].

Também, a ideia de "mascaramento" do índice de desemprego não parece adequada, justamente pelo fato de que o desemprego, no Brasil, possui forte relação com o trabalho precário. Em outro sentido, parece-nos plausível postular que há uma continuidade entre o trabalho precário e o cárcere no Brasil. Isto é: os trabalhos mais precários são a regra, e não a exceção; esses trabalhos são tão precários que, em alguns casos, não apenas tomam o lugar do empregador na responsabilidade pelo risco da atividade econômica,[12] mas também mesclam aos riscos da atividade econômica a possibilidade de serem expropriados da própria liberdade.[13] Assim, parece possível postular uma *relação de continuidade*, e não de mascaramento, nos seguintes termos: conforme cresce o trabalho precário, cresce também a população carcerária.

10. Maria Malta e Jaime León (2017) fornecem rigoroso estudo sobre a formulação de Florestan Fernandes e sua relação com os aspectos autoritários das classes dominantes no Brasil, em especial nas conjunturas históricas de crises econômicas.

11. A formulação é original de Demier (2012), com atualizações após o golpe parlamentar (DEMIER, 2017) e as contrarreformas (DURIGUETTO; DEMIER, 2017). Conforme os autores, são características da democracia blindada: "A blindagem dos aparatos institucionais estatais a qualquer proposta reformista; programáticas políticas partidárias com diferenças adjetivas; hipertrofia do aparato coercitivo sobre as resistências e lutas dos trabalhadores contra a retirada de seus direitos constituem a agenda da e para a democracia. Nesta agenda, a democracia é uma nova configuração político-jurídica estatal que viabiliza, sem limites e amarras, os processos legais para as mudanças nas relações laborais da era da acumulação flexível, para a hegemonia da financeirização nas relações econômicas que opera uma drástica redução dos fundos públicos para o financiamento das políticas públicas universais e uma acelerada e acentuada transferência da oferta destas políticas para a via contratual mercantil. [...] Esta blindagem iniciará, notadamente, nos dois governos de Fernando Henrique Cardoso (1995-1998/1999-2002), em que tivemos o avanço da revisão constitucional (já iniciada pelo Governo Collor) para a aplicação dos ajustes e das contrarreformas neoliberais. A nova agenda política de ajuste passou a ser dominada por temas como refluxo do Estado e primazia do mercado por meio das políticas de abertura comercial e financeira ao capital internacional, desregulamentação e privatização, corte dos gastos públicos e redução dos fundos públicos para o financiamento das políticas sociais" (DURIGUETTO; DEMIER, 2017, p. 11 e 13).

12. Conforme a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 2º, a responsabilidade pelos riscos da atividade econômica seria do empregador: "Art. 2º – Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço". No entanto, é crescente a tendência ao trabalho não empregatício, em que os riscos da atividade econômica são suportados pelos próprios trabalhadores.

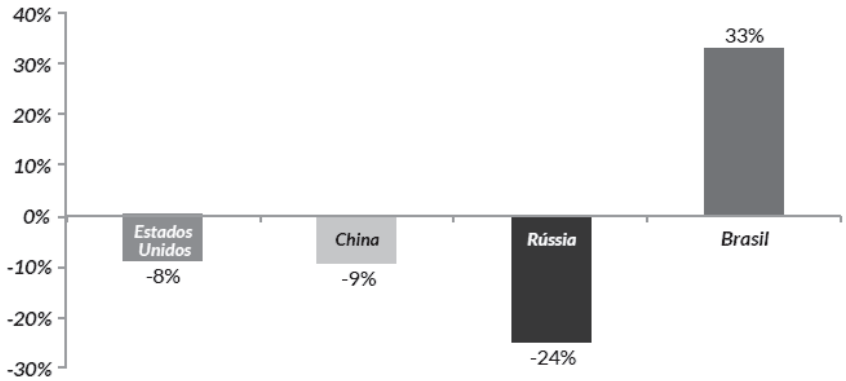
13. Sobre o conceito de expropriações e sua relação com a contrarreforma trabalhista, veja-se Gediel e Mello (2017).

Ruy Braga (2012, p. 17) afirma que a precariedade é constitutiva da relação salarial, o que nos parece uma importante chave interpretativa para a compreensão da política penal para o precariado brasileiro. No Brasil, o "trabalho sem-formas" de Francisco de Oliveira (2006, p. 280) "inclui mais de 50% da força de trabalho, e o desemprego aberto saltou de 4% no começo dos anos 1990 para 8% em 2002"; no mesmo sentido segue a metodologia do IBGE, a seu ver conservadora, com base na qual se conclui que "entre o desemprego e o trabalho sem-formas, transita, entre o azar e a sorte, 60% da força de trabalho brasileira".

Deve-se perceber que, no Brasil, não se viveu uma luta entre o arcaico e o moderno nas relações de trabalho. Como afirma Oliveira (2013), não foi *apesar do* arcaico e *contra ele* que se desenvolveu nossa modernidade, mas, sim, *por causa* do latifúndio, da dependência, da superexploração, do capital monopolista. Se "todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção" (RUSCHE, 2004, p. 20), são certamente possíveis mediações que informem o crescimento conjugado do desemprego e do cárcere, o que fortalece, e não enfraquece, a necessidade de taxas estatísticas conjuntas.

Segundo o Levantamento Nacional de informações Penitenciárias (INFOPEN)[14] apresentado em junho de 2016 pelo Departamento Penitenciário Nacional, órgão vinculado ao Ministério da Justiça, o Brasil ocupa o terceiro lugar mundial quando o assunto é população prisional. Entretanto, vale mencionar que esse quadro é mais delicado quando da análise da variação da taxa de aprisionamento nos anos de 2008 a 2014. Especificamente, enquanto Estados Unidos, Rússia e China tiveram redução do número de presos, no Brasil a população prisional teve um acréscimo de 33%.

Figura 1 – Variação da taxa de aprisionamento entre 2008 e 2014

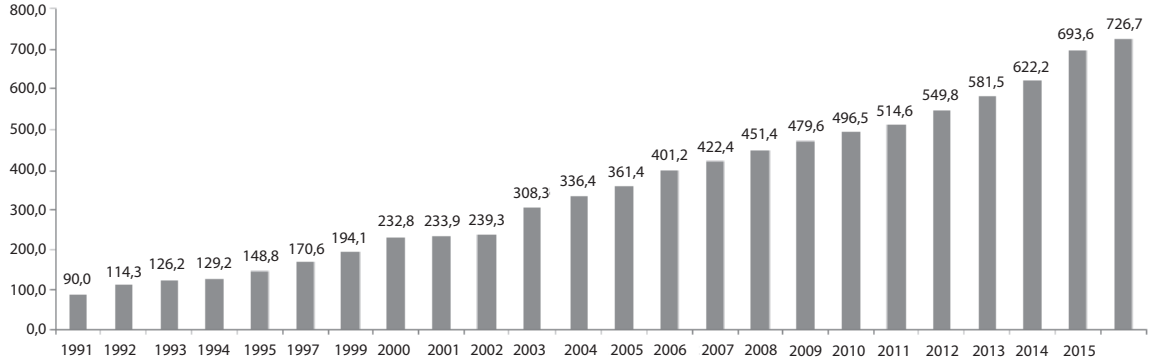


Fonte: Ministério da Justiça – INFOPEN.

14. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 23.06.2017.

Essa tendência ao crescimento da taxa de encarcerados não é uma "novidade" do lapso temporal que compreende os anos de 1990 a 2016. Efetivamente, apura-se o vertiginoso crescimento da população prisional no Brasil desde o início da década de 1990:[15]

Figura 2 – Crescimento da população prisional entre 1990 e 2016



Fonte: Ministério da Justiça – INFOPEN.

Segundo dados do IBGE[16] e do Ministério da Justiça,[17] desde o ano 2000, a população prisional cresceu 7% ao ano, do que resulta em um valor total de 161%. Trata-se de valor dez vezes maior que o crescimento do total da população brasileira, cujo crescimento no mesmo período foi de apenas 16%, algo em torno a 1,1% ao ano.

Entre diversos fatores, especula-se a possibilidade da redução do desemprego ter relação com o aumento do encarceramento, considerando-se que o IBGE, quando da Pesquisa Mensal de Emprego – PME,[18] não considera os presos em regime fechado[19]. Para verificar essa hipótese, em um primeiro momento apurou-

15. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 23.06.2017.
16. Brasil em números. IBGE. Centro de Documentação e Disseminação de Informações. v. 1 (1992). Rio de Janeiro: IBGE, 1992.
17. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 23.06.2017.
18. Veja-se no site do IBGE: [www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/srmv23pme.pdf]. Acesso em: 30.05.2017.
19. A diferença entre PME e PNAD Contínua não chega a contemplar os encarcerados como desocupados. "Uma das principais diferenças entre as três pesquisas é a amplitude. A PME entrevistava pessoas em 44 mil domicílios localizados em seis regiões metropolitanas (Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre). A

-se que o aumento da população carcerária foi constante, ao contrário das taxas de desemprego, cuja variação entre os anos de 1990 a 2014 apontou trajetória de avanços e retrocessos.[20]

Tabela 1 – Média anual da taxa de desocupação entre 2006 e 2015 (%)

Principais regiões metropolitanas/ *Metropolitan Areas*	Média anual da taxa de desocupação (%)/ *Annual average of unemployment rate (%)*									
	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Total/*Total*	**10,0**	**9,3**	**7,9**	**8,1**	**6,7**	**5,9**	**5,5**	**5,4**	**4,8**	**6,8**
Recife	14,6	12,0	9,3	9,9	8,7	6,5	6,0	6,4	6,5	8,9
Salvador	13,7	13,7	11,5	11,3	11,0	9,6	7,2	8,1	9,0	11,8
Belo Horizonte	8,5	7,6	6,5	6,4	5,5	4,9	4,4	4,2	3,7	5,6
Rio de Janeiro	7,9	7,2	6,8	6,1	5,6	5,2	5,0	4,5	3,5	5,2
São Paulo	10,5	10,1	8,4	9,2	7,0	6,2	6,0	5,9	5,0	7,0
Porto Alegre	8,0	7,3	5,9	5,6	4,5	4,5	4,0	3,5	3,8	5,6

Fonte: IBGE – Brasil em números.

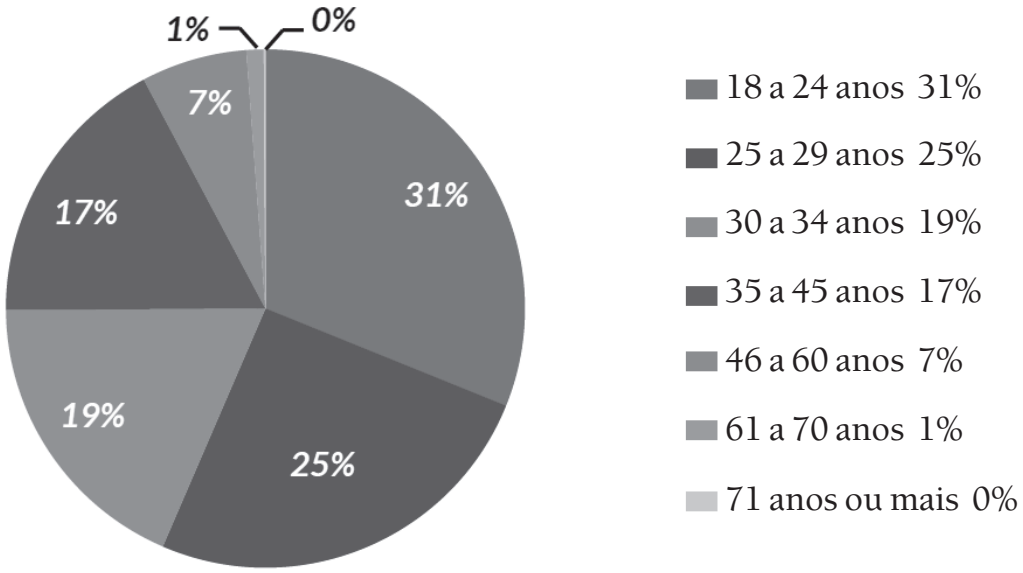
Pnad abrangia 147 mil domicílios em 1.100 municípios. Já a Pnad Contínua tem uma amostra de 211 mil domicílios em 3.500 municípios. [...] O PME era mensal, enquanto a Pnad era anual. A nova pesquisa divulgará trimestralmente dados sobre o mercado de trabalho a respeito do Brasil como um todo e das grandes regiões (Norte, Nordeste etc.) e anualmente os números sobre emprego e desemprego separados por Estado, além de disponibilizar o banco de dados para que o cidadão possa fazer pesquisas mais detalhadas. Também uma vez por ano, a Pnad Contínua vai apresentar os dados referentes a outros temas, como educação, migração e trabalho infantil. As pesquisas têm diferenças também sobre os conceitos usados. Por exemplo, a PME e a Pnad consideravam que as pessoas de dez anos ou mais estavam em idade de trabalhar. Na nova metodologia, esse limite mínimo subiu para 14 anos. Outra diferença importante é o conceito de desocupação. Na PME, só era considerada desempregada a pessoa que, além de estar sem trabalho e disponível para entrar no mercado, havia procurado emprego nos últimos 30 dias. Já na Pnad contínua, estar sem ocupação e ao mesmo tempo disponível para um emprego é o suficiente para a pessoa ser considerada desocupada. Esse ajuste deve pôr fim a uma das principais críticas que a PME sofria, a de chamar de "inativo" o trabalhador que havia desistido de procurar emprego, mas continuava interessado em voltar ao mercado" (texto completo no blog da Uol: [https://achadoseconomicos.blogosfera.uol.com.br/2014/01/17/ibge-muda-pesquisa-e-apresenta-taxa-de-desemprego-maior/?cmpid=copiaecola]. Acesso em: 30.05.2017).

20. Brasil em números. IBGE. Centro de Documentação e Disseminação de Informações. v. 1 (1992). Rio de Janeiro: IBGE, 1992.

Os números apresentados pelo IBGE e pelo Ministério da Justiça, portanto, comprovam que o crescimento da população carcerária superou a média do crescimento da população brasileira, bem como ocorreu justamente em um momento cujas taxas de desemprego tiveram uma queda vertiginosa, passando de 10% no ano de 2006, para 4,8% no ano de 2014.

Em todo caso, é preciso apurar quais são os critérios adotados pelo IBGE e pelo Ministério da Justiça na avaliação do desemprego e da população carcerária, notadamente diante da necessidade de se avaliar quais foram os trabalhadores que passaram a ingressar o mercado de trabalho formal, bem como quais seriam aqueles que foram atingidos pelo sistema punitivo estatal quando do encarceramento. A esse respeito, confrontando os dados do IBGE e do Ministério da Justiça, é possível apurar que a população carcerária é predominantemente composta por jovens, conforme se vê:[21]

Figura 3 –População carcerária – Composição etária



Fonte: Ministério da Justiça – INFOPEN.

Destaca-se que, na população que possui entre 18 e 24 anos, o número de presos alcança a elevada cifra de 31%. Trata-se de situação plenamente compatível

21. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 23.06.2017; e Brasil em números. IBGE. Centro de Documentação e Disseminação de Informações. v. 1 (1992). Rio de Janeiro: IBGE, 1992.

que o baixo número de trabalhadores contratados, na mesma faixa etária, que se limita a 14,5% da população. Isto é, os jovens possuem maior dificuldade de acesso ao mercado de trabalho formal e forte índice de encarceramento.

Tabela 2 – Distribuição das pessoas ocupadas, conforme faixa etária

Características/ *Characteristics*	Distribuição das pessoas de 15 anos ou mais de idade, ocupadas/ *Percent distribuition of employed persons 15 years old and over*					
		Grandes Regiões/*Major Regions*				
	Brasil/ *Brazil*	Norte / *North*	Nordeste/ *Northeast*	Sudeste/ *Southeast*	Sul/ *South*	Centro-Oeste/ *Central West*
Grupos de idade/ *Age groups*	**100,0**	**100,0**	**100,0**	**100,0**	**100,0**	**100,0**
15 a 17 anos/ *15 to 17 years old*	2,5	3,2	2,8	2,0	2,7	2,5
18 ou 19 anos/ *18 to 19 years old*	3,5	3,7	3,7	3,2	3,7	3,6
20 a 24 anos/ *20 a 24 years old*	10,6	11,3	10,6	10,4	10,4	10,9
25 a 29 anos/ *25 a 29 years old*	12,1	13,1	12,4	11,9	11,1	12,6
30 a 39 anos/ *30 to 39 years old*	25,5	27,1	25,5	25,6	24,2	26,5
40 a 49 anos/ *40 to 49 years old*	21,9	21,1	21,2	22,5	21,8	22,3
50 a 59 anos/ *50 to 59 years old*	15,8	13,6	14,9	16,5	16,8	14,5
60 anos ou mais/ *60 years old and over*	8,2	6,9	8,9	7,9	9,2	7,1

Fonte: IBGE – Brasil em números.

Preliminarmente, é possível concluir que a população mais jovem, notadamente na faixa etária que vai dos 18 aos 24 anos, é penalizada duplamente: por um lado, possui pouco espaço no mercado de trabalho; por outro lado, integra a maioria da população carcerária no Brasil. E não é possível afirmar que a grande maioria dos jovens que não integra o mercado de trabalho estaria nos bancos escolares das universidades e faculdades brasileiras, pois, segundo dados do

IBGE[22], somente 13,1% da população brasileira com mais de 25 anos têm formação superior.

Tabela 3 – Distribuição das pessoas de 25 anos ou mais – Nível de instrução

Sexo e nível de instrução/ *Sex and level of schooling*	Distribuição das pessoas de 25 anos ou mais de idade/ *Distribution of persons 25 years old and over*					
		Grandes Regiões/*Major Regions*				
	Brasil/ *Brazil*	Norte/ *North*	Nordeste/ *Northeast*	Sudeste/ *Southeast*	Sul/ *South*	Centro-Oeste/ *Central-West*
Total (1)/ *Total (1)*	**100,0**	**100,0**	**100,0**	**100,0**	**100,0**	**100,0**
Sem instrução/ *Without instruction*	11,7	14,0	20,9	7,3	7,6	11,0
Fundamental incompleto/ Incomplete elementary school	32,0	33,1	33,3	30,3	34,7	30,2
Fundamental completo/ *Complete elementary school*	9,5	8,5	7,8	10,2	10,9	9,5
Médio incompleto/ Incomplete high school	4,2	5,1	4,1	4,0	4,0	4,8
Médio completo/ *Complete high school*	25,5	26,0	22,6	27,8	24,2	24,4
Superior incompleto/ *Incomplete college/university*	3,9	3,8	3,1	4,1	4,4	4,4
Superior completo/ Complete college/university	13,1	9,2	8,1	16,1	14,0	15,5

Fonte: IBGE – Brasil em números.

Ou seja, ainda que não seja possível estabelecer uma relação de mascaramento entre o aumento da população carcerária e a redução das estatísticas do desemprego, os dados estatísticos demonstram que os jovens são duramente atingidos com o avanço do desemprego estrutural crônico, o que se revela singularmente danoso em países subdesenvolvidos, cuja democracia blindada lhes oferece baixa densidade protetiva (em termos de direitos sociais), em relação de continuidade ou complementariedade com o alto risco de encarceramento.

22. Brasil em números. IBGE. Centro de Documentação e Disseminação de Informações. v. 1 (1992). Rio de Janeiro: IBGE, 1992.

Considerações finais

A mesma lógica da manutenção das taxas de lucro em momento de crise consolida o trabalho precário como modelo de ingresso e permanência no mercado de trabalho, bem como, supostamente, impulsiona o encarceramento como uma alternativa para diminuir a cifra aberta do desemprego estrutural crônico.

Uma análise séria não pode assumir a proposição de que exista uma cisão absoluta entre política social e política penal. Pelo contrário, a experiência americana de encarceramento em massa demonstra uma relação direta entre diminuição da política social e aumento da política penal.

Essa relação é, por um lado, um processo de transformação da política oficial do Estado e, por outro, de necessidade de manutenção dessa política. O aumento da população sobrante, que não possui espaço para ser reabsorvida pelo trabalho formal, leva a uma produção de ocupações informais com alto risco de criminalização para os trabalhadores. A necessidade de sobrevivência cria o precário, o autônomo, o que é preso pelo seu trabalho ou pela sua saída de emergência, em uma relação de continuidade entre a precariedade e o cárcere.

Os dados do regular crescimento da população prisional expressam a necessidade da superação do dualismo de análise (OLIVEIRA, 2013), em especial para o capitalismo brasileiro. Uma estruturação do trabalho moldada sob o signo da compatibilização entre o arcaico e o moderno demonstra que é possível criar condições de trabalho e modos de vida distintos entre os formais e os informais.

A constatação da existência da relação de continuidade entre trabalho precário e cárcere, sobretudo entre os trabalhadores mais jovens, revela a necessidade de atualização da taxa de desemprego (o que Silveira denominava "taxa de desemprego ajustada"), bem como uma agenda de pesquisa, que possa realizar a travessia entre a constatação da existência da relação de continuidade e a maior precisão da forma e dos sentidos dessa relação no Brasil.

Referências

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*: ensaios sobre a negação e a afirmação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2009.

BRAGA, Ruy. *A política do precariado*: do populismo à hegemonia lulista. São Paulo: Boitempo, 2012

DARDOT, P. e LAVAL, C. *A nova razão do mundo*. Ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

DEMIER, Felipe Abranches. Democracias blindadas nos dois lados do Atlântico: Formas de dominação político-social e contrarreformas no tardo-capitalismo (Portugal e Brasil). *Libertas*, Juiz de Fora, v. 12, n. 2, 2012.

DEMIER, Felipe Abranches. *Depois do golpe*: a dialética da democracia blindada no Brasil. Rio de Janeiro: Maud, 2017.

DURIGUETTO, Maria Lúcia; DEMIER, Felipe Abranches. Democracia blindada, contrarreformas e luta de classes no Brasil contemporâneo. *Argumentum*, Vitória, v. 9, 2017.

GEDIEL, José Antônio Peres; MELLO, Lawrence Estivalet de. Expropriações do sujeito trabalhador e os limites dos direitos da personalidade na Lei 13.467/2017. In: MELLO, Lawrence Estivalet; ZANIN, Fernanda; SILVA, João Luiz Arzeno da (Org.). *Estratégias autoritárias do Estado empregador*: assédio e resistências. Curitiba: Kaygangue, 2017.

GORZ, André. *Adeus ao proletariado*: para além do socialismo. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1982.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. São Paulo: Loyola, 2017.

INFOPEN – Levantamento nacional de informações penitenciárias. Thandara Santos (Org.). 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua. Mercado de Trabalho Brasileiro – 1º trimestre de 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Brasil em números. Centro de Documentação e Disseminação de Informações. v. 1 (1992). Rio de Janeiro: IBGE, 1992.

JANKOVIC, Ivan. Labor market and imprisonment. *Crime and Social Justice*, Berkeley, v. 8, p. 17.31, 1977.

MALTA, Maria de Mello; LEÓN, Jaime Winter. Soluções autoritárias para crises econômicas: aspectos brasileiros de golpes de classe. In: MELLO, Lawrence Estivalet; ZANIN, Fernanda; SILVA, João Luiz Arzeno da (Org.). *Estratégias autoritárias do Estado empregador*: assédio e resistências. Curitiba: Kaygangue, 2017.

MARX, K. *O capital*. São Paulo: Abril Cultural, 1984. v. I.

MARX, K. *Trabalho assalariado e capital*. São Paulo: Acadêmica, 1987.

MELOSSI, Dario. Introduzione à l'edizione italiana "Mercato del lavoro, disciplina, controllo sociale una discussione del testo di Rusche e Kirchheimer". In: RUSCHE, G; KIRCHHEIMER, O. *Pena e struttura sociale*. Bologna: Il Mulino, 1978.

MÉSZÁROS, István. Desemprego e precarização: um grande desafio para a esquerda. *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2006.

MÉSZÁROS, István. *Para além do capital*: rumo a uma teoria da transição. São Paulo: Boitempo, 2011.

OLIVEIRA, Francisco de. *Crítica à razão dualista*: o ornitorrinco. São Paulo: Boitempo, 2013.

OLIVEIRA, Francisco de. A dominação globalizada: estrutura e dinâmica da dominação burguesa no Brasil. In: BASUALDO, Eduardo M.; ARCEO, Enrique. *Neoliberalismo y sectores dominantes*. Tendencias globales y experiencias nacionales. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2006.

POCHMANN, Márcio. *Nova classe média*. O trabalho na base da pirâmide social brasileira. São Paulo: Boitempo, 2012.

RUSCHE, Georg. Labor market and penal sanction: thoughts on the sociology of criminal justice. In: PLATT, Anthony; TAKAGI, Paul (Org.). *Punishment and penal discipline*. Berkeley: Crime and Social Justice Associates, 1980.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan/ICPC, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Curitiba: Lumen Juris/ ICPC, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. Curitiba: Lumen Juris/ ICPC, 2008.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Economia política da pena: desemprego e encarceramento no Brasil. *Discursos sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 19/20, 2012.

STANDING, G. *O precariado*. A nova classe perigosa. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

WACQUANT, Loïc. A tentação penal na Europa. In: BOURDIEU, Pierre (Org.). De l'État social à l'État penal. *Discursos sediciosos*: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 7, n. 11, 2003.

WACQUANT, Loïc. A ascensão do Estado penal nos EUA. In: BOURDIEU, Pierre (Org.). De l'État social à l'État penal. *Discursos sediciosos*: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 7, n. 11, 2003.

WESTERN, BECKETT & HARDING. Sistema penal e mercado de trabalho nos Estados Unidos. In: BOURDIEU, Pierre (Org.). De l'État social à l'État penal. *Discursos sediciosos*: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 7, n. 11, 2003.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- Pobreza, culpabilidade e prisão: diálogos entre a ética da libertação e o direito penal, de André Ribeiro Giamberardino – *RBCCrim* 94/15-56 (DTR\2012\11).

Ativismo judicial e sociedade de risco: reflexos no âmbito da jurisdição criminal a partir do HC 126.292

Judicial activism and risk society: reflections in the scope of criminal jurisdiction from HC 126,292

André Machado Maya

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Direito do Estado pela UniRitter e em Ciências Penais pela PUCRS. Professor de Direito Penal e Processo Penal dos cursos de graduação e mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP).
andre@andremaya.com

Pietro Cardia Lorenzoni

Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). Cursa especialização em Justiça Constitucional pela Universidade de Pisa, Itália. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogado.
pclorenzoni@gmail.com

Recebido em: 20.02.2018
Aprovado em: 24.07.2018
Última versão dos autores: 07.08.2018

Áreas do Direito: Penal; Administrativo

Resumo: Considerando o cenário brasileiro de um aumento do ativismo judicial e do controle estatal pela via penal, este em razão de demandas sociais por mais segurança que se originam no seio da sociedade de risco contemporânea, objetiva-se analisar como a jurisdição comporta-se nesse contexto atual, uma vez que há um aumento da expectativa social por punição e eficiência na persecução criminal aliado a um protagonismo político do Poder Judiciário. A esse efeito, inicia-se o trabalho pela contextualização da expansão do controle penal no âmbito das sociedades de risco. Em um segundo momento, delimita-se o

Abstract: Considering the Brazilian scenario of an increase in judicial activism and state control by the criminal law, this one due to social demands for more security that is originated in the risk society, this paper aims to analyze how the jurisdiction behaves in this context since there is an increase in social expectation of punishment and efficiency in criminal prosecution, allied to a leading role of the Judiciary. To this end, the work begins by contextualizing the expansion of criminal control in the scope of risk societies. Secondly, a definition of the meaning of judicial activism is sought, starting from its development within

significado de ativismo judicial, a partir do seu desenvolvimento no âmbito da jurisdição constitucional norte-americana e alemã. Então, é apresentada a teoria de Robert Alexy como possível instrumento de limitação à arbitrariedade que tem marcado o ativismo judicial e, ao final, com base em um precedente do Supremo Tribunal Federal, busca-se identificar os riscos ao direito penal *lato sensu* e aos direitos e garantias fundamentais da inversão de sentido do ativismo judicial pautado na discricionariedade política. Para tanto, adotou-se a metodologia dialética e as técnicas de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Desse modo, observa-se que a atuação do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292, que buscou suprir expectativas sociais de alargamento do direito penal, invadiu o espaço de conformação política do legislador na perspectiva da Teoria dos Espaços Dogmáticos, razão pela qual foi reputada como equivocada e descompromissada com pilares de uma jurisdição democrática.

Palavras-chave: Ativismo judicial – Sociedade de risco – Jurisdição criminal – Expansão do direito penal – Direitos fundamentais.

the scope of the American and German constitutional jurisdiction. Then, the theory of Robert Alexy is presented as a possible instrument of limitation to arbitrariness that has marked the Brazilian judicial activism and, in the end, based on a precedent of the Federal Supreme Court, seeks to identify the risks to the criminal law and to the fundamental rights of the reversal of the sense of judicial activism based on political discretion. For that, the dialectical methodology and the bibliographic and jurisprudential research techniques were adopted. Thus, it is observed that the action of the Federal Supreme Court in HC 126,292, which sought to meet social expectations of expansion of criminal law, invaded the political space of the legislature in the otical of the Dogmatic Space Theory, reason why was considered as misleading and uncommitted with pillars of a democratic jurisdiction.

Keywords: Judicial activism – Risk Society – Criminal jurisdiction – Expansion of criminal intervention – Fundamental rights.

Sumário: Introdução. 1. Os reflexos da sociedade de risco no âmbito penal. 2. Ativismo judicial: delimitação de significado. 3. Limites à discricionariedade judicial do Tribunal Constitucional. 4. Ativismo judicial em matéria penal: o caso do *Habeas Corpus* 126.292. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

As demandas por mais segurança perante a potencialização e a concretização de riscos característicos do atual estágio de desenvolvimento da globalização têm sido uma tônica da sociedade contemporânea, cujas consequências atingem os mais variados setores do Estado. Não é diferente em relação ao Poder Judiciário. Basta observar que são cada vez mais frequentes manifestações atribuindo à jurisdição penal a responsabilidade pela concretização da segurança, do que decorre invariavelmente a flexibilização de direitos e garantias fundamentais. É nesse cenário que se examina os reflexos do ativismo judicial brasileiro no contexto de alargamento do controle estatal pela via penal a despeito de princípios fundamentes do Estado de Direito pátrio como o princípio democrático.

O intuito do presente estudo, observadas as limitações impostas pela própria horizontalidade do enfrentamento do tema, é destacar a problemática do ativismo judicial em matéria penal no âmbito da complexidade que marca a sociedade contemporânea, pautada no risco e na exigência de eficiência da persecução penal como instrumento de realização do direito à segurança. Nesse sentido, parte-se da hipótese de que há uma possível inversão de sentido decorrente do ativismo judicial em matéria penal constitucional, que fragiliza direitos e garantias fundamentais.

Com efeito, objetiva-se elencar critérios identificadores de atuações jurisdicionais pautadas em discricionariedade política, característica dessa possível inversão do ativismo judicial. Dessarte, elege-se a Teoria dos Espaços Dogmáticos como perspectiva crítica a manifestações da Corte Constitucional.

Assim, inicia-se o trabalho por uma contextualização dos reflexos da sociedade de risco no sistema de persecução penal e, em um segundo momento, busca-se uma delimitação de significado à expressão *ativismo judicial*, de modo a compreender o seu sentido de maneira minimamente mais precisa. Na sequência, apresenta-se a teoria de Robert Alexy como possível instrumento de limitação à discricionariedade política que tem marcado o ativismo judicial e, ao final, recorre-se ao julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal, como forma de demonstrar os riscos do ativismo judicial em matéria penal no cenário jurídico brasileiro.

1. Os reflexos da sociedade de risco no âmbito penal

A temática da sociedade de risco tem sido objeto de constantes estudos e abordagens no âmbito da sociologia, desde a intensificação do processo político de globalização e da consolidação do liberalismo econômico nos países ocidentais até a atualidade. Ainda no final do século XX, Ulrich Beck atentava para as consequências da modernidade e da desmitificação da racionalidade científica que marcou o positivismo e as relações sociais desde as revoluções científicas do século XVII. Se, até então, a crença na exatidão propiciada pela ciência moldava um cenário *preto no branco*, de fronteiras bem determinadas, na atualidade convive-se com uma imensa zona cinzenta de incertezas e inseguranças decorrentes do desconhecimento e da incapacidade de lidar com os riscos contemporâneos[1]. A esse cenário se referiu Anthony Giddens com a expressão *modernidade tardia*,

1. BECK, Ulrick. *La sociedade del riesgo.* Hacia una nueva modernidade. Paidós: Barcelona, 1998. p. 80.

em referência a um período histórico reflexivo da própria modernidade, em que evidenciava uma descontinuidade em relação ao passado, estruturado na razão e na ciência[2].

Embora com denominações e abordagens distintas, Beck e Giddens convergem ao identificar a globalização como um dos fatores determinantes dessa nova realidade. Os movimentos de integração supranacional propiciados, por um lado, pela consolidação do liberalismo econômico no âmbito dos países ocidentais e, por outro, pelo avanço das novas tecnologias deram ensejo a um cenário político-social marcado pela instabilidade. A lógica da produção industrial acompanha um universo de perigos, observa Beck[3], assim como a evolução tecnológica propiciou uma verdadeira revolução nas comunicações e, por conseguinte, nos mais diferentes mercados, entre eles o financeiro, estruturante do modelo econômico liberal sobre o qual está ancorada a sociedade ocidental.

Nessa esteira, ao tratar da questão da segurança e dos reflexos dela decorrentes no âmbito do Direito Penal *pós-moderno*, Pérez Cepeda define a sociedade de risco como aquela inserida no âmbito da globalização econômica, da integração supranacional e do constante avanço tecnológico, identificada pela lógica de produção e distribuição do risco[4]. Esse, efetivamente, o contexto do qual resulta a sensação de insegurança que pauta as relações contemporâneas. Se, na formatação original do Estado moderno, era válida a premissa de que os riscos desconhecidos eram riscos inexistentes, desde o ponto de vista jurídico, tecnológico e social, e, portanto, dispensavam enfrentamento[5], na atual sociedade, os riscos decorrem das mais variadas fontes, sintoma da incapacidade de lidar com a instabilidade inerente à velocidade dos avanços tecnológicos e com o desconhecimento dos efeitos do que se está a consumir. Segundo Beck, enquanto na antiguidade o homem era assombrado pelos demônios, na época contemporânea, o assombro advém das substâncias nocivas e tóxicas que estão por detrás dos alimentos, do cigarro, da indústria etc. O risco segue na realidade invisível, apenas sob nova vestimenta: "igual que la mirada del exorcista, también la mirada del contemporáneo torturado por las sustancias nocivas está dirigida a lo invisible"[6].

2. GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.
3. BECK, Ulrick. Op. cit., p. 42.
4. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Iustel: Madrid, 2007. p. 314.
5. BECK, Ulrick. Op. cit., p. 80.
6. BECK, Ulrick. Op. cit., p. 82.

A distinção destacada pelo sociólogo alemão remete às diferenças entre sociedade industrial e sociedade contemporânea. Naquela, os riscos eram conhecidos e suportados, bem como o comportamento humano, pautado no conhecimento científico, era orientado à antecipação da sua concretização. Diferentemente, na sociedade atual, o homem não consegue dominar as causas do medo e, assim, percebe-se incapaz de neutralizar o risco. Essa é a constatação a partir da qual Beck afirma que a sociedade de risco não é uma sociedade revolucionária, mas de catástrofes, em que o estado de exceção ameaça tornar-se estado de normalidade, apresentando uma "tendência a um totalitarismo 'legítimo' na defesa contra os perigos, o qual, com o pretexto de impedir o pior, cria, todavia, o pior"[7]. A essa sociedade se refere Baumann na obra *Estado de crise*[8].

Nesse cenário, ganha corpo uma política criminal que, orientada à efetivação da segurança, apresenta uma inequívoca tendência restritiva das liberdades individuais. Assim se consolida a denominada expansão do Direito Penal, marcada pela intolerância aos riscos e, consequentemente, pela ampliação dos espaços de riscos não permitidos, dotados de relevância jurídico-penal. Conforme Silva Sanchez[9], a expansão do Direito Penal, assim compreendida, acarreta a flexibilização das regras de imputação e dos princípios político-criminais de garantia e impõe um gradual abandono da matriz liberal pautada no princípio da intervenção mínima, resultado de uma "verdadeira demanda social de mais proteção" que pauta a sociedade nas últimas décadas.

Em ensaio anterior[10], com amparo na doutrina de Díez Ripollés[11], foram pontuadas as principais características que dessa receita resultam ao Direito Penal: I) incremento da tipificação de condutas que atentam contra bens jurídicos de natureza coletiva; II) predomínio dos tipos de perigo abstrato em detrimento das figuras delitivas de resultado, diante da necessidade de antecipação da

7. BECK, Ulrick. Op. cit., p. 87 e 88.
8. BAUMANN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
9. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2006. p. 22.
10. MAYA, André Machado. Conservação e acesso a dados públicos e privados para fins penais: A normativa legal brasileira examinada desde a perspectiva da jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 138, dez. 2017. p. 61-88.
11. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminologia*. n. 7, jan. 2005. p. 1-37.

intervenção penal como forma de lidar com o perigo e evitar o dano; III) flexibilização de garantias materiais e processuais, a partir do que são admitidas certas restrições à segurança jurídica em prol da maior efetividade da intervenção penal, do que é exemplo a consolidada relativização das nulidades no âmbito do processo penal. Sobressai inquestionável a opção política por mais Direito Penal em termos quantitativos e qualitativos[12].

Aplicado esse cenário ao campo processual penal, inúmeras são as consequências. Especificamente no que importa ao objeto em estudo, as demandas sociais por mais segurança e o discurso da mídia, pautado na insegurança e no incremento da criminalidade, pressionam os Poderes Legislativo e Judiciário. Aquele, responsável pela elaboração das leis, identifica no Direito Penal e Processual Penal um campo fértil para dar respostas à sociedade, ainda que meramente simbólicas, porquanto desprovidas de efetividade. Este, a seu turno, responsável pela tutela dos direitos fundamentais e pelo devido processo legal, pressuposto de legitimidade do exercício do poder punitivo do Estado, quando instado a *dar uma resposta* ao problema da criminalidade, acaba por assumir uma função que não lhe competiria na sociedade democrática, atuando como responsável pela segurança pública através de juízos políticos e interpretativos da legislação vigente.

Este último ponto, especificamente, é o que importa ao objeto em estudo. O tema do ativismo judicial não é propriamente uma novidade no campo jurídico. Sua atualidade, porém, é inequívoca à medida que o Judiciário, no âmbito da sociedade de risco, das incertezas, das inseguranças, do aumento da criminalidade e da velocidade das comunicações, passa a atuar na lógica da prevenção e, para isso, a utilizar mecanismos hermenêuticos de natureza subjetiva para transitar por espaços que, na repartição democrática de funções, são da alçada de outros Poderes.

Nesse cenário, a persecução penal resta açodada por um ideal eficientista pautado exclusivamente na relação entre tempo e veredicto. A observância da regra, estabelecida como garantia em face do exercício do poder, tende a ceder diante do resultado e, assim, consolida-se um espaço livre para a discricionariedade judicial no âmbito da persecução penal, transformando-se as regras procedimentais, entre outras, em normas meramente programáticas e desprovidas

12. D'ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em Direito Penal. O problema da expansão da intervenção penal. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Crime e interdisciplinariedade*. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012. p. 273-286.

de qualquer eficácia vinculante aos atores jurídicos. Da mesma maneira, essa discricionariedade apresenta-se como campo fértil a interferências do Poder Judiciário no âmbito político do Legislativo, com a criação do direito e a livre atribuição de sentidos a textos legais, inclusive em substituição à atuação dos legisladores. O ativismo judicial em matéria penal insere-se nesse âmbito. A ele retornaremos no quarto ponto deste estudo. Antes, impõe-se delimitar um significado possível do que se possa entender por ativismo judicial. A isso é destinado o tópico que segue.

2. Ativismo judicial: delimitação de significado

Um dos poucos consensos sobre a questão do ativismo judicial guarda relação com a sua origem norte-americana. Para além disso, a expressão carrega consigo múltiplos significados, invariavelmente marcados por conotações politizadas[13], algumas delas críticas de uma afirmada disfunção do poder jurisdicional compreendido na sua concepção clássica, de dizer o direito[14], outras a reconhecer, no ativismo, um fenômeno inerente ao modelo democrático, que não necessariamente significa interferência indevida desse Poder Político no âmbito da legítima criação do Direito[15].

No entendimento de Barroso, o ativismo judicial constitui uma forma de participação mais intensa do Poder Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, cuja fundamentação filosófica estaria na combinação entre constitucionalismo e democracia. Mas a que tipo de participação está se referindo o mencionado autor? A compreensão do que seja *ativismo judicial* pressupõe, de início, o esclarecimento deste recorte, a diferenciar este fenômeno de outro com o qual guarda inequívoca semelhança, qual seja, o da *judicialização*.

É o próprio Barroso quem, em ensaio acerca do tema, estabelece as diferenças entre os dois fenômenos que, na sua concepção, possuem origem na mesma família. Judicialização representa uma circunstância inerente ao modelo constitucional adotado, segundo o qual o acesso ao Judiciário é amplo e irrestrito, sendo vedado aos juízes o *non liquet*. Portanto, não significa propriamente

13. LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. *Measuring judicial activism*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 1.

14. ROOSEVELT, Kermit. *The myth of judicial activism*: making sense of supreme court decisions. New Haven: Yale University Press, 2006. p. 38.

15. BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista [Syn]Thesis,* Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. p. 25-26.

um exercício deliberado de vontade política por parte do Poder Judiciário, mas uma atuação reativa a uma provocação fundada em uma pretensão subjetiva ou objetiva amparada em uma norma constitucional. Sempre que provocado, ao Judiciário compete proferir uma decisão. A judicialização, assim compreendida, configura fenômeno em expansão na exata medida que a Constituição expande seus limites, regulando questões antes afetas ao processo político majoritário e à legislação ordinária. A maior abrangência da Constituição gera como consequência a ampliação de pretensões jurídicas que podem ser deduzidas perante o Poder Judiciário, do que decorre o aumento das demandas judiciais. A isso, destaca o autor, soma-se a concretização da estrutura democrática brasileira, marcada pela efetivação das garantias da magistratura, pela expansão institucional do Ministério Público e pela consolidação da Defensoria Pública. A redemocratização, adverte Barroso, "fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira"[16].

Diferentemente, o ativismo judicial não é propriamente um fato ou uma circunstância, mas representa "uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance"[17]. Aqui, a questão não passa propriamente pelo aumento de demandas judiciais, mas, sim, pela atuação do Poder Judiciário na forma de solucioná-las[18]. O ativismo judicial guarda direta relação com a hermenêutica e com a interpretação da lei e da Constituição. É através da interpretação, inerente à atividade decisória, que o Judiciário atua de maneira mais direta "na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes", o que, segundo Barroso, se verifica, como regra, pela:

> a) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do

16. BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 24.

17. BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 25. De acordo com Lenio Streck (O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? *Revista Consultor Jurídico,* p. 3. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao--alguns]. Acesso em: 27.07.2017) o ativismo é comportamental, "espécie de behaviorismo cognitivo-interpretativo".

18. A propósito, Lenio Streck (O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?... cit., p. 2) destaca que "a grande questão não é o 'quanto de judicialização', mas 'como as questões judicializadas' devem ser decididas".

> legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.[19]

Nessa mesma perspectiva, Urbina afirma que o ativismo judicial é caracterizado pela criação do direito pelos juízes, no exercício da função jurisdicional, com amparo no texto constitucional[20]. A partir dessa literatura, é possível identificar o ativismo judicial como um fenômeno inerente à atividade interpretativa que caracteriza a decisão judicial, do qual resulta um cenário de protagonismo do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes políticos, em que eventuais déficits democráticos inerentes ao sistema político no âmbito do Executivo e do Legislativo são supridos pela atuação jurisdicional através de juízos valorativos amparados em cláusulas abertas e nos princípios enunciados no texto constitucional.

Assim compreendido, o ativismo judicial tem sua origem no modelo de jurisdição constitucional norte-americano, cujo desenvolvimento evidencia três fases bem marcantes. A propósito, Trindade e Morais observam uma fase inicial em que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América pautava-se por uma concepção substancial da Constituição Federal, sobrepondo ela à legislação ordinária e rompendo com a premissa clássica de que o texto constitucional era formado por normas programáticas; uma fase intermediária, de transição, marcada por profunda reformulação dos magistrados da Corte, em que é identificada uma atuação pautada por forte componente político; e uma fase moderna, identificada na sua essência pela denominada *Corte Warren*, em que se operou verdadeira revolução constitucional na preservação dos direitos e garantias fundamentais. Nesta última fase, a Suprema Corte norte-americana, pautada no primado das liberdades civis, consolidou uma postura ativista na medida em que, "inseridos na tradição da *common law,* os juízes deixaram de simplesmente interpretar as leis e passaram a reescrevê-las"[21]. Com base nessa evolução, os autores ressaltam que o ativismo judicial pode assumir as mais diversas formas,

19. BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 26.

20. URBINA, Francisco Zúniga. Activismo judicial versus garantismo procesal y tribunal constitucional. In: LEAL, Rogerio Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig (Org.) *Ativismo judicial e déficits democráticos*: algumas experiências latino-americanas e europeias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 65.

21. TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 53, 2011. p. 60.

desde uma perspectiva mais liberal até atuações mais conservadoras, ainda que, como regra, esteja identificado com a preservação dos direitos e garantias fundamentais[22].

No âmbito da Alemanha, em uma aproximação ao desenvolvimento do ativismo judicial nos países de matriz romano-germânica, o ativismo judicial surge no período posterior à Segunda Guerra Mundial, em que a matriz teórica do positivismo, responsável pela sustentação normativa das barbáries perpetradas pelo nazismo, viu-se superada pelo desenvolvimento da denominada *jurisprudência dos valores*, alternativa metodológica pautada na interpretação e na aplicação de um direito suprapositivo por parte do Tribunal Constitucional alemão[23]. Pautada na célebre fórmula de Radbruch – *injustiça extrema não é direito* –, a Corte Constitucional da Alemanha orientou sua atuação à primazia de valores axiológico, materiais, como a vida e a dignidade da pessoa humana, de modo que, na construção de suas decisões, preponderou o recurso a cláusulas gerais e enunciados abertos, como os princípios, em detrimento da legislação positivada. Superou-se, com isso, o paradigma da mera legitimidade da lei, relacionada à forma de criação do direito, e avançou-se no sentido da validade, relacionada ao fundamento do direito enquanto acepção do justo[24]. Daí o desenvolvimento de mecanismos e procedimentos aptos a justificar racionalmente as decisões, como é o caso da ponderação de princípios, desenvolvida por Alexy[25]. Ocorre que a opção por uma normatividade jurídica estruturada em valores axiológicos gerou, como consequência, uma ampliação dos espaços de discricionariedade jurisdicional e, na medida em que ao Tribunal Constitucional competia a interpretação autêntica da ordem axiológica constitucional, a tendência identificada foi de consolidação de uma espécie de totalitarismo dos valores constitucionais: "el nacimiento de un nuevo estatalismo que habrá de servir para conformar los individuos y la sociedad según la voluntad discrecional de los poderes públicos, fundamentalmente la del

22. TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 53, 2011. p. 58-64.

23. TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 53, 2011. p. 65.

24. CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *A crise actual da filosofia do direito no contexto global da crise da filosofia.* Coimbra: Coimbra editora, 2003. p. 104.

25. TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 53, 2011. p. 67.

Tribunal Constitucional, interprete último de la Constitución"[26]. Essa crítica ao ativismo judicial desenvolvido na Alemanha, veiculada, dentre outros, por Jurgen Habermas, não impediu a consolidação da jurisprudência dos valores no âmbito do Tribunal Constitucional alemão, bem como a sua exportação a inúmeros ordenamentos jurídicos da Europa e do continente latino-americano, dentre os quais o brasileiro, onde o recurso à ponderação tem servido como instrumento retórico à ampliação da discricionariedade jurisdicional[27].

Em terras brasileiras, o problema do ativismo é destacado, entre tantos, por Lenio Streck, para quem a aplicação desvirtuada da técnica da ponderação gerou a institucionalização da discricionariedade judicial. Na opinião do autor, mediante o recurso da ponderação, o Supremo Tribunal Federal "vem julgando por políticas em grandes causas e não por princípios"[28], como evidenciam as decisões proferidas acerca de temas como as cotas, a união estável homoafetiva, a pesquisa com células-tronco embrionárias, o parto antecipado de fetos anencéfalos e a lei da ficha limpa, entre outros[29].

Esse é também o diagnóstico de Trindade e Morais[30], que, a partir do estudo do fenômeno nos Estados Unidos e na Alemanha, identificam no âmbito brasileiro uma espécie de ativismo judicial às avessas, "em que se confere discricionariedade aos juízes para, nos casos concretos, buscarem uma solução que atenda aos fins de justiça social, autorizando-os tanto à criação do direito quanto ao gerenciamento processual, o que implica uma intervenção indevida na esfera legislativa". Isso decorre, justamente, da concepção limitada da interpretação como um mero ato de vontade, acompanhada de um elevado nível de voluntarismo e, como consequência de ambos, um decisionismo judicial que conduz ao que os autores denominam de "justiça lotérica". Nesse protagonismo dos tribunais, em que o recurso às cláusulas abertas e aos princípios é visto como instrumento que permite alcançar qualquer resultado mediante a técnica da argumentação, o ativismo se transforma em um risco às jovens democracias, na exata medida em que

26. CRUZ, Luis M. *Estúdios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa, 2006. p. 28.
27. TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 53, 2011. p. 70-71.
28. STRECK, Lenio. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?... cit., p. 6
29. STRECK, Lenio. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?... cit., p. 6.
30. TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 53, 2011. p. 75-77.

significa "a recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição"[31].

Nessa senda, verifica-se a possibilidade de, pelo menos, dois diferentes tipos de ativismo, quais sejam: um caracterizado por uma atuação mais ativa do Judiciário na concretização de normas previstas na Constituição, que possui como consequência lógica uma diminuição da segurança jurídica das próprias leis, visto que elas dependem de uma constante vinculação formal e material para com o ordenamento constitucional, mas aumenta a proteção – aparente – aos direitos e garantias fundamentais constitucionais; e outro ativismo caracterizado pelo descompromisso com o ordenamento constitucional, pautado em juízos subjetivos e em valores pessoais, conforme o Judiciário exerce seu poder estatal de forma discricionária e interfere no âmbito de conformação política do legislador. Este último não apenas diminui a segurança jurídica da legislação infraconstitucional como também ocasiona uma verdadeira *justiça lotérica*[32], uma vez que perde o ponto de vista uniforme promovido pela Constituição[33] e utiliza critérios subjetivos e políticos a partir do ponto de vista dos próprios julgadores.

É no âmbito dessa segunda acepção de ativismo que se insere o problema objeto do presente ensaio. A toda evidência, a interferência do Judiciário no âmbito de conformação política do Legislativo possui limites que guardam estreita relação com a legitimidade das decisões jurisdicionais e, como tal, merecem ser estudados. Na seara penal, essa questão está diretamente relacionada ao fenômeno expansionista destacado no primeiro tópico deste estudo. Dessarte, o item seguinte é destinado ao exame dos limites da atuação da corte constitucional, ou seja, qual seu espaço de atuação legítima e em que ponto se verifica a indevida invasão do âmbito de atuação do legislador.

3. Limites à discricionariedade judicial do Tribunal Constitucional

Não há dúvidas acerca da importância e da necessidade de atuação do Poder Judiciário, por intermédio da Suprema Corte, para a efetivação dos direitos e

31. VALLE, Venice Regina Lírio do. *Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal*: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2012. p. 39.

32. TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 53, 2011. p. 75-77.

33. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 141.

garantias fundamentais. Contudo, isso não significa uma possibilidade de atuação ilimitada da Corte Constitucional. Não se trata de uma carta branca para sobreposição dos espaços de atuação dos outros Poderes, em detrimento das próprias regras do jogo que deve defender. Daí que a delimitação clara dos espaços de legitimidade é necessária para o próprio controle das atuações dos órgãos jurisdicionais, inclusive das Cortes Constitucionais.

A esse efeito, afigura-se adequada a Teoria dos Espaços Dogmáticos e os princípios formais propostos por Alexy, dos quais se extraem os elementos necessários para análise dos espaços de atuação legítima da Corte Constitucional. A dogmática dos espaços visa atingir uma justa medida entre o âmbito de conformação política do legislador e a atuação do Judiciário, de modo a não comprometer o princípio da democracia[34].

Para tanto, é necessária a compreensão da Constituição como uma ordenação-quadro, que traça ao legislador três hipóteses: *proibição de algo*, *ordenação de algo* e *liberação de algo* (liberdade para escolher entre se deve agir ou não e, dentro das ações possíveis, qual é melhor)[35]. O proibido é o impossível, o ordenado é o necessário e o liberado é o possível jurídico constitucionalmente. O liberado – ou possível – é o que reside dentro do quadro[36]. O proibido – ou impossível – junto com o ordenado – ou necessário – formam os limites do quadro.

Nesse cenário, o espaço *interior* do quadro corresponde àquele de atuação do legislador. Esses espaços podem ser de duas espécies, *substanciais* e *epistêmicos*, e correspondem à discricionariedade do legislador em fazer escolhas políticas, ou seja, em decidir sobre *como* irá atuar e *qual* é a melhor forma de atuação. Trata-se de espaços de livre conformação política para o legislador, cujos limites terminam quando começa o que está determinado como proibido ou obrigatório pela Constituição. Aqui se ingressa no espaço de atuação jurisdicional[37].

Observada essa disposição dos espaços, a consequência primeira que decorre do princípio da democracia, pautado na ideia regente da separação dos poderes, é a de que o Judiciário não deve atuar quando o legislador estiver dentro de seu espaço de discricionariedade. A justificativa para tanto é que o

34. GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. 2010. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010.p. 350

35. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*, cit., p. 77

36. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo,* p. 77

37. GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Op. cit., p. 354.

legislador deve adotar a maior quantidade possível de decisões vinculantes na sociedade, pois o Legislativo é o Poder com maior grau de legitimidade para tanto[38]. O Judiciário atuará quando o Legislativo violar seus limites formais ou materiais, ou seja, quando extrapolar da ordenação-quadro prevista pela Constituição.

No âmbito dos limites de atuação possível, a discricionariedade substancial está relacionada com aquilo que a Constituição não determina, tampouco proíbe que o legislador faça. Dito de outra maneira, ela se concatena com o espaço de livre decisão do legislador. Nessas situações, o Judiciário deve respeitar as opções legislativas, salvo, naturalmente, nos casos de violação desses limites, hipóteses em que a atuação jurisdicional será permitida em razão da violação da proibição ou do mandamento constitucional[39]. Em outras palavras, espaços substanciais são os espaços que a Constituição libera para a conformação política do legislador. Portanto, nesses espaços, não há controle jurídico constitucional, porque ali termina a normatividade material definitiva da Constituição. Esse espaço corresponde ao que reside dentro da constituição-quadro[40].

De outro giro, o espaço epistêmico de discricionariedade versa sobre *quem* deve decidir quando o legislador é livre ou não para exercer a discricionariedade substancial[41]. Na teoria de Alexy, tal decisão deve ser tomada pelo legislador, enquanto representante do Poder com maior legitimidade e competência para exercer o espaço epistêmico de discricionariedade, conforme determina o princípio formal da democracia[42]. Dessarte, o espaço epistêmico de discricionariedade versa sobre o momento em que o legislador decide o tamanho de seu espaço

38. ALEXY, Robert. Formal principles: some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, I. 3, jul. 2014. p. 517. Na mesma senda que Alexy sobre o princípio formal da constituição, cumpre citar os autores em senda parecida: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003; e, na legitimidade maior do legislador, RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

39. ALEXY, Robert. Formal principles: some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, I. 3, jul. 2014. p. 517.

40. GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Op. cit., p. 354

41. ALEXY, Robert. Formal principles: some replies to critics… cit., p. 519

42. Para a leitura do debate e da argumentação de Alexy: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*: posfácio. 2. ed. Trad. Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2017b.

de discricionariedade substancial[43]. Esse espaço epistêmico desse ser dividido em duas subespécies – o espaço epistêmico empírico e o espaço epistêmico normativo.

O espaço epistêmico empírico trata da atuação do legislador ante a incerteza das premissas empíricas pautadas. Tal é o espaço que permite a atuação legislativa que limita direitos fundamentais com base em premissas fáticas incertas ou relativas[44]. Na dúvida sobre as premissas empíricas, a decisão do legislador deve ser respeitada.

De outro giro, o espaço epistêmico normativo de discricionariedade[45] versará sobre incertezas quanto ao conteúdo material da Constituição[46]. O conceito dessa subespécie de discricionariedade do legislador está relacionado à incerteza na cognição daquilo que a Constituição estabelece como proibido, facultado ou obrigatório em virtude dos direitos fundamentais[47]. Em outros termos, significa reconhecer ao legislador competência para determinar o seu próprio limite material dentro da ordenação-quadro já referida. Quando houver incertezas sobre os limites do quadro, o próprio Legislativo determinará o seu espaço de conformação política.

Nesse ponto, depara-se com um espaço epistêmico normativo para a livre ponderação do legislador. Há de se atentar que cada espaço epistêmico normativo constitui uma redução do controle jurídico constitucional pelo Judiciário. Lembra-se de que se não há incerteza sobre o que é proibido, facultado ou ordenado, não há espaço epistêmico normativo de discricionariedade do Poder Legislativo e, então, há controle constitucional[48].

---

43. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*, cit., p. 89.
44. Exemplo dessa hipótese é o caso *cannabis* julgado pelo Tribunal Federal Constitucional alemão. No caso em tela, a corte alemã entendeu que, como não se tinha certeza de que a criminalização da maconha traria uma maior intervenção na saúde pública do que sua descriminalização, a decisão política do legislador de tornar crime o uso da maconha foi reputada como constitucional, visto que na dúvida sobre as premissas empíricas, a decisão do legislador deve ser respeitada.
45. Indubitavelmente esse espaço é o mais complexo e problemático de todos, para um adequado e, quiçá, necessário aprofundamento, indicam-se as seguintes pesquisas: KLATT, Mathias; SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion in constitutional law. *Journal of International Constitutional Law*, Oxford, v. !0, n. 1, p. 69-105, 2012; e GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
46. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo,* cit., p. 91.
47. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgilio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 621.
48. GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...* cit., p. 367.

Então, dois limites para a atuação jurisdicional, inclusive para Corte Constitucional, são estabelecidos. Quando há incerteza sobre as premissas empíricas e quando há incerteza sobre as premissas normativas que sustentam a decisão política do Legislativo, o Judiciário está impedido de atuar de forma legítima. Assim, pode-se afirmar que a competência do legislador para proibir algo que não se tem certeza de que pode ser proibido em razão dos direitos fundamentais corresponde a uma proibição constitucional, que determina que a Corte não pode invalidar a proibição incerta[49]. Ou seja, há uma proibição constitucional que veda a atuação da Corte constitucional em decisões políticas do legislador quando não há certeza de sua inconstitucionalidade.

Isso servirá precisamente para otimizar o princípio da democracia, assegurando que as decisões políticas do legislador sejam respeitadas pelo Judiciário. Assim, procura-se demonstrar com o raciocínio de Alexy que o espaço de conformação política do legislador deve ser respeitado, visto que ele é o ente legítimo e constitucionalmente competente para tanto. Ademais, o papel que a Corte Constitucional desempenha é fundamental para o Estado contemporâneo, sendo, inclusive, um dos pilares para a sustentação do Estado Constitucional Democrático de Direito, conforme Canotilho[50]. A função desse Órgão que ocupa o topo da estrutura do Judiciário é dúplice, englobando tanto o papel de guardião da ordem jurídica constitucional quanto o de representação argumentativa da população[51]. Nessa senda, Motta afirma que o Tribunal deve estar preparado para responder questões de moralidade política sempre com o ônus de solucionar as demandas, aplicando o ordenamento jurídico-constitucional[52]. Contudo, o tribunal constitucional deve fazê-lo a partir de uma compreensão da Constituição sempre como topo normativo e interpretativo[53].

---

49. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais,* cit., p. 623.
50. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estado de direito*. Coimbra: Fundação Mário Soares e Gradiva, 1999. p. 25.
51. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*, cit., p. 53-54.
52. MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério*: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro. 2009. Dissertação (Mestrado em direito). Programa de pós-graduação em direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2009. p. 16.
53. MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério*: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro, 2009. Dissertação (Mestrado em direito). Programa de pós-graduação em direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2009. p. 15.

Assim compreendida a delimitação da atividade jurisdicional no âmbito do Estado Democrático de Direito, salta aos olhos a ilegitimidade das decisões judiciais pautadas em juízos subjetivos e valores pessoais, através das quais o julgador exerce seu poder estatal de forma arbitrária, invadindo, mais das vezes, o espaço de liberdade reservado pela Constituição Federal ao legislador. Essa postura, identificada no tópico anterior como uma espécie de *ativismo judicial às avessas,* tem se apresentado recorrente no âmbito da jurisdição criminal, inclusive – e, especialmente, – no Supremo Tribunal Federal. O julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 é o exemplo mais recente e relevante desse gênero de ativismo, motivo pelo qual é eleito como paradigma de análise. A esse precedente é destinado o tópico seguinte.

4. Ativismo judicial em matéria penal: o caso do *Habeas Corpus* 126.292

Uma aproximação da teoria até o momento referenciada à *law in action* afigura-se importante ao intuito de melhor compreensão do problema inerente ao ativismo judicial em matéria penal. Entre tantos exemplos possíveis, a atualidade e o peso que a presunção de inocência joga entre os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana justifica a opção pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 126.292 quando afirmada a possibilidade da execução provisória da pena.

Desnecessária, naturalmente, uma incursão detalhada sobre o caso objeto do mencionado *habeas corpus*, dada a sua notoriedade. Basta, ao intuito aqui proposto, repisar que, com essa decisão, a Corte Constitucional reformulou jurisprudência afirmada que proibia a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, em atenção ao enunciado do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, e também ao disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal, cuja redação foi atribuída pela reforma legislativa de 2008.

De início, pois, devem ser destacadas as opções legislativas atinentes à matéria. A primeira delas feita pelo próprio Poder Constituinte originário, que inseriu entre os direitos e garantias individuais, na condição de cláusula pétrea da Constituição Federal, a presunção de não culpabilidade, estabelecendo o trânsito em julgado da sentença penal condenatória como *marco referencial* da culpabilidade. A segunda, oriunda do Poder Constituinte derivado, o legislador ordinário, que atuando nos limites do seu espaço de conformação determinado pela Constituição, sem se omitir, mas também sem ultrapassar o limite do possível ao proibido, ao reformar o Código de Processo Penal, inseriu no artigo 283

a regra da proibição da execução antecipada da pena, ressalvando a possibilidade de prisão de natureza exclusivamente cautelar enquanto não definitiva a condenação.

Observado esse cenário e consideradas as premissas postas até o momento, é possível antecipar a ilegitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal, na medida em que, ao afirmar um entendimento jurisdicional contrário à regra expressa do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal e, também, ao artigo 283 do Código de Processo Penal, invadiu o espaço de conformação política do legislador.

Efetivamente, a norma que se extrai do texto constitucional e do Código de Processo Penal é inequívoca acerca da impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, pois expressamente delimitados os casos de prisão a situações cautelares. Ao criar nova hipótese de prisão, violando expresso mandamento proibitivo do legislador e sem amparo nos limites da Constituição-quadro, o Supremo Tribunal Federal invadiu o espaço substancial de discricionariedade do Poder Legislativo.

A propósito, observa-se que em nenhum momento a justificativa da Corte Constitucional, para assim decidir, aponta no sentido de que a atuação do legislador ultrapassa os limites do constitucionalmente possível; ao contrário, simplesmente justifica a possibilidade da criação de uma nova hipótese de prisão não reputada como necessária ou possível pelo Poder Legislativo. A ilegitimidade, aqui, decorre da violação dos espaços substancial e epistêmico normativo de discricionariedade do legislador.

Nesse sentido, observa-se que, na fundamentação da decisão, não há argumentação acerca da inconstitucionalidade da decisão tomada pelo legislador ordinário quando da alteração da redação do artigo 283 do Código de Processo Penal. Os ministros integrantes da Suprema Corte se limitam, em sentido oposto, a afirmar a constitucionalidade da interpretação que, majoritariamente, entendem mais adequada. Contudo, não é a Corte Constitucional a responsável por tomar as decisões políticas em nome da sociedade sobre o que seria *adequado* no âmbito do quadro de possibilidades da Constituição Federal. O seu papel é de controle de atuações inconstitucionais dos outros Poderes. É a sociedade, representada pelo Legislativo e Executivo, quem deve decidir quais regras seguir.

A toda evidência, pois, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, pelo voto da maioria simples dos seus integrantes, extrapolou os limites que estabelecem o âmbito de atuação legítima do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito. Por meio de um exercício interpretativo marcado por uma elasticidade ímpar, inequivocamente, atuou politicamente, de modo a satisfazer um desejo popular – ou quiçá midiático – a conformar uma postura que viola os princípios

formais do ordenamento jurídico pátrio e gera risco de desestabilização do próprio Estado Democrático de Direito.

Nessa senda, exemplificativamente, merecem destaques os votos do Ministro Relator Teori Zavascki bem como do Ministro Edson Fachin, os quais buscam demonstrar a possibilidade constitucional de se iniciar o cumprimento da execução da pena após decisão proferida em segunda instância, ainda que pendente recurso. De outro giro, o problema se agrava quando a fundamentação pela necessidade da mudança de jurisprudência é pautada no desejo popular, como se a Corte fosse efetivo órgão de representação majoritária. Esse também é o caso do voto do Ministro Luiz Fux, que, entre outras afirmações, pontuou: "a jurisdição em sendo uma função popular, ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal". Logo após, destaca a necessidade de adequação das decisões judiciais às expectativas sociais[54]. O trecho em destaque permite indagar sobre a possibilidade de restrição de uma norma político-jurídica posta na Constituição e nos tratados internacionais protetivos de direitos humanos como tutela ao indivíduo em face do poder em Estado, a partir do que se entende ou se afirma ser uma expectativa da população. A delimitação do conteúdo jurídico-político da presunção de inocência deve satisfazer os anseios da população? A toda evidência, afigura-se ilegítima a resposta positiva a essa indagação, na medida em que inverte a lógica e a própria razão de ser dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, bem como a essência da função jurisdicional.

Repisa-se que a atuação da Corte Constitucional não pode estar fundamentada com base na vontade da maioria da população, pois isso viola a concepção do Judiciário como Poder contramajoritário e guardião da ordem jurídico constitucional[55]. A propósito, é nesse ponto que se verifica o cruzamento entre ativismo judicial e o denominado *direito penal do risco*, expressão utilizada para identificar a expansão do direito penal – e do processo penal, naturalmente – no âmbito da sociedade contemporânea, a sociedade do risco, marcada pelas incertezas inerentes ao desenvolvimento acelerado e desenfreado dos recursos tecnológicos inerentes à globalização. A pressão por mais segurança, pautada na insegurança subjetiva inerente ao aumento da criminalidade – que nem sempre é proporcional

54. STF, HC 126.292, rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 17.02.2016, *DJe* 100, 17.05.2016.

55. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*, cit., p. 77.

aos riscos objetivamente existentes[56] – tem ensejado o desenvolvimento de teorias variadas acerca da legitimidade – e capacidade – de a ciência penal dar conta desses novos perigos[57], assim como políticas criminais simbólicas, que, desprovidas de compromisso efetivo com resultados, destinam-se unicamente a acalmar a sociedade através do recrudescimento da legislação penal e processual penal[58].

Os fundamentos elencados e utilizados no julgamento em tela como justificativa para a retomada da tradicional jurisprudência que atribuía efeito meramente devolutivo aos recursos especial e extraordinário evidenciam a atribuição voluntariosa e descompromissada de sentido à norma constitucional enunciada no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988. Merece destaque, além das passagens já elencadas, a argumentação do Ministro Relator no sentido de que a modificação da jurisprudência constituiria "mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado", bem como a complementação, esta da lavra do Ministro Luis Roberto Barroso, de que tal configura "mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto", a ensejar "caso típico de mutação constitucional, em que a alteração da compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito"[59].

A leitura atenta da fundamentação do citado acórdão põe em evidência os motivos que conduziram à *mutação constitucional*: a necessidade de assegurar a efetividade da função jurisdicional, em atenção às expectativas da sociedade (demandas por segurança). Nesse sentido, asseverou o Ministro Luiz Fux a necessidade de se interpretar o artigo 5º, LXVII, CF/1988 conforme "a expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência", destacando também, na esteira do Ministro Relator, Teori Zavascki, que a condenação é um juízo de culpabilidade, e esta é afirmada pela valoração probatória, o que se verifica nas instâncias ordinárias. A limitação à ampla devolutividade inerente aos recursos especial e extraordinário indica que estes não se inserem no âmbito do duplo grau de jurisdição e, pois, não guardam relação com o exame da culpa. Foi, porém, o Ministro Luis Roberto

56. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 28 e seg.

57. Entre outras, o *Direito penal de distintas velocidades*, de Jesús-Maria Silva Sanches, e o *Direito penal do inimigo*, de Günther Jakobs.

58. SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33.

59. STF, HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 17.02.2016, *DJe* 100, 17.05.2016.

Barroso quem evidenciou o ativismo judicial ao recorrer à técnica da ponderação para sobrepor o "interesse constitucional na efetividade da lei penal" em face do princípio da presunção de inocência, destacando que, esgotada a via ordinária de apreciação da prova, a execução da pena é uma "exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal".

Como visto, através do recurso retórico à ponderação, a Suprema Corte brasileira modificou o significado do texto do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, atribuindo-lhe sentido diverso, compatível com as expectativas sociais por segurança e recrudescimento da persecução penal. Não se trata, aqui, de afirmar a impossibilidade da alteração de jurisprudência, o que inclusive se verificou também nos Estados Unidos durante o desenvolvimento da postura ativista da sua Suprema Corte, mas de destacar o nível de voluntarismo que marcou essa *mutação constitucional*, o que é indicado pela ponderação entre presunção de inocência – compreendida pelo Supremo Tribunal Federal como um princípio – e o *interesse constitucional na efetividade da lei penal*, o que representa não mais do que um valor abstrato e indeterminado, desprovido de conteúdo objetivo. Como assevera Lenio Streck, é o Supremo Tribunal Federal julgando por política, não por princípios[60].

Ainda, a evidenciar o conteúdo político da decisão, calha destacar que a alteração da jurisprudência enunciada através do *Habeas Corpus* 126.292 veio suprir a inatividade do Poder Legislativo, que anteriormente provocado pelo Ministro Cezar Peluso, então Presidente da Suprema Corte, não levou adiante a PEC 15/2011, a qual justamente propunha a antecipação do trânsito em julgado ao esgotamento dos recursos ordinários, como forma de antecipar também a execução da pena. Os Ministros, inclusive, reconheceram, durante o julgamento, o esforço do então Presidente ao oferecer a proposta de emenda constitucional, como também o fato de o Congresso Nacional não ter avançado na proposta, a evidenciar que a mutação constitucional possui natureza política pela via jurisdicional, em verdadeira substituição ao Poder Legislativo, a caracterizar uma espécie de *legislação judicial*.[61]

60. STRECK, Lenio. Supremo e a presunção da inocência: interpretação conforme o quê? *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme]. Acesso em: 28.07.2017.

61. A expressão é de Keenan D. Kmiec. The original and current meanings of "judicial activism". *California Law Review,* v. 92, n. 5, out. 2004, apud BERMAN, José Guilherme. Ativismo judicial, judicialização da política e democracia. *Revista da Ajuris,* n. 116, p. 209-226, dez. 2009.

Considerações finais

Em apertada síntese, observados os limites do presente ensaio e sem a pretensão de esgotar o enfrentamento do problema, é possível afirmar que o ativismo judicial é um fenômeno relacionado à atividade interpretativa que caracteriza a decisão judicial, do qual resulta um cenário de protagonismo do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes políticos, em que eventuais déficits democráticos inerentes ao sistema político no âmbito do Executivo e do Legislativo são supridos pela atuação jurisdicional através de juízos valorativos amparados em cláusulas abertas e nos princípios enunciados no texto constitucional. Possui origem no desenvolvimento da jurisdição constitucional norte-americana e foi utilizado pela Corte Constitucional da Alemanha na construção da denominada *jurisprudência dos valores*, como instrumento a superar o positivismo em prol da efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Não obstante isso, e justamente em razão de sua natureza subjetiva, é um fenômeno que pode assumir as mais diversas formas, desde uma perspectiva mais liberal, até atuações mais conservadoras, o que inevitavelmente variará conforme o ambiente político em que inserido. Daí a importância do seu exame vinculado à denominada sociedade de risco, pautada na incerteza que caracteriza a complexidade da sociedade contemporânea e acaba por pautar as opções de política criminal e a expansão do direito penal, inclusive pela via adjetiva.

O fenômeno em análise tem como limite a legítima atuação jurisdicional. Nesse giro, utiliza-se a teoria da dogmática dos espaços de Alexy para definir os âmbitos de manifestação do Poder Judiciário e, mais especificamente, do Tribunal Constitucional. A referida teoria compreende a Constituição como uma ordenação-quadro, que vincula tanto a atuação do legislador quanto do Judiciário. A Constituição estabelece três hipóteses, quais sejam: a proibição de algo, a ordenação de algo e a liberação de algo. O legislador tem discricionariedade para decidir sobre o que é possível jurídico-constitucionalmente, tem obrigação de atuar quando a Constituição ordena e tem o dever de não descumprir o proibido. O Tribunal Constitucional tem sua atuação legítima quando o legislador violar os limites do quadro – o proibido ou o ordenado. Para determinar o constitucionalmente possível, respectivamente, o espaço de discricionariedade do legislador, utilizam-se os espaços substanciais e epistêmicos. Estes, em conjuntos e simplificados, determinam que tanto na incerteza sobre a possibilidade de o legislador atuar quanto na certeza que a ação legislativa é possível, o Judiciário não possui espaço de controle. Este apenas terá um espaço legítimo de atuação quando houver certeza que a ação ou omissão viola os limites da Constituição.

Direcionado o estudo para o âmbito da jurisdição criminal, através do exame do precedente em que o Supremo Tribunal Federal afirmou a possibilidade

da execução provisória da pena – *Habeas Corpus* 126.292 – pretendeu-se identificar a relação entre o ativismo judicial e os efeitos da expansão do direito penal nas sociedades contemporâneas, pautado este nos riscos inerentes às incertezas oriundas do fenômeno da globalização e da crescente criminalidade que lhe é correlata, e nas consequências que daí resultam no âmbito da jurisdição penal, notadamente em razão das demandas sociais por mais segurança. A postura política da Suprema Corte brasileira no mencionado julgamento demonstra essa relação e o uso do ativismo judicial também como forma de restringir liberdades individuais, invertendo a lógica que pautou o surgimento desse fenômeno.

Dessarte, buscou-se na teoria de Alexy um aclaramento acerca dos limites à atuação do Poder Judiciário no âmbito do ordenamento jurídico-constitucional, como forma de demonstrar a ilegitimidade do *ativismo às avessas* em matéria penal. Nessa senda, os princípios formais e a dogmática dos espaços foram apresentados como resposta possível para o problema posto. Com isso, chegou-se à conclusão de que a atuação do Supremo Tribunal Federal foi ilegítima, na medida em que, com uma decisão política que inverte a própria logica originária do ativismo como forma de proteção aos direitos e garantias fundamentais, violou princípios do ordenamento e invadiu espaço de atuação exclusivo do Poder Legislativo.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. *Formal principles*: some replies to critics. In International Journal of Constitutional Law, v. 12, I. 3, p. 511-524, jul. 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgilio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista [Syn]Thesis,* Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BECK, Ulrick. *La sociedade del riesgo*. Hacia una nueva modernidade. Paidós: Barcelona, 1998.

BERMAN, José Guilherme. Ativismo judicial, judicialização da política e democracia. *Revista Ajuris*, n. 116, p. 209-226, dez. 2009..

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de direito*. Coimbra: Fundação Mário Soares e Gradiva, 1999.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *A crise actual da filosofia do direito no contexto global da crise da filosofia.* Coimbra: Coimbra editora, 2003.

CRUZ, Luis M. *Estúdios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa, 2006.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminologia,* n. 7, p. 1-37, jan. 2005.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Crime e interdisciplinariedade*. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. 2010. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

KLATT, Mathias; SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion in constitutional law. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 10, n. 1, p. 69-105, 2012.

LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. *Measuring judicial activism*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

MAYA, André Machado. Conservação e acesso a dados públicos e privados para fins penais: A normativa legal brasileira examinada desde a perspectiva da jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 138, p. 61-88, dez. 2017.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério*: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro, 2009. Dissertação (Mestrado em direito). Programa de pós-graduação em direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2009.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Iustel: Madrid, 2007.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROOSEVELT, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of supreme court decisions*. New Haven: Yale University Press, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STRECK, Lenio. Supremo e a presunção da inocência: interpretação conforme o quê? *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme]. Acesso em: 28.07.2017.

STRECK, Lenio. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? *Revista Consultor Jurídico,* p. 3). Disponível em [www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns]. Acesso em: 27.07.2017.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 53, 2011.

URBINA, Francisco Zúniga. Activismo judicial versus garantismo procesal y tribunal constitucional. In: LEAL, Rogerio Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig (Org.) *Ativismo judicial e déficits democráticos*: algumas experiências latino-americanas e europeias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

VALLE, Venice Regina Lírio do. *Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal*: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2012.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídico-constitucionais, de Dalton Santos Morais – *RePro* 180/55-98 (DTR\2010\436).

Seletividade policial, processo de criminalização, encarceramento: considerações sobre a catástrofe penal brasileira

Police selectivity, criminalization process, incarceration: considerations on the Brazilian penal catastrophe

Fernando Nogueira Martins Júnior

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto de Direito Penal, Processo Penal e Prática Jurídica do Departamento de Direito da Universidade Federal de Lavras. Advogado criminalista.
fernando.martins@dir.ufla.br

Recebido em: 01.05.2018
Aprovado em: 15.09.2018
Última versão do autor: 08.10.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo trata do processo de criminalização no sistema penal brasileiro e seus diversos elementos que, no final, acabam por indicar que o funcionamento do sistema é profundamente enviesado. O fato de não se saber ao certo quantos crimes ocorrem em uma dada sociedade e o foco exagerado em determinado grupo social fazem com que a criminalização no Brasil seja classista e racista, reforçando a exclusão social e ensejando o extermínio e o encarceramento de pobres e negros, principalmente jovens. Intenta-se demonstrar, com dados empíricos, a viciosa situação da questão penal no país, apontando para a urgência de um penalismo militante e transgressor, que possa transformar o inaceitável *status quo*.

Palavras-chave: Penal – Criminalização – Racismo – Classismo.

Abstract: The article deals with the criminalization process in the Brazilian penal system and its various elements that, in the end, indicate that the functioning of the system is profoundly biased. The fact that it is not known how many crimes occur on a given society and the exaggerated focus in determined social group makes criminalization in Brazil classist and racist, reinforcing the social exclusion and giving cause to the extermination and incarceration of the black and the poor, mainly young. It is intended to demonstrate, with empirical data, the vicious situation of the penal question in the country, pointing towards the urgency for a militant and transgressive penalism, which may transform the unacceptable *status quo*.

Keywords: Penal – Criminalization – Classism – Racism.

Martins Júnior, Fernando Nogueira. Seletividade policial, processo de criminalização, encarceramento: considerações sobre a catástrofe penal brasileira.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 151. ano 27. p. 215-259. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2019.

Sumário: 1. Introdução. 2. O absurdo programa punitivo legislado: a criminalização primária. 2.1. *Numerus obscurus:* a cifra oculta de criminalidade. 3. *Realpolitik* penal: a criminalização secundária. 3.1. O perfil dos atingidos pela criminalização secundária. 3.2. Do porquê do direcionamento da criminalização. 3.2.1. Visibilidade do delito. 3.2.2. Estereotipia delitiva. 3.2.3. Etiquetamento criminal. 3.2.4. Criminalização da pobreza. 3.2.5. Racismo sistêmico. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição de todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.
Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, Art. 12º

Abramos as portas dos asilos, das prisões, e outras Faculdades.
Frase do Maio de 1968

1. Introdução

O sistema penal brasileiro, como é notório nacional e internacionalmente, padece, desde há muito tempo, de uma problemática legitimidade quanto a seus fundamentos de existência e sua operatividade.

Essa dimensão problemática torna-se clara quando se foca a análise em uma entre todas as atividades empreendidas por esse sistema, qual seja, a de repressão imediata caracterizada pela *prisão em flagrante* operada pela polícia ostensiva (militarizada no Brasil), momento primeiro onde o cidadão é capturado pelo processo de criminalização[1].

