Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 26 • vol. 150 • dez. / 2018

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 26 • vol. 150 • dez. / 2018

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)
Alexandre Ribas de Paulo (UEM – Maringá/PR); Alexsandro Machado Mourão (Universidade Estadual do Ceará – Fortaleza/CE); Aline Mendes Favarim (PUCRS- Porto Alegre/RS); Alynne Andrade (USP – São Paulo/SP); Ana Clara Gomes Costa (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Ana Claudia Cifali (PUCRS – Porto Alegre/RS); Ana Claudia Diogo Tavares (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Anamaria Prates Barroso (UFPE – Recife/PE); Andressa Loli Bazo (USP – São Paulo/SP); Antonio E. Ramies Santoro (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Antonio José Franco de Souza Pêcego (PUCMG – Uberlândia/MG); Caíque Ribeiro

Galícia (PUCRS – Porto Alegre/RS); Carlos Eduardo Millen Grosso (UFSC – Florianópolis/SC); Cleunice Valentim Bastos Pitombo (USP – São Paulo/SC); Cristhovão Fonseca Gonçalves (Faculdade Sete de Setembro – Paulo Afonso/BA); Daniel Cabral de Almeida Ferreira (Universidade de Coimbra – Portugal); Daniel Kessler de Oliveira (Feevale – Novo Hamburgo/RS); Davi Tangerino (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Décio Franco David (UENP – Curitiba/PR); Diogo Rudge Malan (UFRJ e UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Eduardo Viana (Universidade Estadual de Santa Cruz/BA); Fernando Braga Damasceno (FDUL – Lisboa/Portugal); Flávia Siqueira Cambraia (Mackenzie – São Paulo/SP); Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira (Libertas Faculdades integradas – Belo Horizonte/MG) ; Francisco de Assis de França Júnior (CESMAC – Maceió/AL); Gerson Faustino Rosa (UEM – Maringá/PR); Gisela Aguiar Wanderley (UnB – Brasília/DF); Grasielle Borges Vieira de Carvalho (Universidade Tiradentes – Aracaju/SE); Guilherme Francisco Ceolin (PUCRS – Porto Alegre/RS); Guilherme Gouvêa de Figueiredo (UFJF – Juiz de Fora/MG) ; Humberto Soares de Souza Santos (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Indaiá Lima Mota (UFBA – Salvador/BA); Ísis de Jesus Garcia (UFSC – Florianópolis/SC); James William Santos (PUCRS – Porto Alegre/RS); Jardel Luís da Silva (PUCRS – Porto Alegre/RS); João Paulo Orsini Martinelli (UFF – Niterói/RJ); Joel de Freitas (UNEMAT – Cáceres/MT); Juliana Vital Rosendo (Universidade Tiradentes – Aracaju/SE); Klelia Canabrava Aleixo (PUCMG – Belo Horizonte/MG); Laíze Gabriela Benevides Pinheiro (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Lucas Minorelli (PUCRS – Porto Alegre/RS); Luiz Fernando Kazmierczak (UENP – Curitiba/PR); Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (MPMG – Belo Horizonte/MG); Marcella Alves Mascarenhas Nardelli (UFJF – Juiz de Fora/MG); Marcelo Almeida Ruivo (ULBRA – Canoas/RS); Marco Aurélio Nunes da Silveira (UPF – Passo Fundo/PR); Marcus Vinícius Xavier de Oliveira (UFRO – Porto Velho/RO); Mariana de Assis Brasil e Weigert (UNILASALLE – Canoas/RS); Marília Montenegro Pessoa de Mello (UNICAP – Recife/PE); Marlon Amaral Hungaro (Faculdade Castelo Branco – Colatina/ES); Mauricio Leal Dias (Universidade Federal do Pará – Belém/PA); Milena Tarzia Barbosa da Silva (OAPEC – Santa Cruz do Rio Pardo/SP) ; Moyses Pinto Neto (ULBRA- Porto Alegre/RS); Nelson Gomes Junior (UFPB – João Pessoa/PB); Ney Fayet Jr. (PUCRS – Porto Alegre/RS); Pablo Rodrigo Alflen (UFRGS – Porto Alegre/RS) ; Priscilla Placha Sá (UFPR – Curitiba/PR); Patrícia Jimenez Rezende (CEBRAP – São Paulo/SP); Patricia Manente Melhem (Faculdade Campo Real – Guarapuava/PR); Paula Nunes Mamede Rosa (USP – São Paulo/SP); Renata Fernandes de Oliveira (IPUB/UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Renata Guadagnin (PUCRS – porto Alegre/RS); Ricardo Jacobsen Gloeckner (PUCRS – Porto Alegre/RS); Rosier Batista Custódio (UFPE – Recife/PE); Ruy Celso Barbosa Florence (UNIDERP – Campo Grande/MS); Tamires Maria Alves (UFF - Rio de Janeiro/RJ); Tapir Tabajara Canto da Rocha Neto (PUCRS – Porto Alegre/RS); Tatiana Lourenço Emmerich de Souza (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Thais Del Monte Buzato (UNIP – São Paulo/SP); Thiago Bottino (FGV – Rio de Janeiro/RJ); Thiago Guilherme Nolasco (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Thiago Mota de Moraes (CESMAC – Maceió/AL); Tiago Joffily (MPRJ – Rio de Janeiro/RJ); Vanessa Schinke (Unipampa – Bagé/RS); Vera Lucia (UFPA – Belém/PA); Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa (PUCPR – Curitiba/PR); Vilobaldo Cardoso Neto (Universidade Tiradentes – Aracaju/SE); Yuri Ygor Serra Teixeira (Faculdade Estácio de Castanhal – Belém/PA)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Adriano Antunes Damasceno (UNDB – São Luis/MA); Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado (UFBA – Salvador/BA); Antonio Eduardo Ramires Santoro (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Arthur Levy Brandão Kullok (Universidade de Coimbra - Portugal); Bruno Amaral Machado (UniCEUB – Brasília/DF); Clara Flores Seixas de Oliveira (UFBA – Salvador/BA); Cristina Zackseski (UnB – Brasília/DF); Domenique Assis Goulart (UFRGS – Porto Alegre/RS); Francisco de Assis de França Júnior (CESMAC – Maceió/AL); Gabriel Bulhões Nóbrega Dias (Faculdade Diocesana – Mossoró/RN); Guita Grin Debert (UNICAMP – Campinas/SP); José Francisco Dias da Costa Lyra (URI – Santo Ângelo/RS); Klever Paulo Leal Filpo (Universidade Católica de Petrópolis – Petrópolis/RS); Laura Gigante Albuquerque (PUCRS – Porto Alegre/RS); Leonardo Dantas Costa (OAB – São Paulo/SP); Lucas César Costa Ferreira (Universidade Federal de Goiás – Goiânia/GO); Marcio Fernandes Fioravante da Silva (USP – São Paulo/SP); Mariana Thorstensen Possas (UFBA – Salvador/BA); Mônica Rafaela Oliveira Martins (PUCMG – Belo Horizonte/MG); Ney Menezes de Oliveira Filho (UFBA – Salvador/BA); Nikaelly Lopes de Freitas (Centro Universitário Estácio – Fortaleza/Ceará); Paulo César Busato (UFPR – Curitiba/PR); Paulo Henrique Burg Conti (UNIVALI – Vale do Itajaí/SC); Paulo Vinicius Sporleder de Souza (PUCRS – Porto Alegre/RS); Ricardo Jacobsen Gloeckner (PUCRS – Porto Alegre/RS); Rodrigo Cavagnari (FAE Centro Universitário – Curitiba/PR); Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima (Centro Universitário Estácio – Fortaleza/Ceará); Tatiana Santos Perrone (UNICAMP – Campinas/SP); Tiago Bunning Mendes (PUCRS – Porto Alegre/RS); Welliton Caixeta Maciel (UnB – Brasília/DF)

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 26 • vol. 150 • dez. / 2018

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 26 • vol. 150 • dez. / 2018

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: [12-2018]
Profissional
Fechamento desta edição: [22.10.2018]

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
César Mortari Barreira
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
Cristina Uchôa

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

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 26 • vol. 150 • dez. / 2018

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: Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Felipe Augusto da Costa Souza, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra e Rafaella Araujo Akiyama

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

Estagiários: Miriam da Costa Leite, Nicolas Eugênio Almeida Bueno e Sthefany Moreira Barros

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Linotec

Controle de qualidade da diagramação: 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

Criação de lei e racionalidade penal moderna: o caso da criação da Lei do Feminicídio no Brasil

Lawmaking and modern criminal rationality: the case of the creation of the Feminicide Act in Brazil

Clara Flores Seixas de Oliveira e Mariana Thorstensen Possas 17

O princípio da adequação social: um enfoque sobre a evolução doutrinária e o seu tratamento jurisprudencial

The principle of social adequacy: a focus on doctrinal evolution and its jurisprudential usage

Marcio Fernandes Fioravanteda Silva 55

A diversidade genética humana na era dos diagnósticos genéticos: aspectos bioéticos e da proteção de bens jurídico-penais supraindividuais

Human genetic diversity in the age of genetic diagnostics: bioethicals and supraindividual criminal legal goods protection aspects

Paulo Henrique Burg Conti e Paulo Vinicius Sporleder de Souza 77

Processo Penal

Abrir espaço para as soluções consensuais no processo penal brasileiro? Reflexões a partir do modelo empregado na Cidade Autônoma de Buenos Aires

Is there any space for consensual solutions in Brazilian criminal process? Reflections about the model of Autonomous City of Buenos Aires

Antonio Eduardo Ramires Santoro e Klever Paulo Leal Filpo..... 121

A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas

Criminal advocacy, criminal defense investigation and the fight for equality of arms

Gabriel Bulhões Nóbrega Dias..... 145

Whistleblowing como instrumento de combate à corrupção: delineamento do instituto e a pertinência de uma legislação fomentadora de denunciações internas na Administração Pública brasileira

Whistleblowing as an anticorruption tool: delimitation of the institute and pertinency of a legislation that promotes internal reports on Brazilian Public Administration

Leonardo Dantas Costa 189

Reserva de Lei e execução penal: quando a jurisprudência benéfica *prima facie* se volta contra o condenado

Legality and criminal punishment: when beneficial jurisprudence prima facie turns against the convicted person

Paulo César Busato e Rodrigo Cavagnari 235

A inexistência de fundamentos para o recurso acusatório no processo penal: uma crítica ao paradigma da bilateralidade recursal

Lack of fundamentals for accusatory appeal in thecriminal process: a critique of the bilateral appealing paradigm

Ricardo Jacobsen Gloeckner e Tiago Bunning Mendes 257

Crime e Sociedade

Cárcere e compensação penal no Brasil: uma perspectiva de gênero

Prison and criminal compensation in Brazil: a gender perspective

Adriano Antunes Damasceno 293

A reprodução medicamente assistida e a legislação penal – uma análise a partir do ordenamento jurídico português

The medically assisted reproduction and the criminal legislation – An analysis from the Portuguese legal order

Arthur Levy Brandão Kullok 309

Investigando os investigadores: representações sociais sobre a atividade policial no Sistema de Justiça Federal

Researching the investigators: social representations concerning the police activity in the Federal Justice System

Cristina Zackseski; Bruno Amaral Machado e Welliton Caixeta Maciel 367

A eugenia oferecida como critério para elaboração de políticas públicas: apontamentos críticos a partir do positivismo criminológico desenvolvido no Brasil

The eugenics offered as a criterion for the preparation of public policies: brief critical contribution from the criminological positivism developed in Brazil

Francisco de Assis de França Júnior 397

Questões de poder e as expectativas das vítimas: dilemas da judicialização da violência de gênero

Power issues and the victims' expectations: dilemmas of the judicialization of gender violence

Guita Grin Debert e Tatiana Santos Perrone 423

A *sobrecriminalização* ou a tendência de *governar pelo crime* e a produção de castigos injustos: os excessos do *pharmakon* no direito penal da modernidade

The overcriminalization or the trend to rule through crime and the production of unusual punishments: the pharmakon excesses in criminal law in modernity

José Francisco Dias da Costa Lyra..... 449

"Não me vejo na palavra fêmea, alvo de caça, conformada vítima": a insuficiência da narrativa estatal perante as demandas de violência doméstica

"I do not see me in the word female, hunting target, conformed victim": the insufficiency of the state narrative in relation to domestic violence demands

Laura Gigante Albuquerque e Domenique Assis Goulart 481

A justiça restaurativa no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher: potencialidades e riscos a partir de uma perspectiva feminista

Restorative justice in the context of family and domestic violence against women: potentialities and risks from a feminist perspective

Lucas César Costa Ferreira..... 515

A dessocialização do condenado no sistema carcerário convencional: o sofisma da ressocialização

The process of not resocialization of the condemned in the conventional prison system: the sophism of resocialization

Mônica Rafaela Oliveira Martins..... 539

Prisão e estigma: reflexões sobre as visitas discentes às unidades prisionais

Prison and stigma: considerations about student visits to prison units

Ney Menezes de Oliveira Filho e Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado 555

A visita íntima como mecanismo para efetivação dos direitos sexuais das mulheres encarceradas no Brasil

The intimate visit as a mechanism for the effectiveness of the sexual rights of female prisoners in Brazil

Nikaelly Lopes de Freitas e Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima..... 581

Índice Alfabético-remissivo 611

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais..... 619

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais..... 629

Condições para Submissão (*checklist*)..... 633

Criação de lei e racionalidade penal moderna: o caso da criação da Lei do Feminicídio no Brasil

Lawmaking and modern criminal rationality: the case of the creation of the Feminicide Act in Brazil

Clara Flores Seixas de Oliveira

Mestra em Ciências Sociais (2017). Bacharel em Direito (2014). Pesquisadora do LASSOS/UFBA.
clarafsoliveira@gmail.com

Mariana Thorstensen Possas

Doutora em Criminologia pela Universidade de Ottawa, Canadá (2009). Mestre em Direito pela USP (2003). Bacharel em Ciências Sociais pela USP (2003). Bacharel em Direito pela PUC-SP (1999). Professora adjunta do Departamento de Sociologia da UFBA (2013). Pesquisadora do LASSOS/UFBA.
marianapossas@gmail.com

Recebido em: 28.02.2018
Aprovado em: 08.06.2018
Última versão das autoras: 29.06.2018

Áreas do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Resumo: A partir de um olhar *empírico*, propomos neste artigo observar algumas tensões que se apresentaram concretamente, em âmbito discursivo, nas várias comunicações que se organizaram em torno da ideia de criminalização do feminicídio. Um dos principais resultados da pesquisa é a atualização da racionalidade penal moderna em várias das propostas e justificativas formuladas pelos atores sociais envolvidos. Essas observações fazem parte dos achados de pesquisa de mestrado sobre o processo de criação da lei do feminicídio no Brasil. Em termos metodológicos, foram analisados documentos, em sua maioria, de natureza parlamentar (projetos de lei e suas justificações, substitutivos, pareceres e notas taquigráficas), assim como documentos de organizações internacionais, diretrizes nacionais, entre

Abstract: From an empirical perspective, the article proposes to observe some tensions that are concretely presented, in a discursive scope, in several communications that were organized around the idea of criminalization of feminicide. One of the interesting results is the actualization of the modern criminal rationality in several of the proposals and justifications formulated by the social actors. These observations are part of the findings of a master's research, concerning the process of the feminicide lawmaking in Brazil. In methodological terms, the research were based on documents, mostly of a parliamentary nature (bills and their justifications, substitutions, opinions and shorthand notes) as well as documents of international organizations, national guidelines, among others. Twelve semi-structured

outros. Também foram realizadas 12 entrevistas qualitativas semiestruturadas com interlocutoras que participaram diretamente do processo de elaboração da lei ou que têm uma atuação voltada para o combate à violência contra a mulher.

Palavras-chave: Criação de lei penal – Feminicídio – Racionalidade penal moderna – Movimento feminista – Violência contra a mulher.

qualitative interviews were also carried out with interlocutors who participated directly in the process of elaborating the law or whose political action focused on combating violence against women

Keywords: Criminal lawmaking – Feminicide – Modern criminal rationality – Feminist movement – Violence against women.

Sumário: 1. Introdução. 2. Criação de leis penais e racionalidade penal moderna. 3. A criação da lei do feminicídio no Brasil: uma abordagem empírica à luz da teoria da racionalidade penal moderna. 3.1. Motivos para criminalizar o feminicídio e concepções sobre a lei penal. 3.2. Dilemas do acionamento da resposta punitiva. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

O enfrentamento ao problema da violência contra as mulheres, em suas múltiplas expressões, tem sido uma bandeira prioritária dos movimentos feministas e de mulheres no Brasil há algumas décadas. Nos anos 1980, setores do feminismo brasileiro mobilizavam-se, a partir do mote "quem ama não mata!", para publicizar casos de assassinatos de mulheres praticados por seus companheiros ou ex-companheiros. Também objetivavam denunciar os padrões recorrentes de defesa e julgamento dos casos pelo judiciário que, muitas vezes, resultavam em absolvição. Desenhava-se então, ainda de forma fragmentada, uma 'agenda nacional de combate à violência contra a mulher', articulada por mulheres organizadas em diversos movimentos (ALMEIDA, 1998) que, nos anos que se sucederam, foi se consolidando cada vez mais e tendo suas reivindicações incorporadas às agendas de governo. Segundo Sônia Alvarez (2014), na virada dos anos 1990, em um momento de *mainstreaming* do gênero), os discursos e as reivindicações feministas começam a circular amplamente em partidos, governos, universidade e organizações internacionais, como a ONU e o Banco Mundial. Vai-se conformando, com isso, todo um aparato legal e institucional para lidar de maneira específica com o problema da violência contra as mulheres. Com a aprovação da Lei Maria da Penha em 2006, após anos de discussão e mobilização política, o problema da violência de gênero finalmente *entra* oficialmente para o direito.

Nesse desenrolar histórico, reivindicações políticas de movimentos feministas e de mulheres se voltam para o direito e passam a ser formuladas como demandas por criação ou alteração de leis, especialmente de leis penais. Essa tradução das demandas de movimentos sociais na forma de leis penais tem sido

objeto de questionamentos e investigações por parte de diversos cientistas sociais, juristas e criminólogos(as). Esse debate tem acirrado ânimos quando o assunto envolve demandas de movimentos feministas por respostas de cunho penal ao problema da violência contra as mulheres. Essa é a questão de pano de fundo desse artigo, que a enfrentou a partir da observação de um caso empírico: a criação da lei do feminicídio no Brasil, no ano de 2015. Embora os movimentos feministas já denunciassem o assassinato de mulheres desde os anos 1980, como vimos anteriormente, a demanda pela criação de uma lei para enfrentar esse problema de maneira mais específica e direcionada só veio a ser formulada nos anos 2010. A própria utilização do termo feminicídio, criado no final dos anos 1970 para designar o assassinato de mulheres por razões de gênero[1], é algo relativamente recente no Brasil: embora a categoria já fosse utilizada em estudos no fim de década de 1990 (SAFFIOTI e ALMEIDA, 1995; ALMEIDA, 1998), seu uso só foi popularizado entre os anos 2000 e 2010, sob influência do contexto latino-americano.

Acompanhando uma tendência dos países latino-americanos de incorporar o termo feminicídio nas suas legislações penais – e seguindo também uma recomendação expressa da ONU[2] –, o projeto de lei do feminicídio foi apresentado no Senado Federal brasileiro em 2013, por iniciativa da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI), criada para investigar o problema da violência contra a mulher no país. O processo de elaboração da lei envolveu diversos setores, como órgãos do executivo e do sistema de justiça, organizações internacionais, pesquisadoras, ONGs e movimentos feministas. Após um ano e oito meses de tramitação no Congresso Nacional, com algumas disputas e alterações no texto legal, foi enfim aprovado o projeto de lei que introduziu o feminicídio no código penal, como uma modalidade de homicídio qualificado (implicando, portanto, em um aumento da pena atribuível em relação ao homicídio comum, de 6 a 20 anos para 12 a 30 anos).

1. A primeira vez que se falou publicamente em *femicide* foi em 1976, durante o testemunho da escritora e ativista feminista Diana Russell no Tribunal Internacional de Crimes contra as Mulheres em Bruxelas, mas foi somente em 1992 que o termo foi mais bem definido, com a publicação do livro "Femicide: the politics of women killing", coletânea de textos organizada por Russell em parceria com Jill Radford, que se tornou referência internacional para os estudos sobre o tema (RUSSELL, 2009; RADFORD e RUSSELL, 1992).
2. Nas Conclusões Acordadas da 57ª Sessão da Comissão sobre o *Status* da Mulher da ONU, em 2013, há uma recomendação expressa aos países membros para que reforcem a legislação nacional de modo a punir assassinatos de mulheres relacionados ao gênero. Foi a primeira vez que o termo feminicídio apareceu em um documento internacional acordado (BRASIL, 2013).

A aprovação da lei do feminicídio foi celebrada por diversos setores como um importante avanço da luta política das mulheres e, por outros, criticada como uma estratégia equivocada, inócua ou, até mesmo, como um retrocesso. Observando as discussões sobre a criação da lei existentes na literatura acadêmica e em outros fóruns de discussão, notamos a existência de uma dicotomia nos debates: de um lado, a partir de uma orientação mais feminista, tende-se a reforçar a importância da criação da lei como instrumento necessário para dar visibilidade e combater a violência fatal contra as mulheres (por exemplo: CAMPOS, 2015; CASTILHO, 2015) de outro, sobretudo nos marcos da Criminologia Crítica, condena-se a mobilização da resposta punitiva pelas feministas, compreendida como uma estratégia que só reforça a lógica excludente de expansão e de "recurso simbólico" ao direito penal (KARAM, 2015; BELLOQUE, 2015). Há, ainda, aquelas que se posicionam de maneira a mediar essas duas posições, levando em conta argumentos de ambos os lados (MACHADO e MATSUDA, 2015; FLAUZINA, 2016).[3]

De certa forma, todos esses posicionamentos têm como ponto de partida uma questão de natureza *normativa*, qual seja: deve ou não deve o movimento feminista investir em estratégias punitivas para lidar com o problema da violência contra as mulheres? Para contribuir com esse debate, e a partir de um olhar *empírico,* propomos neste artigo observar algumas tensões que se apresentam concretamente, em âmbito discursivo, nas várias falas que se organizaram em torno da ideia de criminalização do feminicídio. Essas observações foram parte dos achados de uma pesquisa de mestrado, sobre o processo de criação da lei do feminicídio no Brasil. Do ponto de vista metodológico, fizemos análise de documentos escritos e das entrevistas qualitativas realizadas.

Na pesquisa, foram analisados documentos, em sua maioria, de natureza parlamentar – projetos de lei e suas justificações, substitutivos, pareceres, notas taquigráficas etc. –, assim como documentos de organizações internacionais, diretrizes nacionais, entre outros. Todos os documentos consultados são públicos, oficiais e acessíveis pela *internet*. Também foram realizadas 12 entrevistas qualitativas semiestruturadas com interlocutoras que participaram do processo de elaboração da lei ou que têm uma atuação voltada para o combate à violência contra a mulher, sendo cinco parlamentares (três deputadas federais e duas senadoras); três militantes feministas; duas pesquisadoras sobre o tema e duas juristas

3. Discussão semelhante a esta se deu quanto à criminalização da violência doméstica e familiar contra a mulher, no contexto da discussão e aprovação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). Carmen de Campos e Salo de Carvalho (2011) apresentam um panorama desse debate.

operando no sistema de justiça. Segundo PIRES (2004a), haveria dois grandes interesses teóricos no uso das entrevistas como método de pesquisa: 1) o estudo de *estados mentais*, isto é, opiniões, representações, visões de mundo, ideologias; e 2) o estudo de *experiências*, seja no sentido mais empírico, de pertencer a um grupo específico ou ter vivido determinados eventos, seja num sentido mais ligado aos conhecimentos (a um saber ou saber-fazer). Assim, nesta pesquisa, buscamos apreender tanto a experiência vivida pelas pessoas entrevistadas – enquanto testemunhas e/ou partícipes do processo de elaboração da lei –, quanto a experiência numa dimensão mais *cognitiva*, isto é, referente às ideias, às concepções, aos sentidos, às maneiras de observar o problema do feminicídio e da sua criminalização. Quanto aos compromissos éticos da pesquisa, ressaltamos que foi assinado termo de consentimento livre e esclarecido e garantido o anonimato a todas as participantes na produção do texto, ainda que não deva ser descartada, por conta da atuação pública de certas entrevistadas, a sua identificação indireta. Ao longo do texto, referimo-nos a elas a partir da categoria a que pertencem (parlamentares, militantes, pesquisadoras e juristas), seguida pelas letras que as identificam (A, B, C etc.). Por outro lado, optamos por manter a referência aos nomes das pessoas cujas falas aparecem nos documentos, tendo em vista que são todos públicos e de livre acesso.

Este artigo apresenta, assim, alguns dos resultados dessa pesquisa, com foco nos debates sobre a pena, a punição e os dilemas do acionamento da resposta penal como estratégia para lidar com o problema do feminicídio. Utilizamos como aporte teórico para essa discussão a Teoria da Racionalidade Penal Moderna, desenvolvida pelo criminólogo Álvaro Pires (PIRES, 1998, 2004b, 2008), para descrever o sistema de pensamento dominante no mundo ocidental em matéria de pena criminal (POSSAS, 2009). Assim, o artigo está estruturado da seguinte maneira: inicialmente, apresentamos de maneira sintética a teoria da racionalidade penal moderna e a sua relação com o fenômeno da criação de leis penais; em seguida, entramos no caso da criação da lei do feminicídio, apresentando um relato de como se deu o processo de elaboração, quais as principais disputas e modificações que ocorreram no decorrer do procedimento legislativo e, por fim, as discussões sobre os dilemas do acionamento da resposta penal nesse caso, a partir das análises do material empírico da pesquisa (documentos e entrevistas), à luz da teoria da racionalidade penal moderna.

2. Criação de leis penais e racionalidade penal moderna

Álvaro Pires, André Cellard e Gérald Pelletier (2001), discutindo o fenômeno da criação de leis penais nas sociedades modernas, advertem que a palavra "criação" pode implicar algumas dificuldades teóricas. Isso porque se pode entender

que o legislador cria as normas a partir do zero, quando, na realidade, são os diversos atores sociais que desenvolvem e projetam, a partir do seu ponto de vista cotidiano, uma grande variedade de expectativas que podem, ou não, ser consolidadas na forma de leis. Assim, a legislação não é propriamente fruto de uma criação, mas sim de um processo complexo de *seleção*, de atribuição de "dignidade simbólica" às expectativas normativas, enquanto normas de direito com força vinculativa, e de distribuição das normas em programas jurídicos diversos. Em resumo, as leis selecionam, consagram e enquadram em um programa jurídico específico um pequeno número de projeções normativas.

Esse processo de seleção de expectativas normativas que preexistem na vida social é realizado por *mediação* do sistema político, especificamente, do parlamento. Entretanto, o direito também exerce papel importante, pois, como o sistema jurídico compreende diversos programas com estilos diferentes (civil, penal, trabalhista etc.), a estrutura interna de cada programa contribui para modelar ou enquadrar em uma forma legal específica a expectativa selecionada. O sistema jurídico participa da construção da expectativa normativa selecionada por meio da sua estrutura própria e dos seus programas, assim como dos seus *sistemas de pensamentos*.

Pires, Cellard e Pelletier (2001) propõem, assim, um modelo teórico que leve em conta o papel do sistema de ideias sobre a pena na atividade legislativa em matéria penal. Analisando os modelos de explicação da criação de lei existentes na literatura sociológica, os autores afirmam que a maioria das pesquisas, ao buscarem compreender o que suscitou uma dada modificação legislativa, constroem a explicação em torno quase exclusivamente de um ator ou um conjunto de atores sociais (movimentos sociais, líderes políticos, comissões de reforma etc.) ou da conjuntura histórica e cultural. O papel do público, isto é, de determinados atores sociais influenciados pela conjuntura sociopolítica, seria de tornar visíveis determinadas demandas frente ao governo e seus órgãos, ou a partidos políticos que levam essas demandas ao parlamento, no qual ocorre a modificação da legislação. Os autores classificam essa abordagem como "modelo da conjuntura histórica/dos atores sociais" ou "modelo da causalidade linear", pois se estabelece uma causalidade linear entre a conjuntura e os atores (causa) e a modificação ou não da lei (efeito), como se esse processo ocorresse de forma direta, sem mediações.

Os autores consideram essa abordagem problemática, pois não permite observar uma eventual influência por parte do programa penal e seu sistema de pensamento, nem permite explicar a ocorrência de uma orientação global existente nas reformas penais. Assim, alguns questionamentos escapam a esse modelo, como: por que o discurso de que penas mais severas podem reduzir a criminalidade

permeia as justificativas dadas por atores diversos, seja dos deputados, seja de atores não profissionais? Por que as demandas por criminalização de um novo comportamento vêm sempre acompanhadas de uma pena repressiva, excluindo-se a possibilidade de acordo entre as partes, por exemplo? Ou, ainda, por que os atores que demandam reformas penais – mesmo aqueles que possuem posicionamentos progressistas em muitos aspectos – não consideram a possibilidade de penas alternativas?

Para se compreender melhor a produção legislativa em matéria penal no Ocidente é necessário recuperar um longo processo histórico que resultou em grandes mudanças nas representações e nas estruturas legislativas oficiais do Direito Penal, no curso do século XVIII. O Direito Penal começa nesse período a ser visto como um ramo ou um subsistema autônomo do Direito e passa a se auto-observar, se autodescrever e a projetar um *autorretrato* complexo dele mesmo como estritamente *punitivo*, em que se considera o melhor meio de defesa contra o crime uma resposta penal *hostil*, *abstrata*, *negativa* e *atomista*: a) hostil porque representa o "desviante" como um inimigo do grupo inteiro; b) abstrata porque o mal concreto causado pela pena é perseguido para causar um bem moral imaterial ou uma boa prática invisível e futura; c) negativa porque se exclui qualquer possibilidade que vise a reafirmar o direito por uma ação positiva do desviante (como a reparação pecuniária e o tratamento em liberdade) e estipula que somente o mal concreto e imediato causado ao desviante (e ao seu entorno) pode produzir um bem estar ao grupo ou reafirmar o valor da norma; e d) atomista porque não se preocupa com os laços sociais concretos entre as pessoas – como se elas nem fizessem parte do mesmo grupo – ao não ser de uma forma secundária e acessória: vê-se o "interesse público" como reclamando a pena e como incompatível com a simples pacificação do conflito entre as partes (PIRES, CELLARD, PELLETIER, 2001).

Esse núcleo identitário dominante foi atualizado e reproduzido com o desenvolvimento das *teorias sobre a pena* (dissuasão, retribuição, reabilitação e denunciação). Essas teorias cumprem um duplo papel de justificar a punição, no sentido forte, e obstar o desenvolvimento de medidas de transformação e filosofias de intervenção que não exijam a obrigação de punir (PIRES, 1998). Apesar das nuances e diferenças aparentes entre essas teorias, elas conformam um mesmo sistema de ideias sobre a punição que produzem um "ponto de vista" decisivo na construção do discurso identitário do direito penal moderno, em que a pena de prisão é vista como a "verdadeira sanção" e, por outro lado, as ideias de reparação ou perdão permanecem fora desse universo (POSSAS, 2015).

Pires (1998, 2004b) deu o nome de *racionalidade penal moderna* (RPM) a esse sistema de pensamento institucionalizado e generalizado pelo programa do direito penal. A ideia de "sistema de pensamento" foi inspirada em Foucault, e

se refere ao conjunto de discursos *savants*[4] que são selecionados, validados, estabilizados e generalizados por um dado sistema social (PIRES, 2004a). No marco desse sistema de pensamento, a lei penal adquire uma *estrutura telescópica* que associa necessariamente uma norma de comportamento (fazer ou não fazer algo) a uma norma de sanção (aplicação da pena indicada). Nessa estrutura, adquire particular visibilidade as penas *aflitivas*, sobretudo a prisão. De acordo com esta maneira de pensar, o valor da norma de comportamento se mede pelo grau de pena aflitiva a ela justaposta, de modo que:

> [...] privilegia-se uma linha de pensamento medieval segundo a qual é a pena aflitiva que comunica o valor da norma de comportamento e o grau de reprovação em caso de desrespeito. Dessa forma, a pena aflitiva deve ser sempre imposta e o seu quantum deve se harmonizar com o grau de afeição ao bem, indicando assim o valor da norma de comportamento (PIRES, 2004a, p. 41).

Essa linha de pensamento, combinada à estrutura telescópica da norma, resulta em uma compreensão da norma de comportamento e da pena aflitiva como um todo inseparável, gerando uma *ontologização* da estrutura normativa eleita pelo sistema penal moderno, colonizando de tal forma o pensamento que se torna quase impossível pensar – tanto por parte do saber jurídico quanto das ciências sociais – o crime sem a pena aflitiva. Além disso, confere-se certa ilusão de simplicidade a respeito do trabalho do legislador e do juiz no momento de escolher a sanção: a pena aflitiva, sobretudo a de prisão, aparece como uma resposta evidente, quase automática. A racionalidade penal moderna funcionaria, assim, como um *obstáculo epistemológico* ao conhecimento da questão penal e à inovação quanto às possíveis soluções alternativas (PIRES, 2004b).

A RPM se configura como um sistema pré-político ou transpolítico, afirma Pires, pois transcende as visões políticas de mundo, de modo que sujeitos – sejam intelectuais, juristas etc. – que se consideram críticos, progressistas ou liberais, permanecem pensando dentro dos limites do sistema, consagrando a identidade estritamente punitiva do direito penal. Dessa forma, paradoxalmente, também os discursos de defesa ou afirmação dos direitos humanos são mobilizados para defender as penas aflitivas. Diversos movimentos sociais progressistas caem nessa "armadilha cognitiva", defendendo medidas como penas

4. Não encontramos uma palavra do português que traduzisse bem a ideia de *savant* como apresentada por PIRES (2004a; 2004b). No dicionário francês-português, *savant* pode significar sábio, erudito, especialista, acadêmico, culto. Os *discours savants* de Pires seriam então uma espécie de discurso detentor de conhecimento.

aflitivas mais severas e se opondo ao abrandamento de penas ou à adoção de sanções alternativas (em se tratando dos crimes que envolvem sua atuação política):

> Portanto, indivíduos, grupos e movimentos sociais não conservadores podem – sem contradição a seus olhos – aceitar o *status quo* estabilizado pelas teorias da pena aflitiva e paralelamente apoiar outras medidas jurídicas ou sociais descritas como "progressistas". Pode-se afirmar que as distinções políticas de esquerda/direita, ou ainda as distinções científicas de pensamento crítico/tradicional, não manifestam diferenças empíricas coerentes e significativas em matéria penal. (PIRES, 2004b, p. 46).

Nesse sistema de pensamento, paradoxalmente, os discursos de defesa ou afirmação dos direitos humanos são mobilizados para defender as penas aflitivas. Justifica-se, assim, a exclusão de meios jurídicos mais humanos em nome do humanismo. Segundo Pires, nos anos 1960 e 1970, em alguns países, houve um momento de reflexão crítica acerca do direito penal e foram desenvolvidas iniciativas de reforma no sentido de constituir uma nova racionalidade penal. Entretanto, a partir de meados dos anos 1980, esses projetos foram contra-atacados e a racionalidade penal moderna foi reforçada. O autor elenca algumas transformações associadas a esse movimento de reafirmação da RPM:

> A expansão das mídias e sua influência e impacto em matéria penal; a importância dada ao público e às sondagens de opinião pública pelo sistema político e pelas ciências sociais; a emergência discursiva de uma "sociedade de vítimas"; a participação crescente no debate penal de movimentos sociais, ou de segmentos deles, "sem teoria" sobre o sistema penal. Esses movimentos caracterizavam-se também por um engajamento de urgência em causas precisas (em oposição a um engajamento na reforma global); por privilegiar uma auto-representação como vítimas e uma única orientação de reforma (natureza repressiva); por utilizar toda sorte de canais para publicizar o tema em questão e para obter uma solução predeterminada; e pela tendência a instrumentalizar o Estado e apresentar sua causa como "útil para todos". (PIRES, 2004b, p. 48)

Tendo em vista estes aspectos, Pires, Cellard e Pelletier (2001) constroem um modelo de análise do fenômeno da produção normativa penal que leve em conta a influência sistêmica que a RPM exerce no processo de elaboração das leis criminais, de modo a permitir uma melhor compreensão de certos fatos observáveis e de certos impasses do programa penal face ao renovamento de sua estrutura nevrálgica. Trata-se do "modelo de causalidade sistêmica ou circular", que põe em evidência a influência exercida pela RPM nos diversos momentos da criação de uma lei e nos diferentes atores envolvidos. Haveria, segundo os autores, um "braço pedagógico invisível" atuante na maneira como os diversos atores sociais

apresentam suas demandas ao poder legislativo. Esses atores possuem algum grau de conhecimento do sistema ou interiorizaram certos argumentos que consideram estratégicos para valorizar suas demandas e que estão relacionadas às "promessas" da RPM, como a de que a pena pode dissuadir o crime e reduzir os índices de criminalidade.

A RPM também influencia a maneira como as demandas são traduzidas e processadas no interior do sistema político. O discurso do poder público, enquanto discurso dotado de credibilidade, não é apenas influenciado pela racionalidade penal moderna, como também alimenta esse sistema de pensamento. Observando-se discursos de políticos, debates parlamentares e documentos oficiais, constata-se, sem maiores dificuldades, a existência de um discurso sobre o crime e sobre a pena que se harmoniza perfeitamente com as teorias sobre a pena, demonstrando a causalidade circular. Aqui, as distinções conservador/progressista ou direita/esquerda não servem para qualificar as comunicações, pois pode-se observar, por exemplo, em um programa de segurança pública de um partido de esquerda, um discurso muito semelhante ao dos partidos de direita. O governo também é influenciado de outra forma, relacionada ao voto e à necessidade de tomar decisões acerca dos problemas apresentados pelos atores que exercem um papel público no sistema político sob a forma e a partir da semântica do programa penal. Na maioria dos casos, o poder público escolhe utilizar o programa penal para enquadrar suas demandas, porque este é visto como única alternativa – ou a mais fácil – ainda que isso não resulte em uma solução para os problemas.

3. A criação da lei do feminicídio no Brasil: uma abordagem empírica à luz da teoria da racionalidade penal moderna

Como mencionado, o projeto que originou a lei do feminicídio foi uma proposição da CPMI da Violência contra a Mulher, criada em 2012 para investigar a situação da violência contra a mulher no país e apurar denúncias de omissões por parte do poder público quanto à aplicação dos instrumentos legais de proteção das mulheres em situação de violência. A CPMI teve duração de 180 dias e visitou dezessete estados brasileiros e o Distrito Federal, realizando diversas atividades, como inquirição de autoridades públicas e especialistas no tema; realização de visitas e diligências nos serviços públicos da rede de atendimento às mulheres em situação de violência; audiências públicas e sessões deliberativas; reuniões com vítimas e familiares de vítimas de violência e com representantes de movimentos feministas e de mulheres. Nas vinte e quatro audiências públicas realizadas, foram ouvidos/as desembargadores/as; juízes/as; promotores/as; delegados/as; acadêmicos/as; representantes de movimentos feministas e de mulheres e de

ONGs; secretários/as estaduais das pastas de Saúde, Justiça, Direitos Humanos e Cidadania; a ministra Eleonora Menicucci, da SPM. (BRASIL, 2013).

O relatório final da CPMI, divulgado em julho de 2013, apresenta um diagnóstico que demonstra que a Lei Maria da Penha ainda não é plenamente aplicada no país e propõe uma série de recomendações destinadas a diferentes órgãos – governos estaduais, ministério público, defensorias públicas, tribunais de justiça – no sentido de aprimorar os investimentos financeiros, técnicos e materiais para implementação e aplicação da lei, além de outras iniciativas para o enfrentamento à violência. (BRASIL, 2013a; BRASIL, 2016a)

Foi constituído, no seio dessa comissão, um grupo de trabalho sobre legislação, que se debruçou especificamente sobre as propostas de criação de leis e de alterações nas leis existentes, para o qual contribuiu também o Consórcio Nacional de ONGs[5] que elaborou o anteprojeto da lei Maria da Penha. Assim, um dos resultados desse grupo de trabalho foi justamente a proposição do projeto de lei (PL) do Senado 292/2013, que cria o tipo penal do feminicídio, assim como outros doze projetos de lei relacionados à questão da violência contra a mulher.

No projeto inicial, o feminicídio foi definido como "a forma mais extrema de violência de gênero que resulta na morte da mulher", quando presentes alguma(s) das seguintes circunstâncias: relação íntima entre vítima e agressor, prática de violência sexual e/ou mutilação ou desfiguração da vítima. O feminicídio é enquadrado como uma circunstância qualificadora do crime de homicídio, implicando um aumento da pena de reclusão, de seis a vinte anos, para doze a trinta anos.

No decorrer da tramitação no Senado, foram propostas modificações na maneira de descrever o tipo penal. Na versão final aprovada e remetida à Câmara de Deputados, o feminicídio foi definido como o "homicídio cometido contra a mulher por razões de gênero" e foram inclusas ainda causas de aumento de pena que não estavam previstas no texto original. Determinou-se que a pena seja aumentada de 1/3 até a metade quando o crime for praticado durante a gestação ou

5. No ano de 2002, conformou-se um consórcio nacional de ONGs feministas e de direitos humanos para elaborar a minuta do anteprojeto lei sobre violência doméstica que, após modificações, resultou na criação Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). Participaram deste consórcio as seguintes entidades: Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM/Brasil); Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação (CEPIA); Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA); Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos (ADVOCACI) e Ações em Gênero, Cidadania e Desenvolvimento (AGENDE) e Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero (THEMIS). (MACIEL, 2011).

nos três meses após o parto; contra pessoa menor de 14 anos ou maior de 60, ou com deficiência ou, ainda, na presença de descendente ou ascendente da vítima.

Contudo, já na Câmara, o PL sofreu uma emenda de redação que substituiu a expressão "razões *de gênero*" por "razões de *condição do sexo feminino*". Desse modo, a palavra gênero, que acompanhou as definições em torno do feminicídio durante todo o percurso de elaboração da lei, foi suprimida do texto legal. As interlocutoras entrevistadas relatam que essa interdição do gênero foi uma imposição da bancada fundamentalista religiosa no Congresso, representada pelo então presidente da Câmara, o deputado Eduardo Cunha[6], que havia ameaçado retirar o projeto da pauta caso não houvesse a modificação. Essa resistência à palavra gênero e ao que ela significa para esses setores já vinha ocorrendo nos debates parlamentares nacionais, sobretudo a partir de 2014, quando, no contexto de discussão no parlamento sobre o Plano Nacional de Educação (PNE) – lei que institui as metas e diretrizes para a educação até 2020 –, instaurou-se uma forte polêmica em torno da menção aos temas de gênero e de sexualidade no texto legal. Setores mais conservadores, sobretudo aqueles ligados a igrejas católicas e evangélicas, articularam-se para barrar a utilização da palavra gênero na legislação, sob o argumento de estarem combatendo a "ideologia de gênero". As parlamentares entrevistadas descrevem o cenário como uma "guerra contra a palavra gênero", no campo da "guerra das ideias", ou ainda como uma "generofobia", uma nova "fobia morfológica" que teria surgido no parlamento e que seria fruto do conservadorismo e de um entendimento equivocado da palavra:

> Como existe uma *generofobia*, que é uma nova fobia morfológica que tem na Casa. É uma generofobia. Se você colocasse assim 'gênero alimentício', eles vão ser contra. Qualquer tipo de gênero. Essa palavra é *maldita*. Porque assim, em grande parte, ela foi amaldiçoada pela ignorância. Porque eles acham que gênero está sempre identificado com identidade de gênero, com os transgêneros. (Parlamentar B, entrevista, 2017, grifos nossos).

6. Eduardo Cunha (PMDB-RJ) exerceu o cargo de deputado federal de fevereiro 2003 até setembro 2016, quando teve o mandato cassado por quebra de decoro parlamentar em investigações por crimes de corrupção. Foi presidente da Câmara de Deputados, de 1º de fevereiro de 2015 até 7 de julho de 2016, quando renunciou ao cargo. Representante da Frente Parlamentar Evangélica, ficou conhecido pelo alto poder de manobra que deteve na presidência da Câmara, e por propor projetos de leis ofensivos aos direitos humanos e aos direitos das mulheres, como, p. ex.: o PL 5.069/13, que restringe as possibilidades de aborto legal; o PL 1.545/11, que tipifica o crime de aborto praticado por médico; o PL 7.443/06, que inclui o aborto no rol de crimes hediondos; o PL 1.672/2011, que institui o Dia do Orgulho Heterossexual, e o PL. 7.382/10, que criminaliza a "heterofobia".

A maior preocupação das entrevistadas – e, segundo elas, o grande objetivo dos setores que operaram essa substituição – é que a lei não seja aplicada em casos envolvendo mulheres transexuais como vítimas do crime, já que a expressão "sexo feminino" evocaria um sentido mais biológico do que é ser mulher.

> Na verdade, assim, em todo momento, gênero eles associavam à mulher trans. Ou ao fato da população LGBT utilizar essa qualificadora para eles. Então tinha o discurso de que muitos juízes não sabem o que é gênero, o conceito de gênero... Mas, no fundo, no fundo, o que a gente percebia é a preocupação de que as mulheres trans pudessem ser beneficiadas. (Jurista B, entrevista, 2017).

Por outro lado, algumas entrevistadas apresentaram o entendimento de que a modificação não necessariamente exclui a possibilidade de aplicação da lei às mulheres trans, reforçando a possibilidade de se continuar disputando pelo sentido de feminicídio associado ao gênero, de modo a relativizar ou anular aquilo que está escrito no texto legal:

> [...] isso não impede, né, assim. É claro que fica mais difícil, porque aí você tem que também trabalhar com a ideia de que sexo também é um conceito cultural, né... Então, mas não é impossível, né. É mais impossível, hoje em dia, pela conjuntura, cada vez mais de retrocesso e tal. (Jurista A, entrevista, 2017).

Quanto a isso, é importante ressaltar que o procedimento legislativo que criminaliza uma conduta constitui apenas uma etapa de formalização de um processo maior de atribuição de sentido que transforma um fato qualquer da vida em um crime, mas que não o resume nem o esgota. As disputas de sentido acerca de uma determinada categoria penal permanecem durante a atuação do sistema de justiça (a "aplicação" da lei) em cada caso concreto (MACHADO, Marta; MACHADO, Maíra, 2013). Cabe lembrar que, no caso da lei do feminicídio, alguns fatores podem servir de amparo legal para um entendimento, por parte dos juízes e tribunais, do crime de feminicídio associado à noção de gênero, como o fato de que uma das circunstâncias da qualificadora – a violência doméstica e familiar, inciso I – encontra-se conceituada expressamente na Lei Maria da Penha como uma violência de gênero, assim como a existência de jurisprudência que permite a aplicação da Lei Maria da Penha para vítimas transexuais.

3.1. Motivos para criminalizar o feminicídio e concepções sobre a lei penal

Por que criar uma lei penal que estabelece uma qualificadora para o crime de homicídio? Como se justifica a escolha dessa resposta ao problema do feminicídio? Percorremos o corpo empírico da pesquisa (as entrevistas e os documentos)

a fim de acessar os motivos dados para a seleção dessa resposta ao problema. Pudemos acessar tanto os motivos "oficiais", selecionados e publicizados na arena parlamentar como justificação para a apresentação do projeto de lei, quanto os motivos apresentados pelas interlocutoras, quando, no contexto das entrevistas, propomos a elas uma reflexão acerca das razões para a criação da lei. Compreendemos que esses argumentos nos comunicam determinadas expectativas relacionadas à aprovação da lei, sendo, assim, um material fértil para discutirmos concepções sobre a lei penal e a punição, em articulação com as discussões sobre a RPM.

Notamos que o motivo que aparece com maior ênfase no material empírico não está relacionado a um efeito prático mais imediato de resolução do problema pelo incremento da punição, mas sim à mensagem que a lei pode passar à sociedade: a criação da lei seria uma maneira de "dar visibilidade" ao feminicídio enquanto problema social.

> A importância de tipificar o feminicídio é *reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres*, *expondo a fratura da desigualdade de gênero* que persiste em nossa sociedade. (BRASIL, 2013a, grifos nossos).
>
> [...] o objetivo é esse: *é mostrar pra sociedade que isso é uma realidade*, o feminicídio. (Parlamentar E, entrevista, 2017, grifos nossos).
>
> *O mais importante da legislação é estar dizendo: olha o que ele fez. No momento que tem esse nome, não pode esconder*. (Pesquisadora B, entrevista, 2017, grifos nossos).
>
> Então a primeira questão é a necessidade de *reconhecimento da gravidade, do contingente*, do número de mulheres mortas a cada dia, a cada mês, a cada ano, no Brasil. (Parlamentar A, entrevista, 2017, grifos nossos).

Com a aprovação da lei, o Estado estaria reconhecendo pública e oficialmente que o feminicídio existe – isto é, que as mulheres estão sendo mortas por serem mulheres, por uma questão de gênero – e que esse é um problema grave. Pretende-se visibilizar as razões dos crimes e sua relação com as questões de gênero, assim como a gravidade, o alto índice de ocorrência desse tipo de violência. Aposta-se na nomeação da situação problema como feminicídio, como estratégia capaz de destacar esses aspectos: "no momento que tem esse nome, não pode esconder". A lei penal funcionaria, então, como uma espécie de atestado público da existência do feminicídio enquanto problema social. Já no trecho seguinte, justifica-se a criação da lei como uma forma do Estado afirmar a sua responsabilidade com o enfrentamento do problema do feminicídio.

> É importante que diga: *há feminicídio no Brasil*. Ele tem que ser reconhecido que há, *e reconhecida a condição de contestá-lo, de que o Estado tem responsabilidade*, com a sociedade civil, de *poder enfrentá-lo*. (Parlamentar B, entrevista, 2017, grifos nossos).

Isto é, além de reconhecer publicamente a existência do problema, a criação da lei penal seria uma forma do Estado afirmar, de certa maneira, a sua responsabilidade no seu enfrentamento, ao passar a mensagem de que "não vai admitir" que as mulheres continuem morrendo. Há, portanto, a expectativa de que, com essa lei, o Estado vá efetivamente se empenhar no combate ao feminicídio. Além disso, aposta-se na capacidade de lei promover o debate sobre o feminicídio na sociedade em geral, aumentando o interesse das pessoas e das instituições no tema:

> O primeiro papel, eu acho que a primeira coisa é gerar todo esse debate que a gente está fazendo. (Militante A, entrevista, 2017, grifos nossos).
>
> [...] então eu acho que tudo isso, e *esse interesse em escrever sobre, pesquisar sobre, as pessoas cobrando informação, cobrando dados, a academia cobrando isso, os movimentos cobrando isso*. Isso é uma coisa que é muito importante, né? Que é a visibilização mesmo. (Jurista B, entrevista, 2017, grifos nossos).

Se, por um lado, o fenômeno do assassinato de mulheres sempre existiu, por outro lado, há relativamente pouco tempo ele não aparecia representado, no debate público brasileiro, pela palavra feminicídio – com todas as possíveis implicações de sentidos daí decorrentes. Então, um dos motivos para criar a lei seria justamente projetar o termo feminicídio no debate público e, com isso, despertar o interesse das pessoas para que se informem, pesquisem e cobrem informações sobre o tema, podendo, assim, retirar o feminicídio de uma situação de invisibilidade e naturalização.

Nos discursos aqui reunidos, a lei penal é vista como uma espécie de meio de comunicação do Estado, pelo qual ele envia mensagens à sociedade, com "qualidade" de "discurso oficial", isto é, dotadas de credibilidade, legitimidade e capacidade de difusão. Não há, nesses argumentos, a ênfase no aspecto punitivo propriamente dito: não se fala sobre a repressão ao crime ou sobre a necessidade de incrementar a punição ou infligir um sofrimento ao autor do crime. Da leitura desses motivos, não se pode ainda inferir porque o direito penal foi escolhido como meio pelo qual essas mensagens são passadas.

Por outro lado, nos argumentos posteriormente citados, começa a aparecer uma expectativa relacionada a efeitos mais *instrumentais* da aprovação da lei. Aparece repetidas vezes no material empírico o argumento de que esta lei estaria

sendo criada para combater o problema da violência fatal contra as mulheres. Além do verbo combater, utiliza-se enfrentar, inibir e, até mesmo, erradicar:

> [...] o Senado Federal possa, enfim, dar essa *resposta concreta* no *combate à violência contra mulher*. (BRASIL, 2014d, fala da senadora Gleisi Hoffmann, grifos nossos).
>
> [...] impõe-se que a prática de crimes de homicídio contra as mulheres, pela simples razão de serem mulheres, seja *mais firmemente combatida*, por meio de sua tipificação penal específica. (BRASIL, 2016b, grifos nossos).
>
> Temos certeza de que, com a aprovação desse projeto, de um lado, *combateremos* e vamos *erradicar essa violência contra a mulher* [...]. (BRASIL, 2013d, fala de Flávio Crocce, grifos nossos).
>
> [...] tipificarem o crime de feminicídio como ferramenta indispensável de *enfrentamento a essa forma de violência extrema*. BRASIL, 2013a, grifos nossos).
>
> [...] a criação do feminicídio para que seja um instrumento que possa *inibir mais a violência contra a mulher*, cuja impunidade é muito presente. (Parlamentar C, entrevista, 2017, grifos nossos).

De modo geral, o que se comunica nesse conjunto de falas é a expectativa – seja mais modesta (combater, enfrentar) ou mais ambiciosa (inibir, erradicar) – de que essa alteração legislativa possa contribuir "concretamente" para que se resolva o problema da violência fatal contra as mulheres. A afirmação de que a lei do feminicídio combate o problema da violência fatal contra as mulheres parte, assim, da premissa implícita de que as leis penais são ferramentas efetivas de combate à violência. Sendo o feminicídio uma forma de violência, logo, deve-se enfrentar o problema do feminicídio criando uma lei penal. A premissa maior é algo que não precisa ser explicitado, explicado ou comprovado nos discursos, visto que figura como uma certeza amplamente aceita no pensamento ocidental, nos marcos da racionalidade penal moderna: a crença de que o problema da violência é resolvido com a criação de leis penais. Mas não se trata de qualquer lei penal: na grande maioria das vezes, reproduz-se uma estrutura altamente naturalizada, que acopla a descrição da conduta proibida [norma de comportamento] à pena mínima e máxima de prisão [norma de sanção]. Quando se repete, em forma de certeza, o motivo aparentemente óbvio de que a lei serve para combater a violência, dispensam-se maiores justificativas acerca da pertinência da resposta escolhida para enfrentar esse problema.

Em alguns trechos, o argumento do combate à violência aparece vinculado à ideia de *prevenção*:

> Crimes contra as mulheres deverão ser considerados crimes hediondos, com a pena aumentada, para que isso sirva como *punição*, *intimidação* e *prevenção*

> à violência contra as mulheres. (BRASIL, 2015, fala da deputada Moema Gramacho, grifos nossos).
>
> [...] *quando você pune um crime, automaticamente você tá gerando uma consciência coletiva de prevenção* para esse crime, a sociedade debate sobre ele, principalmente no feminicídio, de debater essas questões que são estruturantes da opressão de gênero na nossa sociedade, justamente pra *prevenir outros crimes*, né? Combater esse discurso da violência e do ódio contra a mulher. (Militante A, entrevista, 2017, grifos nossos).

No primeiro trecho, acentua-se o aumento do rigor punitivo – a qualificação como crime hediondo e o aumento da pena – como estratégia capaz de, além de punir os condenados em cada caso concreto, intimidar possíveis agressores e, assim, prevenir novos crimes. No segundo trecho, comunica-se a expectativa de que a punição para o crime de feminicídio funcione como um exemplo negativo para toda a sociedade, gerando uma consciência coletiva contrária à opressão de gênero, à violência e ao ódio contra a mulher que contribua para a prevenção, ao dissuadir outros indivíduos a praticarem crimes dessa natureza. Aqui, novamente, podemos identificar a ideia de que a punição (mais especificamente, a pena de prisão) é capaz de prevenir a prática de crimes.

Segundo Machado e Machado (2013), a noção de "prevenção" engloba várias finalidades atribuídas à lei penal e é utilizada por distintas teorias sobre a pena, como a dissuasão, a reabilitação e a denunciação. A teoria da dissuasão – ou teoria da "prevenção geral negativa" – afirma que a função da pena é dissuadir o condenado e outras pessoas a cometerem crimes no futuro (PIRES, 1998). Ela foi desenvolvida no século XVIII, por Cesare Beccaria e outros utilitaristas, como Jeremy Betham, que cumpriram um papel importante na crítica do direito do Antigo Regime e na fundação dos princípios jurídico-penais modernos. Para Beccaria, a eficácia da dissuasão depende da certeza da punição: a pena, para dissuadir, deve ser certa, pois qualquer forma de incerteza vai de encontro à dissuasão e compromete a proteção da sociedade. Os modos de resolução de conflitos que não respondem às exigências da dissuasão reafirmam a impunidade e são, por consequência, descreditados (GARCIA, 2010). O termo "prevenção" é utilizado também na teoria da denunciação, ou da "prevenção geral positiva", que atribui à pena um papel positivo de reforçar as normas, os princípios e os valores e bens jurídicos (MACHADO e MACHADO, 2013). Elena Larrauri (2005) fala no "mito da prevenção geral", alertando-nos sobre a falta de comprovação empírica da função preventiva da pena. Após fazer uma revisão da literatura sobre o tema, a autora afirma que nenhuma investigação criminológica de que tenha conhecimento conseguiu relacionar de maneira definitiva a diminuição dos índices de

delitos com a existência ou a severidade da pena correspondente, em detrimento de fatores sociais, culturais, econômicos ou de outra natureza.

Por outro lado, em alguns trechos do material empírico, observamos uma descrença na capacidade preventiva das leis penais. Uma das militantes entrevistadas afirmou ser "utópica" a expectativa de que a lei possa dissuadir os homens de praticarem feminicídios (Militante A, entrevista, 2017, grifos nossos). No parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, de autoria da senadora Ana Rita, há uma descrença declarada na ideia de prevenção:

> Importante salientar que a inclusão da qualificadora *não visa prevenir o cometimento* deste crime, pois *não é o direito penal instrumento adequado à prevenção de condutas delituosas*. O projeto pretende nominar circunstâncias características de um crime de gênero, que atinge as mulheres, e que se denomina de feminicídio. (BRASIL, 2013b, grifos nossos).

A ideia de prevenção aparece no material empírico, portanto, de duas maneiras contraditórias. De um lado, como motivo para a criação da lei; de outro, como efeito declaradamente rechaçado: no parecer da CCJ, o direito penal é descreditado como ferramenta capaz de prevenir crimes. Na visão da deputada, a mobilização dessa resposta ao problema estaria fundada, assim, apenas no objetivo de se nominar expressamente determinados assassinatos como feminicídio.

Outro motivo mobilizado para justificar a criação da lei é de que, com a especificação do sexo da vítima no tipo penal, assim como das razões que levariam ao cometimento do crime (as "razões de condição do sexo feminino"), haveria uma melhoria nas informações sobre o fenômeno, o que ajudaria nas investigações e na formulação de políticas públicas de prevenção. Há, nos dados empíricos, menção ao problema da falta de informações precisas acerca do fenômeno do feminicídio. O crime genérico de homicídio, ao não especificar o sexo da vítima e as razões do crime, não possibilitava que se tivesse um diagnóstico seguro acerca da dimensão do problema e das circunstâncias em que ocorrem os feminicídios no país. Argumenta-se então que, com a criação da lei, seria possível melhorar a qualidade das informações e, assim, as estratégias de investigação.

Encontramos também motivos relacionados a expectativas voltadas mais diretamente ao direito: espera-se que, com a lei do feminicídio, haja uma mudança na forma como o sistema jurídico observa e decide sobre o crime de feminicídio. Uma dessas expectativas refere-se à maneira como o feminicídio é abordado nas narrativas dos processos judiciais. Espera-se que haja um abandono, por parte dos atores jurídicos no processo penal, de teses jurídicas tidas como anacrônicas e inaceitáveis:

> A tipificação do feminicídio ainda visa impedir o surgimento de interpretações jurídicas anacrônicas e inaceitáveis, tais como as que reconhecem a violência contra a mulher como "crime passional". (BRASIL, 2014a).
>
> Olha, nós tínhamos um problema muito grande com o chamado *crime passional*, né? que, quando o companheiro, marido, amante, namorado matava a mulher, alegava a legítima defesa da honra, ou fez em nome do amor, e isso confundia muito, era muito difícil você depois qualificar esse crime. Eu acho que *o feminicídio vem para acabar com isso*, né. Ninguém mata em nome do amor, ninguém mata em nome da honra, quer dizer, tá se matando porque é mulher [...] (Parlamentar D, entrevista, 2017, grifos nossos).

Espera-se, assim, que, a partir da nova lei, os juízes, advogados e promotores se vejam compelidos a incorporarem os sentidos associados ao feminicídio nas peças judiciais, de modo que argumentos como "matou em nome do amor" ou "matou em nome da honra" sejam substituídos por "matou por ser mulher" e "matou por razões de gênero". Espera-se ainda que o crime seja situado em um contexto de violência de gênero e que o histórico de violências seja mencionado nas sentenças (feminicídio como violência sistêmica, não ocasional, resultado de um contínuo de violências) etc.

Há, ainda, em outros trechos, um sentido um pouco mais amplo acerca dessa "orientação ao direito", que está relacionado a uma mudança mais geral nas mentalidades dos atores jurídicos:

> É um instrumento [...] que pode, sobretudo, construir novos valores, desenvolver e consolidar o conceito de respeito nas relações entre os sexos, no poder judiciário, na defensoria pública, que atua, no ministério público, em várias outras práticas que envolvem o processo legal. (Parlamentar C, entrevista, 2017).

Dessa forma, além de mudanças no processo criminal propriamente dito, espera-se que a lei do feminicídio possa contribuir para uma mudança na mentalidade dos atores jurídicos, ao levá-los a debater sobre o feminismo, as questões de gênero etc., contribuindo assim para a construção de novos valores nesse campo de atuação. Nos discursos aqui reunidos, enfatiza-se muito mais a dimensão pedagógica da lei do que o aspecto punitivo.

Na justificação do projeto de lei, afirma-se que a lei do feminicídio:

> [...] protege, ainda, a dignidade da vítima, ao obstar de antemão as estratégias de se desqualificarem, midiaticamente, a condição de mulheres brutalmente assassinadas, atribuindo a elas a responsabilidade pelo crime de que foram vítimas. (BRASIL, 2013a).

Esse motivo para a criação da lei está voltado, portanto, para a mídia. Espera-se que os veículos midiáticos incorporem os sentidos de feminicídio nas suas comunicações, deixando de reproduzir enunciados que atribuam às mulheres a responsabilidade pelo crime de que foram vítimas. Esse potencial pedagógico da lei penal deve, portanto, atingir os profissionais do jornalismo, mudando a forma como eles interpretam e noticiam os casos de assassinatos de mulheres.

Pires (2004b) analisa como o "público" passa a ser integrado nas operações de reprodução do sistema penal, a partir dos anos 1960 e 1970. Essa participação se dá em diferentes esferas: na apresentação de demandas por alterações legislativas; nas sentenças judiciais em que os tribunais se referem ao clamor público, à opinião pública ou à midiatização de algum caso como critério pertinente para justificar alguma decisão; ou, ainda, quando se atribui ao sistema penal a função de "orientar o público" ou "guiar a opinião pública". No vocabulário de motivos para criar a lei do feminicídio, podemos observar essa integração do "público" em várias dimensões. A opinião pública não apenas estaria respaldando a demanda pela tipificação do feminicídio: espera-se que a lei sirva também para orientar o público no sentido de uma determinada interpretação ou abordagem para a situação-problema do feminicídio.

Há ainda um motivo para criar a lei que manifesta uma expectativa relacionada ao público de uma maneira mais geral, no sentido de produzir uma mudança cultural mais ampla, avançar na disputa de imaginários, criar um "contra imaginário", construir novos valores:

> Então, essa visibilidade, isso que é fundamental, a gente acredita que dessa forma a gente consegue construir, ir construindo uma sociedade que seja, uma *sociedade mais tolerante* não com a mulher, mas com as relações, com as relações. (Parlamentar E, entrevista, 2017).
>
> Eu acho que tem um lado muito potente que eu defendo muito que é essa questão do contra imaginário né. Que a gente é doutrinada e culturalmente educada para um imaginário feminicida, né? A partir do momento que a gente criminaliza o feminicídio, *a gente cria um contra imaginário*. Então pra mim, o mais importante talvez da lei vem um pouco disso... da gente criar uma perspectiva de combate ao feminicídio, né. [...] (Militante C, entrevista, 2017).

Esse motivo está relacionado à ideia da visibilidade, mas tem um sentido que a ultrapassa: além de atestar a existência do feminicídio e promover esse debate, espera-se que a lei exerça uma função educativa, seja em relação ao autor da violência e seus familiares, seja em relação à sociedade de um modo geral, ao difundir um "contra imaginário" que vá de encontro ao imaginário feminicida vigente. A partir dessa função pedagógica, espera-se que a lei promova uma efetiva

mudança cultural, pela afirmação de novos valores que contribuam para construir uma sociedade mais justa e tolerante, que respeite os direitos fundamentais, a vida em paz e a dignidade humana. Ao colocar ênfase na dimensão dos valores, esses argumentos adentram em um debate mais *moral* acerca da criação da lei. Aqui, como nos motivos anteriores – orientações ao direito e à mídia –, a lei penal é vista como uma ferramenta pedagógica.

Outro motivo dado para criar a lei é a proteção das vítimas dessa forma de violência:

> [...] *proteger as mulheres que são vítimas da violência de gênero* e punir seus agressores. (BRASIL, 2013c, fala da Senadora Ângela Portela, grifos nossos).
>
> Devemos, portanto, aprimorar a legislação penal e processual penal, a fim de *proteger as vítimas dessa modalidade covarde de violência*. (BRASIL, 2014b, grifos nossos).

Esses discursos, ao enunciarem o motivo da proteção às vítimas de maneira genérica e não aprofundada, não dizem muito sobre o significado dessa proteção. A proteção poderia ser pensada como uma intervenção mais concreta em situações específicas de violência, em que a retirada do agressor do convívio social, por meio da pena de prisão, poderia garantir a segurança da vítima. Mas não há elementos suficientes nesses fragmentos do corpo empírico para se deduzir esse sentido.

Pires (2004b) discute como a semântica dos direitos é mobilizada, a partir da racionalidade penal moderna, para justificar o incremento da punição. Demandas por punição são traduzidas como "direitos de proteção" de certos indivíduos contra a ação de outros: a proteção se transforma em um direito de ver alguém ser submetido a uma pena aflitiva:

> Ora, é a associação da pena com a proteção e os direitos que nos dá a impressão e a ilusão de que essas demandas são efetivamente legítimas demandas de proteção, e até de proteção de 'direitos humanos', relativas a bens jurídicos fundamentais. Pedir proteção converte-se então em algo semelhante a pedir mais pena aflitiva ou mais sofrimento, e responder afirmativamente a esses pedidos transforma-se em algo semelhante a dar uma proteção efetiva ou a reconhecer um direito a tal tipo de demanda. (PIRES, 2004b, p. 56).

As *vítimas* aparecem notadamente como destinatárias dessa proteção que se pretende promover. Andrea Reginato (2014) relata que, no Brasil, assim como ocorre em outros países, a figura simbólica da vítima é utilizada constantemente nos processos de reforma criminal para reafirmar a crença na punição e na retribuição, estratégia utilizada por muitos movimentos feministas. Segundo a

autora, o fato de o proponente de uma demanda ser (direta ou indiretamente) uma vítima dificulta o debate público e confere um tom de incontestabilidade às reformas pleiteadas. Sobre esse aspecto, é importante retomar a ressalva de Pires (2004b), de que as demandas de direitos penais movidas, frente ao sistema, pelas vítimas, são muito mais variadas e complexas do que a simples demanda por aumento do sofrimento ao condenado. As motivações das vítimas são uma coisa e a maneira como o sistema seleciona e processa as demandas é outra, afirma o autor. Os movimentos pelos direitos das vítimas podem requerer, por exemplo, o direito de relatar seus sofrimentos perante o tribunal, sem visar ao aspecto punitivo, apenas para comunicar ou denunciar, mas o sistema pode selecionar essa demanda e associá-la a um efeito sobre as penas. Isto é, as operações feitas "em nome das vítimas" nem sempre refletem os reais interesses das vítimas. Elas podem, inclusive, ser feitas *apesar* das vítimas (PIRES, 2004b).

O "combate à impunidade" aparece como um dos motivos para a criação da lei do feminicídio:

> [...] *combater a impunidade*, evitando que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis, como o de terem cometido "crime passional". (BRASIL, 2013a, grifos nossos).
>
> 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*. (BRASIL, 2013d, fala de Flávio Crocce, grifos nossos).
>
> [...] *combater a impunidade penal nesses casos*, promover os direitos das mulheres e estimular a adoção de políticas de prevenção à violência baseada no gênero. (BRASIL, 2015, grifos nossos).
>
> Envia, outrossim, mensagem positiva à sociedade de que o direito à vida é universal e *de que não haverá impunidade*. (BRASIL, 2013a, grifos nossos).

Nesses trechos, a impunidade é algo que se anuncia, mas que não se explica. O que exatamente se pode entender por impunidade e como a criação da lei pode enfrentar esse problema? No primeiro trecho anteriormente citado, por exemplo, a impunidade aparece como uma espécie de benefício de que gozariam os autores do crime de feminicídio, pela utilização, por atores judiciais, de teses jurídicas que anulam ou mitigam a sua culpa. A impunidade se daria, assim, na esfera do processo criminal, quando os autores da violência não são condenados, ou quando condenados com penas consideradas não severas o suficiente. Por outro lado, no último trecho, a luta contra a impunidade parece significar algo maior, que busca o cumprimento das responsabilidades dos poderes executivo, legislativo e judiciário na garantia de que as mulheres vivam sem violência e acessem a justiça. Nesse sentido, a impunidade seria um problema que extrapola o

âmbito do judiciário. Nos demais fragmentos, contudo, a impunidade aparece como uma categoria justificadora, porém sem qualquer substantivação. É utilizada como se seu significado fosse evidente, dispensando maiores explicações.

O uso do argumento do combate à impunidade não é uma singularidade da lei do feminicídio. Álvaro Pires e Maíra Machado (2010), analisando as justificativas de projetos de leis penais que tramitaram na Câmara de Deputados brasileira entre 1988 e 2006, observaram o emprego recorrente do termo impunidade, de forma a expressar a frustração de alguma expectativa, uma "ausência", algo que deveria ter acontecido e não aconteceu. Esse "algo" nem sempre é a prisão: em alguns casos, o termo busca expressar a ausência de um reconhecimento por parte do Estado e da sociedade em geral quanto à gravidade do problema social e de que algo precisa ser feito; ou, ainda, é empregado para descrever uma "sensação" que respalda a ação do agressor. Machado e Machado (2013) afirmam que a força que o discurso da impunidade tem na esfera pública dificulta o avanço do debate acerca das múltiplas possibilidades de responder à violência, pois, embora o termo possa se referir a uma série de "ausências" distintas, seu emprego desagua sempre em uma única demanda: a de mais prisão.

> O uso do termo "impunidade", nessa linha, é perigoso, porque nos leva a dois tipos de redução: fecha a atuação do sistema de justiça na responsabilização individual com atribuição de pena e faz coincidir a ideia de pena com privação de liberdade por longos períodos. Esses diagnósticos partem de uma percepção de que algo está faltando para que possamos melhor lidar com um determinado problema social. E esse algo é sempre a prisão. Ainda que muitas vezes se esteja diante de problemas sérios na atuação do sistema de justiça, o discurso da impunidade nunca coloca em causa a resposta prisional e fecha o espaço para pensarmos sobre a melhor forma de resolver o problema. (MACHADO e MACHADO, 2013, p. 344-345).

Os motivos mobilizados nos discursos para justificar a criação da lei expressam expectativas de que certos efeitos sejam produzidos com a vigência da nova lei. Essas expectativas podem nos comunicar determinadas concepções acerca do papel da lei penal. Quando se justifica a criação da lei a partir da ideia de visibilidade ao problema, está se apostando na lei penal como um meio de comunicação pelo qual o Estado envia mensagens à sociedade: de que o problema do feminicídio existe e de que há um compromisso oficial do Estado brasileiro com o seu enfrentamento, cumprindo, assim, o papel de difundir esse debate por toda a sociedade. A lei penal também é vista como uma ferramenta de combate à violência. Aposta-se, então, na sua capacidade de produzir efeitos mais concretos e imediatos para reduzir o índice de feminicídios no país, ao, supostamente,

dissuadir essa prática pelo incremento da punição, bem como ao promover melhorias nas informações sobre o problema e nas estratégias de investigação. Em outros discursos, enfatiza-se o potencial pedagógico da lei penal: ao nominar determinados assassinatos de mulheres como feminicídios, com todos os sentidos aí decorrentes, a lei serviria para *educar* a sociedade em diferentes níveis – o direito e seus operadores, a mídia, a população em geral –, promovendo mudanças na forma como se observa o problema e contribuindo, assim, para que se cultivem novos valores sociais.

3.2. Dilemas do acionamento da resposta punitiva

O vocabulário de motivos (Charles Wright Mills, 2016) extraído do material empírico nos permite ver em que termos se justificam a criação da lei do feminicídio, seja nos documentos oficiais, seja nos discursos de atores sociais envolvidos no processo. Os motivos encontrados, contudo, justificam de maneira explícita a inserção da categoria feminicídio no Código Penal e não a necessidade de se modificar a pena prevista para esse crime. À exceção do argumento de que o aumento da pena pode servir para prevenir novos crimes, os motivos mobilizados não apontam para o incremento da punição em relação ao homicídio comum como resposta ao problema do feminicídio.

De uma primeira leitura dos documentos legislativos, poderíamos supor que o aumento do rigor punitivo para o crime de feminicídio – com o aumento da pena, a inclusão no rol de crimes hediondos e a inclusão das causas de aumento de pena – foi um consenso no processo de elaboração da lei. Isso porque, enquanto a caracterização do tipo penal e a definição das suas circunstâncias [normas de comportamento] foram objeto de discussões e emendas, não há registro de debates parlamentares ou propostas de modificação acerca da pena propriamente dita [norma de sanção], exceto a inclusão das causas de aumento. No projeto de lei inicial, e em todas as emendas apresentadas, o enquadramento do feminicídio como qualificadora para o crime de homicídio e a previsão da pena de reclusão (de 12 a 30 anos) permanece inalterado. Contudo, durante as entrevistas, foram aparecendo colocações que apontavam para a existência de conflitos e dilemas silenciados sobre essa questão, que foi se mostrando mais complexa do que a leitura dos documentos poderia sugerir.

Algumas entrevistadas manifestaram uma preocupação com a "tendência à elevação de penas" (Parlamentar C), um "movimento de cunho estritamente penalista" (Parlamentar A) no cenário parlamentar brasileiro, em que se toma como solução para todo problema social a criação de novos crimes e o aumento das penas:

> Eu diria que, quando o feminicídio foi votado, havia na Câmara um momento de muita obsessão em torno de que a gente vai resolver o problema da criminalidade aumentando as penas. [...] É marcadamente um processo em que "vamos aumentar a pena que a gente resolve o problema dos crimes", "acabam-se os crimes com o aumento das penas". (Parlamentar C, entrevista, 2017).

Para a pesquisadora "A", essa tendência à elevação das penas teria, de certa forma, encaminhado a demanda pela criação da lei do feminicídio rumo a um caminho de reforço da resposta punitiva, afastando-a do objetivo central que era dar visibilidade ao problema:

> É... uma coisa que eu lembro que se falou um dia que me causou bastante surpresa nessas reuniões da comissão com a consultoria legislativa, que eles estavam focando muito na questão do aumento da pena, né? Como você poderia impactar no aumento da pena, e começou a se perder toda a questão do que se queria visibilizar, que era uma discussão de ter ou não ter a expressão violência baseada no gênero. E aí eles começaram a focar no aumento da pena, e chegou um momento ali que não se chegava num acordo para onde ia aquilo ali, eu falei 'mas, o que que a gente quer afinal com isso aqui? *A gente quer aumentar a pena ou a gente quer visibilizar a violência?* [...]E aí um dos consultores falou, '*mas se não tiver em consideração o aumento da pena, não faz sentido para o debate legislativo a gente estar fazendo essa mudança aqui pensando um tipo penal, não faz sentido você querer dar visibilidade através de uma lei, então a gente tem que pensar na pena*'. (Pesquisadora A, entrevista, 2017, grifos nossos).