E, ao se analisar tal atividade desse sistema pelo escopo criminológico, no sentido de buscar identificar as funções operativas junto ao fenômeno da seletividade penal (e daí testar a hipótese de que um grupo social específico, com um corte de raça e classe bastante marcado, seja a grande maioria daqueles atingidos pela discricionariedade policial-penal e seja, também, o grosso da população carcerária no Brasil) saímos naturalmente das idiossincrasias específicas da questão policial *stricto sensu* e caímos em uma análise *mais ampliada*, tratando não só do exercício do poder de polícia, mas, também, da operatividade real do sistema penal como um todo – e das funções subterrâneas da pena e da criminalização.

Em outras palavras, pensar a seletividade penal em termos criminológicos implica, necessariamente, nos desvencilharmos do (não) tratamento mais corrente feito pela dogmática penal e ampliar a análise, tornando-a não só mais

1. Sobre a prisão em flagrante, vide LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 600-630. Sobre o processo de criminalização, vide *infra*.

verticalmente transdisciplinar, mas, também, deixando o tema em seus limitados e clássicos parâmetros e enveredando por um tratamento mais horizontalmente compreensivo e consistente. Pensar a seletividade é, em suma, pensar todo o processo de criminalização, desde a atuação policial ao encarceramento.

É o que segue.

2. O absurdo programa punitivo legislado: a criminalização primária

O pensamento penal, desde sempre, buscou afirmar-se como defensor dos mais caros interesses da sociedade. Através da proibição sob ameaça de pena, o exercício do poder punitivo sempre proclamou sua justeza enquanto tutelar de bens jurídicos *os mais importantes* para a melhor convivência humana, ou para que a ordem pública, tomada como a condição *sine qua non* para uma sociedade saudável e desejável, fosse bem alcançada[2].

Contudo, exatamente pela natureza *política* do *potestas puniendi*[3], não limitável senão por si mesmo – é dizer, pela razão de Estado –, o seu exercício tende à amplitude e à contínua expansão, buscando a justificação retórico-técnica do Direito para a consecução do controle social generalizado (que demanda mais e mais uso de coerção a fim de aplacar focos de dissensos os mais variados)[4].

Desde a concepção aberta do que vem a ser a heresia "punível"[5], agregando-se à extrema misoginia e à destrutividade do conceito de "bruxa" adotado pelo

2. Para compreender em profundidade essa premissa histórica, articulada com um ou outro campo semântico, a depender do momento, imprescindível é, entre outros, ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
3. Para a concepção de *potestas puniendi* (como categoria mais precisa do que *jus puniendi*) e suas decorrências vide ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. Em especial a Segunda Conferência, p. 41-58.
4. A própria concepção de *bem* tutelável pelo direito (concepção, *mutatis mutandis*, que perpassa a história do poder de punir) é por demais fluida e aberta: "Bem é tudo aquilo que possui utilidade ou é vantajoso para a pessoa ou para coletividade [...]." VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1.
5. "[...] o herético, ficando entre uma verdadeira e uma falsa doutrina, nega a verdadeira e 'escolhe' como verdadeira uma doutrina falsa e perversa. Portanto, é evidente que o herético 'elege'." EYMERICH, Nicolau; PEÑA, Francisco. *Manual dos inquisidores*: *Directorum Inquisitorum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 31. O herege

inquisitorialismo posterior;[6] passando pela amplitude das relações e intervenções eclesiais e temporais no campo punitivo;[7] seguido pelas legislações e códi-

é o culpável perturbador da ordem secular/eclesiástica, passível de penas graves, como também o eram o *herege negativo* (aquele que é herege, mas não admite nem demonstra que o é) e o *benfeitor dos hereges* (aquele que declara que um herege foi condenado injustamente). Vide Op. cit. p. 39 e 75. Para a relação simbiótica entre Igreja e Soberano/Estado quanto ao Santo Ofício da Inquisição, vide BETHENCOURT, Francisco. *História das inquisições*: Portugal, Espanha e Itália, séculos XV-XIX. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

6. KRAMER, Heinrich; SPRENGER, Jakob. *O martelo das feiticeiras*: *Malleus Maleficarum*. 16. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2002. Por entre as aporias do discurso teológico inquisitorial, os fautores do *Malleus* ao menos são mais sinceros, ao admitirem que Deus, na Sua onipotência, onipresença e onisciência, *permite*, em Seus misteriosos desígnios, que o Diabo faça o mal, i.e., permite que a bruxaria e as bruxas existam. Se Deus Todo-Poderoso permite a bruxaria, a função repressiva dos inquisidores se esvazia em um exercício ilegítimo de violência, "irracional" na medida em que, com o subterfúgio da teologia, serve a uma razão de Estado despida de sustentação discursiva última. A saber: "Porém, de acordo com as Decretais do Direito Canônico, verdadeiros são os argumentos contrários às seis proposições apresentadas. 'Se por bruxaria ou por qualquer espécie de magia, permitidas pela secreta, porém justíssima, vontade de Deus, e favorecidas pelos poderes do diabo...' É aí feita referência a qualquer ato de bruxaria, a ação do diabo e a permissão de Deus." Op. cit. p. 50; "O fato de que Deus às vezes o deixa [o diabo] praticar o mal, e de que noutras o impede, mais lhe fomenta o ódio, mais lhe estimula o desrespeito, já que em todas as coisas, para a manifestação da Sua glória, Deus está a usar do diabo, sem cuidar quem seja, como servo e como escravo." Op. cit. p. 62; "O diabo, por si só, sem a cooperação de qualquer bruxa, tão-somente com a permissão de Deus, foi capaz de provocar todos estes desastres [as desgraças que ocorreram sobre Jó, no Velho Testamento]." Op. cit. p. 64; "Em primeiro lugar, ninguém há de negar que certos flagelos e males que de fato e visivelmente se abatem sobre os homens, os animais e os frutos da terra – e não raro decorrem de influência dos corpos celestes – podem ser muitas vezes causados pelos demônios, conquanto Deus o permita. Diz-nos S. Agostinho no quarto livro *De Civitate Dei* (*sic*): 'Os demônios poderão fazer uso do fogo e do ar, se assim Deus lhes permitir.' Um comentarista ainda ressalta: 'Deus pune pelo poder dos anjos do mal.'" Op. cit. p. 70, e; "Em primeiro lugar, há o [encantamento] da ilusão dos sentidos – que realmente pode ser produzida por magia, ou seja, pelos poderes do diabo, se Deus assim permitir." Op. cit. p. 71.

7. Vide, por exemplo, os 143 Títulos, mais os Aditamentos, do Livro V das Ordenações Filipinas, compilação normativa que, em matéria penal e processual penal, vigorou no Brasil de 1603 a 1830. REINO DE PORTUGAL. Livro V. In: *Ordenações e leis*: recompiladas per mandado do Muito Alto Catholico & Poderoso Rei Dom Phillipe o Primeiro. Disponível em: [www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm]. Acesso em: 06.03.2016. "As Ordenações Filipinas refletiam o espírito então dominante, que não distinguia o

gos criminais de inspiração liberal (com sua retórica limitação do poder estatal, mas com seu amplo rol de figuras criminais, voltadas principalmente para os grupos vulneráveis ou dissidentes);[8] assaltado pelo positivismo criminológico, que biologiza/medicaliza a questão criminal[9] ou incensa um determinismo socioeconômico duro quanto ao crime, ao criminoso e à pena;[10] até os "avanços" técnico-jurídicos das normas penais em branco, dos tipos penais abertos, das leis penais temporárias ou excepcionais, das contravenções penais, da incriminação de atos preparatórios, dos crimes de perigo abstrato e da "produção" de bens jurídicos a serem protegidos, entre outras[11], o poder penal elege como seu objeto de tutela não os bens da vida mais importantes, mas *todos aqueles que, de uma forma ou de outra, dizem respeito a qualquer aspecto da vida individual ou social sobre a qual o Soberano/Estado que ter ingerência*[12].

direito da moral e da religião." TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 56. "Tão grande era o rigor das Ordenações, com tanta facilidade elas cominavam a pena de morte, que se conta haver Luís XIV interpelado, ironicamente, o embaixador português em Paris, querendo saber se, após o advento de tais leis, alguém havia escapado com vida." GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 238.

8. Vide, por exemplo, o Código Criminal do Império do Brazil, em especial nos chamados *crimes públicos*: IMPÉRIO DO BRAZIL. Assembléa Geral. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Codigo Criminal. *Secretaria de Estado de Negócios da Justiça*. Rio de Janeiro, 08.01.1831. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm]. Acesso em: 06.03.2016.
9. LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone, 2007.
10. FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*: o criminoso e o crime. São Paulo: Saraiva, 1931.
11. Todos esses institutos expandem o alcance do poder punitivo, seja na abertura da própria norma positivada (norma penal em branco e tipos penais abertos), na criminalização extraordinária (leis penais temporárias ou excepcionais), na imposição de pena para atos com mínima ofensividade a bens jurídicos (contravenções penais), na criminalização de atos que não geram lesão ou perigo de lesão (incriminação de atos preparatórios e crimes de perigo abstrato) ou na ilimitação fática político-criminal para o "reconhecimento" de novos bens jurídico-penais. A literatura na área bem trata de todos os temas; para uma definição sucinta, mas satisfatória desses institutos, vide MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado*: parte geral. 4. ed. São Paulo: Método, 2011. Para a tentativa do penalismo liberal de delimitar consistente e garantisticamente o que é bem jurídico-penal, vide ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
12. Sobre o tema, vide GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luiz Wanderley. *Populismo penal legislativo*: a tragédia que não assusta as sociedades de massas. Salvador: JusPodivm, 2016.

Essa eleição de bens jurídicos a serem tutelados penalmente – chamada *criminalização primária* – é a pauta criminalizadora do Estado, é o *programa* punitivo a ser empregado pelos agentes do sistema penal, elaborado, em regra, pelas instâncias legislativas:

> *Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas.* Trata-se de um ato formal fundamentalmente programático: o *deve ser apenado* é um *programa* que *deve ser* cumprido por agências diferentes daquelas que o formulam. Em geral, são as agências políticas (parlamentos, executivos) que exercem a criminalização primária [...].[13](Itálicos no original)

Aqui, identificamos uma primeira seletividade, também chamada de *primária*, onde o Estado-legislador escolhe bens jurídicos para "proteger" *in abstracto* através da criação de um crime proibitivo de uma conduta[14].

Pois bem. O poder punitivo se presta a incriminar tantas condutas, a ameaçar de pena comportamentos tão vários, que todo e qualquer cidadão, segundo a pauta punitiva estatal, já cometeu inúmeros crimes ao longo da vida.

> Perguntemos, para responder honestamente através de um exame em nossa vida: algum de nós é capaz de assegurar jamais haver cometido sequer um único ilícito até o dia de hoje?
>
> Lembremos que praticar (ou concorrer de qualquer modo para sua prática) os atos a seguir despreocupadamente arrolados constitui infração penal, do ponto de vista ideal: comprar de contrabandista uísque, perfumes, isqueiros, etc.; experimentar cigarro de maconha; levar para casa papel, lápis, caneta ou outro qualquer material da repartição onde trabalhamos; dar dinheiro a um guarda de trânsito ou a um fiscal; 'molhar a mão' de um funcionário público; emitir cheque sem suficiente provisão de fundos; receber cheque sem fundos como garantia de dívida [...]; praticar aborto; fornecer ou usar atestado médico assegurando a existência de doença inexistente; dirigir sem habilitação; vender moeda estrangeira no câmbio negro (ou paralelo, para usar expressão mais elegante); jogar no bicho ou no buquemêiquer; sendo funcionário (inclusive juiz e promotor), despachar num dado sentido para

13. ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume – teoria geral do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 43.

14. Como dissemos, pela amplitude do exercício do poder punitivo, essa "seleção", ao incluir os mais diversos comportamentos, sob os mais diversos pretextos, no campo do ilícito penal, acaba selecionando "(quase) tudo".

> atender a pedido de amigo ou pessoa importante; assinar lista de presença a aula por colega ausente; [utilizar de palavras de baixo calão para ofender alguém] etc., etc.. etc.[15]

O campo de ilicitude penal é tão vasto que, se o Estado se prestasse a fazer cumprir sua própria pauta criminalizadora, ele não teria condições institucionais, operativas, econômicas, sociais, para fazê-lo, e, na improvável hipótese de poder reprimir a totalidade de condutas delitivas, quase toda a população passaria pelo sistema penal mais de uma vez, sendo tachada de criminosa, e reincidente.

> A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população.
>
> Se todos os furtos, [...] todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado.
>
> A realização da criminalização programada de acordo com o discurso jurídico-penal é um pressuposto tão absurdo quanto a acumulação de material bélico nuclear capaz de aniquilar várias vezes toda a vida do planeta.[16]

O absurdo da hipertrofia do ordenamento jurídico-penal, se bem analisado em comparação à precariedade estrutural (ainda que relativa) das agências do sistema, nos indica que a diferença entre os crimes conhecidos por tais agências e o total de crimes realmente perpetrados na sociedade é gigantesca[17].

> A criminalização primária é um programa tão imenso, que *nunca e em país nenhum se pretendeu levá-lo a cabo em toda a sua extensão, e nem sequer em parte considerável, porque é inimaginável*. A disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem em uma sociedade e os que chegam ao

15. THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos*: o crime e o criminoso: entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 4-5.
16. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 26.
17. Depreendendo-se logicamente daí que as concepções de crime e de criminoso arguidas por tais agências (e replicadas pela mídia e pelo senso comum) são cabalmente errôneas.

> conhecimento das agências do sistema é tão enorme e inevitável que não chega a ocultar-se com o tecnicismo de chamá-la de *cifra negra ou escura* [ou oculta].[18]

Essa cifra oculta de criminalidade[19] é reconhecida pacificamente como uma realidade de qualquer sistema penal, com a situação se acirrando em países periféricos como o Brasil, onde alguma precariedade socioeconômica aliada a longos períodos de autoritarismo político contribui sobremaneira para a formação de sistemas ineficientes e, principalmente, desiguais e violentos.

2.1. Numerus obscurus: *a cifra oculta de criminalidade*

O número de crimes não conhecidos pelo sistema é grande, e difícil de aferir. Exatamente pelo fato de que tais condutas – e grande parte de suas consequências – não encontram qualquer instância do sistema penal, uma ampla realidade criminal simplesmente é ignorada. Eis a cifra oculta.

> Um bom número de infrações, variável segundo sua natureza, não é conhecido "oficialmente" nem detectado e, portanto, tampouco perseguido. São as cifras negras da delinquência oculta, às quais alguns agregam de forma menos justificada os crimes ou delitos cujo autor não se consegue identificar.[20]

Ao não conseguir acessar a realidade criminal na sua inteireza (ou em algo mais próximo dela), todo o saber penal, seja o manifestado institucionalmente

---

18. "*La criminalización primaria es un programa tan inmenso, que* nunca y en ningún país se pretendió llevarlo a cabo en toda su extensión, y ni siquiera en parte considerable porque es inimaginable. *La disparidad entre la cantidad de conflictos criminalizados que realmente acontecen en una sociedad y los que llegan a conocimiento de las agencias del sistema es tan enorme e inevitable que no llega a ocultarse com el tecnicismo de llamarla* cifra negra u oscura." (ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002. p. 7).
19. Passamos a utilizar, a partir de agora, a expressão *cifra oculta,* ao invés de *cifra negra ou escura*. Isso por uma razão: foi-nos chamada a atenção há alguns anos, quando ministrávamos palestra para funcionários da Secretaria de Defesa Social de Minas Gerais, quanto ao uso do termo *negro* como a designar algo negativo – pauta cara ao movimento negro brasileiro e mundial. Desde aquela época já não utilizamos o termo pejorativo para indicar o fenômeno (apesar da "tradição" criminológica a ter adotado e popularizado). Alguns autores já assumiram também essa sensibilidade sociolinguística, e o uso do termo *cifra oculta* tornou-se o mais difundido hoje. Contudo, quando o termo antigo surgir em citações, manteremos o texto no original.
20. SÉVERIN, Carlos Versele. A cifra dourada da delinquência. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, n. 27. jan.-jun. 1979. Disponível em: [www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/RDP27.pdf]. Acesso em: 06.10.2018, p. 8.

nas agências do sistema, seja no campo teórico, torna-se frágil. O saber penal, pois, trabalha, em grande monta, *às cegas*.

> Existe uma criminalidade legal, uma criminalidade aparente e uma criminalidade real.
>
> Criminalidade legal é aquela que aparece registrada nas estatísticas oficiais [...]. A criminalidade aparente seria toda a criminalidade que é conhecida por órgãos de controle social – a polícia, os juízes, etc. –, ainda que não apareça registrada nas estatísticas (porque ainda não tem sentença, porque houve desistência da ação, ou porque não se encontrou o autor, ou porque, por múltiplas razões legais ou factuais, o processo não seguiu o seu curso normal). A criminalidade real é a quantidade de delitos verdadeiramente cometida em determinado momento.
>
> Pode-se, pois, observar, facilmente, que há diferença de volume entre criminalidade aparente, criminalidade legal e criminalidade real e que esta última não é conhecida na sua real extensão. Entre a criminalidade real e a criminalidade aparente, há uma enorme quantidade de casos que jamais serão conhecidos pela polícia. Esta diferença é o que se denomina cifra obscura, cifra negra ou delinquência oculta. A diferença entre a criminalidade real e a aparente seria, pois, dada pela cifra negra.[21]

Essa "cegueira" da qual o saber penal padece é por demais séria e grave, nos mais diversos aspectos. Sem poder conhecer a real situação criminal do país, fica difícil formular políticas públicas para tratamento da questão, e as mais diversas agências do sistema acabam ficando sem qualquer parâmetro mais sólido para atuarem sobre bases concretas e reais[22].

Esse déficit de conhecimento se dá por uma série de fatores. Nazareth Cerqueira, utilizando-se dos estudos de Manuel López Rey, diz que:

Os motivos [para a existência da cifra oculta] apontados pelas pesquisas são:

> – não adianta ir à polícia;
>
> – não causar problemas ao transgressor;
>
> – não querer perder tempo;
>
> – não saber o que dizer e ter medo de represálias;

21. CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 67-68.

22. O que acaba por fazer com que cada agência "construa" o seu saber sobre a questão criminal, mormente sobre interesses políticos, preconceitos, dados parciais ou enviesados e experiências pessoais não generalizáveis. Vide, por exemplo, BRETAS, Marcos Luiz et al. Polícia. In: *Estudos históricos*. Rio de Janeiro, v. 12, n. 22, 1998. p. 217-404.

> – não compreender que um crime foi cometido;
>
> – estar envolvido ativamente em crimes;
>
> – o crime só ser conhecido pelo criminoso, que não o relatou.
>
> [...]
>
> Além de destacar os aspectos individuais [acima listados], López Rey afirma que existem outras razões ligadas à própria ineficiência do sistema de justiça criminal que devem ser consideradas. Fala também de outras situações ligadas a atitudes coletivas, condições precárias de vida, materialismo generalizado, atitudes de indiferença e outros [...].[23]

Com efeito, as agências policiais contribuem significativamente para o agravamento da situação:

> Costumeiramente, a própria polícia conduz o lesado a concorrer para o alargamento da cifra negra, já para evitar que as estatísticas demonstrem com toda a crueza a enormidade das práticas delituosas, o que poria em dúvida sua eficiência em redimi-las, já para aliviar a sufocante pletora de casos que a esmaga no dia-a-dia.[24]

Tentou-se e ainda se tenta afastar esse óbice de alguma forma, ainda que parcialmente. Todavia, os esforços ainda são insuficientes – se é que um dia não o serão, dada a estrutura mesma do problema, arredio quanto à captação por metodologias de pesquisa quantitativas ou mesmo qualitativas.

> [Há uma] dificuldade de se conhecer a extensão numérica dos crimes desconhecidos; diz que esta extensão tem sido estimada por diferentes métodos complicados que acabam sendo aproximações grosseiras que não garantem a sua exatidão. O certo é o seu número desses crimes é considerável (*sic*). Pesquisas de vitimização e de auto-denúncias (sic) têm sido realizadas em alguns países visando obter-se por aproximação dados sobre os índices da criminalidade desconhecida e alguns outros aspectos a respeito do seu desconhecimento. É certo que, embora tais crimes não sejam processados pelo sistema

23. CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. Ensaio sobre um projeto de avaliação do sistema de justiça criminal. In: *O futuro de uma ilusão*: o sonho de uma nova polícia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2001. p. 220-221. A obra de Manuel López Rey referenciada por Nazareth Cerqueira é REY, Manuel López. *Crime*: um estudo analítico. Rio de Janeiro: Artenova, 1973.

24. THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos*: o crime e o criminoso: entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 5.

> de justiça criminal, eles são percebidos pela população, são reais, provocam vítimas, danos e também soluções informais.[25]

O Brasil realizou uma *Pesquisa Nacional de Vitimização*. Nessa pesquisa empírica, a primeira sobre o tema realizada no país, a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), o Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública da Universidade Federal de Minas Gerais (CRISP) e o *Data Folha* recolheram dados relativos a 12 tipos de crimes e ofensas passíveis de registro policial, quais sejam, "furto e roubo de automóveis, furto e roubo de motocicletas, furto e roubo de objetos ou bens, sequestro, fraudes, acidentes de trânsito, agressões, ofensas sexuais e discriminação", com amostragem de aproximadamente 78.000 pessoas, em 346 Municípios.[26]

Levando-se em conta o total da amostra, a pesquisa mostrou que

> 32,6% dos brasileiros que vivem em cidades com mais de 15 mil habitantes dizem ter sofrido ao longo da vida algum dos 12 tipos de crimes ou ofensas contemplados na Pesquisa Nacional de Vitimização. Quando se considera a vitimização ocorrida nos 12 meses anteriores à realização da pesquisa, 21% afirmam que o fato aconteceu por pelo menos uma vez nesse período.[27]

Se tomarmos como referência a população atual do Brasil, que, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), é de 208.936.204 pessoas[28],

---

25. CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. Ensaio sobre um projeto de avaliação do sistema de justiça criminal. In: *O futuro de uma ilusão*: o sonho de uma nova polícia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2001. p. 220.
26. BRASIL. Ministério da Justiça – Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Pesquisa nacional de vitimização*: sumário executivo. Disponível em: [www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf]. Acesso em: 07.10.2018. p. 2.
27. BRASIL. Ministério da Justiça – Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Pesquisa nacional de vitimização*: sumário executivo. Disponível em: [www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf]. Acesso em: 07.10.2018. p. 3.
28. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação*. Disponível em: [www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/]. Acesso em: 07.10.2018. Entendemos essa referência hodierna como idônea, pois todos os indicadores acerca do sistema penal brasileiro apontam que a situação em geral da criminalidade/criminalização no país piorou desde a coleta dos dados da pesquisa (2010 a 2012) e desde a publicação da mesma (maio de 2013). Por isso, temos por razoável e não extemporâneo a possibilidade de cruzamento dos dados da pesquisa com a população atual, uma vez que ou a situação permanece inalterada desde 2010 até hoje, ou (como tudo indica), a situação é ainda pior do que a que exporemos. Vide BRASIL.

temos um conjunto de 68.113.203 pessoas que já foram vitimizadas em algum momento na vida, e – o mais impressionante – um conjunto de 43.876.603 pessoas que foram vítimas de crimes e ofensas *nos doze meses anteriores à entrevista dada para a coleta de dados*[29].

Agregando-se a tais números o *quantum* relacionado à subnotificação dos crimes e ofensas junto às autoridades do sistema penal, o quadro se apresenta com mais agudeza:

> Quanto ao outro módulo da Pesquisa Nacional de Vitimização, que trata da notificação oficial dos tipos de crime contemplados no estudo, conclui-se que 19,9% das vítimas de alguma dessas ofensas nos 12 meses que antecedem a coleta de dados deram queixa de pelo menos uma delas à polícia. A subnotificação média para a vitimização anual no Brasil, considerando-se apenas os 12 tipos de crimes listados no estudo, é de 80,1%.[30]

O levantamento feito pela pesquisa, portanto, nos indica que, em média, 34.582.239 brasileiros foram vítimas, nos últimos 12 meses antes da entrevista, de crimes que *simplesmente não chegaram ao conhecimento de qualquer autoridade pública*, permaneceram alheados e escondidos de qualquer agência do sistema penal. Se adicionarmos a isso o fato de que esse número milionário diz respeito a apenas 12 condutas delitivas, entre *milhares e milhares* existentes no ordenamento jurídico-penal brasileiro, a questão torna-se causa de escândalo.

Como pensar uma política pública e uma operatividade institucional que tratem corretamente da questão criminal se tão gigantesca parte da realidade atinente à temática é completamente desconhecida por qualquer agência do sistema?

Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN*. Jun. 2016. Disponível em [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 07.10.2018; BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – Departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf]. Acesso em: 07.10.2018.

29. Ao calcular o *quantum* com base na porcentagem, arredondamos para cima frações acima de 0,5 e para baixo frações abaixo dessa referência.

30. BRASIL. Ministério da Justiça – Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Pesquisa nacional de vitimização*: sumário executivo. Disponível em: [www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf]. Acesso em: 07.10.2018, p. 12.

Como pensar uma polícia interventora, atuante no seio da comunidade, se ela pouco conhece (ou tem condições de conhecer) da realidade que ela supostamente deveria tratar e enfrentar?

No mínimo, a prudência e o comedimento aqui seriam recomendados. Se não conhecemos toda a realidade, se apenas uma fração dessa realidade tem o condão de informar a atividade estatal, dever-se-ia atuar no cotidiano social com a mais extrema cautela e com o mais patente comedimento, se o que se almeja é uma contribuição para a construção de uma democracia concreta e garantidora de direitos.

Contudo, as forças policiais militares brasileiras vão de vento em popa em sua operatividade eivada de altos índices de letalidade, e, de outra mão, atuando com muita profusão na apreensão de negros e pobres, lançando-os em um processo de criminalização que, com a ajuda das outras agências do sistema (Polícia Civil, Ministério Público, Judiciário e Complexo Carcerário), constrói o quadro do encarceramento em massa (e das execuções extrajudiciais em ascensão) no País. As polícias militares brasileiras não parecem acusar qualquer sintoma das crises epistemológica e de legitimidade que viemos trazendo no bojo desta pesquisa.

Para entender como isso se dá, temos que tratar da outra fase da seletividade penal, a qual diz respeito ao trabalho da polícia ostensiva e das outras agências, e que a criminologia crítica chama de *criminalização secundária*.

3. *Realpolitik* penal: a criminalização secundária

A disparatada pauta penal do Estado nasce fadada ao fracasso. O cumprimento de seus mandamentos legais é humanamente impossível. Todavia, tal fracasso é doloso, tem uma funcionalidade peculiar. Resgatando a comparação entre o poder penal e o acúmulo de armamento nuclear,

> A diferença mais importante entre estes dois extremos absurdos reside no fato de que, enquanto o material bélico tem um efetivo poder destruidor [...] o sistema penal é um verdadeiro embuste: pretende dispor de um poder que não possui, ocultando o verdadeiro poder que exerce.[31]

Pergunta-se: qual o real poder do sistema penal?

31. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 26.

> Apesar da criminalização primária implicar um primeiro passo seletivo, este permanece sempre em certo nível de abstração porque, na verdade, as agências políticas que elaboram as normas nunca sabem a quem caberá de fato, individualmente, a seleção que habilitam. Esta se efetua concretamente com a criminalização secundária.[32]

Como a pauta criminalizadora estatal é impossível de ser cumprida, as agências do sistema ou não agem (e, nesse sentido, condenar-se-iam à obsolescência) ou agem seletivamente (tentando cumprir uma pequenina parte do programa punitivo desenhado pela criminalização primária).

Esse drástico "afunilamento" do proceder do sistema penal, essa redução imensa do programa criminalizante do ordenamento jurídico-penal para torná-lo minimamente factível, é a criminalização secundária, onde as agências (em especial a polícia ostensiva) escolhem, entre a população "criminalizável", quem entrará, no mais das vezes, através da prisão em flagrante, no infausto processo de tornar-se um *criminoso*. A criminalização secundária é, nos dizeres de Orlando Zaccone, "a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que se desenvolve desde a investigação policial até a imposição e a execução de uma pena e que, necessariamente, se estabelece através de um processo seletivo."[33]

Na criminalização secundária, todo laivo de abstração se esvai. É o intervir *in concreto* na vida e no plexo de direitos de determinadas pessoas, escolhidas entre uma miríade de outras criminalizáveis em tese (por terem praticado uma conduta delitiva *ou por se encaixarem em estereótipos usado pelas agências para "otimizarem" o trabalho preventivo/repressivo*[34]), que iniciam o percurso dentro do sistema, a fim de, por meio da prisão, serem tachadas de criminosas e incluídas em uma dinâmica de hipercontrole (quando presas[35] ou submetidas a medidas

32. ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume – teoria geral do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 44.

33. ZACCONE apud MARTINI, Márcia. A seletividade punitiva como instrumento de controle das classes perigosas. *MPMG Jurídico*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11. out.-dez. 2007. p. 46.

34. Sobre o tema *in generis*, vide GOFFMAN, Erwin. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988. Sobre o tema na especificidade penal, vide, entre outros, ZACCONE, Orlando. Controle social, discurso jurídico e seletividade punitiva no tráfico de drogas ilícitas. In: *Acionistas do nada*: quem são os traficantes de drogas. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 27-73.

35. Vide FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2006 e THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

alternativas à prisão, como o monitoramento eletrônico[36]), supressão de direitos e garantias fundamentais (com a estigmatização advinda da pecha de criminoso) e com, eventualmente, o extermínio (com a produção de cadáveres, caso o início do processo de criminalização envolva alguma maior resistência por parte do cidadão alcançado pela polícia, ou caso o cidadão se encaixe em outro estereótipo, com o qual a polícia trabalha para empreender execuções extrajudiciais sistematicamente)[37].

Em sendo a pauta criminalizante, expressada no corpo legislado de normas penais, não passível de cumprimento, o que resta nas mãos das agências – repita-se: em especial da polícia ostensiva – é um virtualmente ilimitado arbítrio quanto à decisão sobre quem será e quem não será criminalizado:

> *A seletividade estrutural do sistema penal – que só pode exercer seu poder regressivo legal em um número insignificante das hipóteses de intervenção planificadas – é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal*. Os órgãos executivos têm "espaço legal" para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem.[38] (Itálicos no original)

Selecionar quem será criminalizado é, também, selecionar quais bens jurídicos serão "protegidos" e quais vítimas em potencial serão resguardadas pela ação policial e pela decorrente atuação das demais agências.

Entretanto, essa escolha "protetiva" não é feita, exclusivamente, pela primeira agência a atuar, a polícia ostensiva. A pauta criminalizante *concreta, real* e *operada cotidianamente*, é construída, *grosso modo,* por um esforço coletivo, onde a variável *mídia* cumpre papel proeminente: [...] "as agências policiais não

36. Sobre o tema *in generis,* vide VIANNA, Túlio Lima. *Transparência pública, opacidade privada*: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Para o tema na especificidade penal e processual penal, vide MARIATH, Carlos Roberto. *Monitoramento eletrônico*: liberdade vigiada. Disponível em: [www.observatoriodeseguranca.org/files/Monitoramento%20Eletr%C3%B4nico-CarlosMariath.pdf]. Acesso em: 07.03.2016, e LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 890-891.

37. Sobre o chamado *massacre sistêmico* enquanto política pública, vide a teoria e a base empírica de ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida*: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

38. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 27.

selecionam segundo seu critério exclusivo, mas sua atividade neste sentido é também condicionada pelo poder de outras agências: as de comunicação social, as agências políticas etc."[39]

O chamado *direito penal simbólico*[40], sempre apto a ser transmutado em capital político para as mais diversas eleições e em montas pecuniárias elevadas na forma de espaços comerciais entre os blocos de programas policialescos, é o que esgrime os grandes coadjuvantes da criminalização secundária, os chamados *empresários morais:*

> Em razão da escassíssima capacidade operacional das agências executivas, *a impunidade é sempre a regra e a criminalização secundária, a exceção,* motivo porque os empresários morais sempre dispõem de material para seus empreendimentos. [...]
>
> [O] empresário moral [...] pode ser tanto um comunicador social, após uma audiência, um político em busca de admiradores ou um grupo religioso à procura de notoriedade, quanto um chefe de polícia à cata de poder ou uma organização que reivindica os direitos das minorias etc. Em qualquer um dos casos, *a empresa moral acaba desembocando em um fenômeno comunicativo: não importa o que seja feito, mas sim como é comunicado.*[41]

39. ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume – teoria geral do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 45.

40. "[…] na prática, há uma verdadeira expansão do Direito Penal. Cada vez mais o legislador, movido pelo clamor popular e midiático, completamente alheio à técnica e aos princípios do Direito Penal, cria figuras incriminadoras, além de aumentar, sem qualquer justificativa prática ou racional, as penas dos crimes já existentes. A cada dia surgem mais crimes visando acalmar a opinião pública e combater de forma simbólica o crime, dando uma falsa sensação de segurança à população." (ANDRADE, André Lozano. Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade. *Revista Liberdades*. São Paulo, n. 17. set.-dez. 2014. Disponível em: [www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo06.pdf]. Acesso em: 01.10.2018).

41. ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume – teoria geral do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 45. Sobre o tema, indicamos novamente BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13245-13246-1-PB.pdf]. Acesso em: 26.02.2016. Ainda, confira-se o interessante estudo de NATALINO, Marco Antônio Carvalho. *O discurso do telejornalismo de referência*: criminalidade violenta e controle punitivo. São Paulo: IBCCrim, 2007. Aqui valem três notas: a) o conceito de *empresário moral* ou *empreendedor moral* advém da obra de Howard S. Becker, sociólogo estadunidense ligado ao interacionismo simbólico. Para ele, *empreendedores morais* diriam respeito a "cruzadas morais", e teriam [os empreendedores] dois subtipos: os *criadores de regras* e os *impositores de regras*. "O protótipo do criador de regras, mas não a única variedade,

Isso posto, cabe ressaltar a notável regularidade das características dos cidadãos escolhidos, entre a hiperbólica multidão de infratores, para entrarem no processo de criminalização e para comporem a imensa massa processada e encarcerada (e executada extrajudicialmente) no Brasil: negros, pobres, de baixa escolaridade, moradores de favelas, aglomerados e bairros de periferia.

É sobre o que discorreremos no próximo tópico.

3.1. O perfil dos atingidos pela criminalização secundária

Entre a miríade colossal de delitos e delinquentes, com a sua imensa maioria simplesmente intocada por qualquer autoridade pública, vê-se que o cárcere, definitivo ou provisório (e a apreensão policial, e as denúncias, e as condenações, e as execuções) tem, no mínimo, raça, faixa etária, escolaridade e classe [42]. Tratemos desses dados sob a chave de interpretação acima exposta.

---

como veremos, é o reformador cruzado. Ele está interessado no conteúdo das regras. As existentes não o satisfazem porque há algum mal que o perturba profundamente. Ele julga que nada pode estar certo no mundo até que se façam regras para corrigi-lo. Opera com uma ética absoluta; o que vê é total e verdadeiramente mal sem nenhuma qualificação. Qualquer meio é válido para extirpá-lo. O cruzado é fervoroso e probo, muitas vezes hipócrita. É apropriado pensar em reformadores como cruzados porque eles acreditam tipicamente que sua missão é sagrada." [...] "As consequências mais óbvias de uma cruzada bem-sucedida é a criação de um novo conjunto de regras. Com isso, descobrimos muitas vezes que é gerado um novo conjunto de agências de imposição e de funcionários. [...] Com o estabelecimento de organizações de impositores de regras, a cruzada torna-se institucionalizada. O que começou como uma campanha para convencer o mundo da necessidade moral de uma regra torna-se finalmente uma organização dedicada à sua imposição. Assim como movimentos políticos radicais se transformam em partidos políticos organizados, e seitas evangélicas vigorosas se tornam denominações religiosas moderadas, o resultado final da cruzada moral é uma força policial." (BECKER, Howard Saul. Outsiders: estudo de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 153 e 160); b) Eugenio Raul Zaffaroni utilizou-se das considerações sobre empresários morais e sobre as relações entre a mídia e o sistema penal para desenvolver a robusta categoria da *criminologia midiática*. Confira-se, por exemplo, ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 472-549. Versão Ebook, e; c) a impunidade que é a regra, indicada na citação, é aquela estrutural, observada na diferença entre crimes realmente perpetrados e crimes alcançados pelas agências do sistema. Essa afirmação, por óbvio, não elide o fato de que uma certa parcela da população é hiperpunida, o que, ainda que setorialmente, diminui a validade de qualquer discurso acerca da *impunidade* (relativa) dessa parte dos cidadãos brasileiros.

42. Poderíamos tratar aqui ainda de outras (in)variáveis quanto à clientela preferencial do sistema penal, como gênero e localização geográfica (no sentido de residência em

A) Raça[43]

Segundo os dados levantados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça em 2016 corroboram os elevados números, ao indicar que 64% dos presos são pretos ou pardos[44].

O 9º Anuário Brasileiro de Segurança Pública indica uma população carcerária de pretos e pardos em 67,1% do total – ano-base junho/2013 a junho/2014[45].

B) Faixa etária

Os dados apontam para uma atenção massiva do sistema penal quanto a pessoas jovens (na sua maioria homens).

---

favelas, aglomerados e bairros de periferia). Contudo, as quatro referências articuladas já nos ajudam a entender o que está em jogo na discussão.

43. Utilizamos o conceito de raça do IBGE ("Cor ou Raça – característica declarada pelas pessoas de acordo com as seguintes opções: branca, preta, amarela, parda ou indígena.") somado ao conceito de população negra do art. 1º, parágrafo único, inciso IV, do Estatuto da Igualdade Racial, Lei 12.288/10 ("população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística [IBGE], ou que adotam autodefinição análoga"). Cf. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Indicadores sociais mínimos*: conceitos. Disponível em: [www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/conceitos.shtm]. Acesso em: 07.03.2016; e BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20.07.2010. Disponível em: [www.seppir.gov.br/portal-antigo/Lei%2012.288%20-%20Estatuto%20da%20Igualdade%20Racial.pdf]. Acesso em: 27.02.2016. Para um conceito sociológico de raça, vide GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Como trabalhar com "raça" em sociologia. *Educação e Pesquisa*. São Paulo, v. 29, n. 1, p. 93-107. jan.-jun. 2003. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/ep/v29n1/a08v29n1.pdf]. Acesso em: 08.03.2016. Para uma discussão mais aprofundada sobre o que seria a "raça" negra, vide MUNANGA, Kabengele. *Negritude*: usos e sentidos. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.

44. BRASIL. Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN*, jun. 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 07.10.2018, p. 32. Esse é o levantamento do DEPEN mais atualizado hoje disponível.

45. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *9º Anuário brasileiro de segurança pública*. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/storage/9_anuario_2015.retificado_.pdf]. Acesso em: 07.10.2018, p. 74. Esse é o levantamento do FBSP mais atualizado hoje disponível, uma vez que os Anuários seguintes (em 2018 estamos no 12º) não trataram dos dados aqui expostos.

O 9º Anuário supracitado 74,8% dos presos têm menos de 34 anos[46].

Os dados do DEPEN são idênticos: 74% de presos com idade até 34 anos[47].

C) Escolaridade

Para o 9º Anuário, 79,7% da população carcerária têm no máximo o Ensino Fundamental completo (levando-se em conta os analfabetos)[48].

Por sua vez o DEPEN indica *quantum* ainda maior: 75%, com os analfabetos[49].

D) Classe[50]

A mera conjunção dos três fatores acima já indica que os clientes principais do sistema penal são aqueles das classes mais baixas, aqueles pertencentes a grupos com maior vulnerabilidade social.

Segundo Rafael Custódio, coordenador do Programa de Justiça da Conectas.

> [O] alvo preferencial da política penitenciária [é]: o jovem, negro e pobre. O sistema penal é seletivo e funciona como instrumento eficiente de criminalização da pobreza no Brasil.[51]

46. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *9º Anuário brasileiro de segurança pública*. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/storage/9_anuario_2015.retificado_.pdf]. Acesso em: 07.10.2018, p. 72.
47. BRASIL. Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN*, jun. 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 07.10.2018, p. 30.
48. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *9º Anuário brasileiro de segurança pública*. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/storage/9_anuario_2015.retificado_.pdf]. Acesso em: 07.10.2018, p. 76.
49. BRASIL. Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN*, jun. 2016. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 23.02.2016, p. 58.
50. Utilizamos para essa categoria o conceito de Alessandro Cavalli: "as classes são agrupamentos que emergem da estrutura de desigualdades sociais, numa sociedade que reconhece que todos os homens, ou melhor, todos os cidadãos, são formalmente iguais perante a lei. (CAVALLI, Alessandro. Classe. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007. p. 170-171. v. 1).
51. CONECTAS DIREITOS HUMANOS. Mapa das prisões, 27.11.2014. *Sitio Eletrônico da Conectas Direitos Humanos*. Disponível em: [www.conectas.org/noticias/mapa-das-prisoes]. Acesso em: 07.10.2018.

Fato notório é que a atuação da polícia ostensiva em espaços menos privilegiados socioeconomicamente facilita a visualização da maior clientela penal como extraída dos grupos vulneráveis, *e vice-versa:* a seletividade penal recaindo sobre os pobres tende a justificar um maior contingente policial empregado em espaços ocupados pelas classes menos abastadas. Eis um círculo vicioso, que as políticas públicas de segurança teimam em não romper (ou não intentam romper)[52].

Por fim, note-se que o perfil acima desenhado é, também, o daqueles que entram em contato com a polícia ostensiva, mas não têm a oportunidade de entrar e percorrer todo o processo de criminalização, experienciando única e tão somente o primeiro momento da criminalização secundária: como a questão da letalidade policial passa, principalmente, pelas chamadas mortes *em confronto*[53], decorrência lógica é entender que tais "confrontos" se deram com aqueles que são vistos e atingidos pelo sistema penal, quais sejam, negros, jovens, com baixa escolaridade e pobres[54].

Ao fim e ao cabo, fica a pergunta: porque a seletividade penal encontra tanta regularidade? Se a realidade criminal no país é tão imensa, se não faltam condutas delitivas para reconhecer e criminalizar, porque um nicho social em específico é atingido reiterada e massivamente pelo sistema penal?

Vale a pena discorrermos um pouco sobre o assunto.

3.2. Do porquê do direcionamento da criminalização

A realidade de fato é inafastável: o sistema penal brasileiro seleciona, na maioria das vezes, pessoas com as mesmas características: negros, pobres, com pouca educação formal e jovens.

---

52. Trataremos mais extensivamente do aspecto socioeconômico da seletividade penal mais à frente.

53. Situação na qual, para a corporação, haveria provavelmente a presença de excludente de ilicitude (legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal, primordialmente). Vide FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *9º Anuário brasileiro de segurança pública*. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/storage/9_anuario_2015.retificado_.pdf]. Acesso em: 07.10.2018, p. 26-29. Outro problema correlato, que diz, também, da letalidade policial, são as mortes provocadas por policiais *fora* de serviço; os dados acerca desse quadro também constam do Anuário, nas páginas indicadas.

54. "A suposta uniformidade da ação [letal dos policiais brasileiros] é reforçada pelo perfil, este, sim, característico das vítimas: homens, pobres, negros e jovens." (MORAES, Renato; PESCHANSKI, João Alexandre. As lógicas do extermínio. In: KUCINSKI, Bernardo et al. *Bala perdida*: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 61).

Poderíamos apontar alguns elementos que ajudam a compreender a questão.

3.2.1. Visibilidade do delito

Uma tentativa de explicar a sobrerrepresentação de certo setor da população nos números da seletividade penal pode começar ressaltando a visibilidade do delito cometido por aquele setor da população. Diferentemente dos crimes das classes mais altas, os crimes da clientela preferencial do sistema teriam como espaço de realização as ruas e adjacências, bem mais acessíveis à agência primeira de criminalização secundária, a polícia ostensiva.

> O crime será mais visível na medida em que ocorra num lugar com respeito ao qual a polícia dispõe de maior facilidade de acesso, tanto em termos de espaço quanto de tempo. Especialmente vulneráveis à fiscalização do órgão de segurança mostram-se os logradouros, tais como as ruas, praças, parques, praias, etc. das cidades. Neles estão postados os guardas fardados. Por eles transitam as viaturas de policiamento – radiopatrulhas, camburões, carros de ronda. Quanto a eles inexistem obstáculos impeditivos de circulação ampla e desenvolta por parte de investigadores, detetives e demais funcionários encarregados de coibir a prática de atos ilícitos. A eclosão de um delito nos lugares em causa gera grande probabilidade de ser percebida pela polícia, já porque possivelmente estará presente ou muito próxima do local, já porque, caso isso não aconteça, haverá, em geral, um grupo numeroso de pessoas em condições de lhe solicitar a interveniência, já porque desencontram os agentes da lei maiores óbices de se deslocar e comparecer com rapidez ao sítio onde ocorreu o episódio.[55]

Há uma demanda governamental, muito ligada à lógica dos já citados *direito penal simbólico* e *criminologia midiática*, para que a polícia trabalhe muito, mostre à população a sua presença e a sua ininterrupta atividade – de forma um tanto independente de resultados concretos e satisfatórios na proteção de direitos e na promoção de cidadania. Os flagrantes advindos da abordagem policial em logradouros públicos são a forma mais expedita de gerar números "positivos" de desempenho na prestação de serviços de segurança pública:

> A polícia de São Paulo fez 15 milhões de abordagens em 2013 (mais de um terço da população do Estado, estimada em 44 milhões em 2014). Segundo a pesquisadora Tânia Pinc, major da PM paulista, que já comandou a Força Tática, "em Nova

55. THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos*: o crime e o criminoso: entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 61.

> York, a polícia aborda 2,3% da população da cidade ao ano". Para ela, as abordagens são uma prática rotineira banalizada – enquanto os policiais do Estado de São Paulo fazem cem abordagens para cada prisão, a polícia de Nova York faz doze. "Abordagem conta como indicador de desempenho policial, e tanto a polícia como o governo usam esses números para dizer que estão trabalhando."[56]

A produtividade exigida dos policiais militares, pois, gera distorções graves quanto à sobreatenção das forças de segurança a determinados tipos de delitos:

> No Brasil, há a prevalência do flagrante sobre a investigação, o que gera uma distorção. Luiz Eduardo Soares explica que 'os crimes passíveis de flagrante são aqueles que acontecem nas ruas, portanto, sob um filtro social, territorial e racial'.[57]

Luiz Eduardo Soares esmiúça o quadro:

> Dada a divisão do trabalho [...], que atribui a investigação com exclusividade às polícias civis, resta aos policiais militares, quando se lhes cobra produtividade, fazer o quê? Prender e apreender drogas e armas. Prender que tipo de transgressor? Atuar contra quais delitos? Se o dever é produzir, se produzir é sinônimo de prender e se não é permitido investigar, o que sobra? Prender em flagrante batedores de carteira, pequenos vendedores de drogas ilícitas, assaltantes de pontos de comércio, ladrões de automóveis etc. Com frequência, jovens de baixa escolaridade, pobres, moradores das periferias e das favelas, cujas dificuldades cotidianas estimulam a procura de alternativas de sobrevivência econômica.[58]

À parte os crimes de rua, facilmente detectáveis, teríamos, ainda, em um primeiro momento, dois outros contributos a essa situação:

---

56. MENA, Fernanda. Um modelo violento e ineficaz de polícia. In: *Bala perdida*: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 25.
57. MENA, Fernanda. Um modelo violento e ineficaz de polícia. In: *Bala perdida*: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 25.
58. SOARES, Luiz Eduardo. Por que tem sido tão difícil mudar as polícias? In: *Bala perdida*: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 29. O prof. Luiz Eduardo ainda acrescenta: "O [...] que torna tão efetiva a ação policial militar – quando avaliada não pelo resultado que deveria importar (a redução da violência), mas por índices de encarceramento –, dá-se quando o imperativo de prender apenas em flagrante encontra um instrumento legal para fazê-lo com celeridade e em grande escala: a política criminal relativa a drogas e a legislação proibicionista dela derivada. Forma-se o mecanismo cujo funcionamento ágil tem superlotado as penitenciárias de jovens que não portavam armas, não eram membros de organizações criminosas, não agiam com violência."

> A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais *vulneráveis à criminalização secundária* porque: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se auto-realiza). Em suma, *as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como seu inesgotável combustível*.[59]

Já falamos da visibilidade (letra "b" da citação). Falta-nos discorrer sobre a estereotipia e a rotulação (etiquetagem), dois outros articuladores importantes no aprofundamento da seletividade.

3.2.2. Estereotipia delitiva

As agências do sistema penal, em especial a executiva de primeira hora (a polícia ostensiva), utilizam-se de um "modelo" de criminoso que otimiza a criminalização secundária em massa. Quando o policial sabe como é o criminoso visualmente, ele (supostamente) consegue distinguir, entre o conjunto da população, aqueles que seriam os que provavelmente incorreriam em delitos.

A essa imagem-padrão de delinquente, construída socialmente e instrumentalizada pela polícia e por outros órgãos penais, chamamos de *estereótipo*.

> Estereótipo
>
> [...]
>
> Imagem mental padronizada, tida coletivamente por um grupo, refletindo uma opinião demasiadamente simplificada, atitude afetiva ou juízo incriterioso a respeito de uma situação, acontecimento, pessoa, raça, classe ou grupo social.[60]

59. ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume – teoria geral do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 46.

60. DICIONÁRIO DE PORTUGUÊS ONLINE MICHAELIS. *Estereótipo*. Disponível em: [https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/estereotipo/]. Acesso em: 06.10.2018.

A imagem socialmente urdida – a imagem estereotípica – passa, por uma série de razões[61], a apontar, distorcidamente, como o infrator quintessencial uma pessoa que apresenta em grau razoável as características de um grupo social, racial, espacialmente localizado, em específico. Apesar de tudo o que já foi dito sobre a imensa gama de crimes e criminosos, o imaginário social elege como a referência para o criminoso o *negro, pobre, jovem, favelado ou de periferia, que ostenta referenciais estéticos especialmente distintivos da cultura da população mais ou menos guetizada.*

> Os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como *os únicos delitos* e tais pessoas como *os únicos delinquentes*. A estes últimos é proporcionado um acesso negativo à comunicação social que contribui para criar um *estereótipo* no imaginário coletivo. Por tratar-se de pessoas *desvaloradas,* é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de *preconceitos*, o que resulta em fixar uma *imagem pública do delinquente* com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos.[62]

A polícia (e, por consequência, todas as outras agências) utiliza-se desse *atalho cognitivo* para melhor encaminhar a criminalização secundária massiva. É o que atende a demanda em vários níveis: senso comum (rebaixado), atores políticos institucionais, mídia. Há de se manter em alerta quanto à chusma pauperizada e "incivilizada"[63].

---

61. Algumas serão discutidas agora, de imediato; outras, de rendimento mais ampliado (macrossociológica e macropoliticamente), trataremos mais à frente.

62. ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume – teoria geral do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 46.

63. A associação entre a ausência de "civilização" e as massas urbanas é de longa data. Charles Baudelaire já indagava retoricamente: "o que são os perigos da floresta e da pradaria comparados com os choques e conflitos diários do mundo civilizado? Enlace sua vítima no bulevar ou traspasse sua presa em florestas desconhecidas, não continua sendo o homem, aqui e lá, o mais perfeito de todos os predadores?" Um relatório policial datado de 1798 já atesta que "é quase impossível [...] manter boa conduta numa população densamente massificada, onde cada um é, por assim dizer desconhecido de todos os demais, e não precisa enrubescer diante de ninguém". O produto cultural-ideológico clássico para a "reestruturação" do sentimento de ordem em meio ao caos citadino, o *romance policial,* não por acaso começa a surgir nessa época (notadamente com os contos de Edgar Allan Poe, *O homem da multidão, Os Assassinatos na rua Morgue, A Carta Roubada e O Mistério de Marie Roget*). Cf. BENJAMIN, Walter. O flâneur. In: *Obras escolhidas*: Charles

> O primeiro traço básico da imagem do criminoso que representa para si mesma a ideologia dominante, [...] diz respeito a seu baixo *status* social. Pedindo a uma pessoa que descreva a figura de um delinquente típico, teremos, em função da resposta, o retrato preciso de um representante da classe social inferior, de tal sorte se tende a estabelecer o intercâmbio entre pobreza e crime.[64]

É por consequência dessa estereotipia criminal que, em grande monta, se vê nos cárceres e nas gavetas dos Institutos Médico-Legais, pessoas com as mesmas características[65].

Contudo, a gestão estereotípica da população criminalizada gera outros efeitos, reforçadores desse mesmo processo. É o que se depreende do estudo da

Baudelaire, um lírico no auge do capitalismo. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 37-38. Para os comentários à obra de Poe e seus desdobramentos, vide Op. cit. p. 38-62.

64. THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos*: o crime e o criminoso: entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 64.

65. Uma breve nota criminológica: ignorando por completo a seletividade penal, toda a obra de Cesare Lombroso, maior expoente do positivismo biológico em criminologia, é viciada em termos metodológicos: ao visitar inúmeros cárceres em meados do século XIX, ele encontrou pessoas com as mesmas características, deduzindo daí que a *tendência para o crime* teria a ver com traços físicos e outros caracteres genéticos, transmitidos hereditariamente; em sendo o crime uma "doença" genética crônica oriunda de um atavismo, Lombroso dizia que "na realidade, para os delinquentes-natos adultos não há muitos remédios; é necessário isolá-los para sempre, nos casos incorrigíveis, e suprimi-los quando a incorrigibilidade os torna demasiado perigosos". Como vimos, lançando-se na equação a variável *cifra oculta*, o edifício teórico do biologismo criminal (e de outros marcos criminológico-políticos) soçobra. Contudo, de forma transversa, um tanto errática e sob outro discurso justificador, acaba que a polícia ostensiva brasileira (e o sistema penal como um todo) põe em prática esse modelo preventivista autoritário neutralizador com referencial biológico. (LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone, 2007. p. 8). Para o (polêmico) "renascimento" da criminologia de base biológica, através das neurociências, vide EAGLEMAN, David. Por que a questão não é a imputabilidade. In: *Incógnito*: as vidas secretas do cérebro. Rio de Janeiro: Rocco, 2012. p. 163-206; MARTINS JÚNIOR, Fernando Nogueira. Desconstrução neurocientífica da culpabilidade penal. In: *Vida e morte (e vida) da culpabilidade penal*, 2012. 116 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte – MG. Disponível em: [www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8XSPAU/disserta__o_mestrado_fernando_nogueira__.pdf?sequence=1]. Acesso em: 06.10.2018; e JUNCAL, Regina Geni Amorim. A medida de segurança como a pior opção: por que os neurocientistas não devem dizer sobre como punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 25, n. 130, p. 399-426, abr. 2017.

chamada *teoria da rotulação/etiquetamento*, campo de estudos em ciências sociais mais conhecido como *labelling approach*.

3.2.3. Etiquetamento criminal

Dentro do circuito de seletividade direcionada, nota-se que o próprio criminalizado, em determinadas circunstâncias, contribui não só para a manutenção do estereótipo, mas, também, para sua própria e reiterada criminalização. Várias pesquisas vinculadas ao que se convencionou chamar de *labeling approach*[66] mostraram que o processo de criminalização, enquanto dinâmica de interações múltiplas entre diversos atores e enquanto circulação interpessoal de vários símbolos, signos e outros construtos linguísticos calcados socialmente, posiciona não só os gestores do sistema, mas, também, o alcançado pelo sistema – exigindo, de alguma forma, uma resposta deste, voluntária ou involuntária, à intervenção do sistema.

Segundo Alessandro Baratta,

> analisando a típica carreira dos fumadores de marijuana, nos Estados Unidos, [Howard] Becker mostrou que a mais importante consequência da aplicação de sanções consiste em uma decisiva mudança da identidade social do indivíduo; uma mudança que ocorre logo no momento em que é introduzido no *status* de desviante.[67]

66. O *labelling approach*, baseado nos achados do *interacionismo simbólico* oriundo da psicologia social e da sociolinguística de George H. Mead e nas pesquisas sob o marco da *etnometodologia* inspirada na sociologia fenomenológica de Alfred Schutz, se ocupa principalmente das "reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista [estuda] o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes." Isso porque "parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como 'delinquente'." (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 86-87).

67. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 89. Baratta aqui resume em

Impingir um estereótipo criminal sobre uma pessoa gera efeitos significativos logo de imediato, e com repercussão prolongada. Isso porque uma primeira criminalização – com a sua consequente alteração identitária social de "cidadão conformado" para "desviante" – tendencialmente, encaminha o criminalizado para a sustentação do papel de desviante.

As pesquisas de E.M. Lemert apontam que:

> [...] a reação social ou a punição de um primeiro comportamento desviante tem, frequentemente, a função de um *commitment to deviance*, gerando, através de uma mudança da identidade social do indivíduo assim estigmatizado, uma tendência a permanecer no papel social no qual a estigmatização o introduziu.[68]

Portanto, somado a todas as outras condicionantes, o próprio processo de estigmatização como "desviante" condicionaria o cidadão rotulado a sustentar esse rótulo, gerando-se uma tendência a reiteradas criminalizações, é dizer, a uma carreira delitiva.

Esmiuçando, Lemert chama a primeira entrada no processo de criminalização como desvio primário, e as posterior(es), reentrada(s) como desvio(s) secundário(s). Esse desvio secundário

> [...] ocorre como resposta à reação social e, caso remeta aos dados centrais da existência da pessoa que o experimenta, altera a estrutura psíquica e produz uma organização especializada de papéis sociais e atitudes de auto-estima que lhe conferem um determinado *status*. O desviado secundário, de acordo com a reação de quem com ele interatua ou interatuou, é uma pessoa cuja identidade organiza-se em torno dos fatos de desvio que em outro poderiam não ter importância alguma.
>
> Será esse o começo da 'carreira' que permite aceitar esse *status*. Os efeitos psicológicos da aplicação da etiqueta de delinquente por parte das instâncias que reagem frente ao fato primário significarão a aceitação dessa condição pelo próprio etiquetado. As atitudes posteriores, adequadas ao que se espera dele, serão mecanismos de defesa, de ataque ou de adaptação com referência a essa reação social.

---

um parágrafo a argumentação de Becker feita em dois capítulos completos, chamados *Tornando-se um usuário de maconha* e *Uso de maconha e controle social*. Cf. BECKER, Howard Saul. Outsiders: estudo de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 51-87.

68. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 89-90.

O processo de rotulação e seus consectários são, notadamente, observáveis no que concerne a jovens infratores ou que, mesmo inocentes, correspondam ao estereótipo criminal.

> Aos poucos, com a insistência dessa mensagem [a de que um dado jovem é um criminoso, alguém que 'não presta', que é 'o lixo da sociedade'], o jovem começa a assimilá-la, inconscientemente. Se ele já tinha boas razões para duvidar do próprio valor – o que vai depender de sua história comunitária, escolar e familiar, talvez de rejeições e violência doméstica –, gradativamente, vai se convencer de que não está ali [encarcerado pela primeira vez] à toa. Talvez ele pertença àquele lugar. Talvez ele o mereça. Talvez ele não tenha mesmo valor. Persuadido de que deve identificar-se com a pior imagem que poderia formular de si mesmo, o adolescente termina acreditando na mensagem que o meio e os outros lhe transmitem, e passa a se comportar de acordo com a imagem que ela constrói.[69]

Wolfgang Keckeisen resume muito acertadamente os achados do *labeling approach* nessa seara: "se tratamos como criminosa uma pessoa, é provável que ela se torne criminosa."[70]

O *labeling approach,* considerado uma verdadeira "revolução copernicana" no pensamento criminológico, torna visível o deletério efeito que a criminalização tem em agenciar o próprio *rotulado-como-delinquente* a contribuir para sua reiterada criminalização, ao introjetar um papel social negativo que lhe é imposto e sustentado ininterruptamente pela "sociedade ordeira"[71].

---

69. SOARES, Luiz Eduardo. *Justiça*: pensando alto sobre violência, crime e castigo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 56.

70. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 93. A argumentação escandida ajuda no entendimento da seletividade penal, mas também auxilia no entendimento da falência da função preventiva especial positiva da pena. Com efeito, o *labeling approach* mostra "que a intervenção do sistema penal, especialmente as penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa." Cf. Op. cit. p. 90.

71. O *labeling,* em sua abordagem pioneira, é quem retoma com força, principalmente a partir da obra de Fritz Sack, "a ideia de que a criminalidade não pode ser vista como uma realidade ontológica pré-constituída, mas sim como uma qualidade atribuída a um comportamento. [...] A criminalidade, definitivamente, não está no mundo da natureza, nem tampouco no mundo do *ser,* pois não é uma realidade dada e preexistente ao homem e, portanto, não é trabalhada por um juízo de *descrição;* mas sim algo que é

Não obstante, os três elementos acima listados não nos explicam por completo o porquê de tal seletividade ocorrer e de aquele grupo social em especial ser o atingido mais vultosamente pela criminalização.

Cremos que duas outras chaves de interpretação, em nível mais geral, são necessárias para o entendimento da referida seletividade.

3.2.4. Criminalização da pobreza

A seleção de grupos vulneráveis para o ingresso em massa no processo de criminalização teria alguma funcionalidade maior do que a mera criação do bode expiatório que viabiliza a catarse social e a restauração simbólica do sentimento de segurança, ordem e previsibilidade? Porque são as pessoas *socioeconomicamente* fragilizadas as mais afetadas pelo sistema penal (ao invés de outros cidadãos que poderiam gerar comoção social com o seu "desajuste" frente a um padrão de "normalidade/normalização", como os portadores de deformidades físicas graves, os excêntricos comportamentalmente etc.)? Por que grande parte daqueles alcançados pelo sistema penal é selecionada por condutas de fundo patrimonial/econômico[72]?

Neste ponto do trabalho, poderíamos estabelecer, de pronto, a pertinência dos achados da Criminologia Crítica, condensados por Alessandro Baratta, *grosso modo,* em 3 (três) proposições:

> a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;
>
> b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;

construído, no mundo da cultura, dentro de um juízo de *dever ser*, pois é trabalhada por um juízo de *atribuição*. [...] o enfoque metodológico da criminologia do *labeling approach* [desloca] seu espectro de projeção: não mais sobre as *causas* da criminalidade, mas sim sobre as *condições* que determinam o etiquetamento." Cf. BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. *Fundamentos da criminologia crítica*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 74.

72. BRASIL. Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN*, jun. 2014. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 23.02.2016, p. 65-69. Trataremos desse tema com mais atenção quando discorrermos em específico sobre o encarceramento em massa, logo mais.

> c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.[73]

O quadro político-criminal continua um tanto opaco, caso não agreguemos alguns argumentos levantados pelo Direito Penal Crítico, que busca enquadrar mais abertamente o subsistema de controle penal no macrossistema da formação socioeconômica contemporânea. É dizer, o sistema penal, como fato historicamente marcado que é, está alicerçado em seu momento histórico, e estabelece relações múltiplas com os mais diversos aspectos da realidade. Pensar o direito penal é pensar também o capitalismo, suas instituições, suas vicissitudes.

Comecemos estabelecendo um (sempre difícil em sua economicidade) conceito básico de direito:

> Ninguém discutirá que o ponto de partida mais comum e mais lógico do estudo do direito é a constatação que o direito é um conjunto de normas ou de regras obrigatórias e oficialmente sancionadas, pelas quais estão organizadas as relações entre as pessoas que vivem em sociedade.[74]

Todavia, isso não explica muita coisa. De onde vêm as normas? Qual o seu substrato? Uma abordagem de alto rendimento para compreender a operatividade do sistema penal busca manter conectada a função penal a outras funções/relações típicas da sociedade capitalista.

> As concretas relações de produção capitalistas geram uma instância de constituição, controle e repressão específicos. Embora o jurista argumente que seus institutos surgem de um impulso ético ou moral, na verdade o direito advém de concretas relações sociais.[75]

Como é notório, as relações sociais capitalistas têm como articuladores a produção e a circulação de riquezas, as quais seriam apropriadas na sua maioria por parte menor da população, deixando ao restante uma menor parte, angariada

---

73. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 162.
74. MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005. p. 86.
75. MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 5.

mormente pelo trabalho: daí a possibilidade de se dividir a população entre possuidores (principalmente de capital) e não possuidores (trabalhadores e excluídos de todo tipo)[76]. O direito compõe essa situação.

> Os sistemas jurídicos e políticos de controle social do Estado – as formas jurídicas e os órgãos de poder do Estado – instituem e garantem as condições materiais fundamentais da vida social, protegendo interesses e necessidades dos grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social, com a correspondente exclusão ou redução dos interesses e necessidades dos grupos sociais subordinados.[77]

Sob o discurso de imparcialidade e isonomia, esgrimando a categoria-chave dos *sujeitos de direito*,[78] supostamente, sempre iguais uns aos outros ou passíveis de equalização através de medidas jurídicas compensatórias, o ordenamento jurídico busca *conservar* a "paz social", equiparada ao estado-de-coisas-como-é-hoje.

> De fato, o capitalismo impessoaliza a todos, torna o mundo um movimento mecânico que gira apenas em prol da exploração do trabalho e em prol dos lucros. Quem garante essa impessoalidade capitalista é a própria impessoalidade normativa. Ninguém diz, no nosso direito capitalista, que o favelado está numa situação injusta quando não possui um chão para morar. Para o capitalismo, como todo chão já tem um proprietário, para resolver esse problema a única solução possível, dentro da técnica jurídica, será a de deixar qualquer um comprar seu chão, ou, no máximo, que o Estado compre a terra do particular, sempre por meio dos contratos previstos pelo direito, garantindo a propriedade privada e sua equivalência mercantil. Não interessa que multidões

76. SOARES, Alcides Ribeiro. *Princípios de economia política*. São Paulo: Global, 1985.

77. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 7.

78. "*Os textos dizem:* o sujeito de direito é a expressão geral e abstracta da pessoa humana. Eles dizem também: o que torna esta expressão eficaz é a *capacidade geral* do homem de ser senhor de si e logo de adquirir. Finalmente dizem: se esta capacidade é o modo de ser do sujeito, é porque o sujeito pode/quer/consente/é livre de poder dispor de si e de adquirir. Deste modo posso avançar com todo o rigor esta proposição: a liberdade é a capacidade jurídica de se pertencer a si mesmo, isto é, de ser proprietário de si (por essência). Posso precisar: a liberdade de adquirir é a consequência jurídica da livre propriedade de si próprio" (EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Coimbra: Centelha, 1976. p. 28-29). Para uma visão mais vertical, histórica e criticamente, vide KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Sujeito de direito e capitalismo*. São Paulo: Outras Expressões, 2014.

> não tenham dinheiro para comprar seu pedaço de chão. Esse é o mundo da técnica impessoal do direito.[79]

Esse quadro de desigualdade social tende a se acirrar em sociedades periféricas como o Brasil, onde a precariedade socioeconômica é, potencialmente, mais profunda do que em países mais centrais no cenário mundial[80]. A revolução industrial, em todas as suas fases (em especial na fase tecnocientífica, ocorrida no século XX)[81] gerou vagas e vagas de despossuídos, trabalhadores precarizados, desvalidos de todo tipo, os quais, enquanto *perturbadores em potencial da ordem desigual*, deveriam (e devem) ser *controlados*[82]. E a forma mais nobre de controle social, de manutenção da ordem posta, é de fato o sistema penal:

> Se o Direito Penal garante uma ordem social desigual, então garante a desigualdade social. [...]
>
> O Direito Penal e o Sistema de Justiça Criminal constituem, no contexto dessa formação econômico-social, o centro gravitacional do controle social: a pena criminal é o mais rigoroso instrumento de reação oficial contra as violações da ordem social, econômica e política institucionalizada, garantindo todos os sistemas e instituições particulares, bem como a existência e continuidade do próprio sistema social, como um todo.[83]

Naturalmente, o perfil daqueles alcançados pela criminalização secundária será, mormente, o daqueles afetados mais diretamente pela disparidade de renda e de distribuição da riqueza socialmente produzida, quais sejam, os pobres[84].

---

79. MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 16-17.

80. OCDE: desigualdade de renda na América Latina é 65% maior que em desenvolvidos. *Estado de Minas*. Belo Horizonte, 19.01.2016. Disponível em: [www.em.com.br/app/noticia/economia/2016/01/19/internas_economia,726580/ocde-desigualdade-de-renda-na-america-latina-e-65-maior-que-em-desen.shtml]. Acesso em: 10.03.2016.

81. Para um célebre relato, desde os primórdios da chamada *acumulação primitiva de capital* até a primeira metade do século XX vide HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986. p. 156 e ss.

82. Para a história do controle penal da *multidão*, em uma apropriação criminológica da categoria de Antonio Negri, vide GIORGI, Alessandro Di. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. Cap. 2 e 3.

83. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 7-9.

84. Para uma análise multifatorial do fenômeno do controle penal, vide ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.) *Depois do grande encarceramento*. Rio de

Contudo, no Brasil, há, ainda, outra variável a ser incorporada na equação da seletividade penal, algo que salta aos olhos de qualquer observador (mesmo no sentido literal da palavra) do sistema penal: a cor da pele, a raça negra.

3.2.5. Racismo sistêmico

Uma realidade inafastável dos sistemas penais da maioria dos países periféricos, posicionados como colônias/neocolônias/Estados dependentes em algum momento da história, é o racismo institucionalizado e sistematicamente operacionalizado.

O racismo foi o braço ideológico para a consecução do processo de expansão planetária das nações europeias[85]. O desenvolvimento de uma "antropologia" que indicasse aos colonizados de todo tipo a sua indubitável inferioridade reforçou o consenso colonizador na metrópole e tendia a gerar desinformação ou mesmo aplacar resistências empreendidas pelos colonizados.

Tivemos, a princípio, em toda a América Latina, notadamente no Brasil, a colonização como

> um exercício de poder que priva da autodeterminação, que assume o governo político, que submete os institucionalizados a um sistema produtivo em benefício do colonizador, que lhe impõe seu idioma, sua religião, seus valores, que destrói todas as relações comunitárias que lhe pareçam disfuncionais, que considera seus habitantes como sub-humanos necessitados de

Janeiro: Revan, 2010. Para a situação atual, sob o marco estadunidense (que vem sendo exportado para outros países, inclusive o Brasil), vide WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, e WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

85. "Nas sociedades da diáspora africana o racismo se desenvolve estabelecendo o que W. E. B. DuBois definiu como 'linha de cor'. Ou seja, sob o racismo, uma separação (segregação) é feita a partir da cor da pele das pessoas, permitindo aos mais claros ocuparem posições superiores na hierarquia social, enquanto os mais escuros serão mantidos nas posições inferiores, independentemente de sua condição (ou seus privilégios) de gênero ou quaisquer outros. Note-se que a linha de cor, ainda que guarde certa flexibilidade em relação às diferentes tonalidades, reivindicará e resguardará, nas disputas cotidianas e gerais, o lugar de privilégio sempre para o mais claros." (GELEDÉS – Instituto da Mulher Negra. *Racismo institucional*: uma abordagem conceitual. Disponível em: [www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/Racismo%20%20%20Institucional%20%20%20%20%20%20uma%20%20%20%20%20%20%20abordagem%20%20%20%20%20conceitual[1].pdf]. Acesso em: 05.10.2018. p. 12).

> tutela e que justifica como empresa piedosa qualquer violência genocida, com o argumento de que, ao final, redundará em benefício das próprias vítimas, conduzidas à "verdade" (teocrática ou científica).[86]

O controle social colonial gestado pela metrópole tinha, em linhas gerais, dois eixos: a violência aberta/não dissimulada e a generalização da inferioridade biológica relativa aos nativos e escravos.

A policialização e o alto nível de brutalidade assumida e ostensiva demarcam a diferença entre a sociedade colonial e a sociedade metropolitana:

> O mundo colonizado é um mundo cindido em dois. A linha divisória, a fronteira, é indicada pelos quartéis e delegacias de polícia. Nas colônias o interlocutor legal e institucional do colonizado, o porta-voz do colono e do regime de opressão é o gendarme ou o soldado. Nas sociedades de tipo capitalista, o ensino religioso ou leigo, a formação de reflexos morais transmissíveis de pai a filho, a honestidade exemplar de operários condecorados ao cabo de cinquenta anos de bons e leais serviços, o amor estimulado da harmonia e da prudência, formas estéticas do respeito pela ordem estabelecida, criam em torno do explorado uma atmosfera de submissão e inibição que torna consideravelmente mais leve a tarefa das forças da ordem. [...] Nas regiões coloniais, ao contrário, o gendarme e o soldado, por sua presença imediata, por suas intervenções diretas e frequentes, mantém contacto com o colonizado e o aconselham, a coronhadas ou com explosões de *napalm*, a não se mexer. Vê-se que o intermediário do poder utiliza uma linguagem de pura violência. O intermediário não torna mais leve a opressão, não dissimula a dominação. Exibe-as, manifesta-as com a boa consciência das forças da ordem. O intermediário leva a violência à casa e ao cérebro do colonizado.[87]

Essa hipervisibilidade da violência é aliada ao racismo, também, aberto, que, num primeiro momento, se sustentava em premissas teológicas[88], mas se consolida como uma inferiorização biológica/antropológica generalizada da população colonial, equiparada aos grupos criminalizados/discriminados nos países centrais.

---

86. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 74-75.
87. FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p. 28.
88. Vide, por exemplo, WALLERSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu*: a retórica do poder. São Paulo: Boitempo, 2007. Cap. 1.

> [O] modelo ideológico [para o controle social periférico ou marginal] partia da premissa de inferioridade biológica tanto dos delinquentes centrais como da totalidade das populações colonizadas, considerando, de modo análogo, biologicamente inferiores tanto os moradores das instituições de sequestro centrais (cárceres, manicômios), como os habitantes originários das imensas instituições de sequestro coloniais (sociedade incorporadas ao processo de atualização histórica). Deste modelo provém a famosa teorização postuladora da tão mencionada analogia entre o criminoso e o selvagem (colonizado) [...]. A prisão nos países marginais constituía, pois, uma instituição de sequestro *menor* dentro de outra *muito maior.* Em outros termos, nossas prisões, no programa lombrosiano [de inferioridade biológica] seriam as celas de castigo ou 'solitárias' da grande prisão, da grande instituição de sequestro colonial.[89]

No Brasil (e no mundo), a inferiorização da população por um discurso abertamente racista tem como um de seus primeiros baluartes Joseph Arthur de Gobineau, e seu *Ensaio sobre a desigualdade das raças humanas*, de 1855, onde cria o mito da raça ariana[90].

A miscigenação – e, em especial, a negritude – marcam desde há muito o racismo sistêmico brasileiro. O translado das teorias criminais lombrosianas ou filo-lombrosianas deram frutos aqui, no sentido de identificar mais e mais a miscigenação com o crime, reconhecendo o delito como uma espécie de patologia genética e aprofundando ainda mais a opressão das populações índia e, em especial, negra brasileiras, esta última escrava durante quase todo o século XIX e excluída, em regra, do mercado de trabalho no período seguinte.

Nomes renomados no Direito, como Clóvis Beviláqua, endossavam a tese do racismo criminológico:

> É natural que os resultantes das três raças [branco, negro e indígena] e que aqui vão designados pela denominação de pardos apresentem um maior número

89. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 77. Sobre o discurso geral, alcunhado de *orientalismo*, que embasou o domínio colonial nas mais diversas partes do mundo, vide WALLERSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu*: a retórica do poder. São Paulo: Boitempo, 2007. Cap. 2. Sobre o conceito foucaultiano de *instituição de sequestro,* vide, por exemplo, FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005. p. 103-126.

90. GOBINEAU, Joseph Arthur de. *The inequality of human races*. Londres: William Heinemann, 1915. Disponível em: [https://archive.org/stream/inequalityofhuma00gobi#page/n5/mode/2up]. Acesso em: 05.10.2018; RAEDERS, Georges. *O conde de Gobineau no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

> de delinquentes, visto como a grande massa da população proletária (*sic*) é composta deste tipo étnico. [...] Quando o preto se combina com o branco (*mulato*), a inclinação criminosa baixa; mas se há um retorno à fonte negra (*cabra [cruzamento de mulato com negro]*), se realça aquela inclinação. As conclusões que se podem tirar destas ponderações resumem-se no seguinte: as duas raças inferiores contribuem muito mais poderosamente para a criminalidade do que os arianos, creio que, principalmente, por defeito de educação e pelo impulso do alcoolismo, porquanto grande número dos crimes violentos têm sua origem no samba, se não são mesmo durante eles praticados. E por educação entendo eu aqui aquela que se recebe no lar e no convívio social, ligada à inclinação recebida hereditariamente.[91]

Mesmo médicos como Raimundo Nina Rodrigues, conhecido por seus sentimentos filantrópicos, endossavam o racismo oriundo da compreensão da miscigenação como fautora de degeneração e atavismos:

> Se, à primeira vista, negros e índios merecem, por sua inferioridade *a priori*, uma responsabilidade atenuada, certo é que outros negros e índios em estado selvagem são totalmente irresponsáveis, segundo Nina Rodrigues. Quanto aos mestiços, dependendo do estágio em que o indivíduo se encontrasse na escala evolutiva – que vai do produto "inteiramente inaproveitável e degenerado" ao produto "válido e capaz de superior manifestação da atividade mental" – igual correspondência terá a responsabilidade moral e penal, desde a sua completa negação em um extremo, até a sua afirmação no lado oposto. A intuição, todavia, é que, por ser o mestiço um "híbrido social", ele conta com um "defeito de organização", uma "insuficiência" ou "desarmonia do desenvolvimento fisiopsicológico", devendo ser menos responsável do que os brancos civilizados.[92]

---

91. BEVILÁQUA, Clóvis. *Criminologia e direito*. Bahia: Editor José Luiz da Fonseca Magalhães, 1896. Disponível em: [https://archive.org/stream/criminologiaedi00bevigoog#page/n6/mode/2up]. Acesso em: 06.10.2018. p. 93-94. Uma observação: "Bahia" ou "Cidade da Bahia" era a designação antiga da cidade de Salvador, naquele Estado brasileiro.

92. AUGUSTO, Cristiane Brandão; ORTEGA, Francisco. Nina Rodrigues e a patologização do crime no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 13, p. 229-230. Também: RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 31-67. Há de se notar de fato que essa inferiorização vinha envolta em um discurso de tutela/proteção dos mais fracos e débeis. Não à toa que o próprio Cesare Lombroso, médico, era filiado ao Partido Socialista Italiano (assim como Enrico Ferri, sua contraparte sociológica).

A exclusão por completo do negro após a Abolição em 1888, com a chegada dos numerosos imigrantes europeus para ocuparem os postos de trabalho dos antigos escravos, também contribui para esse racismo generalizado, que intenta, eugenicamente, "embranquecer" o Brasil[93].

Essa referência abertamente racista só foi *nominalmente* abandonada quando as práticas de inferiorização e sub-humanização raciais (com suas consequências genocidas), já aplicadas nas colônias e neocolônias latino-americanas, africanas e asiáticas, há séculos, foram levadas pelo nazismo aos países centrais, e aplicadas sobre as populações que outrora eram as beneficiárias dessas práticas.

> [O] programa [lombrosiano, de inferioridade racial] só pode ser entendido como um *apartheid* criminológico 'natural', porque, se aqui [nos países periféricos] a maioria era de selvagens, não seria concebível uma instituição de sequestro destinada a prender selvagens, função que a prisão cumpria no centro, onde os 'selvagens' eram minoria. Na periferia, essa função era da própria instituição colonial. Como na Segunda Guerra Mundial Hitler praticou na própria Europa aquilo que o *apartheid* criminológico justificava para as regiões marginais – especialmente latino-americanas e africanas –, o modelo lombrosiano foi rápido (*sic*) e cuidadosamente arquivado. Na verdade, jamais um paradigma 'científico' como o biologista foi tão rapidamente abandonado.[94]

O Brasil buscou apagar bruscamente o seu racismo estrutural a partir da construção e da promoção do mito da "democracia racial", que buscou, sem mais, escamotear o recente passado escravagista da sociedade brasileira (com suas repercussões discriminatórias ainda presente), e que afirmava que no Brasil as relações entre brancos e negros eram pacíficas e harmoniosas. Essa concepção foi notoriamente formulada e capitaneada pela obra do sociólogo Gilberto Freyre, notadamente em *Casa grande e senzala*, surgida em 1933[95].

---

93. Vide GENELHÚ, Ricardo. O contingenciamento da mão de obra e o embranquecimento da população. In: *O médico e o direito penal*: introdução histórico-criminológica. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 159-187.

94. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 77-78. Para mais sobre o emprego *in concreto* da antropologia/criminologia racista, também informada pelo darwinismo social de Herbert Spencer e pelo pensamento eugenista estadunidense, vide ZAFFARONI, Eugenio Raul. O *apartheid* criminológico. In: *A palavra dos mortos*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59-73. Para um pertinente conceito de *darwinismo social,* vide WILLIAMS, Raymond. Darwinismo social. In: *Cultura e materialismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2011. p. 115-138.

95. FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 51. ed. São Paulo: Global, 2006. Sobre o conceito de democracia

Esse mito intentou (e intenta) abafar as desigualdades estruturais que grassam na sociedade brasileira, tentando apagar os rastros do racismo sistêmico que, há tempos, vem privando principalmente a população negra de prerrogativas humanas básicas – entrando aí a própria liberdade corporal ou mesmo a vida.

> A partir dessa perspectiva [a da democracia racial], o trato da questão racial se dá pelo avesso, numa dinâmica de silenciamento que impede a enunciação do racismo. Num paradoxo aparentemente insustentável, esse sofisticado mecanismo ideológico fez uma realidade-abismo corresponder a um conto idílico, em que negros e brancos vivem em perfeita harmonia. Daí a necessidade do exclusivismo histórico. Para assegurar uma imagem tão radicalmente diferente da realidade que lhe dá sustentação, é preciso a qualquer preço apagar os vestígios dos processos de subordinação, das forças externas que atuam na perpetuação das desigualdades raciais. O objetivo é, portanto, inviabilizar a construção de uma história que dê conta das defasagens e dos privilégios, convertendo as desigualdades em sina e, finalmente, apropriando-se das vantagens como direitos.[96]

Apesar dos grandes esforços com vias ao encobrimento do racismo sistêmico e seus desdobramentos, a realidade cotidiana apresenta outro quadro, mais realista: o racismo estrutura a sociedade brasileira, gerando as mais diversas consequências adversas, inclusive no que tange ao sistema penal.

Além dos dados já arrolados acima, poderíamos agregar outros, a fim de demonstrar a grande interferência da variável *raça* no funcionamento do sistema penal brasileiro[97].

racial, vide STRIEDER, Inácio. Democracia racial: a partir de Gilberto Freyre. Comunicação apresentada no VII Simposio de la *Revista Internacional de Filosofia Politica*. Cartagena de Índias/Colômbia (20-22.11.2000). Disponível em: [www3.ufpe.br/ppgfilosofia/images/pdf/pf15_artigo10001.pdf]. Acesso em: 03.10.2018.

96. FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão*: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. 2006. 145 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília – DF. Disponível em: [www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/2006_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf]. Acesso em: 03.10.2018. p. 37-38.

97. O racismo sistêmico interfere nas mais diversas relações humanas, interligando-se com a opressão de gênero e de classe para gerar um quadro multifatorial de negação de direitos básicos a camada extremamente significativa da população. O conceito de *interseccionalidade*, forjado pela jurista Kimberle Crenshaw e complexificado posteriormente, deve ser visto "de dois modos complementares: como ideia ou conceito que traduz a

Conforme indicamos anteriormente, segundo o Departamento Penitenciário Nacional, 64% dos encarcerados são negros (pretos ou pardos). Se a porcentagem absoluta já é muito grande, quando a colocamos ao lado da porcentagem de negros na população brasileira, 53%, vemos que os negros estão substancialmente sobrerrepresentados nos cárceres[98].

Ainda, cabe notar que os negros são sobrerrepresentados, também, nos números de *vitimização* por homicídio no país:

> [...] perversa é a seletividade racial dos homicídios por AF [armas de fogo] e sua tendência crescente. As taxas de homicídios por AF de brancos caem 23%:

intersecção de racismo, sexismo e classismo, reconhecidos co-determinantes da subordinação; mas também como ideograma. Nesta perspectiva, a interseccionalidade reunirá em um único termo aglutinador todas as forças opressivas que limitam a vida das mulheres dos grupos racialmente inferiorizados – e das mulheres negras em especial. Assim, a interseccionalidade nos libertaria, de certa maneira, dos esforços até então empreendidos por diferentes ativistas e pesquisadoras, de tentar traduzir a magnitude da opressão vivida por estes grupos de mulheres através do exercício impreciso de encaixe de diferentes formas de opressão. Desafiando-se a partir daí as formas de produção conceitual e de conhecimento a respeito destas mulheres, bem como as formas de luta libertárias em desenvolvimento, especialmente aquelas no interior do feminismo, mas não somente estas." A *interseccionalidade* nos ajuda a entender fenômenos peculiares, como, p. ex., os ventilados por pesquisa do IPEA datada de 2011 acerca da renda média da população brasileira: o homem branco tem renda média de R$1.491,00 (um mil, quatrocentos e nove e um reais), a mulher branca tem R$957,00 (novecentos e cinquenta e sete reais), o homem negro tem R$833,50 (oitocentos e trinta e três reais e cinquenta centavos) e a mulher negra tem R$544,50 (quinhentos e quarenta e quatro reais e cinquenta centavos). Para o conceito de interseccionalidade, vide CRENSHAW, Kimberle. *A interseccionalidade na discriminação de raça e gênero*. Disponível em: [www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf]. Acesso em: 11.03.2016. ALEXANDER-FLOYD, Nikol G. Disappearing acts: reclaiming interseccionality in social sciences in a post-black feminist era. *Feminist formations*. Baltimore, v. 24, n. 1, primavera de 2012. p. 1-25. O trecho acima é baseado neste último artigo, e, juntamente com os dados acima citados (além de outros da mesma cepa), constam de GELEDÉS – Instituto da Mulher Negra. *Racismo institucional*: uma abordagem conceitual. Disponível em: [www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/Racismo%20%20%20Institucional%20%20%20%20%20%20uma%20%20%20%20%20%20%20%20abordagem%20%20%20%20%20conceitual[1].pdf/.] Acesso em: 05.10.2018. p.12 e 15.

98. BRASIL. Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN*, jun. 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 07.10.2018, p. 32.

> de 14,5 em 2003 para 11,8 em 2012; enquanto a taxa de homicídios de negros aumenta 14,1%: de 24,9 para 28,5. Com esse diferencial, a vitimização negra do país, que em 2003 era de 72,5%, em poucos anos duplica. Em 2012 é de 142%: morrem 2,5 vezes mais negros que brancos vitimados por arma de fogo.[99]

Se cruzarmos tais dados demonstrativos da letalidade do racismo sistêmico com o já apresentado acima, acerca da letalidade policial e dos parâmetros de seletividade que a polícia ostensiva brasileira utiliza para abordar um dado cidadão (visibilidade delitiva, estereotipia, rotulação, criminalização da pobreza), vemos que o número de negros mortos por arma de fogo em intervenção policial, quando comparados com o número de brancos mortos nas mesmas circunstâncias, tende a ser bastante maior.[100]

---

99. WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015*: mortes matadas por armas de fogo. Disponível em: [www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015.pdf]. Acesso em: 07.10.2018.

100. Para uma referência sobre a teoria do "estoque cultural" como diferenciador das sociedades do Norte e do Sul globais, o que acabaria sendo um *equivalente funcional* contemporâneo do citado "racismo científico", vide SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira*: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: LeYa 2015. Ao ensejo, vale ressaltar um fenômeno que traz tons ainda mais agudos de tragédia ao quadro de racismo sistêmico brasileiro: um grande número (senão a maioria) de policiais são negros ou pardos, e compõem em larga monta o grupo de agentes mais apto a realizar o controle social racista disseminado e capilarizado, típico da polícia ostensiva brasileira, qual seja, os praças (soldados, cabos, sargentos e subtenentes). Se tal situação, em que negros re(o)primem negros, é particularmente incômoda à sensibilidade democrática, não se pode dizer que seja um fenômeno relativamente recente: há relatos dessa mesma dinâmica remontando aos primórdios da ocupação portuguesa do território brasileiro. Francis Cotta nos conta que após o advento dos *Terços de Homens Pretos e Mulatos,* corpos armados comandados por Henrique Dias e participantes da empreitada de expulsão dos holandeses na primeira metade do século XVII, vários outros grupos dessa espécie que existiram no Brasil desde aquela época até o século XIX passaram a ser chamados de *Henriques,* e tinham como missão a defesa do litoral e das fronteiras da América Portuguesa. Outrossim, as Minas Gerais (principalmente por não fazer fronteira com qualquer país e por não ter litoral) desenvolveu suas milícias negras para fins de manutenção da ordem pública. No século XVIII as Minas tinham quatro tipos de milícias negras: as companhias auxiliares de infantaria de homens pardos e pretos libertos (para destruição de quilombos, repressão a índios e defesa das fronteiras terrestres e marítimas em apoio às tropas regulares das próprias Minas ou de outra capitania); as companhias de ordenanças de pé de homens pretos libertos (para atuação local, com o fito de preservação da "tranquilidade" e do "sossego", e cujas principais missões eram os confrontos com os quilombolas e com os índios); os corpos de pedestres (notórios pela vasta *expertise* em conhecer a morfologia/topografia

4. Considerações finais

As conclusões que se chega, no que toca à relação entre agências do sistema penal brasileiro (notadamente a policial ostensiva) e a seletividade ínsita a esse mesmo sistema penal, são por demais claras: há um nicho social, composto por pessoas de determinada faixa etária, determinada classe e, notadamente, de determinada raça, que são os alvos mais do que preferenciais dos mecanismos de criminalização em operação no país.

Qualquer outra conclusão que não passe por essa realidade corre o risco de se consubstanciar em tergiversação, marcada ideologicamente para perpetuar esse dispositivo de segregação social e racial, que despe o cidadão negro, mais e mais a cada entrada no processo de criminalização, de todas as prerrogativas que o façam ser reconhecido pelo Estado (e até por grande parte da coletividade) como cidadão, e mesmo como ser humano digno de direitos e garantias fundamentais[101]. Qualquer política pública que não parta necessariamente de tal constatação pode incorrer em manifesta ineficiência, quando não em populismo penal aberto.

---

de várias partes do território brasileiro e em progredir por terrenos inóspitos, pelo que eram requisitados como guias em expedições militares); e os corpos de homens-do-mato (verdadeiras milícias privadas, financiadas pelas *tomadias* pagas pelos proprietários de negros fugidos). Poderíamos tirar desse quadro fático duas conclusões, pelo menos: 1) a possibilidade de incutir mistificações ideológicas, voltadas a fazer com que os valores e objetivos dos grupos dominantes sejam tomados pelos grupos subalternos como universais, é tão real que tem o condão de colocar negros oprimidos a serviço de seus opressores e contra outros negros oprimidos, e 2) a categoria da longa duração em História (*longue durée*) mostra a sua pertinência na questão dos grupamentos armados formados por negros e voltados para a manutenção da "ordem pública" no Brasil, grupamentos estes cuja vigência institucional e evolução histórica perpassam ao menos quatro séculos. Cf. COTTA, Francis Albert. Milícias negras na América Portuguesa: defesa territorial, manutenção da ordem e mobilidade social. *Klepsidra*, ano VI, n. 27, 2009. Disponível em: [www.klepsidra.net/klepsidra27/milicias.htm]. Acesso em: 06.10.2018. Para uma abordagem mais aprofundada sobre o tema, vide COTTA, Francis Albert. *Negros e mestiços nas milícias da América Portuguesa*. Belo Horizonte: Crisálida, 2010. Para uma análise da situação contemporânea, vide NOBRE, Carlos. *O negro na polícia militar*: cor, crime e carreira no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Multifoco, 2010. Para uma descrição sucinta, mas adequada do conceito de ideologia que aqui utilizamos, vide CHAUÍ, Marilena de Souza. *O que é ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1980. Para a categoria de *longue durée* na discussão historiográfica, vide BRAUDEL, Fernand. História e ciências sociais: a longa duração. In: *Escritos sobre a história*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992. p. 41-78.

101. Para mais sobre o processo de retirada do cidadão criminalizado de toda e qualquer prerrogativa em termos de direitos humanos, no caminho da produção de uma

O desafio, hoje, para o penalismo democrático, é conseguir traduzir tais achados, tão cabais, em matéria apta a reverter o quadro de segregação e extermínio (ou mesmo genocídio, dado o corte racial claro) da população negra e pobre, no país.

E é um desafio mais do que urgente, *do qual ainda não estamos conseguindo nos desincumbir a contento*. Nossa imaginação política e institucional ainda não está se mostrando à altura dos desafios impostos pela hecatombe penal pátria.

A criminologia e o penalismo que vêm, necessariamente, mais militante e transgressor do que os que temos hoje, têm o dever de encaminhar a bom termo essa reação democrática à catástrofe penal.

O diagnóstico, cremos, está mais do que posto. À prognose militante, pois[102].

5. Referências bibliográficas

ANDRADE, André Lozano. Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade. *Revista Liberdades*. São Paulo, n. 17, set.-dez. 2014. Disponível em: [www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo06.pdf]. Acesso em: 01.10.2018.

AUGUSTO, Cristiane Brandão; ORTEGA, Francisco. Nina Rodrigues e a patologização do crime no Brasil. *Revista Direito GV*. São Paulo, n. 13.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECKER, Howard Saul. Outsiders: estudo de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BENJAMIN, Walter. *Charles Baudelaire*: um lírico no auge do capitalismo. São Paulo: Brasiliense, 2000. Coleção Obras escolhidas, v. III.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Criminologia e direito*. Bahia: Editor José Luiz da Fonseca Magalhães, 1896. Disponível em: [https://archive.org/stream/criminologiaedi00bevigoog#page/n6/mode/2up]. Acesso em: 06.10.2018.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007.

"vida nua" em sentido agambeniano, insacrificável, mas plenamente matável, vide MARTINS JÚNIOR, Fernando Nogueira. *Os bons executores da lei:* a polícia soberana como dispositivo central do estado de exceção brasileiro. 2016. 405 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte-MG.

102. Para a concepção de um penalismo militante, veja-se o conceito de "criminologia cautelar" proposto por Eugenio Raul Zaffaroni. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. Em especial as fls. 461-529.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação*. Disponível em: [www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/]. Acesso em: 07.10.2018.

BRASIL. Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN*, jun. 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 07.10.2018.

BRASIL. Ministério da Justiça – Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Pesquisa nacional de vitimização*: sumário executivo. Disponível em: [www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf]. Acesso em: 07.10.2018.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. *O futuro de uma ilusão*: o sonho de uma nova polícia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2001.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. Mapa das prisões, 27.11.2014. *Sitio Eletrônico da Conectas Direitos Humanos*. Disponível em: [www.conectas.org/noticias/mapa-das-prisoes]. Acesso em: 07.10.2018.

COTTA, Francis Albert. Milícias negras na América Portuguesa: defesa territorial, manutenção da ordem e mobilidade social. *Klepsidra*, ano VI, n. 27, 2009. Disponível em: [www.klepsidra.net/klepsidra27/milicias.htm]. Acesso em: 06.10.2018.

DICIONÁRIO DE PORTUGUÊS ONLINE MICHAELIS. *Estereótipo*. Disponível em: [https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/estereotipo/]. Acesso em: 06.10.2018.

EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Coimbra: Centelha, 1976.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão*: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. 2006. p. 145. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília – DF. Disponível em: [www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/2006_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf]. Acesso em: 03.10.2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *9º Anuário brasileiro de segurança pública*. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/storage/9_anuario_2015.retificado_.pdf]. Acesso em: 07.10.2018.

GELEDÉS – Instituto da Mulher Negra. *Racismo institucional*: uma abordagem conceitual. Disponível em: [www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/Racismo%20%20%20Institucional%20%20%20%20%20%20uma%20%20%20%20%20%20%20abordagem%20%20%20%20%20conceitual[1].pdf]. Acesso em: 05.10.2018.

KUCINSKI, Bernardo et al. *Bala perdida*: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação. São Paulo: Boitempo, 2015.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone, 2007.

MARTINI, Márcia. A seletividade punitiva como instrumento de controle das classes perigosas. *MPMG Jurídico*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11. out.-dez. 2007.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SÉVERIN, Carlos Versele. A cifra dourada da delinquência. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, n. 27. jan.-jun. 1979. Disponível em: [www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/RDP27.pdf]. Acesso em: 06.10.2018.

SOARES, Luiz Eduardo. *Justiça*: pensando alto sobre violência, crime e castigo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos*: o crime e o criminoso: entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015*: mortes matadas por armas de fogo. Disponível em: [www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015.pdf]. Acesso em: 07.10.2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume – teoria geral do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A Construção Institucional do Gênero Criminoso: Travestis e Transexuais no Sistema de Justiça, de Marco Aurélio Máximo Prado, Bárbara Gonçalves Mendes, Júlia Carneiro, Júlia Silva Vidal, Gabriela Almeida Moreira Lamounier e Rafaela Vasconcelos Freitas – *RBCCrim* 146/515-537 (DTR\2018\18296);
- Criminalização de uma Cor: Sistema Punitivo como Ferramenta de Subjugação do Indivíduo Negro, de Sara Luz – *RBCCrim* 128/233-270 (DTR\2017\210);
- Filtragem Racial na Abordagem Policial: A "Estratégia de Suspeição Generalizada" e o (Des)Controle Judicial da Busca Pessoal no Brasil e nos Estados Unidos, de Gisela Aguiar Wanderley – *RBCCrim* 135/189-229 (DTR\2017\5657);
- Hipercriminalização: O Sintoma Totalitário na Política da Liberdade, de Caio Patricio de Almeida – *RBCCrim* 123/207-231 (DTR\2016\24040); e
- O Controle Penal no Capitalismo Globalizado, de Vera Regina Pereira de Andrade – *RBCCrim* 81/339-356 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/793-809 (DTR\2009\635).

Como naturalizamos a corrupção? As novas fronteiras propostas pela análise comportamental da desonestidade ao combate à corrupção

How do we naturalize corruption? The new boundaries set by the behavioral analysis of dishonesty to the combat against corruption

Julio Cesar de Aguiar

PhD in Law pela University of Aberdeen, Reino Unido (2012). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2006). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás (2001). Professor da graduação e do mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília. Pesquisador Colaborador Pleno do Instituto de Psicologia da Universidade de Brasília. Procurador da Fazenda Nacional em Brasília, no Distrito Federal.
juliocesar.deaguiar@gmail.com

Renata Ribeiro Baptista

Mestranda pela Universidade Católica de Brasília, em convênio com a Escola Superior do Ministério Público da União. Pós-Graduada pela Escola Superior do Ministério Público da União (2012). Procuradora da República em São João de Meriti, no Rio de Janeiro.
renatabaptista@mpf.mp.br

Recebido em: 29.04.2018
Aprovado em: 09.08.2018
Última versão dos autores: 09.09.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo discute os reflexos de uma nova abordagem da racionalidade humana, fundada na análise comportamental, no combate à corrupção. Inicialmente, são tratados os efeitos da corrupção sobre os indivíduos para, em seguida, enfrentar de que forma as condutas desonestas são naturalizadas. Por fim, problematiza-se a corrupção como questão moral e também o papel das instituições públicas como atores na luta contra a corrupção, propondo-se a construção de diferentes pilares de arquitetura de incentivos.

Abstract: The article discusses the reflections of a new approach about human rationality, based on behavioral analysis, on the combat against corruption. Initially, it deals with the effects of corruption on individuals in order to, subsequently, tackle how dishonest acts are naturalized. In the end, it questions corruption as a moral problem and also the role of public institutions as players on fight against corruption, proposing the construction of different foundations of the incentive architecture.

Aguiar, Julio Cesar de; Baptista, Renata Ribeiro. Como naturalizamos a corrupção? As novas fronteiras propostas pela análise comportamental da desonestidade ao combate à corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 151. ano 27. p. 261-290. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2019.

Palavras-chave: Corrupção – Análise comportamental – Naturalização – Moral – Arquitetura de incentivos.

Keywords: Corruption – Behavioral analysis – Naturalization – Moral – Incentive architeture.

Sumário: 1. Introdução. 2. Corrupção corrompe: como nos tornamos uma máquina de naturalizar a corrupção. 3. Algumas consequências: a insuficiência da abordagem da corrupção como problema moral e a penetrabilidade limitada dos mecanismos públicos de repressão. 4. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Quando assumiu a presidência do BNDES, em 2017, o economista e advogado Paulo Rabello, comentando sobre uma característica do país de sempre reclamar da economia interna, disse que "[o] Brasil está mais para psicanálise do que para análise econômica. E aqui o banco tem que descomplicar a análise econômica, e atropelar a psicanálise".[1] A declaração, feita em tom jocoso, parece ignorar que, em 2002, Daniel Kahneman, doutor em Psicologia, foi laureado com o Prêmio Nobel de Economia por ter associado achados de suas pesquisas comportamentais às ciências econômicas, notadamente quanto ao julgamento humano e à tomada de decisões sob incerteza.

Suas descobertas, que remontam ao início da década de 1970 e derivam de trabalho conjunto com Amos Tversky, contestam a tendência geral do *homo economicus*, segundo a qual, na maioria das vezes, as deliberações humanas ocorreriam de forma racional, cuidadosa. Ao contrário, segundo eles,

> [...] as pessoas se apoiam em um número limitado de princípios heurísticos que reduzem as tarefas complexas de avaliar probabilidades e predizer valores e operações mais simples de juízo. De um modo geral, essas heurísticas são bastante úteis, mas às vezes levam a erros graves e sistemáticos.[2][3]

De fato, o ser humano é influenciado pelas balizas dadas por instituições, bem como por aquelas que advêm de suas interações cotidianas com outros

1. MARTÍN, 2017.
2. KAHNEMAN, 2012. Apêndice A.
3. Para uma interpretação teórica distinta das pesquisas de Kaneman e Tversky, v. Rachlin (2015) e Gigerenzer (2015).

indivíduos e grupos, na medida em que elas também formam seu sistema intuitivo. Mas, ao contrário do que possa parecer em uma análise apressada, a comunhão entre Psicologia e Economia empoderou o ser humano: não só admitiu a complexidade e a densidade cognitiva como inerentes à sua atuação enquanto tomador de decisão, como lhe conferiu papel relevante como influenciador do processo decisório.

No presente artigo, busca-se analisar quais os reflexos dessa nova abordagem da racionalidade humana no combate à corrupção. Inicialmente, discutem-se os efeitos da corrupção sobre os indivíduos para, em seguida, enfrentar de que forma eles justificam para si e para outrem as condutas desonestas. Esses aportes iniciais servirão, por fim, à problematização da corrupção como questão moral e também do papel das instituições públicas como atores na luta contra a corrupção, propondo-se a construção de diferentes pilares na arquitetura de incentivos – adotando-se medidas que perpassem pela indução de comportamentos para além do tratamento da corrupção na perspectiva institucional de mudanças legais que contribuam para a melhoria da persecução dos agentes.

2. Corrupção corrompe: como nos tornamos uma máquina de naturalizar a corrupção

A discussão da corrupção enquanto fenômeno engloba situações que estão além dos conceitos de corrupção ativa e corrupção passiva definidos no Código Penal brasileiro em vigor, tratando de condutas que tecnicamente estão previstas em outros tipos penais – como, por exemplo, desvio e apropriação de dinheiro público, obtenção de vantagem mediante expedientes ilegais em face do erário, favorecimentos de todas as espécies com base em parentesco ou amizade e ocultação de patrimônio ilegalmente obtido. No Brasil, e sem apego ao rigor legal, é possível dizer que, sob o manto da palavra "corrupção", estão condutas ilegais que podem ser praticadas contra o Estado, causando-lhe algum tipo de prejuízo (normalmente de cunho material) e proporcionando aos envolvidos ganhos indevidos. Esse tripé descritivo do fenômeno, portanto, é formado pelo menos pelo Estado, como sujeito passivo e, objetivamente, pelo binômio prejuízo público-ganho privado.

Em 2008 e 2009, uma pesquisa realizada pelo Centro de Referência do Interesse Público/Vox Populi ratificou essa impressão, tendo descoberto o seguinte: em 2008, 45% dos entrevistados entendiam que a corrupção envolve um ato que prejudica o Estado, praticado somente por funcionários públicos e políticos, enquanto outros 30% disseram que o fenômeno diz respeito a ato que prejudica o

Estado, mas praticado somente por particulares, e 22% sustentaram que atos que prejudiquem o Estado, sejam praticados por funcionários públicos e políticos, ou por particulares, são atos de corrupção; em 2009, esses índices foram, respectivamente, de 39%, 26%, 30%.[4] Como se observa, embora as conclusões quanto aos sujeitos ativos da corrupção variem e as perguntas formuladas aos entrevistados tenham sido fechadas quanto ao ponto, a noção de prejuízo ao Estado é sempre presente quando o assunto é corrupção. Não há costume de se cogitar a respeito de danos aos indivíduos, exceto aqueles que são suportados por eles indiretamente, na qualidade de membros de uma coletividade destinatária dos recursos que, sob a lógica do binômio prejuízo público-ganho privado, deixam de ser aplicados em obras, serviços e atividades de interesse geral. Nesse sentido, é emblemática a fórmula "a corrupção mata", em alusão aos impactos do desvio de dinheiro público sobre a prestação do serviço de saúde.

Entretanto, mais do que a rotineira percepção de prejuízo ao erário como consequência, um contexto generalizado de desobediência a normas contra a corrupção afeta negativamente a honestidade dos indivíduos. Essa é a conclusão de recente estudo que elaborou um índice de prevalência de violações de normas (PVN) – levando em conta indicadores encontrados em diversas fontes públicas especializadas em pesquisas sobre fraude eleitoral, evasão fiscal e corrupção propriamente dita – e o associou ao resultado de um experimento idealizado para medir a honestidade dos participantes. Tal experimento consistia em recompensar monetariamente os participantes de acordo com o primeiro número tirado em um dado de seis faces jogado duas vezes, de modo que o valor da recompensa aumentaria conforme aumentasse o número da face, exceto quando o número sorteado fosse o seis, caso em que o participante não ganhava recompensa alguma. Ninguém além do participante tinha acesso aos resultados dos dados jogados, ou seja, não havia uma política de controle sobre o que era reportado, tendo os pesquisadores estabelecido uma média esperada de pagamentos com base no fato de que cada número de face de um dado tem a mesma probabilidade de ser tirado do que qualquer outro.[5] Os participantes de países em que o índice de PVN era maior mentiram mais sobre o resultado do primeiro dado para obter uma recompensa maior, em comparação aos participantes de países com menor índice de PVN.[6]

4. BIGNOTTO, 2011, p. 22.
5. GÄCHTER e SCHULZ, 2016.
6. FISMAN e MIGUEL, 2006.

Tal desfecho reforça aquele a que se chegou a outro estudo, realizado em ambiência menos laboratorial. Nesse caso, levantou-se a quantidade de multas lançadas (e não pagas) contra diplomatas por estacionarem em locais proibidos da cidade de Nova Iorque, relacionando-a, então, com índices de percepção da corrupção por país, aferidos por meio de pesquisas locais.[7] Embora seja possível o pagamento espontâneo, a imunidade diplomática bloqueia mecanismos legais de execução forçada de valores contra diplomatas e respectivos Estados acreditantes, de modo que, tal qual no experimento dos dados lançados, em que os resultados indicados pelos participantes não podiam ser sindicados, a maior incidência da violação às normas de trânsito certamente não possuiria relação com a capacidade institucional de fazer valer a punição.

Pois bem: aqui, constatou-se que o número de ofensas por parte de representantes de países com baixa percepção de corrupção (como os países escandinavos e o Canadá, com nenhuma multa registrada) foi menor que o de multas aplicadas contra representantes de países associados a uma maior percepção da corrupção (por exemplo, Kuwait, Egito, Chade, Sudão, Bulgária, Moçambique, Albânia, Angola, Senegal e Paquistão, os dez países com mais violações). Os resultados sugerem, então, uma espécie de experiência de não aceitação de práticas corruptas, experiência esta que os envolvidos carregam consigo e acaba por influenciar seu comportamento mesmo em outras circunstâncias de *legal enforcement*.

Mesmo pequenos atos de corrupção têm grande potencial lesivo contra o indivíduo, inclusive sob a perspectiva neurofisiológica. Por meio da observação de imagens de ressonância magnética funcional do cérebro dos participantes, um experimento constatou que a exposição a múltiplas oportunidades de praticar desvios menores que lhes proporcionassem ganhos pessoais (com ou sem prejuízo de terceiros) produziu uma escalada no comportamento desviante.[8] Mais do que isso: a responsividade da amígdala[9] diminui com a reiteração desses desvios e, sendo a amígdala uma região do cérebro diretamente envolvida com o processo decisório – notoriamente a partir da associação entre memórias e emoções –, isso significa que o próprio cérebro se adaptara à desonestidade. A constatação de que a reiteração de transgressões menores prepara um cenário

7. FISMAN e MIGUEL, 2006.
8. GÄCHTER e SCHULZ, 2016.
9. A amígdala cerebelosa é uma região do cérebro, formada por um grupo de neurônios, usualmente associada ao controle das emoções.

neurofisiológico para a execução de desvios mais graves indica que uma sociedade em que os indivíduos estejam lidando cotidianamente com a pequena corrupção acaba se tornando um ambiente propício para uma corrupção do tipo endêmica.

Enfim, o que esses estudos demonstram é que, na síntese de Shalvi, a corrupção corrompe.[10] A maior experimentação da corrupção no dia a dia distorce os parâmetros de honestidade individual. Com isso, cria-se um círculo vicioso, na medida em que, em um cenário de corrupção endêmica, os limites de atuação, a falta de funcionalidade ou até mesmo a cooptação das instituições impedem a adoção de medidas mais efetivas para restaurar um grau razoável de certeza da punição, o que, por sua vez, aumenta a percepção da corrupção como problema sistêmico. No curto prazo, a prática reiterada da desonestidade prepara o indivíduo para mais desonestidade: cresce a tendência de os indivíduos praticarem atos de corrupção, compreendendo-os como uma opção que tomam, para si e para os outros, como aceitável ou, no mínimo, desculpável. Em médio e longo prazo, além de propriamente perderem a confiança na operacionalização institucional da vigilância e, consequentemente, da sanção, as pessoas passam a gradualmente naturalizar a corrupção. Por sua vez, esse processo de justificação de condutas desviantes se constrói a partir de alguns outros vieses comportamentais (*biases*), entendidos como padrões ou tendências de comportamentos inconscientes. A ver.

O primeiro mecanismo de justificação da corrupção é o de que as pessoas gostam de se sentir bem consigo mesmas. Nesse sentido, tanto suas condutas como a reflexão sobre suas condutas passarão pelo crivo da preservação da "boa autoimagem", um conceito que não necessariamente se esgota na esfera patrimonial, mas que engloba, com atribuição de pesos, tudo aquilo que o indivíduo valoriza como essencial na composição de sua autopercepção e felicidade, incluindo, eventualmente, a preocupação com a felicidade dos outros. A manutenção da boa autoimagem se relaciona também com a necessidade de produzir interações gratificantes com outras pessoas que, a seu turno, retroalimentam a formação do eu (*self*).

No âmbito da corrupção, bem como de outras atividades criminosas, isso significa que o criminoso, embora buscando maximizar as vantagens a serem obtidas, assim o fará construindo para si uma narrativa condizente para seu comportamento desviante que o faça sentir o mínimo desconforto possível com a prática ilegal. Mesmo o maior dos desajustados desejará parecer para si mesmo um ser humano reto, quando não até magnânimo. E essa aspiração tem a aptidão de

10. SHALVI, 2016.

transformar determinadas circunstâncias tanto em inibidoras como em catalisadoras do comportamento criminoso, de acordo com as experiências de cada um, por exemplo: não ter simpatia ideológica por dada empresa pode contribuir para que o agente público flexibilize os limites do que está disposto a fazer contra ela, exigindo mais propina.

A manutenção da boa autoimagem é um imperativo comportamental tão forte que um estudo recente conseguiu correlacionar o uso de palavras desabonadoras relacionadas à identidade pessoal do agente à diminuição da prática de condutas desonestas.[11] Um grupo de participantes foi submetido a um experimento no qual eram concitados a pensar em um número de um a dez, sem revelá-lo. Se tivessem escolhido um número par, receberiam um pagamento em dinheiro; se tivessem escolhido um número ímpar, não receberiam nada. Antes de conhecerem a dinâmica do experimento, contudo, o grupo recebeu instruções acerca de seus objetivos. No entanto, parte do grupo recebeu essas instruções com foco nas condutas[12] – "estamos interessados em saber quão comum é a *mentira* em *campi* universitários" (grifo nosso), "vamos jogar um jogo no qual poderemos determinar a taxa aproximada de *mentira* no grupo como um todo, mas não será possível sabermos se você *mentiu* ou não" (grifo nosso) – e outra parte recebeu essas instruções com foco no agente – "estamos interessados em saber quão comum são os *mentirosos* em *campi* universitários" (grifo nosso), "vamos jogar um jogo no qual poderemos determinar o número aproximado de *mentirosos* no grupo como um todo, mas não será possível sabermos se você é *mentiroso* ou não" (grifo nosso).

O grupo que recebeu instruções com foco na adjetivação do agente apresentou uma incidência menor de participantes que declaram ter pensado em números pares – a proporção dobrou no grupo em que o foco das instruções era a conduta. Uma variação desse experimento pedia aos participantes para jogar uma moeda e tentar influenciar, com a força do pensamento, o resultado. Para cada vez que saísse cara, o participante ganharia um valor em dinheiro; se saísse coroa, não ganharia coisa alguma. Nas instruções, constava que o objetivo do

11. BRYAN, ADAMS e MONIN, 2013.

12. BRYAN, ADAMS e MONIN, 2013, p. 1002. Livre tradução do seguinte trecho do artigo, alusivo às instruções:

    We're interested in how common [*cheating is/cheaters are*] *on college campuses. We're going to play a game in which we will be able to determine the approximate* [*rate of cheating/number of cheaters*] *in the group as a whole but it will be impossible for us to know whether you're* [*cheating/a cheater*].

experimento era testar a psicocinese, mas também continha uma advertência. Para parte do grupo, a advertência focava na conduta – "não *trapaceie*" (*don't cheat*); para outra parte do grupo, a advertência focava no agente – "não seja um *trapaceiro*" (*don't be a cheater*). Os resultados foram consistentes com o primeiro achado: o grupo que recebeu a admoestação na forma de "não trapaceie" indicou ter obtido mais caras do que o grupo que recebeu a advertência "não seja um trapaceiro".

Embora tantas nuances subjetivas possam conduzir, em um momento inicial, à conclusão de que seria impossível estabelecer parâmetros mais gerais de abordagem, toda essa reflexão é importante porque, em experimentos controlados, o simples desejo de parecer honesto, para si e para outrem, ainda que em um contexto de envolvimento com atividades ilícitas – independente de perquirir o que constituiria, para cada participante, uma autoimagem positiva –, revelou ser um freio íntimo muito mais efetivo contra a escalada de desonestidade do que o incremento das chances de o agente ser flagrado pela conduta.[13] Assim, soluções focadas exclusivamente em aprimorar a quantidade da sanção e a qualidade do procedimento sancionador (para garantir celeridade e certeza da punição), se não podem ser taxadas de inócuas, podem se revelar superestimadas, destacando a insuficiência do modelo do *homo economicus*. Nesse sentido, as conclusões de Ariely são:

> [...] em poucas palavras, a tese central de nossa teoria é que nosso comportamento seria conduzido por duas motivações opostas. Por um lado, queremos nos ver como pessoas honestas e honradas. [...] Por outro lado, queremos nos beneficiar com a trapaça e conseguir o máximo de dinheiro possível (essa é a tradicional motivação financeira).[14]

Um caso real, bastante recente, ajuda a melhor compreender o ponto. Wesley e Joesley Batista, os irmãos donos da JBS, empresa frigorífica envolvida em grande esquema de corrupção, foram colaboradores das investigações conduzidas pela operação Lava Jato. Em 2015, a revista Piauí fez uma matéria cuja proposta era discutir a política de aportes financeiros desenvolvida pelo BNDES em favor das múltiplas empreitadas dos Batista, formando uma campeã nacional.[15] Em 2017, ficou claro que tal apoio em extensão sem preceden-

13. ARIELY, 2012.
14. ARIELY, 2012, p. 24.
15. DIEGUEZ, 2015.

tes nasceu e cresceu em função de financiamentos a campanhas eleitorais não formalmente contabilizados (o "caixa dois") e consistente corrupção de funcionários do alto escalão da Administração Pública. Entretanto, a narrativa que Joesley Batista construíra, como se extrai de trechos que constaram da reportagem, foi bem diferente: investimentos calculados sob a lógica do mercado, perseguição ao grupo em função da origem humilde da família e superação em ambiente competitivo adverso.

Mesmo com o esquema de corrupção e "caixa dois" amplamente revelado, as gravações dos depoimentos de Joesley Batista e Ricardo Saud – este último diretor da J & F, a *holding* do grupo do qual a empresa JBS faz parte –, a título de colaboração premiada, fornecem excelente material que confirma que da narrativa dos envolvidos, na qualidade de empresários corruptores, ressaem elementos que confrontam a prática da corrupção com a necessidade de produzir uma boa autoimagem – eventualmente com o escárnio para com a classe política corrompida: "[o] presidente Michel sempre acreditou [...] que eu era meio que *obrigado a sustentá-los* incondicionalmente" (Joesley Batista, grifo nosso).[16]

> [...] em 2016, um dia na casa dele ele me pediu R$ 5 milhões e eu não dei. Logo depois começou [sic] as investigações contra mim e eu chamei aquele amigo dele, Flávio, e pedi pro Flávio para pedir a ele [Aécio Neves] para, *pelo amor de Deus, parar de me pedir dinheiro* (JOESLEY BATISTA, grifo nosso);[17]
>
> "[...] ele [Aécio Neves] nunca fez nada por nós na verdade. *Prometeu, prometeu e nunca fez nada*" (RICARDO SAUD, grifo nosso)[18]; "[o] senhor pode ver que *cada partido não serve para nada*. É um *amontoado de deputado* para poder pressionar o governo e negociar tempo para televisão. E cada um tem um valor: pelo número da bancada e tempo de TV" (RICARDO SAUD, grifo nosso);[19] e
>
> [...] eu queria te falar que primeiro eu estou vindo aqui hoje, prestar todos esclarecimentos, de livre e espontânea vontade. E, segundo, que eu acho que estou fazendo mais do que minha obrigação, é um *dever cívico* que eu estou fazendo aqui hoje. Quero tentar esclarecer o máximo que eu puder esclarecer, *quero ajudar a mudar o país* (RICARDO SAUD, grifo nosso).[20]

16. GLOBONEWS, 2017.
17. IG SÃO PAULO, 2017.
18. ESTADÃO, 2017.
19. TAVARES, 2017.
20. TV DN, 2017.

Uma transcrição final, bastante reveladora:

> MPF: Senhor Ricardo, agora nós vamos tratar do tema trazido pelo senhor no anexo 36, intitulado: partidos e políticos que receberam pagamentos contabilizados ou não sem ajustes de ato de ofício.
>
> Ricardo Saud: Se o senhor me permitir eu gostaria de chamar ele de *reservatório da boa vontade*.
>
> MPF: Entendi. O que senhor quer dizer é que os senhores pagaram pra se precisar um dia contar com a boa vontade dos...
>
> Saud: *E pra eles não atrapalharem a gente*.[21]

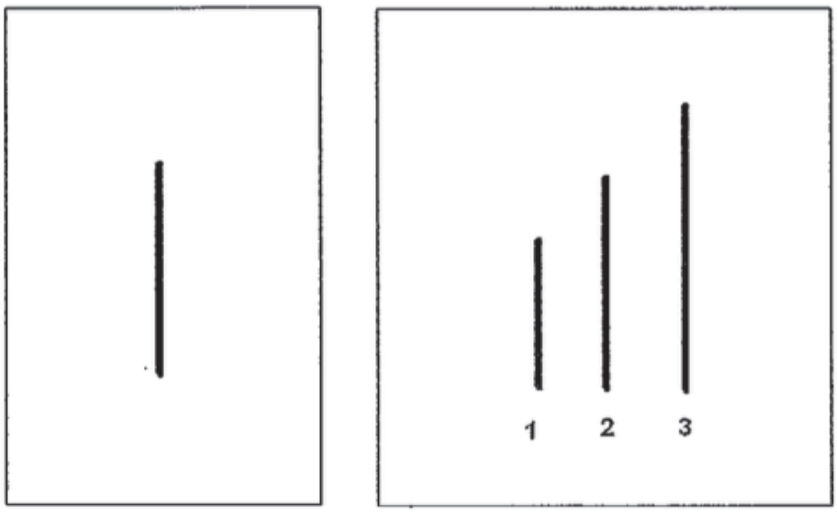
Um segundo viés comportamental que constantemente permeia o processo de justificação da corrupção é a o desejo de conformidade. Não basta que alguém conte uma história que se adeque à boa autoimagem, também é preciso que este alguém se comporte não sempre, mas consistentemente, do modo como pessoas de seus círculos esperam que o faça. Enquanto a manutenção de um discurso que minimize o próprio desconforto em um contexto de desonestidade se baseia na percepção que o indivíduo tem de si mesmo, voltando-se a garantir o bem-estar pessoal, a aspiração de conformidade é um reflexo da vida em sociedade: o indivíduo valoriza sua posição e interação nos grupos em que está inserido, bem como o juízo que o grupo faz dele a partir de suas condutas e ideias. Por isso, as decisões dos grupos exercem, coletiva e involuntariamente, pressão social sobre o processo de tomada de decisão de seus integrantes. Assim, por um lado, o exercício da discordância de maneira reiterada e obstinada pode sinalizar, mais do que desacordos pontuais, uma verdadeira ruptura com o grupo. Por outro lado, o exercício da independência é uma marca relevante de individualidade, na medida em que reafirma tudo o que foi construído e consolidado por determinada pessoa ao longo de sua vida.

A extensão e o modo com que a opinião do grupo cria uma pressão que interfere na decisão do indivíduo foram objetos de experimentos psicológicos, o mais famoso deles conduzidos por Asch, daí porque conhecido como "as linhas de Asch".[22] O experimento consistia em apresentar uma sequência de pares de cartões: em um deles, havia apenas uma linha desenhada, a linha-mestra; no outro, três linhas. Para cada linha-mestra constante do primeiro cartão, havia, no

21. JORNAL NACIONAL, 2017.

22. ASCH, 1952.

segundo cartão, uma linha de mesmo tamanho e outras duas de tamanhos claramente diferentes, conforme se exemplifica a seguir:



Fonte: ASCH, 1952.

O primeiro foco de investigação dizia respeito aos efeitos da pressão do grupo sobre as decisões de um indivíduo. Para tanto, reuniu-se em uma mesa de sete a nove jovens estudantes, todos do sexo masculino, todos com o objetivo comum de identificar, no segundo cartão do par, a linha que corresponderia àquela do primeiro cartão (linha-mestra). No grupo, todos os participantes tinham acordo prévio com os pesquisadores, exceto um, aquele sobre o qual recairia a análise. Os conluiados eram orientados a iniciar o experimento apontando a resposta correta, mas, a partir de determinada rodada, deviam passar a mentir, indicando todos eles, sistematicamente, a mesma linha que não correspondia ao tamanho da linha-mestra – haveria, então, unanimidade consistente quanto à resposta errada. O objetivo era verificar como o único sujeito dissidente reagiria em face do isolamento de sua decisão, lembrando que se tratava de confrontar o julgamento dele a uma realidade física.

Os resultados são surpreendentes: enquanto em circunstâncias ordinárias, uma pessoa incorreria em menos de 1% de julgamentos errados, este índice superou os 35% (mais precisamente, 36,8 %) na situação descrita. A força da influência do grupo sobre o processo individual de tomada de decisão demonstrou-se decisiva, notadamente porque, em pesquisa realizada depois do experimento, entre aqueles que cederam mais facilmente à maioria, era comum o sentimento de deficiência cognitiva quanto ao próprio julgamento (que era, frise-se, o certo).

Houve outros focos de investigação, implementados a partir de pequenos ajustes no arranjo inicial, com alguns outros resultados merecendo destaque para

os fins da presente discussão: (a) o progressivo aumento da oposição, entendido como a quantidade de participantes que elegeram a mesma resposta errada, foi relevante apenas até certo ponto, a partir do qual a migração de mais um participante conluiado da resposta certa para resposta errada não produziu impacto substancial na decisão do participante não conluiado; (b) quando apenas um dos conluiados passou a apoiar as escolhas do indivíduo em observação, houve sensível decréscimo na quantidade de erros; e (c) mesmo quando os participantes conluiados apontavam linhas com mais de 15 centímetros de diferença, ainda houve indivíduos que cederam à pressão do grupo em detrimento da resposta correta.[23]

De que forma esses estudos se relacionam com o processo de naturalização da opção pela corrupção? Bem, em contextos de corrupção endêmica, a pressão coletiva é pelo comportamento desviante – especialmente em ambientes e oportunidades mais específicos, em que são associadas, de um lado, um grupo pequeno cuja conduta-padrão de desonestidade amplamente conhecida de todos os integrantes e, de outro lado, uma tradição de relativa impunidade quanto à conduta em jogo, podendo ser lembrado, no Brasil, o acordo de preços entre licitantes para aquisição de certos tipos de produtos de produção especializada (por exemplo, no setor de saúde, a compra de medicamentos, órteses e próteses).[24] Embora consciente de que, à luz das normas vigentes, aderir à expectativa do grupo representa cometer um ilícito, pode se tornar extremamente oneroso para um indivíduo em posição de decisão seguir o caminho da legalidade. Como as linhas de Asch evidenciaram, o indivíduo passa até mesmo a contestar seu (correto) julgamento original sobre a ilicitude do ato, atribuindo a si alguma falta de total compreensão ou clareza quanto aos fatos e às normas.

Em um dos destaques de seu relatório relativo ao ano de 2015, denominado "Quando a corrupção é a norma", o Banco Mundial discute casos concretos da força da conformidade, colhidos a partir de experiências em outros países. Em Uganda, dadas as expectativas sociais em torno do uso do cargo para beneficiar parentes e amigos, em nome de obrigações recíprocas fundadas em consanguinidade e lealdade à comunidade, servidores públicos que não usam sua influência

23. ASCH, 1955.

24. Essa constatação ganha relevância em um cenário recentemente divulgado em reportagem do El País, segundo a qual, a partir de análise de *big data*, que os escândalos de corrupção no Brasil envolvem redes de relacionamento bastante pequenas, que evoluíram de cerca de seis, na época do Governo Collor, para 21 participantes, atualmente (OLIVEIRA, 2018).

nesse sentido correm o risco de serem desrespeitados. Na China, servidores públicos se veem constrangidos a aceitar presentes da população local, havendo notícias de que, por ter se negado a recebê-los, um funcionário deixou o serviço público, tendo sido, em seguida, acusado de corrupção. O mesmo ocorreu na Índia, onde oficiais que se negaram a deferir favores foram alvos não só de reclamações, como também, eventualmente, de ameaças e punições por seus superiores. Em médio e longo prazo, o potencial para formação de um círculo vicioso é evidente. Nesse sentido, o mesmo relatório do Banco Mundial conclui: "sociedades podem ficar empacadas em um equilíbrio no qual a corrupção é a norma, mesmo que privadamente a maior parte da população prefira serviços públicos livres de corrupção".[25]

A terceira ferramenta do processo de naturalização da corrupção desenvolve-se sob o senso de obediência à autoridade. Da mesma forma que o desejo de conformidade, seguir ordens é uma necessidade individual que guarda forte lastro na boa qualidade da relação que o indivíduo mantém com os grupos a que pertence. Um grupo, ou mesmo qualquer estrutura minimamente organizada, perpassa a existência da autoridade – que pode ser uni ou plurifocal, singular ou coletiva, formal ou informal – da qual partem comandos. A obediência a tais comandos é um dos muitos elementos relevantes para garantir a harmonia do conjunto, notadamente quando os propósitos do grupo, como um todo, e de seus integrantes, individualmente, são espelhados e reconhecidos nas ordens. A autoridade é vista como o vetor de vocalização dos valores do grupo, merecendo ser aprioristicamente respeitada em nome do bem comum. Desafiar ordens dessa figura passa a ser rotineiramente recebido como uma atitude negativa, desestabilizadora – a ser, portanto, evitada. Quando o senso de obediência entra em linha de colisão com outros pontos de igual ou maior estima para o indivíduo, estabelece-se um conflito no processo de tomada de decisões.

Milgram decidiu compreender o peso da obediência durante o processo decisório.[26] O objetivo era saber quantos participantes seguiriam fielmente instruções prévias e cumpririam as ordens diretas da equipe do experimento, no sentido de que cada resposta errada a perguntas formuladas a um ator conluiado, cuja posição de conluio com a equipe do experimento era desconhecida dos

25. BANCO MUNDIAL, 2015, p. 60. Livre tradução do trecho: *societies can get stuck in an equilibrium in which corruption is the norm, even though privately much of the population would prefer a clean public service*.

26. MILGRAM, 1963. Há um filme inspirado no experimento, chamado "O Experimento de Milgram" (2015).

participantes, deveria ser punida com choque em intensidade maior do que a resposta errada anterior, até que se atingisse o patamar máximo de choques de 450 volts. O cenário, portanto, era de oposição clara entre o dever de obediência, de um lado, e o dever moral, amplamente difundido, de não causar mal a alguém, de outro lado. Dos 40 participantes, todos chegaram até o nível de 300 volts (a partir do qual aquele que dava as respostas passava a manifestar desconforto evidente com os choques); apenas cinco participantes se recusaram a ir além do nível de 300 volts; e 26 participantes (o equivalente a 65%) aplicaram o último nível de choque – ainda que, vez ou outra, reportassem ao pesquisador dúvidas sobre a necessidade e adequação de prosseguir.

Ora, tendo em conta que, tanto a Administração Pública, como as grandes empresas dependem estruturalmente do exercício do poder hierárquico, essas conclusões são de grande importância para o estudo comportamental da corrupção, na perspectiva da racionalização do comportamento desviante. O dever de atender ao tom (quando não à ordem direta) da cúpula permite que o agente subordinado justifique sua conduta para si e para terceiros atribuindo-a aos seus superiores hierárquicos. Aquele que pratica o ato não se vê como agente autônomo, mas sim como um simples executor de ordens e desejos de outras pessoas, a quem deve ser atribuída a responsabilidade pela conduta. Isso é facilitado se o agente acredita na qualificação e na legitimidade da autoridade que dita a ordem, bem como na disposição dessa autoridade em arcar com a responsabilização pelos potenciais efeitos da conduta em execução. Então, e já pensando na corrupção, se ela for incentivada ou ainda diretamente determinada pelos integrantes do alto escalão, o funcionário, público ou privado, mesmo sabendo intimamente da ilegalidade de dada conduta, poderá prontamente assimilá-la e colocá-la em prática, em função do filtro da obediência. Fácil perceber que, havendo conforto cognitivo para aderir ao comportamento desviante por parte daqueles que compõem a maioria dos cargos públicos e privados, considerando que sempre haverá mais subordinados do que chefes, estará estabelecida uma ambiência propícia para a replicação da corrupção.

Em 2014, uma das maiores investigações de fraude em organizações militares foi deflagrada nos Estados Unidos. O objeto era um programa lançado em 2005, para estimular o recrutamento militar na Guarda Nacional, logo depois expandido para todas as demais carreiras militares: cada integrante da carreira – à exceção dos militares que compunham o próprio serviço de recrutamento – que indicasse um recruta que viesse a aderir à carreira recebia uma quantia. Os controles internos não funcionaram muito bem e, como resultado, mais de 1.200 militares, entre jovens recrutados e os então já integrantes da carreira, envolveram-se em um esquema de fraude que gerou desvios estimados em centena de

milhões de dólares. Entre os investigados, dois generais e mais de 200 oficiais.[27] No Brasil, foi divulgada reportagem, intitulada "Corrupção nos Quartéis", na qual se noticia o desvio de estimados 191 milhões de reais, no período de 10 anos, nas Forças Armadas, com base unicamente nas denúncias oferecidas pelo Ministério Público Militar. Do texto, extrai-se a seguinte conclusão:

> [o] levantamento tem como base um conjunto de 60 denúncias feitas pelo MPM e mostra que a corrupção não apenas existe nas Forças Armadas, mas que ela é praticada tanto por praças (cabos e soldados) quanto por oficiais de alta patente, a elite entre os militares.[28]

Não se trata de episódio isolado, haja vista reportagem posterior, noticiando "Ministério Público Militar denuncia 11 por esquema que desviou R$ 150 milhões".[29]

Note-se que a corrupção no meio militar, em especial na extensão dos casos narrados, é ótimo exemplo da inflexão do senso de obediência no processo de tomada de decisão, na medida em que o indivíduo se rege, de um lado, pela hierarquia – com uma cadeia de autoridades claramente identificáveis e vistas como legítimas e qualificadas, a quem compete dar o tom da organização – e, de outro lado, pela disciplina pessoal – impondo, como regra, a autocontenção em prol do bem comum, levando em conta a instituição e a nação, além de alinhamento com posturas de integridade moral. Razoável, pois, considerar que, para um integrante dessas organizações militares, ser confrontado com a prática da corrupção ou com um incentivo para praticar a corrupção, vindos de um superior hierárquico, deflagra intimamente um embate entre o dever de obediência e a manutenção no caminho da legalidade. Segundo Joe Newman, diretor de comunicações do *Project on Governement Oversight*, não se trata de julgar o quadro de pessoal militar como mais corrupto, mas de reconhecer que sua estrutura hierárquica favorece por si a profusão da corrupção se esta compuser o tom da cúpula, concluindo ele que esse tipo de configuração atribui aos comandantes o dever de trabalhar duro para ser um padrão ético aos subordinados.[30]

A quarta e última ferramenta de justificação da corrupção a ser abordada diz respeito à relativização da conduta indesejável quando as consequências estão distantes.

27. REUTERS STAFF, 2014.
28. PRAZERES, 2017.
29. PRAZERES e COSTA, 2017.
30. KIRCHNER, 2014.

Em uma primeira vertente, tal distanciamento pode ocorrer pela interposição de objetos ou fases ou pela escolha de certos meios, o que ajuda a criar uma separação mental entre uma dada conduta em análise e suas consequências imediatas.

Nesse sentido, um bom exemplo de como a percepção da relação entre conduta e consequências é afetada por esse tipo de distanciamento parece surgir da comparação entre as ações endossadas como moralmente corretas no dilema do bonde e suas variantes. Idealizado na versão original em 1967, pela filósofa britânica Philippa Foot, o dilema do bonde (*the trolley problem*) se propõe a discutir o relativismo moral a partir do seguinte cenário: um bonde desgovernado desce em alta velocidade os trilhos de uma linha, em direção a um grupo de cinco pessoas amarradas sobre os trilhos mais à frente, inamovíveis; o observador está localizado do lado de uma manivela que, se acionada, é capaz de deslocar o bonde para outra linha, na qual está uma pessoa que será fatalmente atingida pelo bonde e morrerá.[31]

A situação é um pouco diversa em uma variável do dilema do bonde, o dilema da ponte (*the footbridge problem*), formulado por Judith Thomson: neste cenário, o observador está em uma ponte sob a qual passam os trilhos do bonde, que permanece desgovernado e correndo em direção a cinco pessoas neles amarradas; desta vez, ao lado do observador, não há manivela, mas sim um homem obeso, bastante grande que, se jogado da ponte pelo observador, é capaz de parar o deslocamento do bonde, impedindo a morte das pessoas inamovíveis.[32]

Em ambos os casos, há um dilema moral para o observador, pois tanto a inércia como a ação importarão em pelo menos uma morte, mas, chamados a julgar o ato de um observador que tenha decidido acionar manivela no primeiro cenário, muitos consideram a ação moralmente aceitável, embora entendam ser moralmente abominável (ou, pelo menos, se mostrem mais resistentes a) uma eventual tomada de decisão no sentido de empurrar o homem da ponte no segundo cenário. Há diversas explicações morais e psicológicas para a aparente inconsistência de julgamentos, e uma delas diz respeito justamente ao fato de que, enquanto no primeiro cenário a morte de alguém é consequência do acionamento de uma manivela que provoca o deslocamento dos trilhos, fazendo com que o bonde, este sim, atinja a pessoa, no segundo cenário a morte de alguém é produto direto de um empurrão, que joga o corpo de uma pessoa contra o bonde. A interposição de

31. FOOT, 1967.

32. THOMSON, 1976.

objetos e fases entre a conduta e o resultado no primeiro cenário ajuda a aplacar cognitivamente a opção de "puxar a manivela".

Em uma segunda vertente, há casos, ainda, em que o agente simplesmente acredita que sua conduta não causará prejuízos a terceiros, seja porque percebe o objeto sobre o qual recai sua ação como sem valor monetário, seja porque percebe tal objeto como algo sem dono. Nesse sentido, pegar uma latinha de refrigerante de uma geladeira é cognitivamente mais confortável do que pegar, de cima da geladeira, uma quantidade de notas de dinheiro que representem o valor de uma latinha de refrigerante.[33] A extensão da apropriação monetária é a mesma, mas a autoaceitação da conduta não – e ela varia em função do fato de que, no primeiro cenário, a conduta recai sobre um objeto diferente de dinheiro, de modo que, para conferir valor monetário a sua conduta, o indivíduo precisa realizar deliberadamente uma operação mental de conversão. Além disso, recentes estudos neurocientíficos confirmam que ganhos pessoais obtidos à custa de prejuízo alheio geram menos prazer ao indivíduo que os obtém – e, por consequência, têm menor valor subjetivo – do que ganhos pessoais obtidos à custa do próprio prejuízo.[34] Nessa medida, neutralizar os caminhos cognitivos que conduziriam a caracterizar o prejuízo alheio, por meio da anulação de valor ou vínculo de propriedade, funciona como catalisador.

No nicho do combate à corrupção, essas constatações assumem importância singular. Como adverte Ariely, a progressiva e corrente substituição do dinheiro em espécie pode representar um passo relevante para a disseminação de condutas desonestas.[35] Esse tipo de distanciamento é especialmente forte – e, por isso, perigoso – na rotina da administração pública, não só porque as transações (até pelo seu volume) muitas vezes se resumem a simples jogos de números, como também porque as contraprestações (sejam elas em produtos ou serviços) não costumam ser aferidas pelos mesmos funcionários responsáveis por pagar por elas com recursos públicos. Destaque-se, também, o escândalo dos cartões corporativos, em 2008.[36] Tais cartões – inicialmente idealizados para conferir maior transparência e controle à aplicação do dinheiro público, com foco nas pequenas despesas – podem ter funcionado em sentido oposto, facilitando gastos na medida em que, cognitivamente, camuflavam a extensão e a natureza dos

33. ARIELY, 2012, p. 28.
34. CROCKETT, SIEGEL, et al., 2017.
35. ARIELY, 2012, p. 29.
36. RANGEL, 2008.

recursos em jogo (algo que não aconteceria, ou aconteceria em menor escala, se os pagamentos fossem feitos em espécie). Em outra vertente, ainda, há de se lembrar de que a corrupção, por sua própria essência, envolve justamente o binômio ganho privado-prejuízo público. Ideias amplamente difundidas, como as de que, por um lado, a corrupção é um crime sem vítimas e, por outro lado, a coisa pública (entre bens e recursos) é "coisa de ninguém", permitem que o indivíduo raciocine a corrupção apenas sob a perspectiva do bônus pessoal, sem ponderar sobre quaisquer ônus, o que, sem dúvida, acaba por facilitar a prática da desonestidade.

3. Algumas consequências: a insuficiência da abordagem da corrupção como problema moral e a penetrabilidade limitada dos mecanismos públicos de repressão

Esses vieses comportamentais que conduzem à justificação individual da corrupção trazem consigo duas reflexões importantes: a descaracterização da corrupção como puro dilema moral e a necessidade de reconhecer uma limitação das instituições públicas como atores de *enforcement* contra a corrupção.

No que tange à *revisitação da corrupção como problema moral*, é costume tratar a corrupção como um dilema conduzido por um julgamento racional, no plano da moral. Tomando a moral sob uma perspectiva prescritiva – ou seja, como um conjunto de valores, códigos e condutas considerados objetivamente certos ou errados (mundo do dever ser) – essa percepção é adequada. No entanto, sob uma perspectiva descritiva – que leva em conta o que o indivíduo considera subjetivamente certo ou errado, com base em experiências pessoais e coletivas (mundo do ser) – dizer que a corrupção é uma problemática de razão moral é insuficiente. Isso porque muitas condutas são praticadas ou não praticadas como resultado de um processo decisório que não é guiado por uma pura e racional escolha entre o apropriado e o inapropriado.

Experimento recente, fundado em análise de imagens de ressonância magnética funcional, demonstrou que os problemas morais não são compreendidos pelos indivíduos de forma unívoca, motivo pelo qual as respostas oferecidas a tais problemas não só variam como muitas vezes se revelam contraditórias entre si[37], como se viu no dilema do bonde. O que causa essa divergência não é propriamente uma dúvida sobre o que seja certo ou errado, mas sim diferentes enquadramentos

37. GREENE, SOMMERVILLE, et al., 2001.

da conduta em disputa, diferentes percepções do problema apresentado. A depender de certo enquadramento, deflagram-se áreas do cérebro que hoje já se sabem ligadas às emoções, e não áreas ligadas ao julgamento racional. É o caso, por exemplo, de situações classificadas no experimento como "morais-pessoais", em que a deliberação sobre certo e errado é mais demorada do que aquelas próprias de situações classificadas como "não-morais" ou "morais-impessoais", justamente em função da complexidade decisória gerada pelos vários fatores que conduzem a uma construção do que é certo e errado para o caso concreto. Sobreleva, ainda, que, conquanto tais resultados possam ser gritantemente incongruentes com o que se esperaria do indivíduo idealizado pela teoria racionalista, eles revelam parâmetros consistentes de deliberação entre os participantes do experimento, pessoas com características sociais, políticas e culturais distintas.

No campo do julgamento moral, vivemos, pois, uma ilusão racionalista: endeusamos o papel da razão, negando a forte influência das emoções e intuições.[38] Não sempre, mas em muito mais oportunidades do que vulgarmente se estima, a racionalidade avança soberana não durante o procedimento decisório, mas em momento posterior, com nítido e único objetivo de oferecer argumentos de reforço à posição que resultou da deliberação. Segundo Haidt, "nosso pensamento moral é muito mais parecido a um político em busca de votos do que com um cientista em busca da verdade".[39]

Some-se o fato de que a dissonância ética, assim entendida como uma inconsistência entre o comportamento desonesto em concreto e o código moral abstrato compartilhado por determinado indivíduo[40], é uma realidade usualmente aplacada por ajustes narrativos que envolvem não a flexibilização dos valores morais abstratos, mas uma reinterpretação da conduta em escrutínio, para reputá-la adequada, proba.[41] Na medida em que é a conduta em concreto, sobre a qual recai a pecha de desonestidade, que vem a ser relativizada, e não nos princípios éticos tais como tomados abstratamente, deixa-se de dar contornos sistematizadores e até mesmo fundantes à reflexão, que assume feição pontual, quase sempre em tom autoindulgente.

Todas essas nuances a respeito da justificação de condutas desonestas e da densidade cognitiva de deliberações morais devem servir de alerta quando trabalhamos

38. HAIDT, 2012, p. 103-106.

39. HAIDT, 2012, p. 89.

40. BARKAN, AYAL, et al., 2010.

41. AYAL e GINO, 2012, p. 05-07.

a corrupção como uma questão moral. De fato, e como já observado, no plano prescritivo, ela o é. Mas, quando em um sem número de vezes, trabalhamos a corrupção unicamente com base em uma concepção abstrata do que é certo e errado (moral sob a perspectiva prescritiva), ignoramos a relevância de fatores cognitivo-comportamentais que incidem na tomada de decisão dos indivíduos e, então, reduzimos a prática da corrupção a uma "questão de caráter" e o combate à corrupção a um "embate entre o bem e o mal". Esse tipo de abordagem dualista tem como principal efeito a polarização do fenômeno: nós, as pessoas de bem; eles, os maus indivíduos. Endossamos essa aproximação porque, além de ser mais simples do ponto de vista argumentativo, ela cultua nossa boa autoimagem, na medida em que sempre figuraremos do lado do bem (ganhou notoriedade recente a expressão "cidadãos de bem"), nunca do lado do mal. Há, aí, uma abordagem no mais das vezes inócua porque ela trata a desonestidade como produto de uma fraqueza, e não com a necessária atenção às vicissitudes decisórias inerentes à natureza humana – e, portanto, inerentes a todos os indivíduos, em maior ou menor grau. Para muitos casos, esse enfoque é correto, mas para tantos outros, em especial quando os exemplos de corrupção envolvem desde cidadãos comuns, em suas atividades do dia a dia, até o alto escalão da administração do país.

Além da polarização, encarar a corrupção apenas como falha de caráter gera um cenário de engajamento vazio no combate à desonestidade. Não é difícil perceber o porquê. No plano prescritivo, ninguém se declara contrário ao combate à corrupção, justamente porque existe uma percepção generalizadamente aceita de que a desonestidade é algo errado. A adesão a uma pauta de combate à corrupção, portanto, passa a ser não só uma opção íntima e abstratamente sustentável, como também uma escolha cuja publicidade é desejável, pois alinha o indivíduo com a compreensão (ou até pressão) coletiva do que é devido. Ocorre que, para um indivíduo que se atribui um caráter indefectível, o que difere um ato desonesto de um ato honesto é, muitas vezes, apenas o agente: o ato é corrupto porque foi praticado por terceiro, não pelo indivíduo que o julga. Para este, sempre haverá a descaracterização ou a justificação do ato como desonesto a partir de sua capacidade de racionalização. As ferramentas são diversas nesse sentido, como já demonstrado.

Frise-se: não se está, aqui, defendendo condutas desonestas; o que se busca é demonstrar que encarar a temática da corrupção como uma escolha racional e abstrata no campo moral é adotar um caminho que deixa de lado todo um conjunto de elementos que poderiam fornecer material de trabalho para sofisticar as medidas de combate à corrupção.

Se o enfrentamento da corrupção é reduzido a um moralismo, indivíduos que se percebem como virtuosos podem facilmente contornar a aparente incongruência entre, por exemplo, participar de uma manifestação pública cuja pauta é o combate à corrupção e, no dia seguinte, pagar propina para um guarda de trânsito para não tomar uma multa por estacionar em local proibido. Recente reportagem divulgada pela Folha de São Paulo bem demonstra como a capacidade de conciliar a desonestidade com uma narrativa de boa autoimagem a partir da dissociação, refletida no constante mau julgamento do outro, acompanhado do bom julgamento de si próprio quando em análise condutas similares, é real e perfeitamente aferível:[42]

> A corrupção é o comportamento que melhor define o Brasil de hoje, mas é a honestidade que melhor caracteriza o brasileiro.
>
> [...]
>
> Esta contradição está entre os resultados da inédita Pesquisa Nacional de Valores de 2017, encomendada ao Datafolha pela consultoria Crescimentum, em parceria com o instituto britânico Barret Values Centre. O levantamento investiga quais os valores pessoais dos brasileiros em 2017, aqueles que constituem a cultura atual do país e os da cultura desejada para o Brasil.
>
> Enquanto no campo individual os brasileiros elegeram a amizade, a honestidade, o respeito, a confiança e a paciência como valores que os definem, no campo da cultura nacional emergiram a corrupção, a violência, a agressividade e a discriminação racial.

O processo de dissonância ética coletiva ganha muitos cenários. Mobilizar-se contra um governo ou gestão por ideologia (ainda que intimamente), embora evocando publicamente o endosso ao combate à corrupção, pode gerar desconforto cognitivo quando, meses depois, em outra conjuntura, um governo sucessor é acusado de práticas corruptas. A passividade e o silêncio aparentemente inexplicáveis nada mais são do que a face pública desse desconforto, na medida em que uma nova onda de manifestação seria de difícil justificação íntima – dado que, agora, embora remanesça a pauta do combate à corrupção, a guia ideológica não subsiste. Por tudo isso, é possível concluir que as manifestações de 2013 e 2015, ocorridas no Brasil, foram marcadas por um sentimento mais político-econômico do que propriamente por uma luta contra a corrupção, representando muito mais uma derivação de uma polarização e funcionando mais como

42. MENA, 2017.

câmaras de eco de uma insatisfação de parcela significante da população com o resultado das eleições do que propriamente uma insatisfação contra os índices de corrupção. Também é sintomático da mesma dissonância ética coletiva o cenário de constante não aceitação – seja sob a pauta do "rouba, mas faz", seja sob a narrativa de perseguição política – , por parte de militantes, eleitores e apoiadores em geral, das inúmeras evidências de corrupção sistêmica que se instalou em um governo que se autoproclamava contrário à corrupção.

Seguindo. Em relação ao *redimensionamento do papel das instituições públicas no combate à corrupção*, há de se ter em conta que atos de desonestidade não são praticados porque o indivíduo desconhece – ou mesmo porque não concorda – o que é certo e errado em tese. De forma geral, portanto, a ilicitude da conduta e a perspectiva de punição são conhecidas e até internalizadas pelo agente. Curiosamente, contudo, é justo sobre esses elementos que primordialmente recaem os esforços dos atores estatais no combate à corrupção. Nesse sentido, quando se evoca a necessidade de recrudescer normas penais e processuais penais, as soluções permanecem em grau de abstração e generalidade que, típico das leis, é incapaz de, pelo menos em curto e médio prazo, influenciar positivamente o indivíduo. Ainda quando o aprimoramento diga respeito a normas cujo objetivo é garantir o aumento da efetividade da punição – como leis que busquem conferir alguma racionalidade ao sistema recursal e à prescrição, por exemplo –, as mudanças legislativas operarão, a princípio, em um plano de baixa concretude individual. Somente em longo prazo é que as mudanças legislativas de recrudescimento da persecução penal tenderão a ter impacto.

Mesmo assim, importa ponderar que uma percepção coletiva de que condutas desonestas passam a ser eficazmente punidas, que nasce a partir da multiplicação de casos conhecidos em que há sanção adequada e exequível, não necessariamente ganha significado no processo da tomada de decisão individual. Isto por três razões: em primeiro lugar, o indivíduo pode ter dificuldade para enquadrar sua conduta como uma daquelas em face das quais se intensificou a persecução; em segundo lugar, a conta do viés da disponibilidade[43], a percepção subjetiva da

43. Pessoas também costumam analisar as probabilidades de que um evento A aconteça a partir de sua capacidade de rememorar eventos similares, de modo que quanto mais rápido e fácil for recuperar estes casos, maiores são as probabilidades por ele estimadas de que A ocorra. Nesse sentido, é comum encontrar pessoas que superestimam as chances de um avião cair porque quedas de avião, embora aconteçam pouco, são altamente impactantes e amplamente noticiadas quando acontecem. É a heurística da *disponibilidade*. O problema é que as memórias de eventos podem ser formadas,

probabilidade de ser punido vai depender muito mais da capacidade de o indivíduo rememorar casos similares do que propriamente de sua apreensão em abstrato quanto a maior efetividade da persecução, e, a depender do meio em que inserida, a pessoa pode não ter exemplos próximos de sanção facilmente evocáveis; por fim, a maior percepção da probabilidade de punição efetiva é apenas mais um incentivo, operando junto a tantos outros que, no contexto, podem acabar por adquirir peso maior.

No mais, embora o processo punitivo esteja sob seu monopólio, seja normativa, seja executivamente, a atuação dos agentes estatais na detecção de condutas criminosas esbarra em obstáculos financeiros, operacionais e até mesmo éticos. É dizer: o Estado depende de outros atores, melhor posicionados na dinâmica social, para fazer valer as leis que edita, levando aqueles que as descumprem ao procedimento que conduz para eventual punição que prevê.[44] A adesão concreta desses outros atores às normas jurídicas é o primeiro passo para que condutas por elas proibidas sejam efetivamente identificadas, com possibilidade de punição. Como esclarecem Acemoglu e Jackson, "a maioria das leis não deve confiar em policiamento ou outras formas de *enforcement* público, mas precisa se aproveitar do *enforcement* privado, ou seja, o 'assoar o apito' por agentes privados".[45]

É a partir da oposição de empresas, organizações e indivíduos a práticas vedadas, no âmbito das relações privadas e públicas cotidianas, que se confere permeabilidade às normas jurídicas que estabelecem tais proibições no tecido social. Se for verdade que as normas jurídicas vigentes dão o caminho geral do que é lícito e ilícito, esse caminho precisa ser diuturnamente trilhado com um conjunto de posturas mais concretas, permitindo, com isso, que rotas paralelas sejam detectadas e evitadas. Portanto, não só para que as normas sociais não funcionem elas próprias como estimuladoras de condutas desonestas, mas também para que elas se tornem vetores ativos de comportamentos adequados, medidas que tornem a oposição às práticas vedadas algo estimulado, seguro e, sobretudo, vantajoso precisam ser pensadas e implementadas. Para uma política efetiva de combate à corrupção, é necessário engajar, para além dos agentes do

por exemplo, a partir de estratégias de cobertura da mídia ou, ainda, a partir de experiências compartilhadas com pessoas íntimas de determinado círculo (como família e ambiente de trabalho).

44. AGUIAR, 2017.

45. ACEMOGLU e JACKSON, 2014, p. 02. Livre tradução do trecho: *most laws cannot just rely on policing or other forms of public enforcement, but need to leverage private enforcement, that is*, "*whistle-blowing*" *from private citizens*.

Estado, os atores sociais, para que eles explorem as características de seu nicho de relações que albergam e travam no dia a dia.

Não se trata propriamente de se valer de espaços privados no sentido de difundir a crença de que um familiar, um vizinho ou um colega de trabalho são potenciais auditores de comportamentos inadequados, o que aumentaria as chances de ser pego por eventual conduta desviante. Isso porque, conforme ressaltado por Ariely, "a probabilidade de ser flagrado não exerce influência substancial sobre o grau de trapaça [...] os resultados mostram que ser pego não exerce influência tão grande quanto achamos".[46] A tarefa é mais complexa: em essência, envolve elaborar uma arquitetura de incentivos para adesão à legalidade valendo-se das relações cotidianas travadas pelos indivíduos, o que exige uma boa compreensão de (i) *debiasing* – ou seja, de neutralização de vieses comportamentais para que deixem de funcionar como obstáculos; ou (ii) *nudge* – ou seja, de exploração de vieses comportamentais para adoção dos comportamentos socialmente desejados. No Brasil e no mundo, muitas iniciativas de combate à corrupção têm se destacado nesse sentido, notadamente voltadas à necessidade de manter a boa autoimagem, ao desejo de conformidade e ao dever de ter uma posição clara de não leniência da cúpula.

Nesse rol, encontra-se a previsão de cláusula de idoneidade para contratantes, que consiste em propor que as exigências de *compliance* não sejam observadas apenas no cotidiano interno das empresas, se não também que ganhem relevância no momento de seleção daqueles que irão compor toda a cadeia de contratação da empresa. Significa que a escolha de um fornecedor deve levar em conta não só sua política de preços, passando a valorar decisivamente também o histórico de adesão à legalidade em suas múltiplas perspectivas, tais como: combate à corrupção, preservação do meio ambiente, observância de normas trabalhistas e cuidado com populações tradicionais. Nesse sentido, as partes contratantes podem explorar a obediência às normas como "responsabilidade social". Dois exemplos.

O primeiro diz respeito à reação de redes de supermercados e restaurantes ao envolvimento do grupo J&F Investimentos em grandes esquemas de corrupção. Grandes clientes varejistas declararam à Folha de São Paulo que, em função de cláusulas contratuais que exigem de seus fornecedores compromisso com o combate à corrupção, podem suspender a aquisição de produtos junto à JBS.[47]

46. ARIELY, 2012, p. 20.

47. PITOMBO, 2017.

O segundo, menos explícito, vem de reportagem publicada[48], na qual se exalta a adoção do *Due Diligence* de Integridade (DDI) no Programa Petrobras de Prevenção da Corrupção da Petrobras. Consiste o DDI justamente no estabelecimento de critérios outros, como reputação, idoneidade e as práticas que adotam no combate à corrupção, para seleção de contratantes pela empresa. Já na reportagem – cuja construção do conteúdo é explicitamente imputada à Petrobras, e não ao jornal – há clara associação entre integridade e promoção dos valores da empresa, o que não passa de uma forma de anunciar o cumprimento de regras secundado de uma narrativa que dê sobrelevo à boa autoimagem. É o que se extrai do seguinte excerto:

> Amplamente adotado por multinacionais e corporações que mantêm relações comerciais com países estrangeiros, os programas de *compliance* ganharam destaque no Brasil a partir de 2014, sobretudo depois que a Lei 12.846/2013 entrou em vigor. A legislação responsabiliza e passa a permitir a punição de empresas envolvidas em atos de corrupção contra a administração pública nacional ou estrangeira. Estabelece ainda o conceito de "responsabilidade solidária", podendo penalizar a contratante por qualquer ação irregular de funcionários e terceiros que possam beneficiá-la de alguma forma (mesmo sem o seu conhecimento ou aprovação). Por isso, a avaliação de riscos na hora de estabelecer contratos vem merecendo atenção especial por parte das organizações.
>
> Antes, a contratação de um serviço ou fornecedor levava muito em consideração o preço. Hoje é importante avaliar a reputação da empresa, se ela tem os mesmos valores que eu, já que uma pequena ação errada dela pode colocar em risco a perenidade da minha companhia – defende Heloísa Macari, especialista em Gestão de Risco e Compliance e sócia-diretora da Protiviti, empresa global de consultoria em finanças, tecnologia, operações, governança, risco e auditoria interna.

A cláusula de idoneidade para contratantes é uma medida que alia o enfoque tradicional do combate à criminalidade (como a responsabilidade solidária, prevista nas Leis 9.605/1998 e 12.843/2013) a tendências comportamentais, notadamente com a busca constante por narrativas que resguardem e divulguem uma boa autoimagem. Essas iniciativas não devem ficar restritas aos contratos entre particulares. E, de fato, não tem sido assim: algumas medidas que possuem essa proposta como pano de fundo têm sido amplamente consolidadas, inclusive no

48. PETROBRAS, 2017.

Brasil. Em 2009, o projeto Carne Legal que, a partir de uma série de termos de ajustamento de conduta, garantiu que "os produtores parassem de comercializar a carne proveniente de áreas desmatadas e que os frigoríficos não comprassem carne de quem desrespeita normas ambientais e trabalhistas".[49] Em 2015, a nova política do BNDES e da Camex, que passou a cobrar de empresas a apresentação de uma política de *compliance* seja para a obtenção de financiamentos, seja para a obtenção de apoio.[50] Em 2016, os termos de ajustamento de conduta firmados entre o Ministério Público Federal e bancos, dando maior rastreabilidade e efetividade à boa aplicação de verbas federais a partir de ferramentas implementadas para evitar contas de passagens e gasto irregular de recurso público federal.[51]

4. Conclusão

Entre o final da década de 1960 e o início da década de 1970, Becker, Ehrlich e Stigler, buscando oferecer respostas aos problemas de alocação de recursos e de pertinência qualitativa e quantitativa das sanções para garantir as adequadas repressão e prevenção de crimes, introduziram provocações envolvendo uma aplicação estruturada e sistemática da racionalidade econômica ao Direito Penal. Suas teorias encontram extensa justificativa nas bases da teoria da escolha racional: individualismo, maximização do prazer pessoal, análise de custo-benefício e livre arbítrio.

Essa lógica tem informado fortemente as discussões recentes sobre o combate à corrupção no Brasil.[52] Ela contempla uma concepção de incentivos que parte, se não exclusiva, ao menos preponderantemente, de instituições públicas e agentes governamentais, porque, em essência, as discussões que dela derivam, como o projeto 10 Medidas Contra a Corrupção[53], debruçam-se quase que exclusivamente sobre recrudescimento da resposta penal a partir do tratamento de variáveis como tipo e extensão das sanções aplicáveis, bem ainda por

49. MPF, 2016.

50. PORTAL DE LICITAÇÕES, 2015.

51. MPF, 2016.

52. V., por exemplo, no seguinte trecho: "A corrupção, segundo Dallagnol, é um crime racional, já que o criminoso avalia os benefícios e os riscos de serem pegos e punidos. No Brasil, a maior parte dos corruptos coloca suas esperanças na impunidade e a Lava Jato não muda essa realidade" (COURA, 2017). Ou, ainda, Ferraz (2018).

53. MPF, 2015.

meio de mecanismos que permitam maior certeza da condenação, perpassam mudanças legislativas e melhoria da atuação dos órgãos de persecução dentro de cada plexo de atribuições.

Porém, o indivíduo desse modelo é um ser absolutamente descontextualizado: suas relações com outros indivíduos, seja na esfera pública (por exemplo, em seu ambiente de trabalho), seja na esfera privada (por exemplo, com sua família e seus amigos), bem ainda com a sociedade, são desimportantes. Essas relações, no entanto, têm se demonstrado, no dia a dia, relevantíssimas para um processo de naturalização da corrupção.

Sem pretender propor soluções substitutivas às tradicionais propostas, que trabalham com a certeza da condenação como fator preponderante do enfrentamento à criminalidade, mas sim buscando novas perguntas, que permitam ampliar os debates sobre um combate à criminalidade, fica a inquietação: o conjunto de estratégias adotadas pelas instituições, pautadas por um exclusivo recrudescimento do sistema penal, esgota uma arquitetura de incentivos possíveis? Acredita-se ter demonstrado que a resposta é negativa. Tal qual na Economia, quem sabe para o Direito a Psicologia não se torne uma nova ferramenta de aprimoramento da legislação e das práticas.