De acordo com o relato da pesquisadora, vigora uma mentalidade no parlamento brasileiro em que qualquer iniciativa de modificação na legislação penal só "faz sentido para o debate legislativo" se envolver o aumento de penas. Quando o consultor técnico parlamentar afirma que é preciso "pensar na pena", pois "não faz sentido" querer dar visibilidade ao problema apenas com a inserção do feminicídio no Código Penal, podemos observar uma determinada teoria sobre a pena – a *teoria da denunciação* – funcionando como "teoria prática" (GARCIA, 2010), isto é, orientando a operação política de tomada de decisão. Para a teoria da denunciação, o objetivo da pena é denunciar publicamente o comportamento criminalizado. Essa teoria aposta na pena aflitiva, que se considera necessária para poder exprimir energicamente a desaprovação e a indignação frente à conduta criminalizada, a reprovação do crime. A severidade da pena é vista como determinante para comunicar o nível de reprovação da "opinião pública" em relação a esse tipo de crime (GARCIA, 2010). A partir dessa lógica, o aumento da pena para o crime de feminicídio é tido como necessário para que a lei cumpra o papel de exprimir publicamente a desaprovação desse tipo de violência.

Na linguagem proposta por Pires, Cellard e Pelletier (2001), poderíamos dizer que o sistema político recepciona uma série de expectativas normativas de natureza diversas e as traduz e processa necessariamente como demandas por maior punição. Assim, a demanda pela visibilidade do feminicídio é traduzida como uma demanda pelo incremento da punição. Vimos, no capítulo teórico, que a racionalidade penal moderna influencia o processo político de criação de leis em diferentes níveis. Como um "braço pedagógico invisível", age sobre os atores que mobilizam demandas de criminalização, de modo que os argumentos por eles utilizados, considerados estratégicos para valorizar suas demandas, atualizam as "promessas" do sistema de pensamento, como a de que a pena vai dissuadir o crime e reduzir os níveis de violência. Exerce também uma "pressão cognitiva" sobre os operadores jurídicos e outros atores técnicos envolvidos no processo legislativo, para que se adaptem a essa forma institucionalizada de pensar e agir, instalando uma tensão entre o que esses indivíduos acreditam ser apropriado e o que o sistema de pensamento impõe como solução (PIRES, CELLARD e PELLETIER, 2001).

Nos marcos desse sistema de pensamento, a pena de prisão é vista como uma resposta evidente para toda sorte de problemas sociais, dando uma "ilusão de simplicidade quanto ao trabalho do legislador" (PIRES, 2004b, p. 42). Isso promove o que Machado e Machado (2013, p. 342) chamaram da "retumbante monotonia na definição das sanções pelo legislador":

> A retumbante monotonia na definição das sanções pelo legislador soa certamente estranha para qualquer formulador de políticas públicas: não importa qual o problema que se tenha diante dos olhos – o corte não autorizado de uma árvore, a sonegação de impostos, um xingamento racista ou um homicídio cometido com requintes de crueldade –, a resposta estatal definida no tipo penal será sempre a mesma: prisão. Varia apenas a quantidade de tempo mínimo e máximo que se entende necessária para "prevenir" a repetição dessas condutas indesejadas. [...] Em um cenário como esse, não surpreende que os debates públicos sobre todo tipo de problema social acabem sempre em propostas de criação de um crime ao qual, invariavelmente, está acoplada a pena mínima e máxima de prisão. (MACHADO e MACHADO, 2013, p. 342)

Foi, portanto, nesse cenário, que se deu a inserção das causas de aumento de pena para o crime de feminicídio, pela emenda substitutiva proposta pela senadora Vanessa Grazziotin (PCdoB-AM). Os objetivos das causas de aumento seriam, para a senadora, proteger a vítima que se encontra em situação de vulnerabilidade e preservar a integridade psicológica da família da vítima, sobretudo das

crianças, que sofreriam danos psicológicos irreparáveis nesses casos (BRASIL, 2014c). Aqui, novamente, é possível observar como a retórica dos direitos de proteção é utilizada para dar legitimidade ao aumento do rigor punitivo. Não se explica, contudo, como é possível que a aplicação de mais pena aflitiva ao autor da violência possa reverter, de alguma forma, os danos psicológicos sofridos pelos familiares da vítima. É curioso também que se fale em preservar a integridade psicológica sem fazer referência a nenhuma resposta de cunho terapêutico ou assistencial. A resposta que se dá ao problema do dano psicológico é apenas mais prisão.

Questionada sobre os motivos para se inserir esses dispositivos e os critérios de escolha das circunstâncias, a pesquisadora "A" relata que essa não foi uma questão profundamente debatida:

> Então essa inclusão desses agravantes, ela *ocorreu por uma decisão de técnica legislativa*, né? *Tem que ter e tem que ter alguns agravantes e são esses daqui*. [...] *Mas não foram, de fato... questões que foram profundamente discutidas, sabe*? (Pesquisadora A, entrevista, 2017, grifos nossos).

No mesmo sentido, a entrevistada a seguir afirma:

> [...] O *debate em torno do aumento de pena obedecia mais à lógica dessa tendência da sociedade de resolver o crime com o aumento de pena do que uma diferença mais clara em torno das circunstâncias*. (Parlamentar C, entrevista, 2017, grifos nossos).

Nesse contexto político em que toda reivindicação em matéria criminal se traduz em aumento de pena, a demanda pela visibilidade do feminicídio foi facilmente processada como uma demanda pelo incremento do rigor punitivo, e a inserção de algumas causas de aumento era o próximo passo desse percurso previsível que o projeto de lei percorreu no sistema político, não demandando, portanto, maiores discussões sobre essa escolha. A lógica de que "tem que ter algum agravante", comentada pela pesquisadora "A", pode ser observada no discurso da parlamentar "D": "É que essas situações já são agravantes para outros crimes também, então, *para que o feminicídio não ficasse sem esses agravantes*, é que se optou também por colocar. (Parlamentar D, entrevista, 2017, grifos nossos)".

Podemos observar nessa operação de inclusão das causas de aumento de pena o funcionamento de uma lógica típica da RPM, em que o valor dos bens jurídicos é representado sob a forma de "tarifas de sofrimento" (PIRES, 2004b, p. 59). Isso promove, segundo Pires, uma desorientação dos movimentos sociais em matéria penal, que passam a proferir um novo ditado cartesiano aos tribunais: "diga-me

qual pena aflitiva você aplica e eu saberei quanto valho". Na medida em que se aumenta o valor de um bem jurídico (no caso do feminicídio, o bem jurídico é a vida, que teria um valor ainda maior quando a vítima for uma mulher grávida, por exemplo), exige-se uma "correção inflacionária" da tarifa, devendo-se aumentar a pena para refletir esse novo valor.

Questionada sobre como se deu a escolha pela inserção do feminicídio como qualificadora do homicídio e não como um tipo penal autônomo, a pesquisadora "A" afirmou que essa decisão foi feita muito mais pelos consultores legislativos do que pelo grupo mais amplo envolvido na criação da lei, a partir de critérios de caráter "técnico" e de oportunidade política:

> Foi uma discussão bem dentro do legislativo, *de técnica*... o que se discutia na época era que era mais fácil aprovar uma qualificadora do homicídio do que tentar fazer uma lei, um tipo autônomo, – [...]. Mas a discussão do que eu me lembro dentro do legislativo, e que a gente acompanhou um pouco pelo escritório, era muito mais essa discussão do momento político ali que a gente estava vivendo, o que que seria mais fácil passar, o que seria mais simples se passar numa discussão interna ali do projeto de lei, e a opção era, foi a explicação que a gente recebeu, que seria mais simples simplificar o texto da lei, pra ficar com aquelas duas circunstâncias que a gente tem hoje, e trabalhar como qualificando homicídio. Esse seria o caminho mais curto pra se ter a aprovação da lei, e como se queria aprovar logo a lei, então esse caminho foi aceito [...]. (Pesquisadora A, entrevista, 2017).

Aqui, assim como na questão das causas de aumento de pena, o debate foi reduzido a uma questão de ordem técnica. O "carimbo" da técnica parece funcionar então como recurso para dispensar discussões mais aprofundadas sobre algumas decisões importantes. O "caminho mais curto", nesse cenário político, tinha como ponto de partida a premissa amplamente aceita de que o problema da violência se resolve com o incremento da punição. Parece não ter havido, assim, na dinâmica de elaboração da lei, tempo e oportunidade política para se fazer um debate mais qualificado acerca da escolha das respostas para o problema do feminicídio. Isto é, o parlamento não discutiu se o incremento do rigor punitivo seria de fato a melhor maneira para lidar com esse problema, ou ainda, quais os possíveis impactos sociais dessa escolha:

> *[...] ninguém questionou isso [o problema do recrudescimento penal], e nem eu mesma questionei isso, porque havia tanta necessidade de... era tão simbólico a gente aprovar a lei do feminicídio, você faria esse recorte de gênero, da violência de gênero, que não dava para você introduzir essa discussão*. Veja, você tinha feito todo um trabalho de convencimento de que você tinha que considerar que

> havia, que há o feminicídio, porque eles negavam a existência do feminicídio. [...] *Não dava pra fazer as duas discussões ao mesmo tempo*. [...] Então como é que você faria toda essa construção, do feminicídio, do recrudescimento penal, e você entraria numa discussão de que não precisamos tanto de recrudescimento penal, porque aí perde o caráter pedagógico, e você entraria numa discussão que *seria uma discussão a ser aproveitada pelos fundamentalistas para não aprovar nenhuma lei contra o feminicídio*. São os limites da atuação parlamentar, que são muitos. (Parlamentar B, entrevista, 2017, grifos nossos).

Nesse contexto político de resistência às questões de gênero e de tendência à elevação de penas, o encaminhamento da demanda pela visibilidade do feminicídio é visto como incompatível com o levantamento de um debate que colocasse em cheque a resposta punitiva: "não dava para fazer as duas discussões ao mesmo tempo". Na visão da deputada, todo o trabalho de convencimento e de negociação política com os diferentes grupos no Congresso sobre a necessidade de inserir o feminicídio no Código Penal poderia ser perdido se o caráter punitivo da lei fosse questionado. O debate crítico sobre a resposta punitiva poderia ser "aproveitado pelos fundamentalistas", de modo a colapsar todo o esforço empreendido para que a lei fosse aprovada. Por essa perspectiva, o aumento do rigor punitivo para o crime de feminicídio não é visto como um objetivo da criação da lei, mas como um "custo" necessário, dado o contexto político – o preço que se pagou –, para que se alcançasse o objetivo final, que era a inserção do feminicídio no Código Penal, com a suposta visibilidade e os efeitos pedagógicos que isso ensejaria. Dentro dos "limites da atuação parlamentar", assumiu-se o custo – o "recrudescimento penal" –, na expectativa de lograr os demais objetivos.

A leitura das narrativas das entrevistadas nos revela que, longe de ser um consenso imune de questionamentos, o incremento do rigor punitivo para o crime de feminicídio é observado de maneira crítica pelas feministas envolvidas na elaboração da lei. Vejamos algumas ilustrações disto:

> É, eu me posiciono entre os que consideram que o combate às tendências criminosas numa sociedade não se faz com a mera punição. Até mesmo porque a punição, hoje, no Brasil, ela é marcadamente autoritária, elitista, racista, machista, como a gente vem colocando... mas, nas circunstâncias em que se encontravam, encontrar o equilíbrio, que seria 'olha, não vamos cuidar da pena, vamos cuidar da tipificação', foi algo que, que... era parte daquele momento. (Parlamentar C, entrevista, 2017).
>
> [...] assim se constitui a lei do feminicídio, que ela reafirma um processo que nós temos que combater, que é o recrudescimento penal. Então, assim, ainda que ela seja pedagógica, e tenha uma pedagogia na lei do feminicídio, ainda que ela signifique uma vontade da sociedade de que o feminicídio é um

> agravamento, que os crimes de ódio, eles são agravados, mas ela alimenta o recrudescimento penal, e ela alimenta o discurso da bancada do fundamentalismo punitivo, daqueles que acham que os problemas do Brasil se resolvem com balas e com cárcere. [...] A gente acaba, em grande medida, alimentando o recrudescimento penal para poder fazer frente ao fundamentalismo que nos anule enquanto pessoas. (Parlamentar B, entrevista, 2017).
>
> A gente tem muitas pautas que são abolicionistas, né. [...] E eu vejo nisso talvez sim uma contradição, talvez sim uma limitação, mas, por outro lado também é o que temos pra hoje, né, é o que a gente tem pra hoje. (Militante C, entrevista, 2017).
>
> Mas eu sou pela redução ao máximo, da redução do sistema penal. Mas eu fico também trabalhando nesse ponto, assim, eu acho que também dizer, 'ah, não é sistema penal, não é nada', aí as coisas vão acontecendo... e aí a violência continua sendo praticada pelo sistema penal. Então eu quero fazer coisas que reduzam, reduzam as margens de reprodução, da discriminação e tudo[...] (Jurista A, entrevista, 2017).

Discursos de origem parlamentar, da militância e do direito se encontram e culminam em uma mesma e delicada posição: a de uma contradição assumida. De um lado, reconhecem os problemas do acionamento da resposta punitiva: a punição não é eficaz para combater a violência, o sistema punitivo é autoritário, violento, seletivo e essa resposta fortalece um discurso fundamentalista que o feminismo deve combater (já que, inclusive, levanta pautas "abolicionistas", como a questão do aborto, por exemplo). Por outro lado, diante da necessidade de tomar uma atitude que se acredite que possa, de alguma forma, modificar a realidade de violência vivenciada pelas mulheres, assumem certa conformidade com a resposta punitiva, já que essa desponta como a única ou a mais fácil estratégia disponível no contexto atual: "era parte daquele momento", "é o que temos para hoje". Como diz a parlamentar "B", trata-se da contradição de alimentar o fundamentalismo punitivo para fazer frente ao fundamentalismo feminicida. No sopesar entre duas bandeiras legítimas – o combate ao recrudescimento penal e o combate à violência contra as mulheres –, o que acaba falando mais alto é a necessidade de dar alguma resposta ao problema da violência (ainda que, paradoxalmente, se tenha consciência das limitações da resposta mobilizada no real enfrentamento ao problema). Essa contradição se agudiza quando olhada a partir da ótica dos direitos humanos:

> Aí, nós que somos defensores de direitos humanos, vivemos uma contradição. Porque nós não acreditamos que apenas pela via da pena mais alta possamos diminuir a violência, e o nosso objetivo é diminuir a violência, dar fim a ela,

> salvar vidas. Mas, por outro lado, *nós não temos e não podemos concordar com a impunidade diante destes crimes*. Então, nós, que não somos em geral favoráveis ao agravamento de penas por considerarmos que isso não enfrenta verdadeiramente a violência, nos colocamos em uma condição também de defender em vários casos o aumento de pena, como no caso do feminicídio [...]. Então, isso acontece com os próprios defensores de direitos humanos porque há também... primeiro porque há uma violência real a ser enfrentada. Contra as mulheres, contra as crianças, contra gays e lésbicas, enfim, determinados segmentos que não estão resguardados devidamente pela legislação, do nosso ponto de vista. Ou tem a legislação descumprida. Mas, por outro lado, isso também acontece porque a sociedade aceita o aumento de pena. Ela comemora o aumento de pena. E não fiscaliza a efetividade da pena. (Parlamentar A, entrevista, 2017, grifos nossos).

É como se, diante de uma "violência real a ser enfrentada", que atinge determinados segmentos desprotegidos pela legislação, cujos agressores, em tese, permanecem impunes, se fechasse os olhos deliberadamente para algumas verdades constatadas, como a de que o aumento da pena e o enquadramento como crime hediondo não servem para diminuir a violência contra as mulheres e geram ainda mais violência. O grande respaldo social da resposta punitiva figura como mais um fator que favorece a reprodução dessa lógica.

Garcia (2014) chamou esse fenômeno de "direitos humanos partidários", isto é, direitos que defendem uns (as vítimas) contra outros (os 'agressores'). Nesse mesmo sentido, Flauzina (2016) demonstra a preocupação com a existência de um feminismo *seletivo*: aliado dos direitos humanos e contrário ao encarceramento em massa e seus efeitos perversos, exceto quando se trata de homens que agridem e matam mulheres. Quanto a esses efeitos perversos, a autora destaca um problema muitas vezes invisibilizado na literatura criminológica, que é a função feminina, sobretudo das mulheres negras, no encarceramento masculino. "É no lombo das pretas" (FLAUZINA, 2016, p. 99) que se leva adiante o encarceramento em massa: o apoio familiar necessário aos presos para dar conta de suas demandas é de responsabilidade, sobretudo, das mulheres, que passam a ser provedoras tanto da família quanto dos apenados, lógica esta que já se naturalizou e é base do funcionamento do cárcere no Brasil. Isto é, o aumento do rigor punitivo implica em sofrimento adicional não apenas aos homens autores de violência, mas também às mulheres da sua convivência que têm de arcar com os custos do encarceramento.

Contudo, Ana Flauzina assume que, para quem está "nas trincheiras" da luta contra as opressões, é inevitável que as contradições existam, pois:

> [...] para os que contam com corpos empilhados pelos becos, os campos de batalha não são regidos pela coerência aritmética, mas pelas armas à disposição, por recuos diante de negociações vis, pelos dilemas que as trincheiras revelam (FLAUZINA, 2016, p. 95).

E, no arsenal disponível para essa batalha, afirma, o Direito Penal aparece como a arma mais contundente disponível no mercado. A autora apresenta uma reflexão interessante sobre o lugar dessas contradições:

> Sabemos que a intervenção penal não é a metodologia desejada, apesar de ser, quase sempre, a alternativa ao alcance das mãos. Por isso, a meu ver, o melhor é assumir a contradição com altivez e cautela quando o sistema de justiça criminal é acionado pelas nossas demandas. Pedimos investigação, pedimos censura, pedimos responsabilização. Mas não alimentamos a cultura punitiva de peito aberto, por sabermos ser esse dispositivo um dos grandes responsáveis pela própria reprodução de nossas tragédias mais tangíveis. (ibidem, p. 102).

O fato de as entrevistadas reconhecerem, em seus discursos, as contradições do acionamento da resposta punitiva, possibilita-nos questionar a maneira como alguns setores da criminologia interpretam a demanda pela criação da lei do feminicídio, como um "lamentável exemplo da cega adesão de movimentos feministas ao sistema penal", "exemplo de seu paradoxal entusiasmo pela punição" (KARAM, 2015). Os achados dessa pesquisa empírica nos sugerem que a adesão ao sistema penal pelas feministas, no caso da lei do feminicídio, não foi marcada por um entusiasmo cego, uma total insensibilidade frente às críticas ao punitivismo, mas, antes, pelo reconhecimento – ao menos por algumas envolvidas – das contradições e dos dilemas que envolvem a escolha da resposta punitiva. A forma como essas críticas são construídas, além de fazer parecer que as feministas são ignorantes quanto aos problemas do sistema penal, pode dar a falsa ideia de que o impulso pela adesão às respostas punitivas parte, especificamente dos movimentos feministas, ocultando a existência de outras forças que atuam influenciando e formatando essas demandas.

O referencial da teoria da racionalidade penal moderna, por sua vez, nos permite compreender essa "adesão ao sistema penal" de forma situada, nos marcos de um sistema de pensamento amplamente estabilizado e institucionalizado no mundo ocidental. Segundo Pires (2004b), os fundamentos da racionalidade penal moderna são de tal maneira naturalizados que *colonizam* nossas maneiras de ver as coisas, de modo que se torna muito difícil conseguir pensar as leis penais e as penas a partir de outra ótica. A RPM constitui, assim, um *obstáculo epistemológico* à inovação em matéria penal, isto é, à criação de novas maneiras de pensar e agir sobre o crime e a pena. Isso pôde ser observado empiricamente quando a

jurista "A" expressa o pensamento de que "se não é sistema penal, não é nada". É como se, quando se tenta abrir mão da resposta punitiva, restasse um grande vazio, pois não haveria disponíveis outros referenciais cognitivos para se pensar de modo diferente o enfrentamento à violência.

4. Considerações finais

A metáfora da "garrafa para moscas", que Pires (1998) toma emprestado de Watzlawick, é interessante para pensar o fenômeno do encurralamento cognitivo das ideias sobre a pena. Trata-se de uma garrafa com uma abertura larga que vai se afunilando na medida em que se adentra no recipiente. Quando as moscas entram nessa garrafa, a única forma de sair é retomar o estreito canal pelo qual elas entraram. Porém, visto do interior, o caminho de saída parece mais estreito e perigoso do que o espaço pelo qual elas estão aprisionadas. Assim, as moscas buscam a saída na outra extremidade, o fundo tampado da garrafa, um espaço aparentemente mais aberto e seguro, porém acabam por morrer lá dentro. Para se libertarem de uma situação em que elas mesmas se colocaram, as moscas deveriam se aventurar no caminho inverso, embora esse parecesse menos apropriado e mais perigoso. O sistema de pensamento em matéria penal construído progressivamente no mundo ocidental teria tomado a forma de uma garrafa para moscas:

> Permanecemos presos a uma maneira de pensar as penas da mesma maneira que as moscas acreditam estar presas no interior da garrafa, apesar de ela permanecer aberta. E temos medo de sair, assim como as moscas, porque para fazê-lo, seria preciso retomar o mesmo caminho que percorremos para entrar, ou seja, abandonar algumas estruturas cognitivas, tais como as teorias da pena, que nos parecem 'evidentes' ou 'naturais', durante os últimos dois séculos. E, assim, com medo, voltamos rapidamente para o fundo da garrafa e recomeçamos a imaginar soluções que reforçam as mesmas teorias e os mesmos conhecimentos. (POSSAS, 2016, p. 111).

Por fim, é importante lembrar que a RPM se sedimenta *antes* ou *independentemente* de visões de mundo, constituindo um sistema de pensamento "pré-político" ou "transpolítico". Dessa forma, setores que se autodefinem como de esquerda, críticos ou progressistas, quando o tema é política criminal, veem-se com frequência reproduzindo ideias típicas da racionalidade penal dominante (PIRES, 2004b). As feministas, assim como muitos outros grupos progressistas, acabam caindo na "armadilha cognitiva" (PIRES, 2004b, p. 46) da racionalidade penal moderna, ao demandar penas aflitivas mais severas para a categoria de crimes que as afeta. Essa constatação, é importante ressaltar, não deve ser lida como

uma lógica fatalista que decrete a todo e qualquer movimento social a sina de reproduzir eternamente os postulados da RPM. As alternativas inovadoras podem e devem surgir para mudar esse panorama: lembremos que a garrafa para moscas não está fechada! Contextualizar as demandas feministas no seio de um sistema de pensamento (sobre as penas) mais amplo nos parece um caminho mais coerente, inclusive para se fazer a crítica.

5. Referências

ALMEIDA, Suely S. de. *Femicídio:* algemas (in)visíveis do público-privado. Rio de Janeiro: Revinter, 1998.

ALVAREZ, Sonia E. Para além da sociedade civil: reflexões sobre o campo feminista. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 43, p. 13-56, jan.-jun. 2014. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332014000200013&script=sci_abstr act&tlng=pt]. Acesso em: 20.08.2016.

BELLOQUE, Juliana Garcia. Feminicídio: o equívoco do pretenso Direito Penal emancipador. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 23, n. 270, maio 2015.

BRASIL, Congresso Nacional. *Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito* criada "com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência". Brasília: Senado Federal, junho de 2013. (2013a). Disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/getpdf.asp?t=130748&tp=1]. Acesso em: 15.07.2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Permanente Mista de Combate à Violência Contra a Mulher. *Requerimento 24 de 2016*. Brasília, DF: 2016b. (Requerente: Deputada Soraya Santos). Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858860]. Acesso em: 16.01.2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*, ano LXX, n. 029, quarta-feira, 04 de março de 2015.Brasília, DF (2015). Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858860]. Acesso em: 16.01.2017.

BRASIL. Secretaria Especial de Política para as Mulheres. *Diretrizes Nacionais Feminicídio – Investigar, Processar e Julgar*. Brasília, DF: SPM/ONU-Mulheres, 2016a. Disponível em: [www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio.pdf]. Acesso em: 16.01.2017.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. *Parecer*. Brasília, DF: Senado, 2013b. (Relatora: Senadora Ana Rita). Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858860]. Acesso em: 16.01.2017.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. *Parecer*. Brasília, DF: Senado, 2014a. (Relatora: Senadora Gleisi Hoffmann). Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858860]. Acesso em: 16.01.2017.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. *Emenda Substitutiva*. Brasília, DF: Senado, 2014b. (Senador Aloysio Nunes Ferreira). Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858860]. Acesso em: 16.01.2017.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. *Notas taquigráficas 19/11/2013 68ª Reunião extraordinária da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania*. Brasília, DF: 2013d. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858860]. Acesso em: 16.01.2017.

BRASIL. Senado Federal. *Diário do Senado Federal*, ano LXIX, n. 207, quinta-feira, 18 de dezembro de 2014. Brasília, DF (2014d). Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858860]. Acesso em: 16.01.2016.

BRASIL. Senado Federal. *Diário do Senado Federal*, ano LXVIII, n. 135, sexta-feira, 30 de agosto de 2013. Brasília, DF (2013c). Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858860]. Acesso em: 16.01.2017.

BRASIL. Senado Federal. *Emenda 2 Plen*. Brasília, DF: Senado, 2014c. (Senadora Vanessa Grazziotin). Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858860]. Acesso em: 16.01.2017.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a Criminologia feminista e a Criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAMPOS, Carmen H. de. Feminicídio no Brasil: uma análise crítico-feminista. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 103-115, jan.-jun. 2015. Disponível em: [http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/20275]. Acesso em: 10.12.2015.

CASTILHO, Ela W. V. de. Sobre o feminicídio. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 23, n. 270, p. 4-5, maio 2015.

FLAUZINA, Ana Luiza P. O feminicídio e os embates das trincheiras feministas. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, v. 23-24, p. 95-106, 2016.

GARCIA, Margarida. *Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel*: les théories de la peine comme obstacles cognitifs à l'innovation. Tese (Doutorado) Université du Québec, Montreal, 2010.

GARCIA, Margarida. Novos Horizontes Epistemológicos para a Pesquisa Empírica em Direito: "Descentrar" o Sujeito, "Entrevistar" o Sistema e Dessubstancializar as Categorias Jurídicas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São

Paulo, v. 1, n. 1, p. 182-209, jan. 2014. Disponível em: [www.reedpesquisa.org/ojs2.4.3/index.php/reed/article/download/13/13]. Acesso em: 19.09.2017.

KARAM, Maria Lúcia. Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas. 13.03.2015. Disponível em: [http://justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/]. Acesso em: 18.07.2015.

MACHADO, Marta R. de A.; MACHADO, Maíra R. O direito penal é capaz de conter a violência? In: SILVA, Felipe G.; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). *Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Marta; MATSUDA, Fernanda. Um copo meio cheio. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 23, n. 270, maio 2015.

PIRES, Álvaro P. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Tempos*, São Paulo, n. 68, p. 39-60, mar. 2004b.

PIRES, Álvaro P. Aspects, traces et parcours de la rationalité pénalemoderne. In: DEBUYST C., DIGNEFFE, F., PIRES, A. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Ottawa: De Boeck Université, 1998. v. 2.

PIRES, Álvaro P. La recherche qualitative et le système pénal. Peut-on interroger les systèmes sociaux? In: KAMINSKI, Dan; KOKOREFF, Michel (Orgs.). *Sociologie pénale:* système et expérience: pour Claude Faugeron. Toulouse: Les Éditions Erès, 2004a.

PIRES, Álvaro P. *Un 'fait inconfortable'*: les relations paradoxales entre droits de la personne et punition dans l'activité législative. Document de travail non publié, Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale. Université d'Ottawa, Ottawa, 2008.

PIRES, Álvaro P.; CELLARD, André; PELLETIER, Gérald. L'énigme des demandes de codifications législatives au code criminel canadien. In: FRAILE, P. (Org.). *Régulation et gouvernance. Le contrôle des populations et du territoire en Europe et au Canada. Une perspective historique*.Barcelona: Publicacions Universitat de Barcelona, 2001.

PIRES, Álvaro P.; MACHADO, Maíra R. (Coord.). *Análise das justificativas para a produção de normas penais*. Projeto Pensando o Direito: Série Pensando o Direito. (Relatório de Pesquisa). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Ministério da Justiça: Secretaria de Assuntos Legislativos, Brasília, São Paulo, 2010.

POSSAS, Mariana T. Produção de leis criminais e racionalidade penal moderna: uma análise da distinção 'conservador' x 'progressista' no caso da criação da lei contra a tortura no Brasil. *Dilemas*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 473-499, jul.-set. 2015. Disponível em: [http://revistadil.dominio temporario.com/doc/DILEMAS-8-3-Art4.pdf.]. Acesso em: 10.01.2015.

POSSAS, Mariana T. A lei contra a tortura no Brasil, a construção do conceito de "crime de lesa-humanidade" e os paradoxos da punição criminal. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 98-112, jan. 2016.

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

REGINATO, Andréa D. de A. *Obrigação de punir:* racionalidade penal moderna e as estratégias de controle da violência doméstica contra a mulher. Tese (Doutorado em Sociologia), Universidade Federal de Sergipe, 2014.

SAFFIOTI, Heleith; ALMEIDA, Suely. *Violência de gênero. Poder e Impotência*. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

WRIGHT MILLS, Charles. "Ações situadas e vocabulários de motivos". Trad. Mauro Guilherme Pinheiro Koury. *RBSE – Revista Brasileira de Sociologia da Emoção*, João Pessoa, v. 15, n. 44, p. 10-20, ago. 2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Às voltas com a política criminal latino-americana de prevenção da violência de gênero: um estudo a propósito da experiência brasileira e a recente criminalização do feminicídio, de Débora Moreira Maia e Pedro Paulo da Cunha Ferreira – *RT* 973/219-243 (DTR\2016\24369); e
- Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero, de Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Carmen Hein de Campos – *RBCCrim* 146/273-303 (DTR\2018\18282).

O princípio da adequação social: um enfoque sobre a evolução doutrinária e o seu tratamento jurisprudencial

The principle of social adequacy: a focus on doctrinal evolution and its jurisprudential usage

Marcio Fernandes Fioravanteda Silva

Mestrando em Direito Penal, Universidade de São Paulo – USP. Bacharelado em Direito, Universidade de São Paulo – USP (2009 – 2013). Especialização *Lato Sensu* em Direito Ambiental, Universidade Federal do Paraná – UFPR (2015 – 2017). Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual Penal, Faculdade Damásio de Jesus (2016). Advogado e Assistente Membro do Grupo de Trabalho para Implantação de Parcerias Público-Privadas da Caixa Econômica Federal.
marcio.fernandes.silva@usp.br

Recebido em: 15.02.2018
Aprovado em: 12.06.2018
Última versão do autor: 21.06.2018

Áreas do Direito: Penal; Filosofia

Resumo: O presente estudo busca analisar a evolução do princípio da Adequação Social, na doutrina e nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, analisamos o tratamento doutrinário e jurisprudencial das ações socialmente aceitáveis que invadem o direito penal e, há muito, gera amplo material aos doutrinadores que se debruçam sobre o tema. Desde que concebeu a teoria da adequação social, o próprio Hans Welzel alterou a sua concepção dessa perante os demais institutos do direito penal, sendo ora causa de justificação consuetudinária, ora restrição da tipicidade. Longe do ambiente dos debates acadêmicos, a própria sociedade se encontra por vezes em meio às discussões sobre os limites de certas condutas perante a retaliação do Estado. Esses aspectos práticos do cotidiano social trazem mais indagações ao ambiente doutrinário. Ao pensarmos a adequação social de certas condutas, nos termos de uma sociedade moderna, sob suas múltiplas

Abstract: The present study seeks to analyze the evolution of the principle of Social Adequacy, in the doctrine and in the decisions of the Federal Supreme Court. In order to do so, we analyze the doctrinal and jurisprudential treatment of socially acceptable actions that invade criminal law and, for a long time, generates ample material to the scholars who study the subject. Since Hans Welzel conceived the theory of social appropriateness, he altered his conception of it before the other institutes of criminal law, and now is a cause of customary justification, or a restriction of typical. Far from the environment of academic debates, society itself is sometimes in the midst of discussions about the limits of certain behaviors in the face of State retaliation. These practical aspects of social everyday life bring more questions to the doctrinal environment. When thinking about the social adequacy of certain behaviors, in the terms of a modern society, under its multiple

Silva, Marcio Fernandes Fioravanteda. O princípio da adequação social: um enfoque sobre a evolução doutrinária e o seu tratamento jurisprudencial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 150. ano 26. p. 55-75. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2018.

considerações, é inevitável surgir a celeuma da superação do positivismo penal.

Palavras-chave: Princípio da Adequação Social – Direito Penal – Doutrina – Jurisprudência.

considerations, it is inevitable to emerge the excitement of overcoming criminal positivism.

Keywords: Principle of Social Adequacy – Criminal Law – Doctrine – Jurisprudence.

Sumário: 1. Introdução. 2. Antecedentes. 3. A evolução da adequação social perante o pensamento de Hans Welzel. 4. A teoria da adequação social sob outros enfoques. 4.1. Claus Roxin. 4.2. Günter Jakobs. 4.3. Jesús-Maria Silva Sánchez. 4.4. Luís Greco. 4.5. Renato de Mello Jorge Silveira. 5. Antonio Luis Chaves Camargo e o Sistema Penal Aberto. 6. A adequação social e a jurisprudência brasileira. 7. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

A discussão sobre os diversos meandros das ações socialmente aceitáveis que invadem o direito penal há muito gera amplo material aos doutrinadores que se debruçam sobre o tema. Sob essa perspectiva, temos um cenário em que o tema da adequação social gera mais debate do que estudo.

A adequação social seria um instrumento corretor da teoria do delito? Ela é fator de correção típica ou excludente de antijuridicidade? Ela é conciliável com outros institutos, como a imputação objetiva? Em que tipo de casos poderia ser empregada a teoria da adequação social?

Desde que concebeu a teoria da adequação social, o próprio Hans Welzel alterou a sua concepção dessa perante os demais institutos do direito penal, sendo ora causa de justificação consuetudinária, ora restrição da tipicidade.[1] Dessa forma, percebe-se que a adequação social não é um instituto estanque, pois sofre constantemente a modelagem que a doutrina pratica sobre essa.

Longe do ambiente dos debates acadêmicos, a própria sociedade se encontra por vezes em meio às discussões sobre os limites de certas condutas perante a retaliação do Estado: a caça as baleias nas Ilhas Faroé seria uma tradição ou um massacre condenável devido aos maus tratos aos animais?[2] E o abuso dos touros no festival de San Fermino, teria a mesma conotação de maus tratos aos animais?[3]

1. ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*. Trad. 2. ed. alemana e notas. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 293.
2. GLOBAL VOICES. *Caça às baleias nas Ilhas Faroé, uma tradição ou um massacre*?. Disponível em: [https://pt.globalvoices.org/2016/05/18/caca-as-baleias-nas-ilhas-faroe-uma-tradicao-ou-um-massacre/]. Acesso em: 01.11.2017.
3. UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: [www.ufrgs.br/vies/vies/san-fermin-o-carnaval-dos-europeus/]. Acesso em: 01.11.2017.

Tatuar um jovem de 16 ou 17 anos poderia ser considerado crime de lesão corporal, ainda que o jovem esteja consentindo com a prática?[4]

Todos esses aspectos práticos trazem mais indagações ao ambiente doutrinário. Quando pensamos nos termos de uma sociedade moderna, sob suas múltiplas considerações, é inevitável surgir a celeuma da superação do positivismo penal. Desse modo, surgem mais questionamentos, no sentido de até que ponto a teoria da adequação social atenderia esse clamor? Até que ponto não haveria abalos nos alicerces da segurança jurídica?

2. Antecedentes

A noção de bem jurídico na visão de Max Ernest Mayer trouxe uma considerável clareza, no sentido de apresentar a construção da legitimidade das normas penais. Para o jurista, a noção de bem jurídico não se desprendia da noção de valor. O bem jurídico, por si só, até poderia ser concebido como interesse juridicamente protegido, todavia, ressalta-se que, antes mesmo de a ordem jurídica incorporar determinado bem como objeto de sua proteção, as normas de cultura já o tinham feito.[5]

Desse modo, temos a dependência do conceito de bem jurídico às normas de cultura, que podem ser concebidas como um substrato pré-jurídico de qualquer processo legislativo.[6] O bem jurídico, portanto, só existe a partir de normas de cultura, dirigidas ao povo por este mesmo. Assim, sob esse conceito de Mayer, as normas jurídicas devem coincidir com as normas de cultura. A função do direito não é de produzir interesses, mas sim reconhecê-los.

Heleno Fragoso, dissertando sobre a teoria de Mayer, trouxe o entendimento de que uma definição real do ilícito só pode ser encontrada partindo-se de um ponto de vista que esteja fora do direito, com o intuito de fazê-lo objeto de sua observação. Logo, antijurídico seria aquele comportamento que contravém as normas de cultura reconhecidas pelo Estado.[7]

4. CRISTOFÓLI BIOSSEGURANÇA. *Polêmica: Tatuagem em menor considerada crime. Será*? Disponível em: [www.cristofoli.com/biosseguranca/polemicatatuagem-em-menor-considerada-crime-sera/]. Acesso em: 01.11.2017.
5. MAYER, Max E. *Normas jurídicas y normas de cultura*. Trad. castellana José Luiz Gusmán Dálbora.– Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 108.
6. TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 190-191.
7. FRAGOSO, Heleno C. Antijuridicidade. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 7, p. 29-46, out.-dez. 1964.

Demonstrada a influência das normas de cultura na formação do reconhecimento estatal sobre as condutas que podem ser, ou não, delituosas, resta abordar o processo de formação das ditas normas culturais. Everardo Cunha Luna, aprofundando-se no estudo das normas culturais abordadas por Mayer, traz que o jurista alemão entendeu a cultura como o cultivo de um interesse comum, o que resulta na formação de um valor.[8]

A cultura torna-se a própria civilização a partir do momento que supera o primitivo estado da natureza. Logo, não há razão em contrapor civilização à cultura, pois uma gera a outra. A cultura tem a função eminentemente crítica e são três as formas dessa função: o processo cultural, do qual surge a luta entre as diversas culturas e a distinção, segundo cada sociedade, do que é, ou não, cultura; a norma de cultura; as normas jurídicas.[9]

Ao contrário de outros ramos do direito, é sabido que o direito penal tem como fonte primordial a lei, sendo rejeitadas maiores imersões em outras fontes, como no caso dos costumes. Ocorre que, o costume, em seu sentido genuíno, observados os costumes sociais decorrentes da própria aplicação da lei, não está ao lado dessa, mas sim dentro da própria lei. Costumes que são costumes e lei, ao mesmo tempo, são fontes verdadeiras do direito penal.[10]

As leis têm grandezas variáveis indefinidas em seu texto, sendo os costumes sociais que definirão tais valores. Quando comparamos cultura, por exemplo, vemos que uma mesma lei poderia ser aplicada com resultados completamente diferentes. A exposição da genitália masculina é dignificante para os hindus, todavia, é intolerável como uma imoralidade para a cultura Ocidental, que por sua vez admira vestimentas femininas que seriam um escândalo em certas nações árabes.[11]

O reconhecimento das normas de cultura pelo Estado completa-se na legislação penal, sendo, portanto, evitável o nefasto conflito entre as normas de cultura e as normas jurídicas, ainda que haja o eventual conflito entre as próprias normas culturais (retoma-se a ideia das diferenças expostas anteriormente entre as diversas culturas). O legislador trabalhará as normas de cultura que, por fim, serão reconhecidas juridicamente através dos tipos legais, alcançando-se uma definição formal de crime.[12]

8. LUNA, Everardo. *A Doutrina das Normas de Cultura de M. E. Mayer*. Arquivo Forense, Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Pernambuco, v. 37, 1959. p. 54.
9. Ibidem, p. 54.
10. Ibidem, p. 56.
11. Ibidem, p. 56.
12. Ibidem, p. 61-62.

3. A evolução da adequação social perante o pensamento de Hans Welzel

Originalmente, Hans Welzel desenvolveu o conceito de adequação social em torno do pensamento de que ficariam de fora do conceito de injusto todas aquelas ações que se moveriam dentro de uma ordem historicamente constituída.[13] Chamado pelo doutrinador de adequação social, as ações que envolvem comportamentos não proibidos socialmente também não poderiam constituir um injusto penal.

Levando-se em conta que o injusto abarcaria as ações que estão à margem das ordens morais que regem a vida social ativa, os comportamentos que se movessem dentro do marco das ordens sociais nunca poderiam ser compreendidos dentro dos tipos formadores do delito, mesmo que pudessem ser subsumidos a letra do tipo penal.[14] Logo, seriam socialmente adequadas as atividades que se movessem dentro de um marco de ordens ético-sociais da vida social, estabelecidos através da história.

Para Welzel, os tipos jurídico-penais seriam a tipificação de comportamentos antijurídicos. Dessa forma, as ações socialmente adequadas, desde o princípio, não poderiam ser típicas, pois o significado das expressões contidas no tipo somente pode ser averiguado dentro de seu contexto social.[15]

Nesse marco inicial, o conceito de Welzel também fazia parte de uma crítica à concepção causal-naturalista da ação do bem jurídico. Para o jurista, a concepção causal-naturalista partia erroneamente de uma visão própria das ciências naturais para alcançar o Direito Penal. A concepção hipertrofiada do curso causal contaminou o entendimento de bem jurídico, sendo considerado erroneamente como delito qualquer lesão exterior ao bem jurídico.[16]

Podemos desmembrar o desenvolvimento da teoria da adequação social de Welzel em três momentos distintos: em um primeiro momento, há correspondência com o explanado anteriormente, ou seja, a adequação social se encontraria como fundamento para a atipicidade das condutas socialmente enquadradas; em um segundo momento, considerou-se a adequação social como causa de

13. CANCÍO MELIÁ, Manuel. *La teoria de La adecuación social em Welzel*. ADPCP – Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Fasc. II, 1993. p. 698.
14. WELZEL, Hans. *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 63.
15. CANCIO MELIÁ, Manuel. *La teoria de La*...cit., p. 700.
16. CANCIO MELIÁ, Manuel. *La teoria de La*...cit., p.699.

justificação consuetudinária, sendo que foi o seu próprio desenvolvimento da teoria dos tipos abertos que o fez abandonar a concepção da adequação social enquanto excludente de antijuridicidade; finalmente, em um terceiro momento, Welzel voltou a colocar a adequação social no âmbito do tipo.[17]

Sob esse último momento, Welzel entendeu que os tipos apresentam uma mostra de conduta proibida, nas formas de condutas selecionadas por eles. Todavia, as condutas selecionadas têm dois aspectos: por um lado, possuem um caráter social, referem-se à vida social; por outro lado, são inadequadas a uma vida social ordenada.[18] Desse modo, para que determinada conduta seja típica, seria necessário que se enquadrasse no âmbito da inadequação a uma vida social adequada.

Para ilustrar a aplicação da teoria da adequação social, Welzel discriminou alguns casos em que as condutas seriam socialmente adequadas, em certas situações, como nas restrições de liberdade, por exemplo.[19] Assim, seriam socialmente adequadas as restrições de liberdade normais ao trânsito moderno, como o motorista de um ônibus, ou um maquinista de um trem, os quais não podem desembarcar passageiros fora dos locais determinados. Ora, não poderíamos, sob essas circunstâncias, dizer que o motorista ou o maquinista estariam cometendo um delito.

O que se diria, então, de um sobrinho que incentiva seu tio, do qual é herdeiro, a utilizar com frequência os meios de transporte com a esperança de que esse sofra um acidente e morra? A exceção, nessa situação, poderia vir de uma hipótese na qual o sobrinho soubesse que haveria um atentado ao meio de transporte e aproveitasse a oportunidade e estimulasse seu tio a utilizar tal transporte. Nesse caso, a conduta não seria socialmente adequada.[20]

Conforme ressaltou Welzel, as condutas socialmente adequadas não possuem um limite claro em todas as situações, sendo uma tarefa complexa, por vezes, determinar seus limites. Por exemplo, o abandono da vida conjugal é uma conduta que está socialmente adequada, por óbvio. Todavia, é polêmico tal abandono, se o cônjuge sabe que seu parceiro terá uma concreta inclinação a suicidar-se. Servir bebidas alcoólicas também é uma conduta socialmente adequada, porém o fato se torna mais delicado, caso um garçom perceba que seu cliente está exagerando e causará danos à coletividade.[21]

17. Ibidem, p. 700-701.
18. WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema Del Derecho Penal:* una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: O Euros Editores S.R.L., 2004. p. 85.
19. WELZEL, H. *Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 63
20. WELZEL, H. *El Nuevo Sistema Del Derecho Penal*…, cit., p. 85.
21. Ibidem, p. 87-88.

4. A teoria da adequação social sob outros enfoques

Diante do apresentado sobre a teoria da adequação social anteriormente e, especialmente, ao abordar a doutrina de Welzel, entendemos que determinadas condutas, que poderiam corresponder a uma lesão ao bem jurídico, caso sejam animadas por uma posição valorativa, que se adéqua à valoração considerada positiva pela comunidade, não serão típicas.[22] A despeito do esforço de Welzel no desenvolvimento da teoria da adequação social, temos uma série de críticas que miram sua criação.

O declínio do finalismo dentre os doutrinadores alemães e brasileiros encontra sua justificativa na repulsa causada pelos freios pré-jurídicos que tolhem a liberdade de criação dos conceitos jurídico-penais.[23] A partir das críticas ao finalismo, mas contando com sua contribuição, temos o surgimento das teorias sociais da ação, que trazem o conceito central de que a conduta humana, para fins penais, depende da sua relevância social.[24]

Cabe agora apresentar abordagem que alguns dos principais expoentes das doutrinas europeia e brasileira fazem sobre a teoria da adequação social, ou suas equivalências, e quais seriam seus entendimentos sobre o tema.

4.1. Claus Roxin

Claus Roxin nos adverte que atualmente a doutrina vacila entre as diversas acepções que a adequação social pode tomar. Parte a considera como caso de exclusão do tipo; outros a tratam como causa de justificação, exclusão da antijuridicidade; há aqueles que a consideram como causa de exclusão da culpabilidade; por fim, outros simplesmente a rechaçam sob o argumento de que há imprecisão no conceito, sendo perigosa à segurança jurídica.[25]

Para o próprio Roxin, a adequação social não poderia ter outro caminho lógico que não fosse o de exclusão da tipicidade. A atipicidade da conduta socialmente adequada é a consequência necessária à teoria do tipo por ele defendida, e

22. REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. p. 150.
23. GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal*: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 196.
24. Ibidem, p. 199.
25. ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General,* cit., p. 293.

seria desconhecer essa perspectiva central colocar a adequação social como excludente de antijuridicidade ou culpabilidade. [26]

Veja-se que para considerar como excludente de antijuridicidade só seria possível de um ponto de vista de um tipo penal "não valorativo", o que destruiria sua função peculiar. Já para considerá-la como excludente da culpabilidade haveria necessidade de se considerar não antijurídica uma conduta socialmente inadequada, o que é incompatível com o caráter de injusto de uma conduta reprovável e proibida.[27]

É interessante ressaltar que a inadequação social caracteriza o tipo em sua totalidade, como tipo delitivo, e não como um elemento concreto do tipo penal, especificamente. Isso tem impacto, por exemplo, quando alguém valora erroneamente sua conduta típica como socialmente adequada, o que acarretará um provável erro de proibição, e não erro de tipo. Roxin dispõe que a inadequação social somente pode empregar-se como princípio de interpretação do tipo, todavia, sob esse enfoque hermenêutico, temos meios interpretativos auxiliares mais precisos que a adequação social.[28]

Disposto isso, Roxin, ao analisar as numerosas possibilidades concretas de condutas adequadas socialmente, entendeu por bem dividir tais condutas em dois grandes grupos: o primeiro grupo engloba os riscos juridicamente irrelevantes ou permitidos, que coincidem com aquelas condutas como a participação nos meios de transporte, o funcionamento de indústrias, as competições desportivas, etc. São atividades que se forem observadas as regras correspondentes, mantendo-se dentro do risco usual, não se realizam o tipo de delito, ainda que haja uma lesão e produza-se um resultado.

Nesses casos, a simples imputação de um resultado ao tipo objeto pressupõe que o resultado se apresente como a realização de um risco criado pelo autor e não permitido de modo geral (teoria da imputação objetiva). Para essas situações, não é necessário buscar a adequação social para excluir uma tipicidade que não procede já com os critérios gerais.

Percebamos que por esse viés, aquele exemplo de Welzel, em que o sobrinho herdeiro persuade seu tio a viajar de trem, sequer passa pela avaliação da adequação social, pois o sobrinho não criou um risco juridicamente relevante para seu tio. Para Roxin, a teoria geral da imputação permite obter regras de delimitação

26. Ibidem, p. 293.

27. Ibidem, p. 293-294.

28. Ibidem, p. 295.

da responsabilidade muito mais exatas do que se fossem analisadas pelo viés do "socialmente adequado".[29]

O segundo grupo apontado por Welzel engloba as ações insignificantes ou socialmente toleradas de modo geral, as quais acarretam a exclusão do tipo. Temos como exemplo de condutas que pertencem a esse segundo grupo, condutas como a de quem oferta um pequeno presente ao carteiro, no fim do ano, como reconhecimento aos bons serviços prestados, o que, por costume social, não se enquadraria no delito de corrupção; as injúrias pronunciadas confidencialmente no círculo familiar mais íntimo; as transações comerciais arriscadas que se mantém nos marcos de uma gestão de negócios etc.

Percebe-se que, no exemplo do presente ao carteiro, não há colocação em perigo do bem jurídico confiança pública na integridade dos funcionários públicos, da mesma forma que as expressões injuriosas confidenciadas no ambiente familiar próximo não põem em perigo a honra alheia. Todavia, nos casos de furtos insignificantes, por exemplo, o tratamento deve ser dado dentro do tipo.[30] Isso acaba por destacar que, apesar de ser equiparado por alguns, o instituto da adequação social de Welzel e o critério da insignificância elaborado por Roxin possuem diferenças marcantes, posto que no princípio da insignificância não há valoração social, que é implícita na adequação social, vide o exemplo do furto de bagatela.[31]

Por fim, Roxin destaca seu posicionamento sobre a teoria da adequação social de modo enfático. Para o doutrinador, a teoria da adequação social certamente alcança seu objetivo de eliminar condutas não correspondentes ao tipo. Todavia, a adequação social não pode ser considerada elemento especial de exclusão da tipicidade e, mesmo enquanto princípio interpretativo, pode ser substituída por critérios mais precisos. Logo, ainda que a teoria esteja correta, hoje não tem mais uma especial importância dogmática.[32]

4.2. Günter Jakobs

Günter Jakobs traz a ideia do risco permitido que, por sua vez, parte da necessidade de sanar, conciliar com o Direito Penal as condutas sociais toleráveis. Os

29. Ibidem, p. 294-296.
30. Ibidem, p. 297.
31. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 127.
32. ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 297.

contatos sociais, por si só, implicam em riscos, ainda que todos os agentes atuem de boa-fé. O autor traz como exemplos situações como o de um aperto de mãos, que pode eventualmente transmitir uma infecção; o tráfego urbano, que pode produzir acidentes; uma anestesia que, mesmo dada com todos os cuidados regulamentares, pode gerar uma lesão; crianças a caminho da escola podem sofrer acidentes etc. Tal constatação até poderia gerar a conclusão de que os contatos sociais, tratamentos médicos, convites para jantar deveriam ser evitados. Como lidar com isso?[33]

Jakobs discorre que para solucionar o problema temos dois aspectos a serem considerados: primeiro, devemos analisar se desses contatos sociais podemos obter um balanço positivo; segundo, em regra geral, não temos alternativas aos contatos sociais, conforme discriminados nos exemplos, sob o risco de tornarmo-nos ermitões.[34]

Visto que uma sociedade sem riscos não é possível e ninguém concordaria em renunciar à sociedade, uma garantia normativa que implique em uma ausência de riscos não é factível, pelo contrário, o risco inerente à configuração social deve ser, irremediavelmente, tolerado como risco permitido. Tal risco permitido se trata, na prática, da concretização da adequação social. Essa não pode ser tomada como causa de justificação, nem mecanismo para proteção de bens, mas sim um contexto de interação.[35]

Ocorre que a simples referência à adequação social é demasiadamente genérica para poder obter uma concretização do risco permitido. Dessa forma, para essa concretização tenta-se frequentemente apresentar o risco permitido como resultado de um cálculo de custos e benefícios, sendo o benefício constituído pela liberdade de comportamento que se obtém com a ajuda da permissão de riscos. Enquanto isso, os custos seriam a perda daqueles bens cuja destruição conduz o risco, devendo ambos os lados manterem uma relação adequada.[36]

Jakobs ainda destaca que a proporcionalidade entre os custos e benefícios não se apresenta como uma fórmula perfeita para encontrar o risco permitido. Não temos um peso exato do valor de uma vida humana frente ao valor do tráfego urbano. Não temos como dar um valor exato ao risco à saúde do trabalhador frente aos benefícios de uma produção viável. Ressalta-se que as considerações que se

33. JAKOBS, Günter. *La imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1997. p. 43.

34. Ibidem, p. 43-44.

35. Ibidem, p. 44.

36. Ibidem, p. 45.

podem fazer para alcançar as respostas a esses problemas não são considerações jurídicas.[37]

Cabe esclarecer que, em regra, o socialmente adequado, principalmente quando toma a forma da permissão de um risco, precede ao Direito, não é legitimado por esse, mas sim por um processo histórico, por sua própria evolução. Em uma sociedade de liberdades, a criação de uma permissão de risco tem um fundamento plausível para aquele que suportará os custos desse risco. Logo, não se pode fundamentar a liberdade de comportamento às custas dos demais. A vítima deve ser anônima e estas próprias devem ser consideradas potenciais beneficiadas das vantagens que a atividade custosa gera potencialmente.

Por fim, no que tange à natureza dos comportamentos socialmente adequados perante a teoria do delito, Jakobs entende que tais comportamentos encontram a sua solução fora do tipo. Ou seja, não podem ser consideradas causas de justificação os comportamentos adequados, pois, se há um risco permitido, sequer entra-se no âmbito do tipo.

Para exemplificar, ele cita o exemplo de um motorista que segue todas as regras de trânsito e segue com a velocidade de 69 km/h em uma via que permite o tráfego a 70 km/h, logo, há um comportamento tolerado. Todavia, se um motorista de ambulância dirige a 75 km/h para prestar seu serviço necessitará de uma causa de justificação, como uma situação de necessidade, por exemplo, para que seu comportamento seja tolerado.[38]

4.3. Jesús-Maria Silva Sánchez

Silva-Sánchez discorre com maestria sobre o que ele entende ser uma forma de superação do conceito de risco permitido na sociedade atual. O modelo da pós-industrialização contrapõe-se ao modelo da sociedade do desenvolvimento industrial do século XIX e provavelmente da primeira metade do século XX. Nesse modelo havia o conceito de risco permitido, conforme visto anteriormente que, como limite doutrinário interpretativo à incriminação de condutas, ponderava os custos e benefícios da realização de determinada atividade.[39]

Se antes havia o cálculo advindo de uma valoração prévia, a qual incluía-se como premissa maior a autocompreensão da sociedade e a ordem relativa de

37. Ibidem, p. 46-47.

38. Ibidem, p. 50.

39. SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-modernas*. Trad. 2. ed. espanhola. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 42-43.

valores, hoje isso está diferente. Há uma crescente diminuição dos níveis de risco permitidos, decorrente da sobrevaloração essencial da segurança.[40] Lembremos de que havia uma situação na qual poderiam ser toleradas atividades empresariais que não empregassem medidas máximas de segurança, caso isso pudesse reverter-se em benefícios para a sociedade.

Há, portanto, um modelo de sociedade orientado a uma restrição progressiva das esferas de atuação arriscada. É um modelo social em que, na ponderação prévia ao estabelecimento da fronteira entre o risco permitido e o risco desaprovado, a liberdade de ação cederá diante da liberdade de não padecer.[41] Isso gera mudanças na consideração de ser, ou não, uma conduta socialmente adequada.

Como consequência, há uma crescente eliminação de espaços de risco permitido e um aumento na apreciação das infrações de deveres de cuidado. Podemos notar um incremento na construção dos delitos de comissão por omissão e na tipificação dos delitos de perigo como resultado de um reforço na busca da valoração das expectativas sociais de segurança.[42]

4.4. Luís Greco

Luís Greco apresenta consideráveis críticas às funções da adequação social criadas por Welzel. Para Greco, o próprio criador da teoria vacilou e mudou de posicionamento no que se refere à função do conceito de adequação social, como problema de tipo, ou de antijuridicidade, além do seu conteúdo, que variou de causa de exclusão (seja de tipo ou da antijuridicidade) ou de mero princípio de interpretação.[43]

E mais, para Greco, além de apresentar uma vida pregressa nada recomendável, a doutrina majoritária dá à teoria da adequação social mero *status* de princípio interpretativo, o que reforçaria o caráter inidôneo dessa para resolver, por exemplo, a problemática das ações neutras nos casos de cumplicidade.[44] A concessão desse mero caráter interpretativo, por parte da doutrina, teria duas razões.

A primeira razão está no fato da teoria da adequação social ser excessivamente imprecisa, haja vista que não há uma descrição, devendo essa ser compreendida no sentido sociológico-descritivo (o que realmente se faz de ações socialmente

40. Ibidem, p. 43.

41. Ibidem, p. 44.

42. Ibidem, p. 49.

43. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*: a imputação na participação. Rio de Janeito: Renovar, 2004. p. 22.

44. Ibidem, p. 23.

adequadas em determinada sociedade) ou em sentido ético-normativo (aquilo que determinada sociedade considera correto fazer). Logo, no primeiro sentido teríamos o risco de considerar certas práticas habituais inaceitáveis, como tortura de presos por policiais ou a execução de delatores pelo crime organizado. Já no segundo sentido, haveria um vazio, pois seria necessário um parâmetro para descobrir o que é tido por correto em determinada sociedade.[45]

A segunda razão para o abandono da teoria da adequação social por parte da doutrina seria a existência de teorias mais apropriadas, desenvolvidas, concretas, capazes de enfrentar não só os problemas para os quais aquela foi projetada para resolver, como também outros. Essas teorias alternativas são, primeiramente, a imputação objetiva e, em segundo lugar, o princípio da insignificância.[46]

4.5. Renato de Mello Jorge Silveira

Renato de Mello Jorge Silveira dispõe que, mesmo com o desenvolvimento da teoria da imputação objetiva, não se operou uma superação da teoria da adequação social, pois as teorias são distintas e podem coexistir. O eminente doutrinador ainda destaca que a teoria da adequação social, a despeito de ter sido adotada como instrumento flexibilizador de uma concepção fechada de sistema, própria do finalismo, pode ser utilizada em um sistema penal aberto.[47]

Dessa forma, temos a adequação social como uma figura anterior à tipicidade, sendo que servirá para a análise prévia à teoria do delito (tipicidade-antijuridicidade-culpabilidade). Observa-se então a ocorrência ou não de um risco socialmente adequado, pois o tipo só se dará ao se avaliar o risco como não permitido. Portanto, a adequação social poderia ser considerada uma causa constitucional de exclusão típica.[48]

Conforme bem destaca o doutrinador, a adequação social não trata da exclusão da tipicidade, pois seu caráter é de pré-tipicidade. A adequação social aponta a um não aperfeiçoamento da tipicidade. Ao contrário do risco proibido da teoria funcionalista, que opera dentro da realidade típica apontando a possível tipicidade, a adequação social avalia a tolerabilidade social de determinada conduta antes de passar as fronteiras do tipo penal.[49]

45. Ibidem, p. 23.
46. Ibidem, p. 24.
47. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 282.
48. Ibidem, p. 282.
49. Ibidem, p. 283.

5. Antonio Luis Chaves Camargo e o Sistema Penal Aberto

Antonio Luis Chaves Camargo aborda sobre como é praticamente unânime a opinião de que seria impossível a inexistência de um sistema jurídico-penal, sob o risco de ficarmos à mercê do arbítrio e do totalitarismo do legislador e do intérprete. Como ideal, frente à necessidade incontestável desse sistema, seria a formulação de um sistema penal aberto.[50]

Sob um sistema penal aberto, o Direito Penal tem como objeto de análise e aplicação o contexto social, especialmente na denominada sociedade de risco atual, mantendo para o seu desenvolvimento o pluralismo ideológico, que corresponderia ao pensamento da maioria, com respeito ao da minoria. Ao se levar em conta um sistema penal que não aspira a uma validade absoluta, mas que está de acordo com uma estrutura ideológica-política geral, teremos o jurista dando maior atenção aos problemas sociais em cada momento histórico e buscando a solução jurídica desses problemas.[51]

Em um sistema penal aberto, a interpretação tem o fim criador, adequando os termos da lei às situações de fato que se pretende reprovar. Atuando sob esse instrumento, nada impede o intérprete de chegar à descriminalização de determinadas ações, quando se verifica sua inutilidade e irrelevância para o grupo social.[52] Percebamos como esse conceito do professor Chaves age de forma muito semelhante às concepções de condutas socialmente adequadas, dispostas pelos juristas alemães, mas não se confundem com essas.

O professor Chaves entende que a complexidade social exige que, nos riscos que lhe são inerentes, o Direito Penal encontre um instrumento capaz de selecionar esses riscos. A imputação objetiva seria, na visão do professor, um desses instrumentos que podemos encontrar hodiernamente.[53]

6. A adequação social e a jurisprudência brasileira

Por óbvio que uma teoria complexa, mas não menos polêmica e controvertida, que é estudada pelos mais diversos doutrinadores, provocaria seus efeitos nas decisões judiciais. A jurisprudência pátria não ficou alheia a essa discussão,

50. CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 26.

51. CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas*..., cit., p. 26.

52. Ibidem, p. 179.

53. CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001. p. 139.

sendo possível encontrar diversos julgados dos tribunais superiores nos quais a adequação social forneceu insumos ao questionamento da aceitação social de determinadas condutas.

Em 2013, o Supremo Tribunal Federal discutiu se a falsificação de CDs e DVDs constituiria uma conduta socialmente adequada, já que tais mercadorias tinham ampla distribuição entre comerciantes irregulares, vendedores ambulantes, e a população consumia tais produtos em grandes quantidades. Salientando a necessidade de aplicação criteriosa do princípio da adequação social, sob o argumento de prejuízos à indústria fonográfica, aos comerciantes regulares e à arrecadação tributária, o STF considerou a conduta socialmente inadequada:

> Direito penal e processual penal. Recurso ordinário constitucional em *habeas corpus* (CRFB, 102, II, *a*). Crime de violação de direito autoral (CP, art. 184, § 2º). Venda de CD'S e DVD'S "piratas". Alegação de atipicidade da conduta por força dos princípios da insignificância e da adequação social. Improcedência da tese defensiva. Norma incriminadora em plena vigência. Recurso ordinário não provido. 1. Os princípios da insignificância penal e da adequação social reclamam aplicação criteriosa, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada acabe por incentivar a prática de delitos patrimoniais, fragilizando a tutela penal de bens jurídicos relevantes para vida em sociedade. 2. O impacto econômico da violação ao direito autoral mede-se pelo valor que os detentores das obras deixam de receber ao sofrer com a "pirataria", e não pelo montante que os falsificadores obtêm com a sua atuação imoral e ilegal. 3. A prática da contrafação não pode ser considerada socialmente tolerável haja vista os enormes prejuízos causados à indústria fonográfica nacional, aos comerciantes regularmente estabelecidos e ao Fisco pela burla do pagamento de impostos. 4. *In casu,* a conduta da recorrente amolda-se perfeitamente ao tipo de injusto previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, uma vez foi identificada comercializando mercadoria pirateada (100 CD's e 20 DVD's de diversos artistas, cujas obras haviam sido reproduzidas em desconformidade com a legislação). 5. Recurso ordinário e*m habeas corpus* não provido. (STF – RHC: 115986 ES, rel. Min. Luiz Fux, j. 25.06.2013, Primeira Turma, Data de Publicação: *DJe*-160 Divulg. 15.08.2013, Public. 16.08.2013)

O Supremo Tribunal Federal considerou a conduta socialmente intolerável em razão dos "enormes prejuízos causados à indústria fonográfica nacional". Tal decisão nos faz supor que o entendimento da Corte superior sobre o que seria socialmente adequado não é necessariamente o que a população (sociedade consumidora de produtos "piratas"), em geral, entende como tolerável. Tal percepção parece corroborar a crítica de que há imprecisão e vagueza sobre o que

seria socialmente adequado[54], uma vez que o entendimento sobre a tolerância social de determinada conduta pode variar conforme o intérprete.

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal condenou os donos de um estabelecimento que explorava a prostituição, a casa de prostituição, após os mesmos serem absolvidos em primeiro grau e também no Superior Tribunal de Justiça. Em primeiro grau foi reconhecida a incidência do princípio da adequação social, baseada nos ensinamentos de Hans Welzel, o que foi rejeitado pela corte superior, sob o argumento de que, mesmo fazendo parte dos costumes e fosse socialmente aceita, a norma veda a exploração sexual e não poderia ser revogada:

> *Habeas corpus*. Constitucional. Processual penal. Casa de prostituição. Aplicação dos princípios da fragmentariedade e da adequação social: impossibilidade. conduta típica. constrangimento não configurado. 1. No crime de manter casa de prostituição, imputado aos Pacientes, os bens jurídicos protegidos são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância social a serem resguardados pelo Direito Penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade. 2. Quanto à aplicação do princípio da adequação social, esse, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais. Nos termos do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com alteração da Lei 12.376/2010), "não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue". 3. Mesmo que a conduta imputada aos Pacientes fizesse parte dos costumes ou fosse socialmente aceita, isso não seria suficiente para revogar a lei penal em vigor. 4. *Habeas corpus* denegado. (STF – HC: 104467 RS, Relator: Min. Cármen Lúcia, j. 08.02.2011, Primeira Turma, Data de Publicação*: DJe*-044 Divulg. 04.03.2011, Public. 09.03.2011 ement vol-02477-01 PP-00057).

A conduta da manutenção de casa de prostituição é assunto dos mais delicados, já que, a despeito da tolerância por parte da sociedade, envolve situações de exploração sexual. Apesar de polêmica, há quem defenda que possa haver a manutenção de casa de prostituição sem que haja necessariamente a exploração sexual. Seriam situações nas quais, não envolvendo vulneráveis, violência, ameaça ou fraude, a prostituição poderia ser exercida, como, por exemplo, em casas de *shows* eróticos, danças, massagens, onde poderiam ser alugados espaços para eventuais encontros libidinosos.[55]

54. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras...,* cit., p. 23.

55. BEZÉ, Patrícia Mothé Glioche; CÂMARA, José Luís. Uma visão constitucional da casa de prostituição. *Revista Eletrônica de Direito Penal – Publicações UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, ano 2, dez. 2014, p. 172.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já rejeitou a possibilidade de aplicação da adequação social no caso da atividade clandestina de radiodifusão, as "rádios piratas":

> Agravo em recurso especial 638.097 – BA (2015/0001387-5) rel. Min. Nefi Cordeiro Agravante: E C de O Advogado: Defensoria Pública da União Agravado: Ministério Público Federal Decisão Trata-se de agravo em recurso especial interposto pela Defensoria Pública, em favor de E C DE O, em face de decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que negou seguimento ao apelo raro, ajuizado com fulcro no art. 105, III, alínea a, da Constituição Federal. No presente agravo, o recorrente alega violação ao art. 183 da Lei 9.472/97. *Mister destacar, ainda, que não se aplica o princípio da adequação social ao delito em tela, porque a norma penal inscrita no art. 183 da Lei 9.427/11997 consubstancia crime formal, de perigo abstrato, como já explicitado linhas retro* (grifos do original). Em assim sendo, a caracterização do delito independe do resultado danoso, uma vez que se consuma com a prática da conduta descrita no tipo, cujo bem jurídico tutelado é a segurança no meio de comunicação. É importante ressaltar, também, *in casu*, que a conduta atribuída ao apelante efetivamente causou dano, o que não sustenta a tese da defesa quanto ao princípio da lesividade e da intervenção mínima, uma vez que, de fato, houve interferência em várias comunicações, conforme ficou constatado pela ANATEL: [...] Como se vê, a utilização desta rádio comunitária clandestina causou e pode causar perigo de interferência no sistema de telecomunicações em geral. [...] Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação, para manter a sentença, por seus próprios fundamentos. (STJ – AREsp: 638097 BA 2015/0001387-5, rel. Min. Nefi Cordeiro, Data de Publicação: *DJ* 10.03.2015)

Vemos, nesse caso, que o Superior Tribunal de Justiça rejeitou a aplicação da teoria da adequação social ao caso concreto, pois se trataria de "um crime formal, de perigo abstrato". É inevitável reconhecer a constatação do Prof. Silva-Sánchez, no sentido de que há, cada vez mais, um incremento dos delitos de perigo nos ordenamentos penais. Tal situação gera uma restrição aos espaços de risco permitido e, consequentemente, influi no que os julgadores poderiam considerar como socialmente adequado.[56]

Em outra ocasião, o Superior Tribunal de Justiça abordou a adequação social ao rejeitar que o descaminho seria socialmente adequado, mesmo havendo lei que regulamentasse a atividade dos vendedores ambulantes:

> Direito penal. *Habeas corpus*. Descaminho. (1). Lei 10.522/02. Tributo devido inferior ao mínimo legal para a cobrança fiscal. Reiteração delitiva. Insignifi-

56. SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal*..., cit., p. 49.

> cância. Ausência. (2) Adequação social. Atividade de camelô. Regulamentação legal. Aceitação social do descaminho. Inocorrência. 1. A despeito de o crédito devido no descaminho ser inferior ao mínimo legal para a cobrança fiscal, a teor do art. 20 da Lei 10.522/02, não se reconhece a insignificância penal, ante a existência de outros processos penais a indicarem, globalmente, expressiva violação ao bem jurídico. 2. A existência de lei regulamentando a atividade dos camelôs não conduz ao reconhecimento de que o descaminho é socialmente aceitável. 3. Ordem denegada, (STJ – HC: 45153 SC 2005/0103091-8, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 30.10.2007, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: *DJ* 26.11.2007, p. 248)

Segundo o voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, a despeito de a população adquirir produtos em camelôs, isso não refletiria uma concordância ou apoio popular à sonegação de tributos. Ainda que pareça contraditório, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que uma mesma população pode aceitar socialmente a aquisição de produtos sob os quais são sonegados tributos, mas não aceitar tal sonegação.

Em outra oportunidade, a mesma corte entendeu que o princípio da adequação social não poderia neutralizar o tipo que trata da comercialização de conteúdo pornográfico. Ainda que tenha havido a alegação, por parte da defesa, de que a venda de revista contendo nudez a compradores crianças seria uma conduta socialmente aceita, o Superior Tribunal de Justiça rejeitou o argumento e manteve a ação penal:

> Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Art. 234, parágrafo único, I, do CP. Tipicidade. Princípio da adequação social. Inaplicabilidade ao caso concreto. I – O princípio da adequação social não pode ser usado como neutralizador, *in genere*, da norma inserta no art. 234 do Código Penal. II – Verificado, *in casu*, que a recorrente vendeu a duas crianças, revista com conteúdo pornográfico, não há se falar em atipicidade da conduta afastando-se, por conseguinte, o pretendido trancamento da ação penal. Recurso desprovido. (STJ – RHC: 15093 SP 2003/0177467-5, rel. Min. Laurita Vaz, j. 16.03.2006, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: *DJ* 12.06.2006, p. 499)

Cabe ressaltar que o acórdão apresentou o voto vencido da Ministra Laurita Vaz, considerando que, diante da mudança dos costumes e do senso médio de pudor da sociedade, a conduta se mostraria socialmente aceita, portanto, o fato seria atípico. Em maioria, os demais Ministros rejeitaram tal argumentação e consideraram que a sociedade atual não tolera a exposição de menores à pornografia.

Diante do embate de ideias entre os julgadores, percebe-se que o reconhecimento das condutas socialmente toleradas na seara sexual não é tarefa fácil. A variedade de padrões de moralidade na sociedade, assim como as mudanças

próprias de cada época, pode fazer com que uma mesma conduta possa ser considerada ou não como típica[57], a depender de quem julga.

A teoria da adequação social, perante os tribunais superiores, ao que tudo indica, possui amplo reconhecimento, tendo em vista que houve abordagem dessa temática como se fizesse parte da realidade jurídica brasileira, a despeito de sempre ter sido rejeitada a postulação da defesa, nos casos analisados. Os julgados dão ideia de como essas cortes balizam as condutas socialmente aceitáveis, na realidade pátria, sendo que, em parte desses, associa-se a adequação social à atipicidade. Isso sugere um reconhecimento da adequação social sob a ótica de Welzel, por parte dos julgadores.

7. Conclusão

Diante do exposto, fica evidente que a teoria da adequação social não pode ser reduzida a uma fórmula estanque, tampouco se trata de uma forma infalível de correção da teoria do delito. Há diversas divergências e múltiplas soluções à questão das condutas socialmente adequadas na doutrina, sendo que a concepção original de Welzel chega a ser considerada superada por autores como Luís Greco e Roxin.

A jurisprudência pátria, por sua vez, parece navegar timidamente pelas águas turvas que a teoria desenvolvida por Welzel representa. De qualquer forma, ainda significa um princípio importante para a interpretação das condutas delitivas. Resta à comunidade jurídica e acadêmica continuar a se debruçar sobre o tema e buscar, junto à sociedade, o aprimoramento das ferramentas de solução de conflito, como a teoria ora estudada se propõe.

Bibliografia

BEZÉ, Patrícia Mothé Glioche; CÂMARA, José Luís. Uma visão constitucional da casa de prostituição. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB – Publicações UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, ano 2, p. 165-176, dez. 2014. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/download/14314/10850]. Acesso em: 20.06.2018.

BITTENCOURT, Mariana. *San Fermín, o Carnaval dos europeus*. Portal Viés – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: [www.ufrgs.br/vies/vies/san-fermin-o-carnaval-dos-europeus/]. Acesso em: 01.11.2017.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

57. SILVEIRA, 2010, p. 366.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CANCÍO MELIÁ, Manuel. *La teoria de La adecuación social em Welzel*. ADPCP – Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Fasc. II, 1993, p. 697-729.

CRISTOFÓLI BIOSSEGURANÇA. *Polêmica: Tatuagem em menor considerada crime. Será*?. Disponível em: [www.cristofoli.com/biosseguranca/polemicatatuagem-em-menor-considerada-crime-sera/]. Acesso em: 01.11.2017.

FRAGOSO, Heleno C. Antijuridicidade. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 7, p. 29-46, out.-dez. 1964.

GLOBAL VOICES. *Caça às baleias nas Ilhas Faroé, uma tradição ou um massacre*?. Disponível em: [https://pt.globalvoices.org/2016/05/18/caca-as-baleias-nas-ilhas-faroe-uma-tradicao-ou-um-massacre/]. Acesso em: 01.11.2017.

GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*: a imputação na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

JAKOBS, Günter. *La imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1997.

LUNA, Everardo. *A Doutrina das Normas de Cultura de M. E. Mayer*. Arquivo Forense, Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Pernambuco, v. 37, 1959.

MAYER, Max E. *Normas jurídicas y normas de cultura*. Trad. Castellana José Luiz Gusmán Dálbora. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2015.

REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*. Trad. 2. ed. alemana e notas. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-modernas*. Trad. 2. ed. espanhola. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema Del Derecho Penal:* una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: O Euros Editores S.R.L., 2004.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Adequação social como derrotabilidade no direito penal, de Gustavo Britta Scandelari – *RBCCrim* 149/53-74 (DTR\2018\20672); e
- Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos, de Luiz Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho – *RT* 844/435-451 (DTR\2006\750).

A diversidade genética humana na era dos diagnósticos genéticos: aspectos bioéticos e da proteção de bens jurídico-penais supraindividuais

Human genetic diversity in the age of genetic diagnostics: bioethicals and supraindividual criminal legal goods protection aspects

Paulo Henrique Burg Conti

Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (2017). Estágio doutoral no Centre for Advanced Study in Bioethics da Westfälische Wilhelms – Universität Münster, mediante bolsa CAPES (2015–2016). Professor de Direito Penal na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.
paulohbconti@univali.br

Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (2003). Professor titular de Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.
pvss@pucrs.br

Recebido em: 12.06.2018
Aprovado em: 14.06.2018
Última versão dos autores: 14.06.2018

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O atual estágio de aprimoramento dos diagnósticos genéticos aplicados aos seres humanos vem potencializando e propiciando a seleção de sexo e de características genéticas da futura prole. Entretanto, essa busca pelo ser humano ideal pode acarretar um processo de estandardização das características genéticas humanas, gerando danos efetivos à espécie e à sua diversidade genética. Assim, utilizando uma metodologia de caráter dedutivo e realizando um estudo de natureza interdisciplinar, com especial enfoque no Direito Penal, objetiva-se demonstrar que a diversidade genética humana constitui bem jurídico

Abstract: The current time of the genetic diagnostics improvement applied to human beings has been potentializing and promoting the sex and genetic characteristics selection of the future offspring. However, this search for the ideal human being can cause a process of standardization of the human genetic characteristics, generating effective damage to the species and its genetic diversity. Thus, using a methodology of deductive character and conducting a study of an interdisciplinary nature, with special focus on Criminal Law, it aims to demonstrate that human genetic diversity is a supraindividual legal good,

supraindividual, digno de tutela jurídico-penal. Nesse viés, o estudo apresenta como hipóteses: a) que o uso dos diagnósticos genéticos, aplicados aos seres humanos, não pode estar fundamentado numa ideologia eugenista de caráter discriminatório; b) que no campo bioético, a problemática deve ser analisada mediante um modelo teórico pautado nos princípios da vida, da responsabilidade e de ética biomédica (hierarquizada) e c) que a seleção de sexo e/ou de características genéticas humanas, no viés não terapêutico, atenta contra princípios constitucionais e fundamenta a legitimação da intervenção jurídico-penal para a tutela da diversidade genética humana.

Palavras-chave: Diversidade genética humana – Diagnósticos genéticos – Bioética – Bem jurídico-penal supraindividual – Direito Penal.

worthy of criminal legal protection. In this bias, the study presents as hypotheses: a) that the use of genetic diagnostics, applied to human beings, cannot be based on a discriminatory eugenicist ideology; b) that in the bioethical area, the problematic must be analyzed through a theoretical model based on the principle of life, responsibility and biomedical ethics (hierarchical) and c) that the sex and/or genetic characteristics selection, in the non-therapeutic bias, violates constitutional principles and grounds the legitimation of the criminal legal intervention for guardianship of human genetic diversity.

Keywords: Human genetic diversity – Genetic diagnostics – Bioethics – Supraindividual criminal legal – Criminal Law.

Sumário: 1. Introdução. 2. O eugenismo na história contemporânea. 3. Os diagnósticos genéticos aplicáveis ao ser humano. 4. Bioética, seleção genética e diversidade genética humana. 5. A tutela jurídico-penal da diversidade genética humana. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

O intenso e contínuo processo de desenvolvimento científico e tecnológico, verificado nos últimos séculos, vem promovendo transformações em diferentes dimensões da existência humana. Presenciamos o advento de um formato social que assume um viés de ruptura com o passado recente, caracterizado por novos riscos globais. O anunciado colapso dos instrumentos técnico-institucionais de segurança faz crescer a necessidade de elaboração de novos rumos éticos, políticos, jurídicos, ou seja, de uma nova racionalidade, tendo em vista o reconhecimento de um possível descontrole sobre os avanços e descobertas científicas e tecnológicas[1]. Longe de querermos desenhar um quadro de pânico ou de probabilidades catastróficas irreversíveis, partimos do reconhecimento da emergência de um redimensionamento da responsabilidade humana diante de tal cenário, principalmente em razão das novas possibilidades de intervenção no campo da genética e da reprodução humana.

1. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Na era da tecnologia genética: que caminhos para o direito penal da medicina? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 48, p. 66-67, 2004.

O avançado estágio ocupado pelas inovações biotecnológicas – visualizado nas diferentes possibilidades de análise genômica, por exemplo – concedeu novas perspectivas terapêuticas, preventivas e diagnósticas ao ser humano, especialmente no que se refere às doenças genéticas ou de predisposição genética. No entanto, ao mesmo tempo, as tecnologias genéticas e reprodutivas abriram espaço para outras finalidades, ética e juridicamente questionáveis, para atender a preferência volitiva dos progenitores no que diz respeito ao sexo e/ou a determinadas características genéticas da futura prole, consolidando-se aquilo que denominamos de *seleção genética*. É nesse ponto que se configura o problema central: a inserção de tal prática numa estrutura social que, na contemporaneidade, já se mostra caracterizada, em linhas gerais, pela proliferação de riscos, torna passível de expor os seres humanos (da presente e das futuras gerações) a danos de consideráveis magnitudes, principalmente no que se refere à manutenção da diversidade genética humana.

Esse panorama se mostra ainda mais preocupante quando se percebe que as perenes aspirações humanas de *aperfeiçoamento* das características hereditárias, voltam a ganhar força na atualidade exatamente em razão das inéditas possibilidades técnico-científicas. Com isso, o debate em torno de ideias relacionadas ao eugenismo reassume uma posição de extrema relevância, tendo em vista que as tecnologias genéticas e reprodutivas aplicadas ao ser humano tornam-se passíveis de servir de instrumento para a promoção de práticas eugênicas de caráter seletivo e discriminatório. Em decorrência disso, discute-se o papel a ser desempenhado pelo Direito Penal e sua legitimidade na configuração de novos bens jurídico-penais (supraindividuais) passíveis de proteção – destacando-se a diversidade genética humana – em razão do eventual abuso de inéditas biotecnologias no ser humano.

Para tanto, o presente estudo, inicialmente, é destinado à uma investigação histórica sobre o eugenismo e às práticas dele decorrentes, no intuito de procurar compreender as origens e motivações que edificaram o pensamento eugenista no transcurso de diferentes épocas e como uma política/ideologia de tal natureza pode influenciar (e até condicionar), na atualidade, a aplicação desvirtuada das biotecnologias no âmbito da genética e da reprodução humana.

Sequencialmente, realiza-se uma análise das modernas técnicas de diagnóstico genético aplicadas ao ser humano, destacando-se a capacidade de utilização de tais procedimentos técnicos para a seleção de sexo e/ou características genéticas humanas. Após, tendo em vista as diferentes finalidades que o uso da referida biotecnologia pode almejar promover, adentra-se numa abordagem bioética para o problema que se coloca em debate, vinculando as ações de *seleção genética*

humana a determinados princípios e finalidades, com o intuito de propor uma sistemática a ser seguida.

A parte final é reservada às questões jurídicas (e jurídico-penais) que envolvem a tutela da diversidade genética humana. Nesse ponto, procura-se estabelecer os liames conectivos entre o Direito Penal e a Constituição, discorrendo-se sobre os princípios que se encontram diretamente relacionados com o objeto de estudo – a precaução, a dignidade do ser humano, a igualdade (sob o viés de não discriminação) e o livre planejamento familiar vinculado à paternidade responsável. Posteriormente, parte-se para a análise dos aspectos que envolvem a teoria do bem jurídico-penal (no que diz respeito à sua natureza), buscando-se oferecer uma perspectiva resolutiva acerca da identificação e legitimação da diversidade genética humana como bem jurídico supraindividual, tendo em vista a possibilidade de utilização de diagnósticos genéticos (eugênicos) – voltados para a finalidade de seleção de sexo e/ou características genéticas.

2. O eugenismo na história contemporânea

Ainda que a palavra *eugenics* seja um termo relativamente novo[2], no transcorrer de sua história, a humanidade tem demonstrado uma permanente preo-

2. A palavra *eugenics* foi cunhada em 1883 pelo cientista inglês Francis Galton (na obra *Inquiries into human faculty and its development*). Derivada do grego (*eu* – bom e *ghenos* – nascimento, linhagem), o termo em inglês tem sido traduzido para o português pelos substantivos *eugenismo* e *eugenia*. Assim, o substantivo *eugenismo* é utilizado em geral para designar o movimento social, político e ideológico que sustenta a prática da *eugenia*, isto é, os métodos direcionados para impedir a degradação e melhorar o patrimônio genético do ser humano. Os adjetivos correspondentes aos substantivos referidos são *eugenista* e *eugênico(a)*. A formatação da classe gramatical substantiva e adjetiva, na língua portuguesa, para o termo inglês *eugenics*, segue de modo similar a estrutura estabelecida por outras línguas de origem latina, tais como a língua francesa (*eugénisme/eugéniste – eugénique/eugénique*) e a língua espanhola (*eugenismo/eugenista – eugenesia/eugenésico*). No presente trabalho, quando utilizamos o substantivo *eugenismo* e o adjetivo *eugenista* nos referimos ao movimento político, social e ideológico e quando usamos o substantivo *eugenia* e o adjetivo *eugênico(a)* nos referimos às práticas e medidas, inclusive legislativas, aplicadas em decorrência dos postulados ideológicos. (CANTO-SPERBER, Monique. *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*. 2. ed. Paris: Universitaires de France, 1997, p. 540; NERI, Demetrio. Eugenics. In: CHADWICK, Ruth (Ed.). *Encyclopedia of applied ethics*. San Diego: Academic, 1998. v. 2, p. 161-162; SOUTULLO, Daniel. Eugenesia (ético); e CARVALHO, Érika Mendes de. Eugenesia (jurídico). In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.). *Enciclopedia de bioderecho y bioética*. Granada: Comares, 2011, t. I. p. 811-830).

cupação com a melhoria das qualidades físicas e psíquicas do ser humano, particularmente em relação à descendência. Mais precisamente, foi na segunda metade do século XIX, que as atenções para uma possível política intervencionista, no sentido de orientar as características hereditárias da espécie humana a um processo constante de aperfeiçoamento, se intensificaram. No âmbito científico e tecnológico, a sociedade da época passava por uma profunda transformação em decorrência das inúmeras inovações técnicas promovidas pela revolução industrial[3] e pelo surgimento das teorias da hereditariedade e da evolução, que produziram uma mudança radical na concepção sobre a origem do homem e seu lugar na natureza. Na dimensão social, passou-se a invocar a ideia de *degenerescência* da humanidade e, especialmente, das classes mais pobres, para mascarar os problemas sociais[4].

A teorização do eugenismo teve início com os trabalhos desenvolvidos por Francis Galton[5]. Inspirado na teoria da evolução de seu primo Charles Darwin e nas teorias pré-mendelianas sobre hereditariedade, Galton demonstrou um permanente interesse em temas sobre hereditariedade e aperfeiçoamento do ser humano. Os primeiros trabalhos resultantes desse interesse e pesquisa constituíram dois artigos intitulados *Hereditary talent and character*, publicados em 1865, na *Macmillan's magazine*, consequentemente expandidos no livro *Hereditary genius: an inquiry into it laws and consequences*, publicado em 1869[6]. A análise de Galton sobre a hereditariedade advinha da premissa de que a elevada reputação de uma pessoa era condicionada pelas suas capacidades, de forma que a falta de uma estimada reputação indicava a ausência de habilidades inatas. Nesse viés, nenhuma espécie de êxito ou sucesso pessoal poderia ser explicada unicamente em razão de circunstâncias exteriores favoráveis[7]. Assim, no campo teórico, o eugenismo galtoniano foi dirigido contra o fatalismo da teoria darwiniana da seleção natural, uma vez que sustentou que o ser humano, no uso de sua inteligência, deveria modificar os efeitos das *influências exteriores*, propiciando apenas a perpetuação

3. BARRACLOUGH, Geoffrey. *Introdução à história contemporânea*. Trad. Álvaro Cabral. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. Cap. 2, pontos 1 e 2.
4. PICHOT, André. *A sociedade pura:* de Darwin a Hitler. Trad. Maria Carvalho. Lisboa: Piaget, 2000. p. 136.
5. KEVLES, Daniel J. In*: the name of eugenics:* genetics and the uses of human heredity. Cambridge (MA); London (ENG): Harvard University, 1995. p. 04-19.
6. GALTON, Francis. *Hereditary genius:* an inquiry into its laws and consequences. London: Macmillan, 1869. p. 01-05.
7. KEVLES, Daniel J. In*: the name of eugenics:* genetics and the uses of human heredity. Cambridge (MA); London (ENG): Harvard university, 1995. p. 04.

dos indivíduos mais talentosos[8]. De fato, a pretensão de Galton era de que a eugenia atuasse como mecanismo complementar à seleção natural – desvirtuada pelo modo de vida da sociedade moderna – promovendo a melhora das características hereditárias da população. A eugenia nasceu, portanto, com a pretensão de ser o ramo do conhecimento científico responsável pelo aperfeiçoamento da linhagem hereditária da espécie humana[9].

Com o desfraldar do século XX e a redescoberta das leis mendelianas sobre hereditariedade o eugenismo tornou-se mais *científico*. Na Grã-Bretanha, o eugenismo começou a ganhar impacto nos anos que envolveram a primeira guerra mundial, destacando-se, por um lado, Karl Pearson, Walter Weldon (*Galton Laboratory of Eugenics*) e Leonard Darwin (*Eugenics Education Society*) como representantes da Escola Biométrica e, por outro, William Bateson (*John Innes Horticultural Institution*) como expoente da Escola Mendeliana[10]. No viés legislativo, em 1905 entrou em vigor a *Aliens Act* (lei sobre os estrangeiros), segundo a qual o governo podia impedir a entrada na Grã-Bretanha de passageiros de terceira classe dos navios quando portadores de doenças, delinquentes ou pessoas fadadas à pobreza. Em 1913 foi adotada a *Mental Deficiency Act* (lei sobre deficiência mental) no intuito de permitir o internamento (encarceramento) dos deficientes mentais em estabelecimentos próprios, gerando uma segregação sexual que os impedisse de procriar[11].

Da Grã-Bretanha o eugenismo aportou nos Estados Unidos. Charles Davenport, renomado geneticista que auxiliou na descoberta da natureza hereditária de algumas doenças foi o introdutor e principal defensor da eugenia nesse país. O geneticista norte-americano exprimiu preocupação com questões relacionadas à debilidade e às doenças mentais, ao comportamento humano, à inaptidão, ao desregramento e à criminalidade, atribuindo esses fatores à presença ou ausência de uma ou mais determinantes mendelianas e relacionando-os com o

8. KÜHL, Stefan. *Die Internationale der Rassisten:* Aufstieg und Niedergang der internationalen Bewegung für Eugenik und Rassenhygiene im 20. Jahrhundert. Frankfurt; New York: Campus, 1997. p. 19.
9. SOUTULLO, Daniel. El concepto de eugenesia y su evolución. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.). *La eugenesia hoy*. Bilbao; Granada: Comares, 1999. p. 30-32.
10. Ibid, p. 45.
11. BACHELARD-JOBARD, Catherine. *L'eugénisme, la science et le droit*. Paris: Universitaires de France, 2001. p. 50-51 e BLAND, Lucy; HALL, Lesley A. Eugenics in Britain: the view from the metropole. In: BASHFORD, Alison (Ed.); LEVINE, Philippa (Ed.). *The Oxford handbook of the history of eugenics*. New York: Oxford university, 2010. p. 221.

status da raça ocupado no processo de evolução. Nesse viés, os problemas sociais tornaram-se cada vez mais reconhecidos, nos Estados Unidos, como problemas biológicos[12]. A principal instituição científica eugênica nos Estados Unidos foi a *Station for the Experimental Study of Evolution*, de *Cold Spring Harbor*, criada (em 1904) e dirigida por Davenport, mediante vultoso financiamento da *Carnegie Institution*[13]. Analisando a esfera legislativa, no final do século XIX os Estados Unidos já tinham proibido legalmente o matrimônio a certas categorias da população. Em 1907, o Estado de Indiana adotou a primeira lei de esterilização involuntária baseada no eugenismo. Em 1909, mais três Estados ratificaram a esterilização eugênica: Washington, Connecticut e Califórnia[14]. Em 1911, o Estado de Nevada sancionou uma lei visando a esterilização dos criminosos contumazes, o Estado de Iowa autorizou o procedimento em criminosos, idiotas, deficientes mentais, imbecis, ébrios, drogados, epilépticos, pervertidos morais e sexuais e o Estado de New Jersey em deficientes mentais, epilépticos, certos criminosos e de uma classe referida como portadora de *outros defeitos*. Em 1912, o Estado de New York retificou sua lei de saúde pública duplicando basicamente os preceitos da lei do Estado de New Jersey. Em 1913, os Estados de Wisconsin, North Dakota e Kansas, contabilizando trinta e três Estados até 1950[15]. Em 1924, foi sancionada a *Immigration Act*, limitando o influxo de imigrantes provenientes da Europa, até o final do ano de 1927.[16-17]

12. ROSENBERG, Charles E. Charles Benedict Davenport and the beginning of human genetics. *Bulletin of the History of Medicine,* v. 35, p. 269-274, jan. 1961.
13. PICHOT, André. *A sociedade pura*: de Darwin a Hitler. Trad. Maria Carvalho. Lisboa: Piaget, 2000. p. 165-166.
14. BLACK, Edwin. *A guerra contra os fracos:* a eugenia e a campanha norte-americana para criar uma raça superior. Trad. Tuca Magalhães. São Paulo: A Girafa, 2003. p. 134.
15. Ibid., p. 135-136.
16. KEVLES, Daniel J. *In the name of eugenics:* genetics and the uses of human heredity. Cambridge (MA); London (ENG): Harvard University, 1995. p. 97.
17. Não obstante a vigência é importante ressaltar que ainda se questionava a constitucionalidade das referidas legislações. Os defensores e propagandistas do eugenismo enfrentaram certa resistência, tanto social quanto jurídica, uma vez que uma parcela da população, que tinha conhecimento das práticas eugênicas, as desaprovavam e uma parte dos Tribunais locais e estaduais se opuseram a reconhecer a constitucionalidade de tais leis. Entretanto, em 1927 a Suprema Corte, reconhecendo a constitucionalidade da Lei do Estado da Virgínia, no paradigmático caso *Buck contra Bell* acabou legitimando juridicamente tais procedimentos em todo o país. (LOMBARDO, Paul A. *Three generations no imbeciles:* eugenics, the Supreme Court and *Buck v. Bell*. Baltimore: The Jonhs Hopkins university, 2008. p. 103-173 e 285-287).

A passagem das leis norte-americanas para a Europa não se processou muito facilmente, vez que a propaganda e os movimentos eugenistas da época não conseguiram fazer com que os países europeus seguissem imediatamente os Estados Unidos na via legislativa, preferindo-se pelas medidas positivas higiênicas ou sociais. Apenas entre as décadas de vinte e trinta do século passado começaram a surgir leis eugênicas nos diversos países europeus[18].

Na Alemanha, o eugenismo (denominado de *Rassenhygiene* – higiene racial) incorporou dois caminhos, um racial e outro preocupado com o bem-estar social[19], não tendo sido criada nenhuma lei de caráter eugenista até 1933[20]. No entanto, a partir deste ano, com a ascensão do partido nacional-socialista ao governo da Alemanha, as diretrizes de política eugenista assumiram um perfil racial e sanitário extremista, acarretando uma gama legislativa e de operações governamentais que constituíram um cenário de catástrofe humanitária sem precedentes. A empreitada eugênica teve início com a aprovação da *Lei para a prevenção da progênie defeituosa* (Estatuto do *Reich* parte I, 86) que estabelecia a prática da esterilização compulsória em massa[21]. Em 1935, o regime instituiu novas leis eugênicas com o objetivo de intensificar a segregação racial e complementar o programa de esterilização compulsória, as denominadas Leis de Nuremberg (*Nürnberger Gesetz*). No mesmo ano passou a vigorar a Lei de Saúde Marital, obrigando os nubentes à realização de exames de saúde hereditária antes do casamento[22-23]. Até então concentrada em práticas eugênicas de caráter negativo, a política racial do regime nacional-socialista constituiu, em 1936, o denominado programa *Lebensborn*, voltado para procedimentos de eugenia positiva. Tal empreendimento estatal objetivou promover a criação de uma *elite ariana* através da reprodução em larga escala de crianças oriundas do cruzamento de membros da

18. PICHOT, André. *A sociedade pura*: de Darwin a Hitler. Trad. Maria Carvalho. Lisboa: Piaget, 2000. p. 174.

19. WEINDLING, Paul. German eugenics and the wider world: beyond the racial State. In: BASHFORD, Alison (Ed.); LEVINE, Philippa (Ed.). *The Oxford handbook of the history of eugenics*. New York: Oxford University, 2010. p. 315.

20. BACHELARD-JOBARD, Catherine. *L'eugénisme, la science et le droit*. Paris: Universitaires de France, 2001. p. 68. Concordando com Bachelard-Jobard, ressaltamos que a legislação eugênica adotada pelos nazistas a partir de 1933 foi *preparada* sob a República de Weimar.

21. BLACK, Edwin. *A guerra contra os fracos:* a eugenia e a campanha norte-americana para criar uma raça superior. Trad.Tuca Magalhães. São Paulo: A Girafa, 2003. p. 479-480.

22. WEINDLING, Paul. German eugenics and the wider world: beyond the racial State. In: BASHFORD, Alison (Ed.); LEVINE, Philippa (Ed.). op. cit., p. 322.

23. PICHOT, André, op. cit., p. 197.

SS (*Schutzstaffel*) com mulheres consideradas *puras arianas*[24-25]. Já em outubro de 1939, houve a implementação da *Operação T4*, programa que objetivou exterminar pessoas adultas internadas em instituições psiquiátricas e asilos. Nessa mesma época, a experiência obtida com a *Operação T4* foi extendida e aplicada aos campos de concentração, agora não apenas englobando os deficientes mentais e outras espécies de pessoas *inválidas*, mas todas aquelas consideradas indesejáveis pelo regime. A *Ação de tratamento especial 14f13* marcou uma evidente mudança de foco quanto às dimensões quantitativa e qualitativa do extermínio, caracterizando-se como um projeto voltado ao genocídio[26].

Na França, a instituição da primeira medida eugênica foi marcada pela Lei de 16 de dezembro de 1942, que exigia a realização de um exame pré-marital[27]. O eugenismo nos países escandinavos manteve o foco nas experiências que ocorriam na Alemanha, na Inglaterra e nos Estados Unidos[28]. Em 1929 e em 1934, a Dinamarca adotou leis para a esterilização de criminosos sexuais e doentes mentais[29]. Em 1935 e em 1941, a Suécia estabeleceu leis voltadas para a esterilização de doentes mentais, criminosos, alcoólicos e viciados[30]. Em 1934 e em 1942 a esterilização foi legalizada na Noruega[31]. Em 1935, foi a vez da Finlândia legalizar a esterilização para doentes mentais[32].

O ideário eugenista também alcançou o Brasil e outros países da América Latina. No campo jurídico, o Brasil não promulgou uma quantidade considerável de leis eugênicas, apesar de terem ocorrido importantes debates, tanto no Parlamen-

24. KEVLES, Daniel J. *In the name of eugenics:* genetics and the uses of human heredity. Cambridge (MA); London (ENG): Harvard university, 1995. p. 117.
25. HILLEL, Marc. *Em nome da raça:* os "haras" nazistas. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Hachette, 1975. p. 53.
26. LIFTON, Robert Jay. *The nazi doctors:* medical killing and the psychology of genocide. New York: Basic books, 2000. p. 134-139.
27. FOGARTY, Richard S.; OSBORNE, Michael A. Eugenics in France and the colonies. In: BASHFORD, Alison (Ed.); LEVINE, Philippa (Ed.). *The Oxford handbook of the history of eugenics*. New York: Oxford University, 2010. p. 340.
28. TYDÉN, Mattias. The scandinavian States: reformed eugenics applied. In: BASHFORD, Alison (Ed.); LEVINE, Philippa (Ed.), op. cit., p. 365-366.
29. DROUARD, Alain. À propose de l'eugénisme scandinave. Bilan des recherches et travaux récents. *Population* (french edition). n. 3, p. 636-637, may-jun. 1998.
30. Ibid, p. 638-639.
31. BACHELARD-JOBARD, Catherine. *L'eugénisme, la science et le droit*. Paris: Universitaires de France, 2001. p. 61.
32. DROUARD, Alain, Op. cit., p. 640.

to como no âmbito científico, acerca da restrição de imigração de populações não brancas, da proibição de casamento inter-racial e da esterilização de indivíduos considerados *débeis*. Na assembleia nacional constituinte de 1933-1934, os principais argumentos eugênicos se deram no sentido de defesa de uma seleção racial de imigrantes. Objetivando promover o *branqueamento* da população brasileira foi proposta uma lei de restrição de imigração, estabelecendo cotas raciais, comprovações econômicas e outros testes de adequação para a entrada de imigrantes no país. Essa cláusula legal contida na Constituição Federal de 1934 foi mantida na Constituição Federal de 1937. Nessa mesma oportunidade foi aprovado o exame médico pré-nupcial (físico e mental) para potenciais casais[33].

Em razão dessa conjuntura, paralelamente, entre 1925 e 1965 esteve em voga, principalmente na Inglaterra e nos Estados Unidos, um movimento de crítica voltado a combater os postulados do modelo de eugenismo até então desenvolvido[34]. O movimento reformista rejeitava a ideia de que existiam raças geneticamente superiores a outras, bem como o determinismo genético que caracterizava o eugenismo tradicional. A mensagem do movimento era de que reformas sociais que promovessem a igualdade e a justiça deveriam ser implementadas antes de qualquer tipo de política eugênica, pois apenas assim a eugenia poderia se tornar efetiva e verdadeiramente benéfica. Portanto, apesar do caráter crítico do movimento, os reformistas não eram contrários à eugenia em si, uma vez que acreditavam na possibilidade de melhoramento genético com populações em longo prazo. A diferenciação discursiva do movimento crítico se consubstanciou na reorientação dos postulados eugenistas tradicionais, na forma de concretização de tais ideias e na ênfase ambiental e social, sob a qual a eugenia deveria estar vinculada[35].

Porém, a partir de meados da década de 60, esse panorama voltou a sofrer mudanças, principalmente em razão do surgimento de novas biotecnologias e do aprimoramento das já existentes, fazendo com que se constituísse um potencial instrumental para o retorno do pensamento eugenista tradicional[36]. Nesse viés, é necessário fazer uma distinção entre o que *é* e o que *deve ser* o movimento

33. STEPAN, Nancy Leys. *A hora da eugenia:* raça, gênero e nação na América Latina. Trad. Paulo M. Garchet. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2005. p. 176.

34. SOUTULLO, Daniel. El concepto de eugenesia y su evolución. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.). *La eugenesia hoy.* Bilbao-Granada: Fundación BBV, 1999. p. 52-53.

35. ROLL-HANSEN, Nils. Eugenics and the science of genetics. In: BASHFORD, Alison (Ed.); LEVINE, Philippa (Ed.). *The Oxford handbook of the history of eugenics*. New York: Oxford University, 2010. p. 88-90.

36. KEVLES, Daniel J. *In the name of eugenics:* genetics and the uses of human heredity. Cambridge (MA); London (ENG): Harvard university, 1995. p. 257-258.

neoeugenista e o que *pode vir a ser* tal movimento, diferenciação essencial para a elucidação dos riscos que uma orientação neoeugenista equivocada pode gerar ao ser humano.

No âmbito do *ser* e do *dever ser*, diferentemente do eugenismo tradicional do final do século XIX e início do século XX, o neoeugenismo se apresenta, atualmente, como um conjunto de questões e práticas de ordem médica, pautado na relação médico-paciente, tratado como assunto de saúde individual e de liberdade reprodutiva, acompanhado pela atuação responsável dos indivíduos e dos casais com sua própria descendência[37].

Entretanto, também há quem sustente a ideia de que inúmeros fatores econômicos e sociais que fomentaram o eugenismo tradicional nas primeiras décadas do século passado se encontram presentes nos dias de hoje e que essas influências existem num similar contexto científico. Nesse sentido, tal grupo acredita que se, por um lado, o contexto sócio-econômico do passado – aliado à crença na ideia de progresso e de determinismo biológico –, condicionou os eugenistas a buscar a resolução dos problemas conjunturais no melhoramento genético e na orientação da hereditariedade humana, por outro lado, o potencial da genômica – atrelado à crença no neoprogressismo e no determinismo genético – pode fazer ressurgir o eugenismo tradicional na atualidade[38].

3. Os diagnósticos genéticos aplicáveis ao ser humano

Desde a segunda metade do século passado, com o intensivo desenvolvimento científico e tecnológico no campo da genética e da reprodução humana, despontam as técnicas de análise genética como conjunto instrumental capaz de prever a incidência de doenças genéticas ou de predisposição genética em pessoas assintomáticas, assim como fornecer informações genéticas aos familiares dos sujeitos submetidos à análise. Elemento imprescindível para a prestação de um adequado serviço de aconselhamento genético, o diagnóstico genético deve ser elaborado por médico especialista, após a realização dos exames ou testes genéticos específicos. Dependendo do momento em que os exames são efetuados e o diagnóstico constituído, pode-se classificá-lo em: pré-conceptivo, pré-implantacional ou pré-natal.

37. ROMEO CASABONA, Carlos María. *Genética y derecho:* responsabilidad jurídica y mecanismos de control. Buenos Aires: Astrea, 2003. p. 149-150.

38. MACCABE, Linda; MACCABE, Edward R. B. Are we entering a "perfect storm" for a resurgence of eugenics? Science, Medicine and their social context. In: LOMBARDO, Paul A. (Ed.). *A century of eugenics in America:* from the Indiana experiment to the human genome era. Bloomington; Indianapolis: Indiana university, 2011. p. 193-196.

O diagnóstico genético pré-conceptivo corresponde ao resultado interpretativo dos exames genéticos realizados antes da fecundação. É seguido pela informação que o médico presta ao indivíduo ou cônjuges/companheiros acerca dos riscos de se conceber um filho com doenças genéticas ou anomalias cromossômicas[39]. Geralmente se recorre a essa espécie de diagnóstico quando já há nascido na família um filho com malformações de origem genética. No entanto, cada vez mais, o diagnóstico genético pré-conceptivo tem sido utilizado como uma forma de diagnose *preditiva*, ou seja, baseado em fatores de risco relacionados com antecedentes familiares já conhecidos, não necessariamente apenas pelo nascimento de um filho acometido da doença ou anomalia[40]. O exame que torna possível o diagnóstico genético em nível pré-conceptivo tem início com a aspiração do corpúsculo polar, resultante da primeira divisão meiótica do ovócito primário. Posteriormente, tal corpúsculo é submetido à técnica de genética molecular denominada *reação em cadeia polimerase* (PCR – *polymerase chain reaction*), que permite amplificar fragmentos específicos de ADN e, dessa forma, verificar a existência de doenças genéticas ou anomalias cromossômicas[41]. Como o corpúsculo polar é considerado uma espécie de *espelho genético* do ovócito secundário, é essa análise genética que determina se o próprio ovócito secundário possui ou não genes prejudiciais e se poderá ou não ser fecundado[42]. Referida espécie de diagnóstico genético possui a vantagem fundamental de prevenir a incidência de doenças genéticas e anomalias cromossômicas na descendência, viabilizando tomadas de decisões mais conscientes e apropriadas, no âmbito do planejamento familiar. Pelo fato de ainda não ter havido a fecundação, não haverá necessidade de selecionar embriões, apenas ovócitos[43]. Além disso, o diagnóstico gené-

39. EMALDI CIRIÓN, Aitziber. *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*. Bilbao; Granada: Comares, 2001. p. 90.

40. ROMEO CASABONA, Carlos María. Aspectos jurídicos del consejo genético. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.). *Biotecnología y derecho:* perspectivas en el derecho comparado. Bilbao-Granada: Comares, 1998. p. 56.

41. SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Direito penal genético e a lei de biossegurança:* Lei 11.105/2005: comentários sobre crimes envolvendo engenharia genética, clonagem, reprodução assistida, análise genômica e outras questões. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. p. 121-122. Também ERLICH, Henry. Polymerase chain reaction. *Journal of Clinical Immunology*. v. 9, n. 6, p. 437 e 444, 1989.

42. EGOZCUE, José. Diagnóstico preconcepcional y preimplantatorio. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.). *Genética humana:* fundamentos para el estudio de los efectos sociales de las investigaciones sobre el genoma humano. Bilbao: Fundación BBV, 1995. p. 106-109.

43. EMALDI CIRIÓN, Aitziber. *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*. Bilbao; Granada: Comares, 2001. p. 91.

tico pré-conceptivo não possibilita a seleção de sexo, pois o material biológico analisado é o corpúsculo polar resultante da primeira divisão meiótica e o sexo é determinado pelo espermatozoide apenas após a fecundação do óvulo. Essa impossibilidade de seleção sexual constitui um fator negativo por não permitir a detecção de doenças genéticas vinculadas ao sexo, mas ao mesmo tempo representa um ponto positivo, vez que não permite a seleção sexual pautada em motivação meramente preferencial do (s) progenitor (es). Dentre os problemas que o diagnóstico genético pré-conceptivo pode apresentar destaca-se, por um lado, a menor exatidão em comparação com as outras espécies de diagnósticos genéticos. Isso deriva do fato de que a análise do corpúsculo polar (após a primeira divisão meiótica) fornece a informação genética do ovócito secundário correspondente, podendo ocorrer ainda anomalias e disfunções cromossômicas, quando se efetivar a segunda divisão meiótica (período em que é mais comum a incidência). Por outro lado, na perspectiva técnica, a manipulação dos corpúsculos polares resulta mais complexa em comparação com a de células embrionárias. O ovócito deve ser mantido em um meio de cultura apropriado durante todo o processo da PCR, o que pode resultar na sua divisão direta, restando intransferível. Além disso, configura-se a potencialidade de seleção de características genéticas do futuro ser, sustentada por interesses desvinculados de qualquer finalidade terapêutica, preventiva ou diagnóstica, o que entendemos ser uma desvantagem para a manutenção da diversidade genética da espécie humana[44].

Já o diagnóstico genético pré-implantacional se caracteriza pelo resultado interpretativo dos exames genéticos realizados no momento compreendido entre a obtenção de embriões (por meio da técnica de fertilização *in vitro* ou de lavagem uterina[45]) e a implantação dos mesmos no útero da gestante. É seguido pela informação que o médico profere ao indivíduo ou cônjuges/companheiros, sobre a possibilidade de transferência de embriões destituídos de doenças genéticas ou anomalias cromossômicas[46]. No viés técnico, Scott[47] descreve que a formulação do diagnóstico enseja inúmeros estágios ou fases anteriores: a criação do embrião

44. EGOZCUE, José. Diagnóstico preconcepcional y preimplantatorio. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.). *Genética humana:* fundamentos para el estudio de los efectos sociales de las investigaciones sobre el genoma humano. Bilbao: Fundación BBV, 1995. p. 109-110.

45. CORPART, Isabelle. La santé d'enfant à naître: vers l'enfant parfait? *Médecine & Droit*. n. 15, p. 05, 1995.

46. EMALDI CIRIÓN, Aitziber. *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*. Bilbao; Granada: Comares, 2001. p. 94.

47. SCOTT, Rosamund. Choosing between possible lives: legal and ethical issues in preimplantation genetic diagnosis. *Oxford Journal of Legal Studies*. v. 26, n. 1, p. 156-157,

in vitro, a remoção de um ou mais blastômeros, o teste genético e a análise genética dos blastômeros. Posteriormente, caso aconselhável, é realizada a transferência dos embriões considerados viáveis para a gestante. Em sua primeira fase, o procedimento tem por objetivo a obtenção dos embriões que serão utilizados na realização do teste genético. Tais embriões serão produzidos através da técnica de reprodução humana assistida da fertilização *in vitro*. Sequencialmente, quando o embrião ainda se encontra em um estágio de desenvolvimento precoce, contendo de 6 a 10 células, é removido um ou dois blastômeros[48] para a biópsia. Esse é o momento mais apropriado para a remoção, uma vez que, se feita antes, pode prejudicar o desenvolvimento do próprio embrião e, se feita depois, torna-se mais difícil e complexa em razão do já iniciado processo de compactação embrionária[49]. O teste genético dos blastômeros extraídos pode ser realizado, fundamentalmente, através de dois métodos: a reação em cadeia polimerase (PCR – *Polymerase Chain Reaction*) e a hibridização fluorescente *in situ* (FISH – *Fluorescence In Situ Hybridization*). Quanto ao primeiro, já analisamos no âmbito do diagnóstico genético pré-conceptivo. A única diferença é que, para o diagnóstico genético pré-implantacional, o teste incide sobre o blastômero ao invés do primeiro corpúsculo polar. Já o segundo método consiste na utilização de sondas fluorescentes de ADN que hibridizam com determinados cromossomos ou fragmentos de cromossomo[50]. Finalizados os testes, adentra-se na análise genética. São inúmeras as doenças genéticas e anomalias cromossômicas que podem ser descobertas nesse momento. No campo das doenças, pode ser verificada alguma de natureza monogênica, causada pela mutação de um gene: as autossômicas dominantes[51], as autossômicas recessivas[52] e as ligadas ao sexo[53]. Por outro lado, as anomalias cromossômicas: as numéricas (aneuploidias – quando a alteração

---

2006. A autora utiliza a descrição proferida pela *Human Fertilization and Embryology Authority* (United Kingdom).

48. O embrião é denominado de blastocisto quando se encontra no estágio de desenvolvimento no qual possui entre 6 e 10 células. Por isso, nessa fase, suas células são chamadas de blastômeros.

49. ABELLÁN, Fernando. *Selección genética de embriones:* entre la libertad reproductiva y la eugenesia. Granada: Comares, 2007. p. 25.

50. Ibid., p. 31.

51. Doença de Huntington, doença de Charcot-Marie-Tooth, síndrome de Marfan, distrofia miotônica de Steinert e outras.

52. Fibrose cística, beta talassemia, anemia falciforme, doença de Tay-Sachs, incompatibilidade do fator Rh e outras.

53. Hemofilia, distrofia muscular de Duchenne, síndrome de X frágil e outras.

afeta um único par de cromossomos – e outras alterações de ploidia – quando todos os cromossomos se encontram em excesso ou com defeito)[54] e as estruturais[55]. Por derradeiro, após o comunicado acerca do diagnóstico genético e procedido o aconselhamento, se decide sobre o número de embriões não afetados que serão transferidos ao útero[56]. O diagnóstico genético pré-implantacional apresenta resultados mais exatos e confiáveis e a manipulação do material biológico é mais facilmente realizada quando comparado ao diagnóstico genético pré-conceptivo. A maior confiabilidade dos resultados do diagnóstico genético pré-implantacional se deve ao fato do material biológico analisado (blastômero) conter a dotação genética definitiva, enquanto que a maior facilidade de manipulação é consequência da dimensão superior do blastômero em relação ao corpúsculo polar. Além disso, o período de cultivo ao qual o embrião é submetido não aumenta o risco de anomalias cromossômicas, pois extraído o blastômero para a biópsia, o embrião continua seu processo normal de desenvolvimento *in vitro*[57]. Já em comparação com o diagnóstico pré-natal, as vantagens se constituem no menor tempo para a obtenção do resultado (o que diminui a angústia do (s) progenitor (es) e a desnecessidade de realização de um aborto eugênico, quando já existente um estado de gravidez[58]). No entanto, o diagnóstico genético pré-implantacional também apresenta problemas. Uma dessas questões diz respeito à viabilidade de averiguação do sexo do embrião, que permite detectar doenças genéticas ligadas ao sexo (o que é uma vantagem em comparação com o diagnóstico genético pré-conceptivo), mas também a seleção sexual por motivação meramente preferencial do(s) progenitor (es), o que pode ser prejudicial para a diversidade sexual humana. Ademais, essa espécie de diagnóstico genético também permite a verificação de características não patológicas, fato que pode gerar diminuição na

54. Aneuploidias: síndrome de Down, síndrome de Edwards, síndrome de Patau, síndrome de Turner, síndrome de Klinefelter e outras. Demais alterações de ploidia: triploidias e tetraploidias.

55. Translocações, inversões, deleções ou duplicações.

56. ABELLÁN, Fernando, op. cit., p. 25-29. Além das doenças genéticas e anomalias cromossômicas o autor ainda cita as anomalias multifatoriais (provocadas no gene por fatores ambientais).

57. EGOZCUE, José. Diagnóstico preconcepcional y preimplantatorio. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.). *Genética humana:* fundamentos para el estudio de los efectos sociales de las investigaciones sobre el genoma humano. Bilbao: Fundación BBV, 1995. p. 112-113.

58. EMALDI CIRIÓN, Aitziber. *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*. Bilbao; Granada: Comares, 2001. p. 96-97.

diversidade genética humana, caso seja oferecida deliberadamente ao(s) progenitor(es) a possibilidade de escolha dos caracteres genéticos do embrião[59].

No tocante ao diagnóstico genético pré-natal, pode-se dizer que é compreendido conceitualmente como o resultado interpretativo dos exames realizados no embrião/feto, ou seja, quando já existe um estado de gravidez. É seguido pela informação que é dada ao(s) progenitor(es) acerca da saúde e das condições de desenvolvimento do nascituro[60]. Em sentido mais estrito, o referido diagnóstico é utilizado para a obtenção de elementos informativos sobre defeitos congênitos no embrião/feto. Tais defeitos englobam toda anomalia de desenvolvimento morfológico, estrutural, funcional ou molecular presente ao nascer (mesmo manifestando-se posteriormente ao nascimento), externa ou interna, comum ou esporádica, hereditária ou não, única ou múltipla[61]. Ainda, na vertente genética, o diagnóstico genético pré-natal é o resultado interpretativo sobre a existência ou não de anomalias, malformações e doenças hereditárias ou genéticas no embrião/feto[62-63]. Os exames/testes para o diagnóstico pré-natal podem ser realizados em diferentes estágios da gravidez. São habitualmente classificados em duas categorias: a primeira corresponde ao grupo das técnicas de visualização, que permitem distinguir a estrutura morfológica do embrião/feto, tais como a ecografia, a embrioscopia e a fetoscopia. A segunda representa o grupo das técnicas de exame biológico, exemplificadamente, a amniocentese, a coriocentese, a cordocentese, de sangue materno, de fígado, pele e sangue fetal[64]. As referidas téc-

59. SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Direito penal genético e a lei de biossegurança:* lei 11.105/2005: comentários sobre crimes envolvendo engenharia genética, clonagem, reprodução assistida, análise genômica e outras questões. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. p. 72-74.

60. SCOTT, Rosamund. Prenatal screening, autonomy and reasons: the relationship between the law of abortion and wrongful birth. *Medical Law Review.* v. 11, p. 265, 2003.

61. CARRERA MACIÁ, José. Diagnóstico prenatal. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.), op. cit., p. 115, que utiliza a conceituação adotada pela OMS.

62. EMALDI CIRIÓN, Aitziber, op. cit., p. 119.

63. Apesar dos autores mencionados considerarem originalmente em seus conceitos que o diagnóstico (genético) pré-natal tem por objetivo verificar uma multiplicidade de problemas no *feto*, entendemos mais apropriado incluir também o *embrião*. Assim, consideramos o nascituro como *embrião* até o final da 10ª semana de desenvolvimento gestacional e, no período posterior, tratamos o nascituro como *feto*.

64. BACHELARD-JOBARD, Catherine. *L'eugénisme, la science et le droit*. Paris: Universitaires de France, 2001. p. 97. Também GAILLE, Marie; VIOT, Géraldine. Prenatal diagnosis as a tool and support for eugenics: myth or reality in contemporary French society? *Medicine, Health Care and Philosophy.* v. 16, p. 84, 2013.

nicas constituem um amplo espectro de opções para a elaboração do diagnóstico (genético) pré-natal, consolidando certas finalidades e/ou vantagens para essa espécie de diagnóstico. Dessa maneira, é possível tranquilizar o(s) progenitor (es) de que o embrião/feto não apresenta nenhum tipo de doença ou malformação, inclusive genética; permite o tratamento genético, cirúrgico ou medicamentoso para curar ou amenizar a presença de certas anomalias; indica o modo de realização do parto e determina o tratamento que será aplicado após o nascimento[65]. Entretanto, o diagnóstico (genético) pré-natal também suscita problemas, especialmente em razão da possibilidade de seleção de sexo e características do nascituro (sem vinculação terapêutica ou preventiva), de prática do aborto eugênico[66] e de incidência dos resultados diagnósticos denominados *falsos positivos* (quando é verificada a presença de uma anomalia que na realidade é inexistente) e de *falso negativo* (quando não é apurada uma anomalia que na verdade existe[67]). Assim, esse tipo de diagnóstico propicia ações de natureza seletiva, relacionadas à escolha do sexo e outras características do nascituro, voltadas para atender a mera preferência caprichosa do(s) progenitor(es) [68].

4. Bioética, seleção genética e diversidade genética humana

A partir do que foi mencionado acima, pretende-se constituir uma proposta bioética aplicada à questão que envolve a seleção de sexo e de características genéticas humanas que possa atuar como diretriz valorativa e sustentáculo para uma eventual regulação no âmbito jurídico-penal. No entendimento de Gracia Guillén[69], apesar da diversidade de tradições filosóficas e éticas, todo sistema bioético deve cumprir com os seguintes requisitos: secularismo, pluralismo, universalidade, autonomia e racionalidade. Além dos referidos requisitos que se impõem ao sistema bioético, podemos afirmar que o mesmo é constituído por uma estrutura subdividida em diversos níveis elementares. Adotando a

65. ROMEO CASABONA, Carlos María. *Genética y derecho:* responsabilidad jurídica y mecanismos de control. Buenos Aires: Astrea, 2003. p. 103.

66. Para um estudo detalhado dos aspectos éticos, jurídico-penais e constitucionais do aborto eugênico: CONTI, Paulo Henrique Burg. *Aborto eugênico:* aspectos éticos e jurídico-penais em face da Constituição Federal. Criciúma: Ediunesc, 2012.

67. BACHELARD-JOBARD, Catherine, op. cit., p. 101.

68. EMALDI CIRIÓN, Aitziber. *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*. Bilbao; Granada: Comares, 2001. p.141-142.

69. GRACIA GUILLÉN, Diego. *Fundamentación y enseñanza de la bioética*. Bogotá: El Búho, 1998. p. 18-20.

proposta de Ferrer e Álvarez, com singelas modificações[70], tal estrutura apresenta, da base ao ápice, a seguinte forma: 1) teoria filosófica, 2) fundamento, 3) cânone, 4) princípios e 5) juízo moral específico.

A estrutura que edifica o sistema bioético é a teoria filosófica. Tal elemento deve atuar no sentido de esclarecimento do significado fundamental daquilo que denominamos de realidade, uma vez que a vida moral consiste em uma responsabilização contínua sobre essa realidade[71]. Optamos pela fenomenologia dos sentidos e pela ontologia biológica do filósofo Hans Jonas, que, partindo de uma interpretação ontológica dos fenômenos biológicos, busca superar o antropocentrismo da filosofia idealista e existencialista, assim como o materialismo das ciências naturais. Nesse sentido, por um lado, acredita que tanto o existencialismo como outras teorias filosóficas que o precederam, no momento em que atribuíram ao ser humano o papel central em sua visão de mundo, limitaram a própria compreensão do mundo orgânico das visões que a autopercepção humana lhe oferece. Por outro lado, o materialismo da biologia científica, cujas regras a mantêm vinculada estritamente aos fatos físicos exteriores, desconsidera a dimensão da interioridade, que é parte integrante da vida. Em decorrência disso, desaparece a distinção entre ser *animado* e ser *inanimado* e, consequentemente, o sentido da vida, quando explicado unicamente através da matéria. Para Jonas uma releitura filosófica da biologia científica pode reinserir uma dimensão interior para a compreensão das coisas orgânicas, reconstituindo a unidade psicofísica da vida[72]. Para isso, Jonas aplica o conceito de *sistema* ao âmbito da vida, aos objetos vivos. Assim, o *sistema* é determinado pela ideia de conjunto, que contém uma pluralidade de elementos concatenados em uma unidade. Tais elementos se determinam mutuamente, de forma que o *sistema* seja preservado. No entanto, essa conservação do *sistema* se concretiza através da atuação transformadora, ou seja, é por meio da mudança que se dá a conservação, é por meio da multiplicidade que se estabelece a unidade e, ambas através de uma realidade física de força. A diferença/diversidade constitui elemento essencial do *sistema*, não sendo anulada pela totalidade e nem anulando a totalidade do mesmo. Portanto, o equilíbrio e a harmonia do sistema, dos quais depende sua preservação, advém do seu

70. FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar a bioética:* teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 2005. p. 462-464, 468, 474-475 e 488-489.

71. Ibid, p. 463.

72. JONAS, Hans. *O princípio vida:* fundamentos para uma biologia filosófica. Trad. Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 07.

dinamismo, do meio-termo entre o *devir* e o *perecer*, o *ser* e o *não ser* [73-74]. Assim, diante da fenomenologia dos sentidos e da ontologia biológica de Hans Jonas, acreditamos que: 1) no viés da fenomenologia, a possibilidade que o ser humano adquiriu de selecionar o sexo e as características genéticas de sua descendência se enquadra como uma novidade cognitivo-científica e técnica, oriunda do livre controle do movimento e da *imaginação* humana, que permitem a recriação e criação de objetos e saberes (*homo pictor*) e 2) no âmbito da ontologia biológica, qualquer agir no sentido de selecionar o sexo e/ou características genéticas representa uma interferência no *sistema orgânico aberto* do ser humano. Tal interferência na autodeterminação do *sistema* coloca em risco o equilíbrio e a conservação desse mesmo *sistema*, uma vez que, além de produzir efeitos negativos sobre a identidade orgânica, também acarreta a diminuição da diversidade orgânica (no caso específico, da diversidade genética). Em face de tal panorama, desse hiato, estabelecido entre a nova dimensão do poder de agir do ser humano e a capacidade de previsibilidade das consequências geradas por esse agir, se impõe a necessidade de um fundamento bioético pautado na ideia de responsabilidade. Definida por Jonas[75] como princípio, a responsabilidade implica um *dever*, primeiramente um *dever-ser* de algo e, sequencialmente, um *dever-fazer* de alguém como resposta àquele *dever-ser*. Assim, de um lado, se encontra o *objeto/outro*, na insegurança de sua existência e, de outro lado, o *sujeito*, na consciência de seu poder de intervenção no *ser* das coisas (e, diga-se de passagem, no seu próprio *ser* – caso da intervenção do ser humano no seu processo evolutivo), unidos no sentimento de responsabilidade afirmativa do *eu ativo*. Agir responsavelmente, portanto, significa cumprir com a obrigação de cuidar do bem-estar, do interesse e do destino do(s) outro(s).

73. JONAS, Hans. *O princípio vida:* fundamentos para uma biologia filosófica. Trad. Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 76-77, 82 e 85. O ser humano (como organismo vivo que é) pode ser considerado, individualmente, um *sistema orgânico aberto* e, ao mesmo tempo, elemento integrante de *sistemas* mais amplos. Sua conservação como espécie e organismo vivo também depende dos elementos e das características supramencionadas.

74. Para alicerçar sua explanação acerca da aplicação do conceito de *sistema* ao âmbito da vida, Jonas utiliza principalmente a ideia de *sistema aberto* de Bertalanffy (BERTALANFFY, Ludwig von. *General system theory:* foundations, development, applications. New York: George Braziller, 1968. p. 289). Em especial os capítulos 5 e 6.

75. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade:* ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto; PUCRio, 2006. p. 41 e 167-170.

Como terceiro elemento do sistema bioético, o cânone da bioeticidade estabelece aquilo da virtude, do valor moral, que é merecedor de respeito. Tomando isso em consideração, a nossa proposta de cânone bioético está assentada sob duas bases que entendemos não serem excludentes entre si, mas que se complementam, apesar de oriundas de teorias filosóficas distintas. Uma delas é oferecida pelo filósofo Immanuel Kant[76], na formulação de seu segundo imperativo categórico. Kant reconhece a respeitabilidade ao ser humano um dever ético pelo fato de todo ser humano possuir uma dignidade intrínseca. A outra é estabelecida pelo filósofo Hans Jonas[77] através do seu imperativo de responsabilidade.

Assim, partimos da noção de dignidade kantiana e de responsabilidade jonasiana para oferecer o seguinte cânone de bioeticidade: 1) negativamente (o que não se deve fazer) – "aja de maneira que tuas ações não exponham a continuidade da vida ao dano ou ao risco de dano" e 2) positivamente (o que se deve fazer) – "inclua ao teu agir a igual consideração e respeito aos seres humanos atuais (individualmente e em seu conjunto) e aos seres humanos futuros e demais seres vivos (em seu conjunto)".

Os princípios emergem como o quarto elemento constituinte da estrutura do sistema bioético. Desde a formulação dos princípios de ética biomédica por Beauchamp e Childress[78], no final da década de 70 do século passado, o principialismo se consolidou como o paradigma dominante no campo da Bioética. Nada põe em dúvida sua utilidade (apesar das críticas feitas ao longo do tempo[79]), no entanto, alguns apontamentos devem ser realizados. A ausência de uma hierarquização no principialismo de Beauchamp e Childress acarreta um déficit metodológico na aplicação dos princípios aos casos concretos, propiciando a ocorrência de situações nas quais o conflito entre os princípios se torna irresolúvel. Em razão disso, emerge a necessidade de uma hierarquização principiológica, de forma que a referida aplicação siga uma logicidade pré-determinada.

---

76. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. p. 306.

77. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade:* ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC-Rio, 2006. p. 47-49.

78. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. 5. ed. New York: Oxford University, 2001.

79. Apesar do modelo bioético de Beauchamp e Childress carecer de uma base teórico-filosófica e possuir um sistema metodológico que propicia a irresolubilidade de determinados conflitos éticos, é inegável que incorpora um conteúdo material que, inserido numa estrutura ética sistematizada, atua como elemento de extrema relevância para a Bioética.

Nesse viés, acreditamos que o modelo de principialismo hierarquizado desenvolvido pelo médico e filósofo espanhol Gracia Guillén constitui verdadeira resposta ao problema apontado. Segundo Gracia Guillén[80], os quatro princípios bioéticos devem ser estruturados em dois níveis diferentes, que definem as duas dimensões da vida moral: um nível de gestão pública, formado pelos princípios de não maleficência e de justiça e outro, de gestão privada, composto pelos princípios de respeito à autonomia e de beneficência.

Partindo dessa distinção entre o nível de gestão pública e o nível de gestão privada, Gracia Guillén[81] estabelece a hierarquia entre os princípios. Assim, pela regra hierárquica, em caso de conflito entre deveres desses dois níveis, os deveres de nível público possuem prioridade sobre os deveres de nível privado. Nesse sentido, o filósofo entende que a não maleficência, ou seja, o dever de não causar dano à outra pessoa é claramente superior à beneficência, isto é, ao dever de promover benefícios. Também sustenta o mesmo raciocínio no que se refere à relação entre a não maleficência e a justiça, ou seja, a primeira ocuparia uma posição hierárquica superior em relação à segunda. Já a superioridade hierárquica da não maleficência e da justiça em relação a beneficência é explicada pelo fato de que um ato de beneficência deve ser promovido e recebido livremente e por isso está intrinsecamente vinculado com a autonomia, o que justifica a opinião do filósofo de que a beneficência e a autonomia são princípios estreitamente relacionados, integrantes do mesmo nível, dos deveres privados e, por isso, situados hierarquicamente abaixo dos deveres de nível público.

Mas como o principialismo hierarquizado de Gracia Guillén deve orientar bioeticamente o uso das tecnologias na esfera genética e reprodutiva humana? Entendemos que incidem limitações impostas pelos princípios de não maleficência e de justiça (nível de gestão pública) sempre que o conhecimento científico e as biotecnologias sejam utilizadas sob uma forma e uma finalidade que, por um lado, acarretem danos ou riscos de danos aos seres humanos e, por outro, promovam uma situação de desigualdade e discriminação entre as pessoas. Apenas se a aplicação técnica não gerar essas consequências, ou seja, estiver em consonância com os princípios do nível de gestão pública, é que se poderá dar preferência ao exercício dos princípios do nível de gestão privada, a autonomia e a beneficência.

80. GRACIA GUILLÉN, Diego. *Fundamentación y enseñanza de la bioética*. Bogotá: El Búho, 1998. p. 100.

81. GRACIA GUILLÉN, Diego. *Fundamentación y enseñanza de la bioética*. Bogotá: El Búho, 1998. p. 97.

Dessa forma, pensamos que para o proferimento de um juízo moral específico acerca do uso das técnicas genéticas e de reprodução humana deve-se considerar: 1) a finalidade almejada, isto é, se o que se pretende é um fim terapêutico ou não terapêutico (seleção – para fins de preferência ou *enhancement*) e 2) se o procedimento ocorre na linha celular somática (células já diferenciadas) ou germinal (células totipotentes). Assim, quanto à finalidade, o viés terapêutico (terapia gênica) busca tratar defeitos genéticos hereditários (quando transmitidos pelos genes dos progenitores), não hereditários (quando as anomalias são oriundas por erros imprevistos na formação das células sexuais) e congênitos (quando ocorrem no transcurso do desenvolvimento embrionário em razão de mutações)[82]. A terapia consiste na introdução de material genético em células humanas, podendo ser realizada mediante dois métodos: *ex vivo/in vitro*, no qual a correção genética é feita externamente ao organismo, geralmente mediante a extração de células autólogas, da medula óssea ou de fibroblastos cultivados a partir de biópsia cutânea ou *in vivo/in situ*, quando tal correção ocorre no interior do organismo, através da administração do gene na corrente sanguínea, em contato com o órgão ou tumor alvo[83-84].

Ademais, a terapia gênica também pode ser distinguida conforme o procedimento ocorra sobre a linha celular somática ou a linha celular germinal. No primeiro tipo, a técnica consiste em inserir em um organismo doente, unicamente o gene que o mesmo necessita para estar curado. É substituído um gene deficiente por um gene normal, enxertado diretamente no genoma. Esse gene normal passa a integrar o ADN, sintetizando a proteína deficiente. Nesse caso, não há alteração ao nível de hereditariedade, vez que a característica alterada não será transmitida aos descendentes. Já o segundo tipo consiste em agregar às células germinais (totipotentes: espermatozoide, óvulo ou óvulo fecundado) o gene desejável. A partir de então o gene se replicará e a característica terapêutica expressa por ele será transferida para todas as demais células do organismo, modificando o indivíduo e também sua descendência[85].

---

82. ROMEO CASABONA, Carlos María. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 1994. p. 366.

83. ARDAILLOU, Raymond. La thérapie génique: sa place actuelle et son avenir. *La Revue de Médecine Interne*. v. 23, 2002. p. 679-680.

84. SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana:* contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 179.

85. BACHELARD-JOBARD, Catherine. *L'eugénisme, la science et le droit*. Paris: Universitaires de France, 2001. p. 117-118.

Como afirma Leclerc[86], pareceres e diretivas produzidos por organismos governamentais de diversos países aprovam a terapia gênica na linha celular somática e, de nossa parte, também compreendemos que essa espécie terapêutica não acarreta problemas de ordem bioética. Explicamos. As aplicações técnicas são realizadas pontualmente, de maneira restrita e individualizada, com objetivo corretivo. A intervenção no sistema orgânico está em consonância com o agir eticamente responsável, não há produção de malefícios (dano ou risco de dano, inclusive à diversidade genética), a ação não apresenta índole discriminatória (não atenta contra o princípio de justiça), há o respeito à autonomia (em querer ou não querer se utilizar do procedimento) e ainda produz benefícios relacionados à saúde. Portanto, as ações orientadas à terapia gênica somática estão em conformidade com a principiologia bioética hierarquizada, a responsabilidade e a dignidade humana[87].

No entanto, o uso das tecnologias genéticas e reprodutivas também pode estar voltado para fins não terapêuticos, intervindo-se tanto na linha celular somática quanto na linha celular germinal. Esse caso corresponde àquilo que definimos por *seleção genética*. Assim, na seleção genética os progenitores optam deliberadamente pelo sexo e/ou pelas características genéticas de sua descendência, motivados pela mera preferência ou por razão de *enhancement* genético. É aqui que se abrem as portas para o perigoso horizonte do eugenismo e de novas práticas eugênicas que podem causar dano à diversidade genética humana.

Quanto à seleção de sexo (não terapêutica), a natureza motivacional da seleção é de caráter preferencial, ou seja, os progenitores optam em ter um bebê do sexo masculino ou feminino levando em consideração fatores culturais, sociais, econômicos e pessoais ou ainda porque pretendem ter uma criança do sexo oposto àquela(s) que já possuem (*balanço familiar*)[88]. Esses fatores também podem

86. LECLERC, Bruno. Terapia gênica. In: HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène. *Dicionário da bioética*. Trad. Maria de Carvalho. Lisboa: Piaget, 1998. p. 347-348. Também BACHELARD-JOBARD, Catherine, op. cit., p. 118.

87. O mesmo não ocorre com a terapia gênica na linha celular germinal. Apesar de estar caracterizada pela não discriminação, pelo respeito à autonomia e, num primeiro momento, pela produção de benefícios, a intervenção acarreta a transmissão das características genéticas alteradas à descendência. Em razão disso, num segundo momento, diante de um panorama ambiental diferente, pode ser prejudicial a essa mesma descendência. Portanto, partindo do espectro de um agir eticamente responsável, não seria aconselhável a intervenção genética na linha celular germinal, mesmo tendo, inicialmente, caráter terapêutico.

88. BADALOTTI, Mariangela. Seleção de sexo: aspectos médicos e biológicos. In: CLOTET, Joaquim; GOLDIM, José Roberto (Orgs.). *Seleção de sexo e bioética*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 14.

ser aplicados naquilo que tange à preferência por certas características genéticas em detrimento de outras. Já a seleção de características genéticas por razão de *enhancement* é diferente. Neste caso, a natureza da seleção é de caráter perfectivo, isto é, os progenitores almejam uma prole dotada de características, capacidades ou habilidades físicas, psico-mentais ou intelectuais superiores. O que se quer alcançar é a perfeição, o fortalecimento ou o controle de certos processos biológicos limitadores[89].

A nosso ver, a seleção genética (em caráter preferencial ou de *enhancement*) apresenta sérios problemas bioéticos, em razão de sua finalidade não terapêutica. As aplicações técnicas podem ser realizadas de maneira irrestrita, generalizada, objetivando satisfazer as preferências dos progenitores e a *perfeição* da prole de acordo com a lógica e as regras mercadológicas de prestação de serviços. A intervenção no sistema orgânico não condiz com um agir eticamente responsável, incidindo no desrespeito aos princípios bioéticos do nível de gestão pública, uma vez que produz malefícios (dano ou risco de dano, inclusive à diversidade genética) ao mesmo tempo em que contraria o conteúdo material do princípio de justiça (promove a discriminação sexual e genética). O exercício da liberdade reprodutiva (autonomia) não é proporcional ao da paternidade responsável e os benefícios gerados são questionáveis[90].

5. A tutela jurídico-penal da diversidade genética humana

O constitucionalismo contemporâneo vem demarcando uma nova etapa do positivismo jurídico, projetando significativos efeitos sobre o fenômeno da interpretação constitucional, que vão incidir reflexivamente também sobre o Direito Penal. A Constituição tem a sua normatividade densificada por princípios que guiam a

89. ROMEO CASABONA, Carlos María. Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora: (*enhancement*) en neurociencias. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.); MAROTO CALATAYUD, Manuel (Coord.). *Neurociencias y Derecho Penal:* nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer, 2013. p. 162.

90. Posicionam-se contra a prática de seleção genética (em caráter preferencial ou de *enhancement*): Hans Jonas (JONAS, Hans. *Técnica, medicina y ética:* la práctica del principio de responsabilidad. Trad. Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós, 1997), Jürgen Habermas (HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana.* Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004) e Michael Sandel (SANDEL, Michael. *Contra a perfeição:* ética na era da engenharia genética. Trad. Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013).

criação e a aplicação do Direito[91]. A influência dos valores constitucionais sobre o ordenamento jurídico-penal incide em diversos âmbitos, incluindo os novos interesses justificadores de tutela penal[92], sem se olvidar, obviamente, da necessidade de que a norma jurídico-penal esteja em conformidade com a Constituição. Em face disso, alguns princípios jurídico-constitucionais são orientadores e legitimadores da tutela jurídico-penal da diversidade genética humana, a saber: a precaução, a dignidade humana, a igualdade (na dimensão de não discriminação genética) e o livre planejamento familiar vinculado à paternidade responsável.

A incorporação do princípio da precaução nos mais variados textos jurídicos não nos deixa dúvidas de seu amplo reconhecimento como um instrumento de biossegurança destinado a proteger, tanto o meio ambiente como os seres humanos, dos danos e perigos de danos oriundos das ações humanas. Romeo Casabona estabelece um conceito muito bem adequado ao princípio, definindo-o como a atitude que deve observar qualquer pessoa que tome uma decisão relativa a uma atividade, a qual se pode supor comportar razoavelmente um perigo grave para a saúde ou a segurança, seja das gerações atuais e das gerações futuras ou para o meio ambiente. Assim, nos casos em que há máxima relevância de alguns bens merecedores de tutela penal e fundada suspeita de ameaça de certos riscos de elevada gravidade, justifica-se e legitima-se a repressão de condutas infratoras de controles instaurados, em atenção ao princípio da precaução, permitindo o reconhecimento da perigosidade da conduta[93].

No que diz respeito à dignidade humana, Beyleveld e Brownsword[94] oferecem relevante contribuição para o entendimento da noção conceitual do princípio,

91. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil:* ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003. p. 14-18.

92. PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1989. p. 116-120.

93. ROMEO CASABONA, Carlos María. Aportaciones del principio de precaución al derecho penal, p. 390 e 420-422; MENDOZA BUERGO, Blanca. Principio de precaución, derecho penal del riesgo y delitos de peligro. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.), *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Bilbao; Granada: Comares, 2004, p. 473. No Brasil, apesar de não estar consagrado formalmente na Constituição Federal, o princípio da precaução foi recebido e incorporado expressamente no ordenamento jurídico nacional nas Leis 11.105/2005 (art. 1º), 11.428/2006 (art. 6º, parágrafo único) e 12.187/2009 (art. 3º). Sobre o princípio da precaução no direito penal brasileiro, vide, desenvolvidamente, BOTTINI, Pierpaolo. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 61, p. 44-121, 2006.

94. BEYLEVELD, Deryek; BROWNSWORD, Roger. *Human dignity in bioethics and biolaw.* Oxford: Oxford University, 2001. p. 11 e 12-28.

tendo como base a tradição kantiana. Os autores explicam que a dignidade humana pode ser compreendida como *empowerment* ou como *constraint*. Assim, a dignidade humana como *empowerment* é aquela intrínseca de todos os seres humanos, que atua como o fundamento para o agir, bem como para o reconhecimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. O *empowerment* (capacidade, autonomia) se constitui a partir do direito ao respeito da dignidade de cada ser humano e do direito às condições para que a dignidade do ser humano possa ser promovida. Por outro lado, a dignidade humana como *constraint*, que surgiu mais recentemente a partir de tratados que versam sobre Bioética, é aquela que atua como limitadora da liberdade de escolha (decisão). No entanto, essa limitação é aberta à interpretação, tais como a limitação pela virtude de ser um bem coletivo (representado pela visão de cada sociedade e o tipo de sociedade que se quer) e a limitação através do ponto de vista de que é tão errado comprometer a própria dignidade como a dignidade dos demais[95]. Beyleveld e Brownsword entendem que a dignidade como *empowerment* e a dignidade como *constraint* são duas noções opostas, ou seja, duas concepções rivais[96]. Nesse ponto discordamos dos autores. Assim como Andorno[97], acreditamos que a dignidade do ser humano pode ser vista como *empowerment* e *constraint*, de forma que a autonomia individual e os limites a ela impostos atuem complementarmente, constituindo duas diferentes dimensões da mesma dignidade humana. É exatamente pelo fato dos seres humanos possuírem um valor intrínseco e serem titulares de direitos e liberdades que merecem ser protegidos contra os atos que sejam contrários à integridade e promoção da dignidade[98]. No âmbito jurídico, a dignidade humana passou a integrar o texto de inúmeros tratados internacionais e constituições nacionais. A partir de sua recepção na ordem normativa, se estabeleceu uma nova forma de pensar a relação sócio-política baseada no sistema jurídico. A dignidade humana transformou-se no princípio e no fim do Direito contemporâneo. De acordo com Rocha[99], a justiça

95. Ibid, p. 11 e 29-47.

96. Ibid, p. 46.

97. ANDORNO, Roberto. Dignidad humana (jurídico). In: ROMEO CASABONA, Carlos María. (Dir.). *Enciclopedia de bioderecho y bioética*. Granada: Comares, 2011. t. I. p. 660.

98. Considerando que a dignidade do ser humano apresenta duas dimensões, de *empowerment* e de *constraint*, entendemos ser plenamente possível vincular tais dimensões da dignidade ao modelo teórico bioético do principialismo hierarquizado de Gracia Guillén. Assim, a dignidade humana como *empowerment* englobaria os princípios de autonomia e beneficência (de ordem privada) e a dignidade humana como *constraint* conteria os princípios de não maleficência e justiça (de ordem pública).

99. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. v. 2, n. 2, p. 49-50, 2001.

manifestada no sistema jurídico emana e se fundamenta na dignidade humana, independentemente de merecimento pessoal ou social, uma vez que é inerente à vida. Assim, como princípio jurídico, a dignidade humana atua de forma a proteger o ser humano, criando as garantias institucionais necessárias.

A questão relativa à tutela da diversidade genética humana também envolve o princípio da igualdade (sob o viés de não discriminação). De acordo com Miranda[100], o sentido da igualdade, compreende dois âmbitos: um negativo e outro positivo. No viés negativo, o princípio da igualdade consiste na vedação de privilégios e discriminações, onde os primeiros seriam entendidos como situações de vantagem e as últimas como situações de desvantagem, ambas não justificadas. Por outro lado, no âmbito positivo, o princípio da igualdade exige que, em situações iguais, o tratamento seja igual e que, em situações desiguais, o tratamento seja desigual (em razão da diversidade das circunstâncias ou da natureza das coisas). Na explicação de Mello[101], os ditames constitucionais que proíbem a discriminação por motivo de raça, sexo, credo religioso, (características genéticas), e etc..., colocam em evidência certos traços que não podem, por razões preconceituosas, serem tomados gratuitamente como *ratio* ou justificativa legitimadora da discriminação. Nesse sentido, com o princípio da igualdade, a ordem jurídica pretende garantir que não sejam possibilitadas ações de desequiparação por motivo fortuito e injustificado, ou seja, qualquer ação discriminatória que não for devidamente baseada numa razão consubstanciada no bem público representa um exercício eivado de arbitrariedade.

Ademais, a Constituição de 1988 também reconheceu o planejamento familiar como um direito, não vinculado a nenhuma política de controle de natalidade (demográfico), econômica ou eugenista, mas à livre decisão do casal, que passa a ser responsável pelo número de filhos e pelo pleno desenvolvimento dos mesmos. Reconhecendo que a família representa a base da sociedade e, por isso, possui especial proteção do Estado, o texto constitucional, em seu art. 226, § 7º, expõe que o planejamento familiar é fundamentado no princípio da dignidade humana e no princípio da paternidade responsável. Há vedação de qualquer tipo de imposição, sendo proibidas coerções de entidades públicas ou privadas.[102]

100. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. v. 4. p. 237-241.

101. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 17-18.

102. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 852.

Portanto, tendo em vista os princípios supra enunciados, podemos depreender que a utilização das tecnologias aplicadas ao campo da reprodução humana e da genética (incluindo-se os diagnósticos genéticos), direcionada à seleção de sexo e/ou características genéticas, deve estar a eles vinculados. Tais atividades realizadas sem motivação terapêutica ou preventiva contêm uma dimensão de risco à diversidade genética humana, de forma que, sob o viés da precaução, o interesse público deve prevalecer (ou pelo menos limitar) o exercício da autonomia privada (reprodutiva). Ademais, nessa situação há o enquadramento do ser humano futuro como um instrumento para um fim que lhe é alheio, ou seja, representa uma prática que se coloca contrária à dignidade humana[103], no que tange ao princípio da igualdade, não se apresenta a devida justificação racional para a desigualação, uma vez que a finalidade de utilização das biotécnicas – que se insere naquilo que denominados de *discriminação genética* – discrimina (na preferência) e/ou privilegia (no *enhancement*)[104]. Enfim, deve-se ressaltar que a liberdade procriativa não pode ser exercida de qualquer maneira, vez que os direitos reprodutivos não são absolutos e os direitos da prole e o bem comum impõem limites. Assim, se não há vinculação à finalidade terapêutica ou preventiva, mas apenas à satisfação de uma preferência dos progenitores ou para promover *enhancement* não se configura aquilo que consideramos ser uma liberdade reprodutiva responsável.

Verificado que uma possível tutela jurídica da diversidade genética humana se apresenta em conformidade com a Constituição, resta analisarmos se a diversidade genética humana representa um bem jurídico-penal legítimo. Com esse intento, são verificadas a seguir algumas teorias que procuram explicar a legitimidade/natureza e as características do bem jurídico-penal.

Conforme Wohlers[105], "[...] na ciência alemã do Direito Penal a problemática da legitimação de normas penais é equiparada à procura por um bem jurídico

103. ANDORNO, Roberto. Dignidad humana (jurídico). In: ROMEO CASABONA, Carlos María. (Dir.). *Enciclopedia de bioderecho y bioética*. Granada: Comares, 2011. t. I. p. 662-664.

104. BACHELARD-JOBARD, Catherine. *L'eugénisme, la science et le droit*. Paris: Universitaires de France, 2001. p. 216-217.

105. WOHLERS, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 90, , p. 98-99, 2011. Na verdade, como refere Wohlers (Ibid, p. 101 e 105), "a teoria do bem jurídico sozinha pode apenas, no entanto, filtrar os objetos de proteção ilegítimos a partir dos fundamentos no interior de determinada estrutura normativo-social" e "o potencial crítico ao sistema da teoria do bem jurídico não advém de um conceito de bem jurídico preexistente", mas é inteiramente dependente dos padrões e exigências externas ou sociais a ele dirigidos.

legítimo [...]" (grifo nosso), sendo que a teoria do bem jurídico é dependente, nesse sentido, de duas perguntas centrais: a) pode o círculo de bens jurídicos legítimos ficar circunscrito apenas a uma espécie de classe de bens jurídicos dotados de determinadas características? b) em que medida podem os bens jurídicos que não apresentam uma corporificação objetiva, substancial, serem inseridos no círculo dos bens jurídicos considerados legítimos? Visando elucidar esses questionamentos, passa-se a analisar as duas correntes dogmáticas principais a respeito da legitimidade/natureza dos bens jurídico-penais: a teoria monista (subdividida em monista pessoal e monista não pessoal) e a teoria dualista.

A concepção monista pessoal compreende que o bem jurídico não consiste numa espécie de salvo conduto de toda *ratio legis* das normas penais, mas na possibilidade de oferecer argumentos para a aplicação do Direito Penal e a elaboração de uma política criminal clara, controlável e orientada à pessoa. O monismo personalista e sua compreensão do bem jurídico seguem, portanto, na direção de reconhecer um Direito Penal vinculado a princípios, que se justifica na medida em que protege interesses humanos dignos de tutela[106]. Precisamente, o objetivo da teoria monista pessoal é funcionalizar os interesses gerais a partir dos interesses individuais, derivando os bens sociais e estatais dos bens pessoais. Para essa teoria, os interesses gerais apenas podem ser reconhecidos legitimamente na medida em que servem aos interesses pessoais. No entender de Hassemer e Muñoz Conde[107], apenas a teoria monista personalista do bem jurídico é capaz de invocar, com legitimidade, uma concepção liberal de Estado, isto é, uma concepção que legitima a ação do Estado a partir da perspectiva da pessoa. Neste viés, os bens jurídicos da comunidade apenas podem ser invocados na medida em que (mediatamente) sejam também interesses do indivíduo. Assim, essa vertente teórica defende a vigência de um elaborado sistema de imputação de responsabilidade, assentado sobre um vasto arcabouço de garantias individuais. Para evitar a desnaturalização do Direito Penal clássico e atender ao mesmo tempo às exigências de controle social, vinculadas aos problemas sociais originados na sociedade de risco, tal corrente propõe um novo *direito de intervenção*, que se encontraria a meio caminho entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. Esse *Direito de intervenção* seria encarregado da nova criminalidade e poderia conter regras de imputação e garantias menos estritas, acompanhadas de sanções de menor gravidade que as penais[108]. A partir de tal conjuntura,

106. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminologia y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1989. p. 112-113.

107. Ibid, p. 109.

108. DÍEZ RIPPOLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 1, p. 6, 2005.

Hassemer defende a ideia de que o Direito Penal deve proteger e resguardar com ênfase os elementos pessoais, pois sua tarefa não é a segurança geral ou a diminuição de danos sociais, mas a imputação de um crime a uma pessoa. Em razão disso, não se pode abrir mão da tradição personalista da teoria do bem jurídico, ou seja, deve haver uma funcionalização dos interesses da coletividade e do Estado a partir do indivíduo. Os bens jurídicos universais apenas apresentarão uma base legítima quando constituírem interesses indiretos do indivíduo[109]. Hassemer situa os bens jurídicos supraindividuais num plano inferior aos bens jurídicos individuais por considerar que os primeiros não apresentam autonomia e nem supremacia frente aos últimos. Apesar de reconhecer a existência de bens jurídicos universais nos ordenamentos jurídico-penais, o criminalista entende que apenas há legitimação de tais bens jurídicos enquanto servirem a interesses humanos necessitados de tutela penal[110]. Por outro lado, para a teoria monista não pessoal do bem jurídico, os objetos de tutela penal apresentam como titulares o Estado e a coletividade, num todo indivisível. Tendo origem na obra de Karl Binding[111], o viés monista não pessoal reconhece que todos os bens jurídicos possuem um valor social e, por isso, são passíveis de uma tutela social. Em decorrência disso, não seria cabível traçar uma linha divisória entre bens individuais, de um lado, e, bens de titularidade do Estado e da sociedade, de outro. Por mais individual que um bem jurídico possa aparentemente ser, o Direito apenas o considera em face da comunidade jurídica, da totalidade[112]. Seguindo essa tradição, Erich Schwinge afirma que no momento em que o legislador submete à tutela jurídica uma determinada situação, o faz, geralmente, porque a coletividade possui interesse na manutenção incólume de tal situação. No seu entendimento, é função dos preceitos penais a garantia dos valores da coletividade e, desse modo, se constitui como objeto de proteção um bem vital ou cultural, reconhecido pela sociedade como um valor suscetível de pretensão jurídica, a ser efetivamente

109. HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. Trad. Fernanda Lara Tórtima. In: GRECO, Luís (Org.); TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 17.

110. SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana:* contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 292-293. Também HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. Trad. Fernanda Lara Tórtima. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.), Op. cit, p. 19-22.

111. Maurach e Zipf esclarecem que Binding aderiu à ideia de Ihering. (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal:* parte general. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. 7. ed. Buenos Aires: Astrea, 1994. v. I, p. 337).

112. SOUZA, Paulo Vinicius, op. cit., p. 293-294.

assegurado pelo ordenamento jurídico-penal[113]. Em caminho semelhante, Leopold Zimmerl defende a ideia de que cabe ao Direito Penal a tarefa, em primeira linha, de tutela da comunidade. A conduta lesiva seria aquela que afronta e/ou impossibilita a existência de uma determinada coletividade, de forma que tal lesividade social é que constituiria o fundamento da antijuridicidade. Assim, para Zimmerl, todo comportamento antissocial lesiona os interesses da comunidade. Em rigor, todos os bens protegidos pela norma jurídico-penal seriam bens sociais. Dessa forma, mesmo quando se faz referência a bens jurídicos definidos por alguns como *individuais*, tais bens devem ser compreendidos como *sociais*, vez que não perdem essa característica por se configurarem juridicamente de forma mediata, através da titularidade de sujeitos individuais. Nesse viés, Zimmerl sustenta que o particular apenas poderá ser titular da tutela do ordenamento jurídico enquanto possuidor da qualidade de membro da sociedade[114].

Por seu turno, a teoria dualista sustenta que os bens jurídico-penais possuem natureza tanto individual como supraindividual, ou seja, os objetos jurídicos de tutela penal podem ter como titulares, tanto o indivíduo como a coletividade, o Estado e, no âmbito do Direito Penal Internacional, a própria humanidade. Já suscitada essa distinção desde o pensamento de Birnbaum, coube a Liszt e, posteriormente (principalmente) a Klaus Tiedemann, tal diferenciação teórica[115.] Liszt ensina que, em última análise, os bens jurídicos atacados pelo crime e tutelados pelo Direito Penal dizem respeito à existência humana e suas diversas formas de manifestação; os interesses relacionados ao existir humano, inseridos na diversidade fenomenológica, se apresentam e, por isso, devem ser considerados em duas dimensões: individual e coletiva[116]. Tiedemann aprofunda essa distinção dimensional sustentando a desnecessidade de qualquer vinculação entre a titularidade de bens jurídicos supraindividuais e a titularidade de bens jurídicos individuais, ou seja, seria possível a coletividade e o Estado serem titulares ou portadores autônomos de bens jurídicos supraindividuais independentemente de qualquer ligação com o indivíduo concreto ou de qualquer instrumentalização dos respectivos bens jurídicos supraindividuais em face de bens jurídicos

113. SCHWINGE *apud* POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito*. Corrientes: Mave, 2000. p. 383-387.

114. ZIMMERL *apud* POLAINO NAVARRETE, Miguel, op.cit., p. 387-392.

115. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito*. Corrientes: Mave, 2000. p. 295-296.

116. LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Tradu. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006. v. II. (Obra fac-similar de: Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899), p. 1.

individuais[117]. Portanto, "[...] a teoria dualista posiciona os chamados bens jurídicos coletivos no mesmo patamar de legitimidade dos bens jurídicos individuais [...]"[118].

Na linha teórica dualista também se encontra aderido Figueiredo Dias[119], que expressa sua contrariedade ao monismo pessoal, explicando que significaria o fim do princípio de proteção de bens jurídicos – sob um ponto de vista político-criminal e sob o panorama da sociedade de risco – a manutenção da ideia de que para o bem jurídico cumprir a sua função de critério legitimador e de padrão crítico de incriminação, é indispensável a preservação de um caráter extremamente antropocêntrico; que apenas se permita falar de bem jurídico quando estão em causa interesses tangíveis e, portanto, atuais do indivíduo; ou mesmo que o bem jurídico coletivo apenas se concretiza através de uma função de mediação com bens jurídicos individuais. Para Figueiredo Dias, não é cabível que os bens jurídicos supraindividuais só possam ser constituídos e reconhecidos quando a razão de tutela seja, em último nível, reconduzível à proteção de bens jurídicos individuais, quando se encontrem dotados de referentes pessoais, quando possuam um núcleo personalizável ou quando sejam unicamente dedutíveis a partir de bens jurídicos individuais.

Concordamos com Figueiredo Dias quando afirma que ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual e, ao mesmo nível de exigência tutelar autônoma, existem autênticos bens jurídicos supraindividuais. Nesse sentido, considera que, se há o objetivo de conferir ao Direito Penal uma função de tutela perante os mega-riscos ameaçadores da subsistência/existência da humanidade, torna-se necessário reconhecer que o problema jurídico-penal é um problema de ordem social, de se saber como é possível promover ou conservar os bens relativos aos fundamentos naturais da vida, tendo em vista a relação entre o agente racional (agindo em seu próprio proveito) e os bens coletivos. Assim, sustentando a teoria dualista, Figueiredo Dias defende a posição de que os bens jurídicos coletivos devem ser considerados e aceitos como autênticos bens jurídico-penais. O caráter supraindividual do bem jurídico não exclui a existência de interesses individuais que, inclusive, podem convergir com os interesses coletivos[120].

---

117. Seguimos o entendimento de Tiedemann. (SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana:* contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 296-297).

118. HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 87, p. 104, 2010.

119. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal:* parte geral. Coimbra: Coimbra, 2004. v. 1, p. 135-136.

120. Ibid, p. 136-138.

Quanto às suas características, Hefendehl explica que o núcleo conceitual de um bem jurídico coletivo ou supraindividual é definido "[...] com base nos critérios da não exclusividade do gozo e da não rivalidade do consumo [...]", sendo que a não exclusividade do gozo está imediatamente ligada a um terceiro critério, o da não distributividade. Ou seja, um bem jurídico "[...] é coletivo, quando for conceitual, fática ou juridicamente impossível dividi-lo em partes e atribuí-las aos indivíduos sob a forma de cotas [...]"[121]. Contudo, e seguindo essa orientação, observa Greco que: "[...] a soma de vários bens jurídicos individuais não é suficiente, porém, para constituir um bem jurídico coletivo, porque este é caracterizado pela elementar da não distributividade, isto é, ele é indivisível entre diversas pessoas [...]"[122].

Em nosso país, a diversidade genética (humana) é um bem constitucional relacionado à biodiversidade que está previsto expressamente no art. 225, § 1º, II da CF/1988, *in verbis*: "II – preservar a *diversidade* e a integridade *do patrimônio genético* do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético" (grifos nossos). Trata-se, portanto, de um autêntico bem jurídico-penal supraindividual tutelável pelo Direito Penal[123] porque a diversidade genética humana diz respeito à espécie humana como um todo, sendo de fundamental importância não só para sua própria sobrevivência e adaptação/resistência às mudanças ambientais, mas também para a manutenção/diversidade das demais espécies no globo terrestre.

6. Conclusão

Num primeiro momento, verificamos que a preocupação do ser humano com o tipo e a *qualidade* das características físicas e psíquicas de sua descendência é algo marcadamente perene na história. Obviamente, não pudemos deixar de mencionar que a discriminação oriunda do eugenismo tradicional se apresentou sob diferentes formas, principalmente por ações estatais impositivas, totalitárias,

121. HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 87, p. 114, 2010.

122. GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 49, p. 115, 2004

123. Tratando especificamente dos bens jurídicos supraindividuais relacionados aos crimes genéticos, ROMEO MALANDA, Sergio. Los delitos genéticos: ¿función preventiva o función (meramente) simbólica? *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 60, p. 182-188, 2006.

que originaram leis e práticas eugênicas extremamente desumanas e inaceitáveis ético-juridicamente. Não obstante, tais ideias também foram possíveis de disseminação em sociedades tidas como democráticas, de modo que podemos afirmar que o eugenismo não é um fenômeno típico apenas de sociedades constituídas totalitariamente, mas é plenamente possível de desenvolver sob o manto do liberalismo e do individualismo. O anseio pelo aperfeiçoamento e seleção das características físicas e psíquicas do ser humano não desapareceu, seja em escala individual ou social, permanece latente, aguardando (talvez) a melhor oportunidade para difusão e consolidação. Por outro lado, é entendimento majoritário que o eugenismo dos dias atuais (neoeugenismo) é pautado pela utilização das novas biotecnologias e conhecimentos científicos em conformidade com os fins clássicos da Medicina (terapia e prevenção) e suas diretrizes éticas. Apesar disso, há quem defenda que as novas técnicas oriundas da genética e da reprodução humana devam ser objeto de uma mínima regulação jurídica, de forma que a prestação de serviço de aconselhamento genético seja, preponderantemente, regulada pela *lei* da oferta e da procura, isto é, pela *lei* de mercado e pela *ética* de mercado.

Assim, para que a *seleção genética* (seleção de sexo e/ou de características genéticas por razão preferencial ou de *enhancement*) não atue como instrumento para práticas eugênicas discriminatórias, é necessário que as biotecnologias estejam vinculadas e comprometidas com uma democracia responsável e solidária e sejam direcionadas para finalidades terapêutico-preventivas, pois apenas sob essa perspectiva a diversidade genética humana poderá ser preservada.

Ademais, parte-se do entendimento bioético de que qualquer perspectiva adotada para a construção de uma sistemática deve considerar e estar baseada num caráter pluralista e universalista, de forma a conjugar, em uma unidade superior, uma racionalidade aberta e dinâmica que produza benefícios a todos os indivíduos, sem distinção. Assim, na estrutura do sistema bioético proposto, inserimos como primeiro nível uma teoria filosófica alicerçada na fenomenologia dos sentidos e na ontologia jonasiana. Aplicando o conceito de *sistema* ao âmbito da vida, consideramos que o fenômeno da vida é decorrente de uma conjuntura, constituída por uma pluralidade de elementos relacionados e concatenados entre si, que se determinam mutuamente, estabelecendo uma unidade. A conservação dessa unidade sistemática apenas se efetiva através da atuação transformadora, ou seja, é por meio da mudança que se dá a conservação, é por meio da multiplicidade que se estabelece a unidade. A diversidade (genética), portanto, emerge como elemento essencial do sistema vital, sendo que qualquer ação desmedida no sentido de predeterminação genética (humana) acarreta dano a essa diversidade. Numa segunda instância, tem colocação o fundamento bioético. Nesse nível, entendemos que se situa a responsabilidade do agir humano frente aos novos caminhos ofertados pelo desenvolvimento biotecnológico. Assim considerando,

o uso das tecnologias no âmbito da genética e da reprodução humana também se encontra vinculado ao agir eticamente responsável. Concluindo-se que na situação de seletividade genética – em que o conhecimento científico e o domínio técnico não são destinados a uma finalidade terapêutica, preventiva ou diagnóstica – se apresenta configurado o caráter egoístico da preferência individual ou da *melhoria* potencializadora, não havendo congruência com o fundamento do agir bioeticamente responsável. Consolidada, em nossa visão, a responsabilidade como o fundamento do sistema bioético que se buscou constituir, adicionamos a ela a noção de dignidade kantiana para estabelecer o terceiro nível do sistema, o cânone da bioeticidade, em duas perspectivas: uma negativa, relevando o que não se deve fazer e uma positiva, enfatizando o que se deve fazer para um agir eticamente correto. Os princípios emergem como o quarto elemento constituinte da estrutura do sistema bioético. Nesse ponto, somos receptivos ao modelo teórico bioético-principialista elaborado por Beauchamp e Childress. No entanto, nos aproximamos do principialismo hierarquizado de Gracia Guillén, em razão do enquadramento dos princípios de não maleficência e justiça no nível de gestão pública e os princípios de respeito à autonomia e beneficência no nível de gestão privada. No ápice do sistema bioético, cabe a realização do juízo moral específico, momento em que insere o problema bioético em sua singularidade. No que diz respeito à seleção genética (em caráter preferencial ou de *enhancement*), reconhecemos o fato de que contém sérios problemas bioéticos, em função da finalidade não terapêutica perseguida. As aplicações técnicas são realizadas de maneira irrestrita, generalizada, objetivando satisfazer as preferências dos progenitores e a *perfeição* da prole. A intervenção no sistema orgânico não condiz com um agir eticamente responsável e instrumentaliza o ser humano. Incide o desrespeito aos princípios bioéticos do nível de gestão pública, uma vez que produz malefícios (dano à diversidade genética) ao mesmo tempo em que contraria o conteúdo material do princípio de justiça (promove a discriminação sexual e genética). O exercício da liberdade reprodutiva (autonomia) não é proporcional ao da paternidade responsável e os benefícios gerados são questionáveis.

Enfim, alcançamos o momento de oferecimento de uma proposta de regulação jurídica (penal) para a realização da conduta denominada, por nós, de *seleção genética*. Sem ensejar dúvida, sustentamos que qualquer intento que vise regular juridicamente a referida prática não pode olvidar de levar em consideração os ditames constitucionais. A legitimação da tutela jurídico-penal de *biobens*[124] deve,

124. A expressão é utilizada por CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. v. I, p. 472.

necessariamente, apresentar guarida constitucional, partindo de um modelo de Estado de Direito no qual o ente estatal atue conjuntamente com a sociedade civil, buscando garantir a liberdade individual e o atendimento das necessidades sociais. Nesse panorama, a Constituição desempenha a função de fundamento para o ordenamento jurídico (penal), contendo a ordem de princípios sob a qual tanto o Direito Penal como o conjunto de postulados de Política Criminal passam a estar vinculados. Dessa maneira, podemos afirmar que o problema da *seleção genética* humana precisa ser cotejado com os seguintes princípios constitucionais: *a)* precaução; *b)* dignidade humana; *c)* igualdade/não discriminação; e *d)* livre planejamento familiar vinculado à paternidade responsável.

O princípio de precaução, incorporado em diversas espécies de textos jurídicos e amplamente reconhecido como instrumento de biossegurança, traz a necessidade de que tanto o meio ambiente como os seres humanos sejam protegidos de novas possibilidades de dano ou perigo de dano oriundas do processo de desenvolvimento biotecnológico. No caso de utilização de biotecnologias para a seleção de sexo e/ou características genéticas humanas, sem a verificação de finalidade terapêutico-preventiva, a precaução enseja que não se coloque em risco de dano a diversidade genética humana, não se produzam consequências indesejáveis e prejudiciais para a presente e as futuras gerações. Considerando a diversidade genética humana um bem de interesse público, o agir com precaução é tarefa essencial imposta ao ser humano, de forma que os interesses estritamente individuais não venham causar dano em algo cuja tutela é imprescindível para a comunidade. Também o princípio da dignidade humana deve ser invocado como um dos sustentáculos constitucionais para uma possível regulação jurídico-penal da *seleção genética* humana. Compreendendo que a dignidade humana é constituída por duas dimensões – a dimensão de *empowerment* e a dimensão de *constraint* – entendemos que ela fixa o limite de legitimidade das decisões autônomas e, por isso, pré-determinar o sexo e/ou as características genéticas de um indivíduo futuro para satisfazer os desejos e preferências dos progenitores enquadra o ser humano futuro como um instrumento para um fim que lhe é alheio, ou seja, representa uma prática que se coloca como contrária à dignidade humana. Da mesma forma, a seleção de sexo e/ou de características genéticas humanas se submete ao princípio da igualdade, no viés de proibição de discriminação sexual e genética. Observamos que tal seletividade, constitui elemento de desigualação, ou seja, por meio da seleção objetiva-se estabelecer uma determinada distinção sexual ou genética para o futuro filho. No caso de *seleção genética* para fins preferenciais ou de *enhancement* não acreditamos existir justificação racional para a desigualação, no sentido de promoção do princípio da igualdade. Pelo contrário, o objetivo da seleção se estabelece sob uma feição egoística, preconceituosa e de competição. Ademais,

não nos enseja dúvida que, por estar relacionado à reprodução humana, o uso de técnicas voltadas à seleção de sexo e/ou características genéticas deve estar vinculado à liberdade reprodutiva exercida de forma responsável. Assim, no nosso entendimento, selecionar o sexo e/ou características genéticas do futuro filho, não atendendo a finalidade terapêutica ou preventiva, mas apenas para satisfazer uma preferência dos progenitores ou para promover *enhancement* não se enquadra naquilo que consideramos uma liberdade reprodutiva responsável, pois não objetiva suprir necessidades relacionadas à saúde, ao mesmo tempo em que não respeita a dignidade e a diversidade genética do ser humano.

Alcançamos o momento das elucidações conclusivas no que tange ao enquadramento da diversidade genética humana como bem jurídico-penal supraindividual. Na esfera político-criminal, concordamos majoritariamente com o que é sustentado por Figueiredo Dias[125]. A política criminal deve caminhar na direção de, sem olvidar das garantias constitucionais, servir à tutela dos interesses vitais (incluindo a tutela dos *biobens*) característicos do modelo social contemporâneo e o princípio da proteção de bens jurídicos não deve ser abandonado, mas também direcionado para a tutela de bens jurídico-penais supraindividuais legítimos. Acreditamos que, frente à *seleção genética* (preferencial ou em razão de *enhancement*), a definição da diversidade genética humana como bem jurídico-penal supraindividual é legitimada em razão do elevado grau de dignidade do bem jurídico (chancelada pelos princípios e direitos fundamentais) que afeta a coletividade/humanidade naquilo que lhe é essencial.

7. Referências

ABELLÁN, Fernando. *Selección genética de embriones:* entre la libertad reproductiva y la eugenesia. Granada: Comares, 2007. ARDAILLOU, Raymond. La thérapie génique: sa place actuelle et son avenir. *La Revue de Médecine Interne*. v. 23, p. 679-682, 2002.

BACHELARD-JOBARD, Catherine. *L'eugénisme, la science et le droit*. Paris: Universitaires de France, 2001.

BARRACLOUGH, Geoffrey. *Introdução à história contemporânea.* Trad. Álvaro Cabral. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

BASHFORD, Alison (Ed.); LEVINE, Philippa (Ed.). *The Oxford handbook of the history of eugenics*. New York: Oxford University, 2010.

125. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Na era da tecnologia genética: que caminhos para o direito penal da medicina? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 48, p. 62-81, 2004.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. 5. ed. New York: Oxford University, 2001.

BERTALANFFY, Ludwig von. *General system theory:* foundations, development, applications. New York: George Braziller, 1968.

BEYLEVELD, Deryek; BROWNSWORD, Roger. *Human dignity in bioethics and biolaw*. Oxford: Oxford University, 2001.

BLACK, Edwin. *A guerra contra os fracos:* a eugenia e a campanha norte-americana para criar uma raça superior. Trad. Tuca Magalhães. São Paulo: A Girafa, 2003.

BOTTINI, Pierpaolo. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 61, p. 44-121, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. v. I.

CANTO-SPERBER, Monique. *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*. 2. ed. Paris: Universitaires de France, 1997.

CARVALHO, Érika Mendes de. Eugenesia (jurídico). In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.). *Enciclopedia de bioderecho y bioética*. Granada: Comares, 2011. t. I.

CASADO, María (Ed.); GONZÁLEZ-DUARTE, Roser (Ed.). *Los retos de la genética en el siglo XXI:* genética y bioética. Barcelona: Universitat de Barcelona, 1999.

CHADWICK, Ruth (Ed.). *Encyclopedia of applied ethics*. San Diego: Academic, 1998. v. 2.

CLOTET, Joaquim. (Org.); GOLDIM, José Roberto (Org.). *Seleção de sexo e bioética*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). *Resolução 2.121/2015*. Disponível em: [www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf.]. Acesso em: 15.02.2018.

CONTI, Paulo Henrique Burg. *Aborto eugênico:* aspectos éticos e jurídico-penais em face da Constituição Federal. Criciúma: Ediunesc, 2012.

CORPART, Isabelle. La santé d'enfant à naître: vers l'enfant parfait? *Médecine & Droit*. n. 15, p. 3-9, 1995.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.); MAROTO CALATAYUD, Manuel (Coord.). *Neurociencias y derecho penal:* nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer, 2013.

DÍEZ RIPPOLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 1, p. 1-37, 2005.

DROUARD, Alain. À propose de l'eugénisme scandinave. Bilan des recherches et travaux récents. *Population* (french edition), n. 3, p. 633-642, may-jun. 1998.

EMALDI CIRIÓN, Aitziber. *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*. Bilbao; Granada: Comares, 2001.

ERLICH, Henry. Polymerase chain reaction. *Journal of Clinical Immunology*. v. 9, n. 6, p. 437-447, 1989.

FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar a bioética:* teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 2005.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal:* parte geral. Coimbra: Coimbra, 2004. v. 1.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Na era da tecnologia genética: que caminhos para o direito penal da medicina? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 48, p. 62-81, 2004.

FOGARTY, Richard S.; OSBORNE, Michael A. Eugenics in France and the colonies. *In* BASHFORD, Alison (Ed.); LEVINE, Philippa (Ed.). *The Oxford handbook of the history of eugenics*. New York: Oxford University, 2010.

GAILLE, Marie; VIOT, Géraldine. Prenatal diagnosis as a tool and support for eugenics: myth or reality in contemporary French society? *Medicine, Health Care and Philosophy*. v. 16, p. 83-91, 2013.

GALTON, Francis. *Hereditary genius:* an inquiry into its laws and consequences. London: Macmillan, 1869.

GRACIA GUILLÉN, Diego. *Fundamentación y enseñanza de la bioética*. Bogotá: El Búho, 1998.

GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 49, p. 89-147, 2004.

GRECO, Luís. (Org.); TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminologia y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1989.

HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 87, p. 103-120, 2010.

HILLEL, Marc. *Em nome da raça:* os "haras" nazistas. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Hachette, 1975.

HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène. *Dicionário da bioética*. Trad. Maria de Carvalho. Lisboa: Piaget, 1998.

JONAS, Hans. *Técnica, medicina y ética:* la práctica del principio de responsabilidad. Trad. Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós, 1997.

JONAS, Hans. *O princípio vida:* fundamentos para uma biologia filosófica. Trad. Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2004.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade:* ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto e PUC-Rio, 2006.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KEVLES, Daniel J. *In the name of eugenics:* genetics and the uses of human heredity. Cambridge (MA); London (ENG): Harvard university, 1995.

KÜHL, Stefan. *Die Internationale der Rassisten:* Aufstieg und Niedergang der internationalen Bewegung für Eugenik und Rassenhygiene im 20. Jahrhundert. Frankfurt; New York: Campus, 1997.

LIFTON, Robert Jay. *The nazi doctors:* medical killing and the psychology of genocide. New York: Basic books, 2000.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006. v. II. (Obra fac-similar de: Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899).

LOMBARDO, Paul A. *Three generations no imbeciles:* eugenics, the Supreme Court and *Buck v. Bell*. Baltimore: The Jonhs Hopkins University, 2008.

LOMBARDO, Paul A. (Ed.). *A century of eugenics in America:* from the Indiana experiment to the human genome era. Bloomington; Indianapolis: Indiana University, 2011.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal:* parte general. 7. ed. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994. v. I.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDOZA BUERGO, Blanca. Principio de precaución, derecho penal del riesgo y delitos de peligro. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.), *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Bilbao; Granada: Comares, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. v. IV.

MIR PUIG, Santiago (Dir.); CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.); GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.). *Política criminal y reforma penal*. Madrid: Edisofer; Montevideo, Buenos Aires: B de F, 2007.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1989.

PICHOT, André. *A sociedade pura:* de Darwin a Hitler. Trad. Maria Carvalho. Lisboa: Piaget, 2000.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito*. Corrientes: Mave, 2000.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. v. 2, n. 2, p. 49-67, 2001.

ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.). *Biotecnología y derecho:* perspectivas en el derecho comparado. Bilbao-Granada: Comares, 1998.

ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.). *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana.* Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 1994.

ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.). *Enciclopedia de bioderecho y bioética.* Granada: Comares, 2011. t. 1.

ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.). *Genética humana:* fundamentos para el estudio de los efectos sociales de las investigaciones sobre el genoma humano. Bilbao: Fundación BBV, 1995.

ROMEO CASABONA, Carlos María. *Genética y derecho:* responsabilidad jurídica y mecanismos de control. Buenos Aires: Astrea, 2003.

ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.). *La eugenesia hoy.* Bilbao; Granada: Comares, 1999.

ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.). *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Bilbao; Granada: Comares, 2004.

ROMEO MALANDA, Sergio. Los delitos genéticos: ¿función preventiva o función (meramente) simbólica? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 60, p. 150-207, 2006.

ROSENBERG, Charles E. Charles Benedict Davenport and the beginning of human genetics. *Bulletin of the History of Medicine,* v. 35, p. 266-276, jan., 1961.

SANDEL, Michael. *Contra a perfeição:* ética na era da engenharia genética. Trad. Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013.

SCOTT, Rosamund. Choosing between possible lives: legal and ethical issues in preimplantation genetic diagnosis. *Oxford Journal of Legal Studies*. v. 26, n. 1, p. 153-178, 2006.

SCOTT, Rosamund. Prenatal screening, autonomy and reasons: the relationship between the law of abortion and wrongful birth. *Medical Law Review.* v. 11, p. 265-325, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana:* contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Ed. RT, 2004.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Direito penal genético e a lei de biossegurança:* lei 11.105/2005: comentários sobre crimes envolvendo engenharia genética, clonagem, reprodução assistida, análise genômica e outras questões. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SOUTULLO, Daniel. El concepto de eugenesia y su evolución. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (ed.). *La eugenesia hoy.* Bilbao-Granada: Fundación BBV, 1999.

SOUTULLO, Daniel. Eugenesia (ético). In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.). *Enciclopedia de bioderecho y bioética.* Granada: Comares, 2011. t. I.

STEPAN, Nancy Leys. *A hora da eugenia:* raça, gênero e nação na América Latina. Trad. Paulo M. Garchet. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2005.

TYDÉN, Mattias. The scandinavian States: reformed eugenics applied. In: BASHFORD (Ed.); LEVINE (Ed.). *The Oxford handbook of the history of eugenics*. New York: Oxford University, 2010.

WEINDLING, Paul. German eugenics and the wider world: beyond the racial State. In: BASHFORD, Alison (Ed.); LEVINE, Philippa (Ed.). *The Oxford handbook of the history of eugenics*. New York: Oxford University, 2010.

WOLHERS, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 90, p. 98-107, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil:* ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Manipulação genética de células-tronco: aspectos éticos, constitucionais e penais, de Antonio Baptista Gonçalves – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 3/953-970 (DTR\2012\450461); e
- Podem ser legítimos crimes sem referência a bens jurídicos-penais?: elementos para uma teoria sentimentalista do valor jurídico-penal, de Hugo Soares – *RBCCrim* 147/333-374 (DTR\2018\19324).

Abrir espaço para as soluções consensuais no processo penal brasileiro? Reflexões a partir do modelo empregado na Cidade Autônoma de Buenos Aires

Is there any space for consensual solutions in Brazilian criminal process? Reflections about the model of Autonomous City of Buenos Aires

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Pós-Doutor em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidad Nacional de La Matanza, Argentina. Doutor e Mestre em Filosofia pela UFRJ. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidad de Granada, Espanha. Professor Adjunto de Direito Processual Penal da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – FND/UFRJ. Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade Católica de Petrópolis – PPGD/UCP. Professor Titular de Direito Processual Penal do IBMEC/RJ. Líder do Grupo de Pesquisa O Sistema Penal sob Olhar Crítico da UFRJ/UCP.
antonio.santoro@ucp.br

Klever Paulo Leal Filpo

Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade Católica de Petrópolis – PPGD/UCP. Professor da Graduação em Direito do ITR/UFRRJ. Pesquisador do Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos – INCT/InEAC/UFF. Líder do Grupo Interdisciplinar de Pesquisa Empírica sobre Administração Institucional de Conflitos – GIPAC/UCP.
klever.filpo@yahoo.com.br

Recebido em: 30.04.2018.
Aprovado em: 13.07.2018.
Última versão dos autores: 03.08.2018.

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente artigo parte de uma descrição do aqui denominado movimento nacional pelas soluções consensuais para os conflitos de interesse, como a mediação e a conciliação, e procura refletir sobre o espaço que podem ocupar

Abstract: This article is based on a description of the so-called Brazilian national movement for consensual solutions to conflicts of interest, such as mediation and conciliation, and seeks to reflect on the space they can occupy in Brazilian

no processo penal brasileiro. Contém uma revisão bibliográfica destinada a explorar os conceitos de *justa causa* e *subsidiariedade* da ação penal, assim como a tendência de revalorização do papel da vítima. Por fim, realiza estudo de caso do emprego da mediação na Cidade Autônoma de Buenos Aires[1] como uma possível contribuição para nortear inovações legislativas no campo das soluções consensuais para questões penais e contravencionais.

Palavras-chave: Mediação – Conciliação – Processo penal – Buenos Aires – Estudo de caso.

criminal proceedings. It contains a bibliographic review to explore the concepts of *just cause* and *subsidiarity* of criminal processes, as well as the tendency to reassess the role of the victim. Lastly, it carries out a case study of the use of mediation in the Autonomous City of Buenos Aires as a possible contribution to guide legislative innovations in the field of consensual solutions to criminal and contravention issues.

Keywords: Mediation – Conciliation – Criminal processes – Buenos Aires – Case study.

Sumário: 1. Introdução. 2. Um movimento nacional pelas soluções consensuais. 3. A ausência de justa causa a inviabilizar o exercício da ação penal. 4. Redescobrindo o protagonismo da vítima no processo penal. 5. Breve estudo de caso: o emprego da mediação penal na Cidade Autônoma de Buenos Aires. 6. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

O presente artigo parte de uma descrição do aqui denominado movimento nacional pelas soluções consensuais para os conflitos de interesse, como a mediação e a conciliação, e procura refletir sobre o espaço que podem ocupar no processo penal brasileiro.

De forma inegável, a Lei 9.099/95 introduziu uma nova possibilidade legal de solução consensual de conflitos. Todavia, estudos apontam que essa Lei pode ter representado um aumento das demandas por infrações de menor importância (chamados pela Lei de Infrações de Menor Potencial Ofensivo) antes não levados à justiça criminal[2]. Ganha nova relevância a discussão sobre a possibilidade de cria-

1. Os dados pertinentes ao emprego da mediação em Buenos Aires foram obtidos por meio de pesquisa de campo e material bibliográfico obtido com recursos do CNPq/Brasil, por meio da Chamada 22/2014 do CNPq. Processo n. 471604/2014-3. Proponente Klever Paulo Leal Filpo. Instituição sede: PPGD/UCP. Informações adicionais sobre a pesquisa realizada serão prestadas na seção 5.
2. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Juizados Especiais Criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 16, n. 47, out. 2001. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092001000300006]. Acesso em: 25.07.2018, afirma, com base nos dados estatísticos colhidos pela Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de

ção de espaços legais que consigam fomentar uma resposta ao problema do aumento de demandas criminais em razão da criação dos Juizados Especiais Criminais.

Nesse contexto, o problema que se pretende enfrentar neste artigo é: há espaço para o desenvolvimento de políticas legislativas que privilegiem a solução consensual dos conflitos, com protagonismo para a vítima, levados à esfera penal para além das hipóteses das ações penais privadas e das infrações de menor potencial ofensivo tratadas pela Lei 9.099/95, que criou e regulou os Juizados Especiais? De forma secundária: há empecilhos dogmáticos processuais penais que inviabilizariam novas leis neste sentido?

A hipótese com que se trabalhará é a de que para além dos casos em que a ação penal depende da atitude da vítima (ações penais privadas ou ações penais públicas condicionadas à representação da vítima) é viável, dogmaticamente, trabalhar com a solução consensual de conflitos no sistema penal.

Metodologicamente será realizada uma revisão bibliográfica destinada a explorar os conceitos que no âmbito da dogmática processual penal são fundamentais para o enfrentamento do problema, a saber: a *justa causa* e a *subsidiariedade* da ação penal, assim como contextualizar a tendência de revalorização do papel da vítima.

Por fim, será feito um breve estudo de caso do emprego da mediação na Cidade Autônoma de Buenos Aires como uma possível contribuição para nortear inovações legislativas no campo das soluções consensuais para questões penais e contravencionais.

2. Um movimento nacional pelas soluções consensuais

Pelo menos nos últimos 15 anos vem sendo propagada, no Brasil, a ideia de que é necessário estimular uma cultura de paz, para substituir a cultura do litígio que seria predominante entre os brasileiros[3]). De alguns juízes ouvem-se afirmações[4] de

Justiça do Rio Grande do Sul, que "em vez de assumir uma parcela dos processos criminais das Varas Comuns, os Juizados Especiais Criminais passaram a dar conta de um tipo de delituosidade que não chegava até as Varas Judiciais, sendo resolvido através de processos informais de 'mediação' nas Delegacias de Polícia ou pelo puro e simples "engavetamento". Com a entrada em vigor da Lei 9.099/95, as ocorrências policiais deste tipo de crime, que se encontravam nas Delegacias, aguardando a realização de inquérito policial, e que normalmente resultavam em arquivamento pela própria Polícia Civil, foram remetidas para os Juizados Especiais".

3. FILPO, Klever Paulo Leal. *Mediação judicial*: discursos e práticas. Mauad X e FAPERJ, 2016.

4. Para citar um exemplo, durante evento realizado no Instituto dos Advogados Brasileiros no ano de 2014, tratando sobre arbitragem e outros Meios Extrajudiciais de Solução

que a sociedade brasileira se tornou muito "beligerante" após a Constituição da República de 1988, quando muitos novos direitos foram assegurados, levando a uma explosão de demandas[5]. E também que os advogados, em razão de sua formação acadêmica para o litígio, precisariam ser contidos em seu ímpeto processual, fazendo substituir o processo convencional – onde predomina a figura do juiz e que culmina com a prolação da sentença – pelas soluções consensuais[6].

Afirma-se também que, por muito tempo, a função pacificadora dos conflitos, no Brasil, foi atribuída de forma exclusiva ao Estado. Este, como terceiro imparcial, materializando-se na figura do juiz, seria o mais indicado para decidir sobre as relações jurídicas e quiçá sociais, já que é dever deste tutelar o direito. Mas essa tradição poderia ser substituída, e com vantagem, pelas soluções consensuais, também chamadas amigáveis ou não adversariais[7]. Estas seriam obtidas, por exemplo, por meio da conciliação e da mediação, métodos estes cuja utilização vem sendo bastante estimulada atualmente[8] .

---

de Conflitos (MESCs), a então Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie afirmou que "a pacificação da sociedade tem que passar pela capacidade de se encontrarem soluções sem se depender de uma sentença estatal" e ainda que "no Brasil precisamos evoluir para um sistema menos litigioso".

5. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou relatório numérico dando conta de que quase 110 milhões de processos passaram pelo Judiciário Brasileiro no ano de 2016. É o que diz a edição de 2017 do relatório *Justiça em Números*, do Conselho Nacional de Justiça, que se reúne e analisa dados de 2016. Disponível em: [www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros]. Acesso em: 20.04.2018.
6. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. *Mediador judicial e mediador comunitário na cidade do rio de janeiro*. Artigo científico disponível em: [www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=89ea5cb67579289c. Acesso em: 10.03.2015.
7. Essas expressões são aqui utilizadas para nos referirmos aos chamados Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias (MESCs), utilizados para a solução de impasses entre particulares envolvendo os mais variados assuntos. Em síntese, poder-se dizer que nesses métodos as partes são auxiliadas por um terceiro que, com maior ou menor grau de intervenção, as auxilia a encontrar uma solução consensual para o conflito, ou, no caso da arbitragem, decide a controvérsia com base em regras de direito ou de equidade. Geralmente entre os MESCs são arroladas a mediação, a conciliação, a arbitragem, a negociação. Embora sejam formas extrajudiciais de administração de conflitos, alternativas ao Judiciário, no Brasil elas vêm sendo incorporadas ao "cardápio" de serviços oferecidos pelos Tribunais. Ver Resolução 125/2010 do CNJ. Disponível em: [www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579]. Acesso em: 20.04.2018.
8. AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação e justiça restaurativa* – A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

Esse movimento pela valorização das soluções consensuais não advém de um órgão apenas. Tem se apresentado como um movimento difuso, do qual fazem parte pessoas de direito público e privado[9] Mas seguramente é o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) quem assumiu, de forma mais enfática, o protagonismo nesse setor. Essa instituição pública, que tem como principal objetivo o controle administrativo e processual do Poder Judiciário, foi criada em 2004 por meio de emenda Constitucional. Desde então vem atuando também como um órgão de planejamento estratégico do judiciário brasileiro.

Dentre outras medidas, o CNJ vem trabalhando com estatísticas e outros dados para reformular a forma de prestação da jurisdição no Brasil. E chegou à conclusão de que uma das medidas necessárias para que o Judiciário brasileiro possa atingir bons índices de satisfação junto à população, seria por meio de melhores resultados quantitativos. Lançou, então, uma campanha publicitária segundo a qual "bater recordes é garantir direitos[10]". Na mesma linha, passou a entender que a atividade de solução dos conflitos necessitava ser descentralizada, dividida com outros profissionais. Por exemplo, os conciliadores e os mediadores[11].

Todas essas iniciativas, e outras semelhantes levadas a efeito não apenas nos Tribunais e pelo CNJ, mas também em outras instituições públicas e privadas[12] – e mesmo na Comunidade[13], por mecanismos completamente dissociados de

9. MELLO, Kátia Sento Sé; LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. Mediação e conciliação no judiciário: dilemas e significados. Dilemas*: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 4, 2011. p. 97-122.

10. Esse foi o lema adotado pelo CNJ para a campanha publicitária da Meta 2, que consistia em "identificar e julgar todos os processos judiciais distribuídos (em 1º, 2º grau ou Tribunais Superiores) até 31.12.2005". O lema transmite a ideia de que o Judiciário estaria cumprindo melhor o seu papel ao atingir resultados numéricos mais favoráveis. O cartaz da campanha está disponível em [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/02/41b92530ac1808783a3a15936f66f9c9.pdf]. Acesso em: 30.04.2018.

11. Os artigos 165 a 175 do CPC/2015 incluem os Conciliadores e os Mediadores Judiciais como Auxiliares da Justiça.

12. São exemplos o instituto Mediare (mais informações em [www.mediare.com.br]) e as atividades de mediação realizadas em escritórios modelo de Universidades Públicas e Privadas, como o Núcleo de Práticas Jurídicas da Universidade Católica de Petrópolis (ver [www.ucp.br]) e da Unilasalle-RJ (conferir [www.unilasalle.edu.br]).

13. Por exemplo o serviço de mediação comunitária disponível na Favela da Rocinha, RJ. Sobre o tema, conferir a dissertação de mestrado defendida por Luciana Caramore Romanelli, sob a orientação de Bárbara Gomes Lupetti Baptista: *A Mediação Comunitária como uma das possibilidades de resolução de conflitos na Favela da Rocinha*. 2018. Dissertação (Mestrado em Mestrado em Direito) – Universidade Veiga de Almeida, RJ.

qualquer atividade judiciária ou mesmo jurídica – fazem parte do aqui denominado movimento nacional pelas soluções consensuais. Esse movimento, inclusive, tem contagiado outras esferas, sendo objeto de inúmeros trabalhos acadêmicos que vêm contribuindo para dar-lhe forma e significado. Todo esse contexto é indicativo, portanto, dos esforços realizados em diferentes instâncias, e reverberados na academia, acerca das vantagens de uma pretendida "cultura de paz", estruturada a partir da difusão dos meios consensuais de solução dos conflitos.

No plano normativo, esse movimento refletiu-se em três marcos significativos. Primeiramente em 2010 foi editada pelo CNJ a Resolução 125, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário. Essa resolução estabeleceu o dever de criação de centros específicos de conciliação e mediação no âmbito dos tribunais (os CEJUSCS: Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania) bem como reforçou o dever dos juízos em promover o diálogo entre as partes, apresentando-lhes meios diversos da sentença para solucionarem o conflito.

> Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão (Art. 1º, parágrafo único, da Resolução 125, CNJ).

As propostas contidas na Resolução 125 foram, em parte, incorporadas no Código de Processo Civil Brasileiro. No artigo 3º, a Lei estabeleceu que a mediação deverá ser estimulada no curso do processo judicial por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público. A mediação deve ser empregada, segundo o Código, para solução de conflitos envolvendo relações continuadas, isto é, aquelas em que, depois de solucionado o conflito específico que trouxe as partes a juízo, estas continuarão se relacionando. Por isso a Lei introduziu a audiência de mediação como ato processual obrigatório dentro do Procedimento Comum (ver artigo 334, *caput*).

O Código de Processo Civil dispôs no seu artigo 165 e seguintes sobre os conciliadores e mediadores, considerados auxiliares da justiça pelo legislador. A conciliação e a mediação apresentam especial interesse ao presente trabalho por se tratar de métodos não vinculantes que se caracterizam pela redução ou delegação do direcionamento e do controle do procedimento a um terceiro, mas mantendo nas mãos das partes o controle sobre o resultado.

De acordo com o Código de Processo Civil, conciliador é o auxiliar da justiça que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes (§ 2º do art. 165), ao passo que o mediador atuará preferencialmente

nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes (§ 3º do art. 165). Ressalte-se, todavia, que o Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça dispõe que estas disposições não correspondem a uma definição de conciliação e mediação, mas uma "orientação de encaminhamento"[14].

Ainda de acordo com o referido Manual, o CNJ externa seu entendimento de que com a adoção da política pública, a distinção entre conciliação e mediação reduziu consideravelmente, mas ainda seria possível afirmar que a conciliação se distingue da mediação por se tratar de um procedimento breve, envolvendo contextos conflituosos menos complexos, no qual as partes são auxiliadas por um terceiro ou um painel de pessoas sem interesse na causa, para chegar a uma solução ou acordo. Já a mediação não estaria vinculada à celebração de acordos, embora possam ocorrer, mas sim ao aperfeiçoamento da comunicação entre as partes[15].

De toda sorte, seja a conciliação, seja a mediação, as técnicas utilizadas devem respeitar princípios norteadores[16], entre os quais se destacam a confidencialidade do que for conversado nas audiências, a imparcialidade do conciliador ou do mediador, a autonomia das vontades e a voluntariedade[17] das partes.

Fato é que a audiência de conciliação ou de mediação, de acordo com o Código de Processo Civil, tornou-se a regra, somente deixando de ocorrer diante da expressa manifestação das partes no sentido de desinteressarem-se pela

14. CNJ. *Manual de mediação judicial*. 6. edição. 2016. p. 23. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf]. Acesso em: 05.07.2017.

15. Conferir FILPO, Klever Paulo Leal. *Mediação judicial*: discursos e práticas. Rio de Janeiro: Mauad X e Faperj, 2016.

16. O artigo 166 do CPC/2015 faz alusão aos seguintes princípios: "Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada". Já a Lei 13.140/2015, em seu artigo 2º, se refere aos seguintes: "Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I – imparcialidade do mediador; II – isonomia entre as partes; III – oralidade; IV – informalidade; V – autonomia da vontade das partes; VI – busca do consenso; VII – confidencialidade; VIII – boa-fé."

17. Quanto ao último ponto, há certa discussão sobre a livre adesão dos jurisdicionados ao procedimento, já que sua institucionalização no ambiente do fórum e ligado necessariamente à estrutura do Poder Judiciário configura que "pouca ou nenhuma importância foi conferida à possibilidade de estimular o seu uso em outros espaços adequados". *Vide* FILPO, Klever Paulo Leal. Mediação Judicial – uma opção do jurisdicionado?. *Anais do Congresso do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle*. Disponível em: [www.sociologyoflaw.com.br/IMG_SYSTEM/12-GT-mediacao-e-justica-restaurativa.pdf]. Acesso em: 05.07.2017.

composição (art. 334, § 4º, do NCPC). A contestação só será apresentada em não se alcançando uma composição, a qual, se obtida, será homologada por sentença (art. 334, § 11, do NCPC).

Mais recentemente entrou em vigor a Lei 13.140/2015 sobre a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Essa Lei trata da mediação judicial e da mediação extrajudicial e prevê procedimentos de implementação dessa forma de administração de conflitos no âmbito do Judiciário Brasileiro, ou também na modalidade extrajudicial.

A tendência de utilização de técnicas de Resolução Apropriada de Disputas (RDAs)[18] resta clara não apenas com a sequência de normas e definição de políticas judiciárias, inclusive de âmbito nacional, que visam assegurar a resolução de conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade, mas já vinha se implementando por meios extrajudiciais e informais bem-sucedidos[19].

Contudo, todo esse movimento parece vir encontrando espaço mais amplo no que diz respeito à administração de conflitos cíveis, sendo absorvido com muita timidez na esfera penal. Isso é algo interessante de ser pensado, já que a Resolução 125 do CNJ, norma disparadora já anteriormente comentada, não estabeleceu limites para o emprego da mediação e a conciliação. Ao contrário, entendeu-se que o Estado deve assegurar aos cidadãos brasileiros meios adequados para serem empregados nos mais diferentes tipos de conflitos, para serem operados não apenas pelos magistrados, mas também por outros atores devidamente capacitados: os mediadores e os conciliadores.

No âmbito penal é comum trabalhar-se a ideia de mediação em conjunto com as técnicas de justiça restaurativa, especialmente quando se pensa em superar a dicotomia vítima-ofensor[20]. Nesse caso, o seu papel seria de tratar a relação social que ficou abalada pela prática do delito. Por outro lado, há quem afirme (por exemplo, MIERS, 2003[21]) que a justiça restaurativa é mais restrita do que

18. Outra forma de se referir às soluções consensuais para os conflitos de interesse a que faz referência o título do presente artigo.

19. FILPO, Klever Paulo Leal. Mediação Judicial – uma opção do jurisdicionado?. *Anais do Congresso do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle*. Disponível em: [www.sociologyoflaw.com.br/IMG_SYSTEM/12-GT-mediacao-e-justica-restaurativa.pdf]. Acesso em: 05.07.2017.

20. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa*: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009 p. 109.

21. MIERS, David. Um estudo comparado de sistemas. Relatório DIKE – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no âmbito da Decisão – Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal. Lisboa, set. 2003. p. 439-472.

a mediação porque se aplica somente à esfera criminal, enquanto a mediação abrange conflitos em outros contextos. Trata-se de uma dificuldade conceitual, aparentemente, mas que tem efeitos práticos. Efetivamente as formas consensuais de solução de conflitos protagonizadas pela vítima têm sido pouquíssimo utilizadas em causas penais, no Brasil. Mesmo porque não existe autorização legislativa para a uma implementação mais ampla do que aquela que já se admite nas ações penais privadas (embora não reguladas, mas que decorrem da sua disponibilidade) e nas infrações de menor potencial ofensivo tratadas pela Lei 9.099/95.

Nesse sentido, duas considerações se fazem necessárias a respeito da colaboração premiada prevista na Lei 12.850/2013 e do acordo de não persecução penal previsto na Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público.

A Lei 12.850/2013, a par de tratar da restrita hipótese de aplicação aos casos de investigações pelo tipo de Organização Criminosa, traz disposições que colocam em xeque a obrigatoriedade da ação penal (vide especialmente o § 4º do art. 4º), mas continuam retirando o protagonismo da vítima[22].

A Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, que regulamenta o procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, prevê a possibilidade no seu art. 18 da celebração de um acordo de não-persecução penal entre o investigado e o Ministério Público.

Além desse dispositivo ter tido sua adequação constitucional questionada pelo Conselho Federal da OAB por meio da ADI 5793[23], essa previsão entrega todo o protagonismo ao Ministério Público, alijando a vítima de participação no acordo e entre as cinco condições alternativas previstas para celebração, apenas a primeira aproveita a vítima.

Nesse passo, considerando a participação direta da vítima na solução consensual, a doutrina vem apontando para a possibilidade do acordo obtido por meio da conciliação e da mediação vir a ser aproveitada na seara penal, como um

22. Releve-se que a inexistência de protagonismo da vítima não está apenas no fato de que as negociações se estabelecem sem a sua participação, mas também porque dos resultados alternativos previstos para a colaboração, constantes dos 5 incisos do art. 4º da referida Lei, apenas dois aproveitam os interessas da vítima, a saber: os incisos IV ("a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa") e V ("a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada").

23. Apesar de o dispositivo ter sido modificado para supostamente acolher os questionamentos da Ação, não houve ainda manifestação dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, tendo em vista a potencial ofensa às suas competências.

mecanismo a impedir o exercício da ação penal, pela ausência de justa causa. Disso trataremos no item seguinte.

3. A ausência de justa causa a inviabilizar o exercício da ação penal

As discussões que se estabelecem nos meios acadêmicos sobre as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil retomam certa inquietação quanto a um tema controverso no âmbito processual penal: a justa causa, o que afeta diretamente o exercício da ação penal. A discussão tem pertinência no presente texto, partindo-se da premissa de que não parece razoável que o Estado leve adiante uma persecução penal, quando o titular do direito violado se encontrar satisfeito em função de eventual acordo celebrado com o causador do dano. Por isso a justa causa é ponto que deve ser enfrentado.

Em artigo que revê sua clássica obra "As condições da ação penal" escrito em 1977[24], Ada Pellegrini Grinover adota a teoria da *Prospettazione* e admite que é a que melhor serve para extremar as condições da ação do mérito da causa. Mais do que isso, a professora confere imensa importância à possibilidade jurídica no processo penal.

Fiel à teoria geral do processo, Ada afirma que "o valor e o significado das condições da ação devem ser o mesmo no processo civil e no processo penal"[25], porém compreende o conceito de possibilidade jurídica destacando-o do pedido. Em outras palavras, o conceito tradicional de "possibilidade jurídica do pedido" é tratado no trabalho apenas como "possibilidade jurídica" e ao abordar os casos que levam à impossibilidade, a professora denomina "impossibilidade jurídica da acusação".

Grinover entende que ocorrerá "impossibilidade jurídica da acusação" quando (1) o fato evidentemente não constitui crime, o que ela afirma ser uma impossibilidade jurídica da causa de pedir e não do pedido, (2) estiver extinta a punibilidade pela prescrição ou outra causa; (3) faltar justa causa, ou (4) faltar uma das condições que a doutrina clássica ora chama de condições específicas ou condições de procedibilidade, como a representação do ofendido, requisição do Ministro da Justiça, admissão pela Câmara dos Deputados da acusação contra o Presidente da República para ser processado por crime comum etc.

24. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 133.

25. GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 69, nov.-dez. 2007. p. 179.

O artigo de Ada Pellegrini Grinover a que nos referimos foi escrito em 2007, antes, portanto, das alterações realizadas pela Lei 11.719/2008, sendo que os dois primeiros casos foram tratados pelo legislador como matéria de mérito, vez que o art. 397, incisos III e IV do Código de Processo Penal se referem a eles como casos de absolvição sumária. Não que a autora mude sua posição em razão da alteração legislativa, mas cabe o registro, como cabe também frisar que a própria Ada fez parte da comissão que elaborou o texto da proposta legislativa que terminou por alterar o Código.

Ao referir-se à justa causa como condição ação (na esteira do que dispunha o art. 43, III, do Código de Processo Penal antes da alteração de 2008), a professora afirmava que a tipicidade deveria estar "fundada em alguns elementos probatórios"[26], com base em que cunhou seu conceito de justa causa como "a plausibilidade da acusação, a aparência do direito material invocado"[27]. Assim, Grinover reviu sua posição de que a justa causa estaria vinculada ao mérito e refutou um ponto comumente relacionado ao interesse de agir: a ideia de que o suporte fático da denúncia ou queixa, ou seja, os "elementos de convicção quanto à existência do crime e de sua autoria"[28],estejam incluídos na análise do interesse de agir.

Para ela, o interesse processual não se confunde com o interesse material, de tal sorte que o interesse objeto do processo se relaciona ao mérito, ao passo que o interesse em ver solucionada a controvérsia é o que diz respeito à condição da ação. Nesse sentido, o interesse-necessidade está implícito em todo processo penal, na medida em que o conflito entre a pretensão punitiva estatal e o direito do acusado só pode se dar mediante processo. Diante disso, Grinover afirma que ainda assim é possível ver a inexistência do interesse de agir como interesse-utilidade (quando, por exemplo, a ação condenatória for intentada na iminência da prescrição) e interesse-adequação (quando proposta uma ação contra menor de 18 anos, afastando a tese de que neste caso estaríamos diante de uma ilegitimidade *ad causam* porque o provimento é que não se adequa). A professora mantém, portanto, as três condições tradicionais da teoria geral do processo, mas confere interpretação que dá maior importância e alcance à possibilidade jurídica, a qual abrange a justa causa.

Por sua vez, Afrânio Silva Jardim, que tradicionalmente defendia ser a justa causa a quarta condição para o regular exercício do direito de ação, conceituada

26. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. p. 179.

27. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. p. 179.

28. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I. p. 518.

como suporte probatório mínimo, resolveu eliminar o nome "justa causa", mantendo a quarta condição da mesma forma conceitual[29].

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho et al. revisitou o tema e propôs uma leitura constitucional da justa causa. Sem abandonar a ideia de que a justa causa esteja vinculada à necessidade de suporte probatório mínimo, Carvalho não a enxerga como condição da ação, e sim uma "cláusula de encerramento" diretamente vinculada aos princípios da dignidade e da proporcionalidade. Vale transcrever as conclusões dos autores sobre o tema:

> 1ª) A justa causa tem sede constitucional, ainda que não expressa na Constituição.
>
> 2ª) Vincula-se aos princípios da dignidade e da proporcionalidade, concretizando-se no âmbito processual penal, para o efeito da admissibilidade da denúncia e da queixa-crime.
>
> 3ª) Trata-se de uma cláusula de encerramento que permite nela incluir todos os aspectos processuais penais referidos aos princípios da dignidade e da proporcionalidade, não cobertos por regras específicas.
>
> 4ª) Concretamente, dá-se a ausência de justa causa quando:
>
> a) inexistir suporte probatório mínimo a autorizar a demanda penal;
>
> b) ausente a tipicidade, depreendida tão-só pelo exame da postulação inicial;
>
> c) embora típico, o fato não represente o desvalor necessário para justificar a demanda penal, considerando-se o princípio da proporcionalidade e a ser deduzido na relação custo/benefício, traduzida no binômio constrangimento em submeter-se alguém ao processo penal e proveito social na propositura da ação penal e da imposição de sanção penal;
>
> d) obtida a pacificação social nas infrações de menor potencial ofensivo, ocorrida em meio a relações familiares e de vizinhança;
>
> e) ocorrer, de um modo geral, no âmbito do processo penal, ofensa desarrazoada aos princípios constitucionais da dignidade e da proporcionalidade.[30]

Essa é uma contribuição de extrema relevância para o avanço da constitucionalização do sistema penal, bem como dá ideia de que o processo penal não deve existir de maneira a não alcançar algum objetivo concreto, que se realize ao fundamento da proteção dos direitos fundamentais. Embora não estejamos de acordo com o utilitarismo das expressões "custo/benefício" e "proveito social",

29. JARDIM. *O novo Código de Processo Civil*. p. 11-13.

30. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de et al. Justa causa penal-constitucional. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 11, p. 30-60, 2003.

compreendemos que há uma relação entre a pacificação social e o sistema penal, tornando írrito a um sistema jurídico de garantias a seleção criminalizante de fatos sociais já pacificados. Nessa perspectiva, a obtenção de soluções consensuais para os conflitos de interesse há de ter implicação no campo da ação penal, havendo espaço para que se supere a lacuna legislativa que ainda persiste ao redor do tema, no Brasil.

4. Redescobrindo o protagonismo da vítima no processo penal

Por outro lado, a oportunidade de levar em consideração eventual composição entre o autor do fato e a vítima tem relação com a redescoberta do protagonismo da vítima no processo penal. Com efeito, o surgimento da vitimologia foi essencial para o processo de revisão do seu papel, nesse contexto. Para alguns doutrinadores, a vitimologia é um ramo da criminologia, para outros é uma ciência autônoma. Para Ester Kosovisk [31] a vitimologia é uma ciência multidisciplinar que abrange diversos níveis de atuação, indo muito além do que uma coleção de estudos sobre a vítima. Para essa autora, a vitimologia e os movimentos pelos Direitos Humanos constituem, possivelmente, na força mais dinamizadora para a transformação dos sistemas de Justiça Penal.

Bernd Schünemann[32], após reconhecer o princípio da proteção de bens jurídicos, passa a abordar a incidência do princípio da subsidiariedade. Esse princípio, segundo Claus Roxin, diz respeito à ideia de que a proibição de um comportamento através de pena só será justificada se não for possível obter o mesmo efeito protetivo através de meios menos gravosos, terminando por apontar três alternativas para a pena criminal: indenização de direito civil, medidas de direito público e um direito de contravenções.

Em análise da relação entre o direito penal e o direito administrativo, Schünemann concluiu que o controle pela autoridade administrativa é muitas vezes mais gravoso que o exercido pelo direito penal, além de constatar que o aumento do rigor das regulamentações de trânsito, seguindo o modelo do estado de polícia, não leva a uma diminuição do direito penal. Diante disso, o autor conclui que

31. KOSOVISK, Ester. *Estudos críticos sobre o sistema penal*. Cidadania, direitos humanos e vitimologia. Curitiba: Ledze. Curitiba, 2012. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/biblioteca]. Acesso em: 20.04.2018.

32. SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 53, mar.-abr. 2005. p. 9-37.

> [...] a concretização da fórmula da *ultima ratio* deve ocorrer não através de tais abordagens globalizantes e simplificadoras, mas por meio da construção de grupos de casos, que partam do bem jurídico protegido, levem em conta os caminhos que conduzem à sua lesão em determinado contexto histórico-social, bem como os recursos para a sua proteção, desdobrando assim a necessidade de proteção do bem jurídico numa análise tridimensional. Esta necessidade de proteção deve, por outro lado, ser contraposta à perda de liberdade de ação, para se determinar o alcance adequado da proibição penal. O resultado deste raciocínio pode, primeiramente, ser formulado por meio de máximas político-criminais, sobre as quais os espaços de discricionariedade do legislador devem ser então projetados, que lhe têm de ser concedidos no âmbito do reexame constitucional do poder legislativo pelo poder judiciário. Os limites a estes espaços de discricionariedade marcarão, assim, a barreira insuperável da política criminal do Estado de Direito.[33]

Como ato contínuo, Schünemann tratou de algumas categorias e grupos de casos que entendeu serem especialmente importantes. Cumpre realçar a importância do papel da vítima na visão do autor, para quem não se pode ignorar a vontade do titular do bem jurídico. De tal sorte que qualificou como disfuncionais as tentativas de proteger o bem jurídico contra a vontade do seu titular por meio de construções restritivas do poder de disposição. Isso se aplicaria, segundo o autor, mesmo quando a vítima não se protege.

Schünemann formulou a chamada vitimodogmática, deduzida diretamente do princípio da *ultima ratio*,

> [...] segundo a qual, dentro dos limites propostos pela interpretação dos tipos, devem ser excluídos do âmbito da punibilidade todos os comportamentos diante dos quais a vítima não merece nem carece de proteção, uma vez que ela mesma seria capaz de se proteger suficientemente, se apenas o quisesse.[34]

Chama atenção para essa abordagem exatamente o fato de que o princípio da subsidiariedade é tratado pelos demais autores como orientador da atividade político criminal legislativa, ao passo que a vitimodogmática foi concebida por Schünemann exatamente como uma "máxima de interpretação" que também serve para limitar a discricionariedade legislativa.

Portanto, a compreensão de que o sistema penal só pode incidir subsidiariamente, não entendida como uma limitação político-criminal da proteção legislativa de bens jurídicos já alcançados por outros ramos do direito, mas como uma

33. SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. p. 9-37.

34. Idem.

resistência ao exercício do poder abusivo, realizado com o confisco do direito de disposição do titular do bem ou direito afetado, deve ser o elemento valorativo que compõe a justa causa.

A grande questão, na realidade, que configura um problema deste entendimento é precisamente definido pelo próprio Schünemann como as "situações de fraqueza humana, ou seja, naquelas hipóteses em que a ideia do indivíduo maduro é psicologicamente questionável segundo a experiência cotidiana"[35]. O autor, todavia, firma seu pensamento na teoria moderna do contrato social e compreende que é um dever do Estado proibir a exploração de tais desvantagens e criminalizá-la.

Embora não concordemos integralmente com esse ponto de vista[36], a questão é como conceber a disposição de vontade válida do titular do bem jurídico, e não criminalizar as disposições inválidas. Em outras palavras, o Estado não deve criminalizar as condutas que conduzam a uma manifestação de vontade obtida em razão de uma situação de fraqueza, mas criar mecanismos que permitam uma manifestação de vontade válida no seio da ordem jurídica.

Nesse sentido, os espaços de mediação e de conciliação – agora objeto de normativas bastante sofisticadas a tratar, por exemplo, da formação dos mediadores, da sua escolha pelas partes, de aspectos procedimentais, e, antes ainda, de uma principiologia específica[37] – parecem propiciar a existência de espaços favoráveis para que soluções consensuais possam ser construídas de forma adequada, em respeito às garantias e direitos fundamentais, assim como devidamente formalizadas, aptas a fazer surtir todos os efeitos de direito, inclusive no tocante a eventual ação penal.

5. Breve estudo de caso: o emprego da mediação penal na Cidade Autônoma de Buenos Aires

Não obstante tudo o que foi demonstrado até este ponto, a percepção de que as soluções consensuais para os conflitos podem relacionar-se com o

35. Idem.

36. Respeitosamente discordamos, pois que essa parece ser uma maneira de incidir o sistema penal sobre a violação do seu sistema de exceções de incidência, o que cria um círculo vicioso. Sem nos alongarmos demais, o primeiro ponto de ruptura com esse entendimento está precisamente no fato de que não compartilhamos da fundamentação do exercício do poder pela teoria do contrato social. O poder é exercido, independentemente da abstração de que cada membro do corpo social conceda uma parcela de liberdade.

37. Referimo-nos aos dispositivos do CPC pertinentes à mediação e à conciliação, assim como à Lei de Mediação.

encerramento precoce ou não da persecução penal (com a limitação à propositura da ação penal pela ausência das condições para o regular exercício desse direito ou pela análise da justa causa em casos diversos daqueles abrangidos pela Lei 9.099/95) ainda parece algo estranho e exótico para nós, na atual quadra do direito pátrio. Contudo, há experiências bem-sucedidas que podem servir para suscitar reflexões – e até mesmo para inspirar eventuais inovações legislativas – nesse campo.

Neste artigo, assumimos como um *case* a ser considerado o modelo de utilização da mediação de conflitos pelo Poder Judicial da Cidade Autônoma de Buenos Aires, mais especificamente o Centro de Mediação e Métodos Alternativos de Abordagem e Solução de Conflitos do seu Conselho da Magistratura, para *tratar* conflitos de interesse na seara do direito penal e contravencional.

A escolha desse caso deu-se em razão de pesquisa de campo realizada na cidade de Buenos Aires para observação e descrição de práticas de mediação[38], quando então nos foi dada a oportunidade de observar algumas audiências de mediação no campo penal.

Metodologicamente, é relevante explicitar que a pesquisa de campo aqui referida teve como objetivo primário observar e descrever a utilização da Mediação Prejudicial Obrigatória que se realiza em Buenos Aires, e que é, como regra geral, condição indispensável ao ajuizamento de uma ação, nas hipóteses previstas na *Ley* 26.589/10[39]. Contudo, o contato com mediadores portenhos abriu as portas para que pudéssemos também observar alguns casos de emprego da mediação na área penal/contravencional, no Centro anteriormente referido, situado em Palermo, Av. Coronel Diaz, 2.110, 1º piso. E foi essa específica experiência que disparou as reflexões compartilhadas neste artigo.

Em síntese, além do período dedicado à revisão bibliográfica (que antecedeu e mediou os períodos de trabalho de campo), a pesquisa foi desenvolvida ao longo de 23 jornadas (dias de pesquisa no campo[40]), entre os meses de julho e

38. O projeto de pesquisa foi contemplado com recursos do CNPq Brasil, na Chamada 22/2014 do CNPq. Processo 471604/2014-3. Equipe de pesquisa: Klever Paulo Leal Filpo (PPGD/UCP), proponente e coordenador. Integrantes: Profa. Dra. Bárbara Gomes Lupetti Baptista (PPGD/UVA) e Profa. Ma. Thais Borzino Cordeiro Nunes (PPGSD/UFF).

39. "ARTICULO 1º – *Objeto*. Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia."

40. Diárias e passagens custeadas pelo CNPq-Brasil.

dezembro de 2015 e julho e setembro de 2016[41]. Foram 25 as entrevistas realizadas com diferentes atores do campo, sobretudo mediadores. As entrevistas foram abertas, formulando-se pergunta inicial bem ampla e permitindo que o interlocutor se expressasse livremente. Por fim, foram 12 as sessões de mediação observadas, sendo três na área penal/contravencional.

Além dos dados de campo, tivemos acesso a publicações específicas utilizadas como referencial teórico pela equipe de investigação daquele Centro, liderada pela mediadora Nélida Reggiardo, sobretudo um relatório detalhado daquela experiência intitulado "Investigación sobre Mediación em Casos de Familias Atravesadas por Situaciones de Violência"[42]. Assim, o presente estudo de caso está calçado nessas publicações e no texto da legislação processual penal de Buenos Aires, associado à observação de alguns casos práticos. Legislada no artigo 204 do Código Processual Penal da Cidade Autônoma de Buenos Aires (Ley 2.303. Código Procesal Penal de la CABA), a mediação é um dos métodos alternativos de solução de conflitos que se dá dentro da seara contravencional e penal, isto é: se trata de mediação judicial. O processo de mediação, por lá, não pressupõe a suspensão do processo (ou da investigação preparatória, momento que a Lei prevê como adequado para realizar a mediação ou composição), mas oportuniza a possibilidade de serem tentados acordos que possam proporcionar a finalização do processo.

Eis o teor do dispositivo legal em comento, situado no Livro II do Código Portenho, que trata da investigação preparatória:

> Título IX
>
> Clausura de la investigación preparatoria y citación a juicio
>
> Capítulo I Artículo 204.
>
> Vías alternativas
>
> En cualquier momento de la investigación preparatoria el/la Fiscal podrá:
>
> [...]
>
> 2. Proponer al/la imputado/a y/o al/la ofendido/a otras alternativas para la solución de conflictos en las acciones dependientes de instancia privada o en los casos de acción pública en que pueda arribarse a una mejor solución para las partes invitándolos a recurrir a una instancia oficial de mediación o composición.

41. Os dados relativos à pesquisa, aqui compartilhados, são aqueles que constaram do relatório final e prestação de contas ao CNPq, que foi aprovado e pode ser consultado na página [www.cnpq.br].

42. REGGIARDO, Nélida et al., 2016.

> No procederá la mediación cuando se trate de causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I – Delitos contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), y en los casos de las Lesiones establecidas en el Artículo 91 del Código Penal, cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho [...].

Antes ainda, no mesmo Livro II, o título VIII trata das hipóteses de arquivamento da investigação preparatória, sendo interessante a disposição contida na letra (h). A saber:

> Livro II, Investigação Preparatória. Título VIII
>
> Archivo
>
> Capítulo único
>
> Artículo 199.
>
> Archivo de la denuncia y de las actuaciones de prevención. Revisión
>
> El archivo de las denuncias y de las actuaciones de prevención procederá cuando:
>
> [...]
>
> h. Se hubiera arribado y cumplido el acuerdo previsto en el Artículo 204 inciso 2. También se podrá archivar si no se cumplió el acuerdo por causas ajenas a la voluntad del imputado pero existió composición del conflicto. Para que proceda el archivo por esta causal en caso de pluralidad de víctimas, deberá existir acuerdo con la totalidad de ellas.
>
> i. [...]

A Lei portenha assegura, portanto, algum espaço para que eventual acordo possa surtir efeitos na esfera penal. Nessa linha de pensamento, as audiências de mediação em matéria penal em Buenos Aires, sob o ponto de vista processual, conforme Reggiardo[43], são realizadas em diferentes momentos: apenas com a denúncia[44]; após a imputação do fato; ou, ainda, posteriormente, durante o trâmite da ação penal.

43. Já referida acima. REGGIARDO, Nélida *et al.*, 2016, p. 39-42.

44. Importante frisar que o termo "denúncia" não tem o mesmo significado que no direito processual penal brasileiro, que é o termo usado para designar a ação penal pública, uma vez que de acordo com o artigo 79 Ley 2303 – Código Procesal Penal de la CABA: "Toda persona que tenga noticia de la comisión de un delito de acción pública, podrá denunciarlo ante el Ministerio Público Fiscal. Si el delito fuera dependiente de instancia privada, sólo podrá denunciarlo la víctima, su representante o los organismos autorizados por la ley".

Para nortear essa atividade, a equipe lança mão de parte do farto material bibliográfico produzido na Argentina, e em particular em Buenos Aires, sobre o emprego da mediação nessa seara. Um desses materiais de apoio, frequentemente invocado para subsidiar a prática, é o texto produzido por María Elena Caram, ela própria mediadora portenha, sob o sugestivo título: "Hacia la Mediación Penal"[45]. Nesse texto, Caram traz um conceito de mediação que é bastante útil para compreender o espaço que os portenhos consideram apropriado para as soluções consensuais em matéria penal, em particular a mediação:

> Para decirlo brevemente, y reproduciendo las características antes apuntadas, nos encontraríamos frente a un método voluntario, confidencial, donde el mediador neutral asiste a las partes en un proceso interactivo, apuntando a la satisfacción de sus necesidades, con relación a un episodio que han vivido en común, que en la percepción de alguna de ellas, podría ser desplegado en el escenario del proceso penal, no sólo con las consecuencias propias de este procedimiento, sino con la posibilidad de que el mismo concluya con una sentencia condenatoria que implique la pérdida de la libertad para quien resulte culpable[46].

Caram[47] também pontua que não é fácil descrever de forma definitiva quais aspectos permitem considerar que um determinado caso está propenso, ou não, a ser objeto de mediação. Mas afirma ser possível delinear alguns critérios para serem levados em conta nessa tomada de decisão. O elemento mais relevante, segundo ela, é o critério subjetivo, o qual se deixa entrever na definição acima transcrita. Isto é: deve ser percebido pelos protagonistas que esse caminho da busca do consenso é possível e adequado, no caso concreto. Mas também alguns critérios objetivos podem ser considerados: a natureza do caso; o enquadramento penal da conduta; o fato de já existir uma ação penal em andamento. Em nossa estada por lá, foi explicado que quando o Ministério Público (Fiscalía) ou, se for o caso, o Magistrado, percebem existir espaço para uma solução consensual, sugerem o encaminhamento do caso para o Centro de Mediação.

Como em todos os casos em que a mediação tem lugar, o procedimento, a despeito de proposto pelo órgão de acusação, se caracteriza por ser voluntário, o que

45. CARAM, María Elena. Hacia la Mediación Penal. *Revista La Ley*. Suplemento de Resolución de Conflictos, 20.03.2000. p. 1.

46. Ver também: CARAM, María Elena. *El Espacio de la Mediación Penal*. Disponível em: [file:///C:/Users/extra/Downloads/EL%20ESPACIO%20DE%20LA%20MEDIACION%20PENAL%20_2_.pdf]. Acesso em: 20.04.2018.

47. CARAM, María Elena. Op. cit., p. 2.

significa que os envolvidos podem aceitar ou não participar. O fato de a causa estar inserida no âmbito penal ou contravencional não retira das partes essa prerrogativa. Se alguém não tem interesse em participar de uma mediação, simplesmente tudo isso fica registrado em uma ata e dá-se prosseguimento ao processo judicial.

Ainda assim, a mediação é realizada em caráter confidencial. Tudo o que é falado ou escutado dentro da audiência está amparado por esse direito e não pode ser divulgado fora desse espaço. A única exceção, segundo a lei, é que o mediador identifique que foi cometido um delito grave, inclusive durante a sessão, que justifique relativizar o apontado sigilo[48].

Percebemos, por sinal, que os portenhos valorizam na mediação aproximadamente os mesmos princípios aqui adotados pela legislação brasileira pertinente à matéria[49]. Também percebemos que, em essência, as ferramentas utilizadas pelos mediadores portenhos não são diferentes quando comparadas com aquelas observadas no Brasil[50]. Entretanto, em Buenos Aires, não observamos mediadores trabalhando de forma voluntária. Tratava-se de profissionais devidamente capacitados e remunerados para o exercício de suas funções.

Quando uma audiência de mediação é finalizada, pode ocorrer de ser necessário agendar uma nova data para comparecimento, a fim de seguir explorando as necessidades e interesses das partes. Há em Buenos Aires toda uma estrutura destinada a oferecer serviços de mediação, nas mais diferentes matérias. Não apenas serviços gratuitos oferecidos pelos entes públicos ou por Universidades, mas também remunerados (chamados particulares) prestados por advogados credenciados para atuarem como mediadores. Há um software específico para cadastro e acompanhamento dos casos e designação de audiências, dentre outros recursos, levando-nos à conclusão de que se trata de uma prática bastante consolidada por lá[51].

---

48. Contudo, na prática, verificamos outras exceções, já que estudantes de direito, observadores e mediadores em formação podem ser autorizados, pelas partes, a assistirem às sessões, com objetivos acadêmicos. Tal medida se revela importante porque a mediação, em Buenos Aires, é bastante empregada na solução de diferentes conflitos, na área cível, de família, etc. Faz-se necessário formar mediadores e essa formação também inclui certa carga horária de observação de sessões de mediação conduzidas por mediadores experientes. Por isso a confidencialidade pareceu relativa, o que permitiu nosso ingresso nas salas onde as sessões observadas foram realizadas.
49. Conferir nota de rodapé n. 15, *supra*.
50. Descritas, por exemplo, em FILPO, Klever Paulo Leal. *Mediação judicial*: discursos e práticas. Rio de Janeiro: Mauad X e FAPERJ, 2016.
51. Isso pareceu natural, tendo em vista que a primeira Lei de mediação argentina foi a Ley 24.573 de 1996, regulamentada pelo Decreto 91/1998.

Toda essa estrutura volta-se para o objetivo explícito de levar os casos até a celebração de um acordo. Isso significa a finalização do processo de mediação. A outra forma de finalização seria a total impossibilidade de acordo, o que acontece quando alguma ou ambas as partes não comparecem para a audiência de mediação, ou quando pelo menos uma delas revela desinteresse pela saída consensual.

Nos casos de mediação penal, uma vez finalizada a mediação com acordo, o efeito é o arquivamento da investigação por parte do Fiscal (Promotor) interveniente (artigo 199, inciso *h*, e 204, parte final, do Código Procesal Penal de la CABA). Já na hipótese de causas contravencionais, dá-se a extinção da ação logo que o acordo seja homologado por um juiz (artigo 41 do Código Contravencional de la CABA).

No relatório publicado pela equipe interdisciplinar do Centro de Mediação e Métodos Alternativos do Conselho da Magistratura da cidade de Buenos Aires, consta que, naquela cidade, as equipes de mediação trabalharam, inicialmente, com delitos tais como: ameaça simples (artigo 149 bis, parágrafo 1, do CP); violação de domicílio (artigo 150 do CP); dano (artigo 183 do CP); descumprimento dos deveres de assistência familiar (Ley 13.944); e *hostigamiento*, isto é, assédio (artigo 52 do Código Contravencional da Ley 1.472 CABA).

Entendendo que a experiência vem sendo bem-sucedida, há iniciativas que buscam um emprego mais largo da mediação, inclusive para tratar as relações conflituosas de famílias atravessadas por situação de violência[52] a despeito da proibição constante da Lei de Proteção contra Violência Familiar (Ley 24.417)[53]. Em Buenos Aires, embora ainda seja tema polêmico, vem ganhando força a percepção de que as famílias que tenham atravessado situação de violência e ingressado no sistema penal, podem participar de um processo de mediação, obter acordos e sustentá-los, desde que, simultaneamente: a violência esteja controlada; não se trata de violência crônica; as partes tenham capacidade de reflexão e vontade de mudar; e, por fim, que as partes estejam assessoradas legalmente, isto é, acompanhadas de advogados[54].

52. É importante esclarecer que não existe, em Buenos Aires, um consenso a respeito dessa possibilidade. Inclusive, durante nossa estada por lá, fomos informados de que a *Fiscalía* vinha recomendando cautela na utilização da mediação em causas que envolvessem violência doméstica. Em sentido contrário, isto é, com percepção positiva sobre tal encaminhamento, em determinados casos, conferir: REGGIARDO, Nélida *et al.*, 2016, p. 39-42.

53. Disponível em: [http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/93554/norma.htm]. Acesso em: 10.04.2018.

54. REGGIARDO, Nélida *et al.*, 2016. Contracapa.

Verifica-se que, inobstante a prática da mediação penal em Buenos Aires esteja vinculada a crimes que (segundo aqui admitimos, para efeito de argumentação) seriam considerados pelo ordenamento brasileiro como infrações de menor potencial ofensivo (e que já estariam abrangidos pela Lei dos Juizados Especiais brasileira – Lei 9.099/95), esta limitação não é estabelecida pela Lei portenha.

Assim, trata-se de uma política legislativa que abre espaço para que se possa compor os conflitos criminalizados por meio de soluções consensuais, afastando a incidência do sistema penal com a valorização do interesse e do papel da vítima na esfera penal.