Referências

ACEMOGLU, D.; JACKSON, M. O. *Social norms and the enforcement of laws*. Cambridge, *NBER Working Paper*, 2014.

AGUIAR, J. C. D. *Teoria Analítico-Comportamental do Direito*: para uma abordagem do direito como sistema social funcionalmente especializado. Porto Alegre: Núria Fabris, 2017.

ARIELY, D. *A mais pura verdade sobre a desonestidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ASCH, S. *Social Psychology*. Nova Iorque: Prentice Hall, 1952.

ASCH, S. Opinions and social pressure. *Scientific American*, v. 193, n. 5, p. 31-35, nov. 1955.

AYAL, S.; GINO, F. *Honest rationales for dishonest behavior*. jan. 2012. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/259982090]. Acesso em: 15.04.2018.

BARKAN, R. et al. *The pot calling the kettle black*: seeing evil after experiencing ethical dissonance. Duke University, 2010.

BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.

BIGNOTTO, N. Corrupção e opinião pública. In: AVRITZER, L.; FILGUEIRAS, F. (Orgs.). *Corrupção e Sistema Político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

BRYAN, C. J.; ADAMS, G. S.; MONIN, B. When cheating would make you a cheater: Implicating the self prevents unethical behavior. *Journal of Experimental Psychology*, v. 142, n. 4, p. 1001-1005, nov. 2013.

COURA, K. "Minha história é de fracasso na luta contra a corrupção". *Jota*. Disponível em: [www.jota.info/justica/minha-historia-e-de-fracasso-na-luta-contra-a-corrupcao-26082017]. Acesso em: 01.04.2018.

CROCKETT, M. et al. Moral transgressions corrupt neural representations of value. *Nature Neuroscience*, v. 20, n. 6, p. 879-885, jun. 2017.

DIEGUEZ, C. O estouro da boiada. *Piauí*. Disponível em: [http://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-estouro-da-boiada/]. Acesso em: 01.04.2018.

ESTADÃO CONTEÚDO. 'Prometeu e nunca fez nada por nós', queixa-se executivo da JBS sobre Aécio. *IstoÉ*. Disponível em: [http://istoe.com.br/prometeu-e-nunca-fez-nada-por-nos-queixa-se-executivo-da-jbs-sobre-aecio/]. Acesso em: 01.04.2018.

FERRAZ, C. Crime e castigo no mundo da corrupção. *Nexo*. 2018. Disponível em: [www.nexojornal.com.br/colunistas/2018/Crime-e-castigo-no-mundo-da-corrupção]. Acesso em: 24.04.2018.

FISMAN, R.; MIGUEL, E. Cultures of corruption: Evidence from diplomatic parking tickets. *NBER Working Paper Series*, 12312, jun. 2006.

FOOT, P. The problem of abortion and the doctrine of the double effect. *Oxford Review*, Oxford, v. 5, p. 5-15, 1967.

GÄCHTER, S.; SCHULZ, J. F. Intrinsic honesty and the prevalence of rule violations across societies. *Nature*, 531, p. 496-499, mar. 2016.

GIGERENZER, G. On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism. *Review of Philosophy and Psychology*, v. 6, p. 361-383, set. 2015.

GLOBONEWS. Em depoimento, Joesley Batista reclama que Michel Temer precisa ser sustentado. *GloboNews*. Disponível em: [http://g1.globo.com/globo-news/jornal-globo-news/videos/v/em-depoimento-joesley-batista-reclama-que-michel-temer-precisa-ser-sustentado/5881495/]. Acesso em: 01.04.2018.

GREENE, J. D. et al. An fMRI investigation of emotional engagement in moral judgment. *Science*, v. 293, p. 2105-2108, set. 2001.

HAIDT, J. *The Righteous Mind*: why good people are divided by politics and religion. Nova Iorque: Pantheon Books, 2012.

IG SÃO PAULO. Joesley Batista pediu "pelo amor de Deus" para Aécio Neves parar com pedidos. *Último Segundo*. Disponível em: [http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2017-05-20/aecio-neves-pelo-amor-de-deus.html]. Acesso em: 01.04.2018.

JORNAL NACIONAL. Delator da JBS desenhou ao MPF o 'mapa da propina' para políticos. *G1 Política*. 20.05. 2017. Disponível em: [http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/delator-da-jbs-desenhou-ao-mpf-o-mapa-da-propina-para-politicos.ghtml]. Acesso em: 01.04.2018.

KAHNEMAN, D. *Rápido e devagar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KIRCHNER, L. The Staggering Costs of Kickbacks, Bribery, and Theft in the Military. *Pacific Standard*. 11.02.2014. Disponível em: [https://psmag.com/economics/staggering-costs-kickbacks-bribery-theft-military-74432]. Acesso em: 23.02.2018.

MARTÍN, M. Novo presidente do BNDES: "O Brasil está mais para psicanálise do que para análise econômica". *El País Brasil*. 01.06.2017. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/06/01/economia/1496269039_017065.html]. Acesso em: 01.04.2018.

MENA, F. Corrupção define Brasil, mas não o brasileiro, diz estudo. *Folha de São Paulo*. 24.10.2017. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1929574-corrupcao-define-brasil-mas-nao-o-brasileiro-diz-estudo.shtml]. Acesso em: 01.04.2018.

MILGRAM, S. Behavioral study of obedience. *Journal of Abnormal and Social Psychology*, v. 67, p. 371-378, 1963.

OLIVEIRA, R. Por trás do verdadeiro mecanismo de corrupção do Brasil. *El País Brasil*. 29.03.2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/28/politica/1522247105_599766.html]. Acesso em: 01.04.2018.

PETROBRAS. Regras de compliance se aplicam também na contratação de parceiros e fornecedores. *O Globo*. 21.07.2017. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/economia/regras-de-compliance-se-aplicam-tambem-na-contratacao-de-parceiros-fornecedores-21469000]. Acesso em: 01.04.2018. .

PITOMBO, J. P. Em códigos de conduta, varejistas que compram da JBS condenam corrupção. *Folha de São Paulo*. 22.05.2017. Disponível em: [http://m.folha.uol.com.br/mercado/2017/05/1886404-em-codigos-de-conduta-varejistas-que-compram-da-jbs-condenam-corrupcao.shtml?cmpid=facefolha]. Acesso em: 01.04.2018.

PORTAL DE LICITAÇÕES. BNDES exige compliance para concessão de financiamento. *Portal de Licitações*. Disponível em: [www.portaldelicitacao.com.br/site/artigos/bndes-exige-compliance-psara-concessao-de-financiamento/]. Acesso em: 01.04.2018.

PRAZERES, L. Corrupção nos quartéis. *UOL Notícias*. Disponível em: [https://t.co/M94W080dpC?ssr=true]. Acesso em: 23.02.2018.

PRAZERES, L.; COSTA, F. Ministério Público Militar denuncia 11 por esquema que desviou R$ 150 milhões. *UOL Notícias*. 02.12.2017. Disponível em: [https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/12/05/ministerio-publico-militar-denuncia-11-militares-e-civis-por-esquema-que-desviou-r-150-milhoes.htm]. Acesso em: 23.02.2018.

RACHLIN, H. Choice architecture: A review of why nudge: the politics of libertarian paternalism. *Journal of the Experimental Analysis of Behavior* , v. 9999, p. 01-06, ago. 2015.

RANGEL, R. Ministra também abusou nas diárias de viagens. *Época*. Disponível em: [http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,EDG81479-6009-507,00.html]. Acesso em: 01.04.2018.

REUTERS STAFF. Senate panel holds hearing on fraud in Army recruiting program. *Reuters*. Disponível em: [www.reuters.com/article/us-usa-army-recruiting/senate-panel-holds-hearing-on-fraud-in-army-recruiting-program-idUSBREA1301R20140204]. Acesso em: 23.02.2018.

SHALVI, S. Behavioural economics: Corruption corrupts. *Nature*, v. 531, n. 7595, p. 456-457, mar. 2016.

TAVARES, F. A aula do lobista sobre como comprar políticos. *Época*. 15.05.2017. Disponível em: [http://epoca.globo.com/politica/lava-jato/noticia/2017/05/aula-do-lobista-sobre-como-comprar-politicos.html]. Acesso em: 01.04.2018.

THOMSON, J. Killing, letting die, and trolley problem. *Monist: an International Quaterly Journal of General Philosophical Inquiry*, v. 59, p. 204-217, 1976.

TV DN. Delação JBS Depoimento de Ricardo Saud #1. *Youtube*. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=J1jtb_48SME]. Acesso em: 01.04.2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica, de Emerson Garcia – *RT* 820/440-473 (DTR\2004\144); e
- Anotações sobre corrupção & Honestidade, de José Renato Nalini – *RT* 768/439-456 (DTR\1999\497).

Cumprindo pena no Brasil: encarceramento em massa, prisão-depósito e os limites das teorias sobre giro punitivo na realidade periférica

Doing time in Brazil: mass incarceration, warehouse prison and the limits of punitive turn theories in the peripheral reality

Luiz Phelipe Dal Santo

Mestre em Criminologia Crítica e Sicurezza Sociale – Devianza, Istituzioni e Interazioni Psicosociali pelas Universidades de Bologna e de Padova (2018). Pós-Graduado em Direito Penal – Parte Geral pela Universidade de Coimbra (2016). Advogado.
luizphelipee@hotmail.com

Recebido em: 31.03.2018
Aprovado em: 15.09.2018
Última versão do autor: 02.10.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: As teorias dominantes sobre o "giro punitivo" ou "punitivismo" apontam duas principais tendências no sistema de justiça criminal: o aumento das taxas de encarceramento (encarceramento em massa) e a deterioração das condições de cumprimento de pena no cárcere. Sustenta-se que, ao menos nos países centrais do capitalismo, a prisão teria, basicamente, assumido um papel de depósito de pessoas, funcionando em direção à neutralização e incapacitação, abandonando o "ideal de reabilitação". No entanto, a partir da análise de dados quantitativos sobre as atividades prisionais em diferentes períodos históricos do Brasil e da revisão bibliográfica referente a pesquisas etnográficas nos cárceres brasileiros, procura-se indicar diferentes aspectos do "giro punitivo" brasileiro. Se, por um lado, há evidente compatibilidade quanto à questão quantitativa (encarceramento em massa), os elementos qualitativos (referentes às condições da execução penal) possuem

Abstract: Prevailing theories on "punitive turn" or "new punitiveness" point two main tendencies in the criminal justice system: the rise of incarceration rates (mass incarceration) and the deterioration in prison life conditions. It is argued that, at least in the central countries of capitalism, prison would have basically assumed a role of warehousing, working for neutralization and incapacitation, abandoning the "rehabilitation ideal". However, from an analysis of quantitative data about prisoners activities in different periods of Brazilian history, and literature review concerning ethnography researches in Brazilian prisons, it is intended to indicate different aspects of Brazilian "punitive turn". Whether on the one hand there is self-evident compatibility between quantitative issues (mass incarceration), qualitative elements (referred to penal execution conditions) have different features. In this direction, "warehouse prison" – fundamentally characterized

Santo, Luiz Phelipe Dal. Cumprindo pena no Brasil: encarceramento em massa, prisão-depósito e os limites das teorias sobre giro punitivo na realidade periférica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 151. ano 27. p. 291-315. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2019.

características distintas. Nesse sentido, a "prisão-depósito" – marcada, essencialmente, pelo abandono do "ideal de reabilitação" – é característica historicamente indissociável do cárcere brasileiro, não sendo um mero produto do encarceramento em massa. Assim, baseando-se em uma comparação histórica, argumenta-se que o atual sistema prisional brasileiro é principalmente marcado por condições desumanas para cada vez mais presos ao invés de necessariamente condições cada vez mais desumanas para os presos.

Palavras-chave: Giro punitivo – Encarceramento em massa – Execução penal – Prisão-depósito – Atividades prisionais.

by the abandonment of "rehabilitation ideal" – is a historically inseparable feature of Brazilian prisons, not being a simple product of mass incarceration. Therefore, based on historical comparison, it is argued that Brazilian current prison system is mainly marked by inhumane conditions for more and more prisoners rather than necessarily increasingly inhumane conditions for prisoners.

Keywords: Punitive turn – Mass incarceration – Penal execution – Warehouse prison – Prison activities.

Sumário: Introdução. 1. Teorias sobre giro punitivo. 2. A expansão quantitativa do sistema penal brasileiro. 3. Mudanças qualitativas: declínio do ideal de reabilitação e ascensão da prisão-depósito?. 3.1. Declínio do ideal de reabilitação?. 3.2. Deterioração do padrão de vida prisional. 3.3. Instituição de controle e neutralização?. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

Introdução

Embora seja, muitas vezes, apontado como um conceito "demasiadamente vago" (TONRY, 2007b) ou "caótico" (MATTHEWS, 2014: 117), o termo "punitivismo" (*new punitiveness*, cf. PRATT et. al, 2005) é amplamente difundido e utilizado para classificar ou caracterizar os sistemas de justiça criminal contemporâneos ao redor do mundo.[1] Essa popularidade entre os criminólogos pode ser explicada pelo seu principal instrumento de mensuração: a análise das taxas de encarceramento, as quais indicavam uma tendência crescente em grande parte dos países, não obstante em intensidades e momentos particulares, apresentando algumas variações de acordo com cada país.

O grande aumento nas taxas de encarceramento no Brasil é, possivelmente, o principal fator que levou à ampla adoção desse conceito à realidade nacional. No entanto, é certo que esse termo não representa, exclusivamente, o encarceramento

1. O presente artigo é parcialmente baseado no trabalho *From warehousing to the organisation of crime*: the Brazilian mass incarceration dilemma, apresentado em conjunto com Vitor Dieter, na conferência internacional *Common Study Programme on Criminal Justice and Critical Criminology:* new terrorism, new punitiveness and human rights?, realizada em Corinto, Grécia, em 2017.

em massa, mas, também, incorpora mudanças de aspectos qualitativos no cumprimento de pena – principalmente da pena de prisão – e na própria lógica de funcionamento do cárcere de modo geral.

No presente artigo, por meio de análise de dados quantitativos (dados oficiais sobre o sistema prisional brasileiro) e de revisão bibliográfica (notadamente, incluindo as principais teorias criminológicas sobre "giro punitivo" e obras nacionais fundamentadas em pesquisas etnográficas em cárceres brasileiros), busca-se analisar se a expansão quantitativa do sistema de justiça criminal no Brasil é, também, acompanhada pela deterioração qualitativa no cumprimento de pena, tal qual alegado em relação aos países centrais do capitalismo, locais de onde vêm as teorias criminológicas dominantes.

Nessa conjuntura, o primeiro tópico deste artigo é destinado à retomada de alguns dos principais pontos presentes nas teorias sobre giro punitivo. No segundo, apresentam-se dados e considerações sobre a expansão do sistema penal brasileiro. O último, por sua vez, é divido em três partes, de modo a possibilitar a realização de análises particulares de eventual compatibilidade à realidade brasileira de cada uma das três principais características qualitativas do cárcere após o "giro punitivo". Nesse sentido, são analisadas as hipóteses referentes ao declínio do ideal de reabilitação, à deterioração da qualidade de vida na prisão e ao funcionamento do cárcere fundamentalmente destinado ao controle e à neutralização.

1. Teorias sobre giro punitivo

Inicialmente, é necessário esclarecer que as teorias criminológicas mais difundidas globalmente (isto é, aquelas formuladas basicamente nos Estados Unidos e na Europa) não são fundamentalmente homogêneas. Fatores econômicos, políticos, culturais e sociais são ponderados: falência do Estado de Bem-Estar Social, descrédito das (manifestas) funções clássicas da pena, transição para o modo de produção pós-fordista, aumento das criminalidades real e percebida, insegurança ontológica, populismo penal de baixo para cima (reivindicações populares) ou de cima para baixo (partindo das elites políticas em busca de apoio eleitoral), novas alianças governamentais, perda de valores coletivos e aumento do individualismo são alguns dos elementos mais utilizados, o que certamente já indica considerável diversidade.

Nesse sentido, podem-se destacar como principais teses[2]: a penalidade neoliberal de Loïc Wacquant (2001; 2003a), referente à transformação do Estado

2. Uma análise mais bem desenvolvida a respeito das teses elencadas no parágrafo em questão pode ser consultada em Dal Santo (2018).

Social ao Estado Penal, envolvendo a alteração da gestão da miséria; a tese de Alessandro de Giorgi (2002), construída a partir das mudanças dos modos de produção fordista para o pós-fordista, o que teria produzido a diminuição do trabalho vivo, gerando um aumento da *underclass* e, consequentemente, do campo de atuação do sistema penal; a tese de Jock Young (1998; 2002) também associada à superação do modo de produção fordista, no entanto, conferindo mais importância à emergência de uma sociedade fundamentalmente excludente em detrimento da antiga sociedade inclusiva; a tese de Malcolm Feeley e Jonathan Simon (1992), referente ao surgimento de uma nova penalogia e da justiça atuarial, fundadas a partir da perspectiva de riscos; e, ainda, a tese de David Garland (2008), em relação à chegada da modernidade tardia e à emergência da cultura do controle e do complexo do crime, ensejando uma adaptação dos atores das agências do campo de controle do crime à nova estrutura social.

De qualquer maneira, não é precisamente a *causa* do giro punitivo o que direciona o desenvolvimento do presente artigo. De modo diverso, maior importância será destinada às suas *características* ou, em outras palavras, aos elementos que constituem o que usualmente se define como punitivismo ou giro punitivo.

As teorias criminológicas acima referidas usualmente tratam de duas principais formas de mudança no sistema de justiça criminal, uma quantitativa e outra qualitativa.

Em relação ao fator quantitativo, este se vincula majoritariamente ao encarceramento em massa, cuja origem é localizada a partir da década de 1970, nos Estados Unidos, passando a ser, também, verificado em outras regiões do planeta, nas décadas seguintes.

Para além do crescimento nas taxas de encarceramento, verificou-se, igualmente, um grande aumento na utilização de penas alternativas ao cárcere, representando uma expansão da atuação do poder punitivo não limitada ao uso da prisão. De tal sorte, o incremento de concessão de *probation and parole*[3] e de prestação de serviços comunitários – de modo a "enfraquecer a malha e alargar a rede", como diria Stanley Cohen (1979: 346) – implicaria numa realidade mais bem caracterizada pelo termo "transencarceramento" (GIORGI, 2017: 40-46), em vez de encarceramento em massa.

Por outro lado, o conceito de "punitivismo" ou "giro punitivo" está igualmente atrelado à intensificação e ao endurecimento da punição, com maiores inflições de dor e de sofrimento, indicando desproporcionalidade ou excesso punitivo.

3. Aqui, a análise ou consideração sendo uma vez mais pautada e fundamentada pela realidade estadunidense.

O principal símbolo dessa mudança qualitativa no sistema penal (e, principalmente, no sistema prisional) é a suposta alteração da funcionalidade do cárcere, que deixaria de ser uma instituição majoritariamente disciplinar para se transformar em uma instituição fundamentalmente de controle e punição.

Na prática, alega-se que essa mudança no cárcere implica na redução do ideal de reabilitação e na perda do investimento produtivo nos presos[4]. Intenta-se promover uma incapacitação seletiva, efetiva e organizada para a máxima redução de custos possível: a prisão passa a funcionar como mero depósito, sendo destinada ao controle dos sujeitos definidos como mais perigosos, deixando de oferecer ao preso atividades potencialmente reabilitadoras (atividades "capacitantes") e promovendo uma deterioração nas condições de vida prisional em todos os seus aspectos, implicando alterações, que vão, desde a intensificação da superlotação, até uma redução de qualidade no padrão alimentar destinado aos reclusos, por exemplo.

É importante frisar que, também, a mudança qualitativa no sistema penal é sustentada na maioria das teorias criminológicas, independentemente de suas bases teóricas centrais. Nesse sentido, considerando elementos de ordem econômica, alega-se que o desemprego estrutural e a grande produção de excesso (pouca demanda de trabalho vivo e muita oferta de mão de obra) geraram a desnecessidade da transformação do preso em sujeito disciplinado ao trabalho de forma-fábrica, particular do período fordista (GIORGI, 2002). Não por outra razão, Bauman (1999: 199) sustentou que

> nessas condições, o confinamento não é nem escola para o emprego nem um método alternativo compulsório de aumentar as fileiras da mão-de-obra produtiva quando falham os métodos "voluntários" comuns e preferidos para levar à órbita industrial aquelas categorias particularmente rebeldes e relutantes de "homens livres". Nas atuais circunstâncias, o confinamento é antes *uma alternativa ao emprego*, uma maneira de utilizar ou neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária à produção e para a qual não há trabalho 'ao qual se reintegrar' (BAUMAN, 1999: 199 – destaque no original).

4. Em realidade, conforme sustenta Dario Melossi (2017), "ideal de reabilitação" e "investimento produtivo no preso" são coisas diversas. A imposição da disciplina por meio do cárcere não equivale necessariamente ao ensinamento de habilidades e técnicas úteis a potenciais trabalhadores. Antes, a disciplina é aplicada a partir de uma "'inclusão subordinada' ou, de modo mais simples, 'obediência'" (MELOSSI, 2017: 30). De todo modo, o debate acerca desse tema demandaria espaço próprio, dando margem à elaboração de um artigo especificamente destinado a tratar sobre tal assunto. Por tal razão, ainda que discordemos dessa interpretação, o uso da expressão "investimento produtivo no preso" será aqui mencionado, como vem sendo tratado na maior parte das teorias, isto é, como categoria semelhante ou equivalente a "ideal de reabilitação".

Não se limitando ao plano econômico, razões mais culturalistas indicam o rompimento da lógica discursiva civilizatória, na qual o "previdenciarismo penal" perderia legitimidade. Esse previdenciarismo penal representa, segundo Garland (2008: 44), as práticas do sistema penal de modelo correcionalista, cuja finalidade era a ressocialização do preso através da pena – o que Malcom Feeley e Jonathan Simon (1999) definiram como "antiga penalogia". A partir de tal ruptura, as tendências do sistema penal que funcionavam em direção à racionalização e à civilização, tais quais a reintegração, o trabalho, a reforma social e a pena proporcional, como representantes da penalidade moderna (GARLAND, 1999), são abandonadas. Como consequência, reaparecem sentimentos punitivos e punições expressivas no sistema penal, definindo a erosão do modernismo penal (PRATT, 2000a; 2000b; HALLSWORTH, 2002, GARLAND, 2008).

Por fim, teorias mais centradas em aspectos políticos sustentam a inversão do funcionamento da prisão, também como uma resposta à insegurança social em busca de legitimidade popular (WACQUANT, 2003: 120; BELL, 2011). Em tal conjuntura, a pena de prisão funcionaria não mais ao preso, mas serviria à (proteção da) sociedade, incapacitando pessoas, como um mero depósito, enquanto instituição de controle e segregação, deixando de estar primordialmente relacionada ao recrutamento ou à disciplina de mão de obra.

Evidentemente, não se pretende reduzir todo o complexo debate sobre a eventual existência de um "punitivismo" ou de um "giro punitivo" ao redor do mundo. No entanto, os breves apontamentos acima feitos servem apenas para indicar a existência de uma mínima semelhança entre as distintas teorias que abordam o tema, não se limitando apenas ao mero aumento das taxas de encarceramento, embora seja ele certamente o principal instrumento de mensuração (e sustentação) de tal conceito.

2. A expansão quantitativa do sistema penal brasileiro

De acordo com o último *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* publicado, 726.712 pessoas estavam encarceradas no Brasil em junho de 2016 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2017).

Em termos globais, esse número corresponde à terceira maior população prisional do planeta, atrás apenas de Estados Unidos e China, superando a Rússia, cuja população carcerária era superior até 2014[5]. É interessante ressaltar que tanto

5. Tais informações podem ser encontradas na plataforma digital *World Prison Brief*, organizada pelo *Institute for Criminal Policy Research* da Universidade de Londres. Disponível

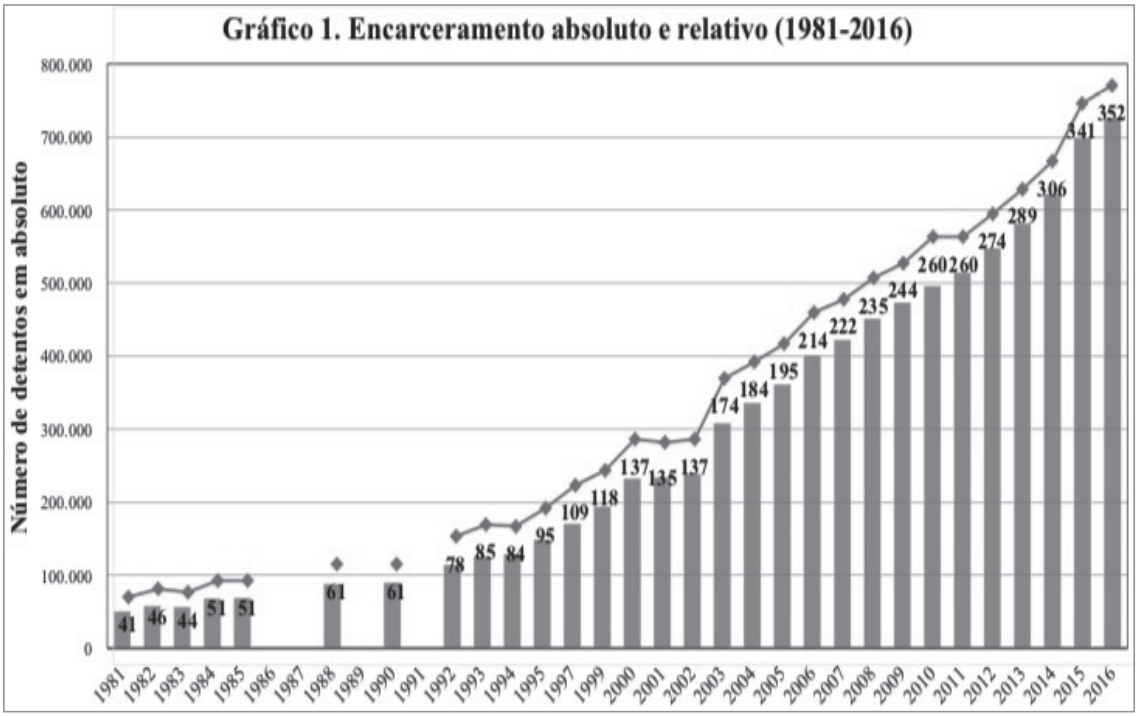
a população carcerária quanto a taxa de encarceramento dos três referidos países apresentaram redução a partir de 2008. Além disso, não apenas nos Estados Unidos, na China e na Rússia, pôde-se verificar uma inversão no direcionamento dos índices de encarceramento, também, na Europa, onde tais taxas, de modo geral, apresentam uma tendência de declínio na última década (WALMSLEY, 2016).

É necessário salientar que uma análise histórica com alta precisão acerca do contínuo processo de encarceramento brasileiro é prejudicada em razão da insuficiência de dados estatísticos oficiais. Nesse sentido, antes das informações penitenciárias levantadas e organizadas pelo DEPEN, os *Anuários Estatísticos do Brasil* elaborados pelo IBGE apresentavam informações sobre o sistema prisional nacional. Contudo, a análise de tais Anuários revela a existência de variados padrões de informações apresentadas. Com efeito, é possível verificar informações sobre (i) o número de condenados no último dia do ano, (ii) o número total de presos condenados e provisórios no último dia do ano e (iii) o número de prisões realizadas ao longo do ano. No entanto, esses três tipos de informação não estão presentes em todos os anuários – e, quando presentes, não aparecem conjuntamente –, o que, conforme sustentado acima, prejudica uma análise anual do desenvolvimento dos índices de encarceramento no Brasil.

De todo modo, costuma-se apresentar a década de 1990 como origem do encarceramento em massa brasileiro, associando-se tal conjuntura com a ascensão do neoliberalismo no Brasil (WACQUANT, 2003b; BATISTA; ABRAMOVAY, 2010; BATISTA, 2012; CARVALHO, 2013)[6]. Nessa conjuntura, conforme se observa no gráfico seguinte (Gráfico 1), o crescimento do encarceramento a partir de 1990 – tanto absoluta, quanto proporcionalmente – é extremamente considerável, sendo não apenas amplo, como, também, intenso e acelerado. De tal sorte, em números absolutos, a população carcerária brasileira apresenta uma expansão superior a 700% entre 1990 e 2016, passando de 90 mil a 726.700 presos. Já em termos relativos, a evolução da taxa de encarceramento, nesse mesmo período, é pouco inferior a 500%, aumentando de 61 para 352 presos a cada cem mil habitantes.

em: [www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All]. Acesso em: 12.03.2018.

6. Uma análise mais elaborada sobre a alteração das taxas de encarceramento e das prisões efetuadas ao longo do ano é verificada em DAL SANTO, 2018.



Fonte: IBGE, 1986; 1988; 1993; 1996; 2000; Ministério da Justiça, 2016; 2017; ADORNO, 1991.

As colunas azuis indicam a variação dos números absolutos de presos ao final de cada ano. Já a linha em vermelho representa a variação da taxa de encarceramento, com os números pretos indicando a taxa correspondente a cada ano.

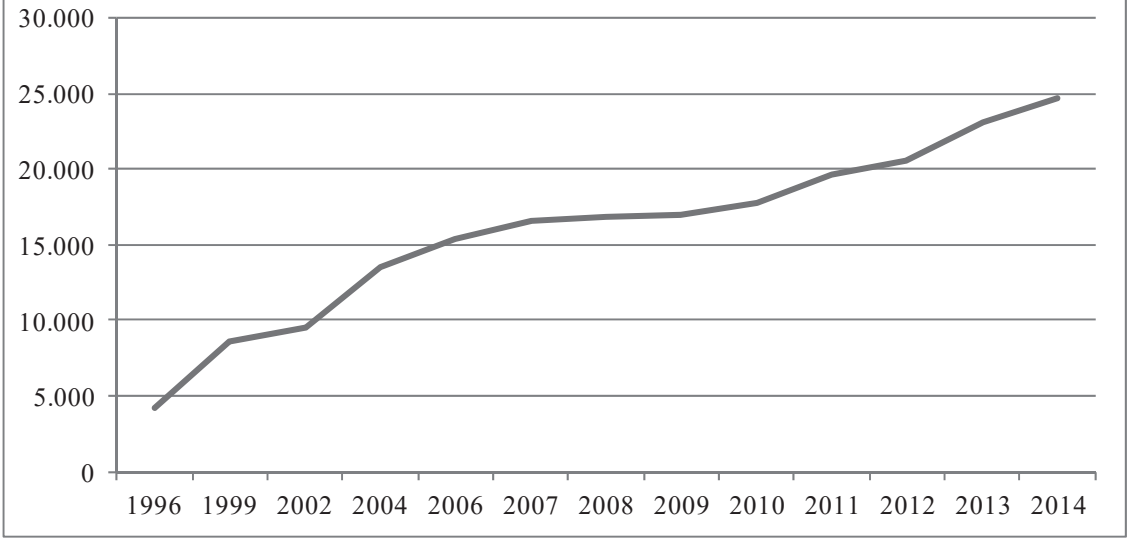
Não obstante um aumento da criminalidade – incluindo homicídio, sequestro, roubo e a consolidação do tráfico de drogas – paralelo ao processo de redemocratização tenha sido notado por diversos pesquisadores (MISSE, 1993; KANT DE LIMA; MISSE; MIRANDA, 2000; ZALUAR, 2007), não se pode negar o fato de que o crime, por si só, não produz punição automática. Conforme revelam as cifras ocultas, inexiste qualquer relação mecânica entre criminalidade e encarceramento. De tal sorte, uma sociedade mais violenta não é, necessariamente, uma sociedade mais punitiva. Nesse sentido, não obstante Honduras e África do Sul possuam taxas de homicídio doloso consideravelmente superiores ao Brasil (62,5, 34 e 25,7, respectivamente), o índice de encarceramento brasileiro é ainda superior ao dos demais países[7]. O encarceramento é uma opção política vinculada

7. Nesse sentido, enquanto o Brasil possuía taxa de encarceramento de 306 em 2014 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2017), as taxas hondurenha e sul-africana eram de 196 e 288 no mesmo período, conforme indicado na já citada plataforma *World Prison Brief*.

a questões econômicas, sociais, institucionais e culturais, e não simplesmente uma resposta espontânea ao crime. Essa opção tomada no Brasil é escancarada pelo fato de que os crimes que mais dão causa ao encarceramento são os patrimoniais e o tráfico de drogas, ao passo em que a taxa de "elucidação"[8] de homicídios no Brasil está entre 5% e 8%, conforme apontado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP, 2012).

Ademais, embora não integrem os números referentes à população prisional acima indicados, semelhante, também, é a situação relacionada ao encarceramento juvenil, cuja evolução entre 1996 e 2014 é retratada no gráfico a seguir (Gráfico 2). O crescimento da utilização da prisão como medida socioeducativa (destinada aos infratores menores de 18 anos) se deu em uma margem superior a 500% entre 1996 e 2013 (MACHADO, 2017). Ressalta-se, ainda, o fato de que a previsão para aplicação de medida socioeducativa de privação de liberdade é excepcional e restrita, conforme disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Nada obstante, o encarceramento juvenil é praticamente limitado ao cometimento dos atos infracionais de roubo e tráfico de drogas (ALVAREZ, 2013: 169-171).

Gráfico 2. Evolução do número de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa (1996-2014)



Fonte: FBSP, 2016.

Disponível em: [www.prisonstudies.org/country/honduras] e [www.prisonstudies.org/country/south-africa]. Acesso em: 05.03.2018.

8. Frisa-se que essa taxa se refere apenas ao número de inquéritos instaurados em razão de homicídio em que foram efetivamente apresentadas denúncias pelo Ministério Público, não considerando o número de absolvições em razão de não autoria ou de ausência de provas.

Por fim, conforme anteriormente sustentado, a expansão do sistema penal não é limitada à forma do encarceramento em massa. Para além da prisão, pôde-se constatar a ocorrência do *transencarceramento* também no Brasil. Desse modo, ao passo em que apenas 197 penas alternativas foram registradas em 1987, foram contabilizadas 102.403 penas e medidas alternativas aplicadas no ano de 2002. Esse processo de aplicação de penas e medidas alternativas ocorreu de forma tão acelerada que, já em 2009, esse número havia saltado para 671.078, superando, inclusive, o número de (474.000) pessoas encarceradas (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2010: 16-17).

Considerando o que fora sucintamente apresentado até aqui, não há como se negar o fato de que se verificam, também no sistema de justiça criminal brasileiro, as transformações quantitativas abordadas nas principais teorias sobre o giro punitivo. O encarceramento em massa e o transencarceramento são elementos constitutivos do sistema penal brasileiro contemporâneo.

3. Mudanças qualitativas: declínio do ideal de reabilitação e ascensão da prisão-depósito?

Conforme indicado no primeiro capítulo, é manifesto o fato de que a deterioração nas condições de cumprimento de pena de prisão, notadamente por meio do abandono ao ideal de reabilitação do preso e da intensificação do sofrimento e da punição no interior do cárcere, corresponde ao segundo elemento de sustentação das teorias sobre a ascensão de um eventual punitivismo em contexto global.

Nesse tópico, partindo da realidade brasileira, serão analisadas, especificamente, as três principais e (supostas) novas características vinculadas à prisão – agora na sua forma "depósito" – e ao cumprimento de pena a partir do encarceramento em massa, conjuntamente compondo o que se apresenta como giro punitivo: o declínio do ideal de reabilitação; a deterioração nas condições de vida prisional; e o funcionamento do cárcere enquanto mera instituição de controle e neutralização.

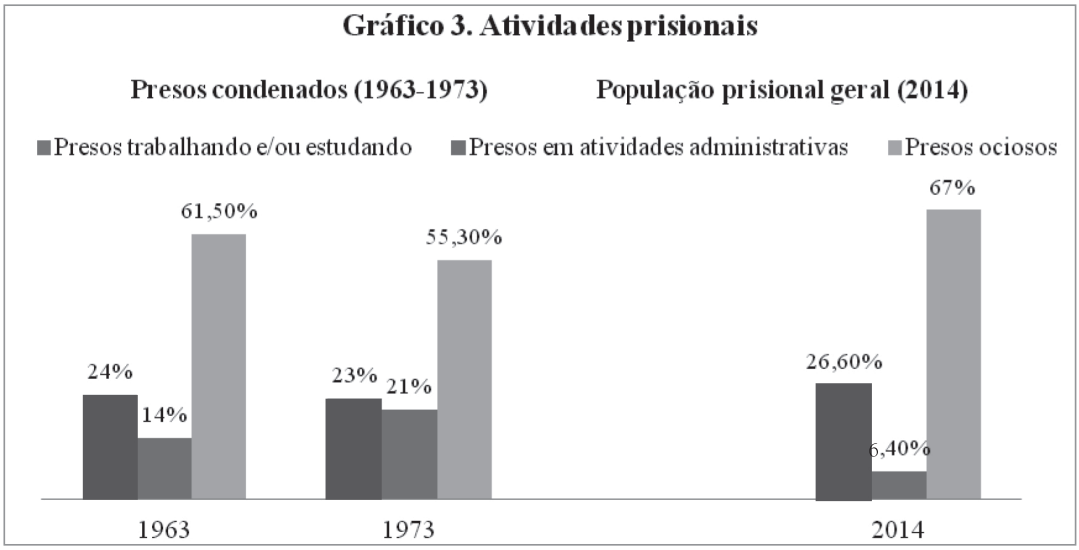
3.1. Declínio do ideal de reabilitação?

Se, por um lado, o crescimento contínuo das taxas de encarceramento é o fundamental indicador do giro punitivo como um todo, o principal elemento a representar as transformações qualitativas na própria forma de ser do cárcere é a redução no oferecimento de atividades "ressocializantes" ou "capacitantes"

aos presos. Nesse sentido, haveria uma considerável redução nas atividades de ensino e de trabalho, as quais seriam destinadas à aprendizagem de técnicas e habilidades profissionais ou, ainda, representariam uma forma de disciplina ao trabalho, visando à reinserção do detento à sociedade. Esse quadro é, frequentemente, apontado como símbolo de uma nova funcionalidade do cárcere, na qual a eventual perda do investimento produtivo (representado indevidamente pelo "ideal de reabilitação") no detento produziria um cárcere destinado apenas ao controle e segregação de determinados grupos sociais, funcionando fundamentalmente como um depósito que neutraliza e incapacita.

Diante dessa conjuntura, o primeiro passo necessário para analisar se esse remodelamento da prisão com certa deterioração nas condições de vida prisional é uma análise comparativa acerca das atividades prisionais em distintos momentos históricos, incluindo períodos anteriores e contemporâneos ao encarceramento em massa.

Conforme se verifica no gráfico seguinte (Gráfico 3), a análise histórica acerca das atividades exercidas no interior do sistema prisional brasileiro indica, acima de tudo, a manutenção de um padrão: majoritária e historicamente, os presos no Brasil não praticam qualquer tipo de atividade profissional ou de aprendizagem, sendo eles, portanto, enquadrados numa categoria de "presos ociosos". Esse quadro não retrata apenas a atualidade do sistema prisional brasileiro. Trata-se de uma condição que se perpetua na história do cárcere nacional.



Fonte: IBGE 1965; 1976; Ministério da Justiça, 2016.

Embora apresente dados mais atualizados do que os referentes a 2014, o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Ministério da Justiça,

2017) não distingue os tipos de atividades prisionais laborativas, como atividades agrícolas, de artesanato, industrial, de serviços ou apoio ao próprio estabelecimento prisional. Não por outra razão, preferiu-se utilizar as informações do penúltimo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016).

Em que pese o número de presos ociosos seja superior em 2014 (durante o encarceramento em massa) em comparação aos anos "pré-encarceramento em massa", há que se fazer uma consideração metodológica. Os números referentes aos anos de 1963 e 1973 correspondem, exclusivamente, aos presos condenados, e não à totalidade da população prisional, diferentemente dos dados relacionados ao ano de 2014. Evidentemente, não se trata de alguma escolha metodológica, mas, simplesmente, de uma limitação de informações oficiais publicadas nos Anuários Estatísticos do IBGE.

De fato, o maior percentual de presos ociosos consequentemente indica um menor número proporcional de presos em atividade. De todo modo, uma análise mais detalhada aponta que, desconsiderando a prática de atividades administrativas (o que inclui serviços de limpeza, de cozinha, de lavanderia, de escritório etc.), a proporção de presos em atividades profissionais e/ou de ensino é ligeiramente superior em 2014, quando em comparação com os demais anos em referência. A desconsideração das atividades administrativas se justifica pelo fato de não serem elas atividades pensadas, organizadas e proporcionadas fundamentalmente, visando à capacitação do sujeito preso, embora ainda possam fazê-la. Não se trata de qualquer desvalorização de tais atividades, as quais são total e igualmente dignas. Em sentido contrário, é fundamental compreender que tais ocupações servem antes à administração penitenciária, como modo alternativo de supressão (ou, mais adequadamente, de minimização) do déficit de funcionários do sistema prisional.

Dessa forma, não obstante a atual proporção de presos em atividades seja extremamente reduzida (cerca de ¼ da população prisional total, considerando apenas o que se categorizou como "atividades capacitantes", ou aproximadamente –, considerando qualquer tipo de atividade, o que inclui as atividades de apoio à administração e gestão do estabelecimento prisional), o quadro de uma população prisional majoritariamente ociosa é um histórico elemento constitutivo da população carcerária brasileira.

Por outro lado, trabalhando com a hipótese de ser o conceito de "ideal de reabilitação" algo associado a um "projeto" ao preso e, portanto, limitado a certos tipos de atividades oferecidas pelo estabelecimento prisional, intencionalmente destinados à capacitação ou qualificação do preso, não é exagerado sustentar

que, em sentido contrário ao "giro punitivo" nos países centrais do capitalismo, o encarceramento em massa, no Brasil, não foi acompanhado pelo abandono ao ideal de reabilitação. Diversamente, pode-se, inclusive, supor a ocorrência de um aumento deste elemento prisional. Se o ligeiro aumento no percentual de presos em atividades "capacitantes" de 1963 e/ou 1973 a 2014 (de 24% e 23% a 26,6%, respectivamente) sugere mais um quadro de estabilidade ao invés de crescimento, a consideração acerca dos distintos referenciais (população prisional total em 2014 e apenas presos condenados para os dois anos anteriores) permite uma projeção de um aumento minimamente considerável de oportunidades concedidas no interior dos presídios para trabalho formal e estudo dos presos[9].

A "prisão-depósito" é, portanto, no Brasil, uma realidade precedente ao encarceramento em massa, não sendo uma de suas consequências.

3.2. Deterioração do padrão de vida prisional

Conforme dito anteriormente, a deterioração das condições de vida prisional representa outra frequente característica observada e sustentada nas teorias sobre giro punitivo.

As bárbaras e desumanas condições do sistema carcerário brasileiro são internacionalmente reconhecidas, consistindo em tema central em diversos relatórios de organizações internacionais, tais quais a ONU (2016a) e a Human Rights Watch (2015), bem como dando causa a diversas denúncias na Comissão Interamericana de Direitos Humanos[10]. Essa situação também é reconhecida em

9. É importante ressaltar que tais considerações se limitam, temporalmente, até o ano de 2014. Os anos de 2015 e 2016 apresentam uma deterioração das condições prisionais em todos os sentidos, o que inclui uma aceleração no aumento da taxa de encarceramento, da população prisional em absoluto e do nível de superlotação das prisões, bem como apresenta uma redução na porcentagem de ocupação dos presos em atividades. Nesse sentido, apenas 27% dos presos praticavam qualquer tipo de atividade em 2016 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2017).

10. *Denúncia sobre as condições da penitenciária de Urso Branco/RO*. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_05_portugues.pdf]. Acesso em: 23.10.2017; *Denúncia sobre as condições do complexo penitenciário de Curado/PE*. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_02.pdf-]. Acesso em: 23.10.2017; *Denúncia sobre as condições da penitenciária de Pedrinhas/MA*. Disponível em: [https://issuu.com/justicaglobal/docs/resolucao_pedrinhas_14_de_novembro]. Acesso em: 23.10.2017. Recentemente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reuniu as denúncias de Curado e Pedrinha a outras duas denúncias de violação de direitos humanos no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (Rio de Janeiro) e na Unidade de Internação

âmbito nacional, tendo sido recentemente objeto de Comissão Parlamentar de Inquérito (BRASIL, 2009), enquanto atualmente é matéria de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental[11], entre outras ações judiciais a serem ainda julgadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Indicado como talvez o ambiente de maior violação de direitos humanos e garantias fundamentais no Brasil, o sistema prisional brasileiro é constituído por prisões superlotadas, com altas taxas de doenças infectocontagiosas, de violências, torturas, mortes e, não raro, controladas por facções criminosas.

Esse quadro de desumanidade, no entanto, não é nenhuma característica nova do sistema carcerário no Brasil. Considerada pela Corte Europeia de Direitos Humanos uma forma pura de tortura e pena desumana ou degradante (cf. ROIG, 2014: 513-517), e apontada no Relatório Final da CPI do Sistema Carcerário de 2008 como "talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário [...] [na medida em que] celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradações da pessoa humana" (BRASIL, 2009), a superlotação será utilizada como uma categoria exemplificativa deste histórico cenário de condições de vida desumanas.

Uma revisão bibliográfica sobre os cárceres brasileiros indica a superlotação como uma de suas características intrínsecas em toda sua história, com relatos indicando tal situação, por exemplo, já no século XIX (KOERNER, 2008; AGUIRRE, 2009), ou, também, a partir da década de 1950 (ADORNO, 1991: 71; COELHO, 2005: 319-320).

Uma análise mais bem detalhada acerca de uma eventual variação de níveis da superlotação ao longo da história do sistema carcerário brasileiro é prejudicada em razão da carência de informações prisionais específicas em momentos precedentes, inclusive porque o sistema prisional não correspondia a uma prioridade nem do governo, nem de pesquisadores. Praticamente, apenas a partir da década de 1970, relevantes pesquisas sobre o sistema prisional são feitas, como as de Augusto Thompson (2002) e José Ricardo Ramalho (2008), nas quais a superlotação é novamente tratada como um elemento presente nas prisões.

Embora não representem um verdadeiro e homogêneo quadro nacional sobre as prisões, as informações recolhidas por Thompson e Ramalho sobre as condições

Socioeducativa (Espírito Santo), formando um *supercaso* contra violações nos presídios brasileiros. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/24/politica/1487961377_891224.html]. Acesso em: 23.10.2017.

11. ADPF 347. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf.]. Acesso em: 23.04.2017.

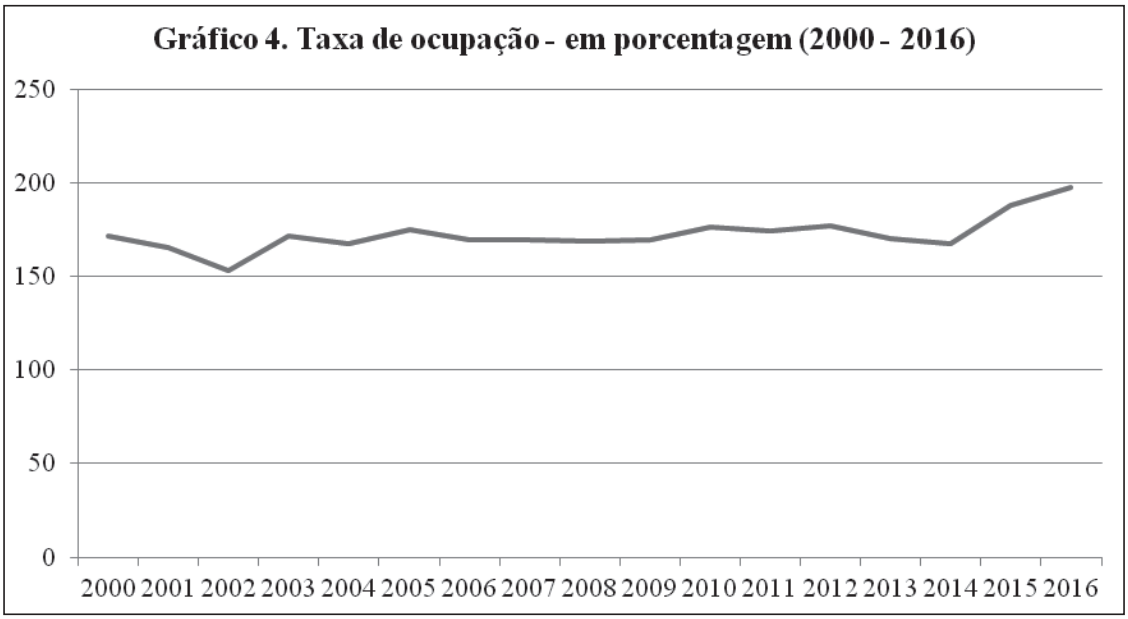
da Casa de Detenção de São Paulo dimensionam numericamente (ao menos em um caso particular) e possibilitam uma breve comparação com a situação de superlotação atual. Segundo se extrai das obras de ambos os autores, a taxa de ocupação da Casa de Detenção de São Paulo variava entre 259,3% (RAMALHO, 2008: 115) e 272,7% (THOMPSON, 2002: 106) em 1976[12]. A desativação da supracitada Casa de Detenção inviabiliza uma comparação devidamente precisa ou adequada, tomando o mesmo "caso de estudo" (ou unidade prisional) como referência. De toda forma, a taxa de ocupação dos presídios no estado de São Paulo é atualmente 183% (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2017: 26), o que consiste em um quadro de superlotação evidentemente inferior em comparação ao período antecedente. Novamente, é importante salientar que as taxas relativas ao ano de 1976 se referem, exclusivamente, a um caso particular, e não representam o quadro geral de superlotação dos presídios brasileiros ou paulistanos da época. De todo modo, pode-se sustentar que o quadro da Casa de Detenção de SP não era exceção à época, ao menos em relação ao estado de São Paulo. Isso porque a Casa de Detenção em referência era responsável por pouco mais de 3.500 presos em excesso populacional, enquanto outros 7.200 estavam na mesma condição nas cadeias públicas do interior, resultando em aproximadamente 11.000 presos em excesso populacional no Estado de São Paulo (THOMPSON, 1976: 107). Ressalta-se, também, o fato de que o "encarceramento em massa" não estava presente naquele período histórico no Brasil.

No final da década seguinte, enfim, se apresenta um quadro-geral sobre a taxa de ocupação dos presídios brasileiros. Conforme indicado por Adorno (1991: 71), em 1988, 88.041 pessoas estavam presas no sistema prisional brasileiro, cuja estrutura dispunha de 43.345 vagas. Nesse caso, o quadro nacional de superlotação dos presídios em 1988 – novamente um período anterior ao efetivo encarceramento em massa – era superior ao quadro atual. A taxa de ocupação do sistema prisional brasileiro, equivalente a 197,8% em 2016 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2017), correspondia a 203,1% em 1988.

Conforme alegado anteriormente, a pobreza de dados estatísticos oficiais sobre o sistema prisional nacional inviabiliza uma análise sobre as variações nas taxas de ocupação dos presídios em períodos mais amplos. No entanto, com uma

12. Na obra de Ramalho (2008, 115), menciona-se a existência de 5.705 presos, em 1976, na Casa de Detenção de São Paulo, a qual disponibilizava 2.200 vagas. Já na obra de Thompson (2002: 106), indica-se a existência de 6.000 detentos nas mesmas condições – isto é, no mesmo ano, no mesmo presídio e diante do mesmo número de vagas disponibilizadas.

melhoria no sistema de organização e produção de informação nos últimos anos, conforme demonstrado no gráfico seguinte (Gráfico 4), é possível identificar, ao menos a partir do século XXI, um cenário basicamente de estabilidade em relação ao nível de ocupação do sistema prisional brasileiro, próximo a 170%, com pequenas variações, exceção feita aos dois últimos anos de análise, quando a referida taxa atinge 188,2% (em 2015) e 197,4% (em 2016). De modo geral, não obstante a população carcerária tenha aumentado de 232.800 presos, em 2000, para 622.000, em 2014, a taxa de ocupação dos presídios se manteve muito próxima, variando de 171,5% a 167,3% no mesmo período.



Fonte: Gráfico criado a partir das informações disponibilizadas pelo Ministério da Justiça (2017).

Com efeito, não é exagerado concluir que as cruéis e sub-humanas condições de vida (aqui demonstradas pela situação de superlotação das prisões) e o intenso grau de sofrimento vivenciado no interior do sistema carcerário do Brasil não são produtos do encarceramento em massa. Trata-se, assim como a ausência das atividades de trabalho e de educação no interior dos cárceres nacionais, de outras características inerentes ao sistema prisional brasileiro, nele presentes desde sua origem.

É importante esclarecer que o que se tem sustentado até aqui é simplesmente o fato de que as prisões brasileiras, sobretudo, permanecem como "depósitos", desde sua origem, na (questionável) hipótese de serem o baixo índice de atividades "capacitantes", disponibilizadas no/pelo estabelecimento prisional e as degradáveis e cruéis condições de vida prisional dois dos principais indicadores

ou elementos do "modelo depósito"[13]. Argumenta-se que ambas as características centrais do sistema prisional brasileiro são mantidas, e não criadas a partir do ou paralelamente ao encarceramento em massa, ainda que possam, sim, ter sido agravadas, o que, no entanto, carece ainda de demonstrações empíricas, e não de importações de modelos teóricos "globais" pré-definidos[14].

É preciso levar em conta, todavia, o fato de que essas extremas condições assombram o sistema prisional, desde a fundação de sua primeira instalação, estando presentes, inclusive, em momentos de desenvolvimento econômico.

Nesse sentido, nos primeiros 20 anos de funcionamento da primeira instituição prisional "moderna" do Brasil (a Casa de Correção do Rio de Janeiro), aproximadamente 25% dos presos para lá enviados morreram durante o cumprimento de suas penas, majoritariamente em razão das precárias condições de saúde e da propagação de doenças infectocontagiosas (KOERNER, 2006: 214). Quanto aos sobreviventes, estes frequentemente saíam das prisões com danos físicos tão graves ao ponto de deixá-los incapacitados para o mercado de trabalho (KOERNER, 2008: 214).

Por outro lado, inclusive em época de intenso desenvolvimento industrial no Brasil, durante as décadas de 60 e 70, o percentual de presos em atividades de trabalho foi irrisório, sequer ultrapassando a margem de 25% da população prisional, conforme indicado no "Gráfico 3", sendo o principal motivo para esse baixo índice a própria precariedade das estruturas prisionais, como indicado nos Anuários Estatísticos do Brasil (IBGE, 1965; 1976).

3.3. Instituição de controle e neutralização?

Por fim, a última – mas não menos importante – característica do modelo de prisão-depósito se refere à sua finalidade e ao seu modo de funcionamento. A prisão passaria a ser uma instituição marcada mais pelo controle, pela vigilância e

13. Conforme sustentado na nota de rodapé 8, o investimento produtivo no preso não requer necessariamente um amplo oferecimento de atividades "capacitantes" pelo estabelecimento prisional. Nesse sentido, outros elementos – como a violência corporal praticada por agentes penitenciários contra os presos (FAUSTO, 1984; ADORNO, 1991; THOMPSON, 2002; COELHO, 2005; KOERNER, 2006; SALLA, 2007; RAMALHO, 2008; DIAS, 2011) – podem exercer a função de disciplinamento, subordinação e sujeição. Ver mais em DAL SANTO, 2018, p. 160-161.

14. Sobre o tema, ver mais em COHEN, 1988; SOZZO, 2001; MELOSSI; SOZZO; SPARKS, 2011; SWAANINGEN, 2011; DAL SANTO, 2018.

pela neutralização dos presos do que por seu antigo e suposto ideal de reabilitação ou, ainda, pelo investimento produtivo no preso.

Christopher Birkbeck (2011), ao comparar instituições penais da América do Sul (Venezuela) e do Norte (Estados Unidos), argumenta que a intervenção penal em tais regiões se dá de modos distintos: enquanto no Sul haveria uma espécie de internação, marcada pela liberação (*release*), no Norte haveria de fato um aprisionamento, caracterizado pelo confinamento (*confinement*). Entre as diferenças apontadas pelo autor, podem-se destacar questões de organização espacial e classificação (de presos e de prisões), de vigilância, de supervisão e exercício de tarefas, de prestação de contas e organização de informações e, por fim, de formalização ou de níveis de burocracia.

A análise de todos os supracitados aspectos em conjunto indica que o nível de controle nas instituições prisionais do Sul é estrutural e fundamentalmente inferior ao existente nas instituições do Norte. Inicialmente, destaca-se a diferença da categorização das prisões, cuja consequência é a diferente distribuição de presos e da estrutura prisional a eles disponibilizada. Nos EUA, as diferenças formais entre *jails* (prisões preventivas ou prisões por curto tempo) e *prisons* (prisões para cumprimento efetivo de pena) – esta última, ainda, distinguida entre níveis de segurança mínimo, médio e máximo[15] – resultam, efetivamente, em diferenças materiais nas estruturas prisionais e, portanto, no cumprimento de pena. No Brasil, embora de fato haja a previsão de distinção entre *cadeia pública* ou *Centro de Detenção Provisório* (prisões preventivas), *penitenciária* (destinada ao cumprimento de pena em regime fechado, existindo ainda penitenciárias de segurança máxima), *Colônia Agrícola, Industrial* ou similar (regime semiaberto) e *Casa de Albergado* (regime aberto e pena de limitação de final de semana), as

15. Assim, Birkbeck (2011: 310) reproduz o relato elaborado pela "North Carolina Department of Correction": "Close security prisons typically are comprised of single cells and divided into cell blocks, which may be in one building or multiple buildings. Cell doors are generally remotely controlled from a secure control station (...) The perimeter barrier is designed with a double fence with armed watch towers or armed roving patrols (...) Medium security prisons typically are comprised of secure dormitories that provide housing for up to fifty inmates each... Each dormitory is locked at night with a correctional officer providing direct supervision of the inmates and sleeping area (...) The prison usually has a double fence perimeter with armed watch towers or armed roving patrols (...) Minimum security prisons are comprised of non-secure dormitories which are routinely patrolled by correctional officers... The prison generally has a single perimeter fence which is inspected on a regular basis, but has no armed watch towers or roving patrol".

diferenças de tais instalações são mais bem percebidas no papel do que na prática, seja em razão da ausência de unidades destinadas a um tipo específico de pena, seja em razão da não correspondência material entre a legislação (previsão) e as estruturas prisionais de fato. Embora esse ponto inicial não represente uma impossibilidade de funcionamento do cárcere destinado ao controle e à incapacitação, é certo que essa realidade afeta diretamente o movimento de detentos dentro de estruturas prisionais, além de indicar uma menor capacidade ou menor interesse estatal na gestão dos presos, partindo de um conceito de classificação mais bem detalhada, impactando diretamente a relação de controle dos presos, notadamente em uma perspectiva de oferecimento de "riscos" diversos.

A principal diferença, no entanto, reside na própria questão da vigilância dos presos, envolvendo tanto a presença física de agentes de custódia, quanto a disponibilidade de recursos tecnológicos. Enquanto as proporções de presos por agente de custódia nos Estados Unidos da América e no Canadá são, respectivamente, de 3 e 1,1 para 1 (BIRKBECK, 2011), no Brasil, esta mesma taxa é superior a 8 para 1 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2017), o que indica um nível de fiscalização e controle substancialmente menor no Brasil.

Ademais, a diferença nos níveis de recursos tecnológicos de vigilância, fiscalização e organização acentua ainda mais a desigualdade no quesito de controle dos presos, na medida em que a menor disponibilidade de dispositivos e equipamentos tecnológicos de controle refletiria em uma maior necessidade de "material humano", isto é, de agentes de custódia.

Paralelamente, a frequente presença de presos em serviços administrativos – o que não é comum no sistema prisional dos países centrais do capitalismo – também reduz o grau de controle interno do próprio sistema, assim como do movimento dos presos e, portanto, de vigilância de modo geral. Não por outro motivo, frequentemente alega-se que as prisões brasileiras são, em alguma medida, autogeridas.

Ademais, o baixo grau de burocracia no sistema prisional brasileiro evidentemente afeta o controle administrativo das prisões. Não são raros os casos de pessoas (i) encontradas nos presídios sem sequer possuir denúncia contra si; (ii) que estão há mais de 90 dias presas provisoriamente, sem condenação; (iii) esquecidas, as quais já cumpriram integralmente sua pena, mas permanecem abandonadas nas prisões; (iii) ou, ainda, que já cumpriram parte da pena suficiente para progredir de regime, mas permanecem cumprindo pena em regime mais gravoso do que o adequado. De tal sorte, se a administração penitenciária é incapaz de controlar esse tipo de circunstância, não se sabe o que efetivamente se controla (ou consegue controlar) no interior dos cárceres.

Essas questões estruturais já demonstram o distanciamento de uma eventual finalidade de "controle" nos cárceres brasileiros. Além disso, poderia se indicar a mera presença de organizações criminosas no interior do sistema prisional como outro elemento ainda mais definitivo a impedir ou afetar a efetivação dos objetivos de controle e incapacitação. Como possível indicador, considera-se que a emergência do PCC, segundo Camila Nunes Dias e Fernando Salla (2017: 20), levou tal grupo ao controle de praticamente 90% das prisões no estado de São Paulo, cuja população prisional representa 1/3 da população prisional total do País. Nessas condições, parece inapropriado sustentar que o sistema prisional brasileiro passou, a partir do encarceramento em massa, a funcionar fundamentalmente visando ao controle da população prisional – o que não implica dizer, de todo modo, que o controle não esteja também presente, em qualquer medida, no funcionamento da prisão. Paralelamente, essa realidade também parece não apontar um quadro de incapacitação de presos ou de "criminosos". Essa hipótese, no entanto, deve ser verificada a partir de pesquisas de campo específicas, como as feitas por Camila Nunes Dias (2011), Sacha Darke e Maria Lúcia Karam (2012), Karina Biondi (2017a; 2017b) e Vitor Dieter (2017).

Considerações finais

Considerando todos os argumentos apresentados ao longo deste artigo, é devido sustentar que as principais teorias sobre giro punitivo não dão conta de explicar as particularidades do encarceramento em massa no Brasil, tendo consideráveis limites para esclarecer as transformações e as continuidades presentes no sistema prisional brasileiro.

Por um lado, a expansão do sistema penal – enquanto elemento quantitativo do "giro punitivo" –, por meio do encarceramento em massa e do transencarceramento, é facilmente observada na realidade brasileira. No entanto, a emergência do tipo de prisão-depósito – como elemento qualitativo –, notadamente marcado pela deterioração das condições de vida prisional, pelo abandono ou declínio do ideal de reabilitação e pela nova funcionalidade do cárcere primordialmente voltada ao controle e à neutralização dos presos, não pode ser definida como outro elemento basilar do giro punitivo brasileiro.

As prisões brasileiras permanecem superlotadas, insalubres, com condições extremamente desumanas e com baixo percentual de presos envolvidos em atividades capacitantes devido às suas precárias estruturas desde sua origem. Por outro lado, ao invés de promovida, a efetivação dos objetivos de "controle" e "incapacitação" por meio do cárcere possivelmente foi, inclusive, prejudicada após a chegada do encarceramento em massa.

Portanto, esse quadro-geral indica que o sistema prisional brasileiro é, aparentemente, mais bem definido por *condições desumanas para cada vez mais presos* ao invés de necessariamente *condições cada vez mais desumanas para os presos*.

Não se pretende, de modo algum, sustentar que o encarceramento em massa não produziu qualquer alteração nas relações sociais intramuros, nas políticas penitenciárias do Estado e nos efeitos do próprio processo de encarceramento em relação à criminalidade e à punição. Em sentido contrário, aponta-se, justamente, a necessidade de mais pesquisas de campo e menos "importações" de teorias globais predeterminadas para superar um provável déficit teórico e destacar os particulares efeitos do encarceramento em massa no Brasil.

Referências Bibliográficas

ADORNO, Sérgio. Sistema prisional no Brasil: problemas e desafios. *Revista USP*, p. 65-78. mar.-abr.-maio, 1991.

AGUIRRE, Carlos. Cárcel y sociedad en América Latina (1800-1940). In Garcés, Eduardo Kingman [a cura di]. *Historia social urbana*: espacios y flujos. Quito: FLACSO, 2009.

ALVAREZ, Marcos C. *Punição, discurso e poder*: textos reunidos. Tese (Livre Docência em Sociologia) – USP: São Paulo, 2013.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BATISTA, Vera M.; Abramovay, Pedro V. (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*: as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BELL, Emma. *Criminal justice and neoliberalism*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011.

BIONDI, Karina. Movement between and beyond walls: micropolitics of incitements and variations among São Paulo's prisoners movement the "PCC" and the prison system. *Prison Service Journal*, n. 229, p. 23-25. January 2017, 2017a.

BIONDI, Karina. Políticas prisioneiras e gestão penitenciária: incitações, variações e efeitos. *Etnográfica* [Online], v. 21: 3, 2017b.

BIRKBECK, Christopher. Imprisonment and internment: comparing penal institutions North and South. *Punishment & Society*, 13: 3, 2011, p. 307-332.

BRASIL. *CPI sistema carcerário*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: [http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701]. Acesso em: 23.10.2017.

CARVALHO, Salo de. Theories of punishment in the age of mass incarceration: a closer look at the empirical problem silenced by justificationism (the Brazilian Case). *Open Journal of Social Sciences*, 1: 4, 2013, p. 1-12.

COELHO, Edmundo Campos. *A oficina do diabo e outros estudos sobre criminalidade*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

COHEN, Stanley. *Against criminology*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1988.

COHEN, Stanley. The Punitive City: notes on the dispersal of social control. *Contemporary Crises*, v. 3, p. 339-363, 1979.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil* – Relatório Nacional da Meta 2. Brasília, 2012.

DAL SANTO, Luiz Phelipe. *Prospettiva postcoloniale sulla economia politica della pena*: la svolta punitiva in Brasile. Dissertação (Mestrado em Criminologia Crítica e Segurança Social) – Università degli Studi di Padova: Pádua; Università di Bologna: Bolonha, 2018.

DARKE, Sacha; KARAM, Maria Lucia. Administrando o cotidiano da prisão no Brasil. *Discursos Sediciosos,* n. 19-20: crime, direito e sociedade, p. 405-423, 2012.

DIAS, Camila Nunes. *Da pulverização ao monopólio da violência*: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista. Tese (Doutorado em Sociologia) – USP: São Paulo, 2011.

DIAS, Camila Nunes; Salla, Fernando. Formal and informal controls and punishment: the production of order in the prisons of São Paulo. *Prison Service Journal*, n. 229, p. 19-22. January 2017.

DIETER, Vitor. Prison gangs governance? The effects of Brazilian mass incarceration in the criminal milieu. *European Group for the Study of Deviance and Social Control 45th Annual Conference*: Uncovering Harms: States, corporations and organizations as criminals. Mytilene, Greece. September, 2017.

FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano*: a criminalidade em São Paulo (1880-1924). São Paulo: Brasiliense, 1984.

FEELEY, Malcolm; Simon, Jonathan. The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, 30: 4, p. 449-474. november, 1992.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2016*, n. 10. São Paulo, 2016. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf].

GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIORGI, Alessandro de. *Il governo dell'eccedenza*: postfordismo e controllo della moltitudine. Verona: Ombre Corte, 2002.

GIORGI, Alessandro de. *Cinco teses sobre o encarceramento em massa* [risorse eletronica]. Trad. Leandro Ayres França. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

HALLSWORTH, Simon. The case for a postmodern penality. *Theoretical Criminology*, 6: 2, p. 145-163, 2002.

HUMAN RIGHTS WATCH. *O Estado deixou o mal tomar conta*: a crise do sistema prisional do estado de Pernambuco. New York: Human Rights Watch, 2015. Disponível em: [www.hrw.org/pt/report/2015/10/19/282335].

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Anuário estatístico do Brasil – 1965*, v. 26. Rio de Janeiro: IBGE, 1965. Disponível em: [http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1965.pdf]. Acesso em: 14.02.2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Anuário estatístico do Brasil – 1975*, v. 36. Rio de Janeiro: IBGE, 1976. Disponível em: [http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1975.pdf]. Acesso em: 15.02.2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Anuário estatístico do Brasil – 1987/1988*, v. 48. Rio de Janeiro: IBGE, 1988. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1987_1988.pdf]. Acesso em: 17.02.2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Anuário estatístico do Brasil – 1993*, v. 53. Rio de Janeiro: IBGE, 1993. Disponível em: [http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1993.pdf]. Acesso em: 19.02.2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Anuário estatístico do Brasil – 1995*, v. 55. Rio de Janeiro: IBGE, 1996. Disponível em: [http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1995.pdf]. Acesso em: 19.02.2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Anuário estatístico do Brasil – 1999*, v. 59. Rio de Janeiro: IBGE, 2000. Disponível em: [http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1999.pdf]. Acesso em: 19.02.2017.

KANT DE LIMA, Roberto; MISSE, Michel; MIRANDA, Ana Paula. Violência, criminalidade, segurança pública e justiça criminal no Brasil: uma bibliografia. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, n. 50, p. 45-124. 2º semestre de 2000.

KOERNER, Andrei. Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX. *Lua Nova*. São Paulo, n. 68, p. 205-242, 2006.

MACHADO, Érica. Encarceramento em massa: do conceito à prática – um enfrentamento criminológico da política criminal a partir da realidade marginal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, 25: 129, p. 17-38, 2017.

MELOSSI, Dario. Between struggles and discipline: Marx and Foucault on penality and the critique of political economy. In: MELOSSI, Dario; SOZZO, Máximo; BRANDARIZ GARCÍA, José Angel (Org.). *The political economy of punishment today*: visions, debate and challenges. London: Routledge, 2017.

MELOSSI, Dario; SOZZO. Máximo; SPARKS, Richard. Introduction: criminal questions: cultural embeddedness and global mobilities. In: MELOSSI, Dario; SOZZO. Máximo; SPARKS, Richard (Org.). *Travels of the criminal question*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Dez anos da política nacional de penas e medidas alternativas*. Brasília: CONAPA, 2010.

Ministério da Justiça. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Infopen – dezembro, 2014. Brasília: DEPEN, 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Infopen – junho, 2016. Brasília: DEPEN, 2017.

MISSE, Michel. Crime e pobreza: novos enfoques, velhos problemas. Apresentação no seminário *Brasil em Perspectiva: os 90 anos*, promovido pelo Laboratório de Pesquisa Social do Departamento de Ciências Sociais do IFCS-UFRJ, em 26.08.1993. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9270-9269-1-PB.pdf].

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil*, jan. 2016. Disponível em: [https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/014/13/PDF/G1601413.pdf?OpenElement].

PRATT, John. Civilization and punishment. *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 33: 2, p. 183-201, 2000a.

PRATT, John. The return of the wheelbarrow men; or, the arrival of postmodern penality?. *The British Journal of Criminology*, 40: 1, p. 127-145, 2000b.

PRATT, John; BROWN, David; BROWN, Mark; HALLSWORTH, Simon; MORRISON, Wayne (Org.). *The new punitiveness*: trends, theories, perspectives. Cullompton, UK: Willan Publishing, 2005.

RAMALHO, José Ricardo. *Mundo do crime*: a ordem pelo avesso [recurso digital]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008.

ROIG, Rodrigo. *Execução penal*: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014.

SALLA, Fernando. De Montoro a Lembo: as políticas penitenciárias de São Paulo. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 1, p. 72-90, 2007.

SOZZO, Máximo. Traduttore traditore: traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en América Latina. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 13, p. 353-431, 2001.

SWAANINGEN, René Van (2011). Critical cosmopolitanism and global criminology. In: NELKEN, David (Org.). *Comparative criminal justice and globalization*. Farnham, UK: Ashgate, 2011.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TONRY, Michael. Determinants of penal policies. In: Tonry, Michael (Org.). *Crime, punishment and politics in a comparative perspective. Crime and justice*: a review of research, v. 36. Chicago: University of Chicago Press, 2007.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Trad. Eliana Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003a.

WACQUANT, Loïc. Toward a dictatorship over the poor? Notes on the penalization of poverty in Brasil. *Punishment & Society*, 5: 2, p. 197-205, 2003b.

WALMSLEY, Roy. *World prison population list*: eleventh edition. London: ICPR, 2016. Disponível em: [www.icpr.org.uk/media/41356/world_prison_population_list_11th_edition.pdf]. Acesso em: 14.09.2017.

YOUNG, Jock. Dalla società integrata alla società parcellizzata: nubi sul sogno europeo. *Dei Delitti e Delle Pene: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale*. Bologna, n. 2, p. 27-73, 1998.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*: exclusão social, criminalidade e diferença na sociedade recente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZALUAR, Alba. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública. *Estudos Avançados*, 21: 61, p. 31-49, 2007.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A Crise da atividade jurisdicional e o hiperencarceramento como resposta estatal, de Diogo Lentz Meller e Alexandre de Almeida Turela – *RBCCrim* 134/387-409 (DTR\2017\2540);
- A custosa questão carcerária brasileira e as inverdades convenientes, de Francisco Glauber Pessoa Alves – *RT* 987/241-266 (DTR\2017\7133);
- A política penitenciária (brasileira) percebida pelo viés da alimentação da pessoa encarcerada, de Dani Rudnicki – *RBCCrim* 102/339-360 (DTR\2013\3303);
- Caminhos, ferramentas e discursos em busca da administração da justiça penitenciária, de Andréa Ana do Nascimento e James William Santos – *RBCCrim* 138/151-186 (DTR\2017\6742);
- O Sistema Prisional: um debate necessário, de Alessandra Teixeira, Fernanda Emy Matsuda, Fernando Salla e Marcos César Alvarez – *RBCCrim* 67/233-252 (DTR\2007\382); e
- Penitenciarismo brasileiro, sombra sinistra da sociedade desajustada em que vivemos, de João José Leal – *RT* 706/432-438 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/607-617 (DTR\1994\358).

Busca pessoal v. *Stop and Frisk*: um breve exame sobre a abordagem policial de rua no Brasil e nos EUA

Body search v. Stop and Frisk: brief comments on street police's approach in Brazil and in the U.S.

Marllon Sousa

Doutorando em Direito na American University/Washington College of Law (Washington, D.C., EUA). Mestre em Direito pela UFMG) (2014). Especialista em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pelo Centro Universitário Claretiano (2008). Bacharel em Direito pela UFOP (2003). Autor do livro *Crime organizado e infiltração policial* (Atlas, 2015). Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, titular da 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Amazonas.
sousamarllon@gmail.com

Recebido em: 09.03.2018
Aprovado em: 24.07.2018
Última versão do autor: 30.07.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo teve como objetivo uma breve análise da busca pessoal realizada pela polícia nas ruas no Brasil, buscando-se valorar a definição, o enquadramento legal e posicionamento jurisprudencial sobre o tema. Numa perspectiva comparada, o texto procedeu a um estudo do regramento da abordagem policial de rua com o instituto conhecido como *Stop and Frisk*, utilizado pelas forças de segurança pública nos EUA. Foram explorados os limites da chamada *Stop and Frisk policy*, segundo os parâmetros traçados pela Suprema Corte dos EUA, bem como foram examinados alguns estudos americanos datados décadas de 1970, 1980 e outros publicados mais recentemente sobre o tema. O texto também traz informações sobre a crítica existente quanto ao trabalho policial nas ruas da cidade de Nova York, EUA. Ao final, apresentou-se a conclusão sobre este breve estudo

Abstract: The article analyzes how it works and how the police may proceed to a body search in streets according to the Brazilian legal system. It also makes a comparative approach of the Brazilian legal system with the American the Stop and Frisk policy. The article evaluates the grounds of police officers' actions in Brazilian statutes, presenting the boundaries of the expression grounded suspicion, which is the point of interest to define if the police officer action was unlawful. Additionally, the text approaches scholars' criticism on the boundaries of the American Stop and Frisk policy. Furthermore, it presents the limits of such practice that were established by U.S. Supreme Court and analyzes some characteristics of Stop and Frisk in New York City streets. At the end, the article presents a conclusion claiming that although both legal systems have a complete different basis to stop people on the

comparativo afirmando-se que, embora a base legal da abordagem policial no Brasil e nos EUA seja completamente diversa, há certa identidade de alvos preferidos da ação policial nas ruas de ambos os países, cujo público majoritário é composto por negros e pobres.

Palavras-chave: Busca pessoal – *Stop and Frisk* – Limites.

streets, there is a common preferred target in street police actions in the two countries.

Keywords: Body seizure – Stop and Frisk – Limits.

Sumário: 1. Introdução. 2. A busca pessoal no Brasil. 3. *Stop and Frisk*: a abordagem policial nos EUA. 4. Considerações finais. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

Nos últimos anos, nota-se que a política do *Stop and Frisk* tem ganhado maior frequência nos noticiários norte-americanos. Esse fato tem ocorrido mais em virtude dos resultados catastróficos advindos de sua utilização do que propriamente em razão da relutância contra o instituto em si, segundo se percebe pela abordagem do tema feita pela imprensa dos EUA[1]. Por outro lado, no Brasil, a chamada busca pessoal, método de abordagem assimilado ao *Stop and Frisk*, como se verá adiante, também recebe críticas diárias quanto à atuação policial na maneira de executá-la. Em ambos os países, a abordagem do cidadão por um policial, sem mandado, chegou a ser examinada pelas cortes Constitucionais (Supremo Tribunal Federal e U.S. *Supreme Court*), cujas decisões, ao lado da respectiva legislação, devem ser consideradas como marcos reguladores da abordagem de rua em cidadãos feita por policiais. Não obstante ao posicionamento das cortes máximas de justiça do Brasil e dos EUA, diariamente ambos os países ainda enfrentam problemas relacionados ao abuso de autoridade durante abordagem de transeuntes e busca pessoal nas ruas, o que é inadmissível no âmbito de estados democráticos de direito, cujo respeito aos direitos fundamentais deve sempre servir como norte nas ações do Estado.

O presente texto pauta-se pelo objetivo de realizar uma breve comparação entre a abordagem policial de rua no Brasil e nos EUA. Num momento inicial, será tratado o conceito de fundada suspeita como dado fundante da abordagem policial, tendo como um de seus parâmetros a doutrina policial militar ensinada nas

1. *Vide* [www.nyclu.org/en/issues/racial-justice/stop-and-frisk-practices].

academias de polícia de alguns estados brasileiros, tais como Rio Grande do Sul, São Paulo, Mato Grosso do Sul e Paraíba. Em seguida, argumentar-se-á sobre a lacuna da doutrina processualista brasileira quanto à definição do que venha a ser abordagem policial mediante fundada suspeita. Será ainda apresentado um estudo de caso, como forma de se tentar explicar como funciona, na prática policial, a identificação do que se entende por fundada suspeita. Por fim, serão apresentados alguns julgados de tribunais superiores envolvendo a abordagem policial de rua no Brasil. Na seção seguinte do artigo, serão explorados os contornos do instituto conhecido nos EUA como *Stop and Frisk*, apresentando-se o conceito da referida prática, bem como os principais pontos de interesse quanto ao regramento da ação policial de rua, segundo os limites estabelecidos pela Suprema Corte dos EUA. Com isso, busca-se identificar quais seriam os pontos comuns e divergentes da atuação policial em ambos os países, ao menos teoricamente, bem como será vista a possibilidade de proposição de alguma solução de ordem prática para esta questão que afeta ambos os ordenamentos jurídicos.

2. A busca pessoal no Brasil

O Brasil, diferentemente do modelo norte-americano, adota como a linha romano-germânica ou "Civil Law", tendo edificado seu ordenamento jurídico seguindo uma estrutura piramidal de normas, segundo a qual a Constituição está no ápice. Todas as normas infraconstitucionais devem guardar uma relação de compatibilidade com o Texto Maior, sob pena de serem invalidadas pelo órgão de controle. No caso do Brasil, o STF é o tribunal responsável por tal exame de adequação de compatibilidade das normas infraconstitucionais, seja via controle concentrado, seja abstrato de constitucionalidade, nos termos do art. 102 da CF/88.

Ainda, nos termos do art. 22, I, da Constituição de 1988, somente a União pode legislar sobre matérias relacionadas ao Direito Penal e Direito Processual Penal. Dessa forma, mais uma vez diversamente dos EUA, onde os estados federados possuem autonomia para definir o padrão a ser seguido durante a investigação criminal e a instrução processual, no Brasil há um padrão único de instrução penal em todo o território nacional[2]. Acerca do regramento da investigação e instrução processual penal, o Código de Processo Penal (CPP) é o diploma

2. O presente artigo não tem a pretensão de fazer juízo de valor acerca de qual o melhor sistema processual, mas somente de informar ao leitor acerca de uma diferença geral e básica entre os dois sistemas, indicando-se aos interessados o aprofundamento do

jurídico, no Brasil, que estabelece as normas básicas a serem observadas no desenrolar de tais procedimentos. Contudo, como o CPP é um diploma publicado em 1941, portanto, 47 anos antes da Constituição de 1988, todos seus dispositivos devem passar pela chamada recepção de normas[3] antes de sua aplicação.