6. Considerações finais

O novo Código de Processo Civil criou mecanismos para a manifestação válida de vontade do titular do bem jurídico violado no caso concreto, no sentido de compor pela conciliação ou pela mediação. Isso implica em uma completa deslegitimação do próprio Estado em confiscar o direito da vítima e inseri-lo no sistema penal, por faltar justa causa para o exercício da ação.

As políticas legislativas de solução de conflitos por métodos não contenciosos protagonizados pela vítima podem e devem ser implementadas também na esfera criminal, afastando a incidência do sistema penal quando, em infrações que tenham vítima direta, seja promovida a conciliação e a mediação para composição do conflito, devendo ser amplamente discutido o limite de sua admissão conforme requisitos a serem estabelecidos pela própria lei, como tipos penais em que não se admite a solução não contenciosa, por exemplo.

A valorização da vontade, do interesse e da participação da vítima, titular do bem jurídico possivelmente violado, não encontra empecilho dogmático processual penal em face da justa causa conceitualmente compreendida a partir da vitimologia e a consequente vitimodogmática.

O Código Processual de Buenos Aires, segundo sua exposição de motivos, procurou seguir uma tendência de dar protagonismo às vítimas, consagrando a mediação como única alternativa em que se possibilita que as pessoas envolvidas em um conflito se apropriem dele e busquem resolvê-lo entre si, como protagonistas na tomada de decisões, com a ajuda do mediador.

Trata-se de uma iniciativa de política legislativa, com aplicação prática, que pode servir como experiência para a busca de soluções não contenciosas para os casos penais no Brasil.

Referências

AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação e justiça restaurativa* – A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Juizados Especiais Criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 16, n. 47, out. 2001. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092001000300006]. Acesso em: 25.07.2018.

CARAM, María Elena. *l espacio de la mediación penal*. Disponível em: [file:///C:/Users/extra/Downloads/EL%20ESPACIO%20DE%20LA%20MEDIACION%20PENAL%20_2_.pdf]. Acesso em: 20.04.2018.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de et al. Justa causa penal-constitucional. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 11, p.30-60, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição*: princípios constitucionais do processo penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FILPO, Klever Paulo Leal. *Mediação judicial*: discursos e práticas. Mauad X e FAPERJ, 2016.

FILPO, Klever Paulo Leal. Mediação judicial – Uma opção do jurisdicionado? Anais do Congresso do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle. Disponível em: [www.sociologyoflaw.com.br/IMG_SYSTEM/12-GT-mediacao-e-justica-restaurativa.pdf]. Acesso em: 05.07.2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 69, nov.-dez. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação pena*l. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

JARDIM, Afrânio Silva. O novo Código de Processo Civil e as CONDIÇÕES DA AÇÃO. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, jan.-jun. 2015.

JARDIM, Afrânio Silva. Originalidade como condição para o regular exercício do direito de ação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, jan.-jun. 2015.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*: princípio da obrigatoriedade. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

KOSOVISK, Ester. *Estudos críticos sobre o sistema penal*. Cidadania, direitos humanos e vitimologia. Curitiba: Ledze, 2012. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/biblioteca]. Acesso em: 20.04.2018.

MELLO, Kátia Sento Sé; LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. Mediação e conciliação no judiciário: dilemas e significados. Dilemas: *Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 4, p. 97-122, 2011.

MIERS, David. Um estudo comparado de sistemas. Relatório DIKE – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no âmbito da Decisão – Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal. Lisboa, set. 2003.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. *Mediador judicial e mediador comunitário na cidade do rio de janeiro*. Artigo científico. Disponível em: [www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=89ea5cb67579289c]. Acesso em: 10.03.2015.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa*: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

REGGIARDO, Nélida et al. *Investigación sobre mediación em casos de famílias atravesadas por situaciones de violência*. Buenos Aires: JusBaires, 2016.

ROMANELLI, Luciana Caramore. *A mediação comunitária como uma das possibilidades de resolução de conflitos na favela da Rocinha*. 2018. (Dissertação) Mestrado em Direito da Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 53, mar.-abr. 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Justiça penal negociada a participação ativa da vítima na solução de conflitos penais, de Cláudio José Langroiva Pereira – *RT* 806/418-430 (DTR\2002\671);
- Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes, de Pablo Galain Palermo – *RBCCrim* 91/161-197 (DTR\2011\2338); e
- Nuevas ideas sobre el Código de Procedimiento Penal modelo para Iberoamérica – justicia restaurativa (precautoria), de Ángela María Buitrago Ruiz – *RIDP* 5/41-54 (DTR\2017\1660).

A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas

Criminal advocacy, criminal defense investigation and the fight for equality of arms

Gabriel Bulhões Nóbrega Dias

Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes – UCAM/RJ (2016).
Professor da Pós-Graduação em Direito da Faculdade Diocesana – Mossoró/RN.
Coordenador Regional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim/RN.
Membro Consultor da Comissão Especial de Estudo do Direito Penal do CFOAB.
Presidente da Comissão de Advogados Criminalistas da OAB/RN. Representante do Núcleo de Investigação Defensiva da ABRACRIM/RN. Membro da Comissão de *Compliance* da OAB/RN.
gabrielbulhoes@gmail.com

Recebido em: 30.04.2018.
Aprovado em: 13.07.2018.
Última versão do autor: 10.08.2018.

Área do Direito: Penal

Resumo: Almeja-se discutir a contextualização da Investigação Defensiva no cenário brasileiro e a regulamentação da matéria no Brasil, legitimando-a pela busca da paridade de armas, haja vista tratar-se de um conjunto de diligências e técnicas de apuração da verdade possível, com a consequente produção e catalogação de provas, podendo estar encadeadas documentalmente em um instrumento, em ordem lógica e/ou cronológica, visando resguardar a tutela judicial dos interesses do cidadão, na condição de acusado ou vítima de crimes, inclusive as pessoas jurídicas. Assim, através de revisão bibliográfica e legislativa, explana-se sobre a caracterização da atividade advocatícia e sua aptidão natural para desenvolver essa atuação. Ainda, tateia-se as possibilidades de implementação imediata da Investigação Defensiva pela advocacia criminal. O tema tem especial relevância no processo penal

Abstract: This article aims to discuss the contextualization of Criminal Defense Investigation in the Brazilian scenario and the regulation of the matter in Brazil, legitimating it by the search of the equality of arms, since it is a set of diligences and truth-finding techniques, with the consequent production and cataloging of evidence, and may be documented in an instrument, in a logical and / or chronological order, in order to safeguard the judicial protection of the citizen's interests, as a defendant or a victim of crimes, including legal entities. Thus, through a bibliographical and legislative review, it explores the characterization of the legal activity and its natural aptitude to develop this activity. Still, it is demonstrated the possibilities for the immediate implementation of Defensive Investigation by criminal advocacy. The issue is of special relevance in contemporary criminal proceedings,

contemporâneo, pois se busca novas formas de se efetivar uma substancial paridade de armas, diante do agigantamento da função acusatória em detrimento de direitos e garantias penais, sendo questão cada vez mais explorada pela academia brasileira, sobretudo quanto às preocupações práticas dessa atividade desempenhada pelo advogado e os benefícios para a ampla defesa, o controle dos agentes estatais e o aumento da cognição da persecução penal, o que reflete em uma melhor administração da justiça e da segurança pública.

Palavras-chave: Investigação defensiva – Advocacia criminal – Paridade de armas – Administração da justiça – Segurança pública.

since new forms of substantial parity of arms are being sought, in view of the increasing role of the accusatory party over criminal rights and guarantees, a matter increasingly explored by the Brazilian academy, especially as to the practical concerns of this activity carried out by the lawyer and the benefits for the broad defense, the control of the state agents and the increase of the cognition of the criminal prosecution, which reflects in a better administration of the justice and the public security.

Keywords: Criminal defense investigation – Criminal advocacy – Equality of arms – Administration of justice – Public security.

Sumário: 1. Introdução. 2. A busca pela paridade de armas. 3. Caracterização da atividade advocatícia. 4. Possibilidades da investigação defensiva para a advocacia criminal. 5. Teoria geral da investigação defensiva. 6. Planejamento da investigação defensiva. 7. Técnicas especiais de investigação defensiva. 7.1. Busca por informações públicas. 7.2. Ata notarial. 7.3. Solicitação de informações públicas. 7.4. Notificação extrajudicial pública. 7.5. Notificação extrajudicial privada. 7.6. Solicitação de imagens de vigilância. 7.7. Inquirição de testemunhas. 7.8. Busca e apreensão. 7.9. Perícias diversas. 7.10. Detetives particulares. 7.11. Vistorias ou inspeções. 8. Inquérito defensivo. 8.1. Instrumentos obrigatórios. 8.1.1. Portaria/Termo de Instauração. 8.1.2. Capa. 8.1.3. Relatórios. 8.2. Outros instrumentos. 8.2.1. Termo de Enumeração de Pessoas Diligenciadas. 8.2.2. Termo de Relação de Capitulações. 8.2.3. Ordens de Serviço. 9. A regulamentação da matéria no Brasil. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

Um temário ainda pouco explorado no Brasil é o da Investigação Defensiva. Atividade muito comum e desenvolvida em outros recantos do mundo, a exemplo dos modelos de proatividade advocatícia que se desenvolveram na Itália[1],

1. Para uma conceituação do modelo, veja-se: "Para aclarar o objeto e objetivo de nossa reflexão, principiemos com um enunciado conceitual necessário que, a partir do estudo daquele instituto italiano, elaboramos: 'entende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consulente técnico e/ou investigador privado autorizado, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará

país com uma tradição jurídica muito semelhante à nossa, e nos Estados Unidos da América, nação cuja forma de enxergar a realidade através do Direito vem enxurrando[2] o ordenamento brasileiro a passos largos.[3-4]

No presente texto se busca desenvolver o tema a partir de uma análise que envolva algumas linhas de direito comparado – em especial os referenciais norte-americano e italiano; mas, também, aplicando tais lições ao contexto local e atual, evitando o mimetismo que pudesse deturpar os institutos alienígenas no Direito brasileiro.

Assim, realiza-se uma leitura local a partir de revisão bibliográfica de obras já publicada no Brasil sobre o tema, com referência sumária a várias delas (as quais, pelas dimensões deste trabalho, não puderam ser abordadas a contento), assim como da pesquisa normativa acerca das leis postas, dos projetos de leis em tramitação no Congresso Nacional, e ainda da normativa administrativa em gestação no Conselho Federal da OAB.

Ademais, é importante frisar que discussões de relevo não puderam ser travadas no corpo do texto, as quais merecem um maior amadurecimento da doutrina

---

para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficiais'"(AZEVEDO, André Boiani e; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 11, n.,137, abr. 2004. p. 6.

2. Para além das influências legislativas e político-criminais concretas, possuímos mais proximidade com esse modelo em razão da habitualidade com que a indústria cinematográfica e de seriados vem apresentados a questão, a exemplo das séries: (i) *How to get away with murder*; (ii) *Suits*; (iii) *The good wife*; (iv) *Ray Donovan*; (v) *Marcella*; (vi) *Scaandal*; vii) *The seven seconds*; ou as séries documentais: (i) *Making a murderer;* (ii) *Dirty money*, entre outros inúmeros exemplos.

3. Sobre a influência do direito processual penal norte-americano no sistema processual penal latino, de uma forma geral, relevante a perspectiva de Afrânio Silva Jardim, que há muito se opõe doutrinariamente à "importação" de institutos processuais peculiares ao sistema processual norte-americano, na medida em que fundado em bases jurídicas e valores sociais diversos da cultura latina (JARDIM, Afrânio Silva. *A influência norte-americana nos sistemas processuais penais latinos*. Empório do Direito, publicado em 26.07.2016. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/leitura/a-influencia-norte-americana-nos-sistemas-processuais-penais-latinos-por-afranio-silva-jardim-1508758582]. Acesso em: 26.02.2018).

4. Elementos colhidos, entre outros ao longo do texto – devidamente referenciados, na publicação: DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 304, abr. 2018. Texto republicado pela CONJUR, disponível em: [www.conjur.com.br/2018-abr-10/gabriel-bulhoes-investigacao-defensiva-paridade-armas].

e da advocacia nacionais, a exemplo da natureza dos atos praticados pelo advogado, o valor probatório de tais atos, os novos imperativos éticos da classe diante desse contexto, a relação de desconfiança (ou não) com as demais carreiras do Sistema de Justiça Criminal, entre outras.

Dessa forma, frisa-se que a tentativa foi de situar a discussão no texto de uma forma introdutória, com uma breve passagem pelos aspectos teóricos e maior foco e atenção aos elementos de análise normativa e de aportes de técnicas e práticas voltadas ao profissional o qual vai se deparar com essa demanda concreta diante da sua atuação. Isso, pois se espera que a investigação defensiva se torne uma prática cada vez mais comum, diante da novel tratativa dispensada e ora tratada.

Nesse sentido, o desenvolvimento dessa atividade do Brasil sofre influências mútuas de ambos os modelos, seja a partir do modelo continental (romano-germânico), seja através do modelo da *common law*.

No Brasil, a perspectiva que se abre é vasta e parece existir uma demanda reprimida a qual faz, do momento histórico que se vive, um excelente momento para advogados e advocacia pautarem o tema, por várias razões.

Em primeiro lugar, o passado mostra um movimento pendular quando se analisam os avanços e retrocessos quanto aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, em especial quando se trata de persecução criminal. Não há dúvidas, por outro lado, que nessa quadra histórica há um recrudescimento em vários níveis e dimensões do Estado Policial, com a consequente supressão e mitigação de garantias, chegando a ser nominado acertadamente de Pós-Democracia.[5]

A investigação defensiva está aí, latente na atuação profissional de toda a advocacia, mostrando-se, ainda que timidamente no contexto da persecução penal brasileira, como instrumento digno de atenção da Defesa e principalmente da doutrina, já que, salvo honrosas exceções[6], esta não tem se ocupado a contento do tema no âmbito da Academia brasileira.

5. CASARA, Rubens. O Estado Pós-Democrático no Brasil: a gestão dos indesejáveis. Justificando. Disponível em: [http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/17/o-estado-pos-democratico-no-brasil-gestao-dos-indesejaveis/#_ftnref1]. Acesso em: 26.02.2018.

6. AZEVEDO, André Boiani e; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 11, n. 137, p. 6-8, abr. 2004; BALDAN, Edson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.64, p. 253-263, jan. 2007; FREITAS, Marcelo Eduardo. O direito do indiciado a uma investigação defensiva e contraditória no inquérito policial. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1947, 30.10.2008. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/11907]. Acesso

Referendando essa importância, o Código de Normas para a Administração da Justiça Criminal da Ordem dos Advogados dos EUA (American Bar

em: 04.03.2018; MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação criminal defensiva*. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado) – Orientador: Antonio Scarance Fernandes, Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009; FREITAS, Marcelo Eduardo. *O direito do indiciado a uma investigação defensiva e contraditória no inquérito policial*. 2009. O direito do indiciado a uma investigação defensiva e contraditória no inquérito policial; MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 191 p.; SOUZA, Luiz Roberto Salles; ACANJO, Ana Carolina Buffulin G. Investigação defensiva. *Instituto de Estudos Avançados de Processo Penal – ASF*. Estudos de processo penal, São Paulo, 2011. p. 45-77; RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 111-147; RASCOVSKI, Luiz. Investigação criminal defensiva: uma luz no fim do túnel com sua previsão no novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei 156/09). *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n. 219, p. 14-15, fev. 2011; MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, maio-jun. 2012; SAMPAIO, Denis. Reflexões sobre a investigação defensiva: possível renovação da influência italiana pós "Código Rocco" sobre a *indagine difensive*. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.). *Advocacia criminal, direito de defesa, ética e prerrogativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 96-120; MAURICIO, Bruno; HENRIQUE, Diego; MARTINELLI, João Paulo Orsini. A possibilidade de investigação defensiva dentro do modelo constitucional brasileiro. *Revista Liberdades*, São Paulo, v. 12, p. 1-19, 31, abr. 2013. Quadrimestral. Disponível em: [www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/15/IBCC_RevistaLiberdades_n12_reflexao.pdf]. Acesso em: 04.03.2018; BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR, Salah Hassan. (Org.). *Sistema penal e poder punitivo, estudos em homenagem ao Professor Aury Lopes Jr*. Florianópolis: Empório do Direito, 2014. v. 1. p. 156-184; VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação criminal: o projeto de Código de Processo Penal e investigação defensiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 107, mar.-abr. 2014. p. 309-336; JÚLIO, Naydoo dos Santos. *A investigação criminal pela defesa*. 2014. 60 f. TCC (Graduação) – Orientador: Alexandre Morais da Rosa, Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014; NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas; CUNHA NETO, Eurico da. A investigação defensiva como corolário da igualdade processual e do direito à prova. *Revista Jurídica Unigran*, Dourados, v. 17, n. 33, p. 133-147, 31.06.2015; CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 127, p. 167-198, jan. 2017; ANDRADE, Andressa Paula de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. "Scherlock Holmes" no processo penal brasileiro? Lineamentos sobre a Lei 13.432 de 11 de abril de 2017 e a investigação criminal defensiva. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 296, p. 8-9, jul. 2017.

Association, Standards for the Administration of Criminal Justice), em seu item 4-4.1, aduz que:

> *a)* O advogado de defesa deve conduzir uma pronta investigação das circunstâncias do caso, e explorar todas as vias que levem a fatos relevantes para o julgamento do mérito da causa e a aplicação da pena, no caso de condenação. A investigação deve incluir esforços para obter informações na posse da parte acusadora e da Polícia Judiciária. O dever de investigação existe independentemente da confissão do acusado, ou de afirmações para o advogado de defesa sobre fatos que configuram culpa, ou a afirmação da intenção do acusado de se declarar culpado.

Aqui se está a explanar a relação do tema com a esfera criminal[7], e sua importância se avulta quando vemos o tratamento da matéria dado pela própria American Bar Association (ABA), pois expressamente a determina como um dever do "advogado de defesa", incluindo aí as diligências devidas para angariar todas as informações em posse da Polícia Judiciária e do Ministério Público, dever esse que existirá, ainda, até mesmo se o acusado houver confessado a prática delitiva.[8]

Por outro lado, quanto ao modelo italiano, observa-se com especial destaque a análise de Edson Baldan, conforme adiante transcrito:

> Após a superação do modelo inquisitivo e a implantação do sistema acusatório no estatuto Rocco, assistiu o processo penal italiano à introdução da expressão "investigação do defensor", pela primeira vez, com a alcunhada "Lei Carotti" (Lei 479, de 16-12-1999, em vigor desde 03-01-2000), a qual, embora com o mérito de conferir dignidade codificada à investigação defensiva, apresentou deficiente disciplina para pleno exercício dessa faculdade. Finalmente a Lei 397, de 07-12-2000, alterando os artigos 327 e 391 do código de ritos italiano, introduziu disposições específicas em matéria de investigação da defesa, atribuindo ao advogado o direito-dever de, coadjuvado ou não por peritos técnicos e investigadores privados, empreender inúmeras ações tendentes à produção de evidências probatórias favoráveis a seu assistido, para tanto sendo-lhe permitido: a) promover o colóquio não documentado, consistente na entrevista pessoal e informal a potenciais testemunhas; b) receber ou colher (sem a presença do imputado, da vítima ou de outras partes privadas)

7. Contudo, não se despreza, e é preciso que se esclareça isso desde logo, a importância e adequação das práticas de Investigação Defensiva em diversas, talvez todas as searas da advocacia.

8. Disponível em: [www.americanbar.org/portals/government_public_sector_lawyers.html]. Acesso em: 12.03.2018.

> declaração escrita de pessoas, com a cominação de crime de falso testemunho (excluídas as que, já ouvidas no inquérito ou processo, estão proibidas de depor perante o defensor); c) requerer laudos periciais ou, então, produzi-los através de assistentes técnicos, d) efetuar vistoria em coisas ou inspecionar lugares públicos ou privados (exceto aqueles abrangidos pela expressão "casa"), em caso de dissenso do particular requerendo expedição de autorização judicial; e) solicitar documentos em poder da Administração Pública, deles extraindo cópias, e, finalmente, f) formar o instrumento para documentação dessas atividades visando ao seu posterior encarte em qualquer estágio do inquérito ou processo. Tal tarefa, não adstrita a ritos ou formas, pode ser desenvolvida em qualquer fase ou grau da persecução penal ou, ainda, em caráter meramente preventivo, isto é, diante da possibilidade de instauração de eventual procedimento criminal.[9]

Nesse sentido, "perceptível que o advogado, nessa inédita sistemática, detém a direção, o controle e responsabilidade da investigação defensiva"[10], havendo, portanto, uma guinada no papel e nas funções desempenhadas pelo Advogado no curso processual, sendo-lhe exigida uma postura proativa e, consequentemente, mais empenho e energia para consecução das suas demandas. Não se coaduna com esse modelo, pois, a figura do "defensor de gabinete", avesso aos desafios que fujam do debruce intelectual e abstrato de teses jurídicas.[11]

O presente artigo, portanto, insere-se em um momento de viragem na tratativa da matéria, do ponto de vista normativo, cultural e teórico. Tal contextualização é o fio condutor do desenvolvimento deste trabalho, permeando as discussões teóricas e, principalmente, prático-profissionais.

2. A busca pela paridade de armas

A paridade de armas no processo penal é uma necessidade democrática a qual visa o aprimoramento das instituições que compõe o sistema de justiça e a observância concreta de direitos e garantias fundamentais. "Tudo isso porque a Constituição Federal instituiu o sistema processual penal acusatório, com a delimitação de papeis bem definidos e que permitem um equilíbrio pela

9. AZEVEDO, André Boiani e; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 11, n. 137, abr. 2004. p. 6-7.
10. AZEVEDO, André Boiani e; BALDAN, Édson Luís. Op. cit., p. 7.
11. DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 304, p., abr. 2018.

equidistância da acusação e da defesa ao órgão julgador".[12] Nesse sentido, observe-se a lição de Luigi Ferrajoli, *in verbis*:

> Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.[13]

Como elementos constitucionais fundantes da investigação defensiva, temos a salvaguarda dos princípios da igualdade (art. 5º, *caput*, CF), do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF). Ainda, é possível se alegar que a segurança pública é direito e responsabilidade de todos (art. 144, CF), inclusive do advogado no exercício das suas funções.[14]

Além disso, há uma especial relevância quanto ao aspecto do controle da legalidade nas persecuções penais, quando se lançam novos olhares sobre a forma de atuar dos agentes estatais, desde os integrantes das forças de segurança pública, passando pelos órgãos ministeriais e desembocando no próprio Judiciário.[15]

Confere-se, assim, uma maior ressonância aos anseios da advocacia e dos próprios cidadãos que garantem seus direitos através dos seus advogados, pois se oferecem mais condições materiais do advogado instrumentalizar, do ponto de vista probatório, as suas teses e pleitos.[16]

Contudo, é certo que essa nova forma de atuação profissional da advocacia exige uma mudança significativa de cultuar e de perspectiva, a exemplo da maior energia a ser demandada do profissional, que passa a ter uma postura nitidamente mais (pro)ativa na defesa dos interesses de seus constituintes.[17]

Acerca desse ponto, após enxergar a evolução do modelo italiano, Édson Baldan faz as seguintes ponderações:

---

12. DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Op. cit.
13. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: ed. RT, 2014. p. 490.
14. DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 304, p., abr. 2018.
15. DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Op. cit.
16. Idem
17. DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Op. cit.

> Perceptível que o advogado, nessa inédita sistemática, detém a direção, o controle e responsabilidade da investigação defensiva e, portanto, "não é mais o espectador passivo do desenrolar processual, mas assume um papel dinâmico no processo. Isto comportará naturalmente tempos de empenho mais dilatados e uma profusão de energia maior. Desaparece a velha figura do defensor de gabinete, assim como visto pelo cidadão — e admitimos por todos nós — porquanto também este defensor deverá ser sujeito dinâmico do processo.[18]

Há, dessa forma, uma finalidade preventiva na investigação defensiva, que serve *(i)* em alguns momentos para fomentar, através do controle externo, a legalidade na atuação dos agentes estatais; e *(ii)* em outros para viabilizar as responsabilizações dos eventuais desvios e excessos cometidos por esses mesmos agentes. Sendo importante perceber que a potencialidade da *segunda* medida, acarreta um efeito pedagógico fomentador da *primeira*.[19]

Apesar das mencionadas características positivas do uso da investigação defensiva como instrumento de promoção da almejada paridade de armas entre acusação e defesa, dentro do sistema acusatório, não se pode olvidar que se trata instituto complexo. E, com a análise de complexidade, exige-se o enfrentamento de complicadores por parte de seus teóricos e aplicadores, tendo em vista que as reflexões acerca das implicações morais e éticas devem mapear um plexo de deveres e limitações ao advogado que se propõe a executar a prática investigativa defensiva.[20]

3. Caracterização da atividade advocatícia

Como é sabido, a advocacia é uma atividade privada – ainda que essencial à Justiça[21] e detentora de um *múnus* público. Nesse diapasão, observa-se que a máxima "de que é permitido fazer, tudo aquilo que não for proibido" é plenamente aplicável à atuação profissional do advogado, acobertado ainda que está do direito fundamental do livre exercício das atividades profissionais.[22]

18. AZEVEDO, André Boiani e; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 11, n. 137, abr. 2004. p. 7.
19. DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 304, p., abr. 2018.
20. DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Op. cit.
21. CF – "Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei."
22. CF – "Art. 5º [...] XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a Lei estabelecer; [...]".

Não é regida, pois, a advocacia pela lógica do servidor público, para o qual "somente é possível fazer, aquilo que for determinado ou permitido em lei".

Assim, mesmo sem qualquer incentivo ou regulamentação, cabe ao advogado agir, dispondo de todas as ferramentas e estratégias legais de captação e documentação de informações relevantes (provas e/ou indícios) para corroboração ou contraposição a fatos e teses jurídicas.

Nesse ponto, chama-se atenção ao cuidado que se deve ter com os direitos e garantais fundamentais de qualquer pessoa, física ou jurídica, que seja diligenciada dentro de uma investigação defensiva. Não é preciso dizer que a conduta a qual intente violar, sem autorização judicial, o sigilo de outrem – fiscal, bancário, telefônico, telemático, de correspondência, entre outros – comete crime e está sujeito às sanções criminais, cíveis e administrativas cabíveis.

Não se trata, pois, de violar direitos alheios, senão se valer de instrumentos legais para assessorar a atuação prático-profissional desenvolvida pela advocacia criminalista, desde o noticiamento da ocorrência de uma conduta supostamente criminosa, até mesmo ao tempo posterior ao trânsito em julgado (visto que se podem angariar provas visando uma revisão criminal).

Outros aspectos, um pouco mais delicados, tratam da prevenção às ocorrências criminosas, e a repressão aos delitos. Isso porque existe uma falsa impressão de que o advogado, em especial o criminalista, não tem entre suas atribuições qualquer colaboração, preventiva ou repressiva, com a Segurança Pública. Muito pelo contrário, imputam-se injustamente aos criminalistas muitas das mazelas da Segurança Pública, do Sistema de Justiça Criminal e do Sistema Penitenciário, alçando-os, em especial em alguns discursos fáceis vendidos pela mídia marrom, a um patamar quase de inimigos da sociedade.[23]

Infelizmente, passa ao largo dos noticiários e do imaginário popular, por exemplo, a importância do advogado que acompanha e monitora a investigação, apontando precocemente erros e nulidades que poderiam desperdiçar muito da atividade estatal se somente fossem arguidas tardiamente, ou a credibilidade que confere a presença de um advogado a um depoimento/interrogatório colhido em sede policial, ou ainda o importante desempenho de alguns desses profissionais no auxílio direto da persecução penal e das instruções processuais enquanto assistentes[24] das vítimas e acusações.

23. Por todos: i) *CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal*. São Paulo: Servanda, 2010; e ii) BARBOSA, Rui (1849-1923). *O dever do advogado*. Carta a Evaristo de Morais / Rui Barbosa. Prefácio de Evaristo de Morais Filho. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui. Barbosa, 2002.

24. CPP – "Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31".

Abordando essas questões a partir de uma leitura da implementação do modelo italiano, Édson Baldan nos coloca algumas consequências naturais à implementação das atividades de investigação defensiva, conforme se ver:

> Esperado que adoção desse instrumento, ora apenas esboçado, tivesse algumas conseqüências imediatas: a) aprimoramento da investigação policial como contraponto eficaz às provas produzidas pelo defensor, obrigando a polícia judiciária e o ministério público à busca de contínuo aperfeiçoamento técnico-científico; b) criação (ou desenvolvimento) de uma categoria profissional, a dos investigadores privados; c) estímulo ao culto das ciências afins ao Direito Penal, como a Criminalística, Criminologia, Medicina Legal, com a conseqüente necessidade de adequação do ensino técnico e superior; d) redimensionamento da estatura jurídica do Advogado (dentro e fora do processo), transmudando-o da condição de mero espectador inerme e inerte para a posição de ativo protagonista na formação da prova criminal; e) obrigação da motivação judicial na admissão da acusação, criando-se verdadeiro juízo de prelibação que arredaria a instauração da instância judicial quando insuficientes os elementos indiciários; f) maior proximidade do processo penal com a verdade real pelo fortalecimento da prova criminal, com a conseqüente serenidade do magistrado ao proferir seu decisum, pois com ouvidos às razões produzidas por acusação e defesa em perfeita *égalité des armes*.[25]

Prosseguindo na discussão, é preciso dizer que a atividade advocatícia, como uma profissão que exerce um múnus público (art. 133, CF), poderia possuir fé pública no sentido de conferir autenticidade aos documentos por si atestados. É uma discussão válida, que já possui até certa normatização a nível nacional (art. 1º[26], da Lei Federal 11.925, de 17 de abril de 2009[27]; e art. 11, *caput* e §1º[28],

25. AZEVEDO, André Boiani e; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 11, n. 137, abr. 2004, p. 6-8.

26. "Art. 1º [...] passam a vigorar com a seguinte redação: "Art. 830. O documento em cópia oferecido para prova poderá ser declarado autêntico pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal. [...]"

27. "Dá nova redação aos arts. 830 e 895 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943."

28. "Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais. § 1º Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais,

da Lei Federal 11.419, de 19 de dezembro de 2006[29]), em alguns estados[30], e ainda em nível administrativo.[31]

A Lei Federal 11.925/2009, acima referenciada, trouxe a fé pública para todos os documentos emitidos e autenticados pelos advogados, bastando que se faça menção ao fundamento legal e se declare expressamente tal condição, sob as penas de responsabilização criminal do profissional que atestar falsamente a veracidade de algo.

Nada obstante a isso, pelo fato de a Lei citada possuir um escopo de abrangência adstrito à Justiça do Trabalho[32], tendo em vista que altera dispositivos legais da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), entende-se que tal fundamento legal pode ser aduzido; sem, no entanto, conferir qualquer segurança jurídica à advocacia e/ou encerrar a discussão sobre a questão.

Quanto à discussão, já se manifestou o Tribunal Constitucional Federal, (TCF), a Suprema Corte Alemã, conforme narrado por Karl Heinz Gössel[33], pois o advogado exerce uma "profissão de confiança ligada ao Estado, que lhe outorga uma posição similar à dos funcionários obrigados quanto à verdade e à justiça".

Por conseguinte, conclui-se que a advocacia desempenha uma atividade *sui generis*, pois se insere na lógica das atividades privadas, e do livre exercício profissional, mas também desenvolve uma função essencial à Justiça, por meio de um *múnus* público. Tudo isso, pois, representa o cenário de fundo que permeia

---

pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização."

29. "Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências."

30. JORNAL OPÇÃO. *Projeto de Lei autoriza advogados a autenticar documentos em Goiás*. 2018. Disponível em: [www.jornalopcao.com.br/ultimas-noticias/projeto-de-lei-autoriza-advogados-autenticar-documentos-em-goias-118039/]. Acesso em: 25.02.2018; e CONJUR. *Sem burocracia SP dispensa exigência de cópia autenticada de documento*. 2008. Disponível em: [www.conjur.com.br/2008-jan-24/sp_dispensa_exigencia_copia_autenticada_documento]. Acesso em: 20.02.2018.

31. Conforme art. 584, §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa 45/2010 do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS).

32. Nesse sentido: CONJUR. *Mudança na CLT Leia Lei que reconhece fé pública de advogado*. 2009. Disponível em: [www.conjur.com.br/2009-mai-08/leia-lei-reconhece-fe-publica-advogado-justica-trabalho]. Acesso em: 20.02.2018.

33. GÖSSEL, Karl Heinz. La Defensa en el Estado de Derecho y las Limitacionaes Relativas al Defensor en el Procedimiento contra Terroristas. *Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciências Penales*, Buenos Aires, ano 3, n. 9 a 12, 1980. p. 229.

a discussão acerca da possibilidade/legitimidade da investigação defensiva no Brasil de hoje.

4. Possibilidades da investigação defensiva para a advocacia criminal

Prima facie[34], cumpre dizer que, com a utilização da investigação defensiva, o advogado de defesa criminal tem o *dever* de empreender todas as diligências possíveis e necessárias, ainda que aja confessado o seu cliente, para angariar elementos de prova no sentido de reforçar a(s) tese(s) defensiva(s).

Em posição diametralmente oposta, temos a investigação defensiva dos interesses das vítimas de crimes, enfatizando um papel já demandado do criminalista na defesa dos direitos, patrimoniais e/ou não-patrimoniais, das vítimas. E isso se desenvolve tanto na fase processual, quando se fala propriamente do instituto da Assistência de Acusação, incluído no Código de Processo Penal desde sua redação original, em 1941; quanto na fase pré-processual, *inclusive no sentido de angariar elementos de prova para subsidiar o início* (através da provocação) *e o próprio desenvolvimento da persecução penal* (por meio da continuidade das medidas e diligências).

Por outro lado, existe a possibilidade da contratação, seja habitual, seja pontual, de profissionais especializados para auxiliar na apuração de fraudes e outros ilícitos no ambiente corporativo-empresarial, uma vez que as técnicas especiais de investigação defensiva são consecutivas da mesma finalidade aí almejada: apurar determinada conduta criminosa, por meio da produção e catalogação de provas, se possível em instrumento que permita uma organização em ordem lógica e cronológica, para auxiliar as autoridades públicas responsáveis pelas devidas apurações/responsabilizações; e também as medidas judiciais levadas adiante pela pessoa jurídica, através dos seus sócios e/ou representantes legais, na esfera cível.

Ainda, observa-se a utilização dessa atividade no ambiente empresarial, a exemplo: *(i)* das medidas e diligências implementadas para investigações internas; e *(ii)* demandas por diligências prévias quanto à idoneidade de parceiros comerciais, fornecedores, investidores e até mesmo clientes, ambas situações exigidas de um bom programa de conformidade/integridade (*compliance*).

Por último, diante das influências cada vez mais maciças de um modelo negocial e colaborativo de Justiça Criminal, há que se considerar a utilização da

34. Esse tópico foi publicado originalmente no artigo: DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 304, abr. 2018.

atividade ora discutida no ambiente colaboracional proporcionado pela Lei de Organização Criminosa (Lei Federal 12.850/2013). Contudo, não se almeja neste texto incursão acerca das questões éticas aqui implicadas, apenas existindo a necessidade de menção expressa.

Surge, assim, para o advogado, na área criminal, algumas possibilidades de atuação. Para fins didáticos, portanto, propõe-se a seguinte taxonomia, sendo encarada a investigação defensiva (*lato sensu*) como um gênero, do qual fazem parte quatro espécies: i) investigação defensiva *stricto sensu*; ii) investigação defensiva dos interesses das vítimas; iii) investigação defensiva corporativa; e, ainda, iv) investigação defensiva colaboracional.

Além disso, é preciso frisar que a investigação defensiva não se confunde com a função de polícia judiciária, pois enquanto esta visa apurar a prática indistinta de infrações criminais, aquela somente intenta obter informações no sentido da defesa dos legítimos interesses do constituinte, podendo eventualmente contribuir com a apuração policial e/ou ministerial.

Assim, a investigação defensiva pode colaborar com investigação policial em curso, cujo aceite da colaboração ficará a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo, o que não obsta o prosseguimento em paralelo das atividades e diligências no bojo da atuação profissional do advogado.[35]

Inobstante, a investigação defensiva pode colaborar com a investigação policial concluída e pendente de análise ministerial, ou ainda em procedimentos investigatórios conduzidos diretamente pelos órgãos ministeriais, cujo aceite da colaboração ficará a critério do promotor/procurador encarregado, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo, o que não obsta o prosseguimento das atividades e diligências, simultaneamente, no bojo da atuação profissional do advogado. Tudo isso tendo como parâmetro o disposto no art. 5º, parágrafo único[36],

35. ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 70: "Por isso, em razão dessa omissão legislativa, a investigação promovida diretamente pelo particular não está proibida. Contudo, a repercussão dessa investigação varia de acordo com a natureza da ação penal: – ação privada: a investigação particular pode servir de base para a queixa, sem qualquer participação direta ou indireta da investigação estatal e do Ministério Público; – ação penal pública: de certa forma, incide a 'teoria da canalização' do Direito italiano, uma vez que toda a investigação particular deve ser apresentada ao Delegado de Polícia ou ao Ministério Público para que verifiquem a necessidade de produção de outro elementos de informação, caso não haja base suficiente para a propositura da denúncia."

36. "Art. 5º O detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante. Parágrafo único. O aceite da

da Lei Federal 13.432, de 11 de abril de 2017, e ainda o fundamento do art. 14 do Código de Processo Penal.

Em outro sentido, durante a instrução processual, após o recebimento da Denúncia, a investigação defensiva pode ser apresentada aos autos a qualquer tempo, devendo o material já autuado até o oferecimento da resposta à acusação ou defesa prévia ser obrigatoriamente juntado, sob pena de preclusão, salvo se ainda existirem diligências pendentes e a divulgação das atividades possa frustrar a eficácia dessas medidas.[37]

Nessa toada, entendemos que a investigação defensiva pode ser desenvolvida em qualquer fase procedimento ou grau de jurisdição[38], ou ainda em caráter meramente preventivo[39], diante da possibilidade de eventual necessidade futura para defesa dos interesses do constituinte.

Portanto, a investigação defensiva pode ser realizada a qualquer tempo, desde que solicitada pelo constituinte ou seja uma sugestão do advogado acatada pelo cliente. Por essa lógica, pode-se falar ainda que não há duração máxima fixada para a investigação defensiva, devendo ela perdurar enquanto houver necessidade de resguardo dos interesses processuais e/ou legais para o qual foi o advogado contratado.

Conforme já apontado[40], nota-se, dessa forma, a abrangência e a importância dessa atividade desempenhada pela advocacia, a qual possui, inclusive, múltiplas

---

colaboração ficará a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo."

37. Nesse sentido a minuta proposta ao CFOAB, no art. 6º, § 3º, *in verbis*; "Art. 6º A Investigação Defensiva pode ser realizada a qualquer tempo, desde que solicitada pelo constituinte ou sugerida como técnica de Defesa pelo advogado. [...] § 3º Durante a instrução processual, após o recebimento da Denúncia, a Investigação Defensiva pode ser juntada aos autos a qualquer tempo, devendo o material já autuado até o oferecimento da Resposta à Acusação ou Defesa Prévia ser obrigatoriamente juntado, sob pena de preclusão, salvo se ainda existirem diligências pendentes e/ou a divulgação das atividades possam frustrar a eficácia das medidas".

38. AZEVEDO, André Boiani e; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 11, n. 137, abr. 2004. p. 6-8.

39. MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 48.

40. "Esperado que adoção desse instrumento, ora apenas esboçado, tivesse algumas conseqüências imediatas: a) aprimoramento da investigação policial como contraponto eficaz às provas produzidas pelo defensor, obrigando a polícia judiciária e o ministério público à busca de contínuo aperfeiçoamento técnico-científico; b) criação (ou desenvolvimento) de uma categoria profissional, a dos investigadores privados; c) estímulo ao culto das

consequências, diretas e indiretas, e não somente voltadas aos exclusivos e privados interesses dos cidadãos que contratam os serviços dos seus causídicos, mas também diretamente relacionada com o aprimoramento da Administração da Justiça e da própria Segurança Pública.

5. Teoria geral da investigação defensiva

Quanto[41] à teoria geral da investigação defensiva, sem qualquer pretensão de esgotar a matéria, uma questão se coloca: quais as espécies de atividades, procedimentos e diligências disponíveis ao advogado no mister de desempenhar com altivez e segurança essa peculiar espécie de investigação?

Pela natureza de atividade privada, a advocacia encontra-se delimitada pelas proibições: constitucionais, legais e administrativas. Além dessas, as únicas limitações que devem ser impostas ao advogado são a *criatividade* e o *orçamento*.

Dessa forma, tudo aquilo que for proibido, seja no próprio texto constitucional, seja em qualquer lei, seja ainda nos atos normativos expedidos pela OAB, é a circunscrição negativa ao modelo de atuação da investigação defensiva passível de ser implementada no Brasil.

Como exemplo das limitações constitucionais, podemos citar todos os sigilos telefônico, telemático, fiscal, bancário, de correspondência etc., ou ainda a inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI, CF).

No plano legal, além de todas as possibilidades civis de violação ao direito de outrem[42], e ainda das condutas tipificadas e com relevância penal, pontua-se a re-

---

ciências afins ao Direito Penal, como a Criminalística, Criminologia, Medicina Legal, com a conseqüente necessidade de adequação do ensino técnico e superior; d) redimensionamento da estatura jurídica do Advogado (dentro e fora do processo), transmudando-o da condição de mero espectador inerme e inerte para a posição de ativo protagonista na formação da prova criminal; e) obrigação da motivação judicial na admissão da acusação, criando-se verdadeiro juízo de prelibação que arredaria a instauração da instância judicial quando insuficientes os elementos indiciários; f) maior proximidade do processo penal com a verdade real pelo fortalecimento da prova criminal, com a conseqüente serenidade do magistrado ao proferir seu *decisum*, pois com ouvidos às razões produzidas por acusação e defesa em perfeita *égalité des armes*" (AZEVEDO, André Boiani e; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 11, n. 137, abr. 2004. p. 6-8.

41. Esse tópico foi publicado originalmente, de forma parcial, no artigo: DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 304, abr. 2018.

42. Devendo se considerar sempre que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito poderá ser afastada da tutela judicial (conforme art. 5º, XXXV, CF – "a Lei não excluirá da

levância que desempenha o Estatuto da Advocacia e da OAB (EAOAB), a Lei Federal 8.096, de 4 de julho de 1994, como Lei de regência da advocacia e da OAB.

Por fim, temos as determinações normativo-administrativas do CFOAB e suas respectivas seccionais, o Código de Ética e Disciplina da OAB (Resolução 02/2015-CFOAB), bem como demais resoluções, provimentos, instruções normativas, bem como o Regulamento Geral do EAOAB.

E ainda, afora as *limitações normativas*, que são objetivas e oponíveis genericamente a todos, ainda há limitações de ordem *material* e de ordem *cognitiva* (criativa).

Quanto às limitações materiais, revela-se um aspecto seletivo e, de certa forma, até cruel, quanto às possibilidades de desenvolvimento da investigação defensiva. Não há como olvidar a o custo econômico inerente às medidas e diligências necessárias a uma investigação defensiva, sendo certo que existem várias ferramentas de baixo custo, enquanto que outras são extremamente custosas (a exemplo da contratação dos serviços de detetives particulares e a consulta a determinados bancos de informações).

Nessa discussão se insere o relevantíssimo papel das Defensorias Públicas, sobressaltando a necessidade de estruturação com investimento em pessoal e material voltados à prática da investigação defensiva, no âmbito dessas instituições, visando albergar as demandas das pessoas pobres na forma da lei.

Em outro aspecto, quanto à limitação cognitiva (criativa), há que se perceber a complexidade do mundo, expressada na variedade possível de casos concretos. Isso certamente demandará do profissional uma incomum sagacidade para aplicação dos instrumentos, mecanismos, diligências e profissionais assessores, e ainda para sua própria atuação, tudo em prol de uma maior dinamicidade e, consequentemente, uma maior eficácia/eficiência da investigação aos seus objetivos propostos. Apesar de que existam textos e futuramente até mesmo manuais de investigação defensiva, jamais os livros e manuais poderão abranger a dinamicidade e variedade de demandas do mundo dos fatos.

Pelo exposto, a investigação defensiva é realizada exclusivamente por conta própria ou somando-se à profissionais habilitados e contratados para tal

---

apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"), e ainda, aquele que, por ação ou omissão, causar prejuízo a outrem está obrigado a repará-lo (de acordo com o Código Civil, em seus artigos 186 e 187 – "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes").

finalidade, executando uma coleta de dados e informações de natureza não-criminal de forma planejada, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do constituinte (mesmo que possam refletir questões de ordem e interesse públicos).

Ainda, diante da especificidade de conhecimentos e práticas demandadas pela investigação defensiva, tal atividade pode ser objeto de subcontratação de serviços especializados de outro advogado ou banca, devendo tal decisão ser comunicada pelo advogado condutor da estratégia processual e aprovada previamente pelo constituinte.[43]

Quanto aos deveres do advogado condutor da investigação defensiva, transpondo a leitura das obrigações (constitucionais, legais, administrativas e éticas) que norteiam a advocacia para o campo dessa atividade, entende-se que se deva: (i) preservar o sigilo das fontes de informação; (ii) respeitar o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas; (iii) exercer a atividade com zelo e probidade; (iv) defender, com isenção, os direitos e as prerrogativas profissionais, zelando pela própria reputação e a da classe; (v) zelar pela conservação e proteção de documentos, objetos, dados ou informações que lhe forem confiados pelo constituinte ou em defesa dos seus interesses; (vi) restituir, íntegro, ao constituinte, findo o contrato ou a pedido, documento ou objeto que lhe tenha sido confiado; e (vii) prestar contas ao constituinte.

Assim, o advogado, no desempenho da investigação defensiva, deverá agir sempre com ética, técnica, honestidade, discrição, zelo e apreço pela "verdade" (possível), sendo vedada a aceitação de causas cujas diligências e medidas a serem tomadas contribuam para a prática de infração penal e/ou ética.

Questionamentos surgirão naturalmente, do tipo: o que deve fazer o advogado que confirmar a culpa do cliente? Ou ainda, o que deve fazer o advogado que descobrir, ao longo das diligências empreendidas, novos crimes perpetrados pelos seus clientes e/ou terceiros?

São questões éticas e morais relevantes, que exigem um grau de maturidade teórica e prática da classe para firmar parâmetros e balizas adequadas às exigências democráticas e constitucionais, de sorte que, ao seu tempo, serão devidamente exploradas.

43. Nesse sentido a minuta proposta ao CFOAB, no art. 10, parágrafo único, *ipsis litteris*: "Art. 10 [...] Parágrafo único. A Investigação Defensiva pode ser objeto de subcontratação de serviços especializados de outro advogado ou banca, devendo tal decisão ser comunicada previamente ao constituinte do advogado condutor da estratégia processual".

6. Planejamento da investigação defensiva

Quando se fala em investigação defensiva, é sempre importante atentar para a perspicácia e para a sagacidade, atreladas à visão jurídico-processual despendida pelo advogado, no sentido de avaliar todas as provas documentais, testemunhais, periciais, etc., as quais podem ser produzidas.

E isso em todos os momentos, inclusive em caráter preventivo ou na fase pré-processual. Deve ser abandonada, portanto, a perspectiva inerte de que a Defesa somente deve se manifestar e, consequentemente se "movimentar" após o recebimento da Citação do Acusado para que possa se elaborar a manifestação defensiva inicial.

Abordando tal problemática, observe-se a perspectiva de Leonardo Machado:

> Por isso, cada vez mais necessário pensar em táticas de defesa e ataque no jogo investigatório, sob pena de inviabilizar por completo certas estratégias processuais. Aos que insistem em menosprezar a repercussão do pré-jogo e, portanto, nem sequer atuam nele ou não se preparam adequadamente para dinâmica da investigação, pouca coisa lhe restará no processo; será, de fato, como afirma o senso comum, "correr atrás do prejuízo".[44]

Entende-se, portanto, que o advogado deve avaliar todas as provas: (i) que já estão produzidas (documentos pessoais, comprovação de residência fixa, ocupação laboral, escolaridade, profissionalização, certidões diversas, documentos diversos etc.); (ii) que podem ser produzidas de forma privada (prova testemunhal – produção audiovisual antecipada, perícia privada, provas documentais diversas – em empresas privadas e/ou utilizando a Lei de Acesso à Informação); e (iii) que podem ser produzidas com o auxílio do Juízo competente, por exigir o afastamento de certas garantias constitucionais (triangularização das ERBs, quebra de sigilo telefônico, telemático, bancário e/ou fiscal, busca e apreensão etc.).

É imprescindível avaliar com cuidado todas as provas já produzidas até ali, e ainda observar possibilidade de impugnação e nova produção das mesmas, em especial se já houverem sido produzidas no bojo de um Inquérito Policial ou Ação Penal, ainda que sob o crivo do contraditório.

Assim, pois, é papel do profissional condutor da investigação defensiva relacionar todas as provas que se almeja produzir, classificando-as em: (i) *previsíveis*

44. MACHADO, Leonardo Marcondes. *O amadorismo na investigação criminal cobra seu preço no jogo processual*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-jan-26/academia-policia-amadorismo-investigacao-cobra-preco-jogo-processual]. Acesso em: 02.03.2018.

ou *prováveis*, são as que já estão determinadas (apenas pendente de algo para sua produção) ou fazem parte dos procedimentos padrões de investigação; e (ii) *possíveis*, sendo aquelas outras que podem ser produzidas (ou não) a partir da perspectiva da investigação.

Por conseguinte, independentemente de ter que buscar autorização judicial para a devida produção, deve o advogado avaliar a possibilidade de produzir todos os tipos de provas: inquirição de testemunha; acareação; reconstituição da cena de crime; triangularização das ERBs – Estações de Rádio-Base; perícia técnica em aparelho celular; Requisição de filmagens em câmeras de vigilâncias públicas e/ou privadas; perícias físicas (p. ex.; reconstituição da velocidade em crimes de trânsito), químicas (p. ex.: indicação de quesitos específicos acerca da substância apreendida na produção do laudo toxicológico) e/ou físico-químicas (p. ex.: aplicação de luminol para identificação de manchas de sangue em cenas de crime); possibilidade de anulação da perícia oficial por vício insanável e/ou produção de outra perícia independente e/ou indicação de peritos assistentes nas perícias oficiais do processo/investigação; afastamento dos diversos sigilos constitucionais ou a possibilidade de requisitar busca e apreensão, entre muitas outras que se fizerem cabíveis e necessárias.

Nesse ínterim, tendo noção da abrangência dos atos necessários à realização de uma investigação defensiva, se faz necessária a cautela para obtenção de uma procuração com transferência de poderes *especiais*, com as finalidades e medidas específicas demandadas por essa atividade, não sendo suficiente procurações gerais/genéricas.

7. Técnicas especiais de investigação defensiva

Quanto às técnicas especiais de investigação defensiva, diante das limitações de ordem normativa, material e criativa, alhures expostas, e ainda com relação à proposição de regulamentação da temática em trâmite no CFOAB, faz-se relevante pontuar aquelas que devem ser as mais comuns.

7.1. Busca por informações públicas

A *busca por informações públicas*, sem dúvidas, é a primeira das medidas que o advogado pode se utilizar, seja por ato próprio ou por ato delegado, através, por exemplo, das pesquisas em sítios virtuais da rede mundial de computadores – internet, em especial a consulta em perfis públicos das diversas redes sociais hoje utilizadas.

Ainda, estão disponíveis diversos bancos de informações, gratuitos ou pagos, os quais dispõem de diversas informações coletadas em fontes públicas, cuja

apresentação sistematizada iria demandar um grande esforço por parte do profissional que as "garimpassem", por exemplo, nas publicações em diários oficiais.

Outra fonte importante de pesquisa são as certidões públicas disponibilizadas pelo Estado e que possam interessar à investigação defensiva, sendo tais fornecidas em meios físicos e/ou digitais, através de qualquer órgão e/ou poderes constituídos, em especial (i) dos diversos Tribunais de Justiça estaduais e Tribunais Regionais Federais; (ii) da Justiça Eleitoral; (iii) da Receita Federal; (iv) das forças militares; (v) do Banco Nacional de Mandados de Prisão; e (vi) Cartórios os mais diversas, os quais podem fazer pesquisas de informações nos seus livros de registro, com a expedição de certidões de atos e documentos que constem em seus registros e papéis, em harmonia com o que dispõe art. 11, inciso VII[45], da Lei Federal 8.935, de 18 de novembro de 1994.[46]

Sugere-se, nesse quadrante, que o profissional reduza a diligência à termo, datando-a e assinando-a, e apresentando aquele registro com os *printscreen´s* em anexo, como resultado documental da pesquisa investigativa

Em reforço, sempre que possível, por causa principalmente da dificuldade em assegurar a autenticidade (cadeia de custódia da prova) a esse tipo de documento, deverá o advogado registrar o que for apurado e considerado relevante em ata notarial, consoante preceitua o art. 384, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que deu novo e substancial alcance a este instrumento cartorário.

7.2. Ata notarial

Nesse sentido, a ata notarial, há muito prevista no art. 7º, inciso III, da Lei Federal 8.935/1994[47], é uma excelente forma[48] de conferir uma maior credibilidade[49] a documentos muitas vezes até pouco palpáveis (como um áudio oriundo do aplicativo WhatsApp, por exemplo).

45. "Art. 11. Aos tabeliães de protesto de título compete privativamente: [...] VII – expedir certidões de atos e documentos que constem de seus registros e papéis."
46. "Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios)."
47. "Art. 7º Aos tabeliães de notas compete com exclusividade: [...] III – lavrar atas notariais; [...]"
48. "Ata Notarial é instrumento destinado ao registro de fatos jurídicos – sejam eles naturais ou voluntários – com conseqüências ou possíveis conseqüências jurídicas" (PEREIRA, Antonio Albergaria. Ata notarial. Boletim Cartorário da Edição 6, 1996).
49. "Ata notarial é a descrição, por tabelião, de fato por ele verificado, que passa a ter a presunção de verdadeiro para todos os efeitos, em juízo ou fora dele" (conforme POISL, Carlos Luiz. Idealizador da ata notarial na Lei 8.935/94).

Quanto à abrangência do uso deste instrumento cartorário, veja-se:

> Instrumento público autorizado por notário competente, a requerimento de uma pessoa com interesse legítimo e que, fundamentada nos princípios da função imparcial e independente, pública e responsável, tem por objeto constatar a realidade ou verdade de um fato que o notário vê, ouve ou percebe por seus sentidos, cuja finalidade precípua é a de ser um instrumento de prova em processo judicial, mas que pode ter outros fins na esfera privada, administrativa, registral, e, inclusive, integradores de uma atuação jurídica não negocial ou de um processo negocial complexo, para sua preparação, constatação ou execução.[50]

7.3. Solicitação de informações públicas

Outro instrumento que, na prática, se revela uma grande aliada da investigação defensiva é a *solicitação de informações públicas*, as quais podem sem feitas através de consultas formais, escritas e fundamentadas, às instituições públicas ou que exerçam funções públicas, no bojo dessa atividade.

Nessa toada, é importante lembrar que a criatividade do Advogado e a necessidade concreta da demanda poderão manifestar diversas utilidades à Lei de Acesso à Informação (Lei Federal 12.527, de 18 de novembro de 2011[51]) quanto à Defesa Criminal ou ainda qualquer forma de Investigação Defensiva.

Na esteira do de Alexandre Morais da Rosa[52], enumerados alguns desses usos possíveis:

> *i)* Requerimento formulado ao Ministério Público – diante do reconhecimento da possibilidade de proceder a investigações autonomamente (pelo STF – RE 593727) – indicando se existe alguma em desfavor do requerente, mesmo sem indiciamento;
>
> *ii)* Pedido de informações sobre a credibilidade dos policiais e servidores públicos que atuaram em investigações, justamente para saber seus antecedentes e apurar o histórico da testemunha para fins de credibilidade do depoimento;

50. IPIENS, José Antonio Escartin. El acta notarial de presencia en el proceso. *Revista del Notariado,* n. 399. p. 176.

51. "Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências."

52. ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 732.

iii) Pleito de informações sobre a localização de viaturas e dos celulares oficiais que fizeram as abordagens respectivas, a partir de dados do GPS – sistema de posicionamento global – com o fim de demonstrar a veracidade ou não das informações;

iv) Direito de se obter a integridade das mídias no caso de interceptação telefônica para fins de defesa de direitos individuais, inclusive em sede de Revisão Criminal;

v) Requerimento para Informação se algumas testemunhas, prova ou diligência foi realizada e não materializada nos autos;

vi) Pedido de informação sobre a existência de alguma investigação, interceptação telefônica, no âmbito da Lei 9.296/96, pela qual tenha surgido as razões para flagrante, dado que é muito comum se aproveitar as informações colhidas no decorrer de outras investigações, sem delas se fazer referência, manipulando-se o Juiz Natural.

O profissional, preferencialmente, deve se valer de ofício ou outro documento formalizado[53], fundamentando sempre com base na Lei de Acesso à Informação, que em seu art. 21[54] traz disposições expressas acerca da proibição de se negar " acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais", sendo certo que a defesa criminal e a defesa dos interesses da vítima de crime(s) se inserem nessa leitura de *tutela de direitos fundamentais*.

7.4. Notificação extrajudicial pública

Outra ferramenta cartorária é a possibilidade notarial de intimar, solicitar informações ou entregar um ofício, aqui chamada *notificação extrajudicial pública*, através do cartório, a qual será cumprida pelo oficial de notas, que lavrará uma certidão circunstanciada após o ato de intimação, conferindo uma maior

53. Ver: Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo – ABRAJI. *Lei de Acesso a Informações Públicas:* O que você precisa saber. 2014. Elaborada por Fórum de Direito de Acesso A Informações Públicas [www.informacaopublica.org.br] e Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo – ABRAJI [www.abraji.org.br]. Disponível em: [www.abraji.org.br]. Acesso em: 01.03.2018.

54. "Art. 21. Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais. Parágrafo único. As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso."

credibilidade (principalmente se tratar-se de uma requisição em ambiente hostil[55]), em razão da fé pública cartorária.

7.5. Notificação extrajudicial privada

Quanto às notificações extrajudiciais privadas, o ideal é que sejam entregues mediante carta com aviso de recepção com registro de nome e matrícula funcional do servidor/funcionário que a receber, consoante proposto no provimento atualmente em tramitação no CFOAB sobre a regulamentação do tema, em seu art. 20[56].

Inobstante, independente de se utilizar a via *administrativa privada* ou *pública*, é importante que o profissional se acautele com algumas medidas e registros, a exemplo (i) da data de envio; (ii) nome completo do advogado requisitante; (iii) endereço profissional; (iv) algum meio de contato eletrônico e/ou telefônico; (v) número de inscrição na Seccional da OAB do advogado requisitante; (vi) objeto da requisição, contendo a delimitação da informação e/ou os documentos os quais se almeja acesso; (vii) as razões que fundamentam a requisição, incluindo a referência à respectiva investigação defensiva, bem como seu objeto; e (viii) um prazo razoável para o cumprimento da requisição, nunca inferior a 10 dias, salvo se a urgência do pleito justificar a excepcionalidade, sem também exceder o prazo legal de 20 dias (art. 11[57] da Lei Federal 12.527/2011).

---

55. Com relação à *testemunha hostil*, que pode consequentemente resultar em um *ambiente hostil* para se efetivar a intimação extrajudicial, temos aquelas pessoas que não irão colaborar com a Investigação Defensiva, podendo ainda criar entraves a sua realização, devendo, portanto, ter um tratamento diferenciado, que fará com que seja necessário se proceder à intimação pública por meio de Cartório.

56. "Art. 20 As requisições de informações deverão ser solicitadas através de Ofício ou outro documento formalizado. § 1º O Ofício ou congênere será entregue preferencialmente mediante carta com aviso de recepção com registro de nome e matrícula funcional do funcionário/servidor que receber o pleito. § 2º O Ofício ou congênere deverá conter, no mínimo: I – a data de envio; II – nome completo do advogado requisitante; III – endereço profissional; IV – número de inscrição na Seccional da OAB do advogado requisitante; V – objeto da requisição, contendo a delimitação da informação e/ou os documentos os quais se almeja acesso; VI – as razões que fundamentam a requisição, incluindo a referência ao respectivo Inquérito Defensivo, seu objeto e seara jurídica; e VII – um prazo razoável para o cumprimento da requisição, nunca inferior a 10 dias, salvo se a urgência do pleito justificar a excepcionalidade, devendo também serem explicitadas tais razões."

57. "Art. 11. O órgão ou entidade pública deverá autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível. § 1167 Não sendo possível conceder o acesso imediato, na

7.6. Solicitação de imagens de vigilância

Dentro da lógica já exposta – de intimar extrajudicialmente testemunhas etc., nada impede também que o profissional solicite colaboração, seja de entidade pública ou privada, no sentido apurar a prática noticiada como escopo da investigação defensiva, pedindo acesso às *imagens de câmeras de vigilâncias* para confirmar ou refutar fatos jurídicos relevantes através desse tipo de prova. É importante que se observem os mesmos elementos que foram apontados na análise das notificações extrajudiciais.

Nesse ponto, contudo, é importante lembrar que a atividade advocatícia não detém poder de polícia e nem cogência, sendo qualquer colaboração obtida mediante voluntarismo da pessoa física ou jurídica solicitada. Assim, avulta-se a importância de se passar credibilidade e fundamento nos pleitos, para maximizar a chances de êxito.

7.7. Inquirição de testemunhas

Nessa toada, é possível que o advogado chame, formalmente, testemunhas, sejam elas *amigáveis*, *neutras* ou *hostis*. As "amigáveis" poderão facilmente comparecer

---

forma disposta no caput, o órgão ou entidade que receber o pedido deverá, em prazo não superior a 20 (vinte) dias: I – comunicar a data, local e modo para se realizar a consulta, efetuar a reprodução ou obter a certidão; II – indicar as razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido; ou III – comunicar que não possui a informação, indicar, se for do seu conhecimento, o órgão ou a entidade que a detém, ou, ainda, remeter o requerimento a esse órgão ou entidade, cientificando o interessado da remessa de seu pedido de informação. § 2º O prazo referido no § 1º poderá ser prorrogado por mais 10 (dez) dias, mediante justificativa expressa, da qual será cientificado o requerente. § 3º Sem prejuízo da segurança e da proteção das informações e do cumprimento da legislação aplicável, o órgão ou entidade poderá oferecer meios para que o próprio requerente possa pesquisar a informação de que necessitar. § 4º Quando não for autorizado o acesso por se tratar de informação total ou parcialmente sigilosa, o requerente deverá ser informado sobre a possibilidade de recurso, prazos e condições para sua interposição, devendo, ainda, ser-lhe indicada a autoridade competente para sua apreciação. § 5º A informação armazenada em formato digital será fornecida nesse formato, caso haja anuência do requerente. § 6º Caso a informação solicitada esteja disponível ao público em formato impresso, eletrônico ou em qualquer outro meio de acesso universal, serão informados ao requerente, por escrito, o lugar e a forma pela qual se poderá consultar, obter ou reproduzir a referida informação, procedimento esse que desonerará o órgão ou entidade pública da obrigação de seu fornecimento direto, salvo se o requerente declarar não dispor de meios para realizar por si mesmo tais procedimentos."

espontaneamente, enquanto talvez as "neutras" reajam positivamente a uma *notificação extrajudicial privada*, e às "hostis" muito provavelmente reste a alternativa da *notificação cartorária* (pública). Todas deverão ser igualmente documentadas.

O ato de oitiva das testemunhas deve ser realizado no espaço do escritório de advocacia do profissional ou em ambiente condigno com a profissão, devendo ser integralmente gravado, e o resultado deve ser compilado em registro audiovisual, o qual deverá vir sempre anexo a um Termo de Comparecimento Voluntário e Consciente (ou algo que o valha), em qualquer suporte de mídia digital.

Ainda, embora se reconheça a polêmica que pode girar em torno da questão, é permitido ao advogado, no interesse da defesa, realizar cortes de partes irrelevantes para a tese defensiva, sendo terminantemente vedada a edição e/ou manipulação de qualquer forma das imagens e sons captados. Nesse sentido, é importante diferenciar o escopo da atuação dos agentes públicos estatais encarregados da persecução penal, e o Advogado, este último que representa – sempre dentro da legalidade – os interesses dos seus constituintes.

Visando dar uma maior credibilidade ao ato, *recomenda-se* que o advogado deverá presidir o ato para oitiva da testemunha, devendo: (i) qualificar a testemunha, com seu nome completo, profissão, endereço, naturalidade e data de nascimento; (ii) tomar o compromisso legal da testemunha em dizer a "verdade" sob as penas do falso testemunho (art. 342, *caput* e §1º, Código Penal); e (iii) registrar o relato da testemunha que possa ser relevante à investigação defensiva.

Outras possibilidades procedimentais recomendadas ao advogado presidente do inquérito são: (i) fornecer comprovação escrita de comparecimento, assinado pelo advogado e datado, caso aja interesse da testemunha; (ii) após a finalização da oitiva, testar a mídia para verificar a prestabilidade da gravação e reduzir à termo todos os fatos relevantes do ato; (iii) formalizar o Termo de Oitiva e a mídia digital contendo o registro audiovisual do depoimento, que deverão ser imediatamente anexos um ao outro, fazendo um instrumento indissociável; e (iv) solicitar a informação da testemunha acerca de qual cartório possui registro de sua assinatura, para posterior reconhecimento de firma.

7.8. Busca e apreensão

O Código de Processo Penal, em seu art. 242 nos traz a possibilidade de requerer, através do advogado do ofendido, a *expedição de Mandado de Busca e Apreensão*[58]. Trata-se de possibilidade pouco explorada pela advocacia, com larga aplicação e potencial inestimável para a investigação defensiva.

58. CPP – "Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: a) prender criminosos; b) apreender

7.9. Perícias diversas

É ainda facultado ao profissional indicar a necessidade de realização de *qualquer tipo de perícia* disponível no arcabouço científico contemporâneo, de forma autônoma ou complementar, através de profissional técnico habilitado em seu respectivo conselho profissional.

Para tanto, deverá o advogado se assegurar da idoneidade do profissional, assim como sua regularidade junto ao seu conselho de classe. Conforme o Código de Processo Penal (art. 159, *caput* e § 1º), o perito será pessoa idônea, portadora de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

Seguindo ainda o critério do Código de Processo Penal (art. 160, parágrafo único), sugere-se que o laudo pericial seja elaborado no prazo máximo de 10 (dez) dias, podendo este prazo ser prorrogado, em casos excepcionais, a requerimento dos peritos, ou ainda pode ser definido um prazo diferenciado em razão da complexidade e/ou diligências necessárias para realização da perícia.

Assim, o perito, profissional contratado exclusivamente para tal fim, deverá realizar o registro e a documentação de todos os métodos periciais utilizados, assim como deverá apresentar um relatório pormenorizado[59] ao final com as conclusões aos quesitos formulados.

Vislumbrando uma classificação para a atuação do perito dentro da investigação defensiva, pode-se dividi-la em: (i) atuação enquanto assistente técnico após a conclusão das perícias oficiais (art. 159, § 3º, CPP); (ii) atuação em contraperícia, pela realização de uma perícia em paralelo à perícia oficial; (iii) atuação em uma perícia autônoma, totalmente independente até mesmo da existência de qualquer perícia oficial.

---

coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção. § 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* do parágrafo anterior".

59. CPP – "Art. 160. Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados".

O rol de possibilidades periciais abrange, mas sem se resumir, as seguintes perícias: (i) físicas, à exemplo da reconstituição de velocidade em crimes de trânsito; (ii) químicas, à exemplo da indicação de quesitos específicos na produção do laudo toxicológico acerca da substância apreendida em crimes relacionados às drogas; (iii) físico-químicas, à exemplo da aplicação de *luminol* em cenas de crimes para a identificação de manchas e/ou vestígios de sangue; ou (iv) eletrônicas, à exemplo da perícia técnica para exploração de arquivos em determinado aparelho celular ou outro equipamento.

7.10. Detetives particulares

Noutro aspecto da discussão, é aconselhável ao advogado, sempre que necessário e possível for, a contratação dos serviços de *detetive particular*, no interesse da defesa e nos termos da Lei Federal 13.432/2017, que dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular, que já no seu art. 2º afirma:

Art. 2º. Para os fins desta Lei, considera-se detetive particular o profissional que, habitualmente, por conta própria ou na forma de sociedade civil ou empresarial, planeje e execute coleta de dados e informações de natureza não criminal, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do contratante.

Com o art. 5º do citado diploma legal, vemos que "o detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante". Contudo, a investigação defensiva deve ser sempre parte de uma estratégia maior de defesa, não se confundindo com a atividade desempenhada nos termos da Lei Federal 13.432/2017.

Por outro lado, o Ministério do Trabalho e Emprego, através da Portaria 397/2002, ao aprovar a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO-2002), fez constar a ocupação de detetive profissional, com o código 3518-05, sendo, portanto, há muito tempo, essa atividade reconhecida como lícita pelo Governo Federal.

Da mesma forma, o Decreto Federal 76.900/1975, ao criar a Relação Anual de Informações Sociais, classificou o detetive particular sob o código 57-80 e, por fim, o Ministério da Previdência Social, através da Portaria SAF 229/1981, classificou a profissão de detetive particular para efeitos de previdência social sob o código 30. Não resta dúvidas, pois, acerca da legalidade e legitimidade da atuação dessa classe de profissionais.

Em conformidade com as normas vigentes, o detetive particular pode realizar coleta de dados e de informações ou pesquisa científica acerca de suspeitas ou situações: (i) de cometimento de infração administrativa ou descumprimento contratual; (ii) de conduta lesiva à saúde, integridade física ou incolumidade

própria ou de terceiro, por parte de ou contra pessoa que tenha vínculo afetivo ou profissional com o constituinte; (iii) relacionadas à idoneidade de prepostos e empregados e à violação de obrigações trabalhistas; (iv) relacionadas a questões familiares, conjugais e de identificação de filiação; (v) de desaparecimento e localização de pessoa ou de animal; ou (vi) de interesse privado em geral, em que se possa vislumbrar indício ou prova de cometimento de infração penal.

Para o exercício da profissão de detetive particular no âmbito da investigação defensiva, sugere-se que se tenham as devidas diligências e precauções para atestar a idoneidade pessoal e profissional, podendo ser solicitada a comprovação de requisitos, tais como: (i) capacidade civil e penal; (ii) escolaridade de nível médio ou superior; (iii) formação específica ou profissionalizante para o exercício da profissão; (iv) gozo dos direitos civis e políticos; e/ou (v) possuir bons antecedentes criminais.

Ao final de cada diligência, sugere-se que o profissional solicite do detetive particular a elaboração de um relatório sucinto das atividades desempenhadas e resultados obtidos.

Ao final da demanda ou findo o prazo pactuado para a execução dos serviços profissionais, recomenda-se que o advogado receba do detetive particular, mediante assinatura em contrafé, relatório circunstanciado sobre os dados e informações coletados, que conterá: (i) os procedimentos técnicos adotados; (ii) a conclusão em face do resultado dos trabalhos executados; (iii) se for o caso, a indicação das providências legais a adotar; e (iii) a data, identificação completa do detetive particular e sua assinatura, com firma reconhecida em cartório.

7.11. Vistorias ou inspeções

Em reforço a tudo isso, pode ainda o profissional se valer de realização de *vistorias* em coisas das quais disponha do acesso, ou *inspeções* em lugares públicos ou privados – desde que consentidos, ainda que abrangidos pela expressão "domicílio".

Por fim, quanto às técnicas disponíveis à investigação defensiva, acredita-se que deverá o advogado elaborar relatório profissional minucioso, o qual deverá inicialmente ser apresentado ao constituinte, para só depois se decidir quais medidas judiciais e/ou extrajudiciais deverão ser tomadas para a melhor defesa dos seus interesses.

8. Inquérito defensivo

Seguindo na busca da construção de um modelo próximo ao ideal para se executar o conjunto de medidas e diligências as quais podem compor o arsenal

Nóbrega Dias, Gabriel Bulhões. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 150. ano 26. p. 145-187. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2018.

utilizado em uma investigação defensiva, em especial se for complexa, sugerimos a forma de organização e condução a seguir delineada.

Trata-se do *Inquérito Defensivo*, um instrumento de organização documental, a exemplo dos procedimentos instaurados pela Polícia Judiciária, na forma de Inquéritos Policiais, ou pelo *parquet* – mais recentemente, com a permissão da investigação direta, através dos Procedimentos Internos de Investigação Criminal[60], ambos instaurados para apuração e reunião de provas acerca de condutas criminosas.

Contudo, diferentemente dos procedimentos acima narrados, presididos por delegados de Polícia Civil e Federal, ou promotores de Justiça ou procuradores da República, respectivamente; o Inquérito Defensivo é conduzido pelo próprio advogado, no afã de apurar alguma situação com implicações jurídicas as quais possuam consequências diretas e/ou indiretas para o seu cliente.

Nessa esfera de atuação, pois, estamos diante de disposições de *direito privado*, apesar de haver um indubitável interesse público na resolução de condutas criminosas, em especial aquelas de Ação Penal Pública. A estruturação desses atos, ao que interessa, apresenta duas características fundamentais: a ausência de coercibilidade *direta* e a ausência de fé pública.

É preciso, no entanto, deixar claro que o inquérito defensivo é uma forma *possível* de desenvolvimento da investigação defensiva, surgindo como um modelo recomendável para estabelecimento de uma metodologia minimamente padronizada, mas que não impede o livre desenvolvimento das atividades e diligências executadas pelo advogado no curso da sua livre atuação profissional, restando autorizadas as demais formas possíveis de implementação da investigação defensiva, independentemente da instauração e desenvolvimento de um inquérito defensivo nos termos aqui ventilados.

A priori, as características aqui pontuadas podem desestimular o profissional que conduz, ou pode conduzir, uma investigação defensiva, uma vez que não possuirá uma potencialidade coerciva, nem uma presunção absoluta de veracidade.

Quanto à ausência de coerção, não há o que se falar, pois o advogado não poderá se valer de meios violentos e/ou ameaçadores para implementar nenhuma

60. Discussão que foi impulsionada pela fixação da tese com repercussão geral pelo STF no Recurso Extraordinário 593.727 (Relator Ministro Gilmar Mendes), canalizada pela luta contra a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 37, e cristalizada na edição da Resolução 13/2016, e as alterações trazidas pela Resolução 161 e 181/2017 e 183/2018, todas do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

de suas diligências; mas, isso não quer dizer que não exista nenhuma utilidade nesse sentido.

Fala-se isso, pois, nas disputas de interesses, notadamente quando de grande monta, há sempre uma margem para se buscar formas de resolução de conflitos extrajudiciais, em especial se somente buscar o reflexo patrimonial da conduta ilícita apurada. E em muitos casos se busca apenas reaver um prejuízo econômico suportado, acrescido ou não de reparação moral, principalmente quando se trata de resolução de querelas empresariais.

Abre-se espaço, dessa forma, para um reposicionamento da parte naquela disputa, tendo em vista que pode empreender medidas para angariar provas as que a coloque em uma posição de maior vantagem na conciliação, mediação ou arbitragem intentada.

Em outra quadra dessa discussão, a ausência de fé pública também se apresenta como uma falsa objeção ao desenvolvimento dessa atividade, conforme explicado a seguir.

Em primeiro lugar, é importante assentar que a fé pública é conferida por Lei a determinados servidores públicos ou agentes delegados os quais atestam a veracidade/autenticidade de determinado fato, ato ou situação jurídica em um documento.[61]

Por exemplo, os servidores públicos em geral, por determinação constitucional (art. 5º, XXXIV, *b*) e legal (art. 116, V, *c*), da Lei Federal 8.112, de 11 de dezembro de 1990) devem expedir as certidões que lhes forem solicitadas por qualquer cidadão, atestando situações ou fatos com relevância jurídica dentro de suas atribuições/funções.

Outro exemplo claro é o dos notários, tabeliães, oficiais de registro ou registradores, profissionais dotados de fé pública (art. 3º da Lei Federal 8.935/1994), fazendo inclusive prova plena os seus documentos produzidos (art. 215 do Código Civil).

Assim, quanto aos Tabeliães, a fé pública "afirma a certeza e a verdade dos assentamentos que o notário e oficial de registro pratiquem e das certidões que expeçam nessa condição, com as qualidades referidas no art. 1º da Lei 8.935/1994.

61. "Poder certificante do serventuário de justiça – Fé pública. A função certificante, enquanto prerrogativa institucional que constitui emanação da própria autoridade do Estado, destina-se a gerar situação de certeza jurídica, desde que exercida por determinados agentes a quem se outorgou, *ministerio legis*, o privilégio da fé pública" (STF – Agravo Regimental em Agravo de Instrumento na Pet. 146785/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, *DJ*: 15.05.1998).

Nessa discussão se insere, então, a contenda já travada acerca da natureza da atividade advocatícia, quando se concluiu pela natureza privada dessa atividade, que carrega ainda o exercício de um *múnus público* o qual confere algumas particularidades à atividade do advogado.

Por outro lado, mesmo a fé pública conferida por Lei aos agentes já discriminados, possuem uma presunção relativa de veracidade, *iuris tantum,* portanto, sendo oponível a ela provas idôneas e inequívocas em sentido contrário. Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, conforme se ver adiante:

> Presunção de veracidade das certidões emanadas dos órgãos auxiliares do juízo. – As declarações emanadas dos servidores estatais que atuam no âmbito das Secretarias dos Tribunais judiciários, consubstanciadas em certidões exaradas em razão de seu ofício, revestem-se – essencialmente em função da fé pública de que gozam tais agentes auxiliares do Juízo – de presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade (RTJ 133/1235), prevalecendo, sempre, aquilo que nelas se achar atestado, até que se produza prova idônea e inequívoca em sentido contrário.[62]

Assim, diante de suspeitas de fraudes que houve participação (dolosa, culposa ou objetiva) de agentes públicos e/ou delegados possuidores de fé pública, pode-se até mesmo contrapor provas às certidões, atas, escrituras e outros documentos lavrados e que inicialmente contavam com essa uma presunção de veracidade/autenticidade.

Nessa esteira, e ainda com base na proposição encaminhada ao CFOAB para regulamentação nacional da matéria em nível administrativo, sugerimos que a realização de todos os atos da investigação defensiva possua resultado documental, espontâneo ou a partir da redução à termo. Sob esse prisma da análise, todos esses resultados documentais devem ser autuados e suas folhas numeradas imediatamente após as conclusões das respectivas diligências.

Ainda, deve o advogado condutor da investigação defensiva formalizar e registrar todas as diligências a serem tomadas a partir de *ordens de serviço*, *relatórios* e/ou *reduções à termos/autos circunstanciados* de toda espécie que se fizer necessária.

8.1. Instrumentos obrigatórios

8.1.1. Portaria/Termo de Instauração

Ainda na linha da proposição feita ao CFOAB, o inquérito defensivo deverá ser formalizado através de Portaria lavrada pelo próprio advogado, a qual deve

62. STF – Agravo Regimental em Agravo de Instrumento na Pet. 375124/MG, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, *DJ*: 28.06.2002.

conter, no mínimo: (i) a qualificação completa do constituinte; (ii) a qualificação completa da(s) pessoa(s) física(s) e/ou jurídica(s) a quem o fato é atribuído, se for o caso; (iii) a data, a hora e o local em que o advogado resolveu instaurar o inquérito defensivo; (iv) a causa, com toda a descrição possível; (v) as medidas que se almeja tomar inicialmente; e (v) o nome completo, endereço profissional e número de registro na OAB do advogado instaurador.

Recomenda-se, ainda, que: (i) após a instauração do inquérito defensivo, deverá o mesmo ser autuado em caderno em capa própria e numeração única de folhas; e (ii) que o inquérito defensivo será instaurado por Portaria, ou algo que o valha, numerada em ordem crescente, renovada anualmente, devidamente registrada em livro próprio e autuada.

Quanto à Portaria ou Termo de Instauração, há como estruturar o documento em vários "considerandos", narrando os fundamentos que legitimam[63] a atuação do profissional e ainda as circunstâncias que ensejaram a investigação defensiva, seguido da justificativa pela qual se "RESOLVE" instaurar o inquérito defensivo.

8.1.2. Capa

Para abordar aspectos mais práticos e iniciais, a capa do inquérito defensivo deverá ser feita imediatamente após a sua instauração, contendo, no mínimo: (i) área da advocacia da respectiva causa, notadamente a "criminal"; (ii) cidade onde fica a sede do escritório contratado; (iii) a numeração única dos inquéritos defensivos em trâmite no escritório profissional; (iv) a identificação profissional completa, abarcando nome completo, endereço e número de registro profissional junto à OAB; (v) a data de instauração do inquérito defensivo, devendo apresentar, pelo menos, o mês e o ano de instauração. Sendo o *Ato/Portaria de Instauração* sempre autuado como "folha 01".

8.1.3. Relatórios

De modo a melhor organizar as provas produzidas em sede de inquérito defensivo, entendemos como salutar que todas as diligências já realizadas em seu

63. Entre outros, por exemplo, os princípios constitucionais da igualdade, do contraditório, do devido processo legal e da ampla defesa; que a CF instituiu o sistema processual penal acusatório, com a delimitação de papeis bem definidos e que permitem um equilíbrio pela equidistância da Acusação e da Defesa ao Órgão Julgador; o princípio da inafastabilidade da jurisdição; que nunca deixarão de ser tuteladas as lesões e ameaças a direitos alheios; ou ainda que a lógica acusatória trazida pela CF assegura a noção de paridade de armas, havendo a necessidade de uma valorização da advocacia para diminuição do desequilíbrio real de possibilidades dadas à Acusação e à Defesa no âmbito da disputa judicial.

âmbito, pelo próprio advogado ou por profissionais contratados para tais fins, sejam apresentadas em forma de relatório, seguindo em anexo todos os documentos, filmagens, fotos, objetos entre outros suportes físicos e/ou digitais que possam comprovar a legalidade e legitimidade das medidas tomadas e das conclusões apresentadas.

Por conseguinte, todas as diligências realizadas por profissionais externos contratados especialmente para estas finalidades igualmente devem sempre ser precedidas de formalização e registro, com posterior autuação e numeração, de ordem de serviço a qual discrimine, no mínimo: (i) a numeração única daquela ordem de serviço no bojo do respectivo inquérito defensivo; (ii) a descrição do objeto da diligência a ser realizada; (iii) o profissional contratado para tal realização, bem como sua qualificação pessoal completa e o endereço profissional, além do número de registro no respectivo Conselho de Classe; (iv) o prazo para a finalização da diligência e apresentação de relatório pormenorizado dos meios utilizados e resultados obtidos; e (v) as recomendações expressas no sentido de assegurar a legalidade e constitucionalidade da diligência, em especial nos direitos e garantias de terceiros.

Em resumo, para o esclarecimento do fato objeto da investigação defensiva, deverão ser colhidas todas as provas permitidas pelo ordenamento jurídico, com a juntada das peças em ordem cronológica de apresentação, com suas folhas devidamente numeradas em ordem crescente. E, ainda, o *relatório de conclusão do inquérito defensivo* deve possuir, no mínimo, os requisitos sugeridos para o *relatório a ser exigido pela conclusão das diligências empreendidas pelos eventuais profissionais externos* que atuarem no caso.

8.2. Outros instrumentos

Aprofundando um pouco mais as necessidades que podem surgir, e sugerindo caminhos operacionais para instrumentalizar uma demanda jurídica, sempre com o viés de documentar as provas obtidas, apresenta-se os encaminhamentos práticos desafios profissionais já enfrentados.

Nesse quadrante da discussão, é interessante pontuar algumas outras formas documentais de conduzir as atividades investigativas, sendo importante mencionar: (i) o Termo de Enumeração de Pessoas Diligenciadas, físicas e/ou jurídicas, ou algo equivalente; (ii) o Termo de Relação de Capitulações, ou algo equivalente; e (iii) as Ordens de Serviço.

Deixa-se claro, desde logo, que há uma imensidão a se explorar nessa matéria, em especial na atuação prática do advogado, sendo crucial um esforço do profissional para utilizar sua criatividade para guiar a sua atuação concreta, diante das

necessidades demandadas por cada umas das situações a ele submetidas. Sugere-se, nessa toada, que tais recomendações sejam tomadas como balizas que podem nortear a atuação, ou podem ser amoldadas, ou até mesmo descartadas em prol de um outro modelo que em uma leitura diversa possa ser mais eficaz e/ou eficiente, em geral ou no caso concreto.

Feitos esses esclarecimentos, surge um conforto maior para colocar uma experiência prático-profissional pessoal, no intento de subsidiar a discussão teórica e incentivar a atuação concreta dos advogados brasileiros. Todos esses documentos seguem uma estruturação simples, lavrados, datados e assinados pelos próprios advogados condutores das investigações.

8.2.1. Termo de Enumeração de Pessoas Diligenciadas

Quanto ao Termo de Enumeração de Pessoas Diligenciadas, físicas e/ou jurídicas, trata-se da delimitação *subjetiva* da investigação, devendo ser angariado, desde o princípio, o maior número de informações públicas sobre os sujeitos implicados, a começar pela qualificação completa (nome completo, endereço etc.).

8.2.2. Termo de Relação de Capitulações

No Termo de Relação de Capitulações, há uma fixação das balizas *objetivas* da investigação, isto é, delimitar o escopo quanto às condutas possivelmente praticadas as quais ensejaram a iniciativa. Nada impede, sob essa perspectiva, que se descubram outros ilícitos inicialmente não vislumbrados, ou se ajustem as capitulações legais diante das descobertas colacionadas pela investigação defensiva.

8.2.3. Ordens de Serviço

As Ordens de Serviço, por outro lado, serão as diligências passíveis de serem realizadas no âmbito do inquérito defensivo, fazendo alusão desde à juntada dos documentos já produzidos e em posse imediata, passando pela determinação de produção de outros documentos – públicos ou privados, até a sugestão de contratação de profissionais os mais diversos que possam auxiliar na condução dos trabalhos (sempre após autorização do cliente), ou ainda qualquer outra medida ou diligência que se faça necessária para consecução dos objetivos colimados na Portaria/Termo de Instauração.

Logo, de tempos em tempos, para além da Ordem de Serviço *inaugural*, se fará necessário que o profissional emita novas Ordens, sempre numeradas em ordem crescente e datadas, assim como assinadas por quem as emitiu, visando sempre

tornar o mais fidedigna a condução dos trabalhos, e documentalmente comprovável toda e qualquer hipótese aventada. Tudo isso, pois, almeja garantir a *cadeia de custódia*[64] de todas as provas produzidas, e do próprio inquérito defensivo.

9. A regulamentação da matéria no Brasil

Sobre a regulamentação do tema no Brasil, temos a inclusão da matéria no Projeto de Lei do Senado (PLS) 156, de 2009 (Reforma do Código de Processo Penal)[65], ainda que de forma tímida.[66]

E mesmo que se aprove o texto com a redação atual, temos assentados pelo menos dois problemas: *i)* a adoção da chamada "*teoria da canalização*", por meio da qual o material produzido pelas diligências defensivas "poderá" ser juntados aos autos do Inquérito a critério da autoridade competente; e *ii)* o foco quase que

64. "O trajeto percorrido entre a obtenção do elemento probatório, especificando as condições, a higidez, e completude do material que será usado para fins probatórios, precisa ser levado a sério. De um lado garante a legitimidade da prova e, por outro, efetiva a possibilidade de a defesa manifestar-se sobre o percurso. A fé inabalável nos agentes estatais deve ser invertida, não pela desconfiança pressuposta e sim porque se trata de comprovação de condutas, a partir de presunção de inocência. Evidentemente que o mero passar de mãos não precisar contar expressamente do relatório da cadeia de custódia, mas o trajeto do material utilizado pela acusação precisa estar delineado a partir de sujeitos humanos que fizeram a apreensão, manuseio e análise. Sem isso, impede-se a comprovação do nexo de causalidade entre o resultado pretendido e o caminho retrospectivo até a cena do crime" (ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 446).

65. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645]. Acesso em: 17.03.2018.

66. "Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. 4 § 1º As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas. § 2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento. § 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista. § 4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial. § 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial. § 6º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos."

absoluto na hipótese da inquirição de testemunhas, deixando ao largo da regulamentação todas as outras possibilidades.

Contudo, ainda que se trabalhe na perspectiva do PLS 156, agora intitulado, na Câmara dos Deputados, de Projeto de Lei 8.045/2010.[67] No âmbito da Câmara dos Deputados foi instituída uma Comissão Especial para análise da matéria, com presidência do Deputado Danilo Forte (PSB/CE), e sob relatoria-geral do Deputado João Campos (PRB/GO), sendo que a avaliação do texto restou fragmentada, compondo outras relatorias parciais os Deputados Rodrigo Pacheco, Rubens Pereira Júnior, Pompeo de Mattos, Paulo Teixeira e Keiko Ota.

Nada obstante a isso, não se pode prever quando e se haverá a promulgação do texto nessa forma, enquanto, por outro lado, não há necessidade de se aguardar tal promulgação para que a advocacia pratique atos de investigação defensiva.

Conforme já explanado, acredita-se que, embora exerça a advocacia um *múnus* público, seu ministério privado e, portanto, regido pela lógica dos particulares segundo a qual "é permitido fazer tudo aquilo que não for proibido por Lei", como expressão máxima do princípio da legalidade.

Assim, respeitados os parâmetros normativos trazidos pelo bloco constitucional, tratados internacionais de direitos humanos, leis infraconstitucionais e normas administrativas, resta absolutamente autorizado o(a) advogado(a) a praticar os atos e diligências necessárias à produção e catalogação de provas em favor do seu constituinte.

Nessa toada, existe uma proposição em trâmite no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), desde outubro de 2017, que trata justamente da regulamentação administrativa da investigação defensiva, encaminhada para análise e distribuída à Comissão Especial de Estudos do Direito Penal, presidida pelo Conselheiro Federal Renato da Costa Figueira, cuja discussão e pré-aprovação se deu no último dia 17 de abril de 2018.

Na Comissão Especial de Estudo do Direito Penal, o projeto foi distribuído para relatoria do Conselheiro Federal Raimundo Palmeira, da Seccional do Alagoas. Na reunião do dia 17 de abril de 2018, no CFOAB em Brasília – DF, estavam presentes os Conselheiros Federais, o propositor da matéria Gabriel Bulhões, e o professor Edson Luis Baldan (PUC-SP), o qual empreendeu uma profícua e substanciosa contribuição à redação do projeto.

Com alguns ajustes e modificações, manteve-se o texto original em tudo quanto não houvesse inovação normativa, fazendo com que o conteúdo apenas

67. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263]. Acesso em: 29.04.2018.

delimitasse e especificasse aquelas prerrogativas legais e hipóteses já postas dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o projeto foi pré-aprovado na Comissão Especial de Estudo do Direito Penal e remetido ao Pleno do CFOAB.

No Pleno, o projeto foi redistribuído, restando sob relatoria do Conselheiro Federal Nilson Antônio Araújo dos Santos, da Seccional do Tocantins, o qual na Sessão do Conselho Pleno do dia 21 de maio de 2018, apresentou o projeto para pauta do dia, com a sugestão de que fosse a proposta encaminhada para a Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, presidida pelo Conselheiro Federal Marcus Vinícius Furtado Coelho, em razão da matéria de forte cunho constitucional, para emissão de novo parecer e remessa posterior ao Pleno do CFOAB para discussão e aprovação.

No âmbito da Comissão Nacional de Direito Constitucional, a matéria está sob relatoria do Conselheiro Flávio Pansieri (OAB/PR), aguardando remessa para discussão e votação do Pleno do CFOAB.

Essa proposição foi fruto de iniciativa desenvolvida no âmbito da Comissão de Advogados Criminalistas (COMACRIM), presidida pelo advogado Gabriel Bulhões, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio Grande do Norte (OAB/RN), através de um Grupo de Trabalho que maturou o tema em leituras, pesquisas, debates e reflexões ao longo do ano de 2017, culminando com a redação da minuta do Provimento que foi encaminhada ao CFOAB e está em discussão atualmente.

Considerações finais

É, pois, de suma importância que toda a sociedade e a Academia acompanhe o desenvolvimento desta discussão, pois com isso haverá impacto direto na prestação do serviço jurisdicional e também na concretização de garantias e direitos, fazendo um ganho desde a Administração da Justiça até mesmo à Segurança Pública. Tudo isso passando pelo fortalecimento de princípios constitucionais como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e até mesmo do livre exercício das profissões.

E, ainda, a classe advocatícia deve estar ciente, acompanhando, propondo, mormente os advogados criminalistas – vez que a atividade de produção probatória se torna ainda mais relevante; para que se possa otimizar e fazer dessa oportunidade a melhor chance de ser dada uma guinada em prol de uma real paridade de armas.

Surge daí, agora, um sem-número de discussões e reflexões as quais merecem maturação, no que toca à caracterização da atividade advocatícia, as possibilidades que se abrem para a advocacia criminal – inclusive no que toca à assistência das vítimas, a necessidade da doutrina formular uma teoria geral da investigação

defensiva voltada às necessidades brasileiras, a urgência de se estabelecerem códigos deontológicos e o mapeamento/compartilhamento de boas práticas, entre muitas outras questões.

As técnicas a serem empregadas pelo profissional, desde a busca por informações públicas (na internet, com base na LAI ou em cartórios, por exemplo), as oitivas de testemunhas e até mesmo vítimas, vistorias/inspeções ou o uso de Buscas e Apreensões, entre outras devem ser devidamente estudadas para que se evitem excessos e distorções.

Por outro lado, a metodologia proposta e adotada na normativa do CFOAB, o Inquérito Defensivo, deve ser aperfeiçoado sempre em busca de tornar mais dinâmica e efetiva a atuação do profissional, mas jamais tornando sua dinamicidade "engessada". Há um ponto de equilíbrio sensível quanto a isso.

Diante disso, a investigação defensiva se mostra de uma relevância singular na permanente busca de uma atuação de alta performance dos advogados que lutam em prol da efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão face à persecução penal, facilitando a instrumentalização da Defesa, por meio inclusive da antecipação da produção probatória. Tudo isso, sem dúvidas, favorecerá uma efetiva paridade de armas no processo penal e, em última análise, a implementação devido processo legal substancial. [68]

Referências

ÁVILA, Gustavo Noronha de. "Scherlock Holmes" no processo penal brasileiro? Lineamentos sobre a Lei 13.432 de 11 de abril de 2017 e a investigação criminal defensiva. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 296, p. 8-9, jul. 2017.

AZEVEDO, André Boiani e; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. *Boletim IBCCRIM*., São Paulo, v. 11, n. 137, p. 6-8, abr. 2004.

BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR, Salah Hassan. (Org.). *Sistema penal e poder punitivo, estudos em homenagem ao Professor Aury Lopes Jr*. Florianópolis: Empório do Direito, 2014, 2014. v. 1.

BALDAN, Edson Luís. (2007). Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 64, p. 253-263, jan. 2007.

68. DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 304, abr. 2018.

BARBOSA, Rui (1849-1923). *O dever do advogado*. Carta a Evaristo de Morais/ Rui Barbosa. Prefácio de Evaristo de Morais Filho. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui. Barbosa, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Servanda, 2010.

CASARA, Rubens. O Estado Pós-Democrático no Brasil: a gestão dos indesejáveis. Justificando. Disponível em: [http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/17/o-estado-pos-democratico-no-brasil-gestao-dos-indesejaveis/#_ftnref1]. Acesso em: 26.02.2018.

CONJUR. *Mudança na CLT Leia Lei que reconhece fé pública de advogado*. 2009. Disponível em: [www.conjur.com.br/2009-mai-08/leia-lei-reconhece-fe-publica-advogado-justica-trabalho]. Acesso em: 20.02.2018.

CONJUR. *Sem burocracia SP dispensa exigência de cópia autenticada de documento*. 2008. Disponível em: [www.conjur.com.br/2008-jan-24/sp_dispensa_exigencia_copia_autenticada_documento]. Acesso em: 20.02.2018.

CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 127, p. 167-198, jan. 2017.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 304, abr. 2018.

DIRTY money. Direção de Alex Gibney. Netflix, 2018. Color. Legendado.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: ed. RT, 2014.

FREITAS, Marcelo Eduardo. O direito do indiciado a uma investigação defensiva e contraditória no inquérito policial. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1947, 30.10.2008. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/11907]. Acesso em: 04.03.2018.

GÖSSEL, Karl Heinz. La Defensa en el Estado de Derecho y las Limitacionaes Relativas al Defensor en el Procedimiento contra Terroristas. *Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciências Penales*, Buenos Aires, ano 3, n. 9 a 12, p. 229, 1980.

HOW to get away with murder. Produção de Peter Nowalk. American Broadcasting Company, 2014. Color. Legendado. Série 4.

IPIENS, José Antonio Escartin. El acta notarial de presencia en el proceso. *Revista del Notariado,* n. 399.

JARDIM, Afrânio Silva. *A influência norte-americana nos sistemas processuais penais latinos*. Empório do Direito, publicado em 26.07.2016. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/leitura/a -influencia- norte- americana- nos-sistemas-processuais-penais-latinos-por-afranio-silva-jardim-1508758582]. Acesso em: 26.02.2018.

JORNAL OPÇÃO. *Projeto de Lei autoriza advogados a autenticar documentos em Goiás*. 2018. Disponível em: [www.jornalopcao.com.br/ultimas-noticias/projeto-de-lei-autoriza-advogados-autenticar-documentos-em-goias-118039/]. Acesso em: 25.02.2018.

JÚLIO, Naydoo dos Santos. *A investigação criminal pela defesa*. 2014. 60 f. TCC (Graduação) – Orientador: Alexandre Morais da Rosa, Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; CANO, Ignacio. *Quem vigia os vigias?* Um estudo sobre controle externo da polícia no Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2003.

MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação criminal defensiva*. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado) – Orientador: Antonio Scarance Fernandes, Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Leonardo Marcondes. *O amadorismo na investigação criminal cobra seu preço no jogo processual*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-jan-26/academia-policia-amadorismo-investigacao-cobra-preco-jogo-processual]. Acesso em: 02.03.2018.

MAKING a Muderer. Direção de Laura Ricciardi. Produção de Moira Demos. Condado de Manitowoc: Netflix, 2015. Color. Legendado. Série 1.

MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, maio-jun. 2012.

MARCELLA. Produção de Hans Rosenfeldt, Nicola Larder. Londres: Netflix, 2016. Color. Legendado.

MARTINES, Fernando. *Publicação reúne críticas de criminalistas a medidas anticorrupção do MPF*. 2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-dez-09/grandes-criminalistas-criticam-medidas-anticorrupcao-mpf]. Acesso em: 09.12.2015.

MAURICIO, Bruno; HENRIQUE, Diego; MARTINELLI, João Paulo Orsini. A possibilidade de investigação defensiva dentro do modelo constitucional brasileiro. *Revista Liberdades*, São Paulo, v. 12, p. 1-19, 31, abr. 2013. Quadrimestral. Disponível em: [www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/15/IBCC_RevistaLiberdades_n12_reflexao.pdf]. Acesso em: 04.03.2018.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas; CUNHA NETO, Eurico da Cunha. A investigação defensiva como corolário da igualdade processual e do direito à prova. *Revista Jurídica Unigran*, Dourados, v. 17, n. 33, p.133-147, 31.06.2015.

PEREIRA, Antonio Albergaria. *Ata notarial*. Boletim Cartorário da Edição 6, 1996.

POISL, Carlos Luiz. Idealizador da ata notarial na Lei 8.935/94.

RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RASCOVSKI, Luiz. Investigação criminal defensiva: uma luz no fim do túnel com sua previsão no novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei 156/09). *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n. 219, p. 14-15, fev. 2011.

RAY DONOVAN. Direção de Ann Biderman. Showtime, 2013. Color. Legendado. Série 7.

RODAS, Sérgio. *Entrevista com Eugênio Aragão, ex-ministro da Justiça*; "Ao se apaixonar pelo fetiche criminalista, MP se afastou da Constituição". 2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-jul-17/entrevista-eugenio-aragao-ex-ministro-justica-membro-mpf]. Acesso em: 17.07.2016.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SAMPAIO, Denis. Reflexões sobre a investigação defensiva: possível renovação da influência italiana pós "Código Rocco" sobre a *indagine difensive*. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.). *Advocacia criminal, direito de defesa, ética e prerrogativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SCANDAL. Direção de Shonda Rhimes. American Broadcasting Company, 2012. Color. Legendado. Série 7.

SEVEN seconds. Direção de Veena Sud. Netflix, 2018. Color. Legendado. Série.

SOUZA, Luiz Roberto Salles; ACANJO, Ana Carolina Buffulin G. Investigação defensiva. *Instituto de Estudos Avançados de Processo Penal – ASF*. Estudos de processo penal. São Paulo: Scortecci, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O pacote anticorrupção do Ministério Público e o fator Minority Report*. 2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-mar-03/senso-incomum-pacote-anticorrupcao-mpf-fator-minority-report]. Acesso em: 03.03.2016.

SUITS. Produção de Aaron Korsh. 2011. USA Network. Color. Legendado. Série 7.

TEIXEIRA, Matheus. *Medidas contra corrupção propostas pelo MPF têm ranço de ódio contra direito de defesa, diz IAB*. 2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-set-08/livro-iab-compara-10-medidas-corrupcao-mpf-ai]. Acesso em: 08.09.2017.

THE good wife. Direção de Robert King. Produção de Michelle King. CBS. 2009. Color. Legendado. Série 7.

TORON, Alberto Zacharias. *Podemos ter um processo penal fascista em plena democracia, diz Toron*. 2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-out-20/podemos-processo-penal-fascista-democracia-toron]. Acesso em: 20.10.2016.

VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação criminal: o projeto de Código de Processo Penal e investigação defensiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 107, p. 309-336, mar.-abr. 2014.

ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação*. Salvador: JusPodivm, 2014.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental, de Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa – *RBCCrim* 127/167-198 (DTR\2016\24944); e
- Investigação criminal: o projeto de Código de Processo Penal e investigação defensiva, de Fernanda Regina Vilares, Guilherme Augusto Campos Bedin e Pedro Machado de Almeida Castro – *RBCCrim* 107/309-336 (DTR\2014\1556).

Reserva de Lei e execução penal: quando a jurisprudência benéfica *prima facie* se volta contra o condenado

Legality and criminal punishment: when beneficial jurisprudence prima facie turns against the convicted person

Paulo César Busato

Pós-Doutor pela Universidad de Valencia, Espanha. Doutor em Direito pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha. Professor de Direito Penal (UFPR e FAE Centro Universitário). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.
pbusato2013@gmail.com

Rodrigo Cavagnari

Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia do Programa *Law Experience* da FAE Centro Universitário. Advogado.
cavagnarirodrigo@gmail.com

Recebido em: 06.05.2018.
Aprovado em: 13.07.2018.
Última versão dos autores: 05.08.2018.

Área do Direito: Penal

Resumo: O trabalho procura discutir as aflições ao princípio de legalidade no âmbito da execução penal em orientação jurisprudencial a *prima facie* benéfica ao réu. Verifica-se que certas práticas no âmbito da execução penal, conquanto tenham por escopo reduzir as mazelas do aprisionamento, constituem, em verdade, a erosão de um princípio básico do Estado de Direito que é a maior garantia que existe no plano do sistema penal. Para tanto, o caso tomado sob análise é a constituição de orientação jurisprudencial que assume como válido o denominado "regime semiaberto harmonizado". Explora-se o argumento

Abstract: The paper aims to discuss the afflictions to the principle of legality in the scope of criminal enforcement in jurisprudential guidance that *prima facie* is beneficial to the defendant. It appears that certain practices in criminal enforcement, while aiming to reduce the traps of imprisonment, are, in fact, the erosion of a basic principle of the rule of law which is the greatest guarantee that exists in the criminal justice system. Therefore, the case under analysis is the constitution of jurisprudential guidance that assumes as valid the so-called "harmonized semi-open regime". The argument is explored as the

Busato, Paulo César; Cavagnari, Rodrigo. Reserva de Lei e execução penal: quando a jurisprudência benéfica *prima facie* se volta contra o condenado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 150. ano 26. p. 235-255. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2018.

de como a falta de atenção à reserva da Lei pode ocasionar prejuízo ao condenado, mediante o recurso do cotejo entre o alicerce teórico e o estudo de casos.

Palavras-chave: Execução penal – Estado Democrático de Direito – Princípio da legalidade – Jurisprudência criminal – Regime prisional.

lack of attention to the rule of law can cause prejudice to the convicted person, by the comparison between the theoretical foundation and the case under study.

Keywords: Criminal punishment – Democratic State based on rule of law – Principle of legality – Criminal jurisprudence – Prison system.

Sumário: 1. Introdução. 2. Execução penal e aspectos teóricos. 2.1. Execução penal e Estado Democrático de Direito. 2.2. Reserva de lei, direito penal e execução penal. 3. Execução penal e jurisprudência. 3.1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: estado de coisas inconstitucional (ADPF 347/DF) e a falta de vagas no regime semiaberto (RE 641.320/RS). 3.2. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: o uso indiscriminado e ilegal do denominado "regime semiaberto harmonizado". 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

A análise de um fato da vida à luz dos institutos jurídicos (= um caso) nem sempre é vista com harmonia pelas lentes da teoria e da prática. No campo da execução penal isso não é diferente.

Por um lado, observa-se que as decisões tomadas na execução penal, ao longo do século XX, foram marcadas por um viés administrativo-burocrático[1] que preservava o foco no crime e pouca atenção prestava no criminoso[2] e às suas garantias. Apenas nas últimas décadas (legislativamente em 1984 com a LEP) o modelo jurisdicional da execução penal começa a ganhar espaço[3]. Mesmo assim, muitas decisões judiciais até os dias de hoje, substancialmente, apenas homologam previsões de cunho administrativo, sem a inteligência de uma interpretação jurídica consistente.

1. Sobre o assunto, veja-se MARCÃO, Renato Flávio. *Execução penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1-4; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Execução penal*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 7 e ss. e NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à Lei de Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 5-6.
2. A advertência já aparecia no clássico SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006. p. 28.
3. BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 24 e ss.; DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 471 e ss.

Acontece que, diante da aproximação entre as tradições de *civil law* e de *common law*, a tradição de *civil law* cada vez mais se preocupa em acompanhar não apenas o trabalho do legislador, mas também as decisões dos tribunais, em especial das Cortes de Superposição, como expressão do direito vigente. Essa aproximação é devida a inúmeros fatores. Entre elas, chegou-se à conclusão de que a interpretação dada ao direito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça era encarada como algo dotado de normatividade. Por consequência, o ordenamento jurídico pátrio passou a assumir uma cultura de precedentes[4]. Agora, as decisões judiciais no âmbito da execução penal também devem respeito aos precedentes, súmulas vinculantes, julgamentos em sede de repercussão geral e recursos repetitivos.

Por outro lado, existe um imperdoável descaso com a elaboração do discurso jurídico-dogmático no âmbito da execução penal. Claro está que o âmbito de discussão se reduz, na medida em que não há dúvida teórica possível nem matéria de fato passível de arguição contra a certeza da responsabilização. Existe também uma redução de matéria legislativa concernente ao tema. E, ainda, não se pode deixar de reconhecer a interferência extrajudicial na matéria, na medida em que nosso sistema é parcialmente entregue nas mãos do Poder Executivo.

Todavia, será que esses fatores podem justificar a falta de ajuste democrático do discurso jurídico da execução penal? O princípio da legalidade, tão consagrado no âmbito do Direito penal não deve ser explorado dogmaticamente de maneira mais vertical na execução penal? O uso dos atuais precedentes no âmbito da execução penal encontra-se em conformidade com as garantias do sujeito?

A partir de uma reflexão teórica e prática sobre a necessidade de adoção de um ponto de vista democrático para o discurso jurídico da execução penal, bem como de um cuidado especial com os princípios que regem a execução penal em um modelo jurisdicional, é que se constrói o presente trabalho. Busca-se, aqui, fornecer elementos teórico-dogmáticos para a tarefa do jurista que é, por irrecusável, a de decidir casos[5].

Toma-se, como análise de caso, o que certo setor da jurisprudência vem fazendo, ao criar regime de cumprimento de pena completamente à margem da legalidade, o qual restou conhecido como "regime semiaberto harmonizado".

4. O que se observa, expressamente, no art. 926 e ss. do Código de Processo Civil em vigor.
5. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 35.

2. Execução penal e aspectos teóricos

A discussão teórica, tão consagrada no Direito penal, deve também permear a execução penal. Isso porque a execução da pena constitui um momento de realização substancial de todo o caminho penal e processual penal, não podendo ser deixada ao arbítrio da administração do Poder Executivo. A execução penal é, no dizer de Adeíldo Nunes, "a parte culminante da persecução penal"[6]. Daí a importância da Lei de Execução Penal e da moderna valorização da autonomia científica e didática do direito da execução da pena[7]. Em um Estado Democrático de Direito, somente a partir da coerência entre a linguagem do Direito penal, do Processo penal, da Execução penal, da Criminologia e da Política criminal é que se fará presente um sistema penal que se pretende justo.

2.1. Execução penal e Estado Democrático de Direito

Em um Estado Democrático de Direito, impõe-se ao julgador o dever de interpretar e aplicar a legislação em conformidade com os direitos fundamentais. Essa, afinal, é a função do processo: um instrumento da realização do projeto democrático, em que se busca a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em especial da liberdade do sujeito, pautado no valor da dignidade da pessoa humana[8].

Assim, desde uma perspectiva desse modelo de Estado, o Direito penal é considerado um mecanismo de controle social que sempre deverá ser obediente ao modelo político. Logo, não é possível furtar do Direito penal a opção pela discussão política. Toda decisão penal é, sobretudo, uma decisão política[9]. De modo que as interpretações dogmáticas obedecem a cânones interpretativos vinculantes que são os princípios políticos de caráter humanista, os quais decorrem de nossa opção por um modelo ajustado ao contrato social.

---

6. NUNES, Adeíldo. *Progressão e regressão de regime prisional*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 45.
7. DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 471 e ss.; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale, parte generale*. 9. ed. Padova: CEDAM, 2015. p. 777 e ss.
8. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 617. Especificamente sobre a questão do princípio de humanidade aplicado ao sistema prisional veja-se MORETTO, Rodrigo. *Crítica interdisciplinar da pena de prisão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 115 e ss.
9. Especificamente sobre a discussão do fundamento político da execução penal, ainda que voltado especialmente à sua ideia de proporcionalidade, veja-se HIRSCH, Andrew von. *Censurar e Castigar*. Trad. Elena Larrauri, Madrid: Trotta, 1998. p. 129-157.

Convém lembrar que toda imposição de pena deriva, pois, de uma opção prévia do indivíduo à renúncia de sua liberdade em situações excepcionais. Porém, convém lembrar também que essa renúncia é antes de tudo igualitária, e se dá em uma perspectiva horizontal de reciprocidade.

Parece que essa dimensão igualitária vem sendo esquecida, pelos legisladores e operadores jurídicos, com certa frequência, o que nos obriga a marcar, uma e outra vez, reiteradamente, os limites desta vinculação através da imposição sistemática e persistente das garantias sobre os rompantes normativos.

De acordo com a lição de Hassemer[10]:

> A dimensão vertical do contrato social serve para assegurar a renúncia das liberdades acordadas horizontalmente. Se lhe pode chamar Estado ou superioridade, significando que se trata de instituições derivadas e não de instituições que tenham razão de ser por si mesmas. Sua justificação é possibilitar a coexistência dos contratantes em uma situação jurídica, mantendo os limites da renúncia da liberdade, de forma igualitária para todos. O cidadão não fica, pois, funcionalizado em face do Estado, mas sim o Estado é que se funcionaliza ao serviço do cidadão.

Sob essa perspectiva, nas palavras de Eser[11], não é o ser humano que deve ser justo com o Estado, e sim o Estado que deve ser justo com o ser humano, pois, de acordo com um caráter humanista do contrato social, é o ser humano que se antecipa ao Estado e mostra a ele a razão de sua existência.

Para *Silva Dias*[12], a dignidade humana, nesse contexto, desempenha uma função prática de caráter eminentemente procedimental e deontológico (não consequencialista). A razão, segundo o autor, é simples: seria uma contradição, mesmo numa ruptura da ordem jurídica de um Estado Democrático de Direito, considerar permitida uma ação coisificadora, que reduz o ser humano à condição de objeto manipulável do Estado[13].

10. HASSEMER, Winfried. El viejo y el nuevo Derecho penal. *Persona, mundo y responsabilidad*. Trad. para o espanhol de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999. p. 44.
11. ESER, Albin. Una justicia penal "a la medida del ser humano" en la época de la europeización y la globalización. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: UNED, 2000. p. 15 e ss.
12. DIAS, Augusto Silva. Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, 2012, n. 71. p. 235 e ss.
13. Evidências concretas e detalhadas desta desumanização são apontadas por BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão. Causas e alternativas*. 4. ed., 2011. p. 161 e ss.

Outrossim, como assinala *Roxin*[14], a dignidade humana deve ser respeitada como garantia fundamental inviolável do nosso ordenamento jurídico, *ipso facto*, não serve como elemento de ponderação, já que a violação dela nunca é um meio adequado e legítimo para a preservação de interesses do Estado.

Acentue-se, por necessário, que as normas que preveem a dignidade do ser humano como fundamento de um Estado Democrático de Direito possuem um conteúdo categórico, de respeito, *non-negotiable*[15]. O tratamento desumano nega o fato de que o ser humano tenha uma vontade, o que é pressuposto de qualquer exercício de poder legítimo e da formação de um contrato. Não se trata, portanto, de que alguém sofra algo que não quer, mas sim de que alguém seja submetido a uma situação de que sua vontade tenha sido alijada.

Assim, com base nesses ensinamentos, combate-se, desde logo, a ambição contida em algumas sentenças e acórdãos que solucionam casos de execução penal apenas sob o critério da eficiência. Segundo a doutrina[16], submeter a dignidade humana a uma ideia de eficiência é, na verdade, renunciar à dignidade, uma vez que a dignidade significa, primeiramente, um valor intrínseco completamente independente dos interesses dos demais. Em outras palavras, o respeito à dignidade humana é uma consideração deontológica, cuja obrigatoriedade é de todo independente das boas e más consequências que o atendimento desta exigência pode ter, porque são invioláveis quaisquer que sejam as circunstâncias e, por isso, independem de qualquer empirismo, uma vez que as normas

14. ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Miguel Díaz y García Conlledo e Javier Vicente Remezal. Madrid: Civitas, 1997. t. I. § 16, n. 84 e ss.

15. Sobre o tema: GRECO, Luís. Conveniência e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do direito penal. *RBCCRIM*, n. 95, 2012. p. 43 e ss.; também: PARLEVLIET, Michelle. Rethinking conflict transformation from a human rights perspective. *Berghof Handbook Dialogue*, n. 9, 2010. p. 15 e ss. Segundo esses autores, alguns direitos e garantias fundamentais, entre eles os direitos humanos básicos e as vedações da tortura e do tratamento desumano são absolutos, *non-negotiable*.

16. GRECO, Luís. Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs. *InDret*, n. 4, 2007. p. 15 e ss.; do mesmo autor: Conveniência e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do direito penal. *RBCCRIM*, n. 95, 2012. p. 43 e ss. Como assinala o autor: "A questão não é se obedecemos a regras, e sim a que regras obedecemos: às regras do Estado de direito, que conhece limites absolutos no trato com seres humanos, ou às regras do bando de ladrões, que pode esquivar-se sem maiores preocupações com tais obstáculos. O Estado de direito tem de resistir, inclusive e principalmente face ao pior. Como afirma Roxin: a sua superioridade moral em relação ao delinquente consiste no fato de que o Estado não se vale dos mesmos métodos que ele".

que veiculam conteúdo de respeito à dignidade humana têm um caráter *non-negotiable*[17].

Desse modo, não nos resta mais que exigir, em homenagem ao reconhecimento de um modelo de Estado Democrático de Direito, fulcrado na ideia de contrato social e nas garantias individuais do ser humano, o respeito absoluto às situações de execução da pena de um condenado.

A dignidade humana enquanto princípio limitador da intervenção estatal no campo penal encontra diversas formas de expressão nos dispositivos infraconstitucionais. Se a pretensão é de que se produzam resultados materiais no que se refere à execução penal no Brasil, não bastará uma atitude de clamor, nem um chamado à consciência das instituições e da própria sociedade, se antes o operador do direito, quer no âmbito doutrinário, quer no âmbito da prática forense, não derem os primeiros passos no sentido de dotar a teoria da execução penal de argumentos de base democrática.

A discussão, aqui, deve ser feita em âmbito macro, no campo dos fundamentos da Ciência penal, já que aqui se parte de considerar que a execução é uma das três facetas do fenômeno penal.

As normas de direito penal – aqui considerado como as três perspectivas do instrumento de controle social – devem orientar-se segundo princípios interpretativos básicos próprios deste ramo do conhecimento jurídico. Esses princípios são produto da lenta e constante evolução da Ciência Penal, que vem acompanhando a marcha das conquistas cidadãs através da história. A aplicação destas normas por via de consequência deve guardar coerência para com esses mesmos princípios.

Dessa forma, convém partir da ideia central de que a evolução do Direito penal, ora funcionando como mola propulsora, ora como o próprio projétil, guarda uma estreita simbiose com as conquistas sociais no campo da configuração do Estado.

17. GRECO, Luís. Conveniência e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do direito penal. *RBCCRIM*, n. 95, 2012. p. 43 e ss. Segundo o autor, para o Estado de Direito, o que deve importar é a dignidade. A causa da humanidade é independente de considerações de utilidade e necessidade. Isso porque, deve haver uma estrita separação entre argumentos de conveniência e argumentos de respeito, pois só eles explicam o motivo pelo qual essas barreiras da tradição liberal são entendidas como limites não contingentes e não ponderáveis. Somente quando se entender que o mal da tortura [e do tratamento desumano e degradante] do sujeito é a injustiça, a desumanidade, a aniquilação da vontade, o desrespeito à autonomia do cidadão, é que, então, será compreendida a importância desses imperativos categóricos, obrigatórios para todo príncipe que pretenda ser mais do que um chefe de *magna latrocinia*.

O Estado Democrático de Direito que almejamos viver e que figura, ao menos formalmente, nas diretrizes formadoras do Estado brasileiro deve corresponder, antes de tudo, a um Direito penal que guarde o mesmo corte ideológico[18].

Uma vez que a Constituição Federal brasileira expressa diversos princípios característicos da eleição de um perfil de Estado Democrático de Direito, sendo vários deles relacionados estreitamente com o contexto do poder punitivo Estatal, estes devem compor os cânones interpretativos que nos hão de balizar a solução do presente caso.

Entre esses princípios, adquirem especial relevância o princípio da legalidade (que será analisado no tópico seguinte) e o princípio da humanidade. Sobre esse princípio, *Batista*[19] comenta: que "a pena nem 'visa fazer sofrer o condenado', como observou Fragoso, nem pode desconhecer o réu enquanto pessoa humana, como assinala Zaffaroni, e esse é o fundamento do princípio da humanidade".

A ideia central da resposta punitiva no Direito penal moderno é a recuperação social do condenado. Nesse particular, o arcabouço legislativo brasileiro alberga expressamente esse propósito, ao preconizar, no artigo 1º da Lei de Execução Penal: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado". E o propósito de recuperação do condenado deve ser compatível com o ideal de proteção aos direitos fundamentais, respeitando entre outros, o princípio de humanidade.

Assim, como é impossível fixar com meridiana clareza a intenção do julgador ao interpretar qualquer dispositivo legal, outra não pode ser a escolha do que buscar a interpretação mais correta de acordo com a orientação dos princípios norteadores de todo o sistema jurídico penal, para fazer vincar com clareza a opção democrática do aplicador do direito brasileiro.

---

18. Nesse sentido concorre a preciosa lição de *Muñoz Conde/García Arán*: "Las ideas que anidan en el corazón de los hombres de conseguir una paz social justa, un sistema equitativo que ampare sus derechos fundamentales y una seguridad personal que evite los despotismos y arbitrariedades, han ido formando un patrimonio común, una plataforma sobre la que debe descansar también el ejercicio del poder punitivo del Estado". Tradução livre: "As ideias que se aninham nos corações dos homens para alcançar uma justa paz social, um sistema equitativo que proteja seus direitos fundamentais e uma segurança pessoal que evite o despotismo e a arbitrariedade, formaram uma herança comum, uma plataforma sobre a qual descansar também o exercício do poder punitivo do Estado" (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*. 4. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch. p. 77).

19. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 99.

2.2. *Reserva de lei, direito penal e execução penal*

O princípio da legalidade constitui a pedra angular de todo o sistema penal. A organização fundamental do modelo de Estado, composta a partir do modelo constitucional, é revelada por meio de um postulado básico: a submissão à regra da lei[20].

Esse princípio condiciona a atuação do Estado durante todo o processo criminal até a execução da pena, impondo-lhe, antes de tudo, um limite formal, que é a necessidade de pautar sua intervenção pelo mecanismo legislativo. Assim, tanto os delitos quanto as penas, os procedimentos de atribuição de responsabilidade e da forma de cumprimento dos castigos, devem resultar todos submetidos à lei. As exigências que derivam do princípio da legalidade constituem um conjunto prévio de limites contrapostos à vocação arbitrária do Estado[21].

Mas o princípio de legalidade só pode ser corretamente compreendido em sua importância e extensão quando observado como garantia inviolável do cidadão perante o exercício punitivo do Estado. Ou seja, não basta considerar o princípio da legalidade um instrumento jurídico, relacionado apenas com a norma posta, como um filtro jurídico do direito positivo. É preciso ir além e enxergar o contexto histórico de seu desenvolvimento e tudo o que se pretendeu alcançar através de sua afirmação. Visto assim, entra em evidência, antes de tudo, a sua dimensão política, que significa o predomínio do Poder Legislativo como órgão que representa a vontade geral diante dos outros poderes do Estado, para, a seguir, merecer consideração sua dimensão técnica, que expressa a forma de como devem os legisladores formular as normas penais[22].

O referido princípio pode ser fundamentado politicamente com base na divisão de poderes. Sua inspiração vem estabelecida pelos ideais da Revolução Francesa de participação popular no poder. A vontade caprichosa dos governantes cedeu passo à vontade geral, constituindo-se na força política do estabelecimento das normas penais. Com isso se pretende que a lei, que é a expressão da vontade de todos por intermédio da Assembleia Geral, seja a única fonte do Direito, obrigando igualmente a todos. A vontade geral se traduz na Assembleia Geral,

20. BUSATO, Paulo César. *Direito penal, parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 24; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*. Introducción. Madrid: Universidad Complutense, 2000. p. 320.

21. BUSATO, Paulo César. *Direito penal, parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 24 e ss.

22. BUSATO, Paulo César. *Direito penal, parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 30 e ss.; ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Miguel Díaz y García Conlledo e Javier Vicente Remezal. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 145 e ss.

constituindo esta o primeiro Poder do Estado, que é justamente o Poder Legislativo. Só o Poder Legislativo, em princípio, como órgão que representa a vontade geral, pode estabelecer as leis. Com alicerce nessa ideia, o Poder Judiciário não pode aplicar mais Direito do que emana dessa vontade geral[23].

Uma interpretação correta do alcance genuíno da legalidade, fiel a suas bases históricas e à importância política do mesmo, obriga a entendê-la no marco de uma determinada concepção da origem da sociedade civil e do Estado, da legitimação de poder e de seu exercício, ou seja, na doutrina do contrato social, da soberania popular e da divisão de poderes[24].

Como consequência, pretende-se que, desde o momento em que a Lei é a expressão da vontade geral manifestada na Assembleia Geral, ela constitua a única fonte de todo o Direito e não apenas do Direito penal. Contudo, os complexos âmbitos da vida impossibilitam à Assembleia Geral abarcar por completo a regulação expressa de todos os conflitos existentes. Logo, o monopólio da Lei se reduz apenas a determinados âmbitos, os quais, dada sua importância geral, não podem ser regulados senão exclusivamente pela lei, entre eles o Direito penal (reserva legal)[25].

Daí o motivo pelo qual o Sistema penal, como instrumento de controle social, só pode emanar de lei. Somente assim se mantém a fidelidade à dimensão política do princípio de legalidade. Nenhuma iniciativa de outro poder pode exercer o controle social por intermédio do instrumento penal. Portanto, qualquer iniciativa, por exemplo, de incriminação penal através de medida provisória encontra barreira já na dimensão política do princípio da legalidade, não sendo necessário sequer discutir a dimensão técnica do mesmo[26].

Costuma-se distinguir algumas classes de reservas legais; como a reserva absoluta da lei, que implica a competência absoluta do Legislativo na produção das leis, a qual impede a remissão a outras fontes; reserva relativa da lei, que permite ao Poder Legislativo, mediante um ato de delegação voluntária, outorgar competência legislativa, principalmente ao Executivo, sobre determinadas matérias previamente estabelecidas; reserva geral da lei, que contempla a regulação de determinados âmbitos gerais, perante a reserva especial de Lei que se limita

23. BUSATO, Paulo César. *Direito penal, parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 31.

24. BUSATO, Paulo César. *Direito penal, parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 31; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal.* Introducción. Madrid: Universidad Complutense, 2000. p. 322.

25. BUSATO, Paulo César. *Direito penal, parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 31 e ss.; COBO DEL ROSAL, Manual; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal, parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1987. p. 64.

26. BUSATO, Paulo César. *Direito penal, parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 32.

a regular alguns aspectos concretos daqueles âmbitos; finalmente, distingue-se entre a reserva substancial da lei, quando esta é estabelecida por comando da Constituição e, como tal, deriva de uma escolha política, e a reserva formal de lei, que implica a regulação por parte do Legislativo de toda uma matéria sem permitir que instâncias inferiores completem sua redação[27].

Afirma-se, em consequência, que o princípio da legalidade em matéria penal e processual penal se identifica com uma reserva absoluta, uma reserva geral e reserva substancial. Isso porque a regulamentação de matéria penal, vale dizer, de autorizações legislativas do espaço de exercício de controle social, somente pode ser determinada, em todo o seu conteúdo incriminador, por Lei em sentido estrito, ou seja, por ato que emana diretamente do Poder Legislativo.[28]

Em síntese, essa dimensão do princípio da legalidade consiste, segundo *Mantovani*, na atribuição do monopólio da criminalização ao Poder Legislativo, com o escopo de evitar uma possibilidade de arbítrio do Poder Judiciário, resguardando a fonte substancial e subordinando o juiz à lei[29].

Admitir que se imponham condições que não são exigidas pela Lei federal em termos de execução penal é uma corruptela do sistema punitivo, que implica uma violação do próprio Estado Democrático de Direito, seja em razão do princípio da reserva legal, no campo penal, seja pelo fato de que a Constituição Federal, em seu artigo 22, inciso I, estabelece ser de competência privativa da União legislar, entre outras coisas, sobre processo e Direito penal.

Além disso, em decorrência do caráter geral da reserva de Lei em matéria penal, temos que mesmo a matéria de execução penal, no que se refere especificamente aos regimes de cumprimento de pena, somente pode ser instituída ou alterada por meio de Lei em sentido estrito, e, diante das disposições constitucionais sobre atribuição de competência, somente por Lei em sentido estrito emanada pelos órgãos legislativos da União.

Destarte, sob um viés teórico, somente quando respeitados os princípios da legalidade e da humanidade é que a execução penal, como um braço do sistema criminal, pode operar em conformidade com um Estado Democrático de Direito.

27. BUSATO, Paulo César. *Direito penal, parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 32; COBO DEL ROSAL, Manual; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal, parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1987. p. 64.

28. BUSATO, Paulo César. *Direito penal, parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 32 e ss.; COBO DEL ROSAL, Manual; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal, parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1987. p. 65.

29. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale, parte generale*. 9. ed. Padova: CEDAM, 2015. p. 41.

3. Execução penal e jurisprudência

Do mesmo modo que, sob um recorte histórico, a dogmática penal e processual penal sempre negligenciou o estudo da execução da pena, os juízes e os tribunais também enxergavam a execução penal como uma matéria de menor importância. A maioria das decisões e dos acórdãos apenas chancelava atos administrativos penitenciários, não debatia o conteúdo de laudos de exame criminológico e aplicavam estritamente o conteúdo da lei, sem muito se importar com o ser humano que iria cumprir a pena. Somente nas últimas décadas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a fortalecer os princípios constitucionais de legalidade e de humanidade na esfera da execução da pena, como, por exemplo, no julgamento do HC 82.959/SP, de relatoria do Min. Marco Aurélio, em que o Plenário, por maioria, decidiu que o artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 padecia do vício de inconstitucionalidade por vedar a progressão de regime prisional aos condenados por crimes hediondos.

3.1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: estado de coisas inconstitucional (ADPF 347/DF) e a falta de vagas no regime semiaberto (RE 641.320/RS)

Nos últimos três anos, o Supremo Tribunal Federal julgou dois casos de extrema relevância sobre o tema da execução penal, por meios dos quais atestou, pela via jurisprudencial, o caos no sistema penitenciário. O primeiro, julgado em 2015, foi a decisão na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF, em que o Plenário da Corte Suprema reconheceu expressamente do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro. O segundo, julgado em 2016, foi a decisão no Recurso Extraordinário 641.320/RS, em que o Plenário da Corte Suprema acentuou o entendimento de que o preso em regime semiaberto, diante da ausência de vagas derivadas da responsabilidade do Estado, deve ser submetido ao regime domiciliar monitorado por tornozeleira eletrônica.

No julgamento da ADPF 347 MC/DF, o voto do rel. Min. Marco Aurélio, assinala os seguintes pontos: (i) presente um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como "estado de coisas inconstitucional"; (ii) os juízes e os tribunais estão obrigados a realizar, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

No julgamento do RE 641.320/RS, destaca-se os seguintes pontos do voto do rel. Min. Gilmar Mendes: (i) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, sob pena de violação dos princípios da individualização da penal (art. 5º, XLVI, da Constituição da República) e da legalidade (art. 5º, XXXIX, da Constituição da República); (ii) a legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados, porém, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável, de modo que se apela ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata; (iii) havendo déficit de vagas, deverão ser determinadas a saída antecipada do sentenciado no regime com falta de vagas; a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; ou, o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Essa decisão informou o Enunciado 56 da Súmula Vinculante do STF, cuja redação possui o seguinte teor: "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS".

Por intermédio desses dois julgamentos, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o problema do encarceramento em massa no país, determinou medidas paliativas aos três poderes da União para mitigar esse problema e, por fim, desenvolveu critérios jurisprudenciais com o objetivo primordial de promover o desencarceramento.

Não obstante se enxergue com bons olhos o enfrentamento dessas matérias pela Corte Suprema, porque, *prima facie*, apresenta-se com boas intenções político-criminais, observa-se, na práxis, que até o desenvolvimento de critérios jurisprudenciais bem intencionados pode se voltar contra o condenado, quando os juízes e tribunais decidem apenas com olhos nas contingências de que nascem os precedentes, olvidando os alicerces teóricos, insculpidos há séculos, que mantêm firme a tutela dos direitos e garantias fundamentais do ser humano.

3.2. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: o uso indiscriminado e ilegal do denominado "regime semiaberto harmonizado"

O uso indevido dos critérios jurisprudenciais, sem a observância do alicerce teórico, pode ser observado em dezenas de decisões prolatadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná[30]. Denuncia-se, aqui, o problema consistente na

30. A escolha pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná se justifica, tão somente, porque integra o cotidiano forense dos autores deste texto.

negativa de vigência do princípio da legalidade em razão do uso de critérios eminentemente jurisprudenciais. Para ilustrar, cita-se o uso indiscriminado e ilegal das condições do regime aberto com monitoração eletrônica para os condenados em regime semiaberto. Destaca-se, desde logo, que há reiteradas ementas de julgamentos do TJPR em que se adota a nomenclatura "regime semiaberto harmonizado", como se existisse essa forma de regime prisional no Código Penal ou da Lei de Execução Penal.

Utiliza-se para a análise deste trabalho duas recentes decisões que revelam o mau uso dos critérios jurisprudenciais que culminam na violação, *in ictu oculi*, do princípio da legalidade na execução penal. O primeiro, julgado em 11 de janeiro de 2018, foi a decisão no Recurso de Agravo 1.738.641-7, de relatoria do Des. Celso Jair Mainardi. O segundo, julgado em 22 de março de 2018, foi a decisão no Recurso de Agravo 0004711-70.2015.8.16.0044, de relatoria do Des. Fernando Wolff Bodziak. Os dois julgamentos foram prolatados pela 4ª Câmara Criminal do TJPR[31].

No julgamento do Recurso de Agravo 1.738.641-7, o relator Des. Celso Jair Mainardi assinalou que (i) o condenado cumpria pena em regime semiaberto; (ii) em razão da ausência de vaga em estabelecimento adequado, foi-lhe concedido o "regime semiaberto harmonizado"; (iii) o condenado apresentou violações no decorrer do cumprimento da pena, sendo que ele rompeu a tornozeleira eletrônica; (iv) o juízo da execução reconheceu a existência de falta grave, mas manteve o condenado no regime semiaberto; (v) assiste razão ao recurso interposto pelo Ministério Público, pois a violação do monitoramento eletrônico (rompimento do equipamento) configura falta grave a autoriza a regressão do condenado para o regime fechado, uma vez que ele cumpria a pena no regime semiaberto.

No julgamento do Recurso de Agravo 0004711-70.2015.8.16.0044, o relator Des. Fernando Wolff Bodziak afirmou que (i) o condenado cumpria pena em regime semiaberto; em razão da ausência de vaga em estabelecimento adequado, foi-lhe concedido o "regime semiaberto harmonizado"; (iii) a despeito da nomenclatura adotada, o regime semiaberto harmonizado, na prática, é um regime aberto condicionado (mediante monitoração eletrônica), devendo prevalecer o conteúdo (como ele funciona) sobre a forma (o nome dado a ele); (iv) desse modo, não assiste razão ao condenado, pois inexiste compatibilidade

31. Há, também, decisões no mesmo sentido prolatadas pela 3ª e pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

entre o regime semiaberto harmonizado e a remição pelo trabalho, uma vez que esta só pode beneficiar os apenados que cumpram a pena em regime fechado ou semiaberto.

Em ambos os casos, diante da inexistência de vagas no sistema prisional, substituiu-se o devido cumprimento em regime semiaberto por condições de regime aberto, com monitoração eletrônica. Ocorre que os apenados não escolheram usar a monitoração eletrônica. Isso só se deu por ausência de estrutura do Estado em acomodá-los no estabelecimento adequado ao regime semiaberto.

Curiosamente, o mesmo órgão colegiado, na primeira decisão, considerou o "regime semiaberto harmonizado" como regime *semiaberto*, contudo, na segunda decisão, considerou o "regime semiaberto harmonizado" como regime *aberto*. Ademais, nesses dois casos, o mesmo órgão colegiado utilizou a ideia reitora dos precedentes do Supremo Tribunal Federal mencionados anteriormente, porém, ignorou os princípios da legalidade e da humanidade, porque (i) no primeiro caso, a regressão para o regime fechado se deu com base no descumprimento de uma condição do regime aberto ou domiciliar (rompimento do aparelho de monitoração eletrônica) imposto *contra legem* pelo Estado, mas não de uma condição do regime semiaberto prevista em lei; e, (ii) no segundo caso, foi negado o pedido de remição pelo trabalho, por força da imposição *contra legem* de condição de regime aberto ou domiciliar (com monitoração eletrônica), quando, na verdade, *ex lege*, o condenado teria direito à remição pelo trabalho, porque cumpre pena em regime semiaberto.

Acontece que, nesses casos, aplicou-se uma modalidade de prisão domiciliar atípica, deturpando a sistemática da progressão de regime. E é exatamente isso que foi disciplinado pela Lei de Execução Penal, a qual estabeleceu expressamente quais são os regimes de cumprimento de pena e quais as suas condições, bem como definiu em que consiste cada regime.

Justamente por isso é inadmissível, constituindo um verdadeiro atentado ao princípio da legalidade, bem como ao princípio da humanidade e, consequentemente, ao Estado Democrático de Direito, pretender validar que o que rege a execução de pena de um condenado seja a imposição de condições que não figuram como próprias do regime em questão.

Vale dizer, a legislação federal já define as características do cumprimento de pena em regime fechado, semiaberto e aberto, sendo terminantemente vedado ao Poder Judiciário paranaense, legislando em matéria penal, alterar estas disposições, fato que expressamente pretende, na medida em que determina que o

condenado, o qual, segundo a Lei federal, deveria ser remetido a uma Colônia Penal Agrícola, permaneça submetido a monitoramento eletrônico.

Nota-se claramente que em muitas comarcas, a situação prisional é de tal calamidade que tem conduzido o Judiciário, premido entre uma clara inoperância do poder Executivo em prover as vagas necessárias em regime aberto e semiaberto, à agrura de submeter um condenado a um regime mais gravoso de cumprimento de pena do que aquele que reclamam seus direitos, ou optar, nas mais das vezes, por sacrificar a adequada e formal obediência normativa em favor de um resultado material socialmente menos desastroso.

Ocorre que, diante da impossibilidade de execução das condições do regime semiaberto já constatada e atestada pelo magistrado de primeiro grau, resulta a decisão absolutamente impossível de ser levada a cabo.

A permanência de preso em regime diferenciado, quando deveria estar custodiado em uma Colônia Penal Agrícola acaba por violar os princípios da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana, uma vez que, se o Estado é titular exclusivo do *ius puniendi* em nosso país, deve, consequentemente arcar com suas obrigações de dispor vagas nas prisões albergues suficientes para alojar todos aqueles que se encontram nos regimes que necessitam deste estabelecimento.

Tendo o Estado se revelado incompetente para administrar as questões carcerárias, não pode o preso arcar com o ônus dessa incompetência.

Conceder a prisão domiciliar aos presos que gozam do regime semiaberto ou aberto, mas que vêm cumprindo sua pena em situação mais gravosa, devido ao fato da inexistência de vagas e a impossibilidade de criá-las, não é uma afronta à lei, mas, sim, uma exegese correta e justa da Lei Penal, constituindo salutar medida de política criminal, já que o impedir consiste em sua grave violação.

O problema nos casos apresentados anteriormente, é que se impôs aos respectivos condenados condições absolutamente não previstas em Lei para o cumprimento do regime semiaberto.

As regras do regime semiaberto são expressamente previstas no artigo 35 do Código penal, que expressa:

> Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, *caput*, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto. § 1º – O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. § 2º – O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

Ora, não há dúvida de que é direito do condenado uma vaga em uma colônia penal agrícola ou industrial, e não está prevista a imposição de monitoramento eletrônico a ele.

Vai daí que a imposição de tais medidas, tal como perpetrada pelos magistrados em primeiro grau – não se nega, muito cheia de boas intenções – constitui uma ilegalidade e um flagrante abuso de poder! Não se poderia esperar coisa diferente que o descumprimento da obrigação ilegalmente imposta por parte do condenado do primeiro caso!

Claro que, é incontroverso que o condenado do primeiro caso demonstrou falta de apreço ao cumprimento real e efetivo da monitoração eletrônica. Por outro lado, é inegável que a imposição que pesava sobre ele não é legalmente sustentável.

Portanto, não se pode falar de falta grave. Isso porque, as faltas graves estão também previstas na Lei 7.210/84, em seu artigo 50, com a seguinte redação:

> Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II – fugir; III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV – provocar acidente de trabalho; V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei. VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo[32].

32. Na verdade, a monitoração eletrônica foi inserida na Lei de execuções penais pela Lei 12.258/2010 com finalidades específicas definidas nos arts. 146-B, 146-C e 146-D, nos seguintes termos: Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: I – (Vetado); II – autorizar a saída temporária no regime semiaberto; III – (Vetado); IV – determinar a prisão domiciliar; V – (Vetado); Parágrafo único. (Vetado). Art. 146-C. O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres: I – receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; II – abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça; III – (Vetado); Parágrafo único. A violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa: I – a regressão do regime; II – a revogação da autorização de saída temporária; III – (Vetado); IV – (Vetado); V – (Vetado); VI – a revogação da prisão domiciliar; VII – advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos de I a VI deste parágrafo. Art. 146-D. A

O condenado do primeiro caso não incitou ou participou de movimento para subverter a ordem ou a disciplina porque não se encontra em uma colônia penal agrícola ou industrial. Pelas mesmas razões, não se pode falar que ele fugiu. Não se demonstrou que possuísse, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem e ainda que o fizesse, estando em sua própria casa não seria o caso de realizar a ofensa e, menos ainda o Estado teria algo a controlar nesse sentido. Não consta que tenha provocado acidente de trabalho. Não descumpriu regras do regime aberto, porque se encontra em regime semiaberto. Não violou os deveres previstos nos incisos II e V do artigo 39 da Lei 7.210/84, pois estes se referem ao comportamento carcerário e ele não se encontrava em estabelecimento prisional. Não consta que tivesse em sua posse, utilizasse ou fornecesse aparelho telefônico, de rádio ou similar e, ainda que o tivesse, como a regra é expressa visando coibir "a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo", não se aplicaria a ele, por não estar preso e estar, precisamente, no ambiente externo!

Pergunta-se, pois: em que consiste a falta grave capaz de levar à regressão de regime, tal como apontado na decisão?

E a resposta é clara: unicamente em descumprir uma decisão judicial abusiva e ilegal.

Dessa forma, com alicerce no princípio da legalidade e do contrato social estabelecido em um Estado Democrático de Direito, é inconcebível que a regressão de regime prisional esteja fundamentada no descumprimento de uma medida não prevista em lei. Do mesmo modo, é inconcebível que o condenado que cumpre pena em regime semiaberto tenha negado o pedido de remição pelo trabalho apenas sob o argumento de que o "regime semiaberto harmonizado" corresponde ao regime aberto.

Nota-se, portanto, que a jurisprudência benéfica *prima facie*, desenvolvida nos precedentes do Supremo Tribunal Federal contidos na ADPF 347 MC/DF e no RE 641.320/RS, voltou-se contra os condenados nos casos citados nesse trabalho, porquanto, se eles tivessem cumprindo as penas em estabelecimento adequado ao regime semiaberto previsto em Lei e sob as condições do regime semiaberto previstas em lei, não teriam, respectivamente (i) regredido para o regime fechado; e, (ii) óbice ao direito à remição da pena pelo trabalho.

---

monitoração eletrônica poderá ser revogada: I – quando se tornar desnecessária ou inadequada; II – se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave.

4. Considerações finais

Demonstrada as situações de flagrante ilegalidade observadas na prática forense, convém refletir até quando o Poder Judiciário se prestará ao cometimento de abusos legais e constitucionais (ao afligir a legalidade como princípio) para emendar, de modo canhestro, a profunda deficiência do sistema Penitenciário provada pelo descaso e abandono das autoridades do Poder Executivo.

É preciso, o quanto antes, evitar que o Poder Judiciário se imiscua na seara dos abusos legais e termine diluindo sua boa imagem e a referência que representa, no mar de iniquidades e desacertos em que se tem convertido a administração pública.

Cumpre asseverar, em forma de conclusão, que o uso dos critérios jurisprudenciais, em matéria de execução penal, mesmo com boas intenções, porém, sem observância à reserva de lei, pode provocar ilegalidades flagrantes, inadmissíveis em um sistema penal de um Estado Democrático de Direito.

Roga-se, por fim, ao leitor, que medite na seguinte reflexão – nos mesmos termos do que foi enunciado pelo Min. Eros Grau[33]

> o Estado Democrático de Direito, fundado na divisão dos Poderes, está se transformando em um Estado de Juízes, a partir de um incontrolado deslocamento de poder do Legislativo para o Judiciário; pode um Estado e uma democracia subsistirem sem que haja uma obediência dos juízes à Lei e ao Direito?

5. Referências

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão:* causas e alternativas. 4. ed., 2011.

BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

COBO DEL ROSAL, Manual; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal, parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1987.

DIAS, Augusto Silva. Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 71, p. 235 e ss., 2012.

33. GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 140 e ss.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ESER, Albin. Una justicia penal "a la medida del ser humano" en la época de la europeización y la globalización. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: UNED, p. 15 e ss., 2000.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal. Introducción*. Madrid: Universidad Complutense, 2000.

GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

GRECO, Luís. Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs. *InDret*, n. 4, p. 15 e ss., 2007.

GRECO, Luís. Conveniência e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do direito penal. *RBCCRIM*, n. 95, p. 43 e ss., 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Execução penal*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HASSEMER, Winfried. El viejo y el nuevo derecho penal. *Persona, mundo y responsabilidad*. Trad. para o espanhol de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

HIRSCH, Andrew von. *Censurar e castigar*. Trad. Elena Larrauri. Madrid: Trotta, 1998.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale, parte generale*. 9. ed. Padova: CEDAM, 2015.

MARCÃO, Renato Flávio. *Execução penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORETTO, Rodrigo. *Crítica interdisciplinar da pena de prisão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*. 4. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à Lei de Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUNES, Adeíldo. *Progressão e regressão de regime prisional*. Curitiba: Juruá, 2018.

PARLEVLIET, Michelle. Rethinking conflict transformation from a human rights perspective. *Berghof Handbook Dialogue*, n. 9, p. 15 e ss., 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Miguel Díaz y García Conlledo e Javier Vicente Remezal. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Editorial dossiê "Execução penal: mitos, desafios e horizontes", de Marcus Alan Gomes – *RBCCrim* 145/17-24 (DTR\2018\17963); e
- Execução penal e jurisdicionalidade: as promessas incumpridas da Constituição de 1988, de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Tiago Bunning Mendes – *RBCCrim* 145/319-366 (DTR\2018\17974).

A inexistência de fundamentos para o recurso acusatório no processo penal: uma crítica ao paradigma da bilateralidade recursal

Lack of fundamentals for accusatory appeal in thecriminal process: a critique of the bilateral appealing paradigm

Ricardo Jacobsen Gloeckner

Pós-Doutor em Direito pela Università Frederico II. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador da Especialização em Ciências Penais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado.
ricardogloeckner@hotmail.com

Tiago Bunning Mendes

Mestrando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Bolsista CAPES. Especialista em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2017). Advogado.
tiagobunning.adv@hotmail.com

Recebido em: 09.03.2018.
Aprovado em: 26.05.2018.
Última versão dos autores: 16.06.2018.

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente trabalho pretende apresentar o paradigma da bilateralidade recursal e suas origens calcadas na teoria da impugnação como uma herança da teoria geral do recurso. Pretende-se demonstrar que inexistem fundamentos para os recursos acusatórios em desfavor de decisões absolutórias. Propõe-se, assim, o abandono da ideia de sucumbência e da categoria interesse recursal no processo penal, bem como

Abstract: The present work intends to present the bilateral appealing paradigm and its origins based on the impugnation theory as an inheritance of the general theory of criminal remedies. It is sought to demonstrate that there are no grounds for adversarial appeals against acquittal decisions. Thus, it proposes abandoning the idea of succumbency and the category of appealling interest in criminal proceedings, as well as

se procura identificar os fundamentos do duplo grau de jurisdição como direito exclusivo da pessoa acusada, o que será feito através da revisão bibliográfica da doutrina processual penal.

Palavras-chave: Recurso acusatório – Paradigma da bilateralidade recursal – Teoria da impugnação – Sucumbência – Duplo grau de jurisdição.

it intends to identify the grounds of the double degree of jurisdiction as the exclusive right of the accused person, which will be done through the bibliographic review of the criminal procedure doctrine.

Keywords: Accusatory appeal – Bilateral appealing paradigm – Theory of impugnation – Succumbency – Double degree of Jurisdiction.

Sumário: Introdução. 1. O paradigma da bilateralidade na teoria da impugnação: uma herança da teoria geral do processo. 2. O abandono da ideia de sucumbência e da categoria interesse recursal no processo penal. 3. O duplo grau de jurisdição: uma garantia da pessoa acusada. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

O processo penal brasileiro, em que pese as diversas reformas pelas quais passou, de regra, manteve intacta a herança da codificação de 1941. O aumento da intervenção penal e da expansão do sistema de justiça criminal autorizou os tribunais, diante da manutenção de uma estrutura recursal inalterada, a criar expedientes capazes de em diversas oportunidades, sacrificar o direito fundamental ao recurso.

Muito para além do repetitivo argumento da "infinidade de recursos" no processo penal brasileiro, as críticas ao atual modelo poderiam ser articuladas não em torno da usual crítica ao "excessivo número de recursos". Mas, de maneira mais profícua, poderia recair sobre aquilo que se poderia denominar como "paradigma da bilateralidade recursal".

Para tanto, uma nova concepção de direito ao recurso e ao duplo grau de jurisdição deveria emergir, sobretudo, se observados como direito e garantia fundamentais exclusivamente destinadas aos acusados, que se mostram ainda mais relevantes diante das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292 e ADC 43 e 44) que flexibilizaram a presunção de inocência, permitindo a execução antecipada de pena após a condenação proferida por órgão colegiado de segunda instância.

A proposta de ruptura com o paradigma da bilateralidade recursal reconhecendo o direito ao recurso como garantia exclusiva da pessoa humana acusada e, portanto, inerente à defesa e não aplicável ao acusador, tende a conduzir a uma maior assunção da presunção de inocência e do direito à liberdade[1].

1. WUNDERLICH, Alexandre. Por um sistema de impugnação no processo penal constitucional brasileiro. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo*

Para isso, pretende-se demonstrar que o paradigma da bilateralidade recursal trata-se de uma herança da Teoria Geral do Processo que introduz acriticamente no processo penal categorias pensadas para o processo e direito civil. É objeto deste trabalho, fundamentalmente, o estudo da ideia de sucumbência e da categoria interesse recursal, tratadas como o resultado de um prejuízo sofrido, investigando-se como tal circunstância permite que se perpetue a livre disposição do recurso para qualquer das partes no processo penal.

Além disso, a busca pela compreensão dos elementos que fundamentam o duplo grau de jurisdição, quais sejam, a dupla conformidade em matéria penal e a proibição do *ne bis in idem* auxiliam neste procedimento, demonstrando que se está diante de uma garantia da pessoa acusada e não do acusador.

Esse é o início de um caminhar em busca de transformações no sistema recursal no processo penal, reconhecendo-o não somente como instrumento de controle do poder punitivo estatal, mas também como garantia em dimensão substancial à liberdade.

1. O paradigma da bilateralidade na teoria da impugnação: uma herança da teoria geral do processo

A história do processo penal brasileiro demonstra, à saciedade, a construção de um determinado paradigma que afeta significativamente uma importante categoria: a do recurso. A edificação de categorias correlatas entre o processo civil e o penal, no Brasil, encontra respostas de certa maneira ineliminâveis na própria formação de um corpus científico de produção intelectual nesse campo.

Condiz com a própria sedimentação da "escola processual de São Paulo" a perfectibilização de categorias que atravessariam as disciplinas do processo civil e penal. Para além da clássica tentativa de se instruir um campo de estudo erguido através da tricotomia clássica (ação, jurisdição e processo), uma perspectiva mais verticalizada sobre o objeto de estudo demonstraria cristalinamente que outras tantas categorias se tornam ao processo imprescindíveis, de forma que atualmente, torna-se insustentável erguer as bases processuais exclusivamente naqueles vetores.

De fato, ação, jurisdição e processo são as categorias processuais de nível mais abstrato e foi através delas que, por exemplo, haveria Carnelutti de cristalizar os seus conceitos operativos, que formariam um bloco monolítico em seu *Sistema*[2].

penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 41.

2. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Franca: Lemos & Cruz, 2000.

Mas, se se quiser continuar a traçar contornos que se distingam de correlações paramétricas entre opções epistêmicas (com efeito, adotar-se uma teoria geral do processo ou tentar esboçar teorias parciais – do processo civil ou penal – constitui uma eleição epistêmica e política, antes de tudo), há que se levar em consideração, ao menos, os seguintes marcos distintivos: a) enquanto o processo civil opera com a noção de ação (mesmo que ela se encontre em franca posição de perda de centralidade metodológica no processo), seria lícito falar-se, no processo penal, de uma teoria da acusação; b) enquanto no processo civil a noção de cautelaridade foi reconhecida sem grandes dificuldades, no processo penal, tais medidas são da mais absoluta dificuldade epistemológica; c) enquanto no processo civil o ônus da prova corresponde a um campo de distribuição de deveres e faculdades, no processo penal, a presunção de inocência demarca critérios inegociáveis. Esses seriam, como meras figuras exemplificativas, critérios que estabelecem que além da diferença ontológica entre processo civil e penal, além das distintas inflexões políticas que ganham espaço em um e outro campo, a construção das estruturas elementares no processo civil e penal se dão igualmente, em nível metodológico.

O objeto de atenção deste artigo consiste na crítica à manutenção de categorias biunívocas que se situam como uma espécie de traslado – do campo civil ao penal – e que formam os predicados funcionais de uma teoria da impugnação processual penal. Em outras palavras, pode-se afirmar, sem exageros, que o processo civil cria e arvora as suas estruturas normativas através de um paradigma processual, que se pode denominar como "paradigma da bilateralidade"[3].

Não é difícil reconhecer certa zona cinzenta ou ainda, uma comissão conceitual quando se analisam os discursos em torno das figuras componentes da teoria da impugnação, a começar pelos próprios pressupostos de recorribilidade, como sucumbência, interesse, etc. Em termos de recursos de cassação, a Lei 8.038/90, dava tratamento semelhante aos recursos especial e extraordinário em matéria civil e penal, colaborando para se colocar no campo de discussão, inclusive e de forma muito mal posta, certos limites à presunção de inocência, retirando-lhe do circuito dos recursos de cassação, como sucedeu no famoso julgamento do HC 126.292, de 2017.

Por paradigma da bilateralidade no campo da teoria da impugnação podemos definir a revisão de uma decisão através de um procedimento em contraditório, no qual as partes processuais se encontram em posição de igualdade, requerendo

3. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica concepção bilateral da impugnação. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, jul.-dez. 2014. p. 183-204.

uma tutela jurídica que desfaça um prejuízo oriundo da decisão recorrida. A literatura processual penal não reconhece dificuldade alguma em lidar com o princípio da igualdade processual, algumas vezes rebatizado como "paridade de armas", que se adequa muito mais ao campo processual civil[4] do que ao penal. Pode-se identificar, inclusive, uma boa dose de interrelações entre a "paridade de armas" e certas reconfigurações que acabam se produzindo em torno da morosidade do judiciário brasileiro, implicando, quase como que em nível axiomático, a necessidade de se diminuir os recursos[5].