Passando ao tratamento da investigação e obtenção de provas, o CPP tem capítulo específico para tratar das buscas domiciliares e pessoais.[4] Confrontando o texto do CPP com a Constituição de 1988, tem-se que a busca domiciliar somente poderá ser feita mediante prévia ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial. De outro lado, em relação à busca pessoal, o art. 244 do CPP dispensa a necessidade de obtenção de mandado judicial prévio por parte do policial, justamente em razão da imediata necessidade de atuação entre a verificação de um comportamento suspeito e a ação policial.

Pelo exame do art. 244 do CPP constata-se ser possível que o policial aborde qualquer pessoa, em qualquer lugar, desde que se configure uma situação na qual se presuma alguma atitude suspeita que justifique o uso da medida. Basicamente, o que o CPP permite é a utilização da busca pessoal quando o policial suspeitar que o indivíduo tenha relação com algum crime (ocorrido, em andamento ou planejado), seja do ponto de vista da autoria, seja da participação. Contudo, ao estudar mais detidamente o art. 244 do CPP, constata-se não haver uma permissão do uso da busca pessoal de maneira indiscriminada. Há uma expressão no texto da lei que limita a atuação do agente policial, qual seja, o policial somente deve atuar se houver "fundada suspeita" no comportamento da pessoa a ser revistada.

Na busca de se aferir o real sentido do termo fundada suspeita, este estudo buscou auxílio na doutrina ministrada nas academias de Polícia Militar[5] de alguns estados brasileiros, bem como na doutrina. A justificativa pelo recurso às

tema. Maiores informações poderão ser retiradas dos livros arrolados nas referências bibliográficas ao final desde trabalho.

3. A recepção seria uma modalidade de filtragem constitucional, como decorrência lógica do respeito à hierarquia das normas, segundo a qual a Constituição está no ápice do ordenamento jurídico, devendo haver uma readequação interpretativa de todas as leis, conforme os fundamentos constitucionais.
4. *Vide* art.240 e seguintes do Código de Processo Penal.
5. Explique-se que o policiamento ostensivo no Brasil, diversamente do que ocorre nos EUA, fica a cargo das polícias militares CF/1988, art. 144, §§ 5º e 6º), que têm amplitude de atuação nos limites territoriais dos respectivos estados da federação. Nos EUA, tanto as polícias municipais quanto as estaduais podem ser militarizadas.

academias de polícia é para se tentar identificar se, durante a preparação do futuro policial, há unicidade de treinamento acerca de como proceder para identificar o que se entenda por fundada suspeita. Maria Gorete Marques de Jesus assevera que a identificação de motivos que os policiais usam não tem por base apenas a legislação, mas também um saber específico adquirido pela formação, cultura e o trabalho diário.[6] Portanto, nada melhor que buscar o auxílio de como o policial é formado para se tentar compreender como é feito o enquadramento da categoria processual da "fundada suspeita" nas academias de polícia militar.

Dito isso, quanto à escolha dos estados analisados, optou-se por se utilizar dois critérios de seleção. O primeiro, relaciona-se à representatividade da força policial. Assim, analisou-se a doutrina da Polícia Militar do Estado de São Paulo, por tal estado ter o maior efetivo de polícia militar do País. Como parâmetro subsidiário, buscou-se retratar práticas ensinadas nos manuais de academias de polícia militar de diferentes regiões do país, tais como os modelos adotados em estados da região Nordeste, Centro-Oeste, etc.

Passando ao exame do que é ensinado nas academias militares dos estados, segundo a Doutrina e Prática de Policiamento Ostensivo da Polícia Militar da Paraíba, a abordagem policial seria a técnica em que o Policial Militar se aproxima de uma pessoa ou pessoas, a pé, montadas ou motorizadas que emanem indícios de suspeição; que tenham praticado ou estejam na iminência de praticar ilícitos penais; ou com o objetivo de investigar, orientar, advertir, prender, assistir etc.[7] A abordagem policial deve ser regida pelos seguintes princípios: segurança, surpresa, rapidez, ação vigorosa e unidade de comando.[8] O manual ainda traz orientações quanto à execução da medida, mas silencia-se quanto ao procedimento prévio de avalição quanto à sua necessidade.

Por sua vez, o Manual Básico de Policiamento Ostensivo da Polícia Militar do Estado de São Paulo traz alarmantes "ensinamentos" sobre a busca pessoal, ao doutrinar que a atuação do PM, em situação de revista, divide-se em busca preliminar e busca minuciosa. Segundo o Manual, a busca preliminar é a realizada em situações de rotina quando não há fundadas suspeitas sobre a pessoa a ser verificada, mas em razão do local e da hora de atuação. Como exemplo, o manual cita local público de má frequência, local de alta incidência criminal, entrada de pessoal em campo de futebol e bailes populares. Noutro giro, busca minuciosa é

6. JESUS, 2016, p. 78.
7. MONTEIRO et al., 2012, p. 7.
8. Ibidem, p. 7-8.

aquela realizada em pessoas altamente suspeitas ou em delinquentes.[9] Pela simples análise da definição da busca preliminar, anteriormente citada, depreende-se sua completa incompatibilidade com a CF/88 e com o CPP, uma vez que incentiva ao policial em formação a proceder a uma revista pessoal em qualquer pessoa, tão somente em razão do local em que se encontra, e não de alguma atitude suspeita que desperte razoável desconfiança quanto à prática criminosa. Já em relação à chamada busca minuciosa, o manual não definiu o que seria uma pessoa "altamente suspeita", deixando tal juízo a ser definido pelos sentidos e pela experiência do policial de rua no momento da abordagem.

Noutro giro, o *Manual de procedimentos operacionais padrão. Módulo II – abordagens policiais*, da Polícia Militar do Mato Grosso do Sul, traz importante considerações para se chegar a um parâmetro de como o policial de rua deve agir ao abordar e revistar uma pessoa em atitude suspeita. Segundo o manual, a ação policial deve ser respeitosa, segura e eficaz, abordando-se todas pessoas em atitude suspeita, sob os parâmetros da Segurança Pública, tendo em vista os direitos e a integridade física do revistado. Seguindo tais parâmetros, o manual aduz que são resultados esperados da abordagem e revista policial nas ruas: a) caso seja constatado flagrante delito, em relação à pessoa abordada, seja algemada e presa; b) que todo objeto ilegal portado pelo(s) revistado(s) seja detectado e apreendido; c) que o(s) revistado(s) seja(m) identificado(s) e seus antecedentes criminais pesquisados, bem como seus documentos conferidos quanto à veracidade e autenticidade; d) que pessoas fugitivas da justiça e/ou condenadas sejam presas; e) que a população reconheça o grau de respeito e profissionalismo manifestos na ação policial.[10] Pelo exame da doutrina da PMMS, percebe-se que, embora não se defina o que seja fundada suspeita, o manual de operacional traz importante parâmetros de atuação dentro dos parâmetros constitucionais, pautados pelo respeito aos direitos individuais do cidadão abordado nas ruas.

No mesmo sentido, a Diretriz Geral de Planejamento e Emprego da PMPR relata que a Polícia Militar do Paraná buscará oferecer um ambiente de tranquilidade pública com base na atuação segura e bem planejada, não só suprindo ameaças, mas também dando à comunidade a certeza de que é uma instituição forte, operosa, respeitadora e garantidora dos direitos do cidadão.[11]

9. LISBOA, 1997, p. 123.
10. *Manual de procedimentos operacionais padrão*. Módulo II – Abordagens policiais, 2013. p. 17-20.
11. LOUVEIRA et al., 2000, p. 12.

Já o manual da Polícia Militar da Bahia também não traz qualquer definição quanto ao que se deva entender por fundada suspeita. O referido guia apenas determina que a atuação ostensiva do policial deva ser o resultado de um julgamento criterioso das necessidades, escalonadas em prioridade de andamento, visando o clima de segurança da comunidade, fazendo face ao fenômeno da evolução de criminalidade com a maior presteza. O manual ainda orienta que o policial aja com impessoalidade e imparcialidade no policiamento ostensivo, com tratamento urbano, serenidade e brevidade de atuação.[12] Pela amostragem examinada, verifica-se que nem a própria polícia militar define claramente quais seriam os indicativos da fundada suspeita que autorizaria uma busca pessoal nas ruas, ficando a cargo do policial exercer o juízo discricionário quanto à necessidade da medida, segundo os parâmetros da proporcionalidade e respeito aos direitos fundamentais do abordado.

Passando ao enfoque doutrinário do tema em estudo, em interessante trabalho de conclusão de curso, Júlio César Rodrigue de Araújo afirma que a abordagem policial envolve invasão da intimidade e da privacidade das pessoas, podendo, dependendo da pessoa e da situação, produzirem ações constrangedoras e muitas vezes reações emocionais e agressivas. Conclui o autor que o policial deve estar preparado para essas situações e equipado conceitualmente com critérios de ações que incorporem o respeito à dignidade humana das pessoas que estarão submetidas ao seu poder.[13]

Assis, por sua vez, afirma que a busca pessoal pode ser realizada por qualquer PM, com ou sem o respectivo mandado. Para o autor, porém, isso não significa que seja lícito ao PM revistar indiscriminadamente todo cidadão, o que caracteriza uma atitude despropositada, além de ilegal, considerando que cada cidadão tem o direito de ir e vir sem ser molestado. O referido autor finaliza seu pensamento afirmando que a fundada suspeita não pode encontrar morada apenas na presunção, mas exige algo além, como um comportamento suspeito (acelerar o veículo ao avistar o policial militar em serviço, desviar o olhar, executar manobra de modo a não passar por bloqueio etc.).[14]

Pacelli genericamente afirma que a busca pessoal somente terá lugar quando existam e se justifiquem razões cautelares e, portanto, urgentes.[15] Para Nucci, *suspeita* seria uma desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por

12. DOS SANTOS, p. 10-14.
13. DE ARAUJO, 2008, p. 16-17.
14. ASSIS, et al., 2006, p. 50-51.
15. OLIVEIRA, 2016, p. 444.

natureza, razão pela qual a norma exige que seja *fundada a suspeita*, o que é mais concreto e seguro. Continua o autor explicando que quando um policial desconfiar de alguém, não poderá valer-se, unicamente, de sua experiência ou pressentimento, necessitando, ainda, de algo mais palpável, como a denúncia feita por terceiro de que a pessoa porta o instrumento usado para o cometimento do delito, bem como pode ele mesmo visualizar uma saliência sob a blusa do sujeito, dando nítida impressão de se tratar de um revólver.[16] Por sua vez, Norberto Avena entende que a motivação, na busca pessoal, encontra-se no subjetivismo da autoridade que a determinar ou executar.[17]

Gisela Aguiar Wanderley critica a busca pessoal com base na fundada suspeita, argumentado que tais práticas são amparadas na adjetivação potestativa de pessoas, atitudes ou situações que advêm de um juízo genérico de desconfiança formulado no aqui-e-agora do patrulhamento (suspeição extrajurídica), sem o embasamento em um crivo de discricionariedade na aplicação seletiva da lei.[18] Em outro artigo, a citada autora afirma que a exigência da "fundada suspeita" já constitui um empecilho ao arbítrio é lição restrita ao plano normativo, pois ignora o manejo cotidiano desse conceito pelas polícias de modo abertamente potestativo.[19]

Aury Lopes Jr. defende que o termo fundada suspeita constitui "uma cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado, que remete à ampla e plena subjetividade (e arbitrariedade) do policial".[20] Embora seja claro que o termo em exame seja dotado de imprecisão de sua significação, tal imprecisão legislativa não necessariamente conduza a um amplo exercício de arbitrariedade por parte do policial executante da medida, em razão do fato de qualquer policial no Brasil está adstrito a agir segundo os parâmetros impostos pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. A conduta do policial não jamais poderá ser arbitrária, sob pena de serem invalidados os atos praticados, bem como apurada as devidas responsabilidades pelos desvios porventura cometidos. Em casos de normas com previsões abertas, tais como a do art. 240, § 2º, do CPP, tem-se que o legislador conferiu certa margem de discricionariedade ao agente policial por ocasião de lançar mão da medida de busca pessoal. Todavia, em que pese a clareza dos mandamentos constitucionais e legais, são comuns as denúncias de excesso na ação policial de rua.

16. NUCCI, 2016, p. 476.
17. AVENA, 2015.
18. WANDERLEY, 2017, p. 272-273.
19. WANDERLEY, 2017, p. 1126.
20. LOPES JR., 2012, p. 719.

Sobre o tema, Antônio Alberto Machado destaca que realização das buscas sistemáticas pelas polícias decorre na verdade de uma equivocada interpretação da legislação processual e da CF, interpretação essa que vem propiciando um uso distorcido e temerário das buscas pessoais. Como vimos, a revista pessoal é espécie de uma medida cautelar, prevista no art. 240 e seguintes do CPP, na parte em que o estatuto processual trata das buscas e apreensões. E, enquanto autêntica medida cautelar pena, as buscas pessoais são medidas afetas à polícia judiciária. Logo, a prática da revista pessoal pela Polícia Militar, sem nenhuma base legal, constitui tanto uma irregularidade na realização da medida, quanto um flagrante desvio da função constitucional da polícia de caserna.[21]

Não obstante a concordância deste estudo com as palavras do autor citado quanto à presença corriqueira do uso distorcido das medidas,[22] verifica-se que a busca pessoal realizada pela Polícia Militar, desde que haja fundada suspeita, não constitui desvio de função, como argumenta Machado. A proteção ostensiva do patrimônio e da incolumidade das pessoas é o objetivo maior da Polícia Militar, ficando a cargo das polícias judiciárias (Polícias Civis dos estados e Polícia Federal) a incumbência da investigação de ações penais. Dessa forma, prega-se uma interpretação teleológica do art. 244, do CPP, à luz do art. 144, da CR/1988, no sentido de que as abordagens e buscas pessoais realizadas nas ruas, a cargo da Polícia Militar, baseadas em fundada suspeita da ocorrência de algum crime, não fogem do âmbito de suas atribuições. Ou seja, preenchem o escopo constitucional de proteção do patrimônio e incolumidade física e moral das pessoas, devendo ser consideradas plenamente válidas.

21. MACHADO, 2015, p.724-725.

22. É comum ver nos noticiários brasileiros reclamação contra as abordagens policiais feitas em rua, seja pelo aspecto da violência policial em tais abordagens, seja pelos alvos preferidos. Contudo, a ausência de maiores dados oficiais sobre as características das pessoas abordadas dificulta o tratamento do tema no Brasil, não se podendo embasar qualquer argumento sem a correspondente fundamentação cientifica, sob pena de cair na vala comum do argumento de autoridade, muito utilizado em textos jurídicos no Brasil. Embora haja bons estudos sobre a abordagem policial, como o de Gilvan Gomes da Silva (*A lógica da polícia militar do distrito Federal na Construção do suspeito*. Dissertação Mestrado em Sociologia UNB) nos quais se identificam uma série de dados acerca do comportamento do policial militar nas ruas, bem como o número de ocorrências policiais, o Brasil ainda se mostra deficitário no que tange à existência de controle efetivo e oficial das características das pessoas abordadas por policiais no exercício de policiamento ostensivo, o que prejudica uma análise mais detalhada acerca dos alvos da busca pessoal. Portanto, estudos como o mencionado servem como parâmetro inicial do comportamento desenvolvido por policiais nas ruas brasileiras.

Pelo exame do que é ensinado nas academias de polícia militar do Brasil e considerando o pensamento doutrinário sobre o tema, identifica-se que a expressão "fundada suspeita" constitui, na realidade, elemento normativo que requer a busca de seu significado em uma justificativa plausível e adequada para embasar a atuação policial, dentro dos parâmetros da discricionariedade que o ordenamento jurídico lhe autoriza a agir. Eventuais excessos devem ser considerados abuso do poder de polícia, já devidamente reprimidos pela lei de abuso de autoridade; sem prejuízo de outras sanções específicas a serem verificadas em cada caso, tais como o trancamento da ação penal, a nulidade do flagrante, exclusão do chamado auto de resistência seguido de morte[23] etc.

Para deixar ainda mais clara a questão da discricionariedade policial ao aferir o que seja a fundada suspeita, apta à deflagração de uma busca pessoal, é importante ressaltar o *leading case* no qual o STF se posicionou pela necessidade de uma atitude suspeita concreta a justificar a busca pessoal, conforme se segue:

> *Ementa: Habeas Corpus. Termo circunstanciado de ocorrência lavrado contra o paciente. Recusa a ser submetido a busca pessoal. Justa causa para a ação penal reconhecida por turma recursal de juizado especial.* Competência do STF para o feito já reconhecida por esta Turma no HC 78.317. Termo que, sob pena de excesso de formalismo, não se pode ter por nulo por não registrar as declarações do paciente, nem conter sua assinatura, requisitos não exigidos em lei. A "fundada suspeita", prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um "blusão" suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder. *Habeas Corpus* deferido para determinar-se o arquivamento do Termo (HC 81305, Ilmar Galvão, STF. Destaque no original).

De acordo com o julgado paradigma, temos que, embora haja certa discricionariedade do agente policial para lançar mão de uma busca pessoal, exige-se que essa discricionariedade seja fundamentada em elementos reais que indiquem uma atitude suspeita do indivíduo abordado que possa ligá-lo ao cenário de um crime (consumado ou em andamento). Contudo, fique claro não bastar o mero subjetivismo ou intuição do policial para a realização de uma abordagem nas ruas.

23. Sobre o tema auto de resistência, indica-se a leitura da seguinte reportagem sobre a abordagem policial desastrosa no estado do Rio de Janeiro, cuja taxa de mortalidade policial é a maior do País. *Vide*: [http://rioonwatch.org.br/?p=13941]. Acesso em: 16.04.2017.

O Superior Tribunal de Justiça também já enfrentou o tema em diversas situações, afirmando que, em razão do alto grau de afetação de direitos e por ser vexatória e invasiva, a medida de busca pessoal é excepcional, devendo a autoridade policial agir com extrema cautela, evitando-se atos abusivos, somente a levando a cabo quando houver fundada suspeita de que o indivíduo esteja na posse de arma proibida, com objetos que constituam corpo de delito, com instrumento de crimes, entre outros.[24]

Para facilitar a compreensão do leitor quanto a esse assunto, cite-se o exemplo abaixo, no qual o policial entendeu por fundada suspeita a seguinte situação, extraída de um processo na qual se apurava a ocorrência do crime previsto no art. 289 do Código Penal (introdução em circulação de moeda falsa):

> Narra a autoridade policial que, durante o patrulhamento ostensivo nas festividades do carnaval em determinada cidade, foi montada uma "Blitz", na entrada do município XXXXXXXX, para educação dos foliões que chegavam na cidade, bem como para se evitar o tráfico e uso de drogas no município. Segundo o relatório policial, às XXX horas do dia XXXXX, foi parado um ônibus e solicitado que os passageiros descessem para revista do veículo. Após a revista do veículo, foi solicitado aos passageiros que tomassem novamente seus assentos. Nesse momento, um dos policiais percebeu que um dos passageiros estava muito nervoso. Relatou ainda, o policial que embora fosse um dia de verão com muito calor, o passageiro usava um grande casaco de inverno, o que lhe chamou a atenção. Não bastasse isso, de acordo com o relato policial, o referido passageiro estava suando muito, mas mesmo assim permanecia com a vestimenta. Em acréscimo, o passageiro trazia consigo uma pochete bem grande, artefato de uso incomum entre jovens brasileiros. Com base em tais elementos concretos, um dos policiais da equipe entendeu haver uma atitude suspeita que justificasse a busca pessoal no indivíduo. Na ocasião, foi solicitado ao passageiro que se separasse dos demais, iniciando-se a sua revista pessoal, fato verificado por diversas testemunhas. Durante a revista foram encontradas cerca de 100 cédulas, cujos numerosos de série eram todos idênticos entre si, o que indicava serem falsas. Desta forma, foi dada voz de prisão ao passageiro, seguindo-se com a sua condução para ao distrito policial para os procedimentos de praxe.[25]

24. *Vide* decisão do HC 257002, *DJe* 19.12.2013, Superior Tribunal de Justiça 2013.

25. O caso narrado é real e ocorreu na região metropolitana de Belo Horizonte/MG, em meados de 2012, constituindo-se ação penal em tramitação no TRF da 1ª Região. Por uma questão de preservação do direito à intimidade, não se fez menção ao nome das pessoas e número do processo, posto ter sido o caso utilizado com propósito meramente didático.

Estudando o exemplo citado, percebe-se que o policial efetuou a abordagem após um sério e criterioso exame do que seria a atitude suspeita do passageiro, sendo plenamente válida sua conduta, pois a suspeita mostrou-se fundada. Constata-se que houve a utilização de um juízo de discricionariedade no uso da medida, dentro dos parâmetros exigidos pela Constituição e pelo CPP, não havendo qualquer arbitrariedade identificada na conduta do policial, sendo a ação plenamente válida. De outro lado, caso esse mesmo policial não tivesse relatado nenhum desses fatos e efetuasse a busca pessoal de todos os passageiros, de maneira indiscriminada, apenas porque sua intuição dizia que poderia haver drogas com algum deles, sua conduta estaria eivada de nulidade. Aqui estaríamos diante de uma medida arbitrária. Com esse exemplo, fica clara a grande diferença entre a discricionariedade e a arbitrariedade. Assim, tem-se que, no Brasil, a fundada suspeita é o elemento justificador da busca pessoal, cuja verificação da validade do fundamento deverá ser feita não só pelo magistrado, durante a instrução processual; mas, principalmente, pelo próprio policial, antes de agir. Com isso, serão evitadas indevidas ingerências na liberdade do indivíduo.

Finalizando a breve explanação sobre a busca pessoal, durante a elaboração deste texto, foi pesquisada a existência de algum banco de dados público, de acesso pela rede mundial de computadores, que disponibilizasse alguma estatística acerca das ações de abordagem de rua, realizadas pelas forças de segurança pública no Brasil. O intuito de tal pesquisa seria apresentar dados que pudessem traçar um perfil da busca pessoal realizada em nosso território. Contudo, não foram encontrados elementos para subsidiar tal exame. Dessa forma, não se poderá nesse momento examinar o perfil do indivíduo abordado pela polícia no território nacional, ainda que se tenha uma ideia desse público-alvo, a julgar pela composição da população carcerária no Brasil, conforme o último censo carcerário.[26]

3. *Stop and Frisk*: a abordagem policial nos EUA

Stop and Frisk é um termo utilizado para identificar a abordagem e busca pessoal feita por policiais nas ruas dos EUA. Antes, porém, de traçar as características

26. Censo da população carcerária brasileira, cujo título dado à pesquisa foi "Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil", realizado pelo Conselho Nacional de Justiça e apresentado ao público em junho de 2014. Segundo dados da pesquisa, em 2014, havia mais de 560 mil pessoas presas no sistema carcerário no País. O Brasil possui hoje a quarta maior população carcerária do mundo, atrás dos Estados Unidos da América, China e Rússia, respectivamente. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf]. Acesso em: ago. 2015.

essenciais do instituto em exame, é preciso apenas situar o leitor quanto à diferença salutar que entre Brasil e EUA acerca sistema jurídico adotado neste último. Conforme já dito, enquanto o Brasil adotou a linha romano-germânica (*Civil Law*) de estruturação de seu ordenamento jurídico, os Estados Unidos seguiram a tradição inglesa da *Common Law*, cujo principal atributo seria a adoção de um sistema jurídico muito mais baseado na força dos precedentes judiciais do que propriamente no direito legislado.

Nesse ponto, cumpre citar algumas palavras de J. Scott Harr e seus colegas ao abordarem a construção do sistema jurídico dos EUA:

> O *Common Law* norte-americano tem se desenvolvido construindo-se sobre suas próprias bases. Os tribunais continuam a basear-se em casos precedentes – diretamente, por implicação ou conceitualmente – para manter a continuidade. Essa continuidade resulta em casos atuais decididos de acordo com o precedente (dos casos passados) e propicia o desenvolvimento do sistema jurídico dos Estados Unidos mais forte, mais previsível na determinação de casos futuros. Esse conceito é denominado *stare decisis*, um termo latino que literalmente significa "deixar a decisão". (Tradução livre)[27]

Ademais, é preciso ainda relatar que, diversamente da Inglaterra, país berço do *Common Law*, que possui uma Constituição não escrita, os EUA possuem uma Constituição formal, promulgada em 1787. Portanto, a construção de toda a teoria dos precedentes no ordenamento jurídico norte-americano tem por base o respeito à Constituição dos Estados Unidos da América, com suas emendas. Quanto ao *Common Law*, é preciso dizer, ainda, que a estruturação do direito com base no respeito aos precedentes judiciais verificada nos EUA não significa a inexistência de normas elaboradas pela União, pelos Estados ou pelo legislativo local. Pelo contrário, existem inúmeros estatutos legislativos nos EUA. Todavia, a interpretação adequada e o devido alcance de cada um desses estatutos são dados em última palavra pelo Poder Judiciário, seja pelos juízes, seja pelos tribunais daquele país, ficando a Suprema Corte como a última instância decisória.

27. HARR et al., 2012, p. 36. Original em inglês: American common Law has developed by building on itself. Courts continue to rely on prior cases – directly, by implication or conceptually – to maintain continuity. This continuity results in current cases being decided in ways that related law (from the past cases) and provides the U.S. system on law development a stronger, more predictable basis on which to determine future cases. This concept is termed stare decisis, a Latin term that literally means "let the decision stand.

Sobre a importância do poder da Suprema Corte para o sistema jurídico norte-americano, recorre-se, mais uma vez, às palavras de Harr e seus colegas:

> Em muitos aspectos, as políticas e os procedimentos pelos quais a Suprema Corte julga refletem como o sistema jurídico Americano, literalmente, tornou-se unido no final. Trata-se de um recurso de última instância para os casos que o precedem, refletindo as tradições e as complexidades, do direito e da discrição que influenciam fortemente a direção do direito. Interpretação, aplicação e revisão do direito conferem à Suprema Corte um poder enorme. Tradução livre.[28]

Dessa forma, percebe-se que, mais importante que analisar como se apresenta o *Stop and Frisk* na legislação dos EUA, é preciso estudar como a Suprema Corte, por meio de precedentes, estruturou o tratamento a ser dado acerca de tão relevante tema no sistema de justiça criminal norte-americano.

Considerações iniciais feitas e passando à definição do significado da expressão *Stop and Frisk*, Harr e seus colegas asseveram que para a melhor compreensão é preciso, antes, entender seu propósito, qual seja, o cotejo entre o direito à liberdade individual e o dever do Estado de concretizar direito à proteção coletiva dos cidadãos. Israel e LaFave relatam que o *Stop and Frisk* é uma prática policial de longa data no sentido de se abordar pessoas suspeitas na ruas ou em outros locais públicos para questioná-las ou conduzir alguma outra forma de investigação, bem como para efetuar uma busca pessoal para averiguar se o abordado porta alguma arma perigosa., sendo tal prática comumente utilizada quando não se existe fundamentos para prender o suspeito.[29] Del Carmen e Walker afirmam que *Stop and Frisk* cuida-se de um termo policial que, para ser bem compreendido, deve ser divido em duas partes.[30] Segundo os autores, primeiro, trata-se da abordagem policial a algum indivíduo, baseada na "suspeita razoável" acerca de um comportamento criminoso em andamento, finalizado ou em vias de ser iniciado, tendo como possível autor a pessoa abordada.[31] A confirmação da suspeita

28. Ibid., p. 69. Original em inglês: In many ways, the policies and procedures by which the Supreme Court operates reflect how the American legal system all comes together, quite literally, at the end. It is appeal of last resort for cases coming before it, reflecting the traditions and complexities, of law and the discretion that strongly influences the direction the law takes. Interpretation, application and review of law give the Supreme Court tremendous power.
29. ISRAEL e LAFAVE, 2006, p. 123.
30. DEL CARMEN e WALKER, 2012, p. 27.
31. Id.

é feita através de alguns questionamentos, cujas respostas podem fazer com que o suspeito seja liberado ou preso, a depender das circunstâncias.

Otto O. More explica que a Suprema Corte do Colorado[32] definiu que um policial tem o poder de abordar e deter brevemente um suspeito para investigações mesmo que não tenha uma causa provável para efetuar uma prisão.[33] Todavia, para que a abordagem policial seja considerada legal, deve haver uma razoável suspeita de que o indivíduo tenha cometido algum crime, que ele esteja prestes a cometê-lo, que o propósito da abordagem seja razoável e que a execução da medida seja proporcional em relação ao fim esperado.[34] Para Duff Jr., a chamada *Stop and Frisk* tem uma dupla finalidade: a prevenção do crime e a investigação preliminar.[35] Na primeira modalidade, o autor exemplifica, dizendo que o policial identifica uma pessoa malvestida e sem se barbear, encostada a uma árvore em uma seção não iluminada do parque da cidade, que começa a caminhar rapidamente no outro sentido quando o policial se aproxima.[36] Afirma o autor que, na situação narrada, embora não se configure a causa provável (*probable cause*) para se efetuar a prisão, o comportamento e as circunstâncias que justificam uma suspeita de que indivíduo estão prestes a praticar atividades criminosas.[37] Já na segunda finalidade da *Stop and Frisk*, Duff Jr. cita o caso de uma pessoa malvestida e sem se barbear, portando um aparelho de som novo numa região de lojas do referido produto.[38] Tal atitude poderia indicar que o sujeito furtou o equipamento. James E. Frang entende que o poder da polícia para abordar pessoas deve ser primordialmente e sempre fundamentado na suspeita e em hipóteses que sejam racionais e articuláveis, não se admitindo a "caça às bruxas", brutalidade policial e abordagens policiais indiscriminadas, dirigidas para grupos particulares de cidadãos provenientes de grupos sociais ou raciais vulneráveis.[39]

Vê-se, portanto, no sistema norte-americano, a revista ou busca pessoal somente poderá ser levada a cabo pelo policial se, durante a abordagem do indivíduo,

32. Órgão com jurisdição parecida com a do Tribunal de Justiça, mas que possui competência para decidir em última instância vários assuntos, inclusive em matéria criminal.
33. MORE, 1980, p. 656.
34. Id.
35. DUFF JR., 1967, p. 899-900.
36. Id.
37. Id.
38. Id.
39. FRANGE, 1971, p. 734.

o oficial entender existente um fundado receio quanto à sua proteção pessoal. Ou seja, somente haverá uma busca válida se o policial temer por sua segurança, entendendo que o indivíduo porte alguma arma capaz de ofender sua integridade corporal. Dessa forma, não é permitido ao policial fazer uma busca corporal do abordado, a fim de procurar evidências de algum crime, somente com base no *Stop and Frisk*.

Aqui reside o ponto central de diferença entre a busca pessoal no Brasil e nos EUA, ao menos à primeira vista. Isso porque o art. 244 do CPP, já estudado, permite ao policial brasileiro a busca pessoal sempre que houver fundada suspeita para que o indivíduo possua algum objeto ou produto de crime. Todavia, a distinção é mais sutil do que aparenta ser, ficando mais clara após o exame dos precedentes da Suprema Corte que dão fundamento à *Stop and Frisk*.

No caso paradigma, Terry *v*. Ohio, 392 U.S.1 (1968),[40] a Suprema Corte dos EUA decidiu ser possível aos policiais daquele país efetuar a abordagem de pessoas nas ruas, sem a chamada causa provável (*probable cause*), para lhe questionar sobre fatos relacionados a algum comportamento criminoso por eles praticados, em desenvolvimento ou a serem praticados. Nesse contexto, decidiu a Suprema Corte que a abordagem não poderá ser superior ao tempo necessário para as respostas aos questionamentos dos policiais sobre fatos criminosos ocorridos, em andamento ou em preparação. A busca pessoal pode ter lugar somente se houver fundado receio acerca da segurança pessoal do agente público que a efetua. Entendendo ser o caso de se efetuar a busca pessoal, os policiais somente podem procurar por armas, considerando-se inválida qualquer outra finalidade da medida.

Conforme Del Carmen e Walker, uma simples busca pessoal pode se converter em uma prisão se surgir alguma provável causa de crime, ocasião na qual será autorizada uma busca pessoal mais extensa, a fim de verificar se o indivíduo porta algum produto ou instrumento de crime. Em Adams *v*. Williams 407 U.S. 143 (1972),[41] a Suprema Corte, ao decidir que *Stop and Frisk* pode ser feito por um policial tendo por base não somente suas considerações pessoais, mas também a suspeita pode ocorrer por informações repassadas por terceira pessoa, tal como um informante, por exemplo, conferiu uma interpretação extensiva ao conteúdo de razoável suspeita. United States *v.* Hensley 469 U.S. 221 (1985),[42] United States

40. [http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/392/1.html]. Acesso em: jun. 2017.

41. [www.law.cornell.edu/supremecourt/text/407/143]. Acesso em: jun. 2017.

42. [http://scholar.google.com/scholar_case?case=13093778755295730423&q=United+States+V.+Hensley+469+U.S.+221+%281985%29&hl=en&as_sdt=2006&as_vis=1]. Acesso em: jun. 2017.

v. Sharpe 470 U.S. 675 (1985),[43] Alabama *v*. White 496 U.S. 325 (1990),[44] Minnesota *v*. Dickerson 508 U.S. 366 (1993),[45] Illinois *v*. Wardlow 528 U.S. 119 (2000),[46] Florida *v*. J.L 529 U.S 266 (1999),[47] United States *v*. Arvizu 534 U. S. 266 (2002),[48] Hiibel *v*. Sixth Judicial District Court of Nevada Et Al. 542 U.S. 177 (2004),[49] e Arizona *v*. Johnson 555 U. S. 07-1122 (2009),[50] constituem outros casos importantes decididos pela Suprema Corte dos EUA acerca do desenvolvimento da utilização do *Stop and Frisk*. Lembre-se, porém, que todos os casos acima tiveram como fundamento o *leading case* Terry *v*. Ohio.

Em resumo, sobre os parâmetros para a utilização do *Stop and Frisk*, segundo o exame dos precedentes julgados pela Suprema Corte dos EUA, ficou estabelecido que: *1)* é permitido ao policial assim agir quando a pessoa abordada é procurada pela polícia de outros departamentos; *2)* não há um limite estrito de tempo como configurador do abuso da abordagem, devendo-se se examinar o propósito da abordagem e outros fatores ligados à investigação, extraindo-se uma duração razoável do ato; *3)* denúncias anônimas corroboradas pelo trabalho independente da polícia são fundamentos válidos para a medida; *4)* a busca pessoal realizada além dos parâmetros estabelecidos no *leading case* Terry (1968) não é válida, salvo se houver mandado ou se for prontamente identificada uma causa provável; *5)* a presença de uma pessoa em área considerada de alta criminalidade aliada à fuga repentina, ao ver uma equipe policial, constitui motivo para a realização da medida; *6)* denúncia anônima sobre o porte de arma, sem outros detalhes acerca da ocorrência de um crime, não é motivo hábil para *Stop and Frisk*;[51] *7)* para se aferir o que constitui a suspeita razoável sobre um comportamento, deve-se examinar as circunstâncias em sua totalidade, não sendo correto interpretá-las de maneira isolada; *8)* solicitar a identificação pessoal de quem é sujeito ao *Stop and Frisk* não viola a Quarta Emenda à Constituição Americana (direto contra busca e apreensões arbitrárias).

43. [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/470/675/]. Acesso em: jun. 2017.
44. [http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/496/325.html]. Acesso em: jun. 2017.
45. [www.law.cornell.edu/supct/html/91-2019.ZO.html]. Acesso em: ago. 2015.
46. [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/528/119/case.html]. Acesso em: jun. 2017.
47. [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/529/266/]. Acesso em: jun. 2017.
48. [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/534/266/case.html]. Acesso em: jun. 2017.
49. [www.law.cornell.edu/supct/html/03-5554.ZO.html]. Acesso em: jun. 2017.
50. [www.supremecourt.gov/opinions/08pdf/07-1122.pdf]. Acesso em: jun. 2017.
51. Lembre-se de que o porte de arma é livre para maiores de 18 anos em diversos estados dos EUA, enquanto no Brasil o regramento para acesso às armas de fogo é mais restrito.

Vê-se, assim, que o *Stop and Frisk* tem parâmetros de validade muito bem definidos pela Suprema Corte dos EUA. Os policiais não podem se afastar de tais limites ao realizar uma abordagem pessoal, sob pena de ser invalidado o ato praticado. Apesar do regramento e da limitação sobre a ação policial ao abordar pessoas nas ruas, nos últimos anos vêm sendo noticiados diversos casos de abusos cometidos pelas forças de segurança norte-americanas no desenrolar do *Stop and Frisk*. Denúncias dos mais diversos tipos são relatadas nos noticiários naquele país acerca dos abusos cometidos na execução do *Stop and Frisk*, indo desde uma seletividade quanto ao grupo de abordados até a maneira agressiva pela qual a ação é feita, ocasionando, em casos mais extremos, a morte de cidadãos inocentes.[52]

Na tentativa de se analisar a pertinência ou não das denúncias de abuso e, considerando que existem dados concretos da atuação policial sobre o *Stop and Frisk* à disposição do público, passa-se a examinar, ainda que superficialmente, a atuação do departamento de polícia da cidade de Nova York que, pela sua magnitude, serve bem como parâmetro de atuação da polícia norte-americana. No ponto, cumpre ressaltar os motivos pelos quais o Departamento de Polícia da Cidade de Nova York foi escolhido como parâmetro do padrão norte-americano de abordagem policial. Em primeiro lugar, o referido departamento de polícia é um dos dez maiores do mundo,[53] cujos dados podem fornecer uma análise sólida, considerando o número de pessoas sob a circunscrição do NYPD.[54] Além disso, o NYPD mantém rigoroso controle de abordagem policiais nas ruas da cidade, mediante o preenchimento de relatórios de ações, dando maior confiabilidade aos dados encontrados. Portanto, mediante a amostragem do NYPD, espera-se informar ao leitor o perfil do *Stop and Frisk* norte-americana.

Segundo a União das Liberdades Civis de Nova York (*New York Civil Liberties Union – NYCLU*), toda vez que uma pessoa é abordada por um policial na cidade de Nova York, este policial deve preencher um formulário à mão e digitar seus dados para alimentar o sistema do departamento de polícia local. O Departamento

52. *E.g.* [https://noticias.r7.com/internacional/homem-que-sofria-de-asma-morre-em-abordagem-policial-nos-eua-apos-levar-golpe-mata-leao-19072014].

53. Somente o NYP possui mais de 36 mil policiais, além de outros 19 mil servidores com função administrativa. Confira-se: [www1.nyc.gov/site/nypd/about/about-nypd/about-nypd-landing.page]. Acesso em: 27.07.2018.

54. Dados do Departamento de Planejamento da cidade de Nova York informam que a população estimada da cidade em julho de 2017 era de cerca de 8 milhões e 600 mil habitantes. Disponível em: [www1.nyc.gov/site/planning/data-maps/nyc-population/current-future-populations.page]. Acesso em: 27.07.2018.

de Polícia de Nova York (NYPD) divulga as estatísticas do *Stop and Frisk* em um relatório impresso, a cada quatro meses, bem como disponibiliza um relatório eletrônico anual sobre a atuação policial. Examinado os dados contidos na página da NYCLU na internet vislumbra-se uma estatística alarmante. Os números de abordagem policial nas ruas da cidade de Nova York, no período de 2002 a 2015, demonstram uma alarmante seletividade estatal.

Em 2002, os nova-iorquinos foram abordados pela polícia 97.296 vezes. Dos abordados, 80.176 eram totalmente inocentes (82%). Em 2003, os nova-iorquinos foram abordados pela polícia 160.851 vezes, dos 140.442 eram totalmente inocentes (87%). Sobre a distribuição racial, 77.704 eram negros (54%), 44.581 eram latinos (31%), 17.623 eram brancos (12%), 83.499 tinham idade entre 14-24 (55%). Em 2004, os nova-iorquinos foram abordados pela polícia 313.523 vezes, dos quais 278.933 eram totalmente inocentes (89%), 155.033 eram negros (55%), 89.937 eram latinos (32%), 28.913 eram brancos (10%) e 152.196 tinham idade entre 14 e 24 anos (52%). Em 2005, nova-iorquinos foram parados pela polícia 398.191 vezes. Do total de abordados nas ruas naquele ano, 352.348 eram totalmente inocentes (89%), 196.570 eram negros (54%), 115.088 eram latinos (32%), 40.713 eram brancos (11%), 189.854 tinham idade entre 14 e 24 anos (51%). Em 2006, pessoas foram abordadas 506.491 vezes, das quais 457.163 eram totalmente inocentes (90%), 267.468 eram negras (53%), 147.862 eram latinas (29%), eram brancas (11%) e 247.691 tinham entre 14 e 24 anos (50%). Em 2007, os nova-iorquinos foram abordados pela polícia 472.096 vezes, dos quais 410.936 eram totalmente inocentes (87%), 243.766 eram negros (54%), 141.868 eram latinos (31%), 52.887 eram brancos (12%) e 223.783 tinham idade entre 14 e 24 anos (48%). Em 2008, as abordagens pela polícia de Nova York foram 540.302 vezes. Do total, de pessoas paradas nas ruas, 474.387 eram totalmente inocentes (88%), 275.588 eram negros (53%), 168.475 eram latinos (32%), 57.650 eram brancos (11%), 263.408 tinham idade entre 14 e 24 anos (49%). Em 2009, os nova-iorquinos foram abordados pela polícia 581.168 vezes, dos quais 510.742 eram totalmente inocentes (88%), 310.611 eram negros (55%), 180.055 eram latinos (32%), 53.601 eram brancos (10%), 289.602 tinham entre 14 e 24 anos (50%). Em 2010, os nova-iorquinos foram abordados pela polícia 601.285 vezes. Do total de abordados, 518.849 eram totalmente inocentes (86%), 315.083 eram negros (54%), 189.326 eram latinos (33%), 54.810 eram brancos (9%) e 295.902 tinham idade entre 14 e 24 anos (49%). Em 2011, os nova-iorquinos foram abordados pela polícia 685.724 vezes, dos quais 605.328 eram totalmente inocentes (88%), 350.743 eram negros (53%), 223.740 eram latinos (34%), 61.805 eram brancos (9%), e 341.581 tinham idade entre 14 e 24 anos (51%). A proporção seguiu semelhante de 2012 a 2015.

Em 2012, os nova-iorquinos foram abordados pela polícia 532.911 vezes, dos quais 473.644 eram totalmente inocentes (89%), 284.229 eram negros (55%), 165.140 eram latinos (32%) e 50.366 eram brancos (10%). Em 2013, os nova-iorquinos foram abordados pela polícia 191.558 vezes. No total, 169.252 eram totalmente inocentes (88%), 104.958 eram negros (56%), 55.191 eram latinos (29%) e 20.877 eram brancos (11%). Em 2014, os nova-iorquinos foram abordados pela polícia 46.235 vezes, sendo que 38.051 eram totalmente inocentes (82%), 24.777 eram negros (55%), 12.662 eram latinos (29%), 5.536 eram brancos (12%). No primeiro trimestre de 2015, os nova-iorquinos foram abordados pela polícia 7.135 vezes. Os números continuaram mostrando resultados similares na abordagem, tendo os resultados informado que 5,857 eram totalmente inocentes (82%), 3.693 eram negros (53%), 2.123 eram latinos (30%) e 864 eram brancos (12 %)[55] (destaque no original).

Tracey L. Meares afirma que, nos últimos dez anos, a NYPD se dedicou à deliberada prática do *Stop and Frisk*, concentrada em certas áreas, para o propósito declarado de supressão da criminalidade.[56] O autor ainda afirma que a ONG chamada *Center for Constitutional Rights*, a partir do exame dos relatórios da NYPD, identificou que as abordagens de rua daquele departamento de polícia têm um componente racial predominante, sendo direcionadas a negros e latinos.[57] No mesmo sentido, David A. Harris relata que, embora os índices de criminalidade crime em Nova York tenha caído durante a última década, o uso da *Stop and Frisk* aumentou substancialmente, e os padrões de disparidade racial também continuaram.[58] Não diferentes as palavras de Paul Butler, nas quais o autor tece severas críticas ao programa de *Stop and Frisk*, ao afirmar que se trata de uma prática central geradora de desigualdade, discriminação e abuso de poder. Segundo o citado autor, tal medida é uma ameaça aos valores democráticos e à própria democracia dos EUA. Contudo, relata que a *Stop and Frisk* é dotada de um estranho prestígio, tendo sido, inclusive, descrita por uma importante autoridade no processo penal norte-americano como "uma prática perfeita".[59]

Os dados trazidos ao conhecimento do leitor, bem como a opinião de alguns autores americanos, elucidam um pouco da atuação da polícia de Nova York e o

55. Original em inglês. Os dados podem ser acessados no seguinte endereço: [https://ccrjustice.org/sites/default/files/assets/files/CCR-Stop-and-Frisk-Fact-Sheet-2011.pdf].
56. MEARES, 2015, p. 159.
57. Id., p. 161.
58. HARRIS, 2013, p. 866.
59. BUTLER, 2014. p. 57.

uso indiscriminado do *Stop and Frisk*. Salta aos olhos a existência de um padrão entre a proporção de abordados para pessoas consideradas inocentes. Desde o ano de 2002, nota-se que, ao menos, oito em cada dez pessoas abordadas pela polícia de Nova York eram completamente inocentes. Embora o alto número de pessoas inocentes paradas pela polícia de Nova York tenda a mostrar a política do *Stop and Frisk* como uma medida abusiva, não se pode chegar a tal conclusão a partir do exame de um dado isolado. Isso porque a própria natureza da medida já informa que ela é tomada com base em uma razoável suspeita. Portanto, uma abordagem baseada na suspeita do agente policial pode ou não se concretizar. Não havendo a concretização da suspeita policial, a pessoa deverá ser liberada e seguir sua vida normalmente. Nesse ponto, não é estranho que a maior parte das abordagens seja feita em pessoas que não possuam qualquer ligação com fatos criminosos. Assim, não há como se condenar o uso do *Stop and Frisk* tão somente em razão das estatísticas de pessoas liberadas após a abordagem policial. Todavia, a mesma conclusão não se pode chegar quando são examinados os relatórios tendo como parâmetro o componente racial e etário da medida.

Entre os anos de 2002 e 2014, o percentual de pessoas negras submetidas ao *Stop and Frisk* por policiais ligados ao NYPD correspondem à média de 54% de todos os abordados. Esse percentual por si só já se mostraria um pouco exagerado. Por outro lado, ao analisar o restante dos abordados, percebe-se a clareza da discrepância. Ainda com base nos dados extraídos das abordagens do NYPD, constata-se que, em média, 31% são latinos e, apenas, 11% são brancos. Isso significa que um a cada dez abordados pela polícia de Nova York é da cor branca. Mas se a pessoa for de cor negra ou de origem latina a possiblidade de uma abordagem policial cresce exponencialmente. Outro dado que chama atenção é que, em média, 50% dos abordados entre os anos de 2003 e 2011 tinham idade entre 14 e 24 anos. Portanto, adolescentes e jovens são o público preferido da polícia em uma situação de *Stop and Frisk*.

O Centro pelos Direitos Constitucionais (*Center for Constitucional Rights* – CCR) possui relatório estatístico bem semelhante à pesquisa feita pela NYCLU. Segundo o CCR[60], houve um crescimento de 600% do número de abordagens pela *Stop and Frisk*, feitas pela polícia de Nova York entre os anos de 2002 até o ano de 2011. Por sua vez, no último ano pesquisado (2011), apenas 6% das abordagens resultaram em prisões. Do total de pessoas abordadas, no ano de 2001, 76.483 eram negras, 53.107 eram latinos e apenas 9.765 eram brancas.

60. Ibid.

Pela análise dos dados apresentados, sem se imiscuir em qualquer juízo acerca da existência ou não de condenações, a conclusão óbvia que se tem é a de que a polícia de Nova York, cujo departamento é um dos maiores, senão o maior do mundo, costuma agir com uma visível seletividade do público alvo do *Stop and Frisk*. Como consequência dessa abordagem seletiva, cite-se a análise de Marc Mauer afirmando que, se o padrão de encarceramento continuar igual, um em cada três negros nascidos nos EUA vai para a prisão pelo menos uma vez na vida.[61] Para rebater a crítica de seletividade na abordagem policial de rua, é importante dizer que há uma grande propaganda por parte do NYPD para justificar suas ações nas ruas, argumentando que o *Stop and Frisk* foi um dos grandes fatores responsáveis por salvar vidas naquela cidade na última década.[62] Contudo, não há dados oficias e sólidos que embasem tal afirmação. Do contrário, podem ser vistas vozes indicadoras que os dados do número de homicídios em Nova York mantiveram queda histórica, sem que se possa atribuir esse declínio ao *Stop and Frisk*.[63]

4. Considerações finais

Há uma ligeira diferença ontológica entre a busca pessoal, realizada pelas forças policiais no Brasil, e a política do *Stop and Frisk*, a cargo da polícia norte-americana. No Brasil, os policiais podem parar diretamente pessoas nas ruas e realizar a busca pessoal a fim de obter prova de algum crime. Os policiais brasileiros somente precisam identificar uma atitude fundadamente suspeita do indivíduo antes de agir. Já nos EUA, esta prática policial também é verificada, mas a ação policial ocorre de maneira escalonada. Primeiro, o policial norte-americano deve verificar a existência de uma suspeita razoável para, então, dar início ao *Stop and Frisk*. Ainda, somente em casos de receio quanto à segurança pessoal do policial é que se pode iniciar uma busca pessoal por armas (*frisk*). Por fim, nada

61. MAUER, p. 88.

62. Apesar de ser uma causa provável, não foi identificada diretamente a relação entre os atentados terroristas ocorridos em 11.09.2001, na cidade de Nova York, e o aumento exponencial da abordagem policial nas ruas. Frise-se que os responsáveis por tais ataques eram pessoas de origem árabe, cujo componente é quase insignificante nas estatísticas do *Stop and Frisk*.

63. Indica-se a leitura do artigo de Naomi Robbins e de Jason Oberholtzer: [www.forbes.com/sites/naomirobbins/2012/03/23/visualizing-stop-and-frisk-and-murder-rates-in-new-york-city/]; [www.forbes.com/sites/jasonoberholtzer/2012/07/17/stop-and-frisk-by-the-numbers/].

impede que o *Stop and Frisk* se converta em uma prisão, se houver a transformação da suspeita razoável em uma causa provável (*probable cause*) da ocorrência de um crime, a partir dos questionamentos feitos pelos policiais durante a abordagem do indivíduo.

No Brasil, ainda se mostra impossível um controle apurado do público selecionado para a busca pessoal, realizada diariamente pelas forças policiais, em virtude da inexistência de relatórios e estatísticas sobre esse tipo de ação policial. Inobstante a ausência de dados oficiais, mas fazendo um paralelo ao censo da população carcerária no Brasil, não é difícil vislumbrar que o público preferido pela busca pessoal seja muito semelhante àquele identificado no exame dos dados relativos às abordagens feitas pelos membros do departamento de polícia de Nova York.

O Departamento de Polícia de Nova York, por ser provavelmente o maior departamento de polícia do mundo, constitui-se em adequado parâmetro de pesquisa sobre a situação vivenciada nos Estados Unidos, cujos dados servem como amostra da abordagem policial feita nas ruas daquele país.

Há uma gritante desigualdade (racial e de origem) no público sujeito ao *Stop and Frisk*, aspecto que tende a demonstrar uma pretensa seletividade do sistema de justiça criminal norte-americano.

5. Conclusão

Pelo que se verificou neste breve estudo sobre a abordagem policial no Brasil e seu exame comparado com instituto similar nos Estados Unidos (*Stop and Frisk*), conclui-se que a atuação policial nas ruas daquele país mostra-se direcionada para um público muito específico, composto de negros e latinos, o que reforça o discurso dos defensores dos direitos das minorias no sentido de uma evidente perseguição estatal contra os oprimidos pelo sistema capitalista.

Noutro giro, em relação ao Brasil, verifica-se a completa ineficácia estatal em gerenciar a atuação policial nas ruas,[64] não havendo uma base de dados séria e confiável para a aferição dos números quanto à abordagem policial de rua realizada pelas forças responsáveis pela segurança pública nas três esferas de poder (União, estados e municípios). A análise dos dados existentes (relatórios do DEPEN e CNJ) quanto à raça e à escolaridade das pessoas presas pode contribuir apenas

64. Preferencialmente, por meio de uma lei de caráter nacional na qual sejam estabelecidos os padrões gerais de atuação das secretarias de segurança pública dos estados na elaboração dos relatórios de abordagens policias nas ruas do País.

para uma noção do perfil de abordagem policial nas ruas do Brasil, mas não pode servir parâmetro principal de análise acerca da ação policial, sob pena de se incidir nos mesmos erros que Lombroso o fez quando se propôs a criar o estereótipo do "homem delinquente", examinando apenas os malfadados recolhidos aos terríveis cárceres de sua época.

A fim de executar sua adequada missão institucional, seja no Brasil, seja nos Estados Unidos, as polícias militarizadas devem ter por fundamento primordial a dignidade da pessoa humana e o devido respeito aos direitos individuais, não se podendo fazer tábula rasa de tais garantias sob a bandeira da segurança pública e da justiça. Assim, o adequado treinamento dos policiais que vão às ruas e um estrito controle e transparência da atuação dos agentes podem mudar o atual cenário de desconfiança que paira sobre as abordagens de rua no Brasil e nos EUA.

6. Referências

ARAÚJO, Júlio César Rodrigues de. *Abordagem policial*: conduta ética e legal. Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública/CRISP da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais e à Secretaria Nacional de Segurança Pública/SENASP. 2008. Disponível em: [http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCRIM/Publicacoes/AbordagemPolicial.pdf]. Acesso em: 27.07.2018.

ASSIS, Jorge César; NEVES, Cícero Robson Coimbra; CUNHA, Fernando Luiz *Lições de direito para a atividade das polícias militares e das Forças Armadas*. Curitiba: Juruá, 2006.

AVENA, Norberto. *Manual de processo penal*. 3. ed. Método. VitalBook file, ago. 2015.

BELLIN, Jeffrey. *The inverse relationship between the constitutionality and effectiveness of New York city'stop and Frisk*, 2014.

BUTLER, Paul. Stop and Frisk and torture-lite: police terror of minority communities, 12 *Ohio St. J. Crim. L.* 57, 2014.

CENTRO PELOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS. Disparidade racial da polícia de Nova York em situações de *Stop and Frisk*. Relatório preliminar de 2005 a junho de 2008. Disponível em: [http://ccrjustice.org/sites/default/files/assets/files/Report-CCR-NYPD-Stop-and-Frisk.pdf]. Acesso em: jun. 2017.

CENTRO PELOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS. *Estatísticas sobre a Stop and Frisk*. Disponível em: [https://ccrjustice.org/sites/default/files/assets/files/CCR-Stop-and-Frisk-Fact-Sheet-2011.pdf]. Acesso em: jun. 2017.

CNJ. *O novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília, p. 1-17, 2014. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf]. Acesso em: jun. 2017.

DEL CARMEN, Rolando V.; WALKER, Jeffery T. *Briefs of leading cases in law enforcement*. 8. ed. Watham, MA: Anderson Publishing, 2012.

DEPARTAMENTO DE POLÍCIA DA CIDADE DE NOVA YORK [www1.nyc.gov/site/nypd/careers/police-officers/po-hiring.page]. Acesso em: jun. 2017.

DIRETRIZ GERAL DE PLANEJAMENTO E EMPREGO DA PMPR. 71, 2000.

DUFFY JR, John J. Stop and Frisk: a Perspective, 53 *Cornell L. Rev.* 899, 1967.

FILHO, Sebastião Barbosa dos Santos. *Policiamento ostensivo geral* – Curso de Formação de Soldados – PMBA. 2008. Disponível em: [www.tok2.com/home/gr2008feira/arquivos/Polic.%20Ostens.%20Geral/Apostila%20de%20Policiamento%20Ostensivo%20Geral%20-%20M%F3dulo%20-%20I.pdf].

FRANG, James E. Stop and Frisk: the issue unresolved, 49 *J. Urb. L.* 733, 1971.

HARR, J. Scott; HESS, Kären M.; ORTHMANN, Christine H. *Constitutional Law and the Criminal Justice System*. 5. ed. Belmont, CA: Wadsworth, 2012.

HARRIS, David A. Across the Hudson: taking the Stop and Frisk debate beyond New York city, 16 *NYUJ Legis. & Pub. Pol'y* 853, 2013.

JESUS, Maria Gorete Marques de. *O que não está no mundo não está nos autos*: a construção da verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas. Tese de Doutorado em Sociologia. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

KARNIKOWSKI, Romeu. *O policiamento ostensivo da brigada militar*, 2014. Disponível em: [www.leitequente.com/2014/02/10/o-policiamento-ostensivo-da-brigada-militar/].

LEITE, Jose Adercio Sampaio (Coord.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LISBOA, Claudionor. *Manual básico de policiamento ostensivo da polícia militar*. PMSP. 3. ed. São Paulo: Setor Gráfico do CSM/MInt, 1997.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOUVEIRO, Rosalino et al. *Manual de procedimentos operacionais padrão*. Módulo II – Abordagens Policiais – PMMS – Campo Grande, 2013.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 6. ed. Atual. de acordo com a Lei 12.850/2013. São Paulo: Atlas, 2014.

MAUER, Marc. Addressing racial disparities in incarceration, 91 *Prison J.* 87S, 2011.

MEARES, Tracey L. Programming errors: understanding the constitutionality of Stop and Frisk as a program, not an incident, 82 *U. Chi. L. Rev.* 159, 2015.

Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 4. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

MONTEIRO, Licksomar Lábis de Oliveira, et al. *Doutrina e prática de policiamento ostensivo*. 2012. Disponível em: [https://cfsdbpm3.files.wordpress.com/2012/09/doutrina_e_pratica_de_policiamento_ostensivo.pdf].

NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. Forense, VitalBook file. fev. 2016.

MOORE, O. Otto; MULTZ, Carroll E. Arrest, Stop and Frisk: an in-depth analysis. *The Colorado Lawyer* 659, 1980.

OLIVEIRA, Eugênio de. *Curso de processo penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas. VitalBook file, abr. 2016.

PORTAL R7 NOTÍCIAS – Internacional [https://noticias.r7.com/internacional/homem-que-sofria-de-asma-morre-em-abordagem-policial-nos-eua-apos-levar-golpe-mata-leao-19072014]. Acesso em: jan. 2018.

RENGIFO, Andres F.; SLOCUM, Lee Ann. Community responses to "Stop-and-Frisk" in New York city: conceptualizing local conditions and correlates, 27 *Criminal Justice Policy Review* 723746, 2016.

ROBBINS, Naomi. *Visualizing Stop-and-Frisk and murder rates in New York city*. Disponível em: [www.forbes.com/sites/naomirobbins/2012/03/23/visualizing-stop-and-frisk-and-murder-rates-in-new-york-city/]. Acesso em: jun. 2017.

SILVA, Gilvan Gomes da. *A lógica da polícia militar do Distrito Federal na construção do suspeito*. Dissertação Mestrado em Sociologia. UNB. Brasília-DF, 2009.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. A busca pessoal no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 1117-1154, set.-dez. 2017.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. *Liberdade e suspeição no Estado de Direito*: o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Entre a lei processual e a praxe policial: características e consequências da desconcentração e do descontrole da busca pessoal, de Gisela Aguiar Wanderley – *RBCCrim* 128/115-149 (DTR\2017\218); e
- Filtragem racial na abordagem policial: a "estratégia de suspeição generalizada" e o (des) controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos, de Gisela Aguiar Wanderley – *RBCCrim* 135/189-229 (DTR\2017\5657).

A proteção das mulheres e o direito penal: um estudo quantitativo sobre os casos de feminicídio no Tribunal do Júri

The protection of women and criminal law: a quantitative study on the cases of feminicide in the Jury Court

Pamela Torres Villar

Pós-Graduanda em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Bacharela em Direito pela Universidade de São Paulo. Associada ao IBCCrim. Membro do Departamento Jurídico XI de Agosto, São Paulo/SP. Advogada em São Paulo/SP.
pam_villar92@hotmail.com

Recebido em: 28.02.2018
Aprovado em: 24.09.2018
Última versão da autora: 08.10.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar, a partir de uma pesquisa empírica realizada no 1º Tribunal do Júri de São Paulo, se os objetivos declaradamente pretendidos pela Lei 13.104/2015 (Lei do Feminicídio), em uma análise preliminar, vêm sendo atendidos. Buscou-se observar a ocorrência ou não do aumento de pena aplicada aos agressores e das condenações por meio da análise comparativa dos dados estatísticos extraídos de casos anteriores e posteriores à promulgação da referida Lei. A conclusão a que se chegou é de que os objetivos não vêm sendo atendidos, motivo pelo qual propuseram-se hipóteses para as estatísticas obtidas.

Palavras-chave: Direito penal – Feminicídio – Projeto Lei 292/2013 – Lei 13.104/2015 – Lei do Feminicídio.

Abstract: The present article aims to analyze if the objectives intented by the Feminicide Law (Law 13,104/2015) are being achieved in a preliminary moment. To investigate that, the article is based on an empirical research carried out in the 1st Court of the Jury of São Paulo. It was sought to observe weather there was an increase in the number of sentences applied to cases before and after the Law's promulgation. The results found through the extracted data indicate that the goals are not being reached, so that hypotheses are drawn in order to explain these statistics.

Keywords: Criminal law – Feminicide – Project Law 292/2013 – Law 13,104/ 2015 – Law of Feminicide.

Villar, Pamela Torres. A proteção das mulheres e o direito penal: um estudo quantitativo sobre os casos de feminicídio no Tribunal do Júri. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 151. ano 27. p. 345-381. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2019.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito de feminicídio, especificidades do Projeto de Lei 292/2013 e análise crítica da legislação. 2.1. Conceito de feminicídio. 2.2. O Projeto de Lei 292/2013. 2.3. As mudanças trazidas pela Lei do Feminicídio. 2.4. Criminalização e o aumento do rigor penal como resposta aos homicídios praticados contra mulheres. 3. Panorama expositivo dos casos de feminicídio antes e depois da promulgação da Lei do Feminicídio e análise de dados relativos ao 1º Tribunal do Júri do Estado de São Paulo. 4. Conclusão. 5. Referências. 5.1. Livros e artigos. 5.2. *Websites*.

1. Introdução

Em 2017, ocorreram 4.539 homicídios de mulheres, dos quais 1.133 foram registrados como feminicídios, o que representa um aumento de 6,1% em relação ao ano de 2016, em que 929 mulheres haviam sido vítimas[1]. Neste ano, segundo dados fornecidos pelo Fórum de Segurança Pública, foram registrados 221.238 casos de violência doméstica tutelados pela Lei Maria da Penha, cerca de 606 por dia[2]. Esses dados evidenciam o problema da morte de mulheres por razões de gênero, caracterizando-o como um fenômeno social, que há muito se debate, sendo, inclusive, objeto de tutela internacional por meio de tratados e convenções.

Em razão da tomada de consciência a respeito do tema, dos elevados índices de mortalidade feminina e do fortalecimento dos movimentos feministas nos últimos anos, passou-se a buscar um meio que se mostrasse apto a combater – ou ao menos a inibir – o crescente índice de mortalidade feminina, que já se tornara alarmante. Nesse contexto, elaborou-se o Projeto Lei 292/2013 que, mais tarde, originou a Lei do Feminicídio, em torno da qual surgiram diversos questionamentos.

O Projeto de Lei 292/2013 teve como objetivos declarados[3] a diminuição da impunidade dos crimes cometidos mediante violência de gênero e o recrudescimento das penas dos agressores que praticarem crimes dessa natureza[4].

1. BRASIL. Instituto Patrícia Galvão. Dados da segurança pública mostram aumento de feminicídio no Brasil em 2017. Disponível em: [http://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia-em-dados/dados-da-seguranca-publica-mostram-aumento-de-feminicidios-no-brasil-em-2017/]. Acesso em: 30.09.2018.
2. BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2018. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/publicacoes/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica-2018/]. Acesso em: 30.09.2018.
3. Os objetivos do Projeto de Lei 292/2013 foram extraídos da exposição de motivos do projeto e da audiência pública que o embasou, conforme será demonstrado no item 2 do presente trabalho.
4. O fato De o Projeto de Lei 292/2013 ter como preocupação desestimular a ocorrência ou a reiteração dos crimes de violência contra a mulher revela que ele possui intenções

Em atenção a tais objetivos, a Lei do Feminicídio incluiu o homicídio praticado contra mulher por razões de gênero, no contexto de violência doméstica familiar e ou por menosprezo ou discriminação à condição de mulher, como circunstância qualificadora no artigo 121, inciso VI, do Código Penal[5]. Além disso, previu novas causas de aumento, consistentes em circunstâncias específicas[6] que, se concretizadas, ensejam a elevação da pena cominada de 1/3 até a metade.

As relevantes mudanças ocasionadas pela Lei do Feminicídio trouxeram consigo muitas dúvidas a respeito da imputação e do julgamento dos novos casos ocorridos sob sua vigência, bem como o seu impacto social. Contudo, no que se refere ao presente trabalho, a questão central a ser analisada é se, em um cenário inicial, os objetivos da Lei restaram ou não atendidos, o que nos incita a própria reflexão acerca do uso do direito penal como meio de combate à violência de gênero.

Perante a necessidade de recorte metodológico que viabilizasse a coleta de dados em campo, utilizou-se como amostra a totalidade dos casos de homicídio/tentativa de homicídio em trâmite no 1º Tribunal do Júri de São Paulo. Foram mapeados casos ocorridos antes e depois da promulgação da Lei e depois de calculadas estatísticas relativas aos referidos dados, procedeu-se a uma análise comparativa de seu conteúdo para, em seguida, extrair-se uma conclusão preliminar sobre o tema.

O presente artigo encontra-se dividido em duas partes. A primeira delas trata do próprio conceito de feminicídio, pressuposto para uma análise minuciosa do Projeto de Lei 292/2013 e das mudanças legislativas trazidas pela Lei 13.104/2015. Em seguida, serão expostos e analisados os dados obtidos com a pesquisa empírica, levantando-se hipóteses que sejam aptas a explicarem os resultados encontrados.

---

claras de, por meio de uma lei penal, fazer manifestar-se a prevenção geral e especial negativa, tópico este que será abordado em capítulo próprio.

5. A Lei do Feminicídio, ao incluir uma qualificadora no inciso VI do artigo 121 do Código Penal, elevou a pena base para o agente que pratica um crime de homicídio contra uma mulher para o intervalo de 12 e 30 anos, a depender do caso concreto, e não mais de 6 a 20 anos, como previsto no mesmo diploma legal para o homicídio simples.
6. O § 7º do artigo 121 do Código Penal, incluído pela Lei do Feminicídio, prevê circunstâncias específicas em que, se o crime for cometido, torna mais gravosa a conduta praticada, o que justificaria um aumento de 1/3 até a metade na pena, são elas: (i) durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto; (ii) contra pessoa menor de 14 anos, maior de 60 anos ou com deficiência; e (iii) na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

2. Conceito de feminicídio, especificidades do Projeto de Lei 292/2013 e análise crítica da legislação

2.1. Conceito de feminicídio

A expressão femicídio ou *femicide*[7] foi utilizada pela primeira vez por Diana Russel, em 1976, durante um depoimento prestado para o Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres[8], como uma alternativa ao substantivo neutro homicídio, a fim de designar uma categoria específica para o homicídio de mulheres por razões de gênero. Para o desenvolvimento e amadurecimento do conceito, Russel, em parceria com Jill Radford, escreveram um livro sobre o tema, denominado *Femicide: the politics of woman killing*, obra em que o conceito foi pioneiramente apontado como causa determinante dos assassinatos cometidos contra mulheres[9].

A partir dessa importante obra, o feminicídio passou a ser retratado como fenômeno estrutural e universal, fruto de um sistema de dominação patriarcal, caracterizado pelo ápice de um ciclo de violência verbal e física vivenciada pelas mulheres[10], ocasionado não somente pela discriminação dos homens, mas também como forma de exercício de poder, um fenômeno social[11]. O massacre ocorrido na Escola Politécnica da Universidade de Montreal e os assassinatos de mulheres em Juarez/México são exemplos com frequência apontados como objetos de estudo para formação e desenvolvimento do conceito desse conceito e, embora não guardem relação estreita com os casos mais comumente apurados, demonstram o ponto comum entre os crimes dessa natureza: a discriminação de gênero que caracteriza a motivação do crime[12].

Em um momento inicial, a categorização do feminicídio utilizou como inspiração teórica o chamado *método do amálgama*[13], que opera no sentido do

7. Expressão original em inglês.
8. O Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres foi um tribunal popular instaurado em Bruxelas, no ano de 1976, com o objetivo de dar visibilidade e tornar público os crimes cometidos contra as mulheres em todo o mundo.
9. IZUMINO, Wânia Pasinato. Femicídios e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos Pagu*, Campinas, v. 37, jul.-dez. 2011. p. 219.
10. RUSSEL, Diana; RADFORD, Jill. *Femicide*: the politics of woman killing. Nova York: Twayne Publishers, 1991. p. 2.
11. AGUILAR, Ana Leticia. *Femicidio la pena capital por ser mujer*. Guatemala: [s.n.], 2005. p. 2.
12. AGUILAR, Ana Leticia. *Femicidio la pena capital por ser mujer*. Guatemala: [s.n.], 2005. p. 3.
13. IZUMINO, Wânia Pasinato. Femicídios e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos Pagu*, Campinas, v. 37, jul.-dez. 2011. p. 238.

alargamento das definições e dos conceitos teóricos, visando abranger um maior número de casos e chamar mais atenção aos eventos que deseja denunciar, atribuindo-lhe maior legitimidade. A utilização de tal método possui suas vantagens, principalmente no que diz respeito à possibilidade da união do discurso feminista sob uma bandeira comum, a despeito das diferenças econômicas, sociais e culturais que o caracterizam[14].

Nada obstante, o seu uso em longo prazo passou a ser alvo de críticas por se entender que ele prejudica o real entendimento das relações de gênero, porque se traduz na produção de um diagnóstico que ignora as diferentes motivações e situações concretas que podem levar à morte de uma mulher, comprometendo o estudo dos determinantes e motivações que de fato levam ao uso da violência. Por esse motivo, grandes autoras feministas como Ana Carcedo Cabañas e Montserrat Sagot dedicaram seus estudos à elaboração de novas tipologias[15].

A mexicana Júlia Monarrez Fragoso, por sua vez, entendendo necessária a melhor definição do conceito para a sua adaptação às transformações sociais, passou a considerar o contexto social, político e econômico da sociedade em referência para realizar a análise da possível influência de outras estruturas de poder sobre o fenômeno da morte de mulheres. Assim, incluiu em sua análise fatores tais como a transversalidade de gênero, idade/geração, raça/cor, religião, orientação sexual, entre outras como determinantes para a ocorrência dos assassinatos de mulheres[16].

Em um momento mais recente, Wânia Pasinato avança ainda mais no debate ao considerar que as relações de gênero são também formas de circulação de poder dentro da sociedade. Propôs, então, três eixos de alteração no que tange à compreensão das relações sociais: (i) as relações de gênero devem ser consideradas como dinâmicas de poder, e não mais como fruto do patriarcado, de forma estática; (ii) é necessário afastar qualquer resquício de determinação biológica da dominação dos homens sobre as mulheres, focando no estudo de sua configuração histórica, política e cultural; e (iii) é necessário compreender que as relações

14. BADINTER, Elisabeth. *Rumo equivocado*: o feminismo e alguns destinos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 18-19.

15. CABAÑAS, Ana Carcedo; SAGOT, Montserrat. *Femicidio en Costa Rica 1990-1999*: Instituto Nacional das Mulheres (Inamu), San José, Coleção Teórica n. 1, 2000. p. 19.

16. IZUMINO, Wânia Pasinato. Femicídios e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos Pagu*, Campinas, v. 37, jul.-dez. 2011. p. 231 apud FRAGOSO, Julia Monarrez. Feminicídio sexual serial en Ciudad Juárez 1993-2001. *Debate Feminista*, México, ano 13, v. 25, 2002.

de poder são exercidas de forma transversal, o que implica diferentes experiências do que é ser homem, mulher e a vivência da violência[17].

No Brasil, o conceito de feminicídio foi utilizado pela primeira vez em 1995, em uma análise realizada por Heleieth I.B. Saffioti e Suely Souza de Almeida[18] sobre a violência de gênero mais expressiva, ou seja, aquela que ocorre no interior do domicílio. O termo e sua significação é novamente utilizado em 1998, em um estudo de Suely Almeida sobre o tema[19]. Trabalhos mais recentes passaram a discutir a interface entre a violência urbana e as questões de gênero[20].

À diferença da maioria dos países da América Latina que, apesar de possuírem leis que tutelam a violência contra a mulher, não possuem tipo específico para a morte de mulheres por questões de gênero, o Brasil optou por fazê-lo ao promulgar a Lei do Feminicídio.

Embora o debate doutrinário e a coleta de estatísticas tenham se desenvolvido ao longo dos anos[21], permanece a dificuldade de conceituação do termo, especialmente no que se refere ao conhecimento acerca da complexidade de fatores que pode levar à morte de uma mulher por questões de gênero e o debate sobre a ineficácia do sistema penal no combate à violência de qualquer espécie, o que faz surgir dúvidas quanto a sua aplicação e objetivos.

Por esse motivo, este artigo buscou analisar a forma de tramitação do Projeto de Lei, seus objetivos e resultados, a fim de iniciar uma reflexão mais profunda sobre o tema.

2.2. O Projeto de Lei 292/2013

Diante do alarmante panorama de mortes de mulheres no Brasil, em 2012 o Senado Federal, em atenção à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e

17. IZUMINO, Wânia Pasinato. Femicídios e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos Pagu*, Campinas, v. 37, jul.-dez. 2011. p. 239.
18. SAFFIOTI, Heleieth; ALMEIDA, Suely. *Violência de gênero*: poder e impotência. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.
19. ALMEIDA, Suely Souza de. *Femicídio: algemas (in)visíveis do público-privado*. Rio de Janeiro: Revinter, 1998.
20. IZUMINO, Wânia Pasinato. Femicídios e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos Pagu*, Campinas, v. 37, jul.-dez. 2011. p. 240-241.
21. IPEA. O atlas da violência de 2018. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf]. Acesso em: 02.10.2018.

Erradicar a Violência contra a Mulher, instaurou a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a Mulher (CPMIVCM/CPMI), com a finalidade de investigar as causas deste tipo de violência, bem como para apurar denúncias de omissão por parte do Poder Público.

A CPMI propôs, entre inúmeras outras providências, uma modificação na lei penal, consistente na criação da figura do feminicídio, caracterizador do homicídio praticado contra a mulher em três circunstâncias: (i) em âmbito de violência doméstica e familiar, (ii) mediante o uso violência sexual (antes ou após a morte) ou (iii) por mutilação ou desfiguração da vítima (antes ou após a morte). As referidas recomendações originaram o Projeto de Lei 292/2013, de sua própria iniciativa, que propunha a inclusão da qualificadora nos §§ 7º e 8º no artigo 121 do Código Penal.

Na justificativa do projeto, a lei penal foi apontada como meio eficaz de combate à impunidade e como modo de reconhecimento, por parte do Estado, da violência de gênero, sob a lógica de que nomear é reconhecer a existência de um problema social, político e jurídico[22].

Os mesmos argumentos foram apontados nos discursos dos convidados à composição da mesa da 68ª Reunião Extraordinária da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, audiência pública que tinha por objetivo a instrução e a prestação de esclarecimentos acerca do Projeto de Lei 292/2013, à época em

22. Do argumento se extrai o uso simbólico do direito penal. Segundo Juarez Cirino dos Santos, "o direito penal simbólico não teria função instrumental – ou seja, não existiria para ser efetivo –, mas teria função meramente política, através da criação de imagens ou de símbolos que atuariam na psicologia do povo, produzindo determinados efeitos úteis. O crescente uso simbólico do direito penal teria por objetivo produzir uma dupla legitimação: a) legitimação do poder político, facilmente conversível em votos – o que explica, por exemplo, o açodado apoio de partidos populares a legislações repressivas no Brasil; b) legitimação do direito penal, cada vez mais um programa desigual e seletivo de controle social das periferias urbanas e da força de trabalho marginalizada do mercado, com as vantagens da redução ou, mesmo, da exclusão de garantias constitucionais como a liberdade, a igualdade, a presunção de inocência etc., cuja supressão ameaça converter o Estado democrático de direito em Estado policial. O conceito de integração-prevenção, introduzido pelo direito penal simbólico na moderna teoria da pena, cumpriria o papel complementar de escamotear a relação da criminalidade com as estruturas sociais desiguais das sociedades modernas, instituídas pelo direito e, em última instância, garantidas pelo poder político do Estado" (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Política Criminal: Realidades e Ilusões do Discurso Pena. In: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. *Discursos sediciosos crime, direito e sociedade,* Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, 2002. p. 56).

trâmite no Senado. A eles ainda se acrescenta a ótica dos participantes de que a previsão legislativa atuaria como forma de impedir interpretações jurídicas inadequadas, como o reconhecimento da violência contra a mulher como um mero crime passional. Destacam-se os seguintes trechos:

> Ao alarmante número crescente de mulheres assassinadas com crueldade, sete países de nossa região da América Latina e Caribe, ademais de políticas públicas visando sua erradicação, criaram tipos penais, ora chamados femicídio ou feminicídio, com objetivo de dar maior visibilidade a esse crime. A denominação própria do assassinato de mulheres em certas circunstâncias – o que quero dizer é na perspectiva de gênero, analisando-se, e percebe-se que há isso a caracterizar –, visa a revelar que algo específico ocorre e que esse algo é precisamente a violência baseada no gênero, que, conforme a Recomendação Geral 19, do Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, da ONU, que é o Comitê CEDAW, é uma forma de discriminação que inibe a capacidade das mulheres de gozarem os seus direitos e liberdades, numa base de igualdade com os homens. No caso presente – dramático, trágico –, o que ocorre é que elas não têm, muitas e muitas, não estão tendo o direito de gozar o seu direito à vida. Uma breve reflexão. Nomear é reconhecer. Através da linguagem, nomeamos pessoas, sentimentos, coisas, fenômenos, etc., que, ao serem percebidos como tais, recebem nomes e passam, assim, a compor o mundo que construímos do nosso viver. A expressão "violência contra a mulher", estas três palavrinhas – violência contra mulheres – passaram a compor a gramática dos direitos humanos não faz muito tempo. Acho que vale a pena, então, trazer algo nesse sentido. [...]. Grande parte de nós, principalmente da área jurídica, o que entendemos é que precisa, enquanto política criminal, o que é importante é ter uma política que seja objetiva, que surta efeitos e traga eficácia. É nesse sentido que entendo que nomear feminicídio vai trazer efetividade maior à forma de erradicar esse crime (Silvia Pimentel).
>
> Nesse sentido, saúdo, mais uma vez, a iniciativa desta Comissão Parlamentar de Inquérito, que, percorrendo o Brasil, pôde constatar esse aumento e essa impunidade da violência contra as mulheres e, mais do que isso, constatar ainda a banalização, naturalização dessa violência, trazendo à tona o quanto ainda precisamos avançar na mudança de mentalidade (Leila Linhares Barsted).
>
> Isso são mecanismos para que ele não volte a praticar esse tipo de comportamento tão maléfico para ele, para a vítima, para toda a família e sociedade. Isso fica restrito ao aspecto punitivo da legislação, porque até então não temos uma figura qualificadora, como é a questão do feminicídio, que aumenta a pena, se não me engano, de 12 a 30 anos. Isso vem ao encontro dos anseios da sociedade (Jamilson Haddad Campos).

> Portanto, o Estado brasileiro tem que dar resposta a isso, sim; tem que dar resposta legislativa a isso, sim, porque é uma situação hoje existente no Brasil. Portanto, a resposta penal é importante. [...]. Nós todos – o Governo brasileiro, o Poder Executivo – estamos em plena conformidade com o projeto apresentado pela senhora. Temos certeza de que, com a aprovação desse projeto, de um lado, combateremos e vamos erradicar essa violência contra a mulher e também acabar com a impunidade (Flávio Crocce Caetano).

O discurso adotado por todos aqueles que participaram da elaboração do projeto remonta-nos às funções retributiva, de prevenção geral e especial negativa da pena. Nesse contexto, busca-se, mediante o aumento de pena, imprimir maior sofrimento ao agressor, fazer com que ele não volte a praticar esse tipo de conduta, além de se pretender gerar coação psíquica nos demais indivíduos a fim de que eles nem mesmo cheguem a praticar tal conduta.