Se se tomar em consideração a maneira como se sustenta o paradigma da bilateralidade, se verificará que boa parte de seus pressupostos está assentado em uma literatura processual de verniz autoritário. Exemplificativamente, para Manzini, um regime jurídico deve admitir meios de impugnação destinados à alteração de decisões judiciais. A admissão dos meios impugnativos, de acordo com Manzini, encontraria sustentação no fato de que há interesse público na correta administração da justiça, que concorreria sempre com aqueles interesses próprios dos sujeitos privados[6]. Para Miguel Fenech, o processo, por ser conduzido por seres humanos, sujeitos a falhas e erros, autorizaria a revisão das

4. A mais avalizada doutrina processual penal opera com esse princípio, muito embora, crê-se, deva ser ele profundamente revisto. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 61. Cf. CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 89 et seq.

5. Para e ter notícia do impacto da celeridade processual relativamente à construção de um novo código de processo penal, o Relatório Parcial do PL 8045/2010, no âmbito da 4ª Sub-Relatoria, de encargo do Deputado Paulo Teixeira, prevê as seguintes modificações no sistema recursal, grande parte delas movida por imperativos de aceleração: a) extinção do recurso de ofício; b) substituição do recurso em sentido estrito pelo agravo; c) extinção do recurso chamado "Carta Testemunhável"; d) mudança no processamento dos recursos de agravo e apelação, que passam a necessitar da interposição do recurso juntamente com as razões recursais; e) limitação do uso dos embargos de declaração a apenas uma vez; f) disciplina do agravo em caso de inadmissão de recurso especial ou extraordinário; g) possibilidade de julgamento monocrático pelo tribunal quando a decisão recorrida se acomodar à súmula ou jurisprudência dominante; h) regulamentação dos recursos especial e extraordinário (Disponível em: [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/outros-documentos/relatorio-parcial-dep-paulo-teixeira]. Acesso em: 08.01.2017).

6. Manzini foi o mentor intelectual do Codice Rocco italiano de 1930, mantendo relações muito próximas com o Ministro da Justiça mussoliniano, Alfredo Rocco (MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: El Foro, 1996. t. V).

decisões. Além disso, as próprias normas jurídicas processuais poderiam ser deliberadamente violadas, garantindo o interesse da administração em revisar o seu conteúdo[7]. Tais interpretações, responsáveis por uma concepção "administrativizada" dos recursos e pela supremacia do interesse público sobre o privado, consistem em passagens citadas constantemente pela doutrina processual penal brasileira, que se furta à análise contextualizada do problema.

Retomando o ponto, o paradigma da bilateralidade dos meios de impugnação inicia a sua discussão em torno da natureza jurídica dos recursos. Dessa maneira, exemplificativamente, pode-se tomar em consideração Couture, que afirma que a palavra recurso deriva etimologicamente de "re-curso", significando, então, um "novo curso"[8]. Para Giovanni Leone, "o meio de impugnação é um remédio jurídico atribuído às partes para remover uma desvantagem que nasceu de uma decisão do juiz"[9]. Para Del Pozzo, "as impugnações são os remédios jurídicos dos provimentos decisórios dos juízes"[10]. Por fim, podemos citar ainda Pisapia, para quem as impugnações consistem em declarações de vontade mediante as quais as partes interessadas requerem ou um reexame dos fatos ou um controle sobre a legitimidade da primeira decisão[11]. Na leitura de Carnelutti, o recurso nada mais seria do que um juízo de segundo grau[12]".

O paradigma da bilateralidade dos meios de impugnação contará com um importante elemento, denominado de interesse processual. O interesse processual está diretamente associado à existência de um prejuízo derivado da decisão judicial recorrida. A doutrina que segue o paradigma da bilateralidade, neste ponto, trata do interesse como um "pressuposto de admissibilidade recursal". Havendo

7. Miguel Fenech Navarro foi um intelectual orgânico do franquismo. Sua obra *La posición del juez em el nuevo estado* cuida de importar, para a Espanha, um modelo de juiz próprio do fascismo italiano e do nacional-socialismo alemão (FENECH, Miguel. *La posición del juez em el nuevo estado*. Madrid: Espasa-Calpe, 1941). FENECH, Miguel. *El proceso penal*. 3. ed. Madrid: Agesa, 1978. p. 319.
8. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Buenos Aires/Montevideo: B de F, 2005. p. 277.
9. LEONE, Giovanni. *Manuale di procedura penale*. 2. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1962. p. 379.
10. DEL POZZO, Carlo. *Le impugnazioni penali:* parte generale. Padova: CEDAM, 1951. p. 54.
11. PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. Padova: CEDAM, 1975. p. 384.
12. CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004. v. 4. p. 109.

um prejuízo, é natural que a impugnação consista em um meio disposto pelo ordenamento jurídico-processual, capaz de fazer cessar o gravame. Assim, procura-se substituir uma decisão desfavorável por outra favorável ao recorrente[13]. No mesmo sentido será a interpretação dos recursos oferecida por Leone: a impugnação consistirá em um direito outorgado a uma (ou às duas partes), cuja pretensão (*rectius*, exigibilidade) corresponderá à remoção do prejuízo[14]. Pode-se ainda identificar, em consonância com Ranieri, que o direito de impugnar nasce da inobservância de uma norma, que emerge a partir da decisão judicial atacada. Portanto, dois seriam os pressupostos essenciais da recorribilidade: a) a existência de um estado objetivo de inobservância de um direito, situação jurídica esta dimanada da decisão a ser corrigida; b) potencial removibilidade do gravame que recai sobre a decisão a ser corrigida. Assim, para Ranieri, o interesse de impugnar se equipara à "medida da impugnação", isto é, se efetiva como critério de delimitação do exercício do direito de impugnação[15]. O gravame que emerge da decisão não pode ser meramente hipotético ou virtual, mas imediato e concreto, como aponta Pisapia[16]. Para Roxin, a decisão deve ser capaz de afetar juridicamente a esfera de direitos de seu titular; caso contrário, não terá demonstrado interesse na reversão da decisão judicial[17]. Não há necessidade de que o prejuízo diga respeito exclusivamente a uma das partes: poderá ser, inclusive, comum, gerando a partir de então, um interesse dual na remoção dos gravames[18].

Em parte, o interesse processual explica igualmente alguns "pressupostos" recursais, como a voluntariedade e a legitimidade para impugnar. Visto sob esse prisma, o direito de impugnar consiste em um direito de natureza processual,

13. "Assim como a legitimação ativa para a demanda de impugnação corresponde à parte vencida, assim por lógica correlação incumbe a legitimação passiva à parte vitoriosa. Esta dedução é tão natural que nem sequer vem anunciada expressamente na lei; mas é indubitável que quando esta fala em "parte que tem interesse em opor-se à demanda" de impugnação, refere-se à parte vitoriosa" (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. III. p. 780).
14. LEONE, Giovanni. *Manuale di procedura penale*. 2. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1962. p. 380.
15. RANIERI, Silvio. *Istituzioni di diritto processuale penale*. Milano: Casa Editrice Ambrosiana, 1951. p. 277. Ainda sobre a necessidade de demonstração de prejuízo para recorrer Cf. CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*. Torino: UTET, 2005. p. 413.
16. PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. Padova: CEDAM, 1975. p. 390.
17. ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. p. 448.
18. FLORIAN, Eugenio. *Principi di diritto processuale penale*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1932. p. 421.

subjetivo em relação ao juiz e potestativo em relação à parte adversa. Como se pode constatar pelo exame de alguns autores clássicos, o processo penal tem acolhido, sem grandes crises de consciência, o interesse recursal como pressuposto de "admissibilidade recursal".

O segundo grande elemento que pode ser encontrado junto do paradigma da bilateralidade dos meios de impugnação corresponde à natureza jurídica do recurso. Em sua grande maioria, os doutrinadores concebem o recurso como um "direito das partes". Para Dinacci, "no processo penal, como no civil, o direito de impugnação compete às partes"[19]. Na mesma direção se encontra o pensamento de Manzini, para quem o "direito subjetivo de impugnar" deve ser satisfeito por uma condição: a demonstração do interesse processual[20].

De acordo com o que aqui foi examinado, o paradigma da bilateralidade dos meios de impugnação é composto por algumas premissas: a) a impugnação consiste em um direito; b) trata-se de um "direito" subjetivo das partes processuais. A partir dessas duas constatações, chega-se naturalmente à conclusão de que: c) o direito de impugnar corresponde a uma dimensão estática, da qual o direito ao recurso corresponde à sua dimensão dinâmica, que se manifesta concretamente pela demonstração do prejuízo. Qualquer um que se detiver na aplicação desses critérios ao recurso entabulado pelo Ministério Público enfrentará, levando a sério a base conceitual destes elementos, extremas dificuldades. A solução mais simples e cômoda – e inclusive aquela que se constata em grande parte na doutrina processual penal brasileira – é a de sequer investigar como se consolida ou melhor, como se deveria consolidar a legitimidade recursal do Ministério Público.

Para tomar corpo essa discussão, dá-se como ultrapassada a discussão em torno de se procurar saber se o Ministério Público é ou não efetivamente uma parte processual[21]. Com efeito, se um processo penal deve ser um conjunto orquestrado de elementos que instrumentalizam o "como punir", evidentemente não há espaço para um processo penal desprovido de sujeitos processuais (ou seja, o "processo de parte única", como queria Manzini). Vale registrar, como fundo político insuprimível, que um processo penal deve ser pensado como um processo

19. DINACCI, Ugo. *Prospettive sistematiche del processo penale*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1978. p. 265.

20. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: El Foro, 1996. t. V . p. 27.

21. CARNELUTTI, Francesco. Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. VIII, 1953. p. 257-264.

de partes, indefectivelmente agonista[22]. Desde a dimensão estética (como razão prática que é), o processo penal recebe tratamentos – mormente epistêmicos – que lhe inscrevem de forma a multiplicar usos impróprios. Se no nível político o processo penal deve ser um "processo de partes", no plano epistêmico, isto é, no campo da formação dos conhecimentos que autorizam uma decisão juridicamente válida, isto não significa que as partes estejam em pé de igualdade. Uma perspectiva idealmente agonista de processo não é o equivalente à lateralização ou horizontalização das faculdades, garantias e direitos processuais entre as partes processuais. Do contrário, corre-se o risco de estimular uma perspectiva liberógena de que no processo penal são concedidos aos acusados em geral múltiplas garantias, colocando em risco a própria persecução penal: relativização da presunção de inocência, recursos ou faculdades processuais não concedidos à acusação, são pensamentos difundidos na vulgata forense. O processo penal é desigual por um simples motivo: apenas uma das partes pode perder a sua liberdade ao final do processo. E, portanto, o direito à liberdade, cercado das garantias que lhe são inerentes, corresponde somente a uma das partes.

Então, se se superar esses "obstáculos epistemológicos" iniciais, sustentando-se que o recurso compete às partes processuais, é possível estabelecer alguns argumentos que lidam com a circunstância de que o tratamento desigual das partes (não é nenhuma novidade o fato de que o acusado possua uma extensão e um rol maior de direitos processuais do que o órgão acusador) deve se estender ao plano dos meios impugnativos. Com isso, há que se superar a superficialidade do argumento de que o Ministério Público possuiria um interesse impessoal na correta aplicação do direito. Diga-se de passagem, esse foi inclusive o argumento utilizado para se defender a instrução sumária no Código Rocco de 1930, ou seja, uma investigação preliminar sigilosa (nem o próprio defensor do acusado tinha acesso aos autos), conduzida pelo Ministério Público. Tomando-se este órgão como uma "parte imparcial", o defensor do acusado poderia ser afastado, pois o réu estava sendo investigado por um órgão sem nenhum interesse imediato no caso penal. Quiçá o argumento repetido à exaustão, e que pode ser encontrado em Pisapia é o de que o problema do interesse em impugnar se coloca para o Ministério Público em sua função de órgão da justiça, uma vez que ele tem sempre

22. Embora se tome essa expressão como um processo no qual as partes processuais têm primazia sobre as atividades judiciais, afastamo-nos das versões propostas por KAGAN, Robert. *Adversarial legalism:* the American way of law. Cambridge: Harvard University Press, 2001; e por DAMASKA, Mirjan R. *The faces of jutice and state authority*: a comparative approach to the legal process. London: New Haven: Yale University Press, 1986.

interesse na correta aplicação da Lei penal[23]. O argumento se estende também à possibilidade de, sendo um órgão de atuação da justiça, o Ministério Público estar legitimado a interpor recurso em prol do acusado, resultante de sua "imparcialidade"[24]. Ainda segundo o pensamento de Roxin, o Ministério Público sofreria prejuízo sempre que uma decisão equivocada for proferida[25]. No mesmo sentido Manzini[26]. Evidentemente, levando a sério tal argumento, o resultado seria teratológico: o Ministério Público, independentemente do caso, sempre teria interesse na revisão do julgado. Em outras palavras, o pressuposto do interesse processual seria inaplicável ao Ministério Público, o que em última instância, já identificaria a não sustentabilidade do paradigma da bilateralidade dos meios de impugnação, inclusive sofrendo, ao que tudo indica e não obstante a Constituição da República, uma inflexão autoritária.

Uma teoria consequente dos recursos em matéria penal não pode simplesmente ignorar a proibição de persecução penal múltipla. Segundo Maier, tal garantia consiste na "proibição de submeter o imputado a um risco múltiplo de sofrer uma consequência jurídico-penal (*double jeopardy*)"[27]. É inegável que a possibilidade – hipotética – de o Ministério Público recorrer de uma sentença absolutória colocaria o acusado diante da possibilidade de sofrer uma condenação, ou ainda, de ver a sua pena aumentada. Segundo Gabriela Jugo, "neste ponto se coloca às claras a disparidade dos fins do 'recurso' estudado tradicionalmente pela doutrina nacional e o conceito de 'recurso' concebido como uma garantia da pessoa submetida ao processo"[28].

Para que essa dimensão possa ser claramente identificada, há que se discutir a natureza jurídica do recurso. Se, então, o recurso consiste em um direito fundamental, a adoção de um modelo epistêmico que politicamente conduza ao perigo de o acusado sofrer uma "dupla persecução" – derivada da "extensão do primeiro julgamento" – não se sustenta. Em outras palavras, o paradigma bilateral dos

23. PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. Padova: CEDAM, 1975. p. 390.
24. ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. p. 448.
25. ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. p. 448.
26. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: El Foro, 1996. t. v. p. 27.
27. MAIER, Julio B. j. Recurso acusatorio contra la sentencia de los tribunales de juicio y múltiple persecución penal (¿Un caso de *ne bis in idem*?). *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, n. 2, 1999. p. 217.
28. JUGO, Gabriela. In: GARCÍA, Luis M. (Coord.). *Los derechos humanos em el processo penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002. p. 285.

meios de impugnação não é compatível com a concepção de que o direito à impugnação consiste em um direito fundamental. Somente através da negação da natureza de um direito fundamental ao recurso é que se poderia sustentar um paradigma bilateral dos meios de impugnação.

Para finalizar este tópico introdutório, o paradigma da bilateralidade está radicado no tratamento do recurso como uma categoria processual de natureza infraconstitucional. Além disso, tal estrutura permite que as categorias processuais sejam pretensamente esvaziadas de sua inextricável politicidade (e que remetem ao tecnicismo jurídico, por múltiplas razões imprestável para dar conta da complexidade que o processo penal contemporâneo exige).

2. O abandono da ideia de sucumbência e da categoria interesse recursal no processo penal

Partindo do paradigma traçado até então, a voluntariedade recursal se apresenta como nota característica de um processo penal acusatório em que o magistrado se guia pelo princípio dispositivo evitando sua atuação, não apenas na gestão da prova, mas em qualquer ato essencialmente característico das partes e que extrapole sua atividade precípua de julgar em inércia, numa rigidez estática que lhe afasta de um dever de impulso oficial, vedadas, portanto, atuações de ofício.

Não é objeto do presente trabalho, guardada a objetividade de sua análise, discorrer merecidas críticas ao chamado recurso *ex officio* que ainda vige (?) no ordenamento jurídico brasileiro, tal como previsto no art. 574 do Código de Processo Penal, fundamentalmente, com o objetivo de submeter ao duplo grau de jurisdição decisões que beneficiam o acusado, o que somente se mostra adequado num sistema penal que privilegia a repressão e diante de uma Constituição em que o interesse coletivo prevalece sobre o individual. Notadamente, esse modelo não se mostra coerente num processo penal de natureza acusatória, em que se deve salvaguardar uma persecução penal intransigentemente respeitadora das garantias individuais[29], primando pela voluntariedade recursal.

A par do que foi dito, a compreensão do duplo grau de jurisdição como uma garantia da pessoa acusada e condenada, cujo objetivo é o de atuar como uma dupla conformidade em matéria penal, tornando obrigatória a reapreciação da decisão condenatória, acabará conduzindo à compreensão não de uma exceção

29. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 77-78.

à voluntariedade recursal, mas de uma *conditio sine qua non*[30] para a aplicação de pena.

Cabe agora demonstrar que pensar o duplo grau de jurisdição no modelo acusatório de processo e a adoção de categorias próprias ao processo penal importam, como consequência inexorável, a necessária reflexão acerca da legitimação e interesse do exercício deste direito[31].

No plano processual traçado pela Teoria Geral dos Recursos ou por uma Teoria Geral da Impugnação a legitimidade recursal passa a ser incorporada ao processo penal. Terá sua previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro no art. 577 do Código de Processo Penal[32],cuja leitura demonstra a possibilidade de interposição de recursos por qualquer uma das partes do processo, seja pela parte ativa e acusadora, Ministério Público e querelante, seja pela parte passiva e acusada, o réu, agindo por si só ou por intermédio de seu advogado ou defensor público.

Por sua vez, a interpretação do parágrafo único deste dispositivo, *a contrario senso*, impõe a necessidade de interesse recursal para aqueles que são legitimados, dispondo que poderá recorrer aquele "que tiver interesse na reforma ou modificação da decisão", o que exara a incorporação não somente da legitimidade recursal, mas também, da categoria interesse recursal pautado no conceito de sucumbência também importados da Teoria Geral dos Recursos.

Nas palavras de Del Pozzo:

> a pátria do conceito de interesse é seguramente o direito processual civil e aplicações substanciais dele foram feitas, como é sabido, no campo do direito administrativo [...] No campo penal, a ideia de interesse não possui a amplitude do civil. Ela impregna essencialmente dois grandes campos: aquele das nulidades e aquele das impugnações.[33]

30. MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. I. Fundamentos. 2. ed. 3. reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004. p. 709 e 713.

31. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 662-663.

32. Art. 577. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor.

    Parágrafo único. Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão. Código de Processo Penal (Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm]. Acesso em: 18.12.2017).

33. DEL POZZO, Carlo. *Le impugnazioni penali:* parte generale. Padova: CEDAM, 1951. p. 414.

No entanto, o interesse recursal que se faz necessário à impetração do recurso, diferentemente do processo civil em que está relacionado à sucumbência[34], que nada mais é do que a "desconformidade entre o que foi pedido e o que foi concedido"[35], no processo penal, a partir do traslado desta categoria, nasce, não do simples inconformismo com a decisão, mas a partir de uma situação objetiva relacionada com a ocorrência de prejuízo a um direito, em decorrência da decisão judicial[36].

Numa primeira análise – ainda não exaustiva ao ponto de demonstrar toda a insuficiência da categoria sucumbência no processo penal –, é preciso reconhecer que a ideia de sucumbência não é suficiente para sustentar o direito ao recurso, e bem assim, a legitimidade e o interesse recursal, no processo penal. Tal como já foi desenvolvido por Afrânio Silva Jardim, inexiste sucumbência ao assistente não habilitado no processo penal, assim como inexiste sucumbência ao Ministério Público na ação penal privada, pois ambos não são partes nos processos mencionados, não formularam qualquer pedido ou a ele se opuseram e, portanto, não sucumbem no respectivo processo penal[37].

No entanto, tal como foi referido, esta não é principal razão para refutar a aplicação do conceito de sucumbência como justificante do interesse recursal no processo penal. Isso porque, Barbosa Moreira, pelas mesmas razões pontuadas por Jardim, já havia afirmado a insuficiência da ideia de sucumbência como fundamento do interesse de recorrer no próprio processo civil, considerando que o terceiro prejudicado poderia ter "interesse" em impugnar uma decisão – pois, restou atingido por esta –, sem que tenha ele sucumbido, haja vista que não é Parte do processo em que a decisão foi proferida[38].

---

34. Essa definição deriva do processo civil e fora importada da Alemanha para a Itália por obra de Chiovenda, que definia como sucumbente o vencido na luta judicial, numa concepção definida pela diferença entre os pedidos feitos pelas partes e a sentença judicial (DE MORAES, Mauricio Zanoide. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 113-115).

35. Essa ideia de sucumbência foi acriticamente absorvida, de forma simplista, pela doutrina processual penal, tal como se verifica em: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 4. p. 246; e também em PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 963.

36. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica concepção bilateral da impugnação. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, jul.-dez. 2014. p. 187.

37. JARDIM, Afrânio Silva. O Ministério Público e o interesse em recorrer no processo penal. *Justitia*, São Paulo, 47 (131), set. 1985. p. 406.

38. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 19, 1968. p. 94.

Por isso, é preciso demonstrar que, para além de ser insuficiente, a ideia de sucumbência, em verdade, não é cabível para justificar o interesse recursal no processo penal, e isso decorre da premissa inicial de que o interesse não nasce com a simples desconformidade entre a decisão de mérito e a pretensão inicial, ou ainda, de um mero inconformismo com a decisão, mas sim da existência de um gravame(prejuízo) a um direito, ocasionado pela decisão judicial impugnada[39].

No que se refere ao acusado, é facilmente verificável o interesse recursal ocasionado pelo prejuízo que lhe acomete uma decisão condenatória, impondo gravame sobre seu direito à liberdade, sobre a presunção de inocência e sobre tantos outros direitos que poderão ser objetos de restrição em decorrência de efeitos da condenação penal (arts. 91 e 92 do Código Penal).

No entanto, é impossível que se vislumbre a ocorrência desse binômio interesse-prejuízo à parte acusadora, pois, inexiste um interesse recursal aflorado, naquilo que concerne ao acusador, seja ele público ou privado, diante de uma sentença absolutória, e isso se dá em razão da inocorrência de prejuízo a direito do acusador. A sentença absolutória não causa prejuízo a qualquer direito pertencente ao acusador.

Primeiramente porque no processo criminal, como se sabe, não há propriamente uma demanda do acusador contra uma demanda do réu[40]; inexiste lide ou conflito de interesses[41]. Antes mesmo que subsista o argumento retórico e superficial de que o Ministério Público – atuando como órgão imparcial (?) – seria detentor de um "interesse impessoal na correta aplicação do direito"[42], ou mesmo um discurso infundado para manifestar a presença de um prejuízo à sociedade[43], que, representada pelo acusador, faria *jus* ao interesse de recorrer da decisão absolutória, adverte-se que, Carnelutti já nos explicou ser impossível a

39. LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1005.

40. LEONE, Giovanni. *Diritto processuale penale*. 7. ed. Nápoles: Jovene, 1968. p. 74.

41. LOPES JR. Aury. *Fundamentos do processo penal*. Introdução crítica. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2016. p. 236.

42. Tal como já foi criticado em: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica concepção bilateral da impugnação. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, jul.-dez. 2014. p. 189.

43. É possível encontrar na doutrina aqueles que defendam uma "sucumbência da sociedade" (sic) no caso de absolvição do acusado, mesmo em casos nos quais a própria acusação pleiteou a absolvição, tal como defende Rogério Schietti (CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 38). No entanto, reconhecer isso seria, no mínimo, permitir que qualquer um do povo pudesse recorrer, mesmo não sendo legitimado a ingressar nos autos como assistente de acusação, além de subverter a própria finalidade do processo penal.

"quadratura do círculo", eis que o acusador é parte e como tal, é parcial, além do que, o acusador público não representa a sociedade, mas tão somente exerce um dever-poder[44] de acusar, em face da obrigatoriedade (princípio da necessidade).

É demasiado superficial afirmar que o acusador público pode(ria) recorrer em prol da sociedade, assim como, v.g. defender o "princípio" do *in dubio pro societate*, pois está impregnado das mesmas inadequações políticas e constitucionais, quais sejam: é incompatível com o Estado Democrático de Direito, desamparado de fundamentos principiológicos e incongruente com a lógica do sistema processual penal brasileiro, no qual o Ministério Público, ainda que defensor da ordem jurídica, dos direitos individuais e sociais indisponíveis, atua como titular da ação penal pública e, portanto, é parte (parcial), não podendo atuar no processo penal em favor da sociedade[45].

Por isso Franco Cordero já apontava que o "requisito parece configurável apenas relativamente às partes privadas: o ator público não tem interesses próprios"[46]. E contribuindo para tal pensamento, Leone, ao analisar o interesse de impugnar acrescenta que "não se podendo admitir um mero interesse à correta aplicação da lei"[47].

Por sua vez, no que diz respeito ao acusador privado, o simples fato de se alterar a titularidade do polo ativo não provoca uma alteração na natureza jurídica da ação penal que permanece sempre, no âmbito penal, sendo uma ação penal pública[48].Apenas sua iniciativa é transferida para a parte ofendida e, portanto, privada, por opção legislativa em razão dos interesses envolvidos. Dessa forma, também é demasiadamente errôneo afirmar que o querelante (ofendido) recorre da sentença absolutória na defesa de algum direito do qual é titular e que fora afetado pela decisão judicial.

Em segundo lugar, o acusador, seja ele privado, seja público, não é detentor de um direito material a ser pleiteado em juízo, mas possui, tão somente, uma

44. Por isso, sugere-se a o abandono do conceito de ação no processo penal, haja vista que o Estado-acusação não exerceu um direito, mas sim um poder limitado e regulado (tal como demonstrado em GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal. *Sistema penal e violência*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan.-jun. 2011. p. 56).

45. LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 807.

46. CORDERO, Franco. *Guida ala procedura penale*. Torino: Utet, 1986. p. 394.

47. LEONE, Giovanni. *Trattato di diritto processuale penale*. Napoli: Jeovene, 1961. t. III. p. 97.

48. LOPES JR. Aury. *Fundamentos do processo penal*. Introdução crítica. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2016. p. 118.

pretensão acusatória[49] exercida em desfavor do acusado e, em caso de decisão absolutória, ainda que exista uma desconformidade entre o ato decisório e a imputação pleiteada pela acusação, o que de fato existirá será um mero dissabor (frustração) pela insatisfação na pretensão, mas não a violação ou prejuízo a um direito. Isso devido ao fato de que o direito-dever de punir é do Estado-Juiz (julgador), e não de quem acusa.

A *pretensão* acusatória deriva de um dever-poder, o que a faz nitidamente diferente de um *direito*. Nesse contexto, o processo penal que ao final conceber uma decisão absolutória provoca frente ao acusador a mera frustração de uma pretensão, enquanto a decisão condenatória provoca violações a direito do acusado, e somente neste último caso pode se falar em prejuízo capaz de fundamentar o interesse recursal necessário para impugnar a decisão.

Portanto, ao acusado condenado vislumbra-se a *violação de direitos*, sobretudo, direitos fundamentais, tais como a liberdade e a presunção de inocência, dentre outros. No que tange ao acusador, em face de uma sentença absolutória, inexiste direito violado, mas somente a *frustração da pretensão acusatória*, isso porque, desde o início inexistia em seu favor qualquer direito, mas apenas a pretensão de acusar (um poder, de iniciativa pública ou privada, de proceder contra alguém em juízo[50]). Resumidamente, o *prejuízo* a *direito* que demonstra o interesse recursal do acusado, não encontra correspondência no acusador que detém apenas *pretensão* e a eventual *frustração* desta, insuficientes para fundamentar o interesse recursal.

Nessa esteira, tomando a legitimidade como pressuposto do interesse recursal[51], ainda que o Ministério Público detenha a legitimidade nas ações penais públicas e o ofendido ou seus representantes detenham a legitimidade nas ações penais privadas, essa legitimidade não é suficiente se carente de interesse[52]. E, nesses casos, inexiste interesse de impugnar aos acusadores sopesando o abandono da ideia de sucumbência e a necessária evolução para a aceitação de um direito ao recurso – e não mais interesse –disponível apenas ao acusado-condenado, demonstrando que a titularidade do direito de acusação não é suficiente para legitimar a interposição de recursos acusatórios.

49. LOPES JR. Aury. *Fundamentos do processo penal.* Introdução crítica. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2016. p. 130-133.

50. LOPES JR. Aury. *Fundamentos do processo penal.* Introdução crítica. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2016. p. 132-133.

51. DE MORAES, Mauricio Zanoide. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 400.

52. CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal.* Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004. v. 4. p. 143.

Para além disso, é preciso reconhecer que a própria categoria "interesse recursal" criada para o processo civil não é aplicável ao processo penal, pois, enquanto categoria importada de um ramo do direito em que de regra prevalecem interesses privados, não se adapta a todas as partes do processo penal, considerando que inexiste, tal como exposto, interesse para acusação.

Assim, é mais adequado, partindo-se da compreensão de que o referido paradigma da bilateralidade é insuficiente para lidar com todos os problemas que exsurgem do processo penal, seria lícito afirmar que em vez de um interesse recursal, existe sim um direito fundamental ao recurso e ao duplo grau de jurisdição. Portanto, há um *direito* ao recurso que pertence ao acusado e não um interesse. Logo, não há existe um direito ao recurso da acusação. Essa evolução da categoria interesse recursal para aderir a categoria direito ao recurso trará ainda outras consequências no que concerne à disponibilidade, o que será analisado mais adiante.

Um último argumento possível para se negar o interesse recursal do acusador é trazido por Fauzi Hassan Choukr que se apega ao fato de que

> o direito de ação, quando reconhecido como existente por um provimento definitivo de mérito, tem como efeito a alteração do mundo da vida. Essa alteração, numa sentença condenatória, significa a imposição de uma sanção pelo Estado. A sentença absolutória traduz que não há alteração do mundo dos fatos a ser produzida, confirmando-se a presunção de inocência, não se falando no caso do exercício do direito de ação, mas sim de direito à administração da justiça.[53]

No entanto, concordando com a hipótese acima exposta, a total aceitação desse pensamento pode ocasionar a conclusão da inexistência do direito de ação nos casos de sentença absolutória, afinal inexistiria alteração fática em decorrência da decisão. Isso ocorre, pois, a aceitação de que o direito ao recurso é nada mais que uma extensão do direito de ação[54], conduz à ideia de uma continuidade da "relação processual", de modo que os legitimados e interessados em regra corresponderiam àqueles legitimados para exercer a acusação.

Nessa concepção, tal como adverte Geraldo Prado, a partir do recurso a ação se prolonga, a defesa se prolonga e assim permanece a concepção bilateral dos

53. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 671.

54. DE MORAES, Mauricio Zanoide. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 38. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHOS, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 29.

recursos[55]. No entanto, com o esgotamento da sentença mérito e não obtida decisão favorável à acusação, inexistem fundamentos para que se reconheça a possibilidade de se "prolongar" o direito de acusar – renovando a acusação até então frustrada –, desautorizando-se a continuidade da persecução penal[56].

Isso ocorre não apenas pelo não cabimento da ideia de sucumbência no processo penal, ou ainda, pela proposta de abandono da categoria interesse recursal, mas, fundamentalmente, porque a ação, reconhecida como o direito meramente formal de acusar[57] (teoria da acusação), uma vez exercida, dá lugar à jurisdição e ao processo, ou seja, se exaure com o oferecimento da denúncia ou queixa, não sendo correto falar em seu prolongamento, especialmente após ter sido proferida sentença absolutória.

Ademais, o direito de ação – que no processo penal deve(ria) ser substituído pelo conceito de acusação – na ação penal pública ou privada somente é exercido pela acusação; o réu não exerce direito de ação[58] enquanto acusado. Dessa forma, o recurso de defesa não é o prolongamento do direito de ação, pois, o acusado sequer é o titular de tal direito; logo, se não é o acusado quem exerce tal direito, não poderia ele prolongar o exercício daquilo de que não é titular. Por isso o recurso deve ser visto como um direito, uma garantia da pessoa acusada.

Portanto, além de abandonar a ideia de sucumbência e a categoria interesse recursal, é preciso concluir que o recurso não é uma extensão do direito de ação, logo, inexiste, ao menos obrigatoriamente, uma correspondência entre legitimados para o exercício da ação e legitimados para o exercício do direito ao recurso.

3. O duplo grau de jurisdição: uma garantia da pessoa acusada

Os recursos são mecanismos concebidos historicamente durante a prevalência do sistema inquisitivo, em que os poderes de soberania exercidos pelo monarca

55. PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: homenagem as ideias de Julio B. Maier. In: BONATO, Gilson. *Direito penal e direito processual penal:* uma visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 114.

56. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 64.

57. ORBANEJA, Emilio Gomes; QUEMADA, Vicente Herce. *Derecho procesal penal*. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1981. p. 89.

58. "No processo penal é manifestamente contraproducente se afirmar que o réu teria a possibilidade de exercer 'ação' no mesmo patamar do Ministério Público" (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal. *Sistema penal e violência*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 47-61, jan.-jun. 2011. p. 57).

absoluto eram delegados aos juízes inquisidores[59],que estavam obrigados a seguir as regras e após decidir devolveriam[60] a jurisdição delegada ao soberano, que por sua vez, reinvocava o julgamento que havia delegado numa forma de controle da atuação dos funcionários inferiores[61].

Revelando permanências, atualmente, os recursos continuam sendo considerados, fundamentalmente, um meio de controle pelos Tribunais das decisões proferidas pelos juízos inferiores[62], assim como na acepção histórica em que a função precípua do segundo grau era o controle da decisão pelo monarca absoluto garantindo a centralidade do poder soberano.

Pelo que se verifica, os recursos foram mecanismos que nasceram historicamente no desenvolvimento do procedimento inquisitório, concebidos para o controle burocrático das decisões e não como garantia para o indivíduo submetido a uma decisão da autoridade[63]. Nesse contexto, o duplo grau de jurisdição e o direito ao recurso são concebidos sob um aspecto de bilateralidade, representando não somente um direito do condenado, mas também um direito do acusador a ser exercido em desfavor de sentenças absolutórias.

Além das razões expostas no tópico antecedente com o fim de demonstrar a inexistência do interesse recursal da parte acusadora, é possível encontrar em outros fundamentos razões para propor o abandono da bilateralidade recursal,

59. Tal como explica Rubens Casara, isso não significa que a ideia de impugnação das decisões não existia desde a antiguidade, quando no sistema egípcio os juízes singulares e tribunais superiores possibilitavam apreciar e reapreciar as matérias postas a respectiva revisão, bem como, em Atenas, na época clássica (de 490 a.C. a 322 a.C.), em que havia possibilidade de que as decisões dos tribunais fossem revistas pela Assembleia do Povo e também na Roma, durante o Reinado, em que era garantido aos condenados um pedido de clemência dirigido aos Comícios Populares, surgindo posteriormente, durante o Império, a *apellatio* como forma de impugnar qualquer sentença proferida em território romano (CASARA, Rubens R. R. O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). *Processo penal e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 497).

60. E daqui se origina o efeito devolutivo como característica básica dos recursos.

61. MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. I. Fundamentos. 2. ed. 3. reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004. p. 706-707.

62. Tal como se vê em: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHOS, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 22, e em toda escola que segue o pensamento desta autora.

63. MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. I. Fundamentos. 2. ed. 3. reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004. p. 705-706.

reconhecendo que o duplo grau de jurisdição é um direito fundamental que assiste somente a pessoa acusada.

Primeiramente, a busca pelos fundamentos normativos de reconhecimento do duplo grau de jurisdição como uma garantia processual conduzem ao plano convencional. A simples observância literal dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário sem reservas[64] (Decretos 678/92 e 592/92), demonstram ser direito de *toda pessoa* recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior (art. 8º, 2., "h" do Pacto de San José da Costa Rica[65]), bem como que *toda pessoa declarada culpada* por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória para uma instância superior (art. 14.5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos[66]).

Notadamente, *pessoa* ou a *pessoa declarada culpada* a que se referem os Tratados Internacionais é por óbvio o indivíduo acusado e não o acusador, e isso decorre da simples interpretação de que o Ministério Público sequer é pessoa e o acusador privado não é pessoa "declarada culpada". Além disso, as previsões do duplo grau de jurisdição nos tratados estão dispostas junto das garantias judiciais que são garantias do acusado e não do acusador – pensar de forma diferente seria coadunar com a inaceitável proposição autoritária de que existem garantias que são exercidas contra o indivíduo, quando o correto é admitir que o acusador não possui garantias, quem possui garantias é o acusado.

Até aqueles que ousam discordar do contexto expresso da norma convencional, como é o caso de Juan Montero Aroca, acabam admitindo que sua intepretação literal e isolada conduz à conclusão de que o duplo grau de jurisdição seria um direito exclusivo do acusado em desfavor de sentenças condenatórias, não sendo atribuído este direito ao acusador[67], de modo que as sentenças absolutórias

64. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O direito ao duplo grau de jurisdição como elemento de proteção dos direitos humanos. *Revista Jurídica Consulex*, ano XIX, n. 431, 01.01.2015. p. 66.

65. Art. 8º. Garantias Judiciais. [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Disponível em: [www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm]. Acesso em: 23.12.2017.

66. Art. 14. [...] 5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm]. Acesso em: 23.12.2017.

67. No mesmo sentido: GUIMARÃES, Rodrigo Chemim. *Da possibilidade de o Ministério Público recorrer de decisões absolutórias à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/

não seriam recorríveis. No entanto, os mesmos que discordam da orientação literal dos tratados utilizam como seu único argumento a famigerada manutenção de uma igualdade de partes.[68.]

O argumento da paridade de armas também foi invocado para declarar a inconstitucionalidade da Lei Pecorella (Legge 46/2006) na Itália – que impunha limites aos recursos de apelação em desfavor de sentença absolutórias – apenas um ano após a sua entrada em vigor, sob a alegação de ser necessário disponibilizar os mesmos meios e recursos aos opositores no processo, na busca de uma simetria dos instrumentos disponíveis às partes[69].

No entanto, pensando na paridade de armas como igualdade processual[70], não há que se falar em simples igualdade, senão numa igualdade material que mais se aproxima do conceito de isonomia, no qual se faz necessária uma desigualdade em prol do débil, visando de fato, equilibrar as condições no processo penal[71].

Isso porque é impossível pensar em paridade de armas num ambiente desigual[72]; é preciso sim reconhecer que o processo penal merece categorias próprias

---

colunistas/rodrigo-chemim-guimaraes/da-possibilidade-de-o-ministerio-publico--recorrer-de-decisoes-absolutorias-a-luz-da-constituicao-e-da-convencao-americana-de-direitos-humanos-5jg2knq2yx9s3awv8omt79bwe]. Acesso em: 30.12.2017.

68. MONTERO AROCA, Juan. *Princípios del proceso penal*: Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997. p. 170.

69. Sentenza 26/2007. Disponível em: [www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2007&numero=026]. Acesso em: 23.12.2017.

70. VIEIRA, Renato Stanziola. Paridade de armas no processo penal. In: BADARÓ, Gustavo; CALMON Petronio (Coord.). *Coleção Ada Pellegrini Grinover*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. v. 2. p. 236.

71. "De certo modo, não se cuida de uma autêntica 'igualdade de armas', e sim, precisamente, de um equilíbrio de situações recíprocas" (CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 106).

72. Quanto ao tema Geraldo Prado responde: "Por que somente a Defesa pode recorrer da decisão de mérito? Porque realmente devemos nos acautelar dos julgamentos injustos que causem prejuízo ao acusado impondo-lhe sanção penal que às vezes ele não deveria receber. À acusação, por seu turno, é dado o direito de no espaço do processo penal provar os fundamentos de sua pretensão, de demonstra os fatos sobre os quais sustenta seu pedido de condenação. Se não o consegue, se o acusador não convence o juiz, não há porque supor que o tribunal que normalmente não terá contato com as mesmas provas e com os mesmos argumentos e que se limitará a uma atividade de interpretação de textos, fará justiça modificando a sentença absolutória" (PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: homenagem as ideias de Julio B. Maier. In: BONATO, Gilson. *Direito penal e direito processual penal:* uma visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 115).

e, portanto é necessária uma releitura sobre o fundamento dos recursos para sua otimização em favor do indivíduo, pensando-o como autêntico direito fundamental[73], uma garantia exclusiva da pessoa acusada, que justamente lhe diferencia das demais modalidades processuais[74], um desequilíbrio na balança que se justifica como propulsor de um necessário equilíbrio que precisa ser alcançado.

Portanto, a interpretação convencional não deixa dúvidas e permite claramente identificar o duplo grau de jurisdição como direito exclusivamente destinado à proteção do indivíduo acusado, como modalidade de inequívoca limitação ao poder punitivo estatal[75]. Contudo, apesar dessa normativa, acredita-se que ela é ainda insuficiente para justificar a ruptura como paradigma da bilateralidade do sistema recursal.

Para além da orientação teleológica-normativa e da discussão de hierarquia de tais normas convencionais[76], existem dois elementos que conduzem a uma melhor apreciação do tema, e que possibilitaram, posteriormente, concluir-se acerca da finalidade precípua do duplo grau de jurisdição como garantia fundamental e exclusiva do acusado. São eles: a dupla conformidade em matéria penal e a vedação do *bis in idem*.

A dupla conformidade em matéria penal deve ser reconhecida como dupla conformidade da decisão condenatória, tendo em vista que o duplo grau de jurisdição em sua dimensão substancial[77] nada mais é do que uma garantia da pessoa acusada que garante o direito à revisão, ou seja, uma segunda (dupla)

---

73. WUNDERLICH, Alexandre. Por um sistema de impugnação no processo penal constitucional brasileiro. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.) *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 40-41.
74. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica concepção bilateral da impugnação. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, jul.-dez. 2014. p. 189.
75. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Duplo Grau de jurisdição na justiça criminal: o direito ao recurso como possibilidade de questionamento da motivação da sentença condenatória. In: GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (Org.). *Processo penal e garantias constitucionais*. estudos para um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 227.
76. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica concepção bilateral da impugnação. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, jul.-dez. 2014. p. 192/193.
77. PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: homenagem as ideias de Julio B. Maier. In: BONATO, Gilson. *Direito penal e direito processual penal:* uma visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 116.

análise da decisão condenatória, um direito ao duplo convencimento sobre a condenação[78].

Como explica Julio B. Maier, essa garantia processual impõe a dupla conformidade como condição necessária para aplicação da sentença condenatória, uma *conditio sine qua non* à execução de uma pena estatal. Como a prova da exatidão de uma operação matemática, o resultado condenatório, dada a sua gravidade – o que não encontra correspondência na decisão absolutória –, merece ser revisado e somente em caso de coincidir (duas condenações), daria fundamento a regular punição do indivíduo[79].

Obviamente, pela própria concepção histórica do recurso, que tal como demonstrado não possuía uma feição protetiva[80], somente é possível propor essa virada conceitual a partir de uma perspectiva democrática, a partir da qual há a prevalência da liberdade em face do poder punitivo, o que acarreta, inarredavelmente, a necessidade de uma única limitação, a do *ius puniendi* estatal.

Assim, concebido um processo penal acusatório, um processo penal que se reproduz como uma garantia em si mesmo[81], portanto, um dispositivo de controle do poder punitivo, que impõe limite ao poder estatal, visando à redução da irracionalidade do poder punitivo e orientado em direção da produção que visam racionalizar as respostas estatais aos desvios criminalizados, a revisão do paradigma da bilateralidade recursal só pode servir à consolidação desses limites[82].

Por isso, Letelier Loyola expõe que, como garantia de que goza o acusado que sofreu gravame, a finalidade do duplo grau de jurisdição deixa de ser a revisão de um erro ou injustiça cometido em primeira instância, para fazer valer o direito à dupla conformidade em matéria penal[83].

78. VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocência y pruebaenel processo penal*. Madrid: La Ley, 1993. p. 197-198.

79. MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. I. Fundamentos. 2. ed. 3. reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004. p. 709 e 713.

80. Por isso, Gabriela Jugo diz que o conceito tradicional de recurso responde a finalidade perseguida pelo processo penal (JUGO, Gabriela. In: GARCÍA, Luis M. (Coord.). *Los derechos humanos em el processo penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002. p. 285).

81. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal:* uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. No prelo.

82. MELCHIOR, Antonio Pedro. *A teoria crítica do processo penal*. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: [www.antoniopedromelchior.adv.br/wp-content/uploads/2015/05/a-teoria-critica-do-processo-penal.pdf]. Acesso em: 02.12.2017.

83. LETELIER LOYOLA, Enrique. *El derecho fundamental al recurso em el proceso penal*. Barcelona: Atelier, 2013. p. 160.

Assim, os recursos que atendem ao duplo grau de jurisdição – como é o caso da apelação no Brasil (art. 593, CPP) – não podem servir para outra função, que não aquela de fazer atuar a dupla conformidade em matéria penal, como condição de validade[84] da decisão condenatória.

Aceitar a necessária dupla conformidade da decisão condenatória – e isso é imperioso – que atua como condição de validade da decisão condenatória afetará, tal como já foi advertido anteriormente, a disponibilidade recursal. Todavia, isso não viola a voluntariedade recursal, tampouco inverte a lógica dispositiva de um pretenso sistema acusatório.

Já se referiu no tópico anterior que exigir a dupla conformidade não é admitir exceção à voluntariedade recursal, mas apenas construir uma garantia contra o poder punitivo, uma *conditio sine qua non* para execução da pena. Também por isso se tratou do direito ao recurso – e não mais interesse recursal –, pois muito mais do que um interesse do acusado, é necessária (leia-se: obrigatória) a dupla conformidade como elemento de validade da decisão, condenatória. Aliás, seria possível falar-se em condição para o trânsito em julgado da decisão condenatória.

De modo semelhante ao exposto, Nereu Giacomolli defende que em se tratando de restrição ao *status libertatis* decorrente de provimento criminal condenatório, nem mesmo a voluntariedade seria um limite aceitável, de modo que a utilização do duplo pronunciamento é estratégia da defesa, mas não a vontade de recorrer, pois o silêncio do condenado e de seu defensor obrigaria o magistrado a instar para que se manifeste acerca do recurso sempre que houver restrição a direitos fundamentais[85].

Por sua vez, o *ne bis in idem* interpretado de forma estrita traduz a proibição da múltipla persecução penal, vedando não somente que se acuse o indivíduo pelo mesmo fato-crime, mas vedando também que se submeta o imputado a um risco múltiplo de sofrer uma consequência jurídico-penal desfavorável[86]. A proibição do recurso de acusação e a concepção do direito ao recurso como garantia fundamental e exclusiva do acusado visam a evitar o *bis in idem*, proibindo a persecução múltipla, tal como explica Julio B. Maier: "a proibição de submeter o

84. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica concepção bilateral da impugnação. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, jul.-dez. 2014. p. 199.

85. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. 3. ed. São Paulo: Grupo Gen, 2016. p. 346.

86. MAIER, Julio B. La impugnación del acusador: ¿un caso de ne bis in idem? *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica,* Costa Rica, n. 12, ano 8, 1996. p. 10/15.

imputado a um risco múltiplo de sofrer uma consequência jurídico-penal (*double jeopardy*)".[87]

Para isso é necessário adotar uma concepção ampla da vedação ao *bis in idem* como direito fundamental contra o poder punitivo, tal como propõe a tese de Inês Ferreira Leite, reconhecendo-o não somente em suas dimensões de racionalidade da proibição de dupla punição e dupla valoração, mas também a proibição de um duplo julgamento[88], considerando este julgamento no sentido material ou substancial, correspondente ao juízo sobre a responsabilidade jurídico-penal[89], algo próximo àquilo que Goldschmidt descreve como proibição radical de realização de dois juízos sobre o mesmo fato[90]. Mesmo para aqueles que insistam em outra interpretação, a continuação do julgamento, ainda que no mesmo processo, também contraria o *ne bis in idem*, pois reflete uma inadmissível renovação do poder punitivo[91].

Essa interpretação do *ne bis in idem* tem firme tradição no sistema *common law* do Direito anglo-saxão[92], em que o direito ao recurso é exclusivo da defesa, eis que a regra do *ne bis in idem* impossibilita um novo julgamento em face do juízo absolutório, sob pena de violação ao *double jeopardy*, enquanto nos sistemas de raiz romano-germânica, pertencentes, sobretudo, a *civil law* as decisões em processos criminais acabam sendo passíveis de recursos num prisma bilateral, em

87. MAIER, Julio B. j. Recurso acusatorio contra la sentencia de los tribunales de juicio y múltiple persecución penal (¿Un caso de *ne bis in idem*?). *Revista Uruguaya de Derecho-Procesal*, Montevideo, n. 2, 1999.

88. LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. (Tese) v. I. Lisboa: A.A.F.D.L. Editora, 2016. p. 467.

89. LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. (Tese) v. I. Lisboa: A.A.F.D.L. Editora, 2016. p. 297.

90. GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Conferencias dadas em la Universidade de Madrid em los meses de diciembre de 1934 y de enerero, febrero y maro de 1935. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1935. p. 39.

91. LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. (Tese) v. I. Lisboa: A.A.F.D.L. Editora, 2016. p. 636.

92. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Duplo Grau de jurisdição na justiça criminal: o direito ao recurso como possibilidade de questionamento da motivação da sentença condenatória. In: GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (Orgs.). *Processo penal e garantias constitucionais*. estudos para um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 240.

igualdade de condições[93], o que gera a falibilidade do sistema de garantias e a crise instaurada no sistema recursal.

No entanto, a Corte IDH, cuja jurisdição afeta países que aderem a *civil law* e, sobretudo, possuem sua raiz processual no sistema romano-germânico, no julgamento do caso Mohamed *vs.* Argentina esclareceu que a previsão do duplo grau de jurisdição no art. 8º, 2, "h" da Convenção trata-se de "um derecho a 'dos instancias´" deixando claro tratar-se de uma garantia à dupla conformidade[94] e que pertence ao acusado-condenado por todos os motivos demonstrados: seja pela inexistência de um direito ao recurso do acusador, seja pela literalidade dos tratados, seja mesmo pelos fundamentos da própria dupla conformidade e da vedação do *bis in idem*.

Essa interpretação impõe também a releitura da vedação da *reformatio in pejus* que não tem o condão de impedir a majoração da condenação do acusado somente em casos de recursos interpostos exclusivamente pela defesa (art. 617 do CPP), pois, a partir de uma ruptura total com a bilateralidade, faz-se necessário reconhecer que a primeira sentença imposta ao caso penal serve como teto máximo ao gravame que se pode impor ao indivíduo, vedando-se a partir de então qualquer reforma que prejudique o débil. Segundo Julio B. Maier

> se deve compreender também que presumida a ausência do recurso acusatório, a segunda instância, na via recursal, não pode infligir ao condenado uma consequência jurídica mais grave do que a primeira; o seu limite máximo está constituído pela conformidade com a sentença de condenação originária (proibição da *reformatio in pejus*).[95]

Novamente vale defender que não se prolonga o "direito de ação", sobretudo, no processo penal, no qual transparece apenas um poder-dever de ação – adstrito

93. CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 32.

94. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Mohamed *vs*. Argentina: Sentencia. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf]. Acesso em: 04.07.2017. p. 28.

95. MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. I. Fundamentos. 2. ed. 3. reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004. p. 713-714. No mesmo sentido: D'ALBORA, Nicolás F. *Límites recursivos de la parte acusadora em el processo penal*. A propósito de los fallos 'Arce' y 'Alvarado' de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, ano VI, n. 10 A, 2000.p. 94. E também: LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. (Tese) v. I. Lisboa: A.A.F.D.L. Editora, 2016. p. 631.

ao princípio da necessidade – público, autônomo e abstrato[96]. Além do mais, esse direito de ação se exaure após o exercício da acusação. É preciso admitir que faz parte do sistema penal de matriz acusatória e democrática impossibilitar o prolongamento da persecução penal promovido pela acusação, tratando-se de um freio necessário diante dos inúmeros poderes estatais, na medida em que até a dúvida no caso penal levará à absolvição em observância ao *in dubio pro reo*, e por corolário lógico, não se pode permitir uma nova chance de condenação após a absolvição[97].

Evolui-se, portanto, da concepção de *controle do ato decisório* para um *controle do exercício do poder de julgar e de punir*[98]. Um controle do poder e não pelo Poder, um direito que serve ao indivíduo e para a sua garantia. Deve-se, portanto, reafirmar a supremacia do indivíduo/ser sobre todo aparato opressor estatal, garantindo ao indivíduo que se vê perseguido em juízo, não somente o duplo grau de jurisdição ilimitado, mas ainda o direito exclusivo ao recurso evitando o *bis in idem*.

Ainda é possível encontrar outros fundamentos propensos a demonstrar que o direito ao duplo grau de jurisdição é um direito exclusivo do acusado, tal como o direito à presunção de inocência[99], bem como o direito fundamental à li-

96. LOPES JR. Aury. *Fundamentos do processo penal.* Introdução crítica. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2016. p. 109-115.

97. Em crítica ao risco múltiplo Geraldo Prado elucida: "se a acusação pretende a condenação do réu pela prática da infração penal, que se organize e se prepare para estar em juízo em condições de convencer o juiz, para estar em juízo em condições de demonstrar a existência de fato a responsabilidade do acusado, e o juiz então proferirá sentença condenatória. Se ela não chegar a ter sucesso em sua pretensão não lhe resta mais nada, e efetivamente se consolida a absolvição nesse plano. Caso seja vencedora, ao condenado se assegurará o direito à revisão da decisão, pois este é o princípio do duplo grau de jurisdição em sua dimensão substancial" (PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: homenagem as ideias de Julio B. Maier. In: BONATO, Gilson. *Direito penal e direito processual penal:* uma visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 115-116).

98. Nesse ponto, Alberto Binder bem define os meios de impugnação ao conceito de controle como princípio central na estruturação do processo e de todo sistema de justiça penal, sobretudo a partir dos pilares de que a sociedade e o Estado, através dos recursos, devem fiscalizar a maneira com que os juízes administram a justiça e aplicam o Direito (BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal.* Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 221).

99. "La amplitud con la que la jurisprudencia ha aplicado el derecho a la presunción de inocencia ha determinado que, en la práctica, este derecho sea alegado como fundamento de la impugnación de los hechos probados en el recurso de casación" (BACIGALUPO, Enrique. *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios.* Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1994. p. 55). No mesmo sentido, Alexandre Wunderlich

berdade, e que no processo penal, pertencem e atuam em favor exclusivamente da pessoa do acusado. Assim, correspondem também a categorias que justificam a existência de um direito ao recurso – para não mais dizer interesse recursal –, bem como o reconhecimento do duplo grau de jurisdição como direito que pertence ao acusado com exclusividade, o que em contrapartida, autoriza à conclusão de que não há correspondência dessa envergadura que justifique o recurso acusatório.

A forma como se concebem os recursos e o olhar para o sistema recursal como um todo, de uma forma ou de outra, demonstram finalidades políticas da existência do processo (devido processo penal – para quem?) e, consequentemente, devem tais fins irradiar luz sobre o tratamento dos recursos. Somente haverá dois caminhos a serem trilhados: para a manutenção da concepção que os trata como uma atividade administrativa de controle de decisões em busca de uma segurança jurídica ou, então, para garantir que o acusado faça valer a dupla conformidade em matéria penal, protegendo sua liberdade e presunção de inocência e evitando, assim, o *bis in idem*.

Considerações finais

Sem a pretensão de esgotar o tema o presente artigo, inicialmente, demonstrou que todo paradigma da bilateralidade recursal encontra-se fundado numa Teoria Geral dos Recursos que nada mais é do que um desmembramento da Teoria Geral do Processo e, assim como esta, carrega da mesma transposição de categorias e do tratamento linear no processo civil e penal de diversos aspectos fundantes do sistema recursal.

Desde o histórico em que foram concebidos os recursos calcados no sistema inquisitório, o que propicia a manutenção da ideia de "controle burocrático da decisão" retroalimentado por acepções civilistas do sistema recursal, empurra-se para longe a concepção de recurso como direito ou garantia fundamental, pois, se assim o fosse, notadamente, somente poderia ser exercido exclusivamente pelo acusado em desfavor do poder punitivo estatal.

---

elucida que a aceitação da proposta de incorporar o acesso ao recurso e o direito de recorrer como garantia processual constitucionalizada e um direito fundamental da pessoa humana, propicia uma "maior assunção da presunção de inocência como princípio constitucional já posto pelo Estado e do in dubio pro reo como princípio geral do direito" (WUNDERLICH, Alexandre. Por um sistema de impugnação no processo penal constitucional brasileiro. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.) *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 41).

Tal como visto, um início da ruptura com a bilateralidade pode ter como fio condutor a superação da ideia de sucumbência e da categoria interesse recursal – ambas tratadas como elemento singular aos recursos no processo civil e penal –, que coadunam a manutenção do pensamento de que o recurso está disponível a toda parte que tenha obtido provimento desfavorável, configurando-se um prejuízo suficiente a demonstrar seu interesse recursal, sendo completamente descabidas no processo penal, considerando a inexistência de pretensão resistida e ausência de prejuízo a qualquer direito do acusador em decorrência de uma sentença absolutória.

Por fim, não somente a literalidade dos tratados internacionais, mas, sobretudo, a investigação dos fundamentos do duplo grau de jurisdição demonstram que este direito está alicerçado em dois pilares fundantes: a dupla conformidade em matéria penal que atua como freio ao poder punitivo exige o reexame da decisão condenatória; e a vedação do *bis in idem* que demonstra que possibilitar um novo julgamento após o juízo de absolvição trata-se de uma nova chance à acusação, configurando um duplo risco.

Além disso, a presunção de inocência e a liberdade são direitos que protegem exclusivamente o imputado e não encontram equivalentes ao ponto de propiciar o reconhecimento de fundamentos para o duplo grau de jurisdição em favor da acusação.

Dito isso, é preciso, por fim, advertir que (re)elaborar os recursos como verdadeira garantia processual em favor do acusado ou simplesmente curvar-se diante do senso comum para admiti-los como meio de controle estatal dos órgãos superiores sobre decisões de seus inferiores afetará, fundamentalmente, aquilo que se propõe a uma reinterpretação do duplo grau de jurisdição e do abandono da ideia de bilateralidade recursal – tal como se pretende.

Referências bibliográficas

BACIGALUPO, Enrique. *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1994.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 19, 1968.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. VIII, 1953.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil.* Franca: Lemos & Cruz, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004. v. 4.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. III.

CASARA, Rubens R. R. O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). *Processo penal e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*. Torino: UTET, 2005.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CORDERO, Franco. *Guida ala procedura penale*. Torino: Utet, 1986.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Buenos Aires/Montevideo: B de F, 2005.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

D'ALBORA, Nicolás F. *Límites recursivos de la parte acusadora em el processo penal*. A propósito de los fallos 'Arce' y 'Alvarado' de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal,* ano VI, n. 10 A, p. 79-99, 2000.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of jutice and state authority*: a comparative approach to the legal process. London: New Haven: Yale University Press, 1986.

DE MORAES, Mauricio Zanoide. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DEL POZZO, Carlo. *Le impugnazioni penali:* parte generale. Padova: CEDAM, 1951.

DINACCI, Ugo. *Prospettive sistematiche del processo penale*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1978.

FENECH, Miguel. *La posición del juez em el nuevo estado*. Madrid: Espasa-Calpe, 1941.

FENECH, Miguel. *El proceso penal*. 3. ed. Madrid: Agesa, 1978.

FLORIAN, Eugenio. *Principi di diritto processuale penale*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1932.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. 3. ed. São Paulo: Grupo Gen, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal. *Sistema penal e violência*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 47-61, jan.-jun. 2011.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica concepção bilateral da impugnação. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, jul.-dez. 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal:* uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. No prelo.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal.* Conferencias dadas em la Universidade de Madrid em los meses de diciembre de 1934 y de enerero, febrero y maro de 1935. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1935.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHOS, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal.* 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUIMARÃES, Rodrigo Chemim. *Da possibilidade de o Ministério Público recorrer de decisões absolutórias à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/rodrigo-chemim-guimaraes/da-possibilidade-de-o-ministerio-publico-recorrer-de-decisoes-absolutorias-a-luz-da-constituicao-e-da-convencao-americana-de-direitos-humanos-5jg2knq2yx9s3awv8omt79bwe]. Acesso em: 30.12.2017.

JARDIM, Afrânio Silva. O Ministério Público e o interesse em recorrer no processo penal. *Justitia*, São Paulo, 47 (131), p. 405-412, set. 1985.

JUGO, Gabriela. In: GARCÍA, Luis M. (Coord.). *Los derechos humanos em el processo penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

KAGAN, Robert. *Adversarial legalism:* the American way of law. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. (Tese) v. I. Lisboa: A.A.F.D.L. Editora, 2016.

LEONE, Giovanni. *Trattato di diritto processuale penale*. Napoli: Jovene, 1961. t. III.

LEONE, Giovanni. *Manuale di procedura penale*. 2. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1962.

LEONE, Giovanni. *Diritto processuale penale.* 7. ed. Nápoles: Jovene, 1968.

LETELIER LOYOLA, Enrique. *El derecho fundamental al recurso em el proceso penal*. Barcelona: Atelier, 2013.

LOPES JR. Aury. *Direito processual penal.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR. Aury. *Fundamentos do processo penal*. Introdução crítica. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2016.

MAIER, Julio B. La impugnación del acusador*:* ¿un caso de ne bis in idem? *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica,* Costa Rica, n. 12, ano 8, 1996.

MAIER, Julio B. j. Recurso acusatorio contra la sentencia de los tribunales de juicio y múltiple persecución penal (¿Un caso de *ne bis in idem*?). *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, n. 2, 1999.

MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. I. Fundamentos. 2. ed. 3. reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: El Foro, 1996. t. V.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O direito ao duplo grau de jurisdição como elemento de proteção dos direitos humanos. *Revista Jurídica Consulex*, ano XIX, n. 431, 01.01.2015.

MELCHIOR, Antonio Pedro. *A teoria crítica do processo penal*. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: [www.antoniopedromelchior.adv.br/wp-content/uploads/2015/05/a-teoria-critica-do-processo-penal.pdf]. Acesso em: 02.12.2017.

MONTERO AROCA, Juan. *Princípios del proceso penal*: Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997.

ORBANEJA, Emilio Gomes; QUEMADA, Vicente Herce. *Derecho procesal penal*. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1981.

PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. Padova: CEDAM, 1975.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: homenagem as ideias de Julio B. Maier. In: BONATO, Gilson. *Direito penal e direito processual penal:* uma visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANIERI, Silvio. *Istituzioni di diritto processuale penale*. Milano: Casa Editrice Ambrosiana, 1951.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 4.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Duplo Grau de jurisdição na justiça criminal: o direito ao recurso como possibilidade de questionamento da motivação da sentença condenatória. In: GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (Orgs.). *Processo penal e garantias constitucionais*. estudos para um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocência y pruebaenel processo penal*. Madrid: La Ley, 1993.

VIEIRA, Renato Stanziola. Paridade de armas no processo penal. In: BADARÓ, Gustavo; CALMON Petronio (Coord.). *Coleção Ada Pellegrini Grinover*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. v. 2.

WUNDERLICH, Alexandre. Por um sistema de impugnação no processo penal constitucional brasileiro. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.) *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Dificuldade de Atuação dos Limites Jurídicos À Livre Apreciação da Prova no Chamado Processo Penal Acusatório, de Flávio Meirelles Medeiros – *RT* 710/245-252 (DTR\1994\492);
- Estudo e Crítica do "Juiz Das Garantias", de Marcus Vinícius Pimenta Lopes – *RBCCrim* 111/227-259 (DTR\2015\244); e
- Para Além do Reducionismo Acusatório-Inquisitório: A Inserção do Justo Processo no Estudo dos Temas do Processo Penal, de Frederico Valdez Pereira – *RT* 964/349-374 (DTR\2016\227).

Cárcere e compensação penal no Brasil: uma perspectiva de gênero

Prison and criminal compensation in Brazil: a gender perspective

Adriano Antunes Damasceno

Doutorado em andamento em Direito pela FND-UFRJ (Linha de pesquisa: Teorias de decisão, interpretação e justiça) 2017. Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (2012-2014). Professor da UNDB-MA (licenciado) e da UEMA. Defensor Público (Defensoria Pública do Estado do Maranhão).
adridamasceno@yahoo.com.br

Recebido em: 28.02.2018.
Aprovado em: 08.06.2018.
Última versão do autor: 29.06.2018.

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: Este artigo tem por objetivos centrais apresentar e discutir – em uma perspectiva essencialmente dogmática, mas que não desconsidera elementos empíricos do encarceramento no Brasil – o conceito de compensação penal, desenvolvido a partir de uma interpretação mais ampla da individualização da pena, dando ênfase à necessidade de analisá-lo sob uma ótica que leve em conta a categoria gênero. A artigo analisa, ainda, o panorama do instituto no Brasil e conclui pela necessidade de ampliação de uma nova perspectiva indenizatória em caso de situações prisionais abusivas, sem desconsiderar as individualidades no cumprimento da pena. O questionamento que deve ser feito para os fins propostos é se as condições de encarceramento de homens e mulheres no Brasil podem ser avaliadas sem que se leve em consideração os condicionamentos impostos pelas construções de gênero. A relevância da discussão reside na necessidade de investigar os efeitos do crescimento

Abstract: The main purpose of this article is to present and discuss – in an essentially dogmatic perspective, but not without ignoring empirical elements of imprisonment in Brazil – the concept of criminal compensation, developed from a broader interpretation of the individualization of punishment, giving emphasis to the need to analyse it from a perspective that takes into account the gender category. The article also analyzes the situation of the institute in Brazil and concludes that there is a need to expand a new perspective of compensation in the case of abusive prison situations, without disregarding individualities. The question that must be done for the purposes proposed is whether the conditions of incarceration of men and women in Brazil can be evaluated without taking into account the constraints imposed by the constructions of gender. The relevance of the discussion lies in the need to investigate the effects of the exponential growth of the female prison population in Brazil

exponencial da população carcerária feminina no Brasil e a forma como a dogmática jurídica lida com a questão.

Palavras-chave: Cárcere – Compensação penal – Gênero – Individualização – Pena.

and the way in which legal dogmatics deals with the issue.

Keywords: Prison – Criminal compensation – Gender – Individualization – Punishment.

Sumário: 1. Introdução. 2. Cárcere e gênero no Brasil. 3. Cárcere e compensação penal. 4. Compensação penal no Brasil: uma perspectiva de gênero. 5. Conclusão. Referências.

1. Introdução

O século XXI tem como marca no campo penitenciário um crescimento exponencial da população carcerária feminina – bem superior à masculina –, fenômeno que não foi acompanhado pelas políticas públicas para as mulheres em situação de encarceramento, cenário do qual o Brasil não se afasta.

Não é demasiado afirmar que a marca do encarceramento feminino no Brasil é a improvisação. Improvisam-se espaços precipuamente destinados aos homens, sem maiores preocupações quanto às questões de gênero, impondo-se às mulheres situações extremas de encarceramento que seguem sendo cotidianamente silenciadas.

O tempo de prisão vivenciado nessas condições não pode ser considerado apenas sob o aspecto cronológico. Assim, o que se propõe é que a partir de uma distinção entre o tempo qualitativo e o tempo quantitativo de prisão, haja a devida compensação *in natura* pelas condições degradantes de encarceramento, levando-se em consideração na análise a categoria gênero.

Assim, este artigo tem por objetivos centrais apresentar e discutir – a partir de uma perspectiva essencialmente dogmática, mas que não desconsidera elementos empíricos do encarceramento no Brasil – o conceito de compensação penal, desenvolvido a partir de uma interpretação mais ampla da individualização da pena, dando ênfase à necessidade de analisá-lo sob uma perspectiva de gênero.

O texto resta, então, divido em três partes. Na primeira delas realiza-se uma breve revisão bibliográfica acerca da relação entre cárcere e gênero que toma como ponto de partida a criminalização feminina, tanto primária quanto secundária.

Em seguida, introduz-se a discussão acerca do conceito dogmático de compensação penal, buscando-se um novo paradigma indenizatório para condições abusivas de encarceramento, para, em seguida, apresentar-se uma perspectiva de gênero sobre esse conceito.

2. Cárcere e gênero no Brasil

Compreender o cárcere a partir de um ponto de vista que leve em consideração as questões de gênero pressupõe, antes de tudo, ter em mente que não existe um universo sexualmente neutro. Como bem define Gerlinda Smaus (1999, p. 237), não só a terminologia do pensamento como as instituições sociais fazem parte da dicotomia masculino/feminino. Assim, resta impossível examinar as questões criminais na contemporaneidade sem que se leve em conta as variáveis de gênero (BARATTA, 1999, p. 43).

Estabelecida essa premissa, é preciso entender que o encarceramento constitui a ponta de atuação de um sistema de controle social[1]. Inicialmente cunhada no âmbito da psicologia e das ciências sociais, a expressão controle social era usada em sentido amplo como o conjunto de instituições e processos destinados a garantir a ordem social. A partir da década de 1940, o conceito ganha contornos mais estreitos, que logo seriam trazidos para o âmbito da criminologia[2]. Graças aos funcionalistas, o controle social passaria a ser tido como um elemento essencial para o bem-estar da sociedade. Além disso, estariam abrangidas no conceito outras instâncias que não as estatais (BEIRNE; MESSERSCHMIDT, 2010, p. 171).

Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Piarangeli (2004, p. 67-68) apontam que instituições como a mídia ou a moda, por exemplo, têm a capacidade de impor certos padrões de consumo sem que se perceba tal ação como uma forma de controle social. Haveria, assim, em razão do amplíssimo âmbito do controle existente no seio social, um controle exercido de forma difusa por meio de instituições como a mídia, a família, a medicina, a educação etc., que constituiriam mecanismos de controle social informal.

Paralelamente, o controle social também é exercido por instâncias formais, institucionalizadas. Nesse âmbito do que se pode denominar controle social formal é que se situa o controle social punitivo institucionalizado (ZAFFARONI; PIARANGELI, 2004, p. 69), cuja atuação vai desde o estabelecimento das condutas a serem perseguidas (criminalização primária) até a atuação dos organismos de controle, como a polícia, o ministério público e o judiciário (criminalização secundária).

1. Em termos semelhantes, Francisco Muñoz Conde (2012, p. 26): "[...] se puede decir que el derecho penal no es más que la parte visible, la más tétrica y terrible quizás, del *iceberg* que representan los diversos mecanismos de control del individuo en la sociedade. Pero no el único, ni el más importante".
2. Para uma crítica à transposição do conceito para a criminologia Cf. Roberto Bergalli (2005).

A distinção entre mecanismos de controle formal e informal não escapa dos condicionamentos exercidos pela categoria gênero. O exercício do controle social dos "padrões femininos" tem sido deixado a cargo precipuamente do controle social informal, especialmente da família (ANDRADE, 2005, p. 88), ao passo que o direito penal, enquanto mecanismo de controle social formal é dirigido em especial aos homens (BARATTA, 1999, p. 46).

Essa atuação diferenciada decorre de uma dicotomia fundamental para o patriarcado: o público e o privado. As mesmas raízes liberais que orientaram a separação da vida privada doméstica das mulheres do mundo público dos homens no século XIX (PATEMAN, 2000, p. 58) já haviam fornecido no século anterior as bases para uma atuação institucionalizada do sistema de justiça criminal. Assim, ao homem, ligado ao público, restava a aplicação da racionalidade penal (PIRES; 1998, 2004), ao passo que à mulher aplicavam-se as regras próprias do ambiente doméstico. Mesmo o exercício do controle social formal direcionado às mulheres era deixado a cargo de esferas distintas do direito penal, como as regras jurídicas sobre o matrimônio e a sucessão[3].

Apesar das dicotomias, público e privado, controle formal e controle informal, há um liame patriarcal que une aquilo que se supõe separados. Como bem destaca Carole Pateman (2000, p. 58-59), os mundos liberais separados da vida privada e da vida pública estão conectados por uma estrutura patriarcal. Consequentemente, o sistema de justiça criminal atua de maneira integrativa com os mecanismos de controle informal[4]. Na medida em que o controle privado exercido pelo patriarcado não consegue os resultados almejados, entra em atuação o sistema punitivo formal, a fim de, em última análise, manter intactos os valores que interessam ao patriarcado (BARATTA, 1999, p. 49).

O liame entre os sistemas de controle aqui mencionados fica evidenciado quando se toma em conta a criminalização feminina, tanto primária quanto secundária. Por um lado, criminalizam-se condutas "tipicamente femininas", como o aborto, o infanticídio, exposição ou abandono de recém-nascido, cuja marca do patriarcado precisa ser colocada em relevo no plano público, não se

3. Também é importante notar que o controle social formal em geral exercido pelo direito penal e pelo encarceramento durante muito tempo foi deixado a cargo de órgãos de saúde e do tratamento da sanidade no que diz respeito às condutas praticadas por mulheres. Em relação à situação norte americana, cf. Angela Davis (2003, p. 66).

4. Um fator importante de ligação entre a atuação dos dois sistemas e a violência física: "O elemento masculino comum é a violência física (a pena pública ou a pena privada), que age nas duas esferas como modelo de resolução dos conflitos, e constitui, em ambos os casos, a última garantia de controle". (BARATTA, 1999, 47).

mostrando suficiente a punição privada. Em outra via, o que foge do padrão estabelecido para o feminino também merece uma atuação na esfera pública. Assim, condutas "tipicamente masculinas", quando praticadas por mulheres precisam ser simbolicamente reprimidas pelas instâncias de controle social formal no âmbito da criminalização secundária.

A atuação do controle social formal por intermédio de suas agências de criminalização secundária em relação a estas últimas condutas tem levado a um crescimento desproporcional do encarceramento feminino, especialmente de mulheres negras, principalmente em decorrência da expansão da guerra às drogas levada à cabo pelos Estados Unidos desde o último quarto do século passado.

A terceira edição da *World female imprisionment list* aponta para um crescimento da população carcerária feminina ao redor do mundo de cerca de 50% entre 2000 e 2014, enquanto o crescimento populacional foi de 18% (ICPR, 2015). No Brasil, o salto quantitativo ultrapassa a média internacional para o mesmo período, chegando a 567%, considerando-se que no ano 2000 havia 5.601 mulheres encarceradas, ao passo que em 2014 esse número chegou a 37.380. Desse total, 68% são de mulheres negras (BRASIL, 2014).

3. Cárcere e compensação penal

Desde a concepção enquanto resposta estatal ao cometimento de determinadas condutas, a prisão se fundava em um discurso "humanizador" (FOUCAULT, 2013, p. 223), hoje um tanto paradoxal, mas cuja justificação dentro dos ideários liberais do final do século XVIII se mostrava mais aceitável que as penalidades vigentes até então, que tomavam o sofrimento e a inflição da dor tanto como elemento procedimental quanto como punição em si[5].

Além disso, outra vantagem levantada pelo discurso em favor da prisão consistia na capacidade desta de quantificar a medida de retribuição a ser dada em decorrência da infração cometida (FOUCAULT, 2013, p. 224). Se o delito representava uma lesão, tanto individual quanto coletiva, a pena representaria a medida exata da resposta a ser dada pelo Estado dentro de um contexto de suposta proporcionalidade.

Não são poucas as dificuldades de se sustentar esse discurso. Ainda que se possa afirmar que a prisão é "menos desumana" que a tortura e os suplícios, isso não a torna "mais humana" dentro do próprio discurso liberal, especialmente se considerado que em ambos os casos o que se suprime é tempo de vida.

5. Para uma melhor compreensão dessa transição, cf. Lynn Hunt (2009, p. 70-82).

A situação se torna ainda mais complexa se diante do formalismo da norma penal, ao qual corresponde uma estrutura lógica baseada em um fato e uma correspondente sanção de caráter retributivo, opõe-se a concretude de uma relação por vezes deixada em segundo plano. Com efeito, uma vez contabilizado o tempo de supressão da liberdade individual a partir de um tempo cronológico, é preciso considerar a relação espaço-tempo daquele ou daquela a quem será imposta a sanção a partir de uma medida diversa da levada em conta pelo formalismo penal[6], haja vista as vicissitudes que acompanham a execução da privação da liberdade.

Em suma, torna-se necessária uma nova concepção da individualização da pena, à qual devem estar agregados não apenas os aspectos cronológicos e lineares do tempo de prisão – ou seja, aspectos quantitativos –, mas também os aspectos qualitativos (ZAFFARONI, 2013, p. 4). O tempo de prisão nessa perspectiva não se resume ao cronológico resultante da operação formal levada a cabo na sentença, pois sopesa aspectos concretos da relação de quem sofre na carne os efeitos da condenação, que em verdade são constitutivos do tempo de prisão.

Assim, individualizar a pena, para além do formalismo da sentença que quantifica a medida de retribuição, significa tomar o tempo enquanto elemento multidimensional (CHIES, 2008, p. 48), que engloba não apenas a supressão da liberdade individual durante um tempo cronológico como forma de castigo, mas que também castiga pela supressão de direitos não alcançados pela pena cronológica.