2.3. As mudanças trazidas pela Lei do Feminicídio

Por ocasião da tramitação do Projeto de Lei 292/2013 no Senado realizaram-se pequenas alterações consubstanciadas na inclusão do feminicídio no inciso VI – definindo-o como o crime cometido contra a mulher por razões de gênero. Por consequência, retirou-se a definição contida no § 7º do projeto original, que passou, com outra redação, a integrar o § 2º-A, e nele se incluíram as causas de aumento.

Ao final, com a aprovação da Lei do Feminicídio, o artigo 121 do Código Penal passou a ter a seguinte redação:

> Art. 121. Matar alguém.
>
> [...]
>
> § 2º [...]
>
> Feminicídio
>
> VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: Pena – reclusão, de doze a trinta anos.
>
> [...]
>
> § 2º-A. Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:
>
> I – violência doméstica e familiar;
>
> II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher.
>
> [...]

> Aumento de pena
>
> [...]
>
> § 7º – A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:
>
> I – durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;
>
> II – contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;
>
> III – na presença de descendente ou de ascendente da vítima[23].

Em termos práticos, a Lei do Feminicídio incluiu o feminicídio como circunstância qualificadora do tipo penal homicídio alterando a pena base aplicável à conduta para 12 a 30 anos e incluindo-a no rol dos crimes hediondos, além de criar novas causas de aumento, que, se caracterizadas, poderão agravar a pena em até 1/3.

Assim como ocorreu com a Lei Maria da Penha, a promulgação da Lei do Feminicídio foi uma forma de resposta dada pelo Estado ao crescente número de casos de mortes desta natureza. Ela significou um grande avanço, porque serviu como forma de reconhecimento institucional do problema, nomeando-o e difundindo o conceito de feminicídio, que apesar de não ser completamente estranho à parte da população, não contava com grande reconhecimento social. Além disso, foi importante para fomentar as discussões relativas a esse conceito, que podem ensejar a adoção de políticas públicas, seja para a sua prevenção, seja mesmo para o acolhimento de mulheres vítimas de tentativa. Foi importante, ainda, porque passou uma mensagem aos agressores de que a conduta não apenas não seria tolerada como no passado, mas, pelo contrário, seria tratada com especial rigor.

Por outro lado, a sua edição gerou algumas dúvidas referentes à maturidade da discussão sobre a complexidade do fenômeno social da violência de gênero, sobre as demandas femininas sobre o tema e sobre os objetivos por ela pretendidos, sobretudo se eles poderiam ser alcançados através do uso do sistema penal.

---

23. BRASIL. Lei 13.104, de 09 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei 2.248, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei 8.072, de 25 de junho de 1990, para incluir o feminicídio no rol de crimes hediondos (*Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 10.03.2015).

2.4. Criminalização e o aumento do rigor penal como resposta aos homicídios praticados contra mulheres

O movimento feminista foi essencial para a alteração do panorama internacional no tratamento da violência contra a mulher e na luta pela igualdade de gênero. Foi por meio da pressão por ele exercida que se desenvolveram acordos internacionais, convenções e declarações que tinham como escopo garantir a igualdade material entre homens e mulheres, bem como punir as discriminações de gênero[24]. A exemplo disso está a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1979, documento de caráter vinculante, que tinha como objetivo primordial o combate à discriminação e, consequentemente, à violência contra a mulher[25].

No Brasil, contudo, os avanços alcançados no plano internacional não tiveram efeitos imediatos, tampouco desenvolveram-se de forma ordenada. Celi Pinto, em sua obra *Uma história do feminismo no Brasil*, propõe-se a destacar as principais tendências do movimento feminista, dividindo-as em dois momentos principais: o primeiro do final do século XIX até 1932, em que se buscava a mudança da posição e a conquista de direitos da mulher enquanto cidadã, e o segundo que se inicia em 1968, em que se buscou alcançar, para além da expansão dos direitos políticos, a educação. No entanto, o período de intenso fomento do movimento é seguido de um momento de refluxo dos movimentos feministas que se inicia com o golpe de 1964[26].

---

24. REIS, Jussara; EPPING, Léa. Cidadania e feminismo no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 1, 2012.

25. A convenção define como discriminação contra a mulher "toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo". Ressalta-se que a definição, segundo a resolução 19 do comitê responsável pelo monitoramento do implemento da CEDAW inclui a violência decorrente de questões de gênero. Dessa forma, vinculam-se os fenômenos da discriminação de gênero e da violência, intrinsecamente relacionados, reconhecendo-as como uma violação aos direitos humanos.

26. OTTO, Clarícia. O feminismo no Brasil: suas múltiplas faces. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 12, n. 2, maio-ago. 2004.

A atuação feminina na luta em oposição ao regime ditatorial, sobretudo na luta armada, significou a conquista da sua inserção política e a transgressão dos comportamentos associados essencialmente às mulheres. O período ainda se revelou particularmente importante para a verificação da desigualdade de gênero, demonstrada através do modo como mulheres militantes eram torturadas pela ditadura. A violência praticada contra elas era direcionada: muitas delas sofriam abusos sexuais, além de os torturadores se utilizarem a todo tempo do vínculo entre mãe e filho(a) como um modo especial de imprimir-lhes sofrimento[27].

A experiência adquirida pelas mulheres na resistência à ditadura, a mudança do panorama político e a expansão do mercado de trabalho, do sistema educacional e do desenvolvimento cultural foram fatores que influenciaram muito a vida privada das mulheres brasileiras. Estes, aliados ao reconhecimento pela ONU da violência contra a mulher como um problema social, declarando em 1975 o ano internacional da mulher, permitiu que os movimentos feministas saíssem das sombras e se integrassem entre si[28].

Com o seu fortalecimento, passou-se a pautar publicamente o problema da violência contra a mulher, com a aproximação em relação às vítimas para melhor ampará-las e a promoção de um primeiro contato entre elas e as diretrizes feministas. Nesse contexto, mais precisamente em 1985, criou-se a delegacia especializada para o atendimento da mulher vítima de violência e o SOS Mulher[29].

O trabalho no SOS Mulher tinha como objetivo transformar um momento de crise em um processo de tomada de consciência por parte da mulher, o que incluía não apenas o apoio material e psicológico, mas também a orientação jurídica de como ela poderia proceder em face do agressor[30].

27. OTTO, Clarícia. O feminismo no Brasil: suas múltiplas faces. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 12, n. 2, maio-ago. 2004.

28. SARTI, Cynthia Andersen. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 2, n. 2, maio-ago. 2004.

29. FERREIRA, Flávia. Notas sobre Eliane de Grammont, "SOS Mulher" e a luta contra a violência a mulher no Brasil dos anos 1980. Esquerda Diário, 2016. Disponível em: [www.esquerdadiario.com.br/Notas-sobre-Eliane-de-Grammont-SOS-Mulher-e-a-luta-a-contra-a-violencia-a-mulher-no-Brasil-dos-anos]. Acesso em: 02.10.2018.

30. FERREIRA, Flávia. Notas sobre Eliane de Grammont, "SOS Mulher" e a luta contra a violência a mulher no Brasil dos anos 1980. Esquerda Diário, 2016. Disponível em: [www.esquerdadiario.com.br/Notas-sobre-Eliane-de-Grammont-SOS-Mulher-e-a-luta-a-contra-a-violencia-a-mulher-no-Brasil-dos-anos]. Acesso em: 02.10.2018.

Sob outro enfoque, os movimentos feministas buscavam a promoção da mobilização política em prol da conquista dos direitos das mulheres. A exemplo disso estão a marcha organizada em 1979, com o *slogan* "quem ama não mata", pela morte de Ângela Diniz[31] e aquela organizada em 1981, pela morte de Eliane de Grammont, cantora e compositora da década de 1970.

O assassinato de Ângela Diniz, para além da gravidade do crime praticado, teve grande destaque pela tese adotada pela defesa Doca Street, realizada por Evandro Lins e Silva, que se baseou na legítima defesa da honra, tese esta que, em 1979, garantiu a ele inicialmente dois anos de prisão. Segundo o relatado pelo agressor, durante a discussão por eles travada, as últimas palavras de Ângela foram: "[...] se quiser ficar comigo vai ter de me dividir com homens e mulheres". Ao final do julgamento, Doca foi ovacionado por ser considerado um modelo de homem para sua época[32].

Ainda que o SOS Mulher tenha sido relevante para fins de demonstração do impulsionamento do movimento feminista no enfrentamento da violência de gênero, o grande marco no tema foi a criação das Delegacias de Defesa das Mulheres (DDM).

A primeira delegacia especializada foi criada em São Paulo, por iniciativa do Conselho Estadual da Condição Feminina de São Paulo (CECF)[33], mediante ideia desenvolvida pelo então Secretário da Segurança Pública de São Paulo,

31. Ângela Maria Fernandes Diniz era uma *socialite* brasileira que foi assassinada em sua casa de praia, localizada no Rio de Janeiro, por seu companheiro Raul Fernandes do Amaral Street, também conhecido como Doca Street, mediante disparos de arma de fogo no rosto e na nuca, depois de uma discussão motivada por ciúmes.

32. BRUM, Eliane. "Não matei por amor": sexo, cocaína, champanhe. Quatro tiros. O corpo de uma das mulheres mais belas do Brasil. Depois de 30 anos, Doca Street conta os bastidores de um dos crimes mais célebres do país. Época, 2006. Disponível em: [http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDR75229-6014,00.html]. Acesso em: 07.07.2017.

33. O Conselho Estadual da Condição Feminina nasceu de um encontro de mulheres realizado em São Paulo, no ano de 1982. O objetivo era diagnosticar a situação da mulher no Estado de São Paulo e propor a elaboração de uma política global de enfrentamento de suas causas. Na época, apenas existiam programas isolados e desarticulados, motivo pelo qual a proposta que se realizou à época foi a criação de um órgão institucional, composto de mulheres, que se destinasse a elaboração de políticas públicas para o enfrentamento da condição social da mulher. Desta forma, surge o Conselho Estadual da Condição Feminina do Estado de São Paulo, posteriormente se expandindo a Minas Gerais, Brasília e outros estados.

Michel Temer[34]. A ideia surgiu após inúmeras reclamações feitas por mulheres a respeito do mau atendimento nas delegacias comuns e tinha como finalidade a criação de um espaço em que elas pudessem se sentir seguras para efetuar a denúncia contra seus agressores.

Após a sua efetiva implantação, verificou-se, na prática, um intenso distanciamento entre as diretrizes estabelecidas pelo projeto e a realidade praticada nas DDMs. Aos poucos, as delegacias especializadas se aproximaram do cotidiano das demais delegacias, eis que havia grande dificuldade por parte da instituição policial de assimilação dos propósitos de criação destas delegacias e das necessidades das mulheres que os procuravam. Adotou-se um viés investigativo-punitivo que se mostrava incompatível com o que ocorria na realidade, visto que, por vezes, as mulheres não objetivavam ingressar com a persecução penal. Ademais, a mudança do cenário político da época contribuiu para a falência do sistema, em decorrência de uma interferência político-partidária que modificou o funcionamento das delegacias especializadas quanto à abrangência de sua competência e à disponibilização de recursos materiais[35].

As críticas também se direcionavam ao fato de que, embora se considerasse a importância da promoção de uma resposta penal efetiva aos agressores, as demandas femininas ultrapassavam esse âmbito de atuação, e também à sua posterior extensão de escopo de atuação para as violências cometidas contra crianças e adolescentes no meio doméstico familiar, promovida pelo Decreto 40.693/1996[36].

Contudo, ainda que o formato desejado não tenha sido atingido, a criação de tais delegacias prestou-se a dar mais visibilidade ao problema da violência de gênero. A necessidade de criação de uma delegacia direcionada somente a atender casos que envolvem a referida temática evidencia a prática reiterada dessa forma de violência. Além disso, o número de registros policiais – com o recorte de gênero –, antes desconhecidos, revelava também as diferentes formas de violência

34. TEMER CRIOU A PRIMEIRA ESTRUTURA DE DEFESA DA MULHER. Portal Brasil, 2016. Disponível em: [www.brasil.gov.br/governo/2016/05/temer-criou-primeira-estrutura-de-defesa-da-mulher-em-1985]. Acesso em: 07.07.2017.

35. IZUMINO, Wânia Pasinato. Delegacias de defesa da mulher e juizados especiais criminais: mulheres, violência e acesso à justiça. *Revista de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, dez. 2005. p. 93.

36. DO DOUTO, Maria Cláudia Girotto. *Lei Maria da Penha e princípio da subsidiariedade*: um diálogo entre o direito penal mínimo e as demandas de proteção contra a violência de gênero no Brasil. Dissertação de Mestrado na Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p.48-51.

sofrida pelas mulheres, bem como os diferentes agentes que poderiam praticá-las, de forma a alertar sobre a necessidade social de se buscar outras frentes de atuação em sua erradicação[37].

Em 1995, promulgou-se a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099), que se apoiou na busca por um direito penal mínimo, caracterizado pela descriminalização, desinstitucionalização e despenalização. O objetivo da lei era ampliar o acesso da população à justiça, mediante um procedimento mais célere e informal. Sua atuação, entretanto, é limitada aos crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles em que a pena máxima cominada não supere dois anos, cumuladas ou não com multa[38].

Com a edição da referida Lei, a quase totalidade das ocorrências registradas nas delegacias especializadas passou a ser regida por seus dispositivos. Se, por um lado, isso fez com que se desse mais visibilidade ao problema da violência de gênero, que passava a chegar nos Tribunais, e não mais ser barrado nas delegacias, por outro, promoveu a banalização dos crimes dessa natureza. Isso porque, ao juntarem-na aos demais casos considerados de menor potencial ofensivo, tornou-se menos visível a potencialidade lesiva da escalada da violência, além de a pena aplicada aos casos ser considerada pouco gravosa ao agressor, consistindo em sua maioria apenas penas de multa e fornecimento de cestas básicas a instituições de caridade.

A própria informalidade e a busca da conciliação, marcas do procedimento nos Juizados Especiais, retiram a sensação de apoio jurídico e institucional, observando-se um movimento regressivo no qual a violência sofrida passa novamente a ser vista como problema a ser resolvido na esfera da vida privada. Ainda, a própria classificação da agressão como delito de menor potencial ofensivo reforçou o preconceito e a discriminação das mulheres vítimas desse tipo de violência, dando uma aparente forma de legalização da agressão[39].

Outra questão importante é que as lesões corporais de natureza leve, como condicionadas à representação, faziam com que as mulheres tivessem que vencer grandes barreiras para realizar a representação, para, posteriormente, serem

37. IZUMINO, Wânia Pasinato. Delegacias de defesa da mulher e juizados especiais criminais: mulheres, violência e acesso à justiça. *Revista de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, dez. 2005. p. 93.

38. Artigo 61 da Lei 9.099/1995.

39. IZUMINO, Wânia Pasinato. Delegacias de defesa da mulher e juizados especiais criminais: mulheres, violência e acesso à justiça. *Revista de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, dez. 2005. p. 93.

submetidas a uma perversa pressão para retirarem as queixas. Por outro lado, atribuir à mulher o poder de realizar a queixa também é uma forma de promover o seu empoderamento e, no caso concreto, poderia ser importante fator para que a vítima pudesse traçar um diálogo com o agressor e isso fosse suficiente para a resolução do conflito[40].

É justamente nesse contexto que o Centro pela Justiça do Direito Internacional e o Comitê Latino-Americano da Defesa da Mulher (CLADEM) realizaram uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em relação ao caso de Maria da Penha Maia Fernandes, que deu origem à Lei Maria da Penha.

A Lei, quando promulgada, gerou uma enorme desconfiança e resistência, tendo sido alvo, inclusive, de ações constitucionais visando à sua invalidação[41]. No entanto, ainda é considerada um marco para o movimento feminista e para o enfrentamento da violência de gênero, por ter como diretriz a garantia da proteção das mulheres dos mais diversos tipos de violência, entre as quais física, psicológica, sexual, patrimonial e moral dentro do âmbito familiar e afetivo.

O texto legislativo, de iniciativa de um consórcio de ONGs, prevê medidas judiciais e extrajudiciais, além de ser caracterizado por um conjunto de políticas públicas direcionado ao amparo das vítimas. Ele se volta, como enunciado em seu art. 1º, à criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, dando a ela especial enfoque aos direitos humanos.

Destaca-se, nesse ponto, o não protagonismo penal de suas previsões, mas sua importância na ressignificação da agressão de mulheres no âmbito doméstico-familiar, fruto do reconhecimento de uma demanda especialmente feminina. A visibilização do problema potencialmente pode significar um importante passo para a compreensão dos complexos fatores que geram as agressões, bem como

40. DO DOUTO, Maria Cláudia Girotto. *Lei Maria da Penha e princípio da subsidiariedade*: um diálogo entre o direito penal mínimo e as demandas de proteção contra a violência de gênero no Brasil. Dissertação de Mestrado na Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 51-54.

41. O Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Declaratória de Constitucionalidade 19 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424. A primeira ação foi ajuizada pela Presidência da República que pleiteava a confirmação da legalidade de alguns dispositivos da Lei Maria da Penha. A ADC 19 declarou, por unanimidade, os dispositivos 1º, 33º e 41º da referida Lei. A ADI 4424 foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República que questionava a constitucionalidade dos artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei. Por maioria de votos decidiu-se que a Lei 9.099/95 não se aplica aos casos submetidos à Lei Maria da Penha, bem como que nos crimes de lesão corporal praticados contra mulher, em âmbito de violência doméstica, a ação penal passava a ser pública incondicionada.

pode promover o empoderamento feminino para que as mulheres vitimadas repetidamente possam libertar-se de tal violência.

Mais recentemente, sob a mesma lógica da criação da Lei Maria da Penha, foi criada a Lei do Feminicídio, que, como já mencionado, aumentou a quantidade de pena aplicada aos crimes desta natureza. O Projeto de Lei 292/2013 foi criado com o objetivo de combater a impunidade desses crimes e punir de forma mais severa aqueles que os praticassem.

Contudo, a tutela pelo direito penal traz consigo um dilema: a consciência da existência de um sistema falido, repleto de desigualdades e falhas estruturais, que seleciona os mais pobres e viola os direitos fundamentais, sem que se tenham efetivos benefícios às vítimas *versus* a impunidade com que são tratadas as mulheres vítimas de violência e os crescentes índices de ocorrência de crimes dessa natureza.

Isso significa depositar no sistema penal, marcadamente um dos instrumentos mais poderosos de manutenção e reprodução da dominação e da exclusão[42], ineficaz para o combate à impunidade e à criminalidade de qualquer gênero por meio da imposição de pena[43], a crença da superação de um fenômeno cultural, fruto da dominação da mulher pelo homem, concepção já enraizada no ideário e nas relações sociais. Além disso, o sistema continuará a ser desigual, e a submissão do agressor pertencente a uma classe subalternizada jamais será semelhante àquele que possui recursos financeiros para ter acesso a uma defesa qualificada[44].

No que se refere mais precisamente à temática da diferenciação entre homens e mulheres, o sistema ainda assim é discriminatório. Enquanto os homens são selecionados a partir de padrões econômicos, as mulheres são selecionadas pela justiça criminal, de forma a garantir o cumprimento do papel atribuído a elas na esfera de reprodução, o que se observa até mesmo pelos crimes com sujeito ativo exclusivamente feminino, como o infanticídio e o aborto. Assim, ao pretender utilizar-se do sistema penal para a garantia dos direitos das mulheres, sobretudo no que se refere à violência de gênero, está-se a utilizar de um mecanismo discriminatório por excelência para combater um comportamento proveniente essencialmente da crença na superioridade do gênero masculino[45].

42. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 171.

43. KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos sediciosos – Crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, n. 1, 1996. p. 80-82.

44. ZAFFARONI, Raúl. *El sistema penal en los países de América Latina*. Coletânea Sistema penal para o terceiro milênio. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 221-236.

45. BARATTA, Alessandro; STRECK, Lenio Luiz; PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999. p. 50-51.

Esse paradoxal comportamento pode ser verificado concretamente no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424 (ADI 4424) sobre o disposto no artigo 16 da Lei Maria da Penha, que trata da iniciativa da ação penal no caso de prática de crime de lesão corporal leve praticado no âmbito da violência doméstica e familiar[46]. O aludido dispositivo já previa um tratamento especial no que concerne à renúncia à representação, que somente poderia ser feita diretamente ao juiz, em audiência especialmente designada para esta finalidade. Entretanto, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na mencionada ADI 4424 foi além e negou eficácia ao dispositivo para o fim de afastar a exigência de representação, tornando a ação penal pública incondicionada, ou seja, de iniciativa do próprio Ministério Público.

Por um lado, a decisão promoveu um avanço, porque tirou a pressão exercida contra as vítimas para a não realização da representação ou sua retirada, mas, por outro, retirou das mulheres o protagonismo de suas próprias vidas, colocando-as em uma posição passiva, de uma vítima que é incapaz de decidir o que é melhor para si mesma.

Ao buscar uma explicação para o fenômeno, Luanna T. Souza[47] explicita que a ânsia pela intervenção do sistema penal pode ser explicada pela experiência de viver em uma sociedade de risco, pois, dessa forma, a punição significaria a busca por uma maior segurança, já que a sociedade em si já se apresenta repleta de incertezas, medos, perigos e ameaças. Uma segunda explicação seria advinda da filosofia, com Nietzsche. Nessa perspectiva, o anseio pelo movimento feminista de uma legislação penal mais rigorosa a ser aplicada nos casos de violência de gênero, reflete o desejo de "não esquecer", ou seja, para que o fato não seja apagado da memória, pune-se exemplarmente o agressor[48].

Ainda que se encontre uma explicação para o fenômeno, deve-se reconhecer que a reação punitiva dá uma falsa sensação de satisfação e segurança que impedem que se busque outras soluções mais adequadas ao problema. Há uma ideia errônea de que o problema é caracterizado por desvios pessoais, e não estruturais, de forma que a punição aplicada a determinado indivíduo se prestará a alcançar uma solução satisfatória, o que não corresponde à realidade.

---

46. KARAM, Maria Lúcia. *Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas*, 2015. Disponível em: [www.justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/]. Acesso em: 02.10.2018.

47. Professora da Universidade Federal do Pará (UFPA) e Coordenadora do Programa de Atendimento a Vítimas de Violência do NPJTUFPA.

48. DE SOUZA, Luana T. Demanda penal e violência doméstica e familiar cometida contra a mulher no Brasil. *Revista Ártemis*, Paraná, v. 13, jan.-jul. 2012.

A Lei do Feminicídio, em particular, é o objeto de estudo do presente trabalho. As tendências observadas a partir da sua promulgação serão objeto de estudo e análise aprofundados, com vista a observar se os seus objetivos declarados estão estatisticamente sendo atendidos.

3. Panorama expositivo dos casos de feminicídio antes e depois da promulgação da Lei do Feminicídio e análise de dados relativos ao 1º Tribunal do Júri do Estado de São Paulo

O escopo da pesquisa é a análise preliminar da atenção ou não aos objetivos declarados da Lei do Feminicídio, especificados no item 2.1 do presente artigo, mediante a verificação estatística comparativa do número de condenações e da quantidade média de pena aplicada nos homicídios de mulheres, antes e depois de sua promulgação. Para fins de delimitação da pesquisa, escolheu-se o 1º Tribunal do Júri de São Paulo. Isso porque ele é considerado o maior Tribunal do Júri da América Latina[49], estimando-se nele estarem em curso um total de 12.000 processos[50], sendo, portanto, a maior amostra disponível no Estado de São Paulo.

Nos casos anteriores à vigência da Lei do Feminicídio, foram selecionados casos que atualmente se enquadrariam no conceito jurídico de feminicídio, mas que, por inexistência de tipo legal específico à época, não eram assim capitulados na denúncia[51]. A seleção dos casos, embora conte com certa subjetividade do

49. O 1º Tribunal do Júri possui atualmente dez plenários para julgamentos pelo Júri, sendo um deles de grande porte, destinado aos julgamentos de maior repercussão.

50. Informação obtida junto da diretora do cartório do 1º Tribunal do Júri de São Paulo.

51. A incidência da qualificadora é caracterizada quando observada situação em que haja violência contra a mulher, praticada por homem ou mulher – o que também inclui as lésbicas, transgêneros, transexuais e travestis –, que tenham identidade com o sexo feminino –, em um contexto em que se torne evidente a relação de poder e submissão. A conduta se caracterizará quando se configurar a existência de razões do sexo feminino, conforme determina a lei. Ou seja, quando a conduta for praticada em um contexto de violência doméstica familiar ou por menosprezo ou discriminação à condição de mulher. É importante ressaltar que a expressão "violência doméstica e familiar" deve ser lida como "violência doméstica ou familiar", dado que é possível a existência de situação concreta em que o fato ocorra no âmbito doméstico sem que haja qualquer vínculo familiar. Ou ainda, que o fato ocorra fora do âmbito doméstico, mas que haja vínculo familiar entre os sujeitos ativo e passivo. O menosprezo à condição de mulher, por sua vez, caracteriza-se quando o agente ativo nutre pouca ou nenhuma estima ou apreço pela mulher vítima, a ponto de configurar-se desdém, desprezo, depreciação ou mesmo desvalorização.

pesquisador, foi realizada com rigorosos critérios analisando-se conjuntamente as interpretações extraídas da tipificação legal, com limitado auxílio da doutrina – utilizada apenas para fins interpretativos dos conceitos trazidos pela Lei –, com o estudo da jurisprudência sobre o tema (ainda que escassa), bem como pela colheita e análise da interpretação atribuída ao dispositivo legal no enquadramento dos casos em momento posterior à vigência da Lei.

A incidência da qualificadora é caracterizada quando observada situação em que haja violência contra a mulher, praticada por homem ou mulher[52], em um contexto em que se torne evidente a relação de poder e submissão em um contexto de violência doméstica familiar ou quando seja caracterizado o menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

A expressão "violência doméstica *e* familiar" deve ser lida como "violência doméstica *ou* familiar", dado que é possível a existência de situação concreta em que o fato ocorra no âmbito doméstico sem que haja qualquer vínculo familiar, ou ainda, que o fato ocorra fora do âmbito doméstico, mas que haja vínculo familiar entre os sujeitos ativo e passivo.

O menosprezo à condição de mulher, por sua vez, caracteriza-se quando o agente ativo nutre pouca ou nenhuma estima ou apreço pela mulher vítima, a

Quanto à natureza da qualificadora do feminicídio, para fins da pesquisa, a consideramos subjetiva, pressupondo em seu próprio tipo uma motivação especial de um homicídio praticado contra a mulher por razão de condições do sexo feminino. A classificação da qualificadora como de natureza subjetiva tem consequências práticas importantes, são elas: (a) a motivação do crime tem que restar evidente no decorrer no processo e deverá ser abordada de forma contundente no plenário de julgamento; (b) caso seja arguida e acatada a tese da existência de homicídio privilegiado, a qualificadora do feminicídio restará prejudicada; (c) no caso em que se verifique o concurso de agentes, as qualificadoras não se estenderão aos coautores e partícipes.

52. Utilizou-se nesta pesquisa a interpretação de que é possível a configuração do feminicídio quando o sujeito ativo do crime é também mulher, dado que a própria jurisprudência dos tribunais superiores – a exemplo do HC 277.561/AL de Relatoria do Ministro Jorge Mussi, julgado em 06.11.2014 – entende como configurada a violência doméstica não apenas quando se trata do cônjuge ou companheiro, mas também outros familiares que convivam com a vítima, independente do gênero do agressor. Para sua configuração basta que a violência tenha como motivação a situação de vulnerabilidade, em decorrência de uma relação de poder e submissão. Para além de reconhecimento no âmbito familiar (entre mãe e filha, por exemplo), a possibilidade da configuração do tipo penal com um sujeito ativo feminino é decorrente de uma interpretação que leva em consideração os relacionamentos homoafetivos, em que as relações de dominação e submissão podem ser reproduzidas, como fenômeno cultural.

ponto de configurar-se desdém, desprezo, depreciação ou mesmo desvalorização. Essa definição encontra-se positivada no artigo 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação da Mulher (CEDAW), que assim dispõe:

> Toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Ainda que estabelecidas tais balizas, a análise é realizada no caso em concreto, pois o tipo, nesse aspecto, tornou-se aberto, sujeito à sua observação caso a caso.

Quanto ao sujeito passivo do crime de feminicídio, a despeito da invocação por alguns estudiosos da impossibilidade de uma interpretação extensiva da lei às transexuais – diretriz que deve ser seguida na interpretação das normas penais incriminadoras –, quanto ao sujeito passivo abarcado pela Lei, o conceito de mulher utilizado nesta pesquisa não é definido por critérios genéticos ou fisiológicos, sendo também aplicável o feminicídio às transexuais. Isso porque a lei tem por escopo a proteção da mulher, assim entendida aquela que assim se identifica e comporta socialmente, interpretação esta que prescinde da necessidade de intervenção cirúrgica ou mesmo a alteração no registro civil. Tal entendimento está em consonância com o próprio posicionamento do Ministério Público[53] e dos Tribunais[54] sobre o tema.

53. Em outubro de 2016, o Ministério Público de São Paulo ofereceu a primeira denúncia pela morte de Michele, transexual, praticada por Luiz Henrique Marcondes dos Santos, seu parceiro à época, com quem convivia há dez anos, mediante estrangulamento e golpes de faca. Esse entendimento é fruto de uma diretriz do Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPG) que orienta os promotores a utilizarem-se da Lei Maria da Penha nos casos em que as vítimas sejam transexuais ou travestis, independente de cirurgia de transgenitalização, alteração do nome ou sexo no documento civil. Michele não fez cirurgia de redesignação sexual ou alterou o nome e gênero no registro civil, mas, segundo o promotor de justiça, Flávio Farinazzo Lorza, que ofereceu a denúncia do caso, "ela era mulher e se identificava como tal. Fez algumas cirurgias, como a manipulação de silicone nos seios. Fazia uso do seu nome social e assim era tratada por todos no seu dia-a-dia, inclusive pelo seu parceiro".

54. A denúncia apresentada pelo Ministério Público de São Paulo anteriormente mencionada foi recebida em outubro de 2016, pela juíza Patricia Inigo Funes e Silva, da 3ª Vara do Tribunal do Júri de São Paulo.

Ademais, a interpretação da Lei do Feminicídio em muito se aproxima daquela atribuída à Lei Maria da Penha, dada a proximidade do próprio objeto de proteção da Lei: a mulher vítima de violência. Em relação à Lei Maria da penha, os tribunais já possuem entendimento firmado de que a proteção legislativa se estende "às lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino"[55].

No que se refere à natureza da qualificadora do feminicídio, utilizou-se seu caráter subjetivo, visto que é pressuposto do tipo uma motivação especial de um homicídio praticado contra a mulher por razão de condições do sexo feminino. O fato de utilizar-se na interpretação de conceito de violência contra a mulher não afasta a subjetividade, dado que o § 2º-A exemplifica o teor da qualificadora, que em si mesmo deixa claro que o homicídio se qualifica pela motivação e não por qualquer meio de execução.

Essa definição tem consequências práticas importantes, são elas: (a) a motivação do crime tem que restar evidente no decorrer no processo e deverá ser abordada de forma contundente no plenário de julgamento; (b) caso seja arguida e acatada a tese da existência de homicídio privilegiado, a qualificadora do feminicídio restará prejudicada; (c) no caso em que se verifique o concurso de agentes, as qualificadoras não se estenderão aos coautores e partícipes[56].

55. A exemplo disso está o HC 1.0000.09.513119-9/000, de Relatoria de Júlio Cezar Gutierrez, de que se extrai o seguinte trecho: Para a configuração da violência doméstica não é necessário que as partes sejam marido e mulher, nem que estejam ou tenham sido casados, já que a união estável também se encontra sob o manto protetivo da lei. Admite-se que o sujeito ativo seja tanto homem quanto mulher, bastando a existência de relação familiar ou de afetividade, não importando o gênero do agressor, já que a norma visa tão somente à repressão e prevenção da violência doméstica contra a mulher. Quanto ao sujeito passivo abarcado pela lei, exige-se uma qualidade especial: ser mulher, compreendidas como tal as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino. Ademais, não só as esposas, companheiras, namoradas ou amantes estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica como sujeitos passivos. Também as filhas e netas do agressor como sua mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar com ele podem integrar o polo passivo da ação delituosa.

56. Nesse sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente:

    A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido da possibilidade de homicídio privilegiado-qualificado, desde que não haja incompatibilidade entre as circunstâncias do caso. Noutro dizer, tratando-se de qualificadora de caráter objetivo (meios e modos de execução do crime), é possível o reconhecimento do privilégio

Adotando-se a metodologia explicitada, após a análise individual de cada um dos casos em trâmite e já arquivados pela Vara, foi possível obter 136 casos anteriores e 12 casos posteriores à vigência da Lei do Feminicídio, todos localizados no marco temporal de 1º de janeiro de 2000[57] a 31 de março de 2017[58].

De cada um dos processos levantados extraiu-se os seguintes dados que foram considerados relevantes para o desenvolvimento da pesquisa: (i) processo; (ii) homicídio consumado ou tentativa de homicídio; (iii) ano do fato; (iv) descrição do fato na denúncia; (v) capitulação da denúncia; (vi) espécie de decisão proferida na primeira fase do procedimento do júri (pronúncia, impronúncia, absolvição ou desclassificação); (vii) sentença proferida na segunda fase do procedimento do júri; (viii) ano da condenação; (ix) pena cominada à conduta; (x) eventual reforma da decisão; (xi) sexo do Juiz Presidente; (xii) conformação do júri.

Os determinantes "sexo do juiz presidente" e "conformação do júri" foram extraídos com o fito de validar a pesquisa realizada e avaliar se outros fatores, além dos efeitos provocados pela própria legislação criada, poderiam influenciar as estatísticas obtidas. Buscou-se verificar, também, se o sexo do juiz presidente – feminino ou masculino – poderia interferir na quantidade de pena aplicada ao acusado, ao passo que os índices de condenação poderiam ser diretamente afetados pela conformação do corpo de jurados, se predominantemente masculino ou feminino.

(sempre de natureza subjetiva) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97034/MG, Impetrante: Defensoria Pública, Paciente: Rosenilde de Assis Soares Silva, Rel. Min. Ayres Britto, 1ª Turma, Brasília, *DJE* 081, j. 06.04.2010, publicado em 07.05.2010.

"Admite-se a figura do homicídio privilegiado-qualificado, sendo fundamental, no particular, a natureza das circunstâncias. Não há incompatibilidade entre circunstâncias subjetivas e objetivas, pelo que o motivo de relevante valor moral não constitui empeço a que incida a qualificadora da surpresa". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 4408/RJ, Recorrente: João Cândido da Silveira Filho, Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 6ª Turma, Rel. Min. Costa Leite, Brasília, j. 14.04.1992, publicado em 25.05.1992.

57. O marco temporal inicial no ano de 2000 foi assim fixado por ser o momento em que a violência contra a mulher, mais precisamente relacionada ao homicídio de mulheres, passa a ter relevância dentro da pauta política e legislativa. Além disso, embora outras obras tenham sido produzidas em momentos anteriores, a criminologia começa a produzir textos que tinham como enfoque específico a relação entre violência de gênero e criminologia, como a obra Criminologia e gênero, publicada em 1999.

58. O marco temporal final fixado em março de 2017 assim foi estabelecido para fins de delimitação da pesquisa de campo, dada a necessidade de tempo hábil para análise dos dados obtidos.

A coleta dos casos foi realizada durante o lapso temporal de quatro meses (dezembro de 2016 a março de 2017) no cartório da 1ª Vara do Tribunal do Júri do Estado de São Paulo. A proposta inicial era de coleta de 400 casos, 200 antes da promulgação da Lei e 200 posteriores a ela, que se localizassem temporalmente entre os anos de 2015 a 2017.

Contudo, o primeiro obstáculo encontrado foi a própria natureza do procedimento dos casos que são submetidos à competência do Tribunal do Júri. Em decorrência da divisão do procedimento em duas fases distintas, os processos têm o trâmite estendido, de forma que, nos casos anteriores à Lei, se o lapso temporal fixado inicialmente fosse respeitado, a quantidade de casos coletada seria muito inferior àquela proposta inicialmente no projeto. Ademais, apesar de respeitados critérios rigorosos de classificação dos casos anteriores à Lei como enquadráveis na conduta de feminicídio, a ampliação da amostra trouxe dados mais representativos dos fatores observados, além de se justificar pela própria trajetória histórica narrada no item 2.4 do presente artigo como o marco da relevância política e acadêmica do debate da violência de gênero.

Quanto àqueles posteriores à vigência da Lei, o fator extensão do procedimento aliado à recente edição da Lei tornou o número de casos julgados pequeno, em um total de 12, o que nos permite traçar metodologicamente apenas uma conclusão parcial das tendências da Lei, mas que em nada invalidam a análise estatística dos dados obtidos.

Outro obstáculo relevante a ser mencionado foi a identificação de fatores que pudessem exercer influência nos resultados, para além dos próprios efeitos da Lei. Os determinantes identificados foram a composição do corpo de jurados, se majoritariamente feminino ou masculino, que poderia interferir nos índices de condenações, e o sexo do juiz presidente do júri, que poderia impactar a quantidade de pena aplicada.

Por fim, o último obstáculo a ser apontado é o acesso à informação e aos dados relativos aos casos. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não possui uma sistematização de dados eficiente e transparente que um terceiro possa ter acesso. Por isso, para a reunião dos dados da pesquisa foi necessária a permissão da Juíza Titular da 1ª Vara do Júri de São Paulo, Dra. Débora Faitarone, para que se pudesse ter acesso aos processos, ainda físicos, no próprio cartório e os eletrônicos via sistema E-SAJ. A sistematização de dados e a elaboração de estatísticas, por esse motivo, ficaram completamente a cargo do pesquisador, o que tornou a pesquisa longa e complexa.

Observadas as dificuldades encontradas para a obtenção dos dados, passemos à análise dos resultados.

Tabela 1. Dados percentuais e quantitativos aos casos anteriores à vigência da Lei do Feminicídio

Casos anteriores à vigência da Lei do Feminicídio Total de casos: 139[59]		
Primeira fase do procedimento do júri		
Sentença	**Quantidade de casos (em números)**	**Representação em porcentagem (%)**
Pronúncia	118	84,89
Impronúncia	6	8,33
Desclassificação	14	19,44
Absolvição	1	1,39
Segunda fase do procedimento do júri		
Sentença	**Quantidade de casos (em números)**	**Representação em porcentagem (%)**
Condenação	85	72,03
Desclassificação[60]	18	15,25
Absolvição	15	12,71
Pena aplicada: condenações e desclassificações		
Pena total (em meses)		15.564,97
Pena média (em meses)		151,12
Pena média (em anos)		12,59
Pena aplicada: desclassificações		
Pena total (em meses)		300,77
Pena média (em meses)		16,71
Pena média (em anos)		1,39
Pena aplicada: condenações		
Pena total (em meses)		15.264,20
Pena média (em meses)		179,58
Pena média (em anos)		14,96

Fonte: elaborada pela autora.

59. Para fins de cálculo das estatísticas, nos casos em que figurava no polo passivo mais de um réu, contabilizou-se cada um deles como um caso independente.

60. Em quatro dos casos em que a conduta foi desclassificada não houve a aplicação de pena, sendo ofertado pelo Ministério Público e aceito pelos réus suspensão condicional do processo.

Tabela 2. Dados percentuais e quantitativos aos casos posteriores à vigência da Lei do Feminicídio

Casos posteriores à vigência da Lei do Feminicídio Total de casos: 12		
Primeira fase do procedimento do júri		
Sentença	**Quantidade de casos (em números)**	**Representação em porcentagem (%)**
Pronúncia	8	66,67
Impronúncia	0	0,00
Desclassificação	3	25,00
Absolvição	1	8,33
Segunda fase do procedimento do júri		
Sentença	**Quantidade de casos (em números)**	**Representação em porcentagem (%)**
Condenação	5	62,50
Desclassificação	2	25,00
Absolvição	1	12,50
Pena aplicada: condenações e desclassificações		
Pena total (em meses)		598,42
Pena média (em meses)		85,49
Pena média (em anos)		7,12
Pena parcial: desclassificação		
Pena total (em meses)		6,00
Pena média (em meses)		3,00
Pena média (em anos)		0,25
Pena aplicada: condenações		
Pena total (em meses)		592,42
Pena média (em meses)		118,48
Pena média (em anos)		9,87

Fonte: elaborado pela autora.

Analisando os dados apresentados, na primeira fase do procedimento do júri, em um cenário comparativo, temos que:

(i) Em momento anterior à vigência da Lei do Feminicídio, a pronúncia era observada em 84,89% dos casos, ao passo que, em momento posterior, passou a representar apenas 66,67% dos casos, evidenciando uma queda de 18,22%;

(ii) Em momento anterior à vigência da Lei do Feminicídio, a impronúncia era observada em 8,33% dos casos, ao passo que, em momento posterior, ainda não houve decisão com tal teor, evidenciando uma queda de 8,33%;

(iii) Em momento anterior à vigência da Lei do Feminicídio, a desclassificação era observada em 19,44% dos casos, ao passo que, em momento posterior, passou a representar 25% dos casos, evidenciando um aumento 5,56%;

(iv) Em momento anterior à vigência da Lei do Feminicídio, a absolvição era observada em 1,39% dos casos, ao passo que, em momento posterior, passou a representar 8,33% dos casos, evidenciando um aumento de 6,94%.

Já na segunda fase do procedimento do júri, em um cenário comparativo temos que:

(i) Em momento anterior à vigência da Lei do Feminicídio, a condenação era observada em 72,03% dos casos, ao passo que, em momento posterior, passou a representar 62,50%, evidenciando uma queda de 9,53%;

(ii) Em momento anterior à vigência da Lei do Feminicídio, a desclassificação era observada em 15,25%, ao passo que, em momento posterior, passou a representar 25% dos casos, evidenciando um aumento de 9,75%;

(iii) Em momento anterior à vigência da Lei do Feminicídio, a absolvição era observada em 12,71% dos casos, ao passo que, em momento posterior, passou a representar 12,50%, evidenciando um aumento de 0,21%.

Com relação à pena, temos, em momento anterior à vigência da Lei do Feminicídio, a pena média[61] era de 14,96 anos, ao passo que, em momento posterior, passou a ser de 9,87 anos, evidenciando uma queda de 5,09 anos.

De posse dos resultados coletados em sede de pesquisa de campo, passa-se à análise da atenção ou não aos objetivos declarados da Lei do Feminicídio, à época da coleta dos dados. Vale lembrar que os objetivos da Lei eram o combate à impunidade, que se refletiria no aumento do número de condenações, e o maior rigor na punição do agressor, o que se verificaria com o aumento de pena aplicada.

Os números obtidos com a pesquisa demonstram, ao menos em uma análise preliminar, que os objetivos declarados não foram atendidos como o pretendido pelos idealizadores da Lei. É o que se passa a demonstrar a partir desse momento.

61. Em estatística, média é definida como o valor que mostra para onde se concentram os dados de uma distribuição como o ponto de equilíbrio das frequências em um histograma. Dessa forma, optou-se pela utilização da média para análise da quantidade de pena aplicada caso a caso para que não haja distorções causadas por penas maiores e menores evidenciadas nos casos em concreto.

Na primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri evidenciou-se: (i) queda de 18,22% no número de pronúncias; (ii) queda de 8,33% no número de impronúncias; (iii) aumento 5,56% nas desclassificações; e (iv) aumento de 6,94% nas absolvições.

Uma queda no número de pronúncias significa uma diminuição do número de casos que serão levados a júri popular em que os réus poderiam eventualmente vir a serem condenados. Isso também significa que os casos, seja pelo aumento no número de desclassificações, seja mesmo de absolvições sumárias, não passaram sob o chamado crivo de admissibilidade da acusação, caracterizada pela existência da materialidade do crime e de indícios suficientes de autoria, para que o processo pudesse passar à segunda fase e então ser submetido ao corpo de jurados, questão jurídico-técnica com possibilidade de influência nos dados apresentados.

O aumento do número de desclassificações indica que, diante da análise fático probatória produzida durante a instrução da primeira fase a conduta não foi considerada pelos juízes e juízas adequada a caracterizar o crime de homicídio, mais especificamente do feminicídio. Isso poderia estar associado tanto a uma interpretação mais conservadora por parte dos magistrados, o que, na prática, verifica-se bem recorrente, ou mesmo à fragilidade das provas colhidas até aquele momento.

Um aumento no número de absolvições sumárias, assim como no caso das desclassificações e das impronúncias, pode estar relacionado a um juízo subjetivo do juiz que, analisando o caso em concreto, considera: (i) o fato inexistente; (ii) que não há indícios de autoria por parte do réu; (iii) que o fato não se enquadra na descrição típica da conduta; e (iv) que restou evidenciada a isenção de pena ou exclusão do crime.

Apesar de, nesse momento processual, ter o juiz que se pautar por critérios objetivos descritos no próprio tipo penal ou mesmo na avaliação das provas, é possível que uma análise subjetiva encaminhe o(a) magistrado(a) em uma ou outra direção. Isso poderia estar associado à sua própria formação profissional e pessoal ou mesmo a certa resistência à aplicação da lei penal pela própria dificuldade de associação dos objetivos da Lei, que clamaram respostas estatais mais severas para os crimes desta natureza.

Uma pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça[62] revela o perfil dos magistrados brasileiros: eles são majoritariamente do sexo masculino (64%) – nos tribunais superiores os índices chegam a 82% – e brancos (84,5%).

62. PESQUISA DO CNJ APONTA O PERFIL DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61806-pesquisa-do-cnj-aponta-perfil-dos-magistrados-brasileiros]. Acesso em: 10.07.2017.

Inicialmente, é importante observar que a composição da magistratura revela problemas que ultrapassam a questão social e chegam à temática da reprodução da cultura machista, por homens ou mulheres, que se reflete no teor das decisões por eles exaradas.

Mariza Corrêa de forma pioneira, publicou um estudo em 1985 em que se propôs a estudar – nos casos ocorridos entre os anos de 1952 e 1972, em Campinas/SP – os julgamentos e eventuais condenações dos crimes ocorridos em decorrência da violência de gênero, mais especificamente os discursos realizados pelo Poder Judiciário[63]. A partir da análise das decisões proferidas pelos magistrados e magistradas, a autora pôde constatar que as condenações ou absolvições dependiam de juízos de adequação ou inadequação dos réus e das vítimas às performances dominantes (padrões de comportamento) de gênero atribuídas a homens e mulheres, valorizando-as em detrimento da conduta praticada.

Em 1987, Danielle Ardaillon e Guida Debert, em seu trabalho "Quando a vítima é mulher: análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio", analisaram a lógica dos julgamentos e sentenças nos casos de estupro e assassinato de mulheres ocorridos entre 1981 e 1986, em São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Maceió. O objetivo da pesquisa era entender como o Poder Judiciário operava nesses casos e de que forma ele acabava por reproduzir discriminações de gênero.

A conclusão a que chegaram as autoras, de forma bem próxima ao constatado por Mariza Corrêa, é que, especialmente no que tange aos crimes passionais, a justiça não se prestava a julgar o crime cometido, mas sim a conduta moral do réu e da vítima. A moral sexual da vítima era essencial para se pensar a estrutura do crime e para determinar a condenação ou absolvição do acusado. Essa mesma conclusão ainda foi abordada no livro *O judiciário e a violência contra a mulher: a ordem legal e a (des)ordem familiar*, de Jaqueline Hermann e Leila Linhares Barsted, e no relatório de pesquisa *Histórias para contar: retrato da violência física e sexual contra o sexo feminino na cidade de Natal*, organizado por Miriam Grossi e Analba Brasão Teixeira.

Apesar do decurso do tempo em relação aos estudos anteriormente expostos e embora os tribunais brasileiros venham rechaçando mais recentemente o uso de teses como a legítima defesa da honra para justificar a violência de gênero, o debate sobre o papel do Poder Judiciário na reprodução das expectativas de padrões

63. CORRÊA, Mariza. *Morte em família*: representações jurídicas de papéis sexuais. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1983.

de comportamento segue em voga. Isso porque, as teses de defesa continuam a invocar supostas traições praticadas pela vítima, descumprimento dos "deveres conjugais", términos de relacionamento, tudo para desqualificar a vítima e amenizar a conduta praticada pelo réu.

Outro fator importante é a forma de seleção dos magistrados. Os cursinhos preparatórios para a magistratura baseiam-se em técnicas de memorização, que objetivam unicamente o ingresso no concurso, sem trazer consigo quaisquer reflexões e debates acerca de temas como a violência de gênero e a aplicação das leis que versam sobre o tema[64]. Esses fatores, em conjunto, influenciam diretamente no ingresso de profissionais completamente despreparados para lidar com as situações desta espécie, o que causa um impacto direto nas decisões por eles exaradas.

Ademais, após o ingresso, não há qualquer preparo dos magistrados por parte da estrutura do Poder Judiciário no que diz respeito à conscientização do tema ou mesmo os motivos que ensejam este tipo de violência. Dessa forma, deparamo-nos com uma nova Lei que foi fruto, como anteriormente exposto, da luta feminista para a erradicação da violência de gênero, operada por profissionais desqualificados para tanto, que não possuem qualquer empatia ou mesmo conhecimento a respeito do tema que lhes permita uma reflexão mais aprofundada quando estiverem diante de um caso em concreto que envolva tais circunstâncias, o que pode e irá influenciar diretamente no conteúdo das decisões.

Ultrapassada essa breve reflexão, passa-se à continuidade da análise dos dados extraídos da pesquisa.

Na segunda fase do procedimento do Tribunal do Júri, evidenciou-se (i) queda de 9,53% no número de condenações; (ii) aumento de 9,75% no número de desclassificações; e um (iii) aumento de 0,21% no número de absolvições.

Antes de se iniciar a análise acerca dos dados anteriormente mencionados, necessário se faz um adendo quanto a uma variável de relevância quando se considera os índices de condenação: a composição do corpo de jurados, se majoritariamente feminino ou masculino, e seu eventual impacto no número de condenações/absolvições.

Tendo em vista a grande quantidade de dados a serem considerados e avaliados, bem como dos próprios reflexos da Lei, mais uma vez, os dividiremos em duas etapas distintas: antes e depois da promulgação da Lei do Feminicídio. Em

64. FONTAINHA, Fernando de Castro et al. O concurso público brasileiro e a ideologia concurseira. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 16, n. 110, out. 2014-jan. 2015. p. 671-702.

seguida, será feita uma análise comparativa dos dois períodos, a fim de verificar a tendência da promulgação da Lei do feminicídio nas decisões proferidas pelo corpo de jurados, quanto à sua composição.

Em momento anterior à promulgação da Lei do Feminicídio, nos júris compostos majoritariamente de pessoas do sexo masculino, foi possível detectar que (i) em 16,70% dos casos houve desclassificação para um delito de menor gravidade; (ii) em 72,70% dos casos houve a condenação do réu; e (iii) em 10,60% dos casos houve absolvição do réu.

Já no que diz respeito aos júris compostos majoritariamente de pessoas do sexo feminino, foi possível detectar que: (i) em 14,60% dos casos houve a desclassificação para um delito de menor gravidade; (ii) em 77% dos casos houve a condenação do réu; e (iii) em 8,40% dos casos houve a absolvição do réu.

Conforme se depreende da análise dos dados anteriormente expostos, quando o júri é composto majoritariamente de pessoas do sexo feminino, se comparado com aqueles formados em sua maioria por pessoas do sexo masculino, há uma sensível queda das desclassificações (2,1%) e das absolvições (2,2%), ao passo que o número de condenações sofre um tímido aumento (4,3%) se comparado com aqueles formados em sua maioria por pessoas do sexo masculino.

Não há como mensurar exatamente o impacto causado por esses índices nas estatísticas globais dos casos quanto ao número de condenações, mas se alerta para a possibilidade de que possa haver distorções causadas pela composição do corpo de jurados, apesar dos números se mostrarem bem próximos, ou seja, não haver relevante queda ou elevação dos índices considerados.

Em momento posterior à promulgação da Lei do Feminicídio, nos júris compostos majoritariamente de pessoas do sexo masculino, foi possível detectar que (i) não houve até o momento desclassificação para um delito de menor gravidade; (ii) em 67% dos casos houve a condenação do réu; e (iii) em 33% dos casos houve absolvição do réu.

Já no que diz respeito aos júris compostos majoritariamente de pessoas do sexo feminino, foi possível detectar que: (i) em 40% dos casos houve a desclassificação para um delito de menor gravidade; (ii) em 40% dos casos houve a condenação do réu; e (iii) em 20% dos casos houve a absolvição do réu.

Conforme se depreende da análise dos dados anteriormente expostos, quando o júri é composto majoritariamente por pessoas do sexo feminino há uma brusca elevação do número de desclassificações (40%) e uma queda no número de absolvições (13%), assim como no número de condenações (27%).

A partir dos dados descritos, verifica-se que se alterou significativamente o panorama após a promulgação da Lei do Feminicídio. Nos júris compostos

majoritariamente de pessoas do sexo feminino, houve o aumento no número de desclassificações (25,4%) e absolvições (11,60%) e uma diminuição considerável no número de condenações (37%). Não foram observados outros fatores, que não a promulgação da própria Lei que pudessem estar relacionados a esta mudança. Nos júris compostos majoritariamente de pessoas do sexo masculino, por outro lado, verificou-se a queda no número de desclassificações (16,70%) e de condenações (5,7%) e o aumento no número de absolvições (22,40%).

É possível extrair preliminarmente que a Lei tem surtido o efeito contrário ao então pretendido, sobretudo perante as mulheres, que naturalmente seriam aquelas que mais se sensibilizariam com a causa. Mas também é possível constatar um impacto reverso da Lei nos júris compostos majoritariamente de pessoas do sexo masculino, visto principalmente na queda do número de condenações e no aumento do número de absolvições.

Nesse segundo momento, é possível verificar que, se antes da promulgação da Lei a composição do corpo de jurados tinha a possibilidade de influenciar nos dados globais da pesquisa, após a sua promulgação o cenário se inverteu completamente, revelando-se um determinante neutro, incapaz de gerar distorções no panorama comparativo geral. Isso porque o fato de o corpo de jurados ser composto majoritariamente de mulheres não mais expõe um aumento no número de condenações, mas sim o panorama diametralmente inverso.

A conclusão a que se chega é inesperada. A obviedade traria a conclusão de que, ao menos em momento posterior a promulgação da Lei, haveria o aumento no número de condenações, caso fossem atendidas as expectativas legislativas, o que concretamente não ocorreu. As mudanças bruscas nas estatísticas auferidas revelam uma possível resistência à atenção aos objetivos propostos pela Lei. Isso pode ser uma forma dos homens e mulheres mostrarem-se em desacordo com o seu próprio conteúdo, agindo propositalmente em desacordo, ou mesmo falta de conhecimento acerca da temática da violência de gênero e dos objetivos pretendidos pela Lei.

Superadas as observações relativas à composição do corpo de jurados, retorna-se à análise dos dados estatísticos comparativos extraídos da segunda fase do procedimento do júri.

Após a promulgação da Lei, houve uma queda no número de condenações e o aumento no número de desclassificações e absolvições. Analisada a possibilidade da influência da composição dos jurados, não foram observados outros determinantes que pudessem distorcer os resultados. Isso faz concluir que, ao contrário do que se pretendia, não houve o aumento no número de condenações dos réus acusados de tentativa de homicídio ou homicídio consumado por

razões de gênero. Mais uma vez, a tendência se revela contrária aos objetivos firmados na Lei.

Com relação à pena, houve uma queda de 5,09 anos da pena média aplicável nos casos em concreto.

Mais uma vez, tornou-se necessária a análise de um determinante importante que potencialmente poderia influenciar na quantidade de pena aplicada: o sexo do juiz presidente.

Em momento anterior à vigência da Lei do Feminicídio, a pena média aplicada pelas juízas era de 10,66 anos, ao passo que a dos juízes era de 14,06 anos. Em momento posterior a pena média aplicada pelas juízas é de 14,09 anos, ao passo que a dos juízes é de quatro anos[65].

A partir dos dados extraídos, verifica-se que, em momento anterior à vigência da Lei do Feminicídio, o sexo do juiz presidente não causou qualquer impacto ou distorção na quantidade de pena aplicada aos réus condenados, visto que a pena média era maior entre os juízes do sexo masculino do que entre as juízas do sexo feminino. Em momento posterior à promulgação da Lei, verifica-se que as médias ficam distantes entre si. Isso porque o reduzido número de casos em que o julgamento foi realizado por um juiz homem (apenas um) criou uma distorção entre a pena média aplicada pelas juízas, de forma que não se mostra possível uma análise sobre o reflexo do sexo do(a) Juiz(a) Presidente(a) na quantidade de pena aplicada nesse período.

O fato de que os magistrados aplicam penas mais altas do que as magistradas também não deriva de obviedade. A conclusão esperada é de que as juízas aplicariam penas mais elevadas em relação aos homens em razão da própria empatia com a causa. Contudo, os homens se mostraram mais rigorosos, o que pode ser atribuído ao receio de se verem taxados como condescendentes com a violência de gênero, ou mesmo que as mulheres tenham o resultado inverso por medo de se mostrarem adeptas à causa.

Superadas as observações relativas ao sexo do(a) Juiz(a) Presidente(a), retorna-se à análise da quantidade média de pena aplicada em momento anterior e posterior à promulgação da Lei do Feminicídio.

A quantidade média de pena aplicada, que antes era de 14,96, passou a ser de 9,87, após a vigência da Lei. Isso demonstra, em consonância com os demais

65. Após a edição da Lei do Feminicídio somente houve o julgamento de um caso em que o juiz presidente era do sexo masculino, em que o réu foi condenado a uma pena de quatro anos.

dados já explicitados que, novamente, ao menos como tendência, a Lei não alcançou seus objetivos primordiais, visto que a pena média aplicada àqueles que cometeram ou tentaram cometer um assassinato motivado por razões de gênero tiveram a si aplicadas penas menores do que as anteriormente observadas.

Entretanto, cabe salientar que houve durante lapso temporal de que se extraíram os dados estatísticos houve a mudança do Juiz Titular e dos demais Juízes auxiliares do 1º Tribunal do Júri, o que pode influenciar na quantidade média de pena aplicada.

4. Conclusão

A violência de gênero, e mais especificamente o assassinato de mulheres, é um problema evidente em nossa sociedade e no mundo inteiro. Como resposta ao problema editou-se a Lei do Feminicídio. O objetivo da Lei é declaradamente diminuir a impunidade dos crimes desta natureza, aumentando o número de condenações e aplicando penas mais severas para quem os praticasse.

Verifica-se, a partir dos dados estatísticos, que, ao menos em uma análise preliminar, o seu objetivo, tal como formulado, não vem sendo alcançado, visto que se observou um maior número de absolvições e uma menor quantidade de pena média aplicada se comparado ao momento anterior à existência da própria Lei.

A hipótese mais plausível para explicar os dados obtidos é de que há uma resistência tanto dos jurados e juradas quanto dos magistrados e magistradas em atender às expectativas dos criadores da Lei, seja por falta de identificação com a causa ou mesmo por discordância de seu conteúdo.

A conclusão, ainda que não óbvia, não é de todo surpreendente. O sistema penal é conhecidamente inadequado como resposta a qualquer tipo de conduta. É um sistema seletivo que apenas tem como finalidade neutralizar os indivíduos indesejáveis. Ele não se mostrará adequado para a resolução de qualquer tipo de problema, sobretudo a violência de gênero, somente se prestando à geração de maior miséria e intensificação do ciclo da violência[66].

A partir do anteriormente exposto e, levando em consideração os dados obtidos com a pesquisa empírica, tem-se que a ausência de atenção aos objetivos fixados pela Lei do Feminicídio poderá não ser uma tendência passageira. Isso

66. BARATTA, Alessandro; STRECK, Lenio Luiz; PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999. p. 15.

porque a resistência e a falta de identificação dos jurados e magistrados em relação à Lei e aos seus objetivos fundamentais, hipótese mais plausível para a obtenção dos resultados encontrados no presente trabalho, somente cessaria caso houvesse a conscientização acerca da pauta da violência de gênero, problema que encontra obstáculos nas determinações culturais que levam à sua ocorrência e que ainda são muito presentes na sociedade.

Embora incomode a todos o fato de que ainda não encontramos um modo de combater os elevados índices de mortes de mulheres, não será por meio da criação de leis com maior previsão punitiva que se encontrará a resposta.

5. Referências

5.1. Livros e artigos

AGUILAR, Ana Leticia. *Femicidio la pena capital por ser mujer*. Guatemala: [s.n.], 2005.

ALMEIDA, Suely Souza de. *Femicídio: algemas (in)visíveis do público-privado*. Rio de Janeiro: Revinter, 1998.

BADINTER, Elisabeth. *Rumo equivocado*: o feminismo e alguns destinos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARATTA, Alessandro; STRECK, Lenio Luiz; PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999.

CABAÑAS, Ana Carcedo; SAGOT, Montserrat. *Femicidio en Costa Rica 1990-1999*: Instituto Nacional das Mulheres (Inamu), San José, Coleção Teórica n. 1, 2000.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. *Discursos sediciosos crime, direito e sociedade,* Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, 2002.

CORRÊA, Mariza. *Morte em família*: representações jurídicas de papéis sexuais. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1983.

DE SOUZA, Luana T. Demanda penal e violência doméstica e familiar cometida contra a mulher no Brasil. *Revista Ártemis*, Paraná, v. 13, jan.-jul. 2012.

DO DOUTO, Maria Cláudia Girotto. *Lei Maria da Penha e princípio da subsidiariedade*: um diálogo entre o direito penal mínimo e as demandas de proteção contra a violência de gênero no Brasil. Dissertação de Mestrado na Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

FONTAINHA, Fernando de Castro et al. O concurso público brasileiro e a ideologia concurseira. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 16, n. 110, out. 2014-jan. 2015.

IZUMINO, Wânia Pasinato. Delegacias de defesa da mulher e juizados especiais criminais: mulheres, violência e acesso à justiça. *Revista de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, dez. 2005.

IZUMINO, Wânia Pasinato. Femicídios e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos Pagu*, Campinas, v. 37, jul.-dez. 2011.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos sediciosos – Crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, n. 1, 1996.

KARAM, Maria Lúcia. *Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas*, 2015. Disponível em: [www.justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/]. Acesso em: 02.10.2018.

OTTO, Clarícia. O feminismo no Brasil: suas múltiplas faces. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 12, n. 2, maio-ago. 2004.

REIS, Jussara; EPPING, Léa. Cidadania e feminismo no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 1, 2012.

RUSSEL, Diana; RADFORD, Jill. *Femicide*: the politics of woman killing. Nova York: Twayne Publishers, 1991.

SAFFIOTI, Heleieth; ALMEIDA, Suely. *Violência de gênero*: poder e impotência. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

SARTI, Cynthia Andersen. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 2, n. 2, maio-ago. 2004.

ZAFFARONI, Raúl. *El sistema penal en los países de América Latina*. Coletânea Sistema penal para o terceiro milênio. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

5.2. Websites

BRUM, Eliane. "Não matei por amor": sexo, cocaína, champanhe. quatro tiros. o corpo de uma das mulheres mais belas do Brasil. Depois de 30 anos, Doca Street conta os bastidores de um dos crimes mais célebres do país. Época, 2006. Disponível em: [http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDR75229-6014,00.html]. Acesso em: 07.07.2017.

FERREIRA, Flávia. Notas sobre Eliane de Grammont, "SOS Mulher" e a luta contra a violência a mulher no Brasil dos anos 1980. Esquerda Diário, 2016. Disponível em: [www.esquerdadiario.com.br/Notas-sobre-Eliane-de-Grammont-SOS-Mulher-e-a-luta-a-contra-a-violencia-a-mulher-no-Brasil-dos-anos]. Acesso em: 02.10.2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2018. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/publicacoes/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica-2018/]. Acesso em: 30.09.2018.

IPEA. O atlas da violência de 2018. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf]. Acesso em: 02.10.2018.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. Dados da segurança pública mostram aumento de feminicídio no Brasil em 2017. Disponível em: [http://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia-em-dados/dados-da-seguranca-publica-mostram-aumento-de-feminicidios-no-brasil-em-2017/]. Acesso em: 30.09.2018.

PESQUISA DO CNJ APONTA O PERFIL DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61806-pesquisa-do-cnj-aponta-perfil-dos-magistrados-brasileiros]. Acesso em: 10.07.2017.

TEMER CRIOU A PRIMEIRA ESTRUTURA DE DEFESA DA MULHER. Portal Brasil, 2016. Disponível em: [www.brasil.gov.br/governo/2016/05/temer-criou-primeira-estrutura-de-defesa-da-mulher-em-1985]. Acesso em: 07.07.2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Breves comentários à Lei 13.104/2015, de Adriana Ramos de Mello – *RT* 958/273-290 (DTR\2015\10809);
- Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir, de Debora Diniz, Bruna Santos Costa e Sinara Gumieri – *RBCCrim* 114/225-239 (DTR\2015\9150); e
- Solidão e risco no campo dos afetos: uma análise sobre violências simbólicas e fatais vivenciadas por mulheres negras, de Maria Claudia Girotto do Couto – *RBCCrim* 146/539-556 (DTR\2018\18299).

Quem te prende e não te solta: as Regras de Bangkok e a análise de decisões denegatórias do Poder Judiciário do estado do Paraná em pedidos de prisão domiciliar para mulheres presidiárias gestantes e com crianças

Who arrests you and does not release you: the Bangkok Rules and the analysis of denying decisions of the state of Paraná Judiciary on house arrest requests for pregnant women and women with children

Priscilla Placha Sá

Doutora em Direito do Estado pela UFPR. Professora Adjunta de Direito Penal da PUCPR e da UFPR. Professora do Programa de Mestrado em Direitos Humanos e Políticas Públicas da PUCPR e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Coordenadora do Projeto "Mulheres pelas Mulheres". Vice-Coordenadora do Núcleo de Pesquisa em Política Criminal e Criminologia da UFPR. Membro do Grupo de Pesquisas Modernas Tendências do Sistema Criminal da FAE. Advogada Criminal. Presidente da Comissão de Defesa de Prerrogativas Profissionais da OAB/PR.
priscillaplacha@terra.com.br

Heloisa Vieira Simões

Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Membro do Projeto "Mulheres pelas Mulheres". Membro do Núcleo de Pesquisa em Política Criminal e Criminologia da UFPR. Advogada.
heloisavsimoes@outlook.com

Priscilla Conti Bartolomeu

Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da UFPR. Membro do Projeto "Mulheres pelas Mulheres". Membro do Núcleo de Pesquisa em Política Criminal e Criminologia da UFPR.
priscillabartolomeu@gmail.com

Recebido em: 28.02.2018
Aprovado em: 24.07.2018
Última versão das autoras: 12.08.2018

Sá, Priscilla Placha; Simões, Heloisa Vieira; Bartolomeu, Priscilla Conti. Quem te prende e não te solta: as Regras de Bangkok e a análise de decisões denegatórias do Poder Judiciário do estado do Paraná. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 151. ano 27. p. 383-416. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2019.

Áreas do Direito: Processual; Penal; Direitos Humanos

Resumo: A proposta do presente artigo é analisar a utilização das Regras de Bangkok no bojo de um grupo de decisões proferidas em pedidos de prisão domiciliar no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Paraná, a partir de uma intervenção feita por um projeto de extensão universitária. A questão-problema está na utilização de instrumentos normativos internacionais para a tomada de decisões judiciais, particularmente, quanto ao sistema carcerário, mesmo diante de um cenário de recorrente violação de direitos e de exponencial aumento do contingente da população carcerária, inclusive, no recorte das mulheres. Metodologicamente, o referencial teórico de uma epistemologia feminista acerca da mulher encarcerada auxilia a reflexão acerca dados empíricos sobre o encarceramento de mulheres e permite o cotejo de decisões de um grupo de casos tendo como filtro de análise a utilização das Regras de Bangkok em decisões judiciais proferidas na amostra dos pedidos de prisão domiciliar. As conclusões indicaram a resistência, no referido grupo de casos, em adotar tais Regras, seguindo a tendência – nesse tópico – das Cortes Superiores.

Palavras-chave: Encarceramento feminino – Gravidez – Infância – Maternidade – Regras de Bangkok.

Abstract: The purpose of the present essay is to analyze the use of the Bangkok Rules in a series of decisions pronounced in home arrest requests towards the Justice Court of Paraná, from an intervention made by a university extension project. The issue is the use of international normative instruments for judicial decision-making, mainly regarding the prison system, especially within a scenario of recurrent human rights violation and an exponential increase in the incarcerated population, particularly regarding women. Methodologically, the theoretical reference of a feminist epistemology helps on the reflection on empirical data of female incarceration, allowing the analysis of a group of judicial decisions pronounced in house arrest requests, having as filter the Bangkok Rules utilization. The conclusions indicated the resistance, in the reported sample of cases, in adopting such Rules, following the tendency – in this topic – of the Superior Courts.

Keywords: Female imprisonment – Pregnancy – Infancy – Maternity – Bangkok Rules.

Sumário: 1. Introdução. 2. Do recorte da pesquisa: mulheres privadas de liberdade gestantes e mães. 2.1. Do local de realização da pesquisa e da intervenção. 2.2. Da pesquisa com as mulheres privadas de liberdade gestantes e com crianças. 3. Da judicialização dos pedidos de prisão domiciliar para gestantes e mães. 3.1. Dos fundamentos jurídicos utilizados na formulação dos requerimentos de prisão domiciliar. 3.1.1. Da prisão domiciliar e a previsão do art. 318 do CPP. 3.1.2. Das Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. 3.1.3. Da convenção sobre os direitos da criança e as diretrizes de RIAD. 3.2. Das decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição no Estado do Paraná. 3.3. Das decisões proferidas em segundo grau de jurisdição pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 3.4. Dos recursos às instâncias superiores. 4. Das Regras de Bangkok e da normativa internacional que dispõe sobre direitos humanos. 4.1. Das decisões das instâncias superiores em relação às Regras de Bangkok. 4.2. Da resistência em reconhecer e utilizar tratados, convenções e resoluções que tratam de direitos humanos. 5. Considerações finais: sobre ser mulher, mãe e presa. 6. Referências.

[...] Quatro mil mulheres, no cárcere,
e quatro milhões – e já nem sei a conta,
em lugares que ninguém sabe,
estão presas, estão para sempre
sem janela e sem esperança,
umas voltadas para o presente,
outras para o passado, e as outras
para o futuro, e o resto – o resto,
sem futuro, passado ou presente,
presas em prisão giratória,
presas em delírio, na sombra,
presas por outros e por si mesmas,
tão presas que ninguém as solta,
e nem o rubro galo do sol
nem a andorinha azul da lua
podem levar qualquer recado
à prisão por onde as mulheres
se convertem em sal e muro
(trecho do poema *Prisão*, de Cecília Meireles, 1956)

1. Introdução

O Ministério da Justiça, por meio do Departamento Penitenciário Nacional, realiza periodicamente a sistematização de informações a respeito das prisões brasileiras, por meio do INFOPEN. Todavia, foi somente em 2015 que uma edição com um recorte de gênero foi apresentada, tratando das questões típicas do feminino no sistema prisional, bem como o perfil da mulher que se encontra recolhida nas penitenciárias brasileiras.[1] Essa parcela da população, não raro esquecida pelo Estado, por alguns segmentos dos movimentos de mulheres e pela sociedade, vem crescendo no âmbito carcerário de maneira exponencial nos últimos anos: aumentou 656% no período entre 2000 e 2016. Ocupando – quanto ao número – a quarta posição no *ranking* das populações carcerárias femininas no mundo (com 42.355 internas, provisórias ou definitivas), o Brasil aprisiona 40,6 a cada 100 mil mulheres.[2] Nesse contexto de superlotação dos presídios

1. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento nacional de informações penitenciárias:* INFOPEN Mulheres – junho de 2014. Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: [http://justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-mulheres_05-11.pdf]. Acesso em: 15.02.2018.
2. Os dados divulgados na segunda edição do INFOPEN Mulheres demonstram que a política de encarceramento de mulheres manteve-se inalterada entre os anos de 2014 e 2016, fazendo com que o Brasil passasse da quinta para a quarta posição no *ranking* de

femininos e, ao mesmo tempo, de esquecimento e invisibilidade dessas mulheres,[3] diversas indagações e recortes poderiam ser propostos. Iniciando-se numa análise das condições do próprio sistema prisional – que é pensado por homens para homens[4] –, perpassando pela interseccionalidade entre raça e classe, até

países que mais encarceram mulheres no mundo. A taxa de encarceramento também aumentou: em 2014, era de 36,4/100 mil mulheres; e em 2016, passou para 40,6/100 mil mulheres. Os dados demonstram que mesmo depois da ampla divulgação e discussão a respeito dos dados – feita, principalmente, pela academia – a política criminal que enseja o encarceramento em massa de mulheres não foi revista ou questionada (BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento nacional de informações penitenciárias:* INFOPEN Mulheres – 2. ed. Ministério da Justiça, 2017. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 07.08.2018).

3. Não obstante, nos últimos anos, diversos saberes tenham se colocado diante da questão. Numa perspectiva mais ampla das ciências criminais e o feminino, estão os trabalhos de Samantha Bugliogne (BUGLIONE, Samantha. A mulher enquanto metáfora do direito penal. *Discursos sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, ano 5, v. 09/10, p. 203-219, 1º e 2º sem. 2000) e Soraia da Rosa Mendes (MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista:* novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014). O tema passa, também, por uma visão multidisciplinar como se encontra nos textos de Débora Diniz (DINIZ, Debora. *Cadeia*: relatos sobre mulheres. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015) e Nana Queiroz (QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam*. Rio de Janeiro: Record, 2015). No âmbito específico da maternidade e seus dilemas próprios, que são o recorte do presente texto, tendo em conta os dados penitenciários, encontram-se os trabalhos de Luciana Boiteux e Maíra Fernandes (BOITEUX, Luciana; FERNANDES, Maíra et. al. *Mulheres e crianças encarceradas*: BOITEUX, Luciana; FERNANDES, Maíra et. al. *Mulheres e crianças encarceradas*: um estudo jurídico-social sobre a experiência da maternidade no sistema prisional do Rio de Janeiro. LADIH. Disponível em: [http://fileserver.idpc.net/library/M--es-encarceradas-UFRJ.pdf]. Acesso em: 12.02.2018) e Ana Gabriela Leite Braga (BRASIL. Ministério da Justiça. secretaria de assuntos legislativos. *Dar à luz na sombra*: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Brasília: Ministério da Justiça; Ipea, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_51_Ana-Gabriela_web-1.pdf]. Acesso em: 15.02.2018; BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 523-546, dez. 2015. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000200523&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 13.08.2016). Ressalte-se, ainda, a proposta de Luciana Boiteux de um "indulto de gênero" (BOITEUX, Luciana. Por que precisamos tanto do indulto para mulheres condenadas por tráfico de drogas? *Justificando*. 2016. Disponível em: [http://justificando.cartacapital.com.br/2016/05/06/por-que-precisamos-tanto-do-indulto-para-mulheres-condenadas-por-trafico-de-drogas/]. Acesso em: 16.02.2018). Lembrando-se da obra monográfica: ESPINOZA MAVILA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. 180p. (Monografias; 31).

4. QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam*. Rio de Janeiro: Record, 2015.

chegar à multiplicidade e à complexidade desse sujeito, em que parecem existir muitos hiatos de pesquisa, como a questão da transexualidade, a situação das estrangeiras e indígenas, a condição das mulheres idosas e as que estão encarceradas em face da Lei Maria da Penha.

A partir das teorizações de Vera Andrade[5] é possível concluir que certo silêncio a respeito da realidade feminina no cárcere está relacionado à própria estrutura patriarcal da sociedade ou a dominação masculina[6] e à naturalização dos papeis historicamente atribuídos a homens e mulheres. Esse cenário dicotômico entre o "cara" e a "coisa"[7] acaba, portanto, também perpassando o sistema de justiça criminal e suas prisões.

Dotado do poder patriarcal na esfera privada, o homem tido como ineficiente no âmbito de um modelo de produção capitalista seria controlado pelo sistema de justiça criminal na esfera pública. Já a mulher desviante, entendida primordialmente como aquela que não se adequa aos padrões e papéis atribuídos ao feminino, seria alvo de um controle específico, exercido no âmbito doméstico e familiar, por atores sociais distintos – pai, marido, irmão – que pode ser entendido como um verdadeiro poder punitivo privado, tomando, muitas vezes, a forma de custódia.[8] Identifica-se até mesmo um controle sobre sua sexualidade[9] e seu corpo, enquanto último gabarito de inteligibilidade das diferenças.[10]

A percepção de que essa dicotomia é responsável pelo apagamento das mulheres privadas de liberdade no cenário brasileiro fomentou o nascimento e a atuação de um projeto de extensão universitária, em conjunto com instituição

5. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia:* o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012.
6. Sobre a controvérsia a respeito do uso dos termos "patriarcado" e "dominação masculina", ver: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luís Felipe. *Feminismo e política*: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014.
7. Os termos "cara" e "coisa" referem-se às ideias de Vera Regina Pereira de Andrade, que afirma que na ordem patriarcal de gênero o homem é referido como o cara – aquele que faz, o ativo, o ator exaltado e temido dos grandes feitos – e a mulher é a coisa, o contraponto do cara, é o passivo, aquilo que sofre as ações no curso da história (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia:* o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012. p. 142-144).
8. MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista:* novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 115-118.
9. HESPANHA, António Manuel. *Imbecillitas*: as bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime. São Paulo: Annablume, 2010.
10. HERETIÉR, Françoise. *Masculino e feminino I:* o pensamento da diferença. Lisboa: Instituto Piaget, 2015.

do sistema de justiça criminal do Paraná, atuando em unidades prisionais para mulheres em Curitiba, Pinhais e Piraquara.

O projeto *Mulheres pelas Mulheres* iniciou suas atividades, no ano de 2014, resultado de uma parceria entre a Universidade Federal do Paraná, a Pontifícia Católica do Paraná e a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná, composto de advogadas, professoras e acadêmicas de direito de diversas faculdades de Curitiba. O inconformismo com a situação do sistema penitenciário, numa perspectiva de violência estrutural, e diante da invisibilidade das mulheres encarceradas, fez com que o *Mulheres pelas Mulheres*, em março daquele ano, realizasse seu primeiro Mutirão Carcerário nas unidades prisionais femininas do Paraná, situadas em Curitiba, Pinhais e Piraquara, com o objetivo principal de ouvir e dar voz a mulheres esquecidas e silenciadas, com o intuito também político de questionar o Dia Internacional da Mulher.

A intervenção das integrantes do Projeto revelou que a precária alimentação e as péssimas condições de higiene, associadas ao abandono afetivo e emocional, não eram as únicas mazelas a afetar as mulheres dentro dos muros do sistema prisional. Muitas das internas viviam, também, um hiato jurídico: a grande maioria não possuía defesa constituída, muitas desconheciam o andamento de seus processos e, em alguns casos, era mesmo difícil identificar o real motivo que as tinha levado à prisão. Fato que se somava ao completo apagamento social e familiar, decorrência dos castigos impostos pela heteronormatividade que ultrapassam a própria pena. Interessante perceber que o papel em rede que muitas mulheres – enquanto companheiras, filhas e mães – desempenham para obter informações jurídicas e acessar profissionais da advocacia para a população carcerária masculina, não se apresentou, no grupo entrevistado, nem por suas próprias mães, irmãs e filhas.

As atividades de extensão universitária foram realizadas por meio de mutirões. Ao primeiro mutirão, seguiram-se vários outros que, mesmo com objetivos distintos, delinearam um contexto comum: as agruras e os sofrimentos relatados em cada conversa com as internas do Paraná evidenciaram um cenário muito mais complexo do que aquele delineado no bojo de suas ações penais.[11] A realidade da violência, da pobreza extrema, da ausência de oportunidades de instrução formal e escolarização, a precarização do trabalho e a atribuição de responsabilidade pelo cuidado do lar e da família, por vezes precocemente, eram constantes na fala de

11. O resultado completo de todas as atuações do Projeto encontra-se no livro *Diário de uma intervenção: sobre o cotidiano de mulheres no cárcere* (MOREIRA, Anny Clarissa de Andrade et al. In: SÁ, Priscilla Placha (Coord. e Org.). *Diário de uma intervenção*: sobre o cotidiano de mulheres no cárcere. Florianópolis: EMais, 2018).

cada mulher entrevistada e pareciam evidenciar que o caminho para o uso e o tráfico de substâncias entorpecentes têm um ponto de partida comum.[12]

A questão da interrelação da prisão com o papel naturalmente atribuído ao feminino de cuidado com a prole chamou atenção no decorrer da atuação do projeto. Assim, tendo em vista a expressiva quantidade de mulheres gestantes e crianças recolhidas juntamente com suas mães nas penitenciárias paranaenses (em especial na Penitenciária Feminina de Piraquara), associada à percepção de que a maternidade no cárcere é, em certa medida, tema ainda invisível aos estudos da dogmática jurídico-penal, processual penal e à criminologia crítica brasileira, o *Mulheres pelas Mulheres* priorizou o atendimento a esses grupos. Para tanto, realizou entrevistas durante quatro mutirões no segundo semestre de 2015, especificamente nos meses de outubro e novembro.

Importante ressaltar, nesse ponto, que a realidade paranaense parece apenas refletir o macrocosmo das condições do sistema penitenciário nacional. Quanto ao grupo social, permite-se traçar um perfil próprio de mulheres que são criminalizadas, o qual, por sua vez, não se diferencia (ao se entrecruzar as categorias de classe e raça) significativamente do masculino, uma vez que a seletividade do sistema penal possui certa homogeneidade.[13]

Embora o perfil da população carcerária feminina e masculina seja bastante próximo, em termos gerais, os tipos penais – que levam homens à prisão, bem como as peculiaridades de seu cometimento – possuem natureza e incidência diversa ao das mulheres. Conforme o INFOPEN 2016, enquanto as mulheres estão encarceradas principalmente por tráfico de entorpecentes (62%), sendo menos de 10% delas está presa por crimes contra vida (1% latrocínio e 6% homicídio),

12. Os mesmos dados sistematizados pelo Departamento Penitenciário (DEPEN) comprovam que os delitos previstos na Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) são os maiores responsáveis pelo encarceramento feminino no Brasil. Cerca de 62% das mulheres privadas de liberdade no Brasil foi acusada da prática de delitos de drogas (BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento penitenciário nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias:* INFOPEN Mulheres – 2. ed. Ministério da Justiça, 2017. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 07.08.2018).

13. Com essa mesma perspectiva, os trabalhos de Olga Spinoza, a partir da realidade paulistana e contando com mais de uma década (ESPINOZA MAVILA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. 180p. (Monografias; 31)) e o de Luciana Boiteux e Maíra Fernandes, mergulhado na realidade fluminense, produzido recentemente (BOITEUX, Luciana; FERNANDES, Maíra et. al. *Mulheres e crianças encarceradas*: um estudo jurídico-social sobre a experiência da maternidade no sistema prisional do Rio de Janeiro. LADIH. Disponível em: [http://fileserver.idpc.net/library/M--es-encarceradas-UFRJ.pdf]. Acesso em: 12.02.2018).

a população masculina está detida, majoritariamente, por crimes contra o patrimônio (26% roubo, 12% furto e 3% latrocínio), e os homens presos pela Lei de Drogas representam somente 26% do total de encarcerados.[14]

Outrossim, o próprio papel desempenhado pelas mulheres dentro do tráfico de entorpecentes é, ao menos de forma mais proeminente, diferente da maioria dos homens encarcerados por esse mesmo delito: atuam como "mulas", empacotadoras, ou realizam outros ofícios de fácil substituição e pouco ou nenhum poder de decisão nas organizações, atuando normalmente no varejo miúdo, pequeno e cotidiano. Embora se saiba que o processo de vitimização do feminino leva a simplificações que deixam de considerar, não raro, que o crime e o próprio tráfico de drogas podem representar uma posição de subversão das mulheres.[15]

De todo modo, ainda é possível dizer que a sua participação está longe de querer indicar um maior acesso ao espaço público, pois a relação das mulheres com o comércio de drogas associa-se, muitas vezes, à feminização da pobreza.[16] Isso evidencia fraturas sociais que impõem um cenário de violência e reforçam certa divisão sexual do trabalho ilícito,[17] já que a elas são destinados os mais baixos postos em organizações, ou ainda as tarefas mais suscetíveis de serem interceptadas pelas ações policiais, por agentes do sistema penitenciário e mesmo por facções diversas; quando não são usadas pelas próprias facções de que fariam parte como iscas.

Mas os efeitos da política em torno do comércio de certas drogas que lhes atribui a pecha criminalizante são, particularmente, perversos para as mulheres gestantes e com crianças.[18]

---

14. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento penitenciário nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias:* Atualização – Junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>]. Acesso em: 10.08.2018.
15. BARCINSKI, Marcia et al. O Marianismo e a vitimização e mulheres encarceradas: alternativas de exercício do poder feminino. *Ex Aequo*, n. 28, p. 87-100, 2013. Disponível em: [www.scielo.mec.pt/pdf/aeq/n28/n28a08.pdf]. Acesso em: 10.02.2018.
16. CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 23, n. 3, dez. 2015. p. 766-770.
17. SÁ, Priscilla Placha. Por amor ou por dinheiro: a divisão sexual do trabalho ilícito. 13º Mundo de Mulheres & Fazendo Gênero – Transformações, conexões e deslocamentos. Anais eletrônicos. Disponível em: [www.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499203354_ARQUIVO_PorAmorPorDinheiroSubmissao.pdf]. Acesso em: 10.02.2018.
18. BOITEUX, Luciana; FERNANDES, Maíra et. al. *Mulheres e crianças encarceradas*: um estudo jurídico-social sobre a experiência da maternidade no sistema prisional do Rio

Diante desse contexto, para além da pesquisa empírica a respeito da população carcerária feminina paranaense, as integrantes do projeto decidiram elaborar requerimentos para a concessão de prisão domiciliar às internas atendidas nos mutirões carcerários de 2015, provisórias ou condenadas, que não possuíam defesa constituída e que manifestaram o seu desejo para tanto. Tendo como fundamentos a Constituição da República, as Declarações de Direitos da Criança, incluindo a Convenção de RIAD, as Regras de Bangkok, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal e a Lei Federal 13.257/2016, foram ajuizados 32 pedidos de prisão domiciliar.

2. Do recorte da pesquisa: mulheres privadas de liberdade gestantes e mães

Inicialmente, os objetivos dos mutirões carcerários realizados pelo projeto visavam à análise da situação jurídica-processual (no âmbito da execução penal) e ao mapeamento geral do perfil sociofamiliar das mulheres recolhidas nas unidades femininas paranaenses situadas em Curitiba, Pinhais e Piraquara, com evidência, particular, ao encarceramento massivo por delitos de tráfico de drogas e figuras associadas.

Assim, os instrumentos iniciais de pesquisa foram elaborados no intuito de identificar o delito motivador da prisão, cidade de origem, renda média familiar, idade, escolaridade, existência de prole e sua extensão, assessoria jurídica, recebimento de visitas (comuns e íntimas), entre outros.

A perspectiva de atenção às gestantes e às mães recolhidas juntamente com suas crianças (nascidas no cárcere) mudou o foco da pesquisa realizada pelo projeto. A demanda de atendimento a essas mulheres também veio da própria administração penitenciária, tendo em vista o crescimento significativo desses grupos nas unidades do Paraná, no período de 2015.[19]

de Janeiro. LADIH. Disponível em: [http://fileserver.idpc.net/library/M--es-encarceradas-UFRJ.pdf]. Acesso em: 12.02.2018.

19. Sobre uma atuação dos comandos e das facções em relação às mulheres grávidas: SIMÕES, Heloisa Vieira; BARTOLOMEU, Priscilla Conti; SÁ, Priscilla Placha. Vale quanto pesa: o que leva(m) mulheres à prisão. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. v. 4, n. 3, out. 2017. p. 145-161.

2.1. Do local de realização da pesquisa e da intervenção

O Complexo Penitenciário do Estado do Paraná[20], situado em Piraquara, tem a maior concentração de pessoas privadas de liberdade do Estado, com mais de 10.000 pessoas dispersas em seis unidades prisionais. No momento da intervenção, duas delas eram destinadas, exclusivamente, para mulheres: (i) a PFP (Penitenciária Feminina de Piraquara)[21] e a (ii) PCEFem (Penitenciária Central Feminina de Piraquara).[22] Em tese, a PCEFem estaria destinada às mulheres presas provisoriamente,[23] na prática, entretanto, não havia essa efetiva separação. Próximo à Piraquara, na cidade de Pinhais, fica o Complexo Médico Penal do Estado (CMP), que é uma Unidade Mista, mas na qual as internas ficavam numa ala exclusivamente feminina.

Cumpre esclarecer, nesse ponto, que no Paraná – no período em que as entrevistas com as gestantes e mães foram feitas, relativas a esse recorte do texto, nos meses de outubro e novembro de 2015[24] – a gestação e maternidade estava assim organizada: (i) gestantes: as mulheres presas, provisória ou definitivamente, que estivessem grávidas, independentemente do estágio e da condição da gravidez, ficavam recolhidas no Complexo Médico-Penal, onde deveriam receber toda a assistência médica relacionada ao pré-natal; (ii) mulheres com bebês: após

20. A Constituição do Estado do Paraná de 1989 previu a possibilidade de os filhos permanecerem com as mães reclusas durante o período de aleitamento. No ano seguinte, legislação estadual criou a Creche "Cantinho Feliz", na Penitenciária Feminina do Estado (até hoje existente) e tratou do atendimento entre o período de aleitamento até os 6 anos de idade. Em 1995, foi aprovado por decreto o Estatuto Penitenciário dispondo sobre a existência de creche em todas as unidades femininas de regime fechado e semiaberto, bem como a presença de um pedagogo e pediatra (VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; LAROUZE, Bernard. Maternidade atrás das grades: em busca da cidadania e da saúde. Um estudo sobre a legislação brasileira. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 3, p. 607-619, mar. 2015. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2015000300607&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 16.02.2018. p. 613).
21. A PFP é a mais antiga unidade do Paraná para mulheres em situação de privação de liberdade, para cumprimento de pena em regime fechado e prisões provisórias.
22. Essa unidade foi desativada ao final de 2016 para a instalação de uma unidade masculina de ressocialização.
23. Informação disponível em: [www.depen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=149]. Acesso em: 25.07.2016.
24. Após uma rebelião feita pelas mulheres grávidas, no mês de março de 2016, que teria ocorrido por maus-tratos, segundo informações oficiosas, as gestantes foram transferidas para a PFP.

darem à luz às crianças no Hospital Angelina Caron,[25] eram encaminhadas – às vezes no mesmo dia do parto cesáreo ou natural – à Penitenciária Feminina de Piraquara.

À época dos atendimentos, as gestantes, por força de grandes operações da justiça criminal (como as Lava-Jato, Quadro-Negro e Publicano, por exemplo), estavam recolhidas na mesma ala em que estavam as mulheres submetidas a medidas de segurança e as internas levadas ao Complexo Médico Penal para tratamento de doenças (inclusive, infectocontagiosas) ou a realização de exames e cirurgias.

As entrevistas foram feitas, então, nessas duas Unidades (CMP e PFP). Antes de se iniciarem os trabalhos, era informado tanto pelas agentes penitenciárias quanto pelas acadêmicas que a realização da entrevista era voluntária. Cada duas acadêmicas, supervisionadas, atendiam uma interna, apresentando-lhe a proposta de trabalho e registravam, mais uma vez, a não obrigatoriedade de sua realização. No CMP, somente uma interna recusou-se a participar da entrevista, não informando o motivo. Na PFP, todas as internas participaram das entrevistas.

O ambiente usado no CMP era uma sala de aula, com carteiras escolares, e não havia a supervisão e/ou interferência de nenhuma agente penitenciária durante a entrevista. Não houve restrição ao instrumento usado na pesquisa utilizado, tampouco fiscalização posterior do conteúdo das entrevistas respondidas.

Já na PFP, foram três os ambientes usados para as entrevistas: (a) a própria "creche",[26] dado o elevado número de mulheres com crianças; (b) uma sala destinada à informática; e (c) uma sala de aula. As entrevistas, da mesma forma, não tiveram a supervisão e/ou controle de nenhuma agente penitenciária, também não houve restrição ao instrumento usado na pesquisa, tampouco exigência de apresentação das entrevistas já respondidas.

Registre-se, no entanto, que pelo trânsito elevado de pessoas (tanto das pesquisadoras, quanto das próprias internas), a presença das agentes penitenciárias

25. Posteriormente, foi firmado um convênio com a Maternidade Victor Ferreira do Amaral, em Curitiba – Paraná, unidade pertencente à Universidade Federal do Paraná. Veja-se em: [www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/projeto-cidadania-nos-presidios-conclui-a-primeira-fase-pratica-no-parana/18319/pop_up?_101_INSTANCE_1lKI_viewMode=print&_ 101_INSTANCE_1lKI_languageId=en_US]. Acesso em: 23.02.2018.

26. Nomenclatura usada de acordo com a lei estadual que implantou esse espaço no âmbito da PFP (SIMÕES, Heloisa Vieira; BARTOLOMEU, Priscilla Conti; SÁ, Priscilla Placha. Vale quanto pesa: o que leva(m) mulheres à prisão. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. v. 4, n. 3, out. 2017. p. 145-161).

era constante para o controle do fluxo, mas não permaneciam na sala de entrevista durante a sua realização, em nenhuma das duas unidades.

2.2. Da pesquisa com as mulheres privadas de liberdade gestantes e com crianças

A participação e a resposta a qualquer das perguntas elaboradas eram facultativas, como assinalado, e isso fora informado às entrevistadas primeiro de forma geral e depois individualmente. A entrevista seguia um roteiro previamente estabelecido por meio da elaboração de um questionário, o qual abordava desde a situação socioeconômica e a escolaridade da interna, até as circunstâncias específicas em que se deu a sua prisão.

No CMP, durante a pesquisa as próprias entrevistadas apontaram as precárias condições de estrutura física da unidade – que é a mais antiga do Estado, em funcionamento – e o abandono afetivo e material de que padecem. Não faltaram, ainda, relatos de casos de internas que deram à luz dentro das celas ou que só foram encaminhadas ao hospital quando a gestação já havia superado 40 semanas, ou ainda quando havia sangramento intenso.

Não obstante, depois do nascimento, os bebês – no âmbito da PFP – têm local próprio, com a mediação de estrutura e recursos, é necessário consignar que a "creche" (cuja própria nomenclatura constitui-se num problema) não se distancia da lógica estrutural inerente a uma prisão. Além de o Complexo Penitenciário de Piraquara, onde se encontra a PFP, estar localizado próximo a um contorno rodoviário da BR-116 e em região afastada da urbe, e assim de escolas, hospitais etc., não dispondo de um corpo próprio e permanente de profissionais da saúde, em tempo integral, especialmente pediatras.

3. Da judicialização dos pedidos de prisão domiciliar para gestantes e mães

Primeiramente, é importante pontuar que – no que concerne às mulheres privadas de liberdade[27] – a questão da maternagem parece evidenciar os mesmos di-

27. Inclusive, pode-se questionar, a perspectiva de uma mulher em situação de privação de liberdade e sua vitimização, mesmo quando de sua participação no cárcere: BARCINSKI, Marcia et al. O Marianismo e a vitimização e mulheres encarceradas: alternativas de exercício do poder feminino. *Ex Aequo*, n. 28, p. 87-100, 2013. Disponível em: [www.scielo.mec.pt/pdf/aeq/n28/n28a08.pdf]. Acesso em: 10.02.2018.

lemas e controvérsias que se pode ter quanto às demais mulheres. Tais dilemas e controvérsias vão desde uma pretensa completude pelo desempenho do papel materno quanto à imposição de um modelo de maternagem, bem como o ideal do que é ser mulher. Os paradoxos às vezes são bastante complexos; de um lado quando anunciam que mulheres privadas de liberdade não são merecedoras da condição de mãe,[28] de outro, quando os instrumentos legais conferem certo tratamento diferenciado às mulheres em privação de liberdade desde que gestantes e/ou mães (como a antiga redação do Código Penal, as disposições da Lei de Execução Penal, do Código de Processo Penal e das Regras de Bangkok), mas não são observados.

A partir dos atendimentos, verificou-se que muitas mulheres poderiam fazer jus ao benefício da prisão domiciliar,[29] uma modalidade de privação de liberdade prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro, na forma do art. 318, Código de Processo Penal (CPP) e recomendada, principalmente em relação às mulheres, pelos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos.[30] Tal benefício permite, a partir de um rol de hipóteses, que a pessoa que deve ter sua liberdade restringida não seja recolhida a uma unidade prisional, podendo ficar reclusa em seu domicílio; situação na qual, não raro, impõe-se o monitoramento eletrônico com tornozeleira.

Assim, considerando a dura realidade a que estão submetidas as gestantes e as mães recolhidas dentro das penitenciárias juntamente com seus filhos, o Projeto decidiu formular requerimentos de concessão de prisão domiciliar às mulheres nessas situações, que não possuíam defesa constituída e que manifestaram a concordância para tanto.

O afastamento da vivência comunitária e familiar é somente um dos problemas da infância aprisionada. Os relatos das internas atendidas pelo Projeto e, também, das próprias agentes demonstram que muitas crianças acabam internalizando a lógica disciplinar inerente a uma prisão. O ato de abaixar a cabeça

28. BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 523-546, dez. 2015. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000200523&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 13.08.2016.

29. Para um conceito mais completo sobre prisão domiciliar: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1042.

30. BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a soberania da lei e o chão da prisão...; CERNEKA, Heidi Ann. Regras de Bangkok: está na hora de fazê-las valer! *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 20, n. 232, p. 18-19, ago. 2012.

e colocar as mãozinhas para trás enquanto as agentes passam, assim como as "brincadeiras" da revista corporal, de "sair de alvará" ou de "esperar o advogado" fazem eclodir os efeitos simbólicos que a realidade prisional pode gerar no desenvolvimento das crianças.[31] Efeitos que podem se traduzir, inclusive, numa transgeracionalidade em torno do ambiente prisional.

3.1. Dos fundamentos jurídicos utilizados na formulação dos requerimentos de prisão domiciliar

Tendo a proteção das gestantes/mães e das próprias crianças como pressupostos, diversos foram os fundamentos e argumentos utilizados nos pedidos de prisão domiciliar ajuizados: (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal, que admitem a aplicação das disposições das Regras de Bangkok à realidade prisional feminina brasileira; (ii) os instrumentos internacionais de proteção à criança e ao adolescente e à mulher privada de liberdade, como as Declarações de Direitos da Criança e as Regras de Bangkok; (iii) o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, ao qual a Constituição da República atribui, em seu art. 227, o caráter de prioridade absoluta da nova ordem jurídica brasileira inaugurada em 1988; (iv) os demais instrumentos legais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei 13.257/2016, a qual estabeleceu uma política pública de proteção à primeira infância no País.

3.1.1. Da prisão domiciliar e a previsão do art. 318 do CPP

Importante ressaltar que, no Brasil, os requisitos para a concessão de tal modalidade de privação de liberdade estão estabelecidos na Lei de Execução Penal e, também, no Código de Processo Penal. Este regulamenta a concessão de prisão domiciliar para pessoas presas em caráter provisório, ou seja, ainda sem condenação definitiva, enquanto aquela se destina a pessoas com sentença condenatória já transitada em julgado.

A previsão legal por meio de dois instrumentos diversos acaba por gerar tratamento desigual a mulheres em situações semelhantes, pelo requisito formal de ter ou não um trânsito em julgado e não a questão material acerca do exercício da maternidade e a situação de gravidez. Isso porque o art. 117 da LEP estabelece que somente pessoas que cumprem pena em regime aberto poderão ser

31. BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 523-546, dez. 2015. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000200523&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 13.08.2016.

beneficiadas com a prisão domiciliar. Ao passo que o art. 318 do CPP, entretanto, possibilita a concessão do benefício a pessoas recolhidas em unidades de regime fechado, desde que a prisão seja cautelar.

Não fosse isso, o referido dispositivo do Código de Processo Penal foi reformado pela Lei 13.257/2016 (Lei de Políticas Públicas para a Primeira Infância), sendo que as hipóteses de concessão de prisão domiciliar antes previstas foram ampliadas. Assim, qualquer gestante (e não mais somente após o sétimo mês de gravidez, como estabelecido anteriormente) e qualquer mulher com filho menor de 12 anos tem direito à obtenção do benefício.

A ampliação de tais hipóteses busca atender aos compromissos assumidos pelo Brasil no cenário internacional, notadamente a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção de RIAD e as Regras de Bangkok.

3.1.2. Das Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras

> *A fim de pôr em prática o princípio de não discriminação consagrado no parágrafo 6 das Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, deve-se tomar em conta as necessidades específicas das mulheres presas na aplicação das presentes Regras. A atenção a essas necessidades para alcançar uma igualdade substancial entre os sexos não deve ser considerada discriminatória.*
> (Regra 1).

O filtro de análise do presente texto está em torno na utilização ou não das Regras de Bangkok no âmbito de decisão dos pedidos de prisões domiciliares.

O Brasil interveio ativamente durante a elaboração das Regras de Bangkok, no âmbito das Nações Unidas, especialmente nos anos de 2009 e 2010, quando de sua aprovação pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. No texto de apresentação à publicação em 8 de março de 2016, da versão em português do referido instrumento, o Ministro Lewandowski, enquanto presidente do CNJ, afirmou que tal instrumento é o principal marco normativo internacional que trata da problemática das mulheres encarceradas, propondo um olhar diferenciado para as implicações entre gênero e prisão, buscando priorizar medidas não privativas de liberdade (CNJ, 2016).[32]

32. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Bangkok*: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas medidas não privativas de liberdade para

Entre os diversos itens contemplados nessas Regras, alguns são mais gerais, ainda que relacionados com mulheres grávidas e crianças, como Suprimentos de higiene inerentes à saúde feminina, especialmente às gestantes e lactantes (Regra 5); Exame médico ao ingressar no estabelecimento prisional, inclusive relacionado a eventual gestação (Regra 6-C); Vedação de submissão da mulher gestante a sanções disciplinares de isolamento (Regra 22); Proibição do uso de instrumentos de contenção em mulheres em trabalho de parto, durante o parto e logo após o parto (Regra 24); Atenção especial às mulheres que tenham sido vítimas de abuso sexual, especialmente àquelas que tenham engravidado por conta de tal abuso (Regra 25).

Mas há um grupo de regras próprio para essa situação: Orientação e assistência especial sobre a saúde gestacional e lactação (Regra 48); Tratamento de crianças na prisão nunca deve ser o de pessoas presas (Regra 49); As crianças devem passar o máximo de tempo com suas mães no ambiente prisional (Regra 50), sendo assistidas integralmente em suas necessidades (Regra 51); e a Decisão sobre a separação de mães e crianças deve ser preparada e observadas, em qualquer caso, o melhor interesse da criança (Regra 52).

As Regras de Bangkok não passaram pelo processo de internalização, embora o Conselho Nacional de Justiça tenha anunciado o gestionamento para a formulação de uma Resolução que efetive as medidas nela encartadas, especialmente, voltadas para o grupo em questão.[33]

3.1.3. Da convenção sobre os direitos da criança e as diretrizes de RIAD

Juntamente com as Regras de Bangkok, utilizou-se como fundamento para o pleito de prisão domiciliar, a Convenção sobre os Direitos da Criança e as Diretrizes de RIAD, documentos internacionais de suma importância para a proteção das crianças e dos adolescentes, que preveem, inclusive, medidas e ações para a prevenção da delinquência infantil. Ambos já ratificados pelo Brasil.

Por fim, e associado a todos os demais, também foi utilizado na elaboração dos requerimentos de concessão de prisão domiciliar o princípio da proteção integral à criança, o qual estabelece, por meio do art. 227 da Constituição da República, que a atenção e o cuidado com as crianças e os adolescentes devem constituir a prioridade absoluta do Estado Brasileiro em sua atuação.

---

mulheres infratoras. Brasília, 2016. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf 5b43aa2cb3e0f53c44.pdf]. Acesso em: 20.11.2016.

33. Regras de Bangkok jogam luzes nas mazelas de gênero, diz autora. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82802-regras-de-bangkok-jogam-luz-nas-mazelas-de-genero-do-sistema-penal-diz-autora].

3.2. Das decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição no Estado do Paraná

Os 31 pedidos[34] de domiciliares formulados em favor das mulheres grávidas e mães, em sua esmagadora maioria, receberam parecer contrário do órgão ministerial e foram indeferidos em primeira instância: 26 pedidos foram indeferidos, três deferidos e dois julgados prejudicados, visto que, em um caso a interna fora indultada, e no outro a prisão cautelar fora revogada.

Entre os 31 pedidos, 21 foram julgados pela mesma Vara, a Vara de Execução de Penas de Réus ou Vítimas Femininas e de Medidas de Segurança de Curitiba,[35] resultando em 19 indeferimentos. Em todos esses pedidos, houve parecer desfavorável à concessão, por parte do Ministério Público. A maioria dessas decisões judiciais, embora tenha feito menção às Regras de Bangkok, afirmou que não as considerou como parte do ordenamento jurídico válido no Brasil, por serem parte apenas de uma Resolução da Assembleia Geral da ONU, não possuindo *status* de tratado, acordo ou compromisso internacional. Assim, segundo as referidas decisões judiciais, a partir de um juízo de ponderação entre princípios constitucionais julgou que, apesar de adequada, não seria necessária a concessão do benefício em virtude da existência de uma "creche" dentro da Penitenciária Feminina de Piraquara.

Os demais indeferimentos, todos oriundos de comarcas do interior do Paraná[36] sequer mencionaram as Regras de Bangkok, restringindo-se a fundamentar a decisão na legislação interna, em especial, pelo não enquadramento da requerente nos termos do Art. 318,[37] do Código de Processo Penal. Em um dos casos,

34. Foram judicializados 32 pedidos de prisão domiciliar, entretanto, 31 deles diziam respeito às mulheres grávidas ou com crianças dentro da unidade. O 32º pedido consistiu em um caso bastante específico de vulnerabilidade social sofrida por uma criança que se encontrava fora do cárcere, estando detida sua mãe em regime semiaberto. Assim, a análise feita neste tópico considerará somente os 31 pedidos realizados em benefícios das mulheres grávidas e com crianças, estando essas dentro de uma unidade prisional.
35. Essa Vara detém competência exclusiva para apreciar os pedidos de mulheres em privação de liberdade que estão em Curitiba, Pinhais ou Piraquara.
36. Foram elas: 1ª Vara Criminal de Ponta Grossa, Vara Criminal de Bocaiúva do Sul, Vara Criminal de Ibaiti, 4ª Vara Criminal de Londrina, Vara Criminal de Bandeirantes, Vara Criminal de Cambará e Vara Criminal de Morretes.
37. No período em que fora ajuizado o pedido de domiciliar a redação do art. 318 do CPP, ainda não havia sido alterada, permitindo a concessão do benefício para presas provisórias a partir do sétimo mês da gestação, ou quando a gravidez fosse de alto risco, ainda se demonstrado que a pessoa requerente seria indispensável aos cuidados de criança menor de 6 anos de idade.

a decisão que não concedeu o pedido, não trouxe nenhuma fundamentação,[38] além de a sentença penal condenatória ter culminado em pena a ser cumprida em regime aberto; ou seja, a mulher e seu bebê ficaram meses submetidos a todas as mazelas do sistema prisional sem que houvesse necessidade para tal, pois o provimento final foi muito menos severo do que a situação provisória.

Em nenhuma das três decisões em que o pedido foi concedido, as Regras de Bangkok foram citadas ou utilizadas como fundamento:

a) a requerente com autos de origem na 7ª Vara Criminal de Curitiba obteve parecer favorável do órgão ministerial e teve seu pedido concedido por se enquadrar nos termos do art. 318, do Código de Processo Penal (com redação anterior à mudança legislativa);

b) a decisão originária da Vara Criminal de Araucária foi no mesmo sentido, concedendo sob os termos do mesmo artigo. Nesse caso, contudo, não houve parecer favorável nem desfavorável do órgão ministerial, o qual pugnou por documentos que comprovassem a gravidez da acusada e teve sua manifestação considerada desnecessária pela magistrada, por afirmar ser fato notório a gravidez da requerente, visível em seu interrogatório, gravado em áudio e vídeo; a decisão ainda registrou ser desnecessário tanto esforço da defesa em demonstrar a situação das mulheres no cárcere dada a obviedade do fato;

c) a terceira mulher a conseguir o benefício, com parecer favorável do órgão ministerial, também teve seu pedido analisado pela Vara de Execução de Penas de Réus ou Vítimas Femininas e de Medidas de Segurança de Curitiba, e obteve a concessão pelo mesmo Juiz de Direito que negou as demais. Embora a linha argumentativa seguisse aquela das demais decisões do juízo, mas, sem menção as Regras de Bangkok, concedeu o benefício em face de grave doença da filha da interna.

3.3. Das decisões proferidas em segundo grau de jurisdição pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Em face dos pedidos indeferidos foram interpostos 19 recursos de Agravo em Execução (no caso das mulheres com condenação definitiva, conforme dispõe a Lei de Execução Penal) e impetrados cinco pedidos de *habeas corpus* (para mulheres presas provisoriamente).

38. O excerto da decisão proferida, nos autos de processo criminal, que tramitara na Comarca de Bocaiúva do Sul: "Nos termos da manifestação ministerial à seq. anterior, indefiro o pedido da nobre causídica, não obstando sua reapreciação quando da realização do ato designado".

Os fundamentos utilizados nas decisões proferidas em segundo grau centraram-se, basicamente, na legislação interna, que veda a concessão de prisão domiciliar a pessoas que cumprem pena em regime fechado. Em várias decisões foi ressaltado que, conforme a linha jurisprudencial pacificada do Superior Tribunal de Justiça, admitia-se a concessão do benefício para pessoas em regimes diferentes do aberto somente em situações excepcionais, e que tal hipótese não se aplicava àquelas mulheres, pois no caso do Paraná existe uma "creche" na PFP.

Importante ressaltar, ainda, que somente em um recurso de Agravo houve parecer favorável à concessão da medida por parte da Procuradoria-Geral de Justiça. Nesse parecer, os argumentos para a concessão se orientavam pela necessidade de observância às Convenções Internacionais usadas no pedido e no recurso, bem como às Regras de Bangkok.

Os Recursos de Agravo e os Habeas Corpus foram distribuídos à 1ª, 3ª, 4ª e 5ª Câmaras Criminais[39] do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Das 15 decisões, em seis não houve menção às Regras de Bangkok e nenhuma delas mencionou a Convenção sobre os Direitos da Criança e as Diretrizes de RIAD. Nos acórdãos em que houve análise a respeito das Regras de Bangkok, apontou-se que tais Regras não seriam normas de caráter cogente no direito brasileiro, uma vez que ostentariam apenas o caráter de recomendação.

39. No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, há cinco Câmaras Criminais e sua competência está dividida em relação à matéria criminal, objeto do feito em julgamento, conforme se vê do Regimento Interno: Art. 93. Às Câmaras Criminais serão distribuídos os feitos atinentes à matéria de sua especialização, assim classificada: I – à Primeira Câmara Criminal: a) crimes contra a pessoa, exceto os contra a honra; b) crimes militares definidos em lei; c) processos oriundos do Conselho de Justificação da Polícia Militar; II – à Segunda Câmara Criminal: *a)* infrações penais atribuídas a Prefeitos Municipais; *b)* crimes contra a administração pública; *c)* crimes contra a fé pública; *d)* crimes contra a honra; *e)* crimes contra a incolumidade pública, incluídos os definidos no Estatuto do Desarmamento; *f)* crimes contra a ordem tributária e econômica, contra as relações de consumo e falimentares; *g)* crimes ambientais; *h)* demais infrações penais, na proporção de metade do que delas for distribuído, isoladamente, à Terceira, à Quarta e à Quinta Câmara Criminal; *i)* atos infracionais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, por estes praticados; III – à Terceira, à Quarta e à Quinta Câmara Criminal: *a)* crimes contra o patrimônio; *b)* crimes contra a dignidade sexual; *c)* crimes contra a paz pública; *d)* infrações penais relativas a tóxicos e entorpecentes; *e)* demais infrações penais. Somente um feito foi distribuído à 1ª Câmara Criminal; quatro para a 3ª Câmara; seis feitos para a 4ª, e cinco para a 5ª. A concentração dos feitos na 3ª., 4ª. e 5ª Câmaras deve-se ao fato de que 68% das mulheres atendidas estão detidas, provisória ou definitivamente, por tráfico de drogas ou associação para o tráfico de drogas, ou, ainda, o concurso desses dois delitos.

Necessário destacar o posicionamento de um julgador da 3ª Câmara Criminal, relator de três dos recursos, que, muito embora tenha votado pelo indeferimento dos pedidos e não tenha reconhecido a aplicabilidade das Regras de Bangkok, ainda que as tenha analisado, ressaltou que o encarceramento feminino no cenário brasileiro é tema preocupante e merecedor de atenção, tanto por parte do Executivo quanto do Judiciário.

No único caso em que a Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer favorável à concessão da prisão domiciliar, foram opostos Embargos de Declaração, por se entender que o acórdão não teria enfrentado os argumentos expendidos quando da interposição do recurso e ratificados pelo Ministério Público. Tais Embargos, também, foram rejeitados.

Dos Habeas Corpus impetrados, dois tiveram a ordem concedida (distribuídos a um mesmo relator, da 3ª Câmara Criminal), um não foi conhecido (5ª Câmara Criminal) e dois tiveram a ordem denegada (4ª Câmara Criminal). Em todos eles, o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça foi desfavorável.

Em um dos acórdãos, que denegou a concessão da ordem de Habeas Corpus, restou consignado que a paciente não preencheria os requisitos estabelecidos no Art. 318 do CPP, e que a existência da "creche" na PFP era um dos motivos pelos quais não estaria evidenciada a situação excepcional apta a justificar a prisão domiciliar. Da mesma forma, a decisão que não conheceu da impetração consignou que não restou demonstrada a situação grave que exige o referido dispositivo legal.

Entretanto, os dois acórdãos que concederam a ordem de Habeas Corpus – de mesma relatoria – reconheceram a adequação da situação às exigências do Código de Processo Penal (ressaltando a reforma realizada pela Lei 13.257/2016). Tais acórdãos, contudo, não mencionaram as Regras de Bangkok. Em ambos os casos, o relator ressaltou que a concessão da ordem não pretendia pôr em xeque a estrutura das unidades em que as mulheres se encontravam (uma na PFP e outra no CMP), mas que a concessão da prisão domiciliar seria medida adequada para evitar a ocorrência de novos delitos e, ao mesmo tempo, privilegiar a proteção da criança.

3.4. Dos recursos às instâncias superiores

Das decisões proferidas em segunda instância, foram interpostos alguns Recursos Especiais e Recursos Ordinários em Habeas Corpus, os quais foram improvidos ou tiveram seu seguimento negado.

Necessário pontuar que não foi possível recorrer de todas as decisões, uma vez que, em outubro de 2016, um mutirão carcerário realizado por diversos órgãos do sistema de justiça criminal concedeu prisão domiciliar a várias mulheres,

e muitas das internas para quem haviam sido formulados os pedidos foram beneficiadas pela decisão.

Assim, os recursos acabaram por perder seu objeto, uma vez que as mulheres já estavam sob o regime da prisão domiciliar.

4. Das Regras de Bangkok e da normativa internacional que dispõe sobre direitos humanos

A justificativa que apareceu na maioria dos julgados acerca das prisões domiciliares era a de que a mulher em privação de liberdade não se enquadraria em uma das hipóteses descritas nas previsões do art. 318 do Código de Processo Penal,[40] embora tais hipóteses fossem comprovadas ou pela condição de gravidez ou pelo próprio nascimento da criança. Também se considerou, em muitos casos, que o sistema carcerário do Paraná dispunha de estrutura (supostamente) adequada para o abrigo de gestantes e de crianças em suas unidades.

O discurso que predominou em uma boa parte dos casos referentes a esses pedidos de prisão domiciliar é o de que a flexibilização perante a excepcionalidade de situações não se encontraria presente e a prisão[41] justificava-se por envolver crime equiparado a hediondo ou pela gravidade dos fatos e assim se descolava dos argumentos relacionados com a situação da infância e da maternidade que eram a situação-problema desse *case*.

A análise dessa amostra de pedidos de prisão domiciliar pareceu indicar a resistência de tais decisões em utilizar argumentos constantes em tratados, convenções e resoluções internacionais. De forma específica, no presente caso que é a não internalização das Regras de Bangkok no âmbito legislativo interno (como indicado no maior grupo de indeferimentos de primeiro e segundo graus). A propósito, vale registrar que, embora tais regras possam não ter uma condição normativa similar às convenções e aos tratados, segundo seu próprio teor:[42]

40. Das hipóteses que interessam ao presente texto: III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco (este inciso foi alterado, pelo chamado Marco Legal da Infância em março de 2016, quando já tramitavam os pedidos de prisão domiciliar) e sua redação atual gestante; V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (hipótese também alterada em 2016 pela Lei 13.257/2016).

41. Tanto provisória, na modalidade de prisão preventiva, com fundamento predominante na "ordem pública", quanto definitiva, para a qual sequer caberia a prisão domiciliar.

42. A propósito, acerca da importância dos instrumentos internacionais sobre direitos humanos e da nomenclatura no âmbito do direito internacional, ainda que não seja o tema central do presente texto, v: GORCZEVSKI, Clóvis; DIAS, Felipe da Veiga. A

> [...] são inspiradas por princípios contidos em várias convenções e declarações das Nações Unidas e estão, portanto, de acordo com as provisões do direito internacional em vigor. Elas são dirigidas às autoridades penitenciárias e agências de justiça criminal (incluindo os responsáveis por formular políticas públicas, legisladores, o ministério público, o judiciário e os funcionários/as encarregados de fiscalizar a liberdade condicional) envolvidas na administração de penas não privativas de liberdade e de medidas em meio aberto.[43]

A resistência pode ser percebida, também, em utilizar a Convenção de RIAD, usada como fundamento, pois não fora considerada como fundamento para a concessão dos pedidos.

4.1. Das decisões das instâncias superiores em relação às Regras de Bangkok

Alguns estudos sobre a questão do Poder Judiciário e os direitos humanos,[44] demonstram a um só tempo a importância do Poder Judiciário nesse recorte, quanto sua resistência em adotar uma postura em sua defesa.[45] Fatores como a formação dos atores do Poder Judiciário, a democratização no acesso à carreira e os tipos de demanda que estão em trâmite, indicam que essa temática dos direitos humanos, ainda, carece de maior atenção,[46] mesmo quando se está tratando das Cortes Superiores.[47]

---

imprescindível contribuição dos tratados e cortes internacionais para os direitos humanos e fundamentais. *Sequência*, n. 65, p. 241-272, dez. 2012.

43. Regras de Bangkok, Item 4. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf]. Acesso em: 09.08.2018. p. 17.
44. Tanto na ótica de que o acesso à justiça, como primeiro passo, quanto na de que as normativas internacionais sobre direitos humanos e os julgados do sistema regional ou internacional sobre direitos humanos ainda não aparecem nos argumentos de decisão.
45. Conferir: PIOVESAN, Flávia. Poder judiciário e os direitos humanos. *Revista USP*, Brasil, n. 101, p. 99-112, maio 2014. Disponível em: [www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87817/90739]. Acesso em: 26.02.2018. p. 104; MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de. *Poder Judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos:* aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas; Centro de Justiça e Sociedade, 2010. Disponível em: [https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10315/Poder%20Judici%C3%A1rio%20Brasileiro%20e%20a%20Prote%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf]. Acesso em: 26.02.2018. p. 56-60.
46. PIOVESAN, Flávia. Poder judiciário e os direitos humanos. p. 106-108; MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de. *Poder Judiciário e a proteção dos direitos humanos*. p. 56-60.
47. MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de. *Poder Judiciário e a proteção dos direitos humanos*. p. 61-63.

Da mesma forma, a resistência se apresenta quanto à possibilidade de controle de convencionalidade da legislação interna, à luz dos tratados, convenções e resoluções que se encontram internalizados pelo processo congressual.[48] Fato que permitiria, por exemplo, no caso em exame, analisar se os dispositivos da prisão domiciliar (tanto na Lei de Execução Penal quanto no Código de Processo Penal) atendem às prescrições das Declarações de Direitos da Criança e da Convenção de RIAD, considerando a posição amplamente majoritária de que as Regras de Bangkok não poderiam ser utilizadas, uma vez que ainda não internalizadas.

Todavia, no que concerne à necessidade de reconhecimento e aplicação das Regras de Bangkok no âmbito judicial brasileiro, o Supremo Tribunal Federal parecia estar consolidando a sua jurisprudência em sentido favorável, tendo concedido, em diversos casos, o benefício da prisão domiciliar a mulheres privadas de liberdade em caráter provisório ou definitivo, como o foram nos seguintes Habeas Corpus: 126.107/SP, 126.937-MC/SP, 128.325/SP, 130.152/SP, 131.760/SP, 134.069/DF, 134.734/SP e 135.564/RS.

Em algumas dessas decisões, a relatoria no Supremo Tribunal Federal assinala que esse instrumento normativo internacional deveria ser aplicado à realidade brasileira, justamente com o objetivo de garantir a efetividade de direitos declarados como fundamentais pela Constituição da República, particularmente vinculados com a primeira infância. Veja-se como exemplo o que constou nos autos de Habeas Corpus sob 126.107/SP, em que a ordem foi concedida de ofício:

> [...] que durante a 65ª Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, realizada em dezembro de 2010, foram aprovadas as Regras Mínimas para Mulheres Presas, por meio das quais os Estados-membros, incluindo-se o Brasil, reconhecem "a necessidade de estabelecer regras de alcance mundial em relação a considerações específicas que deveriam ser aplicadas a mulheres presas e infratoras [...] foram elaboradas para complementar, se for adequado, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos e as Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio), em conexão com o tratamento a mulheres presas ou alternativas ao cárcere para mulheres infratoras".
>
> Nesse diapasão, deve-se asseverar que tais regras "*[...] são inspiradas por princípios contidos em várias convenções e resoluções das Nações Unidas* e estão, portanto, de acordo com as provisões do direito internacional em vigor. *Elas são*

48. STARCK, Gilberto; RAMOS, André de Carvalho. *Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o controle de convencionalidade*: levando a sério os tratados de direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 104. jan.-dez. 2009. p. 241-286.

> *dirigidas às autoridades penitenciárias e agentes de justiça criminal, incluindo os responsáveis por formular políticas públicas, legisladores, o Ministério Público, o judiciário e os funcionários encarregados de fiscalizar a liberdade condicional envolvidos na administração de penas não privativas de liberdade e de medidas em meio comunitário"* (grifei).
>
> Dentre as regras referidas acima, transcrevo, por oportuno, a de número 57, que obriga os Estados-membros a desenvolver "*[...] opções de medidas e alternativas à prisão preventiva* e à pena especificamente voltadas às mulheres infratoras, dentro do sistema jurídico do Estado-membro, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres e suas responsabilidades maternas".[49]

O Ministro Celso de Mello, em decisão proferida nos Autos de Habeas Corpus sob n. 134.734/SP, ao converter o feito em diligência, para determinar ao impetrante que demonstrasse ser a mulher presa lactante, assevera que as Regras de Bangkok estão alinhadas com a Convenção de RIAD e à própria Constituição da República de 1998 e devem ser consideradas nas decisões judiciais:

> [...] Essa observação feita pelo autor da presente ação de "habeas corpus", se comprovada, revelar-se-á apta a ensejar a aplicação, tais sejam as circunstâncias subjacentes ao caso em exame, do que prescreve o inciso V do art. 318 do CPP, na redação que lhe deu a Lei da primeira infância (Lei 13.257, de 08.03.2016).
>
> Cabe assinalar, no ponto, que a aplicabilidade da norma legal que venho de referir encontra raízes em importante documento internacional a que o Brasil se vinculou, política e juridicamente, no plano externo.
>
> Com efeito, impende relembrar que a Assembleia Geral das Nações Unidas, acolhendo recomendação do Conselho Econômico e Social, adotou regras para o tratamento de mulheres presas e a aplicação de medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, as denominadas Regras de Bangkok, em cuja elaboração e votação teve ativa participação o Estado brasileiro. O legislador nacional, ainda que de modo incompleto, buscou refletir no plano processual penal o espírito das Regras de Bangkok, fazendo-o mediante inovações introduzidas no Código de Processo Penal, especialmente em seus artigos 6º, 185, 304 e 318, e, também, na Lei de Execução Penal (artigos 14, § 3º, 83, § 2º, e 89).
>
> Ao disciplinar a prisão domiciliar, o Brasil, atuando no plano doméstico, promulgou legislação – a Lei 12.403/2011 e a Lei 13.257/2016, que, entre outras

49. STF, HC 126.107/DF. Rel. Min. Carmen Lúcia. *DJe* 021 DIV. 30.01.2015 PUB. 02.02.2015. Grifos e sublinhado constam do original.

> matérias, "Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância" – que institui regra autorizativa viabilizadora da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, se e quando se tratar, consideradas as várias hipóteses elencadas em rol taxativo, (a) de gestante, (b) de mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, (c) de homem, "caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos incompletos", ou (d) de agente considerado "imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência". Cumpre enfatizar, de outro lado, que a benignidade desse tratamento dispensado às prisões cautelares de mulheres nas condições que venho de referir é também justificada pela necessidade de conferir especial tutela à população infanto-juvenil, notadamente às crianças, em ordem a tornar efetivos os compromissos que o Brasil assumiu não só perante a sua própria ordem constitucional, mas, também, no plano internacional, ao subscrever a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, cujo texto foi incorporado, formalmente, ao sistema de direito positivo interno de nosso País pelo Decreto presidencial 99.710, de 21.11.1990. É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que a proteção aos direitos da criança e do adolescente (CF, art. 227, "caput") qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração ou dimensão (RTJ 164/158-161, v.g.), cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente em um "facere", pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que viabilizem, em favor dessas mesmas crianças e adolescentes, "[...] com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (CF, art. 227, "caput").

É importante consignar que as duas decisões foram aqui referidas em destaque porque ganharam nota na coluna de notícias do próprio Supremo Tribunal Federal, sendo a última datada de 4 de julho de 2016.[50]

De todo modo, o panorama tanto no Superior Tribunal de Justiça, quanto no Supremo Tribunal Federal, no período em que tramitavam os pedidos de prisão domiciliar em questão demonstra ainda considerável resistência na utilização das Regras de Bangkok, para medidas liberatórias em favor das mulheres.[51]

50. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=320309]. Acesso em: 26.02.2018.

51. Nesse sentido foi o mapeamento feito por Fábio Silva de Oliveira: "No âmbito do Superior Tribunal de Justiça consta registro em 15 decisões, todas monocráticas, que

Entretanto, importante trazer à discussão recente julgado que se apresenta como dos mais relevantes na discussão da temática nos últimos anos: o HC 143.641/SP, impetrado, inicialmente, por membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos e tendo como *amici curiae* a Defensoria Pública da União e diversas Defensorias Públicas Estaduais,[52] no qual se pleiteou a concessão de prisão domiciliar para "todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no Sistema Penitenciário Nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças". Por maioria de votos,[53] a ordem de *habeas corpus* foi concedida, determinando-se a

consideram as Regras de Bangkok. Dessas 15 decisões, apenas 05 foram favoráveis e 10 desfavoráveis. A primeira decisão a considerar as Regras de Bangkok é de 31 de agosto de 2015, do ministro Rogério Schietti Cruz, no HC 333.831/SP. O caso era de uma adolescente que fora submetida à internação pela prática de atos infracionais análogos ao art. 121, § 2º, I, II e IV e 211 do CP e iniciou o cumprimento da medida quando estava gestante de 05 meses. Após o nascimento da criança e considerando as condições precárias do estabelecimento a Defensoria Pública de São Paulo requereu a concessão de liberdade assistida à menor.

Tal pleito foi indeferido em primeira e segunda instância. Já no STJ, apesar das poéticas considerações à dignidade humana da paciente, o Habeas Corpus foi indeferido liminarmente por ausência de prova inequívoca de que as instalações da internação eram precárias, patente ilegalidade, apta a afastar o óbice da Súmula n. 691 do STF. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal apresenta registro em *20 decisões*, sendo 03 em acórdãos e 17 decisões monocráticas. Diferente do STJ, que indeferiu a maioria dos pedidos, o STF tem 16 decisões favoráveis e apenas 04 desfavoráveis. A primeira decisão a considerar as Regras de Bangkok é de 01 de janeiro de 2015, do ministro Ricardo Lewandowski, no HC 126.107/SP. As decisões concentram-se em apenas quatro ministros da Corte. Sendo que o Min. Ricardo Lewandowski é o maior entusiasta das Regras de Bangkok, tendo proferido 08 decisões [todas favoráveis], o Min. Gilmar Mendes proferiu 03 decisões [também favoráveis], já o Min. Celso de Mello proferiu 04 decisões, sendo duas de deferimento total e duas parciais, por fim, o Min. Edson Fachin proferiu duas decisões considerando as Regras de Bangkok e, como bom civilista, denegou ambas" (OLIVEIRA, Fabio Silva de. Regras de Bangkok e encarceramento feminino. *Canal Ciências Criminais*. 2018. Disponível em: [https://canalcienciascriminais.com.br/regras-de-bangkok-encarceramento/]. Acesso em: 12.02.2018).

52. O *habeas corpus* fora impetrado por Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem de Oliveira, e solicitaram ingresso como *amicus curiae* a Defensoria Pública da União e diversas Defensorias Estaduais. O relator, Min. Ricardo Lewandowski, no entanto, em analogia ao disposto na Lei 13.300/2016, reconheceu a legitimidade ativa à Defensoria Pública da União, admitindo os impetrantes e os demais órgãos como *amici curiae*.

53. Votaram a favor da concessão da ordem, nos termos do voto do relator Min. Ricardo Lewandowski, os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Somente o

substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, listadas pelo DEPEN nos autos. De ofício, a ordem foi estendida a todas as demais mulheres privadas de liberdade na mesma situação, inclusive às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas.

Trata-se, com efeito, de importantíssimo precedente, que utilizou como fundamento para a concessão da ordem, entre outras normativas e instrumentos internacionais (como a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos) as Regras de Bangkok, apontando-as como o principal marco normativo internacional a respeito do tema, e ressaltando a ausência de políticas públicas destinadas a efetivá-las – não obstante a ativa participação do Governo Brasileiro nas negociações para sua elaboração.[54]

No entanto, não se pode deixar de ter em conta, a propósito, que o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado de maneira antagônica nos temas afetos diretamente ao sistema prisional: primeiro reconhece o "estado de coisas inconstitucional", na decisão proferida, de forma ainda não definitiva, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, e a decisão, por maioria, que entende ser possível a execução provisória da pena, a partir da segunda instância, proferida nos Autos de Habeas Corpus 126.292-SP, posição essa mantida no julgamento das Medidas Cautelares propostas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

A título de comparação incumbe registrar que no grupo de casos analisados, as Câmaras Criminais que julgaram a absoluta maioria dos Recursos de Agravo e *Habeas Corpus* indeferindo as prisões domiciliares (4a e 5a Câmaras Criminais), antes mesmo de ser publicado o Acórdão que admitiu a execução provisória da sentença, já a tinham adotado como argumento para expedir mandados de prisão quando mantidas as condenações em sede recursal. Já a 3ª Câmara Criminal, embora siga também esse posicionamento, entende que a execução provisória deve, então, favorecer os sentenciados contando referido tempo para a obtenção de benefícios e não podendo ser alterada a data-base de forma a retroagir em desfavor dos sentenciados.

Min. Edson Fachin apresentou posicionamento divergente, afirmando que a situação deveria ser analisada à luz de cada caso concreto.

54. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 143.641, da 2ª Turma do STF, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Acórdão ainda não publicado. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152]. Acesso em: 26.02.2018. p. 22.

Entretanto, essas mesmas Câmaras Criminais (4ª e 5ª) não admitiram, no recorte de análise, que os acórdãos e decisões liminares (já publicados pelo mesmo STF) acerca das prisões domiciliares ancorados nas Regras de Bangkok, pudessem ser usados como forma de interpretar as hipóteses do art. 318, CPP e fossem considerados como precedentes para a concessão da medida liberatória que envolve em sua maioria mulheres pobres e que transitam com pequena quantidade de substância entorpecente.

4.2. Da resistência em reconhecer e utilizar tratados, convenções e resoluções que tratam de direitos humanos

A posição do Poder Judiciário do Estado do Paraná, no recorte proposto no presente texto, tanto no primeiro como em segundo graus, alinha-se com a posição majoritária das Cortes Superiores, no que concerne às Regras de Bangkok, com o ponto especial de que elas ainda não foram internalizadas de acordo com o processo congressual.

Num espectro mais amplo, impende lembrar – como já assinalado – que o próprio Supremo Tribunal Federal tem uma postura contraditória na temática prisional, considerando a crise ou falência das prisões e o crescimento exponencial da população carcerária que beira as 700.000 pessoas privadas de liberdade.

O ponto de ebulição da grave crise que assola o sistema carcerário nacional pode ser representado por um dos episódios mais violentos e dramáticos da história das prisões do Brasil, no início de 2017, em que quase 150 pessoas foram cruel e violentamente assassinadas dentro de presídios brasileiros. Esses eventos ensejaram uma declaração bastante emblemática do Corregedor-Geral do Conselho Nacional de Justiça sobre a percepção da ausência responsabilidade por parte do próprio Poder Judiciário ante o caos em que se encontra o sistema prisional: "A situação não envolve juízes e sim gestão dos presídios, que é um problema do Executivo e não do Judiciário".[55]

Tal postura de afastamento, mesmo diante do fato de que, com o advento das audiências de custódia, não parece ser possível falar em prisões sem o crivo do Poder Judiciário, não fossem as regras da Lei de Execução Penal que há décadas impõe obrigações legais ao Poder Judiciário.

55. IBCCRIM. Editorial. Os protagonistas da barbárie. *Boletim 291*, fev. 2017. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/333-291-Fevereiro2017]. Acesso em: 12.02.2018.

> Diante dessas constatações, aflora a conclusão de que os movimentos reformistas pelo desencarceramento soçobraram pelo fato de que o problema não está apenas na produção legislativa ou no déficit de políticas públicas, mas também na postura dos juízes, imersos em uma cultura classista, ilegalista e autoritária. Alterações legais e medidas político-criminais pouco valem quando os juízes atuam como combatentes de uma suposta guerra contra a criminalidade, sem qualquer limite ou baliza legal. [56]

No que concerne aos tratados, convenções e regras – os quais no recorte das prisões, por natureza, estão associados aos direitos humanos – tendo em conta o quadro de violação de direitos no cárcere nacional, vale lembrar que o Brasil já sofreu condenações perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, além da imposição de medidas cautelares, em episódios como Urso Branco, Dr. Sebastião Martins Silveira, Curado e Pedrinhas.[57]

Já no que toca à população carcerária feminina, com um número populacional ainda pequeno, em termos absolutos, mas representativo no que toca à sobreposição acerca dos signos encarceradores, o cenário se avizinha igualmente obscurecido. Ainda que se pudesse afastar as Regras de Bangkok, por não estarem internalizadas, há outros tantos instrumentos internacionais já ratificados pelo Brasil, especialmente no marco da infância, que autorizariam a concessão das prisões domiciliares.

---

56. IBCCRIM. Editorial. Os protagonistas da barbárie. *Boletim 291*, fev. 2017. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/333-291-Fevereiro2017]. Acesso em: 12.02.2018.

57. CORTE IDH. *Resolução da Corte IDH de 18 jun. 2002*. Medidas Provisórias Solicitadas pela CIDH a respeito da República Federativa do Brasil – Caso Penitenciária Urso Branco. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_01_portugues.pdf]. Acesso em: 30.09.2016; CORTE IDH. *Resolução da Corte IDH de 28 jul. 2002*. Solicitação de Medidas Provisórias apresentadas pela CIDH com respeito ao Brasil – Caso das Pessoas Privadas de Liberdade na Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara_se_01_por.pdf]. Acesso em: 30.09.2016; CORTE IDH. *Resolução da Corte IDH de 22 mai. 2014*. Medidas Provisórias a respeito do Brasil – Assunto do Complexo Penitenciário de Curado. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_01_por.pdf]. Acesso em: 30.09.2016; CORTE IDH. *Resolução da Corte IDH de 14 nov. 2014*. Medidas Provisórias a respeito do Brasil – Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf]. Acesso em: 30.09.2016.

5. Considerações finais: sobre ser mulher, mãe e presa

A morte é um dia santo
para sempre no céu.
(trecho do poema *Pequena Aldeia*, Cecília Meireles, 1961)

O silenciamento e o obscurantismo do feminino que se espraia seja pela grande narrativa universal, seja no âmbito das ciências criminais, pode se evidenciar com mais potência em alguns recortes, quando não, estabelecer estereotipias em suas concepções. A mulher criminosa pode ser considerada em tal *status*. Ainda que grandes arranjos científicos tenham sido estabelecidos a partir de estudos e proposições sobre ela, como O Martelo das Feiticeiras e A Mulher Delinquente.

Com as eclosões contemporâneas em torno dos debates de gênero, detidamente sobre as mulheres em situação de prisão (objeto do presente artigo), tanto alguns estudos da academia quanto as intervenções de campo voltaram seus olhares para esse grupo. Um dos fatores de propulsão pode ser o hiperencarceramento de mulheres a partir da Lei de Drogas e a divulgação do Primeiro Levantamento de Informações Penitenciárias, indicando esse fato, publicado no ano de 2015.

Pelas peculiaridades do grupo e de sua situação jurídica, é possível analisar também a posição do sistema de justiça criminal em face da legislação pátria e de instrumentos internacionais, especialmente, inseridos no marco dos direitos humanos. Foi nesse ponto, que – a partir da proposta de uma intervenção de campo no âmbito de um projeto de extensão universitária – realizou-se a análise de um grupo de casos relativos a pedidos de prisão domiciliar que foram judicializados perante o Poder Judiciário do Estado do Paraná. Esses pedidos tiveram, entre os fundamentos utilizados para requerer a concessão, instrumentos internacionais, como a Convenção de RIAD e as Regras de Bangkok, estas últimas formuladas com atenção voltada para o feminino encarcerado, em que há itens específicos direcionado ao grupo das gestantes, lactantes e mães. As Regras de Bangkok, mesmo que não internalizadas pelo processo congressual, foram consideradas como o filtro de análise da presente pesquisa realizada no grupo de pedidos judicializados pelo projeto de extensão universitária, tendo em conta a posição de protagonismo que o Brasil teve em sua formulação e aprovação – por parte da Presidência do Supremo Tribunal – e do investimento político do Conselho Nacional de Justiça em adotar resoluções para sua implementação.

Na amostra analisada, poderia se afirmar a incompreensão ou a negativa acerca do rescaldo que as prisões de mulheres e suas crianças pode gerar, ainda que se reconheça as mazelas históricas do sistema prisional como narrativa sempre

presente. Isso pareceu, no grupo analisado, afastar os julgadores da adoção de normas nacionais ou internacionais que reconheçam direitos fundamentais, no paradigma dos direitos humanos, aproximando-os em contrapartida cada vez mais dos discursos de combate aos inimigos, da guerra às drogas e do encarceramento massivo. Ainda, associados com argumentos sobre a moral das mulheres e pretensos padrões naturais de comportamento.

A não indicação do instrumento ou a resistência em reconhecer as Regras de Bangkok como diretrizes para o trato do aprisionamento de mulheres e, em especial, a de grávidas e mães, deixou até mesmo de enfrentar a questão de terem ou não o *status* de *ius cogens* do direito internacional. Esse fato parece demonstrar – ainda que fosse necessário reconhecer as diferenças do feminino encarcerado – um importante distanciamento da compreensão normativa associada a outros dispositivos internos como o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Convenção de RIAD e o Marco Legal da Infância, de plena vigência no âmbito nacional, admitindo, por isso, como consequência o indevido encarceramento de mulheres, mas especialmente de crianças.

6. Referências

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

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARCINSKI, Marcia et al. O Marianismo e a vitimização e mulheres encarceradas: alternativas de exercício do poder feminino. *Ex Aequo*, n. 28, p. 87-100, 2013. Disponível em: [www.scielo.mec.pt/pdf/aeq/n28/n28a08.pdf]. Acesso em: 10.02.2018.

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luís Felipe. *Feminismo e política*: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014.

BOITEUX, Luciana. Por que precisamos tanto do indulto para mulheres condenadas por tráfico de drogas? *Justificando*. 2016. Disponível em: [http://justificando.cartacapital.com.br/2016/05/06/por-que-precisamos-tanto-do-indulto-para-mulheres-condenadas-por-trafico-de-drogas/]. Acesso em: 16.02.2018.

BOITEUX, Luciana; FERNANDES, Maíra et. al. *Mulheres e crianças encarceradas*: um estudo jurídico-social sobre a experiência da maternidade no sistema prisional do Rio de Janeiro. LADIH. Disponível em: [http://fileserver.idpc.net/library/M--es-encarceradas-UFRJ.pdf]. Acesso em: 12.02.2018.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 523-546, dez. 2015. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000200523&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 13.08.2016.

BUGLIONE, Samantha. A mulher enquanto metáfora do direito penal. *Discursos sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, ano 5, v. 09/10, p. 203-219, 1º e 2º sem. 2000.

CERNEKA, Heidi Ann. Regras de Bangkok: está na hora de fazê-las valer! *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 20, n. 232, p. 18-19, ago. 2012.

CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 23, n. 3, p. 761-778, dez. 2015.

COSTA, Pietro. *Poucos, muitos, todos*: lições de história da democracia. Curitiba: Ed. UFPR, 2012.

DINIZ, Debora. *Cadeia*: relatos sobre mulheres. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

ESPINOZA MAVILA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. 180p. (Monografias; 31).

GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar*: a escola do mundo ao avesso. Trad. Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM Editores, 2011.

GORCZEVSKI, Clóvis; DIAS, Felipe da Veiga. A imprescindível contribuição dos tratados e cortes internacionais para os direitos humanos e fundamentais. *Sequência*, n. 65, p. 241-272, dez. 2012.

HERETIÉR, Françoise. *Masculino e feminino I:* o pensamento da diferença. Lisboa: Instituto Piaget, 2015.

HESPANHA, António Manuel. *Imbecillitas*: as bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime. São Paulo: Annablume, 2010.

IBCCRIM. Editorial. Os protagonistas da barbárie. *Boletim 291*, fev. 2017. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/333-291-Fevereiro2017]. Acesso em: 12.02.2018.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Delação premiada: com a faca, o queijo e o dinheiro nas mãos. *Conjur*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-mar-25/limite-penal-delacao-premiada-faca-queijo-dinheiro-maos]. Acesso em: 14.08.2016.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista:* novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de. *Poder Judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos:* aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas; Centro de Justiça e Sociedade, 2010.

Disponívelem:[https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10315/Poder%20Judici%C3%A1rio%20Brasileiro%20e%20a%20Prote%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf]. Acesso em: 26.02.2018.

MOREIRA, Anny Clarissa de Andrade et al. In: SÁ, Priscilla Placha (Coord. e Org.). *Diário de uma intervenção*: sobre o cotidiano de mulheres no cárcere. Florianópolis: EMais, 2018.

OLIVEIRA, Fabio Silva de. Regras de Bangkok e encarceramento feminino. *Canal Ciências Criminais*. 2018. Disponível em: [https://canalcienciascriminais.com.br/regras-de-bangkok-encarceramento/]. Acesso em: 12.02.2018.

PIOVESAN, Flávia. Poder Judiciário e os direitos humanos. *Revista USP*, n. 101, p. 99-112, maio 2014. Disponível em: [www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87817/90739]. Acesso em: 26.02.2018.

QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam*. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SÁ, Priscilla Placha. O sistema penal e suas inimigas: o controle dos corpos feminismos de presas comunistas e traficantes. *Boletim IBCCRIM*, v. 274, p. 18-19, 2015.

SÁ, Priscilla Placha. Por amor ou por dinheiro: a divisão sexual do trabalho ilícito. 13º Mundo de Mulheres & Fazendo Gênero – Transformações, conexões e deslocamentos. Anais eletrônicos. Disponível em: [www.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499203354_ARQUIVO_PorAmorPorDinheiroSubmissao.pdf]. Acesso em: 10.02.2018.

SIMÕES, Heloisa Vieira; BARTOLOMEU, Priscilla Conti; SÁ, Priscilla Placha. Vale quanto pesa: o que leva(m) mulheres à prisão. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. v. 4, n. 3, p. 145-161, out. 2017.

STARCK, Gilberto; RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, jan. dez. 2009.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; LAROUZE, Bernard. Maternidade atrás das grades: em busca da cidadania e da saúde. Um estudo sobre a legislação brasileira. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 3, p. 607-619, mar. 2015. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2015000300607&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 16.02.2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Mulheres, maternidade e o sistema punitivo: limites e possibilidades das audiências de custódia no Estado do Rio de Janeiro, de Luciana Simas, Vera Malaguti Batista e Miriam Ventura – *RBCCrim* 149/455-489 (DTR\2018\20701); e
- Primeira infância, sistema prisional e o direito ao desenvolvimento, à saúde, à convivência familiar e à liberdade, de Bruno César da Silva – *RDIJ* 3/103 (DTR\2014\2165).

Sá, Priscilla Placha; Simões, Heloisa Vieira; Bartolomeu, Priscilla Conti. Quem te prende e não te solta: as Regras de Bangkok e a análise de decisões denegatórias do Poder Judiciário do estado do Paraná.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 151. ano 27. p. 383-416. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2019.

Pornografia e violência de gênero: instrumentos de proteção da mulher em situação de violência

Pornography and gender violence: protection instruments of women in violence situation

Raisa Duarte da Silva Ribeiro

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (2016). Pós-Graduada em Direitos Humanos pelo Instituto Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra (2012). Pós-Graduada em Direito Público e em Advocacia Pública pela Universidade Cândido Mendes (2013 e 2016). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (2013). Professora de Direito Constitucional e de Direitos Humanos da Universidade Veiga de Almeida e do Centro Universitário Carioca (Unicarioca). Pesquisadora do Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro (NIDH FND-UFRJ).
raisaribeiro@hotmail.com

Renata da Silva Athayde Barbosa

Doutoranda em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bolsista da CAPES. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (2014). Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (2013). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (2011). Especializada em Direito Penal Internacional pelo Instituto Internacional de Justiça Criminal e Direitos Humanos de Siracusa (2017). Professora convidada na pós-graduação *latu sensu* em Ciências Criminais e Segurança Pública da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pesquisadora do Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro (NIDH FND-UFRJ).
renataabarbosa@gmail.com

Rodrigo de Souza Costa

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor convidado do Master em Éxecution Penal et Droits de l'Homme, feito em parceria entre a Université de Pau et des Pays de l´Adour, a Université de Bordeaux IV e a École Nationale d´Administration Pénitentiaire – ENAP. Professor adjunto de Direito Penal da Universidade Federal Fluminense. Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Secretário Adjunto do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal.
rodrigo@rscadvogados.adv.br

Recebido em: 28.02.2018
Aprovado em: 15.09.2018
Última versão dos autores: 06.10.2018

Ribeiro, Raisa Duarte da Silva; Barbosa, Renata da Silva Athayde; Costa, Rodrigo de Souza. Pornografia e violência de gênero: instrumentos de proteção da mulher em situação de violência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 151. ano 27. p. 417-456. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2019.

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O presente trabalho analisa uma forma específica de violência cometida em face das mulheres: a chamada pornografia tradicional. A questão central do trabalho gira em torno do fato de que, se a pornografia é uma forma de violência contra a mulher, ela se torna um problema que precisa ser tutelado pelo Direito. Com o objetivo de analisar os instrumentos jurídicos de proteção da mulher que se encontra em situação de violência em razão da pornografia, o presente artigo se estrutura em três momentos centrais. Em um primeiro momento, a pornografia tradicional é conceituada e demonstra-se como ela consiste numa modalidade de violência contra a mulher. Em um segundo momento, partindo do pressuposto de que há violência de gênero na realização e no consumo da pornografia tradicional, analisam-se os instrumentos de tutela penal existentes no ordenamento jurídico brasileiro que amparam a mulher em situação de violência. Por fim, visualiza-se a necessidade de edição de instrumentos específicos de tutela, em especial para a proteção dos direitos das mulheres que se encontram em situação de violência por causa da pornografia, à luz de iniciativas propostas no cenário estadunidense por Catharine MacKinnon e Andrea Dworkin.

Palavras-chave: Direitos humanos das mulheres – Tutela penal – Violência de gênero – Pornografia.

Abstract: The present work analyzes a specific form of violence committed against women: traditional pornography. The central issue of the work revolves around the fact that when pornography generates violence against women, it becomes a problem that needs to be carried by Law. With the aim of analyzing the legal protection instruments of women who are in a situation of violence due to pornography, this article is structured in three central moments. At first, traditional pornography is conceptualized and it is demonstrated how it generates violence against women. In a second moment, based on the assumption that there is gender violence in the making and consumption of traditional pornography, we examine the instruments of criminal protection in the Brazilian legal system that are applied to women who are in violence situation. Finally, the need for the publication of specific protection instruments, especially for the protection of the civil rights of women in situations of violence due to pornography, is addressed in the light of initiatives proposed in the United States by Catharine MacKinnon and Andrea Dworkin.

Keywords: Women human rights – Criminal protection – Gender violence – Pornography.

Sumário: 1. Introdução. 2. Pornografia como forma de violência de gênero. 3. Espécies de pornografia e sua tutela pelo Direito Penal brasileiro. 3.1. A tutela da pornografia enquanto violência predominantemente física. 3.2. A tutela da pornografia enquanto violência psicológica e moral – A pornografia não consensual. 3.2.1. Considerações gerais. 3.2.2. Implicações da escolha dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal relacionados à pornografia não consensual. 3.2.3. Reflexões sobre os conceitos e os tipos penais ligados a pornografia não consensual. 4. Necessidade de tutela específica protetiva das mulheres que se encontram em situação de violência em razão da pornografia. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A pornografia[1] desafia o Direito em muitos aspectos, a começar pela dificuldade em definir seu conceito, passando pelo constante crescimento e consolidação de sua indústria e terminando nos impactos negativos que ela gera para a sociedade, em especial para o reconhecimento, a proteção e a igualdade das mulheres. Com a globalização, o aparecimento da imprensa e a redução de custos gráficos, a difusão da internet e o crescimento do turismo, a pornografia passou a ser uma realidade social lucrativa para a vida de algumas pessoas e impactante negativamente na vida de outras.

O Direito não precisa dar respostas adequadas a qualquer realidade social, no entanto, a pornografia não pode ser vista como uma qualquer realidade, pois ela gera prejuízo desproporcional para uma parcela significativa das pessoas envolvidas na sua confecção e para o seu mercado consumidor. Atualmente, a pornografia gera uma alta demanda e é facilmente acessada de forma *on-line* e, muitas vezes, gratuita, o que a torna disponível para, praticamente, todo o globo terrestre. Alguns dados podem ilustrar essa afirmação: 35% de todos os *downloads* da internet são pornôs, e *sites* pornô têm mais visitantes por mês do que Netflix, Amazon e Twitter combinados[2]. Este trabalho se propõe não só a demonstrar a danosidade social gerada pela pornografia, como também sua relação com os direitos humanos da mulher. Pretende-se investigar quais os instrumentos de tutela jurídico-penal disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro que a mulher pode se valer para sair da situação de violência que se encontra em razão da pornografia.

A metodologia utilizada para tanto consistiu, de um lado, num levantamento bibliográfico que proporcionasse a compreensão do porquê de algo tão trivial como a exibição da nudez e da sexualidade feminina sob a forma de estímulo sexual ser socialmente danoso. Para tanto, utilizou-se autoras do feminismo radical como Andrea Dworkin e Catharine MacKinnon, em razão de suas propostas terem por objetivo proteger as mulheres que se encontram em situação de violência em razão da produção e do consumo dos materiais pornográficos.

No âmbito das teorias feministas, existe uma grande polaridade no tema da pornografia e da prostituição[3]. De um lado, o feminismo radical defende a

1. Esclarece-se que as menções genéricas à pornografia são, em verdade, referências àquilo que se conceitua como pornografia tradicional. Ver nota n. 11.
2. CULTURE REFRAMED. Disponível em: [www.culturereframed.org/the-crisis]. Acesso em: 10.02.2018.
3. De forma sintética, apresenta essa polarização: PRADA, Nancy Prada. *¿Qué décimos las feministas sobre la pornografia?*. Los orígenes de um debate. La manzada de la discórdia, v. 5, 1, jan.-jun. 2010. p. 7-26.

necessidade da abolição da pornografia, compreendida como uma prática política sexual[4], baseada no primado da perpetuação da lógica da dominação masculina[5], que gera violência contra as mulheres. De outro lado, uma vertente do feminismo defende a posição pró-pornografia como reconhecimento de algumas das críticas destinadas pelo movimento anterior, mas chegando a uma conclusão diversa: sustentam a necessidade de regulamentação da pornografia, para que se garanta condições de trabalho favoráveis para as mulheres que dela participam, resgatando a capacidade das mulheres de decidir sobre o próprio corpo e se preocupando com as consequências negativas de uma eventual proibição[6]. De forma mais contemporânea, defende-se a possibilidade de utilização subversiva da pornografia, com representações alternativas da sexualidade[7].

Cabe ressaltar que, embora não haja um posicionamento pacífico dentro do próprio movimento feminista sobre como tratar juridicamente a pornografia, adotou-se o posicionamento de Dworkin e MacKinnon, tendo em vista que, independentemente da polaridade, compreende-se que é necessária uma tutela protetiva das mulheres que se encontram em situação de violência.

De outro lado, utilizou-se também a pesquisa documental para demonstrar quais são os dispositivos penais que se ligam às diversas formas de pornografia. Com a finalidade de melhor organizar a apresentação da questão penal, abordou-se diferentes espécies de pornografia, dividindo-se sua investigação entre tipos

4. MACKINNON, Catharine. *Only words*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996. p. 15; FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Trad. e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 47.

5. De acordo com Andrea Dworkin, a pornografia é o DNA da dominação masculina, que funciona através do fortalecimento de dogmas estruturantes, como: a autoafirmação metafísica; a força física; a capacidade de aterrorizar; o poder de nomear; o poder de possuir; o poder do dinheiro; e o poder do sexo (DWORKIN, Andrea. *Pornography men possessing women*. Penguin Group, 1989. p. 13-47). Sobre dominação masculina, *vide*: BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina.* Trad. Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

6. Nesse sentido, VANCE, Carole S. *Placer y peligro*. Explorando la sexualidade feminina. Madrid: Talasa, 1989. p. 48; ECHOLS, Alice. The taming of the Id: feminist sexual politics, 1968-1983. In: VANCE, Carole S. *Pleasure and danger.* Boston: G. K. Hall, 1983. p. 50-72; RUBIN, Gayle. Thinking sex: notes for a radical theory of the politics of sexuality. In: VANCE, Carole S. *Pleasure and danger.* Boston: G. K. Hall, 1983. p. 267-319.

7. Nesse sentido, BUTLER, Judith. *Lenguaje, poder e identidad.* Trad. e prólogo: Javier Sáez y Beatriz Preciado. Madrid: Editorial Síntesis, 1997; PRECIADO, Paul Beatriz. *Texto junkie*: sexo, drogas e biopolítica na era farmacopornográfica. N1-Edições, 2018.

penais que têm o corpo da mulher como objeto e aqueles que têm como objeto outros aspectos de sua existência, como dignidade sexual, honra etc.

O trabalho, através do método silogístico, pretende demonstrar suas premissas acerca da pornografia como forma de violência e das medidas existentes na legislação penal brasileira para tutelar as mulheres dessa violência. Para, enfim, concluir acerca da suficiência dessas medidas, propondo, com base no direito estrangeiro, novas alternativas para o tratamento da questão. Para isso, em um primeiro momento, delimita-se o conceito da pornografia tradicional e demonstra-se como ela gera violência contra a mulher. Nesse momento, valendo-se da classificação contida na Lei 11.340/06, correlaciona-se a pornografia tradicional com as interfaces da violência contra a mulher em seus aspectos físico, psicológico, moral, patrimonial e sexual.

Em um segundo momento, partindo do pressuposto de que há violência de gênero na realização e no consumo da pornografia, analisam-se os instrumentos de tutela penal existentes no ordenamento jurídico brasileiro que amparam a mulher em situação de violência em razão da pornografia tradicional. Nesse momento, cumpre fazer uma observação inicial: o presente trabalho foi escrito e aprovado para publicação na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (*RBCCrim*) antes da edição da Lei 13.718, promulgada em 24 de setembro de 2018, que, entre outras medidas, criminaliza a pornografia não consensual, em especial a pornografia da vingança. Assim, posteriormente à sua aprovação, foram realizadas alterações no artigo para contemplar a mencionada legislação. Até então no ordenamento jurídico brasileiro não existiam leis específicas, inclusive no âmbito penal, destinadas a tutelar a questão da pornografia.

Por fim, visualiza-se a necessidade de edição de instrumentos de tutela específicas, em especial para a proteção dos direitos das mulheres que se encontram em situação de violência por causa da pornografia, à luz de iniciativas propostas no cenário estadunidense por Catharine MacKinnon e Andrea Dworkin. Cabe ressaltar que, nesse momento, não são propostos instrumentos jurídico-penais de salvaguarda da vida e integridade física e psicológica das mulheres, mas, ao contrário, foca-se a edição de diplomas legais que tenham por objetivo reparar a violência sofrida pelas vítimas e retirá-las do ciclo de agressões contra elas perpetradas.

2. Pornografia como forma de violência de gênero

Os dados acerca da difusão da pornografia tradicional mencionados anteriormente significariam somente um negócio lucrativo ou uma nova febre comportamental que não deveria estar sujeita à legislação se não fosse um fato: a

pornografia motiva, influencia e fornece parâmetros de comportamento sexual à sociedade.

A palavra pornografia deriva dos vernáculos *porne* e *graphein*¸ do grego antigo. *Porne* significa prostituta; *graphein* significa grafia, escrita, desenho, gravura[8]. Assim, através da literalidade da sua acepção etimológica, a pornografia poderia ser entendida como escritos, desenhos ou gravuras sobre prostitutas e prostituição[9].

Sobre o conceito de pornografia, Andrea Dworkin observou que o vernáculo *porne* significava uma categoria específica de prostitutas existentes na Grécia antiga, identificadas específica e exclusivamente como a classe mais baixa de prostitutas, disponíveis para todos os cidadãos, sendo caracterizadas como escravas sexuais[10].

Nesse contexto, a pornografia consiste na "gráfica representação das mulheres como prostitutas vis"[11], que pode ser exibida não apenas por escritos, gravuras ou desenhos, como o termo *graphien* sugere, mas também, em razão da evolução tecnológica, através da utilização de câmeras e mulheres reais para a sua confecção.

Além disso, o conceito doutrinário de pornografia mostra que ela pode ser entendida como "um material criado por homens heterossexuais que combina sexo e/ou exposição da genitália com abuso ou degradação de mulheres de uma maneira que parece endossar, desculpar, ou encorajar tal comportamento"[12], o que evidentemente destaca a capacidade da pornografia de definir o comportamento sexual das pessoas.

Por essa razão, a pornografia requer uma interferência do Direito, pois o tipo de estímulo que ela se propõe a oferecer ao público é um problema social sério. Andrea Dworkin e Catharine MacKinnon, por sua vez, incluem no seu conceito, criado para proteger mulheres que sofrem de violência pornográfica, a circunstância de estimulação proporcionada pela pornografia: "a subordinação gráfica e expressa de mulheres por figuras e/ou palavras"[13].

8. DWORKIN, Andrea. *Pornography men possessing women*. Penguin Group, 1989. p. 200.
9. BOZON, Michel. *Sociologia da sexualidade*. Trad. Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004. p. 116.
10. DWORKIN, Andrea. *Pornography men possessing women*. Penguin Group, 1989. p. 200.
11. DWORKIN, Andrea. *Pornography men possessing women*. Penguin Group, 1989. p. 200.
12. RUSSEL, Diana. *Against pornography*: the evidence of harm. Berkeley, California: Russell Publications, 1994. p. 3.
13. DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catharine A. *Pornography and civil rights* – A new day for women´s equality. Minneapolis. Organizing Against Pornography, 1989. p. 36.

Assim, de forma geral, a pornografia tradicional[14] pode ser definida como a exibição gráfica de materiais sexuais, nos quais a sexualidade feminina seja mostrada de forma subalterna e haja a degradação de mulheres, deflagrada através de comportamentos agressivos, abusivos e degradantes, em contexto de dominação masculina, de maneira que se pareça endossar, encorajar ou normalizar a violência de gênero[15].

Nesse contexto, a pornografia promove a subordinação feminina, a começar pela forma como é produzida[16] e a terminar pela imagem que ela vende e pela realidade social que ela constrói e corrobora[17-18], promovendo e naturalizando a violência em face da mulher.

A partir desse ponto, a violência contra a mulher pode ser considerada como "qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada"[19].

Assim, a violência contra a mulher se caracteriza como uma expressão extrema da discriminação de gênero, sendo um componente fundamental no sistema de dominação, uma maneira que o agressor encontra de perpetuar o seu poder sobre as mulheres e a manutenção do papel de subordinação atribuído a elas[20].

---

14. Destaca-se que o tipo de pornografia que ora se identifica como objeto de estudo é a chamada pornografia tradicional, ou seja, aquela feita sob os standards clássicos da sexualidade.
15. RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva. *Discurso de ódio, violência de gênero e pornografia*: entre a liberdade de expressão e a igualdade. Editora Multifoco, 2017. p.48-49.
16. A indústria pornográfica explora mulheres pobres e vulneráveis. De acordo com dados médicos, essas mulheres são submetidas a um alto risco de contrair HIV, gonorreia retal, clamídia nos olhos (Adult Industry Medical Health Care Foundation apud DINES, Gail. *Pornland*: how porn has hijacked our sexuality. Boston: Beacon Press, 2010. p. xxviii).
17. MACKINNON, Catharine. *Only words*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996. p. 16.
18. A pornografia causa o silenciamento das mulheres, por identificá-las apenas em contextos sexuais. Nesse sentido: FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Trad. e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 47 e ss.
19. Art. 1º, Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, 1994.
20. Nesse sentido, BERNARDES, Márcia Nina; COSTA, Rodrigo de Souza. Os parâmetros Internacionais de prevenção da violência doméstica contra as mulheres: uma comparação com os instrumentos previstos na Lei Maria da Penha. In: LOIS, Cecilia Caballero; BRANDÃO, Daniela da Rocha; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (Org.). *Direito*

Assim, esse tipo de violência ocorre em razão do pertencimento das mulheres à categoria de gênero[21], sendo dirigida contra a mulher porque é mulher ou porque a afeta de forma desproporcional[22].

A violência de gênero pode ser verificada através de diversas condutas e formas de agir, podendo ser classificada como violência física, psicológica, sexual, patrimonial e/ou moral[23]. A pornografia gera violência de gênero, tanto em razão da sua produção quanto em razão de seu consumo, conforme será demonstrado, de forma exemplificativa, a seguir.

A violência física pode ser entendida como qualquer conduta ou ato corporal que ofenda a integridade ou a saúde física da vítima[24], sendo observada em diversos momentos na pornografia, por exemplo, com a utilização de tapas com mãos abertas e demais agressões físicas perpetuadas. Estatísticas atestam que cerca de 90% das cenas dos vídeos pornôs mais acessados continham agressão física e, em quase metade, agressão verbal, com homens perpetrando estas em 70% das vezes, enquanto a mulher é o alvo 94% do tempo[25]. Cerca de 40% das cenas pornográficas mais acessadas contêm tapas de mão aberta[26].

A violência psicológica pode ser entendida como qualquer conduta que cause dano emocional, que diminua a autoestima, que prejudique ou perturbe

---

internacional dos direitos humanos. Florianópolis: Conpedi, 2015. v. 1. p. 372; TELES, Maria A. de Almeida; MELO, Mônica. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2002.

21. O pertencimento a uma categoria social minoritária permite que atos de opressão possam ser realizados contra aqueles sujeitos. Nesse sentido, FREE, Marylin. Opression. In: MINAS, Anne. *Gender basics*: feminist perspectives on women and men. 2. ed. Wadsworth, 2000.

22. BERNARDES, Márcia Nina; COSTA, Rodrigo de Souza. Os parâmetros Internacionais de prevenção da violência doméstica contra as mulheres: uma comparação com os instrumentos previstos na Lei Maria da Penha. In: LOIS, Cecilia Caballero; BRANDÃO, Daniela da Rocha; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (Org.). *Direito internacional dos direitos humanos*. Florianópolis: Conpedi, 2015. v. 1. p. 375.

23. Essa classificação de violência de gênero foi retirada da Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, que visa coibir atos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Apesar de ter um âmbito de aplicação restrito aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, as formas de violência ali definidas podem ser expandidas para alcançar todas as formas de violência de gênero.

24. Conceito extraído do artigo 7º, I, da Lei 11.340/06.

25. Informação disponível em: [www.culturereframed.org/the-crisis]. Acesso em: 10.02.2018.

26. Informações extraídas do site: [http://stoppornculture.org/about/about-the-issue/facts-and-figures-2/]. Acesso em: 10.02.2018.

o pleno desenvolvimento de sua vítima ou que vise a degradar ou controlar suas ações, comportamentos, decisões e crenças. A violência psicológica pode ocorrer mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição, ridicularização e limitação do direito de locomoção ou qualquer outro meio que cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação de suas vítimas[27]. Caracteriza-se por fatos que aterrorizam, geram medo às suas vítimas, fazendo com que elas façam ou deixem de fazer algo, a exemplo das condutas contra a liberdade individual, como é o caso da ameaça e do constrangimento ilegal.

Na realização da pornografia, a violência psicológica pode ser observada já com relação à escolha do perfil das mulheres que participam da realização dos materiais pornográficos. De acordo com estudos empíricos, nos Estados Unidos, 65% a 75% das mulheres que estão na prostituição e na pornografia foram abusadas na infância[28]. Além disso, são pessoas nitidamente pobres, com pouco acesso à educação, sendo a pornografia sua única opção. Para elas, de forma majoritária, a pornografia não foi questão de escolha livre, mas a sua única possibilidade.

Cabe mencionar também que há um percentual significativo de mulheres que estão na pornografia através de coação, pelo tráfico de mulheres. No Relatório Global sobre Tráfico de Pessoas, formulado no âmbito da Organização das Nações Unidas, em 2014, 53% das vítimas, em termos globais, foram traficadas para fins de exploração sexual, sendo 97% mulheres[29].

De forma semelhante, o Relatório Global sobre Tráfico de Pessoas de 2016, referente ao período de 2012 a 2014, identificou cerca de 65 mil vítimas do tráfico internacional de pessoas, sendo 51% mulheres, 21% homens, 20% meninas e 8% meninos. Além disso, relatou que o período de 2007 a 2014, o tráfico para exploração sexual manteve-se entre 50% e 60%, sendo, portanto, o maior objetivo dessa conduta ilícita[30].

Além disso, a violência psicológica é realizada através da padronização dos comportamentos sexuais, da exibição da sexualidade feminina como suja,

27. Conceito extraído do artigo 7º, II, da Lei 11.340/06.

28. DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catharine A. *Pornography and civil rights* – A new day for women´s equality. Minneapolis. Organizing Against Pornography, 1989. p. 70.

29. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODOC). Global Report in Trafficking In Persons. 2014. Disponível em: [www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/GLOTIP_2014_full_report.pdf]. Acesso em: 30.09.2018. p. 13.

30. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODOC). Global Report in Trafficking In Persons, 2016. Disponível em: [www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf]. Acesso em: 30.09.2018.

dos xingamentos, do rebaixamento, da subalternidade e da depreciação das mulheres no contexto pornográfico.

Nesse contexto, observa-se que a pornografia apresenta as mulheres como objetos sexuais desumanizados, coisas ou bens de consumo[31]. As mulheres são desumanizadas, na medida em que suas características de reação a dor e de auto respeito são aniquiladas pelos materiais pornográficos[32]. Na pornografia, mulheres são chamadas por nomes pejorativos, são depreciadas e parecem gostar, porque pedem por mais ou porque sorriem. Ocorre que essas posturas são compradas pelo dinheiro, não havendo consensualidade senão através do capital[33]. Além disso, na pornografia, as mulheres são exibidas sentindo prazer na violação, são machucadas, agredidas, lesionadas e se excitam com isso.

Além de serem desumanizadas, as mulheres são apresentadas como objetos sexuais. Observe que objetos não possuem vontade própria e que existem para satisfazer seus donos. Objetos provocam seu uso. Pela pornografia, as mulheres são vistas como objetos sexuais, porque provocam sexualmente os homens: seu acesso e seu uso sexual é ilimitado, elas existem para isso[34].

A pornografia também animaliza as mulheres, que ou são exibidas como animais, ou são chamadas por nomes de animais ou são forçadas, em determinadas modalidades pornográficas, a terem relações sexuais com animais.

Ademais, a pornografia também reduz as mulheres às partes sexuais de seus corpos[35]. Essa fragmentação corporal faz com que os sentimentos e as emoções das mulheres não sejam percebidos e corrobora para a sua desumanização[36].

---

31. Elementos contidos na definição de pornografia extraída de Catharine Mackinnon e Andrea Dworkin. *Vide*: DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catharine A. *Pornography and civil rights* – A new day for women´s equality. Minneapolis. Organizing Against Pornography, 1989. p. 36.
32. De acordo com Bernard Williams, existem dois elementos caracterizadores da essência humana: reação a dor e senso de autorrespeito. *Vide*: MACKINNON, Catharine. *Toward a feminist theory of the state*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 1989. p. 210.
33. MACKINNON, Catharine. *Only words*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996. p. 5.
34. A objetificação da mulher pela pornografia é minuciosamente analisada por Andrea Dworkin, em: DWORKIN, Andrea. *Pornography men possessing women*. Penguin Group, 1989. p. 130 e ss.
35. DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catharine A. *Pornography and civil rights* – A new day for women´s equality. Minneapolis. Organizing Against Pornography, 1989. p. 195.
36. David Le Breton observa que o corpo não pode ser analisado de forma dissociada da pessoa que ele representa, devendo ser afastado o risco da fragmentação corporal. Nesse

Associada à violência psicológica, a violência moral também influi diretamente na autoestima e no reconhecimento social da mulher[37]. Consiste na prática dos crimes contra a honra, tratando-se de qualquer conduta no sentido de imputar falsamente fato definido como crime[38] ou imputar fato ofensivo à reputação da vítima[39], ou, ainda, ofender a sua dignidade ou decoro[40-41], ações que influenciam diretamente na autoestima e no reconhecimento social da mulher, gerando violação de sua honra.

A pornografia exibe a sexualidade feminina como subalterna e suja, o que ofende a dignidade das mulheres. A visão que a pornografia constrói da mulher em sociedade envolve, além da inferioridade desse gênero, a sua sexualização. A mulher não possui credibilidade na sociedade, em razão de ser mulher, pois, afinal de contas, "quem vai querer escutar uma mulher com um pênis na boca?"[42]. Essa é a imagem e o reconhecimento social das mulheres que é transmitido pelos materiais pornográficos.

Outra forma de violência de gênero consiste na violência sexual, que se refere à utilização de condutas que limitem ou anulem a sexualidade de suas vítimas, sendo práticas contrárias à liberdade sexual e reprodutiva das mulheres, à exemplo do crime de estupro, assédio sexual, perigo de contágio de doença venérea, entre outros.

A violência sexual pode ser entendida como qualquer conduta que venha a constranger a vítima a presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada, ou que a induza a comercializar ou utilizar de qualquer forma a sua sexualidade, ou que a impeça de utilizar método contraceptivo ou que force ao

---

sentido: BRETON, David Le. *A sociologia do corpo*. Trad. Sonia M. S. Fuhrmann. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007. p. 26.

37. Nesse sentido, BERNARDES, Márcia Nina; COSTA, Rodrigo de Souza. Os parâmetros Internacionais de prevenção da violência doméstica contra as mulheres: uma comparação com os instrumentos previstos na Lei Maria da Penha. In: LOIS, Cecilia Caballero; BRANDÃO, Daniela da Rocha; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (Org.). *Direito internacional dos direitos humanos*. Florianópolis: Conpedi, 2015. v. 1. p. 374.
38. Conduta tipificada como calúnia, nos termos do artigo 138 do Código Penal brasileiro.
39. Conduta tipificada como difamação, nos termos do artigo 139 do Código Penal brasileiro.
40. Conduta tipificada como injúria, nos termos do artigo 140 do Código Penal brasileiro.
41. Conceito extraído do artigo 7º, V, da Lei 11.340/06.
42. MACKINNON, Catharine. Pornography, civil rights, and speech. In: ITZIN, Catharine (Org.). *Pornography*: women, violence and civil libertities. Ozford University Press, 1992. p. 483-484.

matrimônio, à gravidez ou ao aborto, ou ainda que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais ou reprodutivos. A violência sexual pode ser realizada através da utilização de intimidação, ameaça, coação ou uso da força. Ou, ainda, mediante chantagem, suborno ou manipulação[43].

A pornografia também traz a padronização de condutas sexuais. As relações sexuais ocorrem dentro de um *script* predefinido, não existindo muitas variações[44]. Estereótipos de mulher e de homem são por ela criados. Não há liberdade para criação que envolva libertação sexual para ambos os gêneros, as únicas alterações possíveis se fazem dentro de um contexto de violência e de virilidade. O prazer masculino é a única coisa que está em jogo: assim que o homem ejacula, a relação sexual é finda; o orgasmo feminino, exuberante e de proporções grotescas, apenas existe para corroborar a ideia da virilidade masculina[45].

Observa-se, assim, que estereótipos de mulher e de homem são criados pela pornografia. Durante a confecção dos materiais pornográficos, não se leva em conta a liberdade sexual da mulher: não são suas escolhas sexuais realizadas, mas sim as dos pornógrafos.

Na confecção da pornografia, com a padronização dos comportamentos sexuais e com a utilização do dinheiro como forma de consensualidade, observa-se uma nítida configuração da violência sexual. Em diversos filmes pornográficos, as mulheres são proibidas de ter relações sexuais com preservativos e são obrigadas a utilizar métodos anticoncepcionais. Além disso, seus direitos sexuais também são anulados, na medida em que, uma vez assinado o contrato, tudo pode ser feito com relação à mulher para a confecção dos materiais pornográficos. O consentimento da mulher, ao assinar o contrato, torna-se permanente e inquestionável, devendo ela realizar todos os atos que lhe são solicitados, para que possa receber pelo serviço sexual prestado.

A violência patrimonial se refere às condutas que configurem retenção, subtração, destruição total ou parcial dos objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores, direitos ou recursos econômicos de suas vítimas, incluindo aqueles que sejam necessários para satisfazerem as suas necessidades[46].

43. Conceito extraído do artigo 7º, III, da Lei 11.340/06.

44. DWORKIN, Andrea. *Pornography men possessing women*. Penguin Group, 1989. p. xv; MACKINNON, Catharine. *Toward a feminist theory of the state.* Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 1989. p. 5.

45. DINES, Gail. *Pornland*: how porn has hijacked our sexuality. Boston: Beacon Press, 2010. p. xviv.

46. Conceito extraído do artigo 7º, IV, da Lei 11.340/06.

Na confecção da pornografia, a violência patrimonial também pode ser observada em alguns momentos, quando ocorre a retenção do dinheiro das mulheres ou de seus documentos por seus agenciadores, a escolha da destinação de seus rendimentos para a compra específica de produtos e alterações de seus corpos, entre outros comportamentos.

Observe-se que, na pornografia, essas modalidades de violência de gênero podem ocorrer separada ou cumulativamente. Mas, em todos os casos de materiais pornográficos tradicionais, pode-se visualizar, pelo menos, uma ou mais condutas de violência contra a mulher. Cabe ainda ressaltar que, conforme salienta Catharine MacKinnon, a pornografia também gera efeitos negativos na vida das mulheres em razão do seu consumo. A pornografia gera intrusão mental inconsciente e manipulação física em seus consumidores[47]. Por ser uma fonte de excitação, por ser utilizada por seus consumidores como material de masturbação, a naturalização da violência é visualizada na prática. Além disso, os consumidores se tornam mais propensos a querer reproduzir na vida real aquilo que aprenderam na pornografia[48].

Violência em face das mulheres: essa é a mensagem que a pornografia proporciona e essa é a realidade que a pornografia corrobora. Esses dados já demonstram a necessidade de interferência do Direito, já que esse tipo de violência perpetua a opressão em face das mulheres.

Através dessas observações iniciais, pode-se constatar que a pornografia é uma prática discursiva constitutiva, ou seja, o discurso externalizado pelos materiais pornográficos constrói realidades sociais[49]. Todo discurso, de forma consciente ou não, possui objetivos específicos[50]. O discurso pornográfico transmite uma ideia sobre os gêneros e a sexualidade, tendo como consequência a perpetuação da lógica da dominação masculina[51-52] e gera violência contra a mulher.

47. MACKINNON, Catharine. *Only words*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996. p. 16.

48. Nesse sentido, por RUSSEL, Diana. *Against pornography*: the evidence of harm. Berkeley, California: Russell Publications, 1994. p. 121-122.

49. MACKINNON, Catharine. *Only words*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996. p. 15.

50. No âmbito da filosofia da linguagem, J. L Austin trouxe a noção de atos de fala como atos performativos, rompendo com a superação tradicional entre atos performativos e atos constitutivos. Segundo o autor, a linguagem é um fenômeno capaz de interferir e modificar a realidade, não podendo ser vista apenas como um instituto meramente descritivo. Nesse sentido: AUSTIN, J. L. *Quando dizer é fazer*: palavras e ação. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990. p. 21.

51. De acordo com Andrea Dworkin, a pornografia é o DNA da dominação masculina, que funciona através do fortalecimento de dogmas estruturantes, como: a autoafirmação

Nessa toada, o desafio que foi proposto ao Direito está relacionado à dificuldade de balancear direitos e a necessidade de proteção de um grupo vulnerável que fica evidenciado pela pornografia, a mulheres. Nas democracias, como o Direito se propõe a equilibrar os direitos humanos da mulher e a pornografia: respeitando o direito à pornografia, em defesa da liberdade de expressão, ou restringindo-a, em defesa da promoção da igualdade, da expressão de minorias silenciadas e da vedação à violência e discriminação?

Entendemos que o pêndulo dessa balança deve se direcionar para a tutela dos grupos vulneráveis, de forma que urge uma proteção jurídica das mulheres que se encontram em situação de violência em razão da pornografia. Por isso, passa-se à análise dos instrumentos jurídico-penais disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro para a tutela das mulheres que se encontrem neste cenário de violação de direitos fundamentais.

3. Espécies de pornografia e sua tutela pelo Direito Penal brasileiro

Algumas premissas devem ser fixadas antes do enfrentamento do tema central deste item. As análises aqui desenvolvidas se propõem a lidar com a mulher em situação de violência, embora não se negue que a pornografia pode atingir os homens também, não só como sujeito/objeto da pornografia, mas também enquanto público alvo desta. No entanto, na maior parte das vezes, a mulher é o personagem do material pornográfico, por isso, a análise aqui realizada se propõe a investigar a tutela oferecida às mulheres. Uma segunda premissa a ser fixada é que o levantamento não trata da pornografia infantil, tendo em vista a especificidade do bem jurídico tutelado e dos mecanismos disponíveis para tanto.

Feitas tais considerações, passa-se ao tratamento penal conferido às diversas formas de pornografia. Assim, tendo em vista que o foco deste trabalho está na pornografia – seu reflexo nos crimes sexuais ou em outros crimes em cujo polo passivo estejam mulheres em razão de situação de pornografia – a divisão das condutas analisadas se dá pelo prisma da pornografia, não tendo como alvo uma investigação sistematizada sobre as bases da legislação penal, e sim os reflexos da pornografia nesta. A investigação divide-se em dois eixos: a tutela penal da pornografia que tem como objeto o corpo da mulher – na vertente da violência física

metafísica; a força física; a capacidade de aterrorizar; o poder de nomear; o poder de possuir; o poder do dinheiro; e o poder do sexo (DWORKIN, Andrea. *Pornography men possessing women*. Penguin Group, 1989.p. 13-47).

52. Sobre a dominação masculina, *vide*: BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina.* Trad. Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

prevista na Lei 11.340/06, seja através do bem jurídico vida, seja da integridade física; e a tutela penal que tem como objeto outros bens jurídicos da mulher.

3.1. A tutela da pornografia enquanto violência predominantemente física

No que se refere ao corpo da mulher como objeto da pornografia, o primeiro reflexo dela na esfera penal está na modalidade chamada pornografia extrema[53], ela é conhecida como a produção de imagem sensual que objetiva a excitação sexual e contém elementos de ameaça a vida da pessoa, como sufocamento e agressão sexual sob ameaça de uma arma; ou causar feridas severas ao ânus, seios ou genitália da pessoa, como por exemplo a inserção de objetos afiadas na genitália da vítima.

Desde já se deve mencionar que nessas hipóteses não há que se falar em consentimento da atriz, pois sua vontade parece estar viciada. A esse respeito, seja como causa de exclusão da tipicidade, seja como causa supralegal de exclusão da ilicitude, o consentimento requer a presença de alguns requisitos para que seja possível falar na sua validade. Cezar Roberto Bitencourt[54] e Guilherme de Souza Nucci[55] ao tratarem do tema trazem como um dos seus pressupostos que a manifestação do ofendido seja livre, sem coação, fraude ou outro vício de vontade. Juarez Tavares[56] assevera que ligado à disponibilidade do bem, deve se ter em conta que "se a conduta afetar também um bem jurídico ou interesse (sic) da coletividade, torna-se impossível o consentimento justificante". Parece esse ser o caso da pornografia extrema, não porque haja algum interesse público no exercício da vida sexual da mulher, mas porque a mulher que se submete a sacrifícios físicos da ordem mencionada acima, o faz, em regra, por necessidade[57]. Não

53. A posse de pornografia extrema foi criminalizada no Reino Unido, Part 5, sections 63 to 67 of the Criminal Justice and Immigration Act 2008 (the Act) came into force on 26 January 2009. O dispositivo funcionou como fonte de hipóteses para a análise desenvolvida. Disponível em: [www.cps.gov.uk/legal-guidance/extreme-pornography]. Acesso em: 23.02.2018.

54. BITENCOURT, Cézar Roberto. *Tratado de direito penal* – Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 399.

55. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Gen Método, 2016. p. 254.

56. TAVARES, Juarez. *O consentimento do ofendido no Direito Penal*. Disponível em: [http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/7163/5114]. Acesso em: 30.09.2018. p. 269.

57. Em sentido oposto, cabe mencionar o posicionamento de Gayle Rubin, no sentido de refutar as críticas da capacidade de consentimento das mulheres que participam da pornografia, inclusive da pornografia sadomasoquista, realizando-se uma distinção entre o

bastasse isso, há autores que tratam a integridade física como bem jurídico indisponível[58], o que impossibilitaria o consentimento do ofendido.

Desse modo, a tipicidade incidirá consoante o tipo de violência engendrada contra a mulher, podendo atingir diversos bens jurídicos, como vida ou integridade física. Se houver uma ameaça a sua vida, ficará tipificada a tentativa de feminicídio; se houver lesão de seus órgãos genitais, lesão corporal, em regra, de natureza grave. Em nenhuma das hipóteses sob a tutela da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), tendo em conta a inexistência de vínculo familiar ou doméstico, em regra, entre atores, diretores e empresários da indústria pornô. Contudo, se o empresário pornô oferecer[59], por exemplo, o lugar de moradia para as atrizes e modelos em que ele com elas coabite, haveria a possibilidade de incidência da lei contra a violência doméstica e familiar contra a mulher.

O segundo reflexo da pornografia merecedor de tutela penal é a modalidade de pornografia chamada "forced facial" ou "facial abuse", que nada mais é do que um sexo oral forçado. Nesse tipo de cena os homens forçam seus pênis nas bocas das mulheres com o objetivo de fazê-las vomitar pelo sexo oral forçado e contato do pênis com a garganta. Quando elas vomitam, eles as fazem ficar de quatro no chão, sugar o próprio vômito e cuspir em uma tigela de cachorro[60].

Nessa hipótese, parece haver a ocorrência de lesão corporal contra essas mulheres, na medida em que a ofensa à saúde (conforme artigo 129 do Código Penal) está vinculada a "alteração de funções fisiológicas do organismo ou perturbação psíquica"[61]. No caso, o homem, ao forçar o seu pênis na boca da mulher

---

sexo aceitável e o não aceitável, isto é, entre práticas sexuais que podem ser consentidas e práticas sexuais que não podem ser consentidas (RUBIN, Gayle. Thinking sex: notes for a radical theory of the politics of sexuality. In: VANCE, Carole S. *Pleasure and danger.* Boston: G. K. Hall, 1983. p. 181).

58. Como FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 192-193.

59. A exemplo do documentário *Hot girls wanted*, no qual o dono da plataforma que agencia garotas para a indústria pornô convivia numa casa oferecida por ele para que as mulheres morassem, com ele (HOT GIRLS WANTED. Direção: Jill Bauer, Ronna Gradus. Produção: Jill Bauer, Ronna Gradus, Brittany Huckabee, Rashida Jones, Brant Paul. Estados Unidos: Jill Bauer, 2015. Disponível em: [www.netflix.com/br/title/80038162]. Acesso em: 30.09.2018).

60. MURPHY, Megan. *'Hot girls wanted'... For a month or two.* Disponível em: [www.feministcurrent.com/2015/06/04/hot-girls-wanted-for-a-month-or-two/]. Acesso em: 30.09.2018.

61. BITENCOURT, Cézar Roberto. *Tratado de direito penal* – Parte especial. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2. p. 214.

com o objetivo de fazê-la vomitar, tem por objetivo alterar a função fisiológica de seu aparelho digestivo, mais especificamente, boca.

Outra questão muito frequente no mundo pornô que apresenta reflexos penais é a vedação ao uso de preservativo pelas atrizes como num caso em que à atriz seja vedado o uso de preservativo pelo diretor de um filme que sabe que o ator com o qual ela irá se relacionar tem a bactéria da sífilis e está recebendo tratamento, mas ainda pode transmiti-la durante a relação. Nessa hipótese, a tutela genérica se dá em prol da incolumidade física e psíquica, de modo que, se o dolo for de lesionar a atriz e a doença se manifestar, é possível falar no tipo do artigo 129 do Código Penal; caso contrário, é possível falar no crime de perigo de contágio de doença venérea, previsto no artigo 130 do mesmo dispositivo.

É de se destacar que em todas as hipóteses ventiladas, a mulher objeto da pornografia figura como sujeito da tutela penal, não por sua dignidade sexual, mas em razão da magnitude dos bens jurídicos afetados, qual seja a sua integridade física ou sua vida.

3.2. A tutela da pornografia enquanto violência psicológica e moral – A pornografia não consensual

Conforme salientado anteriormente, na grande indústria pornográfica, a violência psicológica e moral podem ser observadas com relação à escolha do perfil das mulheres que se encontram na pornografia e com relação à imagem de mulher construída e exibida pelos materiais pornográficos que envolve a inversão da sua humanidade pela objetificação sexual, animalização, fragmentação corporal.

Todavia, nesse momento, pretende-se analisar apenas a tutela da pornografia realizada no ordenamento jurídico brasileiro em que a violência psicológica e moral é causada por uma inegável ausência de consensualidade por parte das vítimas. Não se pretende analisar a tutela da pornografia, tendo por base as violações causadas pela grande indústria pornográfica, até porque essa forma de tutela inexiste até o presente momento.

Assim, no que se refere ao material pornográfico[62] e aos efeitos de sua produção para a mulher, não só para seu corpo, existe uma forma ainda mais evidente

62. No que se refere ao produto da pornografia – imagem, vídeo ou qualquer outro material gráfico – deve-se destacar que não configura forma de tutela da mulher o artigo 234 do Código Penal, pertencente ao Capítulo VI, uma vez que trata do ultraje público ao pudor, adotando apenas mais uma versão do julgamento moral que impera sobre a pornografia. Nesse sentido, Nucci, por exemplo, entende como objeto jurídico da conduta

de violência contra a mulher, na qual a vítima não queria ou não deu anuência para a divulgação dos materiais: a denominada pornografia não consensual.

3.2.1. Considerações gerais

A pornografia não consensual pode ser identificada de diversas formas, entre elas a pornografia de vingança, em que a divulgação do material pornográfico tem o objetivo de humilhar a vítima; ou, tendo em vista que a revanche nem sempre está presente, hipótese em que a divulgação de material pornográfico tem o fim de extorquir a vítima; ou ainda caso a divulgação do material não tenha qualquer fim legítimo. Seja qual for, as consequências da pornografia não consensual são das mais devastadoras e vão desde de perturbações psicológicas até o suicídio[63].

Uma das críticas que podem ser feitas ao enquadramento de tais condutas dentro da pornografia, seria que a confecção do material, via de regra, opera-se sem conhecimento ou, mesmo quando há consentimento na gravação, não apresenta a finalidade de produzir um material pornográfico. Contudo, a conduta de divulgação do material se dá exatamente no contexto da pornografia. Assim, seguindo a lógica da pornografia apresentada no item 2 deste trabalho, a exposição do material pornográfico objetiva efetivar um ideal de subordinação e inferioridade da vítima, em 90% das vezes mulheres[64].

O julgamento moral e machista frequentemente existente acerca das vítimas, ao consentirem com o registro de imagens, expondo-se voluntariamente,

---

a de "fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, distribuição ou exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno" a moralidade pública. Nesse caso, parece que a tutela penal se aproxima mais da proteção de uma suposta moralidade sexual do que da dignidade sexual das vítimas.

63. FRANK, Mary Ann. *Drafting an effective revenge porn law*: a guide for legislators. Disponível em: [https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=870067088114084012028085081068069108058045018002021023103089076113114113022086092007037114118031122002109099127090023011094082057019039084049112097074076117017001090002021086120021093104082087016021070073072082029111064116025108028117098084003024102019&EXT=pdf]. Acesso em: 30.09.2018. p. 1-2.

64. FRANK, Mary Ann. *Drafting an effective revenge porn law*: a guide for legislators. Disponível em: [https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=870067088114084012028085081068069108058045018002021023103089076113114113022086092007037114118031122002109099127090023011094082057019039084049112097074076117017001090002021086120021093104082087016021070073072082029111064116025108028117098084003024102019&EXT=pdf]. Acesso em: 30.09.2018. p. 10.

transforma-se em argumento jurídico com frequência, seja pelo consentimento do ofendido, seja pela autocolocação em risco[65].

Quanto ao consentimento do ofendido, na esteira do que fora dito a respeito da validade do consentimento, para que o consentimento seja válido ele deve ser oferecido voluntariamente e englobar a totalidade do contexto em que está envolvido. A mulher que consente na realização de um vídeo íntimo para seu parceiro e depois tem o vídeo divulgado nas redes sociais não consentiu com a totalidade daquele contexto, ou seja, com a divulgação. Portanto, não há que se falar em consentimento.

Por sua vez, sobre a autocolocação em risco pela vítima, Spencer Sidow[66] a define como "a situação em que há um comportamento livre e consciente da vítima e que gera resultados, não necessariamente queridos pela parte prejudicada, e não necessariamente praticados por alguém". A definição se adequaria perfeitamente à pornografia não consensual não fosse um dos requisitos apontados pelo autor, especificamente quanto aos crimes informáticos, qual seja, a vítima não agir com vícios no consentimento, tendo domínio ainda que relativo sobre a situação de risco.

No caso da pornografia não consensual, não há domínio algum sobre a situação de risco, pois não houve consenso com a produção do material com fins pornográficos nem com sua divulgação. Ainda na esteira das repercussões ideológicas de escolhas dogmáticas, a escolha do bem jurídico a ser tutelado pela criminalização de condutas no âmbito da pornografia merece reflexão.

3.2.2. Implicações da escolha dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal relacionados à pornografia não consensual

A pornografia de revanche, na maior parte das vezes, é considerada pelo prisma dos crimes contra a honra[67].

A fim de ilustrar o equívoco e a debilidade dessa forma de proteção da mulher, elencam-se algumas definições de honra próprias ao Direito Penal. Para

65. ALMEIDA, Marina Nogueira. *A pornografia não consensual como delito do direito penal informático, sua aplicação no direito penal brasileiro e a mulher como principal vítima.* 2015. 84f. TCC (Graduação). Disponível em: [www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/121909/000971025.pdf?sequence=1]. Acesso em 30.09.2018.

66. SIDOW, Spencer Toth. *Delitos informáticos próprios*: uma abordagem sob perspectiva vitimodogmática. Disponível em: [www.teses.usp.br/.../Dissertacao_Mestrado_versao_final_formatada_padroes_US.pdf]. Acesso em: 30.09.2018. p. 214-218.

67. Conferir item 3.2.3, que trata das condutas relativas a cada um dos crimes contra a honra.

Guilherme de Souza Nucci[68], a honra consiste na "faculdade de apreciação ou senso que se faz acerca da autoridade moral de uma pessoa, consistente na sua honestidade, no seu bom comportamento, respeitabilidade no seio social, na sua correção moral, enfim, na sua postura calcada nos bons costumes". Cleber Masson[69] define a honra como "o conjunto de qualidades físicas, morais e intelectuais do ser humano, que o fazem merecedor de respeito no meio social e promovem sua autoestima". Por fim, Cézar Bitencourt[70], adotando uma perspectiva mais liberal, que não reconhece a distinção entre honra objetiva e subjetiva, define como "a pretensão ao respeito da própria personalidade".

Observa-se que à exceção do último autor, a definição tradicional de honra envolve um julgamento moral e a respeitabilidade de que o indivíduo goza. Dessa forma, tanto a honra objetiva, que adota uma perspectiva externa e social de honra, quanto a honra subjetiva, que adota uma perspectiva interna e de autoimagem, de alguma forma refletem o que se espera da boa moral.

Retomando um dos argumentos deste trabalho, destaca-se a importância de o Direito não tutelar a moralidade sexual, que por muito tempo foi suficiente para gerar, por exemplo, incriminação[71], mas a dignidade sexual da mulher.

Eis o problema de situar a tutela oferecida contra a pornografia no âmbito da honra. Isso implica uma análise do que é honroso à sexualidade da mulher, assim, envolve um juízo de valor acerca da sexualidade feminina. Dessa forma, tutela-se uma percepção de sexualidade recatada, que não permite exposição e livre desempenho da vida sexual, que interessa à visão sexual da mulher como namorada, parceira, filha.

Embora se reconheça que essa é a tutela possível dentro da configuração legal que se apresentava até então, reforçava-se sua inadequação, que era, inclusive, contraditória com a mudança trazida pela Lei 12.015/09, que alterou a redação do Título VI do Código Penal de "Dos crimes contra os costumes" para "Dos crimes contra a dignidade sexual".

Nesse sentido, a mudança trazida pela referida lei buscou retirar os crimes sexuais do âmbito dos costumes, portanto, daquilo que a sociedade espera e impõe a vivência de cada indivíduo, o que implicava a tutela de uma moralidade

68. NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal* – Parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2. p. 199.

69. MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado* – Parte especial. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 2. p. 197.

70. BITENCOURT, Cézar Roberto. *Tratado de direito penal* – Parte especial. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2. p. 350.

71. Como atesta a tutela do antigo bem jurídico dos costumes.

sexual, para inseri-los no âmbito da dignidade. Logo, vinculou tais crimes ao livre exercício da sexualidade humana. Sexualidade esta que costuma ser limitada, reprimida e vilipendiada quando referente à mulher; assim, seria minimamente incoerente com o avanço legal manter a tutela da pornografia no âmbito da honra.

Na questão da pornografia de revanche, a vingança consiste precisamente em expor algo que a sociedade vai julgar. Essa valoração se dá de forma mais próxima aos costumes, à moral e ao que tradicionalmente se espera da sexualidade feminina, do que da liberdade de uma mulher exercer sua sexualidade no âmbito de sua intimidade sem ser traída ou pega de surpresa, portanto, no âmbito da dignidade humana.

Como mencionado anteriormente, a pornografia não consensual nem sempre estará pautada na vingança, o que não implica um menor grau de lesividade. Na hipótese, por exemplo, em que há violação de dispositivo informático a fim de obter material de conteúdo sensual da vítima para obter vantagem ilícita, a tutela, por ser genérica e voltada a qualquer violação de dispositivo informático com a finalidade de extorquir a vítima (art. 154-A, Código Penal, com redação dada pela Lei 12.737/12), é ainda menos prestigiosa à mulher.

O bem jurídico tutelado pela proibição da conduta mencionada é a liberdade individual, que consiste na liberdade de autodeterminação do indivíduo, de fazer ou não fazer o que lhe aprouver, dentro dos limites do ordenamento jurídico. Mais especificamente na figura da inviolabilidade de segredos, no caso, qualquer informação privada guardada dentro do dispositivo informático[72].

Díez Ripollés[73], ao tratar da liberdade sexual, sustenta sua autonomia em relação à liberdade comum tendo em conta a variável atinente à esfera social em que se desenvolve, o comportamento sexual – embora tenham em comum elementos de violência e grave ameaça, que se mantêm caso o elemento sexual seja eliminado. O primeiro motivo para a distinção é que a liberdade sexual está ligada a autorrealização pessoal do indivíduo, o que é bastante distante da liberdade de ir e vir, por exemplo. Em segundo lugar, a forma de cometimento dos crimes contra a liberdade sexual é bastante distinta dos crimes afetos à liberdade individual, ao envolver por exemplo a liberdade sexual negativa[74]. Por fim, aponta o autor o

72. BITENCOURT, Cézar Roberto. *Tratado de direito penal* – Parte especial. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2. p. 427, 533.

73. DÍEZ RIPOLLÉS, Jose Luís. *El objeto de protéccion del nuevo derecho penal sexual*. Disponível em: [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1999_06.pdf]. Acesso em: 30.09.2018. p. 1-3.

74. Díez Rípolles define a liberdade sexual negativa como a possi bilidade de a pessoa não se envolver em um comportamento não desejado. No original, "El hecho de que se proteja

condicionamento normativo dos delitos sexuais, que não estão presentes na liberdade genérica. Assim, fica demonstrada a diferença entre as tutelas fornecidas pela proteção do bem jurídico liberdade individual e liberdade sexual, sendo esta mais adequada no caso da pornografia não consensual.

Na última e residual forma de pornografia não consensual, na qual através da divulgação de material pornográfico não consensual vai buscar qualquer conduta ilegítima, sendo esta um ilícito penal, o bem jurídico tutelado será aquele protegido pela tipificação da conduta ilícita pretendida. Por exemplo, se o objetivo da exposição do material pornográfico é angariar clientes para uma prostituta a fim de obter vantagem com seu trabalho, o bem jurídico tutelado será a dignidade sexual. Ressalve-se que a ilegitimidade, nesse caso, não significa necessariamente ilicitude, podendo configurar-se pornografia não consensual a hipótese em que uma pessoa publique por erro uma mídia de conteúdo sexual numa rede social e outra sem seu consentimento divulgue tal mídia.

Assim, em boa parte dos crimes aqui mencionados, fica violada na atual configuração legal a dignidade sexual da mulher, que é o real bem jurídico tutelado em todas essas formas de violência à mulher através da exposição de material de conteúdo sensual sem seu consentimento. A dignidade sexual consiste exatamente no livre exercício da sexualidade, pois, no âmbito de sua intimidade, o indivíduo pode agir como quiser, sem qualquer valoração sobre a forma como isto ocorre, desde que não contrarie a lei. O que a pornografia não consensual viola é exatamente esse direito de não ser julgado pelo que se faz no âmbito de sua intimidade, bem como o livre exercício da sexualidade na sua forma mais ampla. Além disso, num ambiente social em que a imagem das pessoas é valorizada como nunca antes, a gravidade de tais condutas é evidente, ainda mais quando cotejada com a velocidade de disseminação desse tipo de informação, o que finda por agravar a potencialidade lesiva do ato.

3.2.3. Reflexões sobre os conceitos e os tipos penais ligados a pornografia não consensual

Estabelecidas essas premissas, passa-se a analisar cada uma das formas da pornografia não consensual categorizadas neste trabalho.

---

la libertad sexual exclusivamente en la medida en que se involucre a una persona en un comportamiento sexual no deseado (libertad sexual negativa), sin que en ningún caso se aspire a proteger frente a comportamientos que impidan a la víctima llevar a cabo un comportamiento sexual con otra persona consintiente o en solitario (libertad sexual positiva)" (DÍEZ RIPOLLÉS, Jose Luís. *El objeto de protéccion del nuevo derecho penal sexual*. Disponível em: [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1999_06.pdf]. Acesso em: 30.09.2018. p. 1-3).

A pornografia de vingança é um desdobramento do conceito da pornografia tradicional, com um elemento de ódio mais exacerbado. De acordo com Vitória de Macedo Buzzi, a pornografia de vingança consiste em disseminar por meio da internet "[...] fotos e/ou vídeos privados de uma pessoa, sem a sua autorização, contendo cenas de nudez ou sexo, com o objetivo de expô-la através da rápida viralização do conteúdo, e assim, causar estragos emocionais na vida da vítima".[75]

A pornografia da vingança, ou o *porn revenge*, é uma modalidade de pornografia não consensual que consiste na distribuição, sem o consentimento da parte envolvida, de material íntimo e sexualmente explícito, com a finalidade de sujeitar a vítima a humilhação de ter sua intimidade revelada. Mais uma vez, o desenvolvimento de tecnologias e mídias no âmbito da comunicação tende a facilitar a propagação deste material rapidamente e sem qualquer possibilidade de controle pela vítima. A divulgação dessas fotos e/ou vídeos em que figuram as vítimas, em grande parte dos casos mulheres, tem por intuito humilhá-las e ridicularizá-las publicamente, expondo-a a uma situação de intimidação, perseguição e assédio pela sociedade, que se constrói em moldes patriarcais[76].

Até o segundo semestre de 2018, não existia legislação específica voltada à repressão da pornografia de vingança, devendo as vítimas se valerem dos instrumentos jurídico penais genéricos disponíveis e de ações cíveis de indenização. Todavia, diante do aumento exponencial dessas práticas, alguns serviços *on-line* e redes de compartilhamento de informações, como o Twitter e o Instagram, criaram normas destinadas a coibir essas práticas[77], mas que ainda não eram as respostas necessárias e adequadas para resolver essa problemática.

75. BUZZI, Vitória de Macedo. *Pornografia de vingança*: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. 2015. 111f. TCC (Graduação) – Curso de Direito – Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis, 2015. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/133841/TCCVitóriaBuzziVersaoRepositorio.pdf?sequence=1]. Acesso em: 30.09.2018. p. 30.
76. BUZZI, Vitória de Macedo. *Pornografia de vingança*: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. 2015. 111f. TCC (Graduação) – Curso de Direito – Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis, 2015. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/133841/TCCVitóriaBuzziVersaoRepositorio.pdf?sequence=1]. Acesso em: 30.09.2018. p. 30.
77. BUZZI, Vitória de Macedo. *Pornografia de vingança*: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. 2015. 111f. TCC (Graduação) – Curso de Direito – Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis, 2015. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/133841/TCCVitóriaBuzziVersaoRepositorio.pdf?sequence=1]. Acesso em: 30.09.2018. p. 34.

A pornografia de vingança está frequentemente ligada a casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Se cometidas no âmbito doméstico, familiar ou das relações íntimas de afeto, nos termos do art. 5º da Lei 11.340/06, a violência gerada pela pornografia de vingança insere-se no contexto da violência psicológica ou violência moral, podendo, inclusive, resultar na aplicação da agravante do crime cometido "com violência contra a mulher na forma da lei específica", prevista no artigo 61, II, do Código Penal.

Os autores das agressões frequentemente usam uma possível divulgação das imagens ou vídeos íntimos como forma de evitar que as vítimas os abandonem ou comuniquem às autoridades práticas abusivas. Portanto, antes da recente mudança legislativa, além do constrangimento moral gerado pela divulgação do material, tipificando o crime contra a honra, há o constrangimento no sentido da obtenção de um determinado comportamento, qual seja, a não ruptura do vínculo afetivo e/ou familiar, que poderia tipificar o constrangimento ilegal, e configurar cumulativamente as duas formas de violência, moral e psicológica. Dessa forma, ficaria configurado o concurso formal imperfeito de crimes[78].

Outra hipótese factível seria a do estuprador que usa registros da violência como forma de humilhar e constranger a vítima a não reportar às autoridades o primeiro crime. Nesse caso, além da violência do estupro configurada no artigo 213, tipifica-se o constrangimento ilegal, previsto no artigo 146, ambos do Código Penal, também em concurso de crimes, dessa vez material[79].

Dentro das hipóteses fornecidas pela legislação penal brasileira até setembro de 2018, a pornografia de vingança pode tipificar os crimes contra a honra, como já mencionado, bem com o constrangimento ilegal ou a extorsão quando a vantagem patrimonial for solicitada em face da grave ameaça, independentemente de haver meio informático envolvido.

---

78. O concurso formal de crimes fica definido pelo artigo 70, parte final, do Código Penal, que traz "Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior".

79. O concurso material de crimes fica definido pelo artigo 69 do Código Penal, que traz "Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela".

No que se refere aos crimes contra a honra, o primeiro a ser analisado é a calúnia (artigo 138, Código Penal). Por ter como elemento do tipo a imputação de fato criminoso, dificilmente a pornografia de vingança configurará o tipo penal da calúnia, uma vez que realizar atos libidinosos consentidos não configura fato criminoso a ser imputado a alguém.

A difamação contém mais elementos que podem a aproximar da pornografia de vingança, porquanto divulgação de material gráfico de conteúdo sexual com o objetivo de expor a mulher reúne os elementos típicos presentes no artigo 139 do Código Penal. O primeiro elemento do tipo penal em tela, o verbo difamar, por si só, já implica "imputar algo desairoso a alguém"[80]; o que adicionado ao segundo elemento, ser essa imputação ofensiva, adequa-se à ideia de que a divulgação de material gráfico relativo a sexo ou nudez sem o consentimento da vítima tem como objetivo geral macular sua reputação (ou honra objetiva). O terceiro elemento do tipo penal da difamação é que essa imputação seja de um fato, e não de um juízo acerca dele, limitando-se, portanto, à descrição ou exibição do conteúdo pornográfico.

Uma terceira possibilidade dentro dos crimes contra a honra seria a injúria, tipificada pelo artigo 140 do Código Penal. No entanto, por esta envolver uma ofensa à dignidade ou ao decoro da vítima, só poderia se configurar a pornografia de revanche caso a exposição da vítima viesse acompanhada de insultos ou ofensas do autor, atingindo sua autoimagem, honra subjetiva.[81]

Deve-se de destacar que, tratando-se de crime contra a honra, uma das causas de aumento da pena previstas no artigo 141 do Código Penal tem grande aplicabilidade. O inciso III que prevê o aumento de um terço se o crime for cometido "na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria" se adequa a pornografia de vingança, posto que, via de regra, os meios de cometimento do delito são aqueles que proporcionam rápida e ampla divulgação, como redes sociais, bate-papos etc.

Outro ponto relevante é que nestes casos, em regra a ação penal será privada, devendo ser iniciada pela ofendida através de uma queixa-crime, nos termos do artigo 145 do Código Penal. Assim, o medo, a vergonha ou mesmo o desconhecimento da vítima podem gerar a decadência do direito de queixa.

80. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 793.

81. Em sentido contrário, entendendo pela preponderância do crime de injúria, CUNHA, Rogério Sanchez. *Comentários à Lei 13.718/18*. Disponível em: [http://s3.meusitejuridico.com.br/2018/09/79ff5774-crimes-sexuais-lei-13718-18.pdf]. Acesso em: 27.09.2018. p. 4.

A extorsão (artigo 158, Código Penal) também é um tipo penal que incide com frequência sobre a pornografia de vingança. O verbo núcleo do tipo penal é constranger, que significa "tolher a liberdade de alguém, forçando que faça alguma coisa"[82]. A violência, em sentido lato, configurar-se-ia pela grave ameaça consistente no "prenúncio de um acontecimento desagradável"[83] para que a vítima faça, tolere ou deixe de fazer algo. A finalidade da conduta seria de obtenção de indevida vantagem econômica.

Na hipótese em que o autor usar o material sexual obtido, sem violação de dispositivo informático – um exemplo seria a entrega voluntária pela vítima quando do relacionamento – para ameaçar a vítima de divulgá-lo a fim de obter vantagem econômica, fica configurado o tipo penal da extorsão. Ao contrário dos crimes contra a honra, a extorsão é crime de ação penal pública incondicionada, cabendo ao Estado iniciar e prosseguir na persecução penal.

Conforme apontado anteriormente, não havia previsões específicas acerca da tutela da mulher em situação de violência em razão da pornografia, como demonstrado por esses esforços de adequação. No entanto, durante a edição deste trabalho, em 24 de setembro de 2018, foi sancionada a Lei 13.718, que traz entre várias alterações ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais, a inclusão do art. 218-C no CP, com a seguinte redação:

> *Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia*
>
> Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática –, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:
>
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.
>
> *Aumento de pena*
>
> § 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

82. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 915.

83. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 893.

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no *caput* deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.

O novel dispositivo trata, portanto, entre outras situações como a divulgação de cenas de estupro ou estupro de vulnerável, a tutela da vítima em relação a pornografia não consensual[84], abrangendo todas as hipóteses de pornografia não consensual anteriormente ventiladas.

Destaca-se que, em linha com o que vinha sendo pontuado neste trabalho, a nova lei inseriu o dispositivo no âmbito dos crimes contra a dignidade sexual, de modo que o bem jurídico tutelado ficou mais próximo do que é requerido por uma perspectiva contemporânea acerca do desenvolvimento da sexualidade, no caso, e na maioria das vezes, feminina. Assim, a proteção se dá não sob a perspectiva moral, como poderia ocorrer anteriormente na esfera dos crimes contra a honra, mas da liberdade do exercício de sua sexualidade, a ponto de a exposição de sua sexualidade de forma não consentida ou diversa da consentida ser considerada crime.

O núcleo do art. 218-C, CP, é composto de nove ações, consistindo num tipo misto alternativo, de modo que a prática de qualquer das condutas previstas no mesmo contexto fático deve ser considerada um único crime. O meio para tanto não foi definido pela lei, a exemplo do que acontece no art. 154-A, mas inclui meios informáticos, da telemática ou de comunicação em massa, englobando, portanto, *chats*, *streaming, e-mail* etc.

84. A lei em tela resulta do PL 5254/2016. Havia até então outros projetos de lei como o PL 5555/2013, que já havia sido aprovado pela Câmara dos Deputados e aguardava apreciação no Senado. O projeto de lei alterava a Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha, criando mecanismos para o combate a condutas ofensivas contra a mulher na Internet ou em outros meios de propagação da informação. Observe-se que o projeto padecia do vício de não conceder tutela específica para a pornografia, sendo esta uma das hipóteses de violência contra a mulher na internet, restrita à especificidade da Lei Maria da Penha que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher. De outro lado, apresentava o benefício de criar um mecanismo que permite que o juiz "ordene ao provedor de serviço de *e-mail*, perfil de rede social, de hospedagem de *site*, de hospedagem de blog, de telefonia móvel ou qualquer outro prestador do serviço de propagação de informação, que remova, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, o conteúdo que viola a intimidade da mulher", alterando a redação do §5º do art. 22 da Lei 11.343/06. Os PL 5822/13 e 170/15, apresentavam redações muitos semelhantes e alteravam também a Lei 11.340/06, bem como os Projetos 6630/13, 6730/13, 6831/13, 7377/14, 18/17 se assemelhavam na alteração do Código Penal.

O objeto material pode ser vídeo, fotos ou outros registos audiovisuais que "contenha(m) cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia", o que faz com que o dispositivo seja bastante abrangente, nos termos das modalidades de pornografia não consensual discutidos no item supra[85].

O crime se consuma quando cada uma de suas ações típicas são praticadas, podendo ser permanente em algumas modalidades, como a "disponibilização" e a "divulgação", que podem se prolongar pelo tempo em meio eletrônico, por exemplo.

O § 1º traz uma causa de aumento de um a dois terços nas hipóteses em que o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima, aproximando-se da Lei 11.340/06, ou com o fim de vingança ou humilhação, nos termos do que aqui se chamou de pornografia de revanche.

O § 2º traz uma excludente de ilicitude caso a publicação seja de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima e com sua prévia autorização. Tal hipótese poderia ser ilustrada por casos em que os próprios autores de estupro coletivo o filmam e divulgam, e a divulgação do vídeo é útil à sua identificação.

Além disso, sendo a pena do crime de um a cinco anos de reclusão, no futuro traçar-se-ão análises acerca da aplicação da lei penal mais gravosa, de acordo com o caso concreto. As condenações, persecuções e investigações até hoje realizadas deverão ser harmonizadas com a lei penal que mais beneficia, no caso concreto, o agente do crime. Isso repercutirá em eventuais acusações sob a égide dos crimes contra a honra ou destes em concurso com outras condutas criminosas.

Algumas reflexões cabem acerca do novo dispositivo penal, não obstante ele seja recente. A primeira se refere à inexistência de qualquer meio de tutela de emergência da vítima, que fica exposta pela divulgação do objeto da pornografia, a exemplo do que fora previsto pelo PL 5555/2013[86]. Afinal, esta sim representa o reconhecimento da afetação dos direitos humanos da vítima à dignidade sexual, ao revés da simples punição estatal.

Ademais, a lei falhou em não prever mecanismos específicos de reparação, como poderia ser o caso de uma retratação, além da reparação genérica por danos morais e eventualmente materiais.

85. V. item 3.2.1.

86. V. nota 88.

Outra modalidade de pornografia não consensual consiste na divulgação de fotos e/ou vídeos íntimos das vítimas após a invasão de algum dispositivo informático[87]. Essa modalidade passou a ser repreendida com a edição da Lei 12.737/2012, que incluiu determinadas modalidades de tipificação de crimes cibernéticos no Código Penal, sendo criada em resposta ao caso da atriz Carolina Dieckmann, que teve fotos de conteúdo íntimo divulgadas sem seu consentimento por *hacker*[88]. Soma-se a ela a Lei 12.735/12, que trouxe a possibilidade de cessação dos conteúdos não permitidos pela lei[89].

O tipo penal do artigo 154-A, inserido pela Lei 12.737/12, invasão de dispositivo informático, não tem por fim tutelar especificamente a pornografia não consensual, embora essa tenha sido sua origem, mas proteger genericamente a liberdade, na modalidade de segredos, confidências e a privacidade.[90]

O objeto material do crime em tela pode ser computador, *notebook*, *tablet*, *smartphone*, enfim, todo dispositivo eletrônico com capacidade de armazenamento de dados. O tipo penal tem como verbo núcleo do tipo "invadir", que significa violar ou ingressar clandestinamente, coadunando-se com o elemento normativo "mediante violação indevida de mecanismo de segurança". O elemento normativo deve ser entendido da seguinte forma, é imprescindível que o dispositivo tenha um mecanismo de segurança acionado, assim, se o material estiver na rede mundial de computadores ou se estiver desprotegido, não há que se falar em crime. Há duas finalidades especiais possíveis ao tipo penal, "o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização do titular" e "instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita".[91] O crime é de ação penal pública condicionada conforme artigo 154-B do Código Penal.

87. BUZZI, Vitória de Macedo. *Pornografia de vingança*: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. 2015. 111f. TCC (Graduação) – Curso de Direito – Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis, 2015. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/133841/TCCVitóriaBuzziVersaoRepositorio.pdf?sequence=1]. Acesso em: 30.09.2018. p. 77.
88. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Nova Lei de Crimes Cibernéticos entra em vigor. Disponível em: [www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/notas_tecnicas/NOVA%20LEI%20DE%20CRIMES%20CIBERN%C3%89TICOS%20ENTRA%20EM%20VIGOR.pdf]. Acesso em: 10.08.2017.
89. PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito digital*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 378.
90. BITENCOURT, Cézar Roberto. *Tratado de direito penal* – Parte especial. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2. p. 532.
91. BITENCOURT, Cézar Roberto. *Tratado de direito penal* – Parte especial. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2. p. 534.

Por fim, conforme salientado, é possível mencionar-se ainda uma terceira e mais genérica espécie de pornografia não consensual, aquela que expõe a intimidade da vítima sem seu consentimento sem qualquer finalidade ilícita. Por exemplo, um cafetão que exiba vídeos íntimos da vítima com a finalidade de cooptar clientela disposta a pagar pelo serviço[92]. Pressupondo seu proveito em relação ao trabalho da prostituta, o fato de usar o material como uma forma de captação de clientes sem sua autorização figura como meio de execução do crime previsto no artigo 230 do Código Penal.

O artigo 230 traz a rubrica de rufianismo, que é uma forma de obter benefício a partir do comércio sexual de outrem, é viver às custas da atividade da prostituta. O crime deve ser habitual, pois "tirar proveito participando dos lucros" e "tirar proveito fazendo sustentar-se" têm conotação de conjunto. Destaque-se que esse lucro aferido deve vir da atividade de prostituição diretamente, e não do comércio ligado a ela, embora não seja ele a única forma de "tirar proveito", o que pode ocorrer se o rufião for mantido ou amparado pela renda obtida com a atividade da mulher, de forma dolosa.[93]

É possível concluir que a tutela penal fornecida à pornografia é insuficiente, seja em razão das hipóteses em que só se tutela a integridade física, mesmo após o empenho do legislador em proteger a mulher em situação de violência gerada pela pornografia não consensual.

4. Necessidade de tutela específica protetiva das mulheres que se encontram em situação de violência em razão da pornografia

Por todo o exposto, podemos concluir que a pornografia causa violência e propaga opressão na vida das mulheres, gerando problemas na perpetuação da desigualdade de gênero. Todavia, apesar de ser um problema grave e com crescimento exponencial, a pornografia não vem sendo alvo de tutela adequada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Cabe ressaltar, no entanto, que o tratamento jurídico inadequado destinado à pornografia não é uma deficiência apenas do nosso ordenamento jurídico, na medida em que esse quadro se repete em diversos

92. FRANK, Mary Ann. *Drafting an effective revenge porn law*: a guide for legislators. Disponível em: [https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=870067088114084012028085081068069108058045018002021023103089076113114113022086092007037114118031122002109099127090023011094082057019039084049112097074076117017001090002021086120021093104082087016021070073072082029111064116025108028117098084003024102019&EXT=pdf]. Acesso em: 30.09.2018. p. 3.

93. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1140 e 1141.

ordenamentos jurídicos alienígenas e também nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos[94].

Nesse contexto, urge a necessidade de se encontrar meios de garantir a proteção das mulheres que se encontram em situação de violência em razão da produção e do consumo da pornografia. Nesse momento, traz-se sugestões de instrumentos de tutela específicas para a proteção das vítimas, com base em experiências estrangeiras.

Até o momento, embora tenhamos tido uma melhora com a nova sistemática implementada pela Lei 13.718/18, os meios existentes de tutela jurídico penal da mulher que se encontra em situação de violência em razão da pornografia não são suficientes para a sua efetiva proteção. Nesse contexto, pretende-se analisar experiências estrangeiras que tiveram por objetivo criar mecanismos de proteção específicos para as mulheres em situação de violação em decorrência da pornografia.

Nos Estados Unidos, Catharine Mackinnon e Andrea Dworkin conseguiram instar os meios legislativos estadunidenses a editarem duas legislações que asseguravam os direitos civis daqueles que sofreram prejuízos pela produção e pelo consumo da pornografia. Essas duas legislações – vulgarmente conhecidas como Ordenação de Mineápolis e a Ordenação de Indianápolis – apesar de não terem prosperado naquele país[95], foram de fundamental importância para a edição de normativa protetiva dos direitos das mulheres em ordenamentos jurídicos estrangeiros[96].

---

94. RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva; BARBOSA, Renata da Silva Athayde; COSTA, Rodrigo de Souza. *Os direitos humanos das mulheres nas Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*: o caso da pornografia, mimeo.

95. A Ordenação de Mineápolis foi aprovada pelo Poder Legislativo, mas, infelizmente, foi vetada pelo prefeito da cidade, sob o argumento de violação da Primeira Emenda Norte-Americana, em razão da leitura aberta e expansiva trazida por aquele ordenamento jurídico à liberdade de expressão. Para mais acerca da tutela da pornografia no ordenamento jurídico estadunidense, *vide*: RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva. *Discurso de ódio, violência de gênero e pornografia*: entre a liberdade de expressão e a igualdade. Editora Multifoco, 2017. p. 35-78 e 239-248. Já a Ordenação de Indianápolis foi aprovada pelo Poder Legislativo municipal respectivo e assinada pelo prefeito de Indianápolis em maio de 1984. Todavia, a mencionada legislação foi declarada inconstitucional, em 1986, pela Corte de Apelação do Sétimo Circuito, no julgado American Booksellers *v.* Hudnut, que declarou a violação da Primeira Emenda. A Suprema Corte Norte-Americana se recusou a analisar o caso, mantendo-se assim a mencionada sentença. *Vide* notícia em: [http://todayinclh.com/?event=indianapolis-anti-pornography-ordinance-signed]. Acesso em: 10.02.2018.

96. Esses projetos elaborados por MacKinnon e Dworkin nos EUA serviram de inspiração para a legislação do Canadá proposta em 1992; e também para a remodelação do tratamento aplicado à prostituição após 1999 na Suécia. Nesse sentido, PRADA, Nancy

As referidas legislações[97] foram editadas com base em documentos, depoimentos e testemunhos ouvidos em audiências públicas de pessoas que sofreram danos provenientes da pornografia[98], que consubstanciaram e serviram como provas do perigo e dos danos causados durante a confecção dos materiais pornográficos e em razão de seu consumo. As referidas leis eram consideradas legislações protetivas dos direitos civis das mulheres e outras vítimas, porque as possibilitava processar os pornógrafos pelos danos que sofreram derivados da produção e do consumo dos materiais pornográficos. A Ordenação de Mineápolis tipificava cinco hipóteses nas quais se poderia processar os pornógrafos pelos malefícios causados às vítimas da pornografia[99], quais sejam: i) ser coagida a participar da pornografia[100]; ii) ser discriminada em razão da pornografia[101]; iii) ser forçada à pornografia[102]; iv) sofrer abuso, estupro ou ataque físico através da pornografia[103]; e v) sofrer difamação mediante a pornografia[104].

Prada. *¿Qué décimos las feministas sobre la pornografia?*. Los orígenes de um debate. La manzada de la discórdia, v. 5, 1, jan.-jun. 2010. p. 7-26.

97. O texto completo da Ordenação da cidade de Mineápolis pode ser encontrado em: DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catharine A. *Pornography and civil rights* – A new day for women´s equality. Minneapolis. Organizing Against Pornography, 1989. p. 99-105.

98. DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catharine A. *Pornography and civil rights* – A new day for women´s equality. Minneapolis. Organizing Against Pornography, 1989. p. 32.

99. DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catharine A. *Pornography and civil rights* – A new day for women´s equality. Minneapolis. Organizing Against Pornography, 1989. p. 41.

100. De acordo com a lei, essa modalidade se caracterizava por coagir, intimidar, induzir fraudulentamente, qualquer pessoa a participar da pornografia, sendo a lesão proveniente da realização ou da comercialização de quaisquer dos produtos provenientes desta atuação. Caso configurada essa modalidade, os produtores, os comerciantes, os expositores, e/ou os distribuidores da pornografia poderão ser processados pelo dano, inclusive devendo eliminar o produto do acesso ao público. Nesse sentido, *vide*: DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catharine A. *Pornography and civil rights* – A new day for women´s equality. Minneapolis. Organizing Against Pornography, 1989. p. 41-44.

101. Tratava-se da discriminação baseada no sexo em razão da produção, da venda, da exibição da pornografia, em lugares públicos e privados. Por essa modalidade, considera-se lesada qualquer outra mulher que se ofenda pela forma de exibição trazida pela pornografia de outra mulher como objeto subordinado e qualquer indivíduo que sofresse danos em razão da pornografia. Estes sujeitos poderiam realizar reclamações judiciais, com o objetivo de pleitear indenizações. Nesse sentido, *vide*: DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catharine A. *Pornography and civil rights* – A new day for women´s equality. Minneapolis. Organizing Against Pornography, 1989. p. 44-46.

102. Essa modalidade referia-se a uma forma de discriminação baseada no sexo, ao forçar pornografia em uma pessoa, em locais de trabalho, escolas, casa e lugares públicos. Nessa modalidade de conduta, apenas o agressor ou a instituição responsável pela força

O principal objetivo da Ordenação de Mineápolis consistia em estancar o dano causado pela pornografia e compensar diretamente as suas vítimas pelos danos sofridos e impedi-las de sofrerem futuros abusos[105].

De outro lado, a Ordenação de Indianápolis[106] possuía grande similaridade com a Ordenação de Mineápolis, com algumas diferenças pontuais. Por exemplo, a Ordenação de Indianápolis tutelava apenas os casos de violações causadas pela pornografia associadas à violência sexual[107].

A Ordenação de Indianápolis definia que os danos causados e documentados nos materiais pornográficos violavam os direitos civis e possibilitava que as vítimas da pornografia acionassem o Poder Judiciário para reclamar das práticas de discriminação sofridas. De acordo com as previsões legais, qualquer pessoa que provasse que foi lesionada pela pornografia poderia reaver os direitos civis violados e impedir a continuidade da violação judicialmente[108].

---

poderiam ser processados. Nesse sentido, conferir: DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catharine A. *Pornography and civil rights* – A new day for women´s equality. Minneapolis. Organizing Against Pornography, 1989. p. 49-50.

103. Refere-se às formas de discriminação sexual, assim entendidas como o ataque físico, o estupro, ou a lesão em qualquer pessoa causada diretamente por uma pornografia específica. Nessa modalidade, o lesionado poderia ajuizar reclamação judicial contra o agressor e/ou contra o produtor, o distribuidor, o comerciante e/ou quem exiba aquela pornografia específica. Nesse sentido, *vide*: DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catharine A. *Pornography and civil rights* – A new day for women´s equality. Minneapolis. Organizing Against Pornography, 1989. p. 50-51.

104. Poderia ser considerada discriminação baseada no sexo a difamação de qualquer pessoa através do uso não autorizado da pornografia em seu nome, imagem ou qualquer outra forma de identificação pessoa. Nessa hipótese, pessoas públicas seriam consideradas pessoas privadas. A autorização para a realização da pornografia poderia ser revogada de forma escrita em qualquer tempo para qualquer tipo de publicação. Nesse sentido, *vide*: DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catharine A. *Pornography and civil rights* – A new day for women´s equality. Minneapolis. Organizing Against Pornography, 1989. p. 51-52.

105. DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catharine A. *Pornography and civil rights* – A new day for women´s equality. Minneapolis. Organizing Against Pornography, 1989. p. 55.

106. O texto completo do Código de Indianápolis e do centro industrial do Estado de Indiana pode ser encontrado em: DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catharine A. *Pornography and civil rights* – A new day for women´s equality. Minneapolis. Organizing Against Pornography, 1989. p. 106-132.

107. Nesse sentido, *vide*: DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catharine A. *Pornography and civil rights* – A new day for women´s equality. Minneapolis. Organizing Against Pornography, 1989. p. 40.

108. *Vide* MACKINNON, Catharine. *Only words*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996. p. 91-92.

Infelizmente, ambas as Ordenações não prosperaram – seja porque rejeitada pelo Prefeito, seja porque julgada inconstitucional – mas geraram grande repercussão no cenário constitucional e social norte-americano, na medida em que realizaram a exposição da violência de gênero causada pela pornografia. Além disso, conforme salientado, essas legislações foram base para que outros ordenamentos jurídicos viessem a restringir os materiais pornográficos, como foi o caso canadense.

Em 1992, no julgado Regina *v.* Butler, a Suprema Corte canadense foi confrontada com o questionamento da constitucionalidade de um artigo do Código Penal que penalizava a posse e a distribuição de materiais obscenos. No Canadá, a obscenidade[109] era entendida como quaisquer publicações cuja característica dominante seja a exploração indevida do sexo ou que combine o sexo com crime, crueldade, violência e horror.

A Suprema Corte canadense entendeu que as leis da obscenidade deveriam ser interpretadas de acordo com o princípio do dano. Os materiais obscenos deveriam ser proibidos não por ofender a moral, mas por serem percebidos como ofensivos às mulheres, predispondo as pessoas a agir de modo antissocial e gerando maus-tratos físicos e mentais às mulheres.[110] Nessa temática, a jurisprudência canadense se consolidou dessa forma, sendo esse ordenamento jurídico visto como pioneiro na proteção das mulheres em situação de violência em razão da pornografia. Assim, pode-se observar que, no Canadá, o conceito de obscenidade e de pornografia acabam sendo similares e a restrição da pornografia obscena ocorre não em razão da violação da moralidade sexual dominante, mas em razão do dano causado por ela.

Dessa forma, com base nessas experiências, entende-se que se faz necessária a criação de uma legislação protetiva das mulheres e demais pessoas que se encontrem em situação de violência em razão da pornografia, que rechace todas as

109. Por outro lado, na linha defendida por Catharine Mackinnon, entendemos que a obscenidade se refere à violação da moralidade sexual dominante, enquanto que a pornografia é uma prática política que gera violência contra a mulher. Nesse sentido, *vide*: MACKINNON, Catharine. *Toward a feminist theory of the state*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 1989. p. 195 e ss.; RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva. *Discurso de ódio, violência de gênero e pornografia*: entre a liberdade de expressão e a igualdade. Editora Multifoco, 2017. p. 62- 78.

110. Insta salientar que, no mencionado julgado, Catharine Mackinnon atuou como consultora, auxiliando a Suprema Corte Canadense sobre a temática da violência de gênero causada pela pornografia convencional. Para mais acerca do tema, *vide*: MACKINNON, Catharine. *Only words*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996. p. 100 e ss.

formas de violência – física, psicológica, patrimonial, sexual e moral – dela derivadas, como forma de proteção dos grupos vulneráveis, tendo em vista não apenas o caráter repressivo, mas, principalmente, o viés preventivo das medidas a serem instituídas por essas políticas públicas.

As políticas públicas podem ser criadas em vários ramos, incluindo-se, entre eles, o Direito. Inicialmente, cabe ressaltar que uma eventual tutela jurídica da pornografia não significa necessariamente promover um sistema punitivista, mas de considerar que as relações desiguais entre os gêneros também estão presentes na conformação do sistema jurídico.

Compreende-se que a exclusão da tutela jurídica da mulher que se encontra em situação de violência em razão da pornografia pode ser compreendida como uma reafirmação da cultura patriarcal. Assim, o combate à violência de gênero se mostra também como um combate às estruturas dominantes, que endossam a dominação masculina.

No entanto, cabe ressaltar que os problemas de gênero dificilmente serão erradicados apenas se forem abordados por meio de medidas jurídicas. Esses problemas encontram-se enraizados na cultura daquela sociedade e precisam ser encarados através de uma ótica interdisciplinar, sendo necessários vários campos de ação e de enfrentamento. No entanto, o sistema jurídico não pode se abster de tratar dessa realidade[111].

5. Conclusão

Por todo o exposto, pode-se afirmar que a pornografia tradicional causa violência de gênero, em suas diversas facetas. Violência física, psicológica, moral, patrimonial e sexual, isolada ou cumulativamente, estão presentes durante a confecção e em razão do consumo dos materiais pornográficos.

111. Nesse mesmo sentido, com relação à política pública instituída pela Lei 11.340/06 para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, Ana Lúcia Sabadell e Dimitri Dimoulis sustentam que essa forma de violência contra a mulher não será erradicada pela simples aplicação da legislação. Para além disso, torna-se necessário a implementação de um processo educacional que desenvolva estratégias que não se inseriam apenas na lógica ordem-desobediência-penalidade, mas que permitam a modificação da cultura patriarcal, através de processos que envolvam a reflexão, a consciência, o autoconhecimento, o que não dispensa a aplicação de penalidades aos agressores em determinados casos (SABADELL, Ana Lúcia; DIMOULIS, Dimitri. Domestic violence in Brazil: social problems and legislative interventions. *SRN Electronic Journals*: the English & Commonwealth Law Abstracts Journal, v. 86, 2014. p. 16).

Por ser um fenômeno que afeta de forma desproporcional, causando prejuízos alarmantes a um segmento social específico, a pornografia precisa ser enfrentada pelo Direito. Torna-se necessário um tratamento específico da pornografia pelos ordenamentos jurídicos nacionais, regionais e internacionais, que leve em conta não apenas o caráter repressivo, mas, especialmente, o viés preventivo dessa tutela jurídica.

No âmbito brasileiro, observou-se que não existiam instrumentos específicos de tutela da mulher que se encontra em situação de violência em razão da pornografia. Até 24 de setembro de 2018, as vítimas que se encontravam nesse cenário deveriam se valer das medidas jurídico-penais mais abrangentes, dispostas no Código Penal, no Código de Processo Penal e, quando cabível, na Lei Maria da Penha.

Com a importante mudança trazida pela Lei 13.718/18, passou a ser proporcionada uma criminalização específica para a pornografia não consensual. No entanto, a proteção proporcionada pela referida lei poderia ter sido mais efetiva no sentido de estabelecer mecanismos materiais de tutela de urgência e reparação dos danos causados a mulher em situação de violência em razão da pornografia.

Nessa toada, urge uma visão contemporânea da questão que proporcione a melhor proteção aos direitos humanos da mulher no que se refere aos materiais pornográficos, a realidade social construída e corroborada por eles, bem como a violência de gênero envolvida na sua confecção e em razão do seu consumo.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Marina Nogueira. *A pornografia não consensual como delito do direito penal informático, sua aplicação no direito penal brasileiro e a mulher como principal vítima*. 2015. 84f. TCC (Graduação). Disponível em: [www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/121909/000971025.pdf?sequence=1]. Acesso em 30.09.2018.

AUSTIN, J. L. *Quando dizer é fazer*: palavras e ação. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

BERNARDES, Márcia Nina; COSTA, Rodrigo de Souza. Os parâmetros Internacionais de prevenção da violência doméstica contra as mulheres: uma comparação com os instrumentos previstos na Lei Maria da Penha. In: LOIS, Cecilia Caballero; BRANDÃO, Daniela da Rocha; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (Org.). *Direito internacional dos direitos humanos*. Florianópolis: Conpedi, 2015. v. 1.

BITENCOURT, Cézar Roberto. *Tratado de direito penal* – Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.

BITENCOURT, Cézar Roberto. *Tratado de direito penal* – Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

BITENCOURT, Cézar Roberto. *Tratado de direito penal* – Parte especial. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina.* Trad. Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BOZON, Michel. *Sociologia da sexualidade*. Trad. Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

BRETON, David Le. *A sociologia do corpo*. Trad. Sonia M. S. Fuhrmann. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

BUTLER, Judith. *Lenguaje, poder e identidad*. Trad. e prólogo: Javier Sáez y Beatriz Preciado. Madrid: Editorial síntesis, 1997.

BUZZI, Vitória de Macedo. *Pornografia de vingança*: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. 2015. 111f. TCC (Graduação) – Curso de Direito – Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis, 2015. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/133841/TCCVitóriaBuzziVersaoRepositorio.pdf?sequence=1]. Acesso em: 30.09.2018.

CONJUR. *PL que criminaliza vingança pornográfica é aprovado na CCJ do Senado*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-nov-22/ccj-senado-aprova-pl-criminaliza-vinganca-pornografica]. Acesso em: 30.09.2018.

CULTURE REFRAMED. Disponível em: [www.culturereframed.org/the-crisis]. Acesso em: 30.09.2018.

DÍEZ RIPOLLÉS, Jose Luís. *El objeto de protéccion del nuevo derecho penal sexual*. Disponível em: [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1999_06.pdf]. Acesso em: 30.09.2018.

DINES, Gail. *Pornland*: how porn has hijacked our sexuality. Boston: Beacon Press, 2010.

DWORKIN, Andrea. *Pornography men possessing women*. Penguin Group, 1989.

DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catharine A. *Pornography and civil rights* – A new day for women´s equality. Minneapolis. Organizing Against Pornography, 1989.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade* – A leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ECHOLS, Alice. The taming of the Id: feminist sexual politics, 1968-1983. In: VANCE, Carole S. *Pleasure and danger.* Boston: G. K. Hall, 1983.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Today in civil liberties*. Indianapolis anti-pornography ordinance signed. Disponível em: [http://todayinclh.com/?event=indianapolis-anti-pornography-ordinance-signed]. Acesso em: 10.02.2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed., rev. e aum. Editora Nova Fronteira, 1986.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Trad. e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANK, Mary Ann. *Drafting an effective revenge porn law*: a guide for legislators. Disponível em: [https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=870067088114084012028085081068069108058045018002021023103089076113114113022086092007037114118031122002109099127090023011094082057019039084049112097074076117017001090002021086120021093104082087016021070073072082029111064116025108028117098084003024102019&EXT=pdf]. Acesso em: 30.09.2018.

FREE, Marylin. Opression. In: MINAS, Anne. *Gender basics*: feminist perspectives on women and men. 2. ed. Wadsworth, 2000.

HOT GIRLS WANTED. Direção: Jill Bauer, Ronna Gradus. Produção: Jill Bauer, Ronna Gradus, Brittany Huckabee, Rashida Jones, Brant Paul. Estados Unidos: Jill Bauer, 2015. Disponível em: [www.netflix.com/br/title/80038162]. Acesso em: 30.09.2018.

JOHNSON, Paul. Pornography and the European Convention on Human Rights. *Porn Studies*, 1:3, 315-336, 2014.

LEWIS, Tom. Legislating morality: Victorian and modern legal responses to pornography. In: ROWBOTHAM, Judith; STEVENSON, Kim. *Behaving badly*: social panic and moral outrage: victorian and modern parallels. Hampshire: Ashgate, 2003.

MACKINNON, Catharine. *Toward a feminist theory of the state*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 1989.

MACKINNON, Catharine. Pornography, civil rights, and speech. In: ITZIN, Catharine (Org.). *Pornography*: women, violence and civil libertities. Oxford University Press, 1992.

MACKINNON, Catharine. *Only words*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado* – Parte especial. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 2.

MINAS, Anne. *Gender basics*: feminist perspectives on women and men. 2. ed. Wadsworth, 2000.

MURPHY, Megan. *'Hot girls wanted'... For a month or two*. Disponível em: [www.feministcurrent.com/2015/06/04/hot-girls-wanted-for-a-month-or-two/]. Acesso em: 30.09.2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Gen Método, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal* – Parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2.

OXFORD SENIOR DICTIONARY. Senior Dictionary, Oxford University Press, 1981.

PRADA, Nancy Prada. *¿Qué décimos las feministas sobre la pornografia?*. Los orígenes de um debate. La manzada de la discórdia, v. 5, 1, p. 7-26, jan.-jun. 2010.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito digital*. São Paulo: Saraiva, 2016.

PRECIADO, Paul Beatriz. *Texto junkie*: sexo, drogas e biopolítica na era farmacopornográfica. N1-Edições, 2018.

RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva. *Discurso de ódio, violência de gênero e pornografia*: entre a liberdade de expressão e a igualdade. Editora Multifoco, 2017.

RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva; PAULO, Lara Campos de. Black porn: um breve ensaio sobre a representação das mulheres negras na pornografia heterossexual e inter-racial. In: BOITEUX, Luciana; MAGNO, Patricia Carlos; BENEVIDES, Laize. *Gênero, feminismos e sistemas de justiça* – Discussões interseccionais de gênero, raça e classe (Org.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018.

RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva; BARBOSA, Renata da Silva Athayde; COSTA, Rodrigo de Souza. *Os direitos humanos das mulheres nas Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*: o caso da pornografia, mimeo.

ROWBOTHAM, Judith. *Behaving badly*: social panic and moral outrage – Victorian and modern parallels. Aldershot: Ashgate, 2003.

ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de Pena? Sobre a legitimação das proibições penais. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

RUBIN, Gayle. Thinking sex: notes for a radical theory of the politics of sexuality. In: VANCE, Carole S. *Pleasure and danger*. Boston: G. K. Hall, 1983.

RUSSEL, Diana. *Against pornography*: the evidence of harm. Berkeley, California: Russell Publications, 1994.

SABADELL, Ana Lúcia; DIMOULIS, Dimitri. Domestic violence in Brazil: social problems and legislative interventions. *SRN Electronic Journals*: the English & Commonwealth Law Abstracts Journal, v. 86, p. 1-18, 2014.

SIDOW, Spencer Toth. *Delitos informáticos próprios*: uma abordagem sob perspectiva vitimodogmática. Disponível em: [www.teses.usp.br/.../Dissertacao_Mestrado_versao_final_formatada_padroes_US.pdf]. Acesso em: 30.09.2018.

SILVA, Tadeu Dix. *Direito penal e liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito*. IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15. 2000.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes* sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

STOP PORN CULTURE. Facts and figures. Disponível em: [http://stoppornculture.org/about/about-the-issue/facts-and-figures-2/]. Acesso em: 30.09.2018.

TAVARES, JUAREZ. *O consentimento do ofendido no Direito Penal*. Disponível em: [http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/7163/5114]. Acesso em: 30.09.2018.

TELES, Maria A. de Almeida; MELO, Mônica. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2002.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODOC). Global Report in Trafficking In Persons. 2014. Disponível em: [www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/GLOTIP_2014_full_report.pdf]. Acesso em: 30.09.2018.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODOC). Global Report in Trafficking In Persons, 2016. Disponível em: [www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf]. Acesso em: 30.09.2018.

VANCE, Carole S. *Placer y peligro*. Explorando la sexualidade feminina. Madrid: Talasa, 1989.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A internet e a violência contra a mulher: uma análise sobre a aplicação da Lei Maria da Penha aos casos de violência psicológica no contexto virtual, de Caroline Machado de Oliveira Azeredo, Paula Pinhal de Carlos e Emerson Wendt – *RBCCrim* 119/305-326 (DTR\2016\4882);
- O sexo e o direito: a história de uma relação muito íntima (Parte 1), de Rodrigo Bernardes Dias – *RT* 963/21-85 (DTR\2016\191);
- O sexo e o direito: a história de uma relação muito íntima (Parte 2), de Rodrigo Bernardes Dias – *RT* 964/21-102 (DTR\2016\224); e
- Pornografia simples e qualificada, de Camila Garcia da Silva – *RCP* 16/237-269 (DTR\2012\450250).