Sabe-se que o cárcere mata, deteriora, adoece, lesiona (VACANI, 2013, p. 21). Sabe-se também que a autoridade no cárcere não se restringe à estatal, o que implica reconhecer que há penas dentro da pena fora do alcance do direito. Mesmo havendo uma suspensão da "vida livre" o corpo segue sofrendo as consequências do tempo[7] (MEDLICOTT, 1999, p. 211-212) em dimensões múltiplas, inclusive naquelas que não são compreendidas pelo direito ou que no máximo costumam ser quantificadas por este a partir de um equivalente, como ocorre com a indenização monetária por condições degradantes na prisão.

A execução da pena privativa de liberdade segue, portanto, sem ser problematizada em seu aspecto temporal. Prevalece um modelo em que o tempo de pena, parafraseando Pierre Bourdieu (2001, p. 253), é dado como uma "moldura

6. Nesse mesmo sentido, Pablo Vacani, (2013, p. 21): "[...] la unidad de tiempo sólo se define en una manifestación formal del poder punitivo, de manera tal que todo el sistema jurídico que regula la cualidad del castigo no tiene aplicación práctica en esa cuantificación".

7. Há estudos empíricos que apontam para uma redução da expectativa de vida das pessoas encarceradas após o término da pena. Cf. Anne C. Spaulding et al. (2011).

vazia". Iniciado o cumprimento, entretanto, a moldura começa a ser preenchida e a prática de quem vive a pena é que faz o tempo. Como bem define Celina Bereterame (2013, p. 44), apoiada na ideia de termporalização de Bourdieu[8], a pena objetiva e abstrata se temporaliza no tempo de vida daquele que sofre suas consequências.

Desse modo, não faz sentido que eventuais indenizações decorrentes do sofrimento gerado pelo cárcere sejam quantificadas monetariamente e não em tempo de vida suprimido fora dos parâmetros legais, convencionais e constitucionais.

Estabelecido um novo paradigma indenizatório pelas condições abusivas de encarceramento, resta deixar assentado que o tempo de pena cumprido em condições regulares e dentro dos parâmetros legais, convencionais e constitucionais não pode ser contabilizado da mesma forma que aquele vivenciado em condições abusivas (ROIG, 2017, p. 334).

Nesse contexto é que se sustenta a compensação penal por penas ou condições abusivas, entendendo-se por esta o dever estatal de indenizar não só pela via pecuniária, mas, principalmente, pela via penal o sofrimento causado às pessoas no cárcere para além dos padrões mínimos de dignidade humana (ROIG, 2017, p. 335-336).

Com efeito, a obrigação constitucional do Estado de indenizar pelos danos causados por seus agentes não se restringe à tutela pelo equivalente em pecúnia, o que já vem sendo reconhecido no âmbito da responsabilidade civil. Há, no dizer de Fábio Magalhães (2015, p. 145) uma tendência no sentido de despatrimonializar a responsabilidade pelos danos causados mediante reparação com bem de mesma natureza daquele lesado.

Quando se trata de prisão de caráter abusivo, prevalece no plano da convencionalidade a obrigação por parte do Estado brasileiro de adotar providências no sentido de fazer cumprir os regramentos contidos na convenção americana de direitos humanos e, no que interessa especificamente à abordagem proposta, as regras de Bankok acerca do encarceramento de mulheres (UNITED NATIONS, 2010).

8. Para um aprofundamento da ideia de temporalização, Cf. Pierre Bourdieu (2001, p. 253): "[...] o tempo coisa, tempo dos relógios ou tempo da ciência, é o produto do ponto de vista escolástico que encontrou sua expressão numa metafísica do tempo e da história na qual se considera o tempo como uma realidade dada de antemão, em si, anterior e exterior à prática, ou como a moldura (vazia), *a priori*, de todo processo histórico. Pode-se romper com esse ponto de vista ao reconstruir o ponto de vista do agente atuante, da prática como "temporalização", e desse modo, mostrando que a prática não está *no* tempo, mas que ela *faz* o tempo (o tempo propriamente humano, em oposição ao tempo biológico ou astronômico)".

Em decorrência da doutrina das obrigações positivas dos Estados e da boa-fé nas obrigações assumidas, cabe ao Brasil velar pela execução adequada da pena privativa de liberdade e em caso de danos daí decorrentes utilizar-se de todas as ferramentas jurídicas adequadas para que haja a reparação mais efetiva possível (ROIG, 2017, p. 340).

Esse modelo dogmático não se trata necessariamente de uma novidade. No plano comparado, por exemplo, a Itália, após decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos que impunha àquele país a obrigação de adotar medidas idôneas para a reparação adequada do sofrimento carcerário, editou-se em regime de urgência o Decreto-Legge 92/2014, posteriormente convertido na Lei 117/2014, que alterou a Lei 354/1975, acrescentando o art. 35 *ter*, no qual há expressa disposição acerca da possibilidade de redução de pena na medida de um dia para cada dez dias cumpridos em condições contrárias à convenção, deixando o ressarcimento pecuniário em segundo plano (ITALIA, 1975)[9].

No Brasil, os decretos de indulto emitidos pela Presidência da República podem ser tomados como medidas, ainda que tímidas, de compensação penal. O Decreto 8.615/2015, a título de exemplo, prevê expressamente a concessão de indulto, ou seja, de medida extintiva da punibilidade, às pessoas condenadas em regime aberto, a pena restritiva de direitos ou beneficiadas com a suspensão condicional da pena que tenham cumprido até o dia 25 de dezembro de 2015 um sexto da pena, se não reincidentes, ou um quinto, se reincidentes, em prisão provisória[10] (BRASIL, 2015).

Trata-se de medida, ainda que não necessariamente proporcional, de caráter nitidamente compensatório, como outras contidas no Decreto, que terminam por oferecer uma reparação pelo equivalente à desproporção entre o tempo e o modo de cumprimento da medida cautelar e da pena efetivamente imposta a título de condenação.

As medidas de compensação penal não se limitam àquelas de cunho legislativo ou executivo. Rodrigo Roig (2017, p. 356) cita como caso de compensação penal decisão do STJ no HC 3.109-1/RJ, julgado pela 6ª Turma sob relatoria do Min. Adhemar Maciel, no qual restou consignada a possibilidade de detração penal quando as condições impostas a título de medida cautelar implicarem restrições à liberdade de locomoção, ainda que diversas da prisão.

Também podem ser enumeradas como medidas de compensação penal adotadas no âmbito judicial a detração pelo tempo de prisão preventiva em processo

9. Para uma análise de medidas de compensação penal no direito comparado, Cf. a compilação feita por Rodrigo Roig (2017).

10. Art. 1º, inciso XV.

distinto quando há absolvição ou extinção da punibilidade, muito embora o STJ apenas admita a medida quando a execução seja referente a crime anterior ao período alegado de prisão que servirá como tempo a ser detraído (BRASIL, 2016).

No Supremo Tribunal Federal, importante passo na direção do reconhecimento da compensação penal se deu na repercussão geral da matéria no Recurso Extraordinário 580252 a partir do voto-vista do Min. Luis Roberto Barroso. Na decisão, argumenta-se que cabe ao Estado adotar em caso de danos morais causados por superlotação e condições degradantes mecanismo de reparação preferencialmente *in natura* por meio de remição de parte da pena nos termos do que dispõe o artigo 126 da Lei de Execução Penal, aplicado analogicamente, restando a indenização em pecúnia como medida subsidiária (BRASIL, 2018).

Há, portanto, medidas de compensação penal a serem adotadas tanto pelo juízo da cognição quanto pelo juízo da execução. O que não se pode mais aceitar é a equivalência do tempo quantitativo e do tempo qualitativo de cerceamento da liberdade individual. Tanto o tempo cumprido de maneira degradante como a desproporção entre a prisão cautelar e o tempo de pena a cumprir de forma mais branda devem ser compensados *in natura*.

4. Compensação penal no Brasil: uma perspectiva de gênero

Uma vez demonstrada a possibilidade de compensação penal no ordenamento jurídico brasileiro, o que se pretende é sustentar a necessidade de uma abordagem de gênero para o tema.

Para tanto, é preciso observar que a própria ideia de direitos humanos já foi deslocada do aparente conforto do plano da universalidade para assimilar uma perspectiva de gênero, pois lhe reconhecer um caráter universal significava universalizar as experiências dos homens[11]. Há, desse modo, uma evidente ampliação dos direitos humanos pensada a partir da categoria gênero, tomada esta como balizamento fundamental para a discussão e a implementação de políticas relacionadas à temática (CRENSHAW, 2002, p. 172).

Assim, não há como pensar a experiência do encarceramento sem levar em consideração as questões de gênero. Isso implica partir do pressuposto de que as

11. No dizer de Kimberlé Crenshaw (2002, p. 172) "[...] quando mulheres eram detidas, torturadas ou lhes eram negados outros direitos civis e políticos, de forma semelhante como acontecia com os homens, tais abusos eram obviamente percebidos como violações dos direitos humanos. Porém, quando mulheres, sob custódia, eram estupradas, espancadas no âmbito doméstico ou quando alguma tradição lhes negava acesso à tomada de decisões, suas diferenças em relação aos homens tornavam tais abusos 'periféricos' em se tratando das garantias básicas de direitos humanos".

prisões são masculinizadas, impondo-se às mulheres restrições à liberdade muito além daquelas comumente estabelecidas para os homens.

Relatório do Departamento Penitenciário Nacional aponta que até 2014 o Brasil contava com 1420 unidades prisionais estaduais, das quais 75% destinavam-se exclusivamente a homens, 7% a mulheres e 17% eram consideradas de uso "misto" (BRASIL, 2014).

O número reduzido de estabelecimentos penais destinados às mulheres poderia em princípio ser justificado pela diferença no número de mulheres presas no país, bem inferior à população carcerária masculina. Entretanto, como já apontado com base no mesmo relatório, o crescimento da população carcerária feminina é exponencialmente maior que o da masculina, crescimento este que não vem sendo acompanhado pelo número de vagas abertas no sistema.

Ademais, uma perspectiva de gênero permite notar que em estabelecimentos penais de uso misto prevalece uma lógica de opressão masculina que se exprime de diversas maneiras, desde a questão da sexualidade, perpassando pela divisão do trabalho até a ocupação do espaço físico[12]. Há, assim, uma ampliação da punição que decorre de um verdadeiro processo de silenciamento da presença feminina nesses estabelecimentos.

Estabelecimentos penais "mistos" em geral resultam em adaptações de unidades masculinas onde mulheres são alocadas de maneira improvisada (COLARES; CHIES, 2010, p. 408) e passam muitas vezes a viver o confinamento dentro do confinamento, o que implica a necessidade de se reconhecer a existência de uma situação mais gravosa e que merece ser indenizada. Nesse sentido, Mirko Bagaric et al. (2014, p. 419) apontam uma série de decisões proferidas na Austrália reconhecendo a redução proporcional do tempo de pena cumprido em condições de encarceramento extremo não provocadas por quem cumpre a pena.

As condições de encarceramento extremo da população carcerária feminina no Brasil não se resumem ao confinamento dentro do próprio estabelecimento. O reduzido número de unidades exclusiva para mulheres ou "mistas" significa maiores dificuldades para que o cumprimento da pena possa se dar sem o rompimento dos laços afetivos.

Ainda no que diz respeito às relações afetivas, a questão maternidade segue silenciada quando se trata do encarceramento feminino no Brasil. O grau de silenciamento é tamanho que no único relatório específico elaborado para a população

12. Sobre o tema Cf. estudo empírico realizado por Leni Beatriz Colares e Luiz Antonio Chies (2010).

carcerária feminina, o Infopen Mulheres, publicado em 2014, não há informações sobre quantidade de filhas e filhos. Esse é, sem dúvida, um silêncio que discursivamente diz muito.

Não se ignora a construção social de um arquétipo mãe decorrente de relações de gênero (LOPES, 1997, p. 97). Não obstante, isso não pode ocultar todas as violações impostas à mulher encarcerada que vivencia a condição de mãe.

Quando se trata de maternidade na prisão, os efeitos do tempo sobre o encarceramento não podem ser tomados tão somente em razão dos aspectos quantitativos. O encarceramento feminino gera efeitos destrutivos, tanto em relação às mulheres envolvidas quanto em relação a seus filhos e suas filhas (BUSH-BAKSKET, 2000), que vão muito além do aspecto cronológico.

Dar à luz no cárcere, por sua vez, pode significar a pena mais desumana com a qual se pode conviver no ordenamento jurídico brasileiro. As tormentas começam bem antes do parto, com a ausência de políticas de saúde adequadas, o que irá repercutir até o nascimento da criança, como se pode ver a partir do seguinte relato retirado de pesquisa qualitativa realizada por Rosalice Lopes (2004, p. 125):

> Vivian – (referindo-se aos filhos que nasceram durante o aprisionamento) [...] Eu não curti meus filhos. Tive eles, fui forte, mas eu não curti. Tava com costela quebrada quando tive a Ana (teria apanhado muito quando da prisão) Porque a gravidez inteira, ficar sentada. Eu não conseguia nem respirar, foi horrível pra mim. Tava em estado de choque, não tinha caído na realidade ainda. Na época umas PMs foram muito estúpidas comigo no hospital, quando eu tive ela. Eu acordei, os médicos me trataram que nem ser humano mesmo. Eu trabalhei dentro do hospital então, foram muito carinhosos comigo. Mas sabe, você acordar de um parto, você nunca teve um filho, algemada numa cama, foi difícil. Então, é horrível. Desculpa tá?.. (chora, fica um bom tempo em silêncio) É difícil lembrar de uma coisa tão dura! (continua chorando).

As violações, entretanto, não cessam com o parto. Até 2014, apenas 34% das unidades prisionais femininas possuíam locais destinados a receber mães, filhas e filhos. Nas unidades "mistas", a maioria no Brasil, o número é ainda menor: apenas 6%. Quando se trata de berçários e unidades de atenção, apenas 32% das unidades femininas e 3% das unidades mistas contam com alocações dessa natureza (BRASIL, 2014, p. 17-18).

Mesmo em um cenário ideal, no qual as exigências constitucionais, convencionais e legais acerca das necessidades de mães, filhos e filhas, fossem integralmente cumpridas, não se pode olvidar que a atribuição exclusiva das responsabilidades

parentais à mãe encarcerada, por si só, já implicaria uma especificidade do cumprimento da pena que não se vislumbra a partir do quantum de pena.

Não é necessário muito esforço para compreender que tais condições vão muito além do tempo cronológico imposto na sentença e precisam ser consideradas, pois a restrição da liberdade individual decorrente da sanção impõe condições absolutamente degradantes no ambiente prisional, de todo incompatíveis com a dignidade humana, o que torna necessário reconhecer medidas de caráter compensatório que não se limitem às indenizações de natureza pecuniária.

5. Conclusão

As condicionantes impostas pela categoria gênero incidem bem antes do encarceramento. A criminalização de condutas, enquanto mecanismo de controle social, é diretamente condicionada por padrões patriarcais ainda prevalecentes.

No Brasil, o cárcere, enquanto manifestação concreta do controle social formal, segue regido por essas mesmas condicionantes de gênero. Um modelo prisional essencialmente masculino tem sido adaptado para as mulheres, reforçando características patriarcais em nome de uma suposta igualdade e ao mesmo tempo silenciando as diferenças.

Esse panorama cria condições de encarceramento extremo para as mulheres, negando-lhes uma série de direitos assegurados pela Constituição, pela Lei de Execução Penal e pelos Tratados Internacionais dos quais o país é signatário, o que gera uma obrigação estatal de indenizar *in natura* quem cumpre pena nessas condições, ou seja, um dever de compensação penal.

Embora possa parecer, a princípio, algo distante do ordenamento jurídico brasileiro, o fato é que medidas de compensação *in natura* decorrentes do reconhecimento de prisões abusivas já podem ser observadas em institutos jurídicos vigentes no país, como as situações previstas nos decretos presidenciais que concedem o benefício do indulto e em precedentes judiciais aqui trazidos.

Não obstante, ainda resta muito a avançar no que toca ao reconhecimento judicial, tanto em fase de cognição quanto em fase de execução, da necessidade de se indenizar na mesma espécie as violações por condições abusivas de prisão.

Ademais, diante das inúmeras sanções às quais o Estado brasileiro já foi submetido no plano internacional pelas constantes violações de direitos no ambiente prisional, resta fundamental reconhecer a possibilidade aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execução Penal, que prevê a detração penal sempre que as condições de cumprimento da pena ultrapassarem os limites de supressão previstos normativamente.

Uma vez admitidas medidas dessa natureza a partir da dogmática penal, não se pode supor uma igualdade que não existe entre homens e mulheres no que toca à prisão. Em verdade, o tempo de prisão diz respeito a cada pessoa individualmente considerada. Duas pessoas não cumprem a mesma pena, nem mesmo quanto ao tempo. O tempo de pena é individual e não por outra razão a Constituição da República elenca como direito fundamental a individualização da pena. Considerar a individualidade implica, necessariamente, considerar a categoria gênero.

Referências

ANDRADE, Vera Regina P. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequencia*, Florianópolis, n. 50, p. 71-72, jul. 2005.

BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BARGARIC, Mirko. et al. (Particulary) burdensome prison time should reduce imprisonment length – And not merely theory. *Melbourne Law Review*, v. 38, p. 409-443, 2014.

BEIRNE, Piers. MESSERSCHMIDT, James W. *Criminology*: a sociological approach. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2010.

BERGALLI, Roberto. Un sistema penal em um estado pretendidamente social y em uma sociedad poco democrática. *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 6-19, jan. 2010.

BERETERAME, Celina. La reparación mínima en tiempo vivencial por sufrimiento de prisión arbitraria. In: Zaffaroni, Eugenio R. et al. *La medida cualitativa de prisón en el processo de ejecución de la pena*: programa de transferência de resultados de la investigación. Buenos Aires: UBA, 2013.

BOURDIEU, Pierre. *Meditações pascalinas*. Trad Sergio Miceli. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. 342p.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Infopen mulheres*, Brasília, 2014.

BUSH-BASKETTE, Stephanie. The war on drugs and incarceration of mothers. *Journal of Drugs Issues,* v. 30, p. 919-928, sep. 2000.

CHIES, Luiz Antonio B. *A capitalização do tempo social na prisão*: a remição no contexto das lutas de temporalização na pena privativa de liberdade. São Paulo: IBCCRIM, 2008. 251p.

COLARES, Leni Beatriz C; CHIES, Luiz Antonio B. Mulheres nas so(m)bras: invisibilidade, reciclagem e dominação viril em presídios masculinamente mistos. *Revista Estudos Feministas*, v. 18, n. 2, p. 407-423, 2010.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista Estudos Femininos*, v. 10, n. 1, p. 171-188, 2002.

DAVIS, Angela. *Are prisons obsolete?*. New York: Seven Stories Press, 2003. p. 128.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. 302p.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos*: uma história. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das letras, 2009. p. 288.

ICPR (INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH). *World female imprisionment list*. 3. ed. United Kingdon, 2015.

ITALIA. L. 26 luglio 1975, n. 354. *Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*. Disponível em: [http://presidenza.governo.it/USRI/ufficio_studi/normativa/L.%2026%20luglio%201975,%20n.%20354.pdf]. Acesso em: 20.02.2018.

LOPES, Rosalice. *Prisioneiras de uma mesma história*: o amor materno atrás das grades. 2004. 245f. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo. Instituto de psicologia.

MAGALHAES, Fabio P. Responsabilidade civil do estado por danos morais causados a presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas por superlotação prisional e condições desumanas ou degradantes de encarceramento e a imposição de medida reparatória não pecuniária, por meio da remição de parte do tempo de pena, em analogia ao art. 126 da Lei de execução penal. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 4, p. 138-151, abr.-jun. 2015.

MEDLICOTT, Diana. Surviving in the time machine: suicidal prisoners and the pains of prison time. *Time and Society*, v. 8, issue 2-3, p. 211-230, sep. 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Bogotá: Editorial Temis, 2012. p. 129.

PATEMAN, Carole. Críticas feministas a la dicotomía público/privado. In: SANTAMARÍA, Ramiro Ávila et al. (Org.). *El genero en el derecho*: ensayos críticos. Quito: Ministerio de la justicia e derechos humanos, 2009.

PIRES, Alvaro. Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne. In: PIRES, Alvaro et al. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa et De Boeck Université, 1998. t. II: La rationalité pénale et la naissance de la criminologie.

PIRES, Alvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, p. 39-60, mar. 2004.

ROIG, Rodrigo Duque E. Compensação penal por penas ou prisões abusivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 132, p. 331-381, jun. 2017.

SMAUS, Gerlinda. Teoría del conocimiento feminista y criminologia de la mujer. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 27, jul.-set. 1999.

SPAULDING, Anne C. et al. Prisoner Survival Inside and Outside of the Institution: Implications for Health-Care Planning. *American Journal of epistemology*, 173(5): 479-487, 2011 Mar 1.

UNITED NATIONS. Resolution 2010/16. United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (the Bangkok Rules). Disponível em: [www.un.org/en/ecosoc/docs/2010/res%20 2010-16.pdf]. Acesso em: 20.02.2018.

VACANI, Pablo A. El tiempo de la pena y el tempo en el encierro: apuntes para el análisis del campo de prisón y la acción concreta en el campo judicial. In: Zaffaroni, Eugenio R. et al. *La medida cualitativa de prisón en el processo de ejecución de la pena*: programa de transferência de resultados de la investigación. Buenos Aires: UBA, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio R. La medida cualitativa de prisón en el processo de ejecución de la pena. *La medida cualitativa de prisón en el processo de ejecución de la pena*: programa de transferência de resultados de la investigación. Buenos Aires: UBA, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio R.; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2004.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- As Sufragistas, o Direito Penal e as Mulheres: Dóceis, Submissas e Recatadas. A Linguagem da Dogmática Penal, de Andressa Paula de Andrade e Luiz Fernando Kazmierczak – *RBCCrim* 138/187-211 (DTR\2017\6739);
- Encarceramento Feminino por Tráfico de Drogas no Brasil: A Estratégia Neoliberal de Exclusão das Mulheres à Margem do Sistema Capitalista, de Priscylla Kethellen Viana e Franciele Silva Cardoso – *RBCCrim* 146/613-647 (DTR\2018\18312);
- O Modelo Punitivo Carcerário: Entre a Crise Teórico-Ideológica a o Reafirmar-se Político, de Karina Nogueira Vasconcelos – *RBCCrim* 78/ 349-387 (DTR\2009\313);
- Sistema de Justiça Criminal e Perspectiva de Gênero, de Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Carmen Hein de Campos – *RBCCrim* 146/273-303 (DTR\2018\18282); e
- Do Recato à Rebeldia: o Estigma de ser Mulher Diante de uma Condenação por Tráfico de Drogas na Cidade do Recife, de Érica Babini Lapa do Amaral Machado e Rafaela Maria de Aguiar Cavalcanti – *RBCCrim* 148/395-431 (DTR\2018\19814).

A reprodução medicamente assistida e a legislação penal – uma análise a partir do ordenamento jurídico português

The medically assisted reproduction and the criminal legislation – An analysis from the Portuguese legal order

Arthur Levy Brandão Kullok

Doutorando e mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Pós-graduado em responsabilidade médica pelo Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).
arthur.kullok@hotmail.com.

Recebido em: 30.04.2018
Aprovado em: 14.06.2018
Última versão do (a) autor (a): 20.08.2018

Áreas do Direito: Constitucional; Penal

Resumo: Legislar não é fácil. Regular *hard cases* é extremamente difícil. Delimitar o ponto e o momento de intervenção da lei penal em situações difíceis é, por isto, um grande problema. Esses são os tópicos deste artigo, nomeadamente a dificuldade e a necessidade de legislar criminalmente a matéria em torno da reprodução medicamente assistida. Embora o Brasil não possua uma legislação federal votada ao tratamento específico deste assunto, o Conselho Federal de Medicina vem há uns anos regulando deontologicamente a matéria. Recentemente atualizou o tratamento do tema, publicando a Resolução n.º 2.168, de 21 de setembro de 2017. A análise será realizada mediante um olhar para o direito comparado, especialmente a partir da experiência legislativa portuguesa sobre a procriação medicamente assistida. Sendo certo que em matéria de reprodução humana concorrem diversos enquadramentos e posições, frequentemente antagônicas, o pensamento plasmado aqui só poderá ser um caminho de resposta.

Abstract: Legislate is not easy. Regulate hard cases is extremely difficult. Delimit the point and the moment of criminal law intervention in difficult situations is therefore a big problem. These are the topics of this article, namely the difficulty and the necessity to criminal legislate the subjects around medically assisted reproduction. Although Brazil does not have a federal legislation devoted to this specific subject, the Federal Medical Council has been deontologically regulating the matter. Recently it updated the treatment of the subject, publishing the Resolução nº 2.168, of September 21, 2017. The analysis will be made through a look at comparative law, especially from the Portuguese legislative experience on medically assisted reproduction. Taking it for granted that in the field of human reproduction there are several frameworks and positions, often contradictory, the thinking embodied here can only be a path of response.

Kullok, Arthur Levy Brandão. A reprodução medicamente assistida e a legislação penal – uma análise a partir do ordenamento jurídico português. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 150. ano 26. p. 309-366. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2018.

Palavras-chave: Reprodução medicamente assistida; Processo legislativo; Aborto; Dignidade humana; Direito Médico.

Keywords: Medically assisted reproduction; Legislative process; Abortion; Human dignity; Medical Law.

Sumário: Introdução. 1. Definições jurídicas estruturais. 1.1. Bem jurídico penal e dignidade humana. 1.2. A Dignidade e a pessoa humana. 1.3. A vida humana: a determinação do seu início, a sua subclassificação e os seus distintos momentos de proteção. 2. A Reprodução Medicamente Assistida e o (difícil) processo de elaboração legislativa. 3. O Código Penal português e a reprodução medicamente assistida. 4. Generalidades sobre a lei portuguesa de procriação medicamente assistida. 5. As técnicas de reprodução humana e a intervenção jurídico-criminal. 5.1. Os centros de reprodução autorizados. 5.2. As técnicas de reprodução medicamente assistida em menores ou incapazes. 5.3. A clonagem e o problema jurídico. 5.4. A escolha de características genéticas. 5.5. A mitologia, a biologia e o ser humano: as quimeras e os híbridos. 5.6. A substituição, a utilização ou o recurso ao ventre alheio. 5.7. O embrião e a investigação científica. 5.8. O regime geral das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos e a reprodução medicamente assistida. 5.9. A liberdade de reproduzir e a ofensa ao assentimento esclarecido. 5.10. O sigilo sobre as técnicas de reprodução assistida e a questão do anonimato. 5.11. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Considerações finais. Referências.

Introdução[1]

Embora os novos desafios da legislação criminal do século XXI imponham um conhecimento multidisciplinar sobre os problemas do novo tecido social, sabe-se hoje que nos tempos mais remotos da humanidade a medicina, a teologia, a astrologia, a justiça e a filosofia eram regidas por uma mesma racionalidade (*logos*), conforme o entendimento empreendido particularmente pelos pré-socráticos[2]. Todas essas ordens confluíam para a construção e manutenção de um

1. O presente artigo foi escrito e entregue ao Conselho Editorial antes da publicação do Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 225/2018, de 24 de abril de 2018, que declarou a inconstitucionalidade de diversas normas da Lei portuguesa de Procriação Medicamente Assistida. Contudo, a decisão não abala as traves mestras do artigo nem desfigura o pensamento plasmado no texto, os quais mantêm um contributo tanto de iure condendo quanto de iure condito. Agradecemos penhoradamente ao Professor Doutor Luís Duarte Manso pelo desafio e estímulo lançados para o estudo do tema e ao Me. Renato Moul o esclarecimento sobre questões de genética e biologia.
2. «Ley y naturaleza, nomos y physis, constituían una unidad esencial en la primera época del pensamiento griego; la regulación humana de la conducta estaba inserta en las mismas leyes del ser, y era entendida en ellas y desde ellas. La frase de Heráclito "Todas las leyes humanas se nutren del uno divino", en la que ha querido verse a menudo el origen de la idea de Derecho Natural, ha de entenderse también desde el punto de vista

mesmo *cosmos*, situadas harmonicamente segundo uma só regência e realidade[3]. Uma harmonia e uma racionalidade de cariz metafísica, compreensiva de todas as ciências[4]. Nos dias atuais, marcados pelo paradigma da modernidade, não podemos dizer o mesmo[5]. Verifica-se, em geral, uma racionalidade para cada ciência. Cada vertente epistemológica se apresenta e se representa, de uma forma geral, com um traçado, um significado e um *telos* próprio[6]. Uma *ratio essendi* peculiar[7]. Contudo, parece que existem espaços que resistem ao compromisso de serem locais privativos, persistindo como autênticos *lugares comuns*. A reprodução medicamente assistida é certamente um destes lugares, senão o mais privilegiado. É aquele espaço onde a Medicina surpreende o Direito e o Direito se encontra com a Medicina[8]. Encontro que suscita a convocação do Direito para a

---

de aquella unidad esencial. Este "uno divino" es el logos, según el cual todo acontece y al que todo es común, y al que Heráclito designa también con la palabra *cosmos*, el orden universal, increado y eternamente el mismo para todos los seres, hombres y dioses». WELZEL, 1979, p. 3.

3. FASSÒ, 1982, p. 21-24.
4. A medicina, por exemplo, era encarada como uma atividade sagrada, desempenhada por verdadeiros "sacerdotes de batas brancas". «Com a medicina telúrica dos séculos III e II a. C., em que a morte e a doença eram vistas como desígnio dos deuses, o médico era encarado como um sacerdote que realizava rituais religiosos com uma posição de supremacia face ao doente e sobre o qual exercia a sua autoridade». DIAS PEREIRA, 2015, p. 21.
5. Aliás, Welzel relembra o papel determinante da medicina grega na *ruptura do paradigma* da unidade da natureza, ao trasladar o conceito de natureza do cosmos ao homem, visto que todo homem possui uma natureza determinada. WELZEL, 1979, p. 4.
6. É conhecida a *macrodivisão* das ciências, atribuída a Dilthey, em ciências naturais (*Naturwissenschaften*) e ciências do espírito (*Geisteswissenschaften*) e o seu esforço em atribuir uma metodologia própria para as *Geisteswissenschaften*. Neste sentido, por todos, HEIDEGGER, 2005, p. 205. Uma *síntese crítica* da obra de Dilthey pode ser vista em GADAMER, 1999, p. 335 e ss. A distinção entre as ciências operada por *Dilthey* e a insurgência do *neokantismo* abre caminho para o abandono do positivismo tanto na filosofia do direito quanto no método jurídico-penal o que acaba por resultar na atribuição de um *status* científico à dogmática do direito penal. Cf. MIR PUIG, 2003, p. 210; GIMBERNAT ORDEIG, 2009, p. 38 e ss.; MUÑOZ CONDE, 2001, p. 163 e ss.; LARENZ, 1997, p. 113 e ss.
7. Embora o Direito se cruze com perspectivas sociológicas, filosóficas e epistemológicas, mantêm-se ainda perante uma perspectiva normativa e ainda que possua apenas uma *autonomia relativa*, reserva-se a uma intencionalidade própria e a exigências comprometidas com as suas próprias funções. REIS MARQUES, 2007, p. 18-21.
8. Um olhar sobre o desenrolar dessa relação e as consequentes implicações da *dessacralização da atividade médica* (Karl Jaspers) para o *Império do Direito* (Dworkin) pode ser visto em DIAS PEREIRA, 2015, p. 26-30.

árdua missão de delimitar os parâmetros de justiça e a justeza das considerações médicas e eventualmente regular questões que, de certa forma, excedem os seus estabilizados conceitos e preceitos, tendo agora que se afirmar (ou mesmo ceder) perante as problemáticas situações colocados pelo *brave new world* das modernas técnicas biomédicas.

A análise sobre as técnicas de *reprodução medicamente assistida* (ou, se se quiser, de reprodução clinicamente auxiliada) e a sua relação com a ciência criminal tomará por base as disposições normativas e a discussão existente na legislação e na doutrina portuguesa em virtude das detidas e prolíficas considerações sobre o tema que a literatura jurídica e bioética deste país produziu. No entanto, um olhar para as demais soluções de direito comparado fornecerá um panorama sobre o tratamento da problemática questão que se avulta sobre nós atualmente. Todas as considerações assinaladas a seguir certamente não têm o condão de se arrogar como a última palavra sobre temas tão complexos e movediços como os relacionados com a reprodução humana medicamente assistida, mas poderão, quiçá, apontar um caminho que a ordenamento jurídico brasileiro poderá seguir.

As *guidelines* para a análise serão os dispositivos e as incriminações previstas na lei portuguesa que regula a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida (Lei 32/2006, de 26 de julho). A partir das soluções concretizadas na lei portuguesa, bem como no Código Penal, tratar-se-ão algumas questões de legitimidade da intervenção penal na área da reprodução medicamente assistida, nomeadamente quanto à correspondência entre os concretos tipos legais de crime e os princípios político-criminais de proteção dos bens jurídicos (*Rechtsgüterschutz*), de dignidade penal (*Strafwürdigkeit*) e de carência de tutela penal (*Strafbedürftigkeit*). Finalmente, diga-se que a dificuldade da matéria, a flutuação do tema (Faria Costa) e a direta correspondência com a ciência biológica conduzem para o *dilema* entre o ficar à espera de uma consolidação da matéria jurídica sobre o preciso âmbito de incriminação e a permissividade e a tolerância de uma maior margem de liberdade de investigação científica. É aqui que o legislador (e o Direito) se depara com as tensões entre a legítima realização da atividade científica e o atendimento às recentes demandas da sociedade moderna e a sua compatibilização com as exigências de proteção e prevenção de práticas atentatórias a bens jurídicos dignos de pena, matéria por excelência das *Strafrechtswissenschaften*. Tudo isto porque, em verdade, o homem – ou a *volonté générale* – não sabe o que fazer e como agir perante a emergência do *oitavo dia da criação* e de que forma não acabar por se antecipar a «fazer horóscopo e não leis» (Arthur Kaufmann)[9].

9. *Apud* COSTA ANDRADE, 1986, p. 104-105.

Toda a análise que se fará a seguir tomará em conta aquilo que Costa Andrade, já em 1986, vinha alertando sobre a dificuldade de legislar em matéria de reprodução humana, especialmente porque «[o]s tópicos aflorados, relativos ao discurso de criminalização na perspectiva do domínio específico das modernas técnicas biomédicas apontam, assim, para respostas necessariamente marcadas pelo relativismo, contingência e provisoriedade. E deixam sem alternativa a conclusão no sentido da prudência e contenção (*in dubio pro libertate*) no recurso a soluções de incriminação. Deve, além do mais, ter-se presente que se trata de criar normas penais, que só devem intervir quando à partida animadas duma intencionalidade de durabilidade. Mas que, simultânea e paradoxalmente elas se destinam a reduzir a complexidade duma realidade – as técnicas biomédicas em si e as correspondentes representações normativas da sociedade – em permanente e acelerado processo de transformação. Pode, assim, correr-se o risco de um direito penal condenado ao destino de Cila e Caríbdis: de um direito que tem por destinatário uma "realidade" que já não existe, ou, inversamente, tem como referente uma realidade utópica e meramente ficcionada. Um direito que sendo inócuo na sua dimensão protectiva, não deixaria outrossim de se revelar portador de onerosos custos sociais»[10].

1. Definições jurídicas estruturais

Antes de abordar os principais temas jurídico-criminais referentes à reprodução humana, faz-se necessário uma curta, mas importante, exposição sobre os (enormes) problemas atinentes à relação entre o Direito Penal, a reprodução assistida, a dignidade e a vida humana, pois, será a partir do concreto entendimento e do respectivo posicionamento sobre esta relação que essencialmente se enfrentarão os principais problemas e se apresentarão as correlativas tentativas de solução a respeito das específicas matérias que versam sobre a reprodução medicamente assistida.

1.1. Bem jurídico penal e dignidade humana

1. A primeira dificuldade que emerge na análise sobre o fragmentário quadro legislativo no âmbito da reprodução humana e as técnicas de reprodução medicamente assistida é o problema de qualificação, significado, alcance e posição jurídico-doutrinal que ocupa a dignidade humana no âmbito do Direito Penal. Assumindo e acompanhando a posição da doutrina dominante, negamos o *status*

10. COSTA ANDRADE, 1986, p. 108.

de bem jurídico penal à dignidade humana como fundamento autônomo de uma punição criminal, mas – por outro lado – atribuímos-lhe, sem dúvidas, o caráter de *limite absoluto* à intervenção estadual[11].

A dignidade humana «não constitui um *bem jurídico* penalmente relevante, antes é, numa certa acepção, muito mais que isso, a saber, a mais importante proposição (ou imposição final) ideológica que preside a um Estado de Direito. Proposição que pode e deve – isso sim – concretizar-se, no modo fragmentário e lacunoso próprio da tutela penal, em concretos bens jurídicos (...)»[12]. No mesmo sentido, Romeo Casabona ressalta que a dignidade da pessoa «no es un derecho fundamental, pero es, en cierto sentido, mucho más que eso. Algo semejante puede apuntarse de la Constitución brasileña, donde la dignidad de la persona humana es uno de los fundamentos del Estado Democrático de Derecho (art. 1. III)»[13]. Este autor não proclama a intervenção do direito penal na área da manipulação genética em nome da tutela da dignidade humana, mas individualiza uma pletora de bens jurídicos votados especificamente à tutela das respectivas incriminações[14].

Roxin afirma categoricamente que «a ofensa à dignidade humana não é lesão de um bem jurídico»[15]. Ele critica a postura do legislador alemão ao recorrer à proteção da dignidade humana como fundamento de proibição de *toda a intervenção artificial* em uma célula humana de linha germinal[16]. De outra forma,

11. Assim, FIGUEIREDO DIAS, 2009, p. 41. «O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional: da doutrina, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações». Ao contrário, atribuindo à *dignidade humana* a qualidade de objeto de proteção nos crimes relacionados com a manipulação genética no Código Penal espanhol, MUÑOZ CONDE, 2001, p. 564. Apontando a dignidade humana como autêntico bem jurídico tutelado no crime de clonagem (muito embora proponha uma estranha subdivisão do bem jurídico dignidade humana a ser concretizada na *unicidade* e na *irrepetibilidade* do ser humano), estranhamente o fazendo mesmo após arrazoar sobre a definição, o conteúdo e o alcance do conceito de bem jurídico e admitir que a dignidade humana é muito amplo, indeterminado e abstrato, HIGUERA GUIMERÁ, 1995, p. 245-257. Defendendo expressamente a proteção da dignidade humana como autêntico bem jurídico penal, autônomo ou concomitante, em algumas incriminações (tais como estupro, escravidão e tráfico de seres humanos), HÖRNLE; KREMNITZER, 2011, p. 143-167.
12. FIGUEIREDO DIAS. *Ult. loc. cit.*
13. 2002, p. 22.
14. Cf. 1996, p. 434 e ss; *do mesmo autor*, 2002, p. 233 e ss.
15. Por último em: 2013, p. 20.
16. 2006a, p. 22 (Rn. 25); *do mesmo autor*, 2007, p. 450.

afirma que muito embora todo o tipo de intervenção não deva ser proibido, inclusive afirmando que a eliminação (*Beseitigung*) de uma doença hereditária não pode ser danosa ou limitadora da liberdade[17], assevera que a proibição da intervenção artificial será legítima em alguns casos[18], mas não em nome do princípio de proteção de bens jurídicos, porque o conceito tradicional de bem jurídico não pode oferecer ajuda nesta área, visto que o embrião é somente uma forma prévia de vida humana. Assim, como o embrião *não pode ser considerado uma pessoa*, um ataque contra o embrião não afetará a coexistência da comunidade humana já existente. Deste modo, a merecida tutela do embrião em casos de manipulação genética só se pode dar como uma das possíveis exceções do conceito de bem jurídico em razão de uma antecipação (*Vorverlagerung*) da proteção de bens jurídicos[19].

2. Não cremos poder acompanhar Roxin quando admite uma exceção ao princípio de proteção de bens jurídicos como forma de fundamentar a tutela penal do embrião. Ainda que se compreenda que este autor adote esta exceção (e outras[20]) com a finalidade de resguardar e fortalecer o próprio princípio de proteção de bens jurídicos, bem como tendo em conta que esta posição não se encontra solitária entre os defensores do conceito de bem jurídico que admitem exceções à teoria, uma tal postura não se nos afigura como a mais adequada ou mesmo como a única necessária para a manutenção e a consistência da teoria dos bens jurídicos[21].

Estando cientes de que manter a teoria de proteção de bens jurídicos hermeticamente fechada e imune a exceções pode aparentar um *alargamento* daquilo que verdadeiramente é bem jurídico e daquilo que efetivamente pode vir a ser

17. 2006a, p. 22 (Rn. 25).

18. Tal como a produção de embriões para fins exclusivamente de pesquisa, pois «[é] inquestionável que, com a união do óvulo e do espermatozóide, surge uma forma de vida que já carrega em si todas as disposições para tornar-se um homem futuro. Daí deduzo que tal embrião tem de participar, em até certo grau, na proteção e na dignidade do homem já nascido» (2006b, p. 167).

19. 2006a, p. 29-30 (Rn. 52-54).

20. As outras exceções são a proteção de *animais e plantas* e a tutela das *gerações futuras*. Cf. 2006a, p. 30-31 (Rn. 55-59).

21. Outros defensores do conceito de bem jurídico como parâmetro crítico da intervenção penal também advogam a existência de exceções ao conceito de bem jurídico que podem fundamentar a criação de tipos penais, p. ex., para justificar a incriminação de maus-tratos aos animais. *V.g.*, HEFENDEHL, 2002, p. 11-12; GRECO, 2011b, p. 90; *do mesmo autor*, 2010, *passim*.

considerado bem jurídico penal, permanecemos com a convicção de que não se deve considerar a dignidade humana por si só como um autêntico e autonomizado bem jurídico penal, mas sim procurando encontrar nesta dignidade humana uma determinada refração do seu conteúdo (*v.g.*, a integridade física) que justifique a intervenção do Direito Penal. O que fica dito não invalida que a dignidade humana seja concebida como um valioso pano de fundo em matéria de bens jurídicos genéticos[22].

1.2. A Dignidade e a pessoa humana

1. À parte o preciso significado, o alcance, o conteúdo, o entendimento e a concepção associada à expressão *Menschenwürde*, a questão que se põe agora é saber se existe uma distinção substancial entre as fórmulas dignidade humana e dignidade da pessoa humana. A separação das águas de dá no vocábulo *pessoa*. A distinção tem inquietado maioritariamente a doutrina juscivilística, mas em verdade possui repercussões para todos os ramos do direito[23].

Pendemos para a margem que não assume a distinção[24]. Com isto queremos dizer que defendemos a *personalidade jurídica* já a partir da concepção[25]. Contudo, se, por um lado, alinhamos com a doutrina que advoga que «ser humano e pessoa humana são conceitos com a mesma extensão»[26], não admitindo que exista vida humana que não seja pessoa (*ubi homo sapiens, ibi persona*)[27], discordamos – por outro lado – das soluções propugnadas por esta corrente no tocante, especialmente mas não somente, à interrupção voluntária da gravidez, nomeadamente na recusa à admissibilidade de uma causa de justificação que redunde na não responsabilização penal da conduta da mulher após

22. No mesmo sentido, Silva Dias, 2008, p. 86-87.
23. Ver, na doutrina civilística, por todos, MIRANDA BARBOSA, 2016, p. 23-71.
24. Em sentido contrário, assumindo a distinção e não incluindo o ser humano não nascido como pessoa, para além do já referido Roxin, por todos, SILVA DIAS, 2008, p. 85-86; SPORLEDER DE SOUZA, 2004, p. 252-253; RAPOSO, 2013, p. 1075.
25. Na senda doutrinal de autores como: MIRANDA BARBOSA, 2016, p. 71; OLIVEIRA ASCENSÃO, 1991, p. 451.
26. LOUREIRO, 2001, p. 193. Este autor defende ainda que a dignidade humana é sinônimo de dignidade da pessoa humana. Cf. 2009, p. 183.
27. Cf. LEITE DE CAMPOS; BARBAS, 2001, p. 1259, de modo assertivo e conclusivo: «a vida humana, a pessoa humana e a personalidade jurídica começam com a concepção» (p. 1268); LEITE DE CAMPOS, 2016, p. 451; MIRANDA BARBOSA, 2016, p. 38 (nota 23), 63 e ss; STARCK, 2002, p. 1070.

aconselhamento dissuasivo e desde que o pedido seja efetuado dentro de um prazo razoável previsto em lei[28].

No sentido do que foi dito, assevera-se que a expressão dignidade da pessoa humana inclui não somente os seres humanos já nascidos como também alcança os que ainda não nasceram ou mesmo os embriões que ainda não foram transferidos para o útero[29]. Por outro lado, tem sido mais consensual que um *ser humano* vivo (*v.g.*, um feto) obterá *proteção jurídica*, independentemente de ser considerado ou não como pessoa[30].

2. De acordo com o que foi dito, defendemos que a dignidade humana – desde uma perspectiva *gradualista*[31] – tem início no momento da fusão dos pronúcleos (cariogamia ou anfimixia)[32], alcançando, portanto, o embrião (ainda que *extrauterino*)[33]. Embora esta afirmação pareça precipitar ou esticar demais a "fórmula" da dignidade humana, deve se dizer que a força normativa desse reconhecimento prévio se impõe de uma forma desnivelada em relação às outras fases da vida humana[34]. O que fica dito se mostra compatível e congruente com a tutela do

28. Há quem defenda que mesmo o modelo de aconselhamento obrigatório dissuasivo "à moda alemã" não representa a melhor forma de proteger a vida intrauterina, ainda que se considere – como na Alemanha – a interrupção como um ato ilícito. Assim, LOUREIRO, 1998, p. 372-374.

29. No mesmo sentido, por todos, STARCK, 2001, p. 142-143; BÖCKENFÖRDE, 2003, p. 813; MIRANDA BARBOSA, 2016, p. 67.

30. A doutrina dominante vem reconhecendo, ao menos, que uma tal proteção é devida. Por todos, ROMEO CASABONA, 1994, p. 145; COSTA ANDRADE, 1989, p. 377-378; RAPOSO, 2013, p. 1085-1090.

31. Neste sentido, por todos, SCHLINK, 2003, p. 60.

32. Cf. STARCK, 2002, p. 1068. Kerstin Groner advoga que os *óvulos fertilizados* já são portadores de dignidade humana e se encontram sob a proteção do art. 1, Abs. I da GG. Cf. 1991, p. 313, 315.

33. Como, aliás, vem já declarando o Tribunal Constitucional Federal Alemão (desde a primeira decisão sobre o aborto – BVerfGE 39, 1), embora tal reconhecimento somente tenha sido chancelado no momento após a nidação (portanto, tão só no momento *intrauterino*). Cf. LIPP, 2015, p. 277 (Rn. 11). No mesmo sentido, HERDEGEN, 2017, Rn. 65. Admitindo o caráter axiológico da dignidade humana e o seu papel de configuração dos tipos incriminadores já a partir do que denomina *pré-embrião*, SILVA DIAS, 2008, p. 88-95.

34. Neste sentido, Dieter Birnbacher adota uma repartição gradualista de três conceitos (*begriffe*) do conteúdo valorativo da dignidade humana, incluindo os embriões (junto com os fetos e os cadáveres) no *conceito fraco*, passíveis, portanto, de ponderação (embora considerados indivíduos e merecedores de proteção), ao contrário dos seres humanos

embrião perante bens jurídicos como a identidade genética. Além disto, a adoção daquele momento como o ponto inicial de reconhecimento da dignidade humana fortalece e reconhece os cuidados exigidos nesta fase da vida humana, bem como se alinha com a mais bem patenteada e aquiescida *proibição de coisificação* ou *instrumentalização* do ser humano (de inspiração kantiana)[35]. Vale dizer ainda que existem autores que denegam a atribuição da dignidade humana a uma fase anterior à fusão dos pronúcleos, ou seja, aos gametas, afirmando que deste modo se alargaria em demasia a proteção conferida pela dignidade humana ou mesmo que um tal reconhecimento seria um absurdo estiramento da *Menschenwürde*[36].

3. Por último, no que diz respeito a este ponto, importa dizer que a postura adotada neste texto é aquela que considera a dignidade humana como uma *barreira absoluta* contra as diversas formas de subjugação do ser humano. Isto quer dizer que perante o imbróglio entre a *tese relativista*[37] e a *tese absolutista*[38]

---

nascidos e vivos que fazem parte do *conceito forte* e não veem a sua dignidade sujeita a ponderação. Cf. 2001, p. 246 e ss; *do mesmo autor*, 2004, p. 251 e ss.

35. Sobre o ponto, BIRNBACHER, 2001, p. 256. O autor afirma que o consumo de embriões em pesquisa (*verbrauchenden Embryonenforschung*), a extração de células-tronco e a clonagem terapêutica são formas de instrumentalização para fins alheios, todavia rechaça a assunção de que a mera aniquilação seja uma forma de ofensa à dignidade humana. Alega, contudo, que se a aniquilação se der como uma forma de instrumentalização para fins alheios poderá ser então considerada uma ofensa à dignidade humana. Neste sentido, afirma que a mera interrupção da gravidez, embora efetivamente destrua o embrião ou o feto, não representará (ao menos em regra) a sua manipulação ou exploração para benefício de terceiros (cf. p. 251). No mesmo sentido, advogando a proteção do embrião desde uma fundamentação kantiana, STARCK, 2008, p. 12-13. Defendendo a proibição de instrumentalização do embrião, mas ao contrário de Birnbacher, alertando para uma possível *instrumentalização nos casos de aborto*, OLIVEIRA ASCENSÃO, 1991, p. 448-452.

36. STARCK, 2002, p. 1068; *do mesmo autor*, 2008, p. 11 (em ambas as publicações refutando o *argumento da continuidade*); LOUREIRO, 1999, p. 332; HERDEGEN, 2017, Rn. 68. Por sua vez, José de Oliveira Ascensão afirma que «o sémen ou os óvulos nunca poderão ser coisificados, pois têm já por si uma dignidade especial, pela potência de vida que contêm. Por maioria de razão isso acontece também com o embrião». Cf. 1991, p. 449.

37. Por todos, SARLET, 2011, p. 178 e ss. O autor adota a distinção proposta por Alexy entre regra (as quais não admitem nenhuma exceção) e norma-princípio (que admitem alguma relativização), alocando a dignidade humana simultaneamente em ambas espécies de *estruturas normativas*. Ou seja, se por um lado o autor admite que a dignidade humana seja a última barreira de intervenção contra a pessoa (em seu aspecto nuclear do âmbito de proteção), admite – por outro lado – que a relativização é inevitável e comporta alguma margem de interpretação e aplicação, reconduzindo mesmo a um juízo de valor, hierarquização ou ponderação. Crítico à concepção de Alexy sobre este aspecto,

da dignidade humana, a posição que se defende aqui é a última. Só ela deve se coadunar com o mandamento de que a dignidade humana é o fundamento e o princípio basilar do Estado de Direito Democrático. Nas palavras de Reis Novais «não faria sentido que, a partir do momento em que o conceito foi elevado a pilar jurídico principal que suporta o edifício do Estado de Direito, enquanto seu princípio normativo supremo, ele pudesse, ainda assim, ceder face a outros valores, princípios ou interesses. Se outros valores pudessem prevalecer sobre a dignidade da pessoa humana seria o próprio edifício do Estado de Direito, tal como o conhecemos, que claudicaria à medida da relativização normativa do seu pilar, forçando mesmo, então, a reconstrução desse edifício sobre um misto eclético dos novos valores prevalecentes, fossem eles a segurança do Estado, a luta contra o terrorismo, o equilíbrio financeiro, o relativismo moral ou quaisquer outros»[39]. O que se admite que possa ocorrer, na verdade, não é a ponderabilidade ou não da dignidade humana, visto que esta *não está sujeita à ponderação*, mas sim ao «apuramento da eventual violação do princípio, isto é, a verificação de existência de inconstitucionalidade por violação da dignidade da pessoa humana, é insuscetível de realização adequada sem a apreciação e a valoração das circunstâncias do caso, do contexto, e das intenções subjacentes, e sem ter em conta eventuais alternativas de acção para a realização do fim que se tinha em vista. Nesse sentido, a vinculatividade absoluta da dignidade da pessoa humana combina-se necessariamente com abertura e com relativização, implicando, numa e noutra, a eventual necessidade ou conveniência em realizar juízos de ponderação»[40].

3.1. Em suma, pondo fim à questão, «a dignidade humana, enquanto base em que assenta o Estado de Direito, tem um valor absoluto, isto é, o conteúdo

---

REIS NOVAIS, 2016, p. 155-158. O autor – recorrendo à afirmação de Claus Dieter Classen – afirma que «a dignidade constitui critério de ponderação e institui limites para a ponderação, mas não é, ela própria, objecto de ponderação». A citação está na nota 148. Em sentido similar, Daniel Sarmento também não concorda com a concepção de Alexy que admite a possibilidade de a dignidade humana ceder em casos concretos face à ponderação com outros princípios. Cf. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, 2003, p. 76.

38. Ralf Poscher (2004, p. 758-759) chega mesmo a atribuir a natureza de tabu à dignidade humana. Para Reis Novais, «mesmo em uma época de inclusividade, tolerância e pluralismo, se há um valor sobre cujo carácter absoluto se possa fundar um consenso jurídico, político, social e cultural o Estado de Direito, esse será o da dignidade da pessoa humana, o único valor constitucional que possui força normativa de potencial vinculatividade absoluta». Cf. 2016, p. 152-153.
39. REIS NOVAIS, 2016, p. 148-149.
40. *Idem*, p. 158.

da dignidade da pessoa humana continua a não ser ponderável com outros valores, permanece insusceptível de ceder perante outros bens, ainda que, (...), a delimitação final do sentido normativo do princípio no caso concreto só possa ser encontrada quando se apura a eventual existência de uma violação ao comando normativo. Nessa última fase, é certo, o operador jurídico será obrigado, para obter a resposta àquela questão – a existência de uma violação –, a recorrer a juízos de apreciação, de valoração e, eventualmente, de ponderação em sentido próprio que tenham em conta todos os interesses, valores, factores e circunstâncias relevantes na situação concreta, mas essa necessidade não afecta a natureza de vinculatividade absoluta do comando constitucional da dignidade»[41].

No fundo, respeitadas as diversas correntes teóricas, a confusão (muitas vezes) terminológica termina por conciliar as posições no sentido de que praticamente todas elas acabam não admitindo que a dignidade humana seja *sacrificada* ou atingida no seu *núcleo existencial*[42].

1.3. A vida humana: a determinação do seu início, a sua subclassificação e os seus distintos momentos de proteção

1. Algumas notas devem ser efetuadas no sentido de dissipar alguns dos eventuais problemas que podem surgir em relação à vida humana (em sentido jurídico-normativo). Adotando a lição da Filosofia do Direito podemos acompanhar a ideia de que as *realidades naturais* ou simplesmente *pré-jurídicas* (tais como os dados naturais e científicos) *condicionam* «a solução normativo-jurídica, mas nem a oferecem, nem a impõem, já que essa solução será sempre o resultado de uma opção-avaliação (normativamente autónoma) sobre essas realidades»[43]. Na síntese de Castanheira Neves, a "natureza das coisas" «pode ter-se pelo momento material do problema, mas nem impõe o critério decisivo, nem dela se infere a solução concreta»[44]. Deste modo e segundo este quadro teórico-referencial,

41. *Idem*, p. 163.

42. É o que defende, por exemplo, Ingo Sarlet. «Em se admitindo – na esteira de Alexy – que mesmo a dignidade comporta diversos níveis de realização e, portanto, uma certa graduação e relativização, *desde que não importe em sacrifício da dignidade*, seria possível reconhecer também que a própria dignidade da pessoa, como norma jurídica fundamental, possui um núcleo essencial e, portanto, apenas este (na hipótese de uma necessária harmonização da dignidade de diversas pessoas), por via de consequência, será intangível». Cf. 2011, p. 191 (grifos nossos).

43. CASTANHEIRA NEVES, 1975, p. 174.

44. *Idem*, p. 175, nota 172.

embora se admita, com razão, que a *ciência médica* tenha uma palavra a dizer no que diz respeito à determinação dos precisos momentos constitutivos da vida, será, contudo, a *perspectiva normativa* – a específica fenomenologia e experiência jurídica – que irá conferir e, ao final, validar a derradeira concepção juridicamente relevante quanto às específicas fases da vida humana.

2. Dito isto, deve se dizer em primeiro lugar – apoiados na doutrina largamente dominante – que a vida humana, *em sentido jurídico*, se inicia no instante da fecundação[45]. Em segundo lugar, afigura-se-nos devida uma explicação sobre as terminologias jurídico-criminais empregadas no âmbito de tutela do bem jurídico *vida*. Defendemos que o bem jurídico vida humana *é um só*. O fracionamento que se pode e se deve fazer *não deve ser* aquele que oferece uma distinção qualitativa, representativa de uma "dualidade de vidas" conducente a dois bens jurídicos penais autônomos. Esta corrente, que se pode chamar de *dualista*, entende que o bem jurídico *vida humana* pertence aos *seres humanos já nascidos* (ou com o processo de nascimento já iniciado). Neste caso o bem jurídico é tutelado primordialmente pelos crimes de homicídio ou infanticídio. Por outro lado, entende que o bem jurídico *vida intrauterina* pertencerá aos seres humanos *ainda não nascidos*, sendo, portanto, tutelado no crime de aborto[46]. Não cremos, contudo, que deva ser assim. Defendemos a *unicidade da vida humana*. Uma distinção de momento, não de qualidade. Uma diferenciação representada por distintos períodos e desenvolvimentos da vida, exigindo, a cada momento, maiores ou menores cuidados e dependência. Por conseguinte, a diferença residirá, sobretudo,

45. Por todos, BÖCKENFÖRDE, 2003, p. 812; STARCK, 2005, p. 491; GRECO, 2013, p. 308. Contrariamente, defendendo o início da vida somente após a nidação, pois só aí se inicia o autônomo programa de desenvolvimento humano (*das autonome Entfaltungsprogramm menschlichen Lebens*), Di FABIO, 2017, Rn. 24. Defende por isto que toda a intervenção do legislador prévia à nidação se dá, tão somente, em virtude de um especial conteúdo de garantia objetivo-institucional, promovida e autorizada pela *Grundgesetz* no sentido de conferir ao legislador ordinário uma certa margem de conformação para a proteção da dignidade humana, como é o caso da lei de proteção de embriões (*Embryonenschutzgesetz* – ESchG) e da lei de utilização e importação de células-tronco embrionárias (*Stammzellgesetz* – StZG). Cf. *Idem*. Rn. 27-29.

46. A doutrina portuguesa (*v.g.*, Figueiredo Dias, Pinto de Albuquerque e Damião da Cunha) vem adotando a terminologia vida intrauterina para autonomizar o bem jurídico tutelado no crime de aborto. Conceição Cunha ao tratar do crime de aborto falava apenas em *vida humana*, levando a crer que não conferia uma autêntica diferenciação no seio do bem jurídico vida. Cf. 1995, p. 363-372. Expressamente a favor de uma autonomização entre os bens jurídicos, FIGUEIREDO DIAS, 2012a, p. 5-7 (§§ 4-7); DAMIÃO DA CUNHA, 2012, p. 223-225 (§§9-12).

no *momento do nascimento*. Deste modo será possível compreender e atender às diferenças que existem entre os dois grandes planos da vida: o pré-natal e o pós-parto. Poder-se-á admitir uma *diferente ponderação* entre os dois momentos (o que naturalmente explica as distintas soluções para cada tipo de agressão), mas já não se admite uma diferença de valor qualitativa (*keine andere Wertqualität*)[47].

2. 1. Diante deste quadro será necessário adotar uma terminologia que expresse e diferencie os dois distintos momentos *do mesmo bem jurídico* vida humana. Um se inicia precisamente no início do processo de nascimento[48] e atenderá tão somente à terminologia *vida humana*. O outro se inicia com a fecundação e, na senda de alguma doutrina alemã (Merkel), será tratado por *vida humana pré-natal* (*pränatale menschliche Leben*)[49]. É muito importante ressaltar que a vida humana em seu *momento* pré-natal compreende tanto uma *condição* intrauterina

47. ESER, 2014a, Rn. 9, acompanhando a doutrina alemã dominante. Nélson Hungria caracterizava a vida do feto como *vida em sentido genérico*, radicando a diferença entre a vida extrauterina do infanticídio e a vida intrauterina do aborto apenas como uma *distinção de grau*, embora considerasse o feto como «uma pessoa virtual, um cidadão em germe». Cf. 1979, p. 285-287. No Brasil alguma doutrina tem apontado a *vida humana em desenvolvimento* (Rogério Greco) ou a *vida humana dependente* (Luiz Régis Prado) como o bem jurídico tutelado no crime de aborto. Estas terminologias, da forma como vemos, não afastam a consideração de que *há um só bem jurídico vida humana* (como aliás preveem tanto o CP brasileiro como o CP alemão em um capítulo denominado *crimes contra a vida*, diferentemente do CP português que prevê, em separado, um capítulo sobre os *crimes contra a vida intra-uterina*), embora este bem jurídico possa ser *subclassificado em dois momentos* e as designações suprarreferidas não desmereçam em grande parte a divisão pretendida a partir do nascimento, não nos parece que aquelas sejam a melhor forma de definir ou delimitar o momento pré-natal, pois podem acabar por criar mais confusões do que propor soluções. Crê-se que a definição proposta por nós resulta mais "enxuta" e mais condizente com as expressões adotadas pela ciência médica e pela terminologia pública e social.

48. Muitos tem sido os momentos convocados para determinar o início da vida "extrauterina". Aqui se adota o critério do início do processo de nascimento/parto. Cf., por todos, FIGUEIREDO DIAS, 2012a, p. 7-9 (§§ 8-11); ESER; STERNBERG-LIEBEN, 2014, Rn. 13; GRECO, 2013, p. 308. Em sentido contrário, após refutar as demais teses (começo do parto; momento em que o corpo do feto aparece na vagina; momento após o corte o cordão umbilical; início da respiração pulmonar ou capacidade de alimentação por via bucal), Romeo Casabona defende o momento da «expulsión completa del feto/niño, aunque no se haya seccionado todavía el cordón umbilical ni se hayan iniciado de forma autónoma otras funciones vitales (respiración pulmonar, etc.)» como o momento do início da vida humana independente ou autônoma. Cf. 1994, p. 157.

49. Preferimos a expressão vida pré-natal do que a expressão *vida não nascida* (*ungeborenes Leben*) adotada por uma boa parte da doutrina alemã (*v.g.*, Kühl, Gropp).

quanto uma extrauterina, esta última pensada para os casos de um embrião *in vitro*. Distinção que a corrente que defende a vida intrauterina como autônomo bem jurídico *pertinente ao momento pré-nascimento* não poderá estender às condutas que não ocorrem *in utero*[50].

3. As condições *in utero* e *ex utero*, integrantes do *momento* pré-natal do unitário bem jurídico vida humana, conduzirão a *diferentes soluções de criminalização* e, por conseguinte, a diferentes formas de tutela jurídica. Assim, enquanto a vida humana pré-natal intrauterina só alcançará repercussão jurídico-criminal após a nidação, seguindo – mais uma vez – a doutrina dominante[51], a condição

50. Como, naturalmente, ressaltam Figueiredo Dias e Vera Lúcia Raposo. Cf., respectivamente, 2012a, p. 6 (§ 5); 2013, p. 1069.

51. Por todos, DAMIÃO DA CUNHA, 2012, p. 225 (§14); CIRINO DOS SANTOS, 1979, p. 46; GRECO, 2013, p. 308; GÓMEZ RIVERO, 2008, p. 518 (no que toca ao crime de lesões ao feto) e 527 (no que diz respeito ao crime de aborto). Desenvolvidamente, ROMEO CASABONA, 1994, p. 147-153. O Código Penal alemão, no § 218, I, chega mesmo a expressar que antes da nidação (*vor Abschluß der Einnistung des befruchteten Eies*) não há punibilidade. A doutrina dominante tem tratado o posicionamento legislativo com algumas reservas, embora não venha desaprovando o critério. Umas das críticas vem sendo a precisa determinação do momento da nidação, o qual não pode ser estabelecido com precisão em todos os casos. Por este motivo, vem-se afirmando que o início da punibilidade se dá apenas após o final da quarta semana depois da última menstruação. Cf. ESER, 2014b, Rn. 15; MERKEL, 2017a, Rn. 14; GROPP, 2017b, Rn. 11; KÜHL, 2014a, Rn. 8. De uma forma mais crítica, Albin Eser sustenta que em virtude da incerteza existente quanto ao momento exato da nidação, o legislador deveria determinar o período de espaço livre de punibilidade (*straffreien Raum*) mediante a – reutilização da anteriormente positivada – *formelle Fristregel* (determinação formal de prazos), substituindo, portanto, o momento da nidação como início da proteção da vida pré-natal (intrauterina). Cf. 2014b, Rn. 11. Por outro lado, deixa claro que a nidação, como critério adotado, aponta para o *início dos efeitos criminais de proteção da vida* e não propriamente *para o seu início*. Cf. 1992, p. 583. Em sentido contrário, apontando o momento da *fecundação* como o instante inicial da tutela penal. HUNGRIA, 1979, p. 290. Heleno Fragoso, por outro lado, em suas Lições de Direito Penal, admite expressamente que o início da tutela penal somente se dá com a *nidação*. Cf. 1978, p. 129-130. Desde uma perspectiva constitucional, encontra-se em João Loureiro um defensor do início da tutela jurídica da vida já a partir da concepção. Expressamente em: 1998, p. 351. Em um outro texto, o autor não é tão explícito, mas refuta os demais «momentos relevantes» para o início da tutela jurídica *e não contesta o momento da concepção*, parecendo se inclinar, portanto, para este último. Cf. 1997, p. 16-22. Dworkin fala que a *individualidade genética do feto* se estabelece depois de mais ou menos quatorze dias, quando ele é definitivamente implantado no útero. Cf. 1993, p. 32. Ponderadas as coisas, e tendo em conta as críticas da doutrina alemã, vale a pena assumir que a tutela penal da vida pré-natal intrauterina se inicia no momento da *nidação*, ainda que se reconheça que é praticamente impossível, à luz da ciência médica atual, determinar o

ex utero de uma vida humana dificilmente sustentará uma incriminação, em razão deste bem jurídico. Desde já porque as condutas que lesionarem a vida pré-natal *ex utero*, evidentemente anteriores à nidação, não serão compreendidas no âmbito de tutela do crime de aborto[52] e, por outro lado, porque aquelas condutas

instante exato da nidação em cada caso. Além do mais, apontar pura e simplesmente a data da última menstruação como o critério adequado poderá sempre incorrer no risco de uma mulher tendenciosa a interromper a gravidez mentir a data da sua última menstruação de modo a prolongar os dias de não punibilidade e alterar o prazo legalmente permitido. No fundo, o que fica estabelecido é apenas um limite basilar de vigência da punibilidade. Uma intenção plasmada no sentido de iniciar a tutela do bem jurídico a partir de uma certa situação (intrauterina). Em verdade, qualquer das fórmulas de determinação do início da tutela penal da vida pré-natal (fecundação, nidação, solução formal dos prazos, início da atividade cerebral ou mesmo a viabilidade) não será efetivamente detectável em cada caso concreto e não atenderá *perfeitamente* às exigências de generalidade e abstratividade das leis. Diante do que foi dito se pode constatar e assumir que o critério da nidação – para fins de início da tutela do bem jurídico vida humana pré-natal intrauterina – é falho, mas suficiente para conferir algum grau de definição legislativa exigido juridicamente. Duas últimas palavras ainda em relação ao crime de aborto. Uma quanto à verificação das semanas de gravidez: acompanhamos a doutrina e a legislação portuguesa e alemã que afirma que o tempo da gravidez é constatado segundo o estado atual do conhecimento científico. Atualmente e de forma acurada (principalmente nas primeiras 12 semanas) vem se determinando pela ultrassonografia. Cf. art. 142, n.º 7 do CP português; PINTO DE ALBUQUERQUE, 2015, p. 549 (anotação 12); MERKEL, 2017b, Rn. 76; GROPP, 2017a, Rn. 77; KÜHL, 2014b, Rn. 6. A segunda se refere ao prazo da gestação (idade gestacional admissível para a interrupção voluntária da gravidez). Acreditamos que a melhor forma de definir a *forma de contagem* das semanas de gravidez se faz mediante a *expressiva positivação do critério na lei*, como faz o *CP alemão* (cf. § 218a I 3 – 12 semanas a partir da concepção (idade embrionária) ou, de outra forma, 14 semanas de idade gestacional –). A *lei italiana* admite a interrupção da gravidez nos primeiros 90 dias, mas não diz se é a contar da concepção ou da última menstruação (cf. art. 4 da Legge 22 maggio 1978, n.º 194). A *lei espanhola* também só fala em primeiras 14 semanas (cf. art. 14 da Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo). Nossa posição sustenta que a interrupção voluntária da gravidez só se poderá considerar admissível (ou melhor, não punível por estar justificada) até a 8ª semana de idade embrionária ou até o final da 10ª semana gestacional (contagem anterior à fecundação e relacionada com a data da menstruação). O limite das 10 semanas de gestação, contadas a partir da última menstruação e consonante com o prazo de 8 semanas a contar da concepção, é, no nosso entender, a forma mais adequada, bastante e proporcional para proteger o bem jurídico vida humana (pré-natal intrauterina) e ainda assim prever uma possibilidade de justificação da conduta em razão de um *prazo legal previamente estabelecido* e somente após *consultas de aconselhamento* (sobre isto, *infra* nota 116).

52. Por todos, GROPP, 2017a, Rn. 39; MERKEL, 2017a, Rn. 8; DAMIÃO DA CUNHA, 2012, p. 225-226 (§14-16), embora este autor defenda uma *tese dualista* do bem jurídico vida humana.

destinadas à *destruição de embriões* não transferidos ao útero de uma mulher *não deverão ser*, a princípio e atendendo ao atual estado da arte da ciência – e da sociedade –, *punidas pelo Direito Penal*, embora possam vir a ser proibidas e ilícitas, além de eventualmente virem a ser sancionadas pelo poder estatal, por exemplo, pelo Direito Administrativo. Isto tendo principalmente em consideração o fato de que os possíveis agentes de uma tal "matança" serão muito possivelmente médicos, geneticistas, cientistas ou demais profissionais da saúde inseridos em alguma clínica ou instituto de pesquisa ou de fertilidade. Para estes agentes e para estas circunstâncias da prática do fato não entendemos que seja *necessária* e *idônea* a intervenção do sistema de justiça criminal, bastando para tanto o sancionamento administrativo ou disciplinar e/ou ainda a reparação civil. Em outras palavras, não se desconhece a *dignidade penal* do bem jurídico vida humana (embora em seu momento pré-natal e na condição extrauterina), o que se propugna é a – atual – *desnecessidade de pena* em virtude da existência de outros instrumentos estatais de controle[53].

2. A Reprodução Medicamente Assistida e o (difícil) processo de elaboração legislativa

1. Como se viu acima, o processo de elaboração de uma legislação sobre uma matéria tão complexa como a reprodução humana envolve temas bastante difíceis e frequentemente disputados. Não é absolutamente fácil chegar a um consenso democrático ou mesmo a um consenso basilar sobre aspectos altamente plurifacetados e controversos que, para piorar, repercutirão ainda em outras disposições e em outros domínios do ordenamento jurídico. Neste terreno, a exigência de uma visão sistematizada e congruente sobre a Ordem Jurídica se faz mais presente e, portanto, muito mais delicada. Um erro, uma má interpretação ou o emprego de uma má técnica legislativa pode ocasionar numa desastrosa reação em cadeia.

2. Atento ao que foi dito, o legislador português avançou com uma abordagem unitária sobre o tratamento do regime jurídico sobre a *procriação medicamente assistida* (PMA). Desta forma, optou por consagrar de forma substancial e expressa a arrumação de praticamente toda a temática relacionada com a reprodução clinicamente auxiliada em uma só lei. Foi o que aconteceu e se deu com a publicação da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, após uma espera de exatos vinte anos. A doutrina, de modo geral, recepcionou a criação da lei de forma positiva. Houve quem enfatizasse o fato de que embora o primeiro Projecto de Lei referente à PMA datasse de

53. No exato mesmo sentido, ESER, 2014a, Rn. 10.

1986, era de aplaudir a "autorregulação" dos médicos e dos profissionais da saúde que na ausência de lei conseguiram manejar a sua atuação neste «domínio tão sensível» sem serem «conhecidas graves infracções às regras éticas e deontológicas»[54]. Ademais, louvou-se o fato de se criar um Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) – ao qual compete, genericamente, pronunciar-se sobre as questões éticas, sociais e legais da PMA – e de remeter algumas soluções concretas para o *estado da arte da ciência*. tudo isto como «fruto de um longo debate entre especialistas da Medicina, do Direito e da Ética, bem como, naturalmente, das diferentes bancadas parlamentares»[55].

3. Também em 2006 e ainda na Península Ibérica, a Espanha editou a sua segunda lei sobre as *técnicas de reproducción humana assistida*, Ley 14/2006, de 26 de mayo[56]. Embora Portugal tivesse um projeto de lei em 1986, é a Espanha que desde 1988 – com a entrada em vigor da Ley 35/1988, de 22 de noviembre – se converte em um «país de referência (o pioneiro no tratamento legal destas matérias havia sido a Suécia) na regulação das técnicas de reprodução assistida e da investigação com material fetal e embrionário»[57]. No entanto, a lei (especial) espanhola não prevê nenhum tipo legal de crime, insculpindo as proibições criminais apenas no Código Penal (arts. 159-161). Esta opção do legislador espanhol em decidir incluir os crimes relativos à manipulação genética (os quais incluem condutas relacionadas com a reprodução medicamente assistida) apenas no Código Penal e não em uma legislação especial foi acesamente debatida. Na Espanha, tanto o legislador como a doutrina hesitaram na escolha pelo melhor modelo. Para além dos *Proyectos* de CP antes da promulgação do Código Penal de 1995 terem divergido quanto à inserção dos crimes relativos à manipulação genética no texto do Código Penal, a polêmica doutrinal pôde ser dividida em *três posições*[58]: a que defende a inserção no *próprio código*[59]; a que defende a arru-

54. RAPOSO; DIAS PEREIRA, 2006, p. 89.

55. *Idem*, p. 89-90.

56. Uma análise jurídica *sobre cada uma das disposições da lei* é encontrada em RAPOSO, 2006, p. 153-172. Para uma visão sobre os *aspectos éticos e científicos* da lei e do seu articulado, ver, LACADENA, 2006, p. 157-184.

57. URRUELA MORA, 2008, p. 173. No mesmo sentido, Enrique Peñaranda Ramos, «[p]or lo que se refiere a España, la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988 fue una de las primeras en todo el mundo en regular esta materia y lo hizo, en general, en un sentido permisivo. En consonancia con ello, es también muy limitada la intervención del Derecho penal en este ámbito». Cf. 2006, p. 77.

58. JORGE BARREIRO, 1999, p. 100 e ss., esp. 104.

59. Assim, GRACIA MARTÍN; ESCUCHURI AISA, 2005, p. 82-83. No mesmo sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, 2007, p. 533-534. «La inclusión en el Código Penal, con

mação sistemática em uma *lei especial*[60] e uma *posição eclética* que afirma que o mais importante não é propriamente a arrumação positivo-sistemática, mas sim a translação daquelas figuras delitivas ao Código Penal mediante um procedimento «adaptável e remodelável» às específicas exigências jurídico-penais, «que parece más científico y legiferante» do que um rasteiro «"cortar y pegar", procedimiento más bien cibernético»[61]. Como ficou antecipado, venceu a postura que defendia a inserção desses crimes no Código Penal.

4. A crescente regulamentação legal das técnicas de reprodução medicamente assistida patenteia a atualidade do tema e demonstra a necessidade do estabelecimento dos seus limites nos dias e nas sociedades atuais. Ainda assim, e mesmo que se reconheça a dificuldade de legislar nesta matéria, nem todos os ordenamentos jurídicos dispõem de uma legislação detalhada e específica sobre os assuntos correlatos à reprodução humana e às técnicas de reprodução assistida. É o caso do Brasil. Muito embora esteja em vigor a lei de biossegurança (Lei n.º 11.105/2005, de 24 de março), as técnicas de reprodução medicamente

---

su "importante carga simbólica", se considera, frente a ello no sólo más acorde con la pretensión codificadora, que asegura mejor la coordinación entre los diversos tipos penales, sino también por entenderla más apropiada desde el prisma preventivo general, así como para garantizar la vigencia y aplicación uniforme de las normas y principios reguladores de la responsabilidad penal». Este autor deixou a sua posição um tanto mais bem definida e clarificada quanto à questão da arrumação sistemática nesta última obra citada. Anteriormente, da forma como havia se posicionado, parecia adotar uma *postura eclética*. Esta foi a leitura de Agustín Jorge Barreiro (*ADPCP*, 1999, p. 105) ao analisar a publicação de José Luis de la Cuesta Arzamendi na publicação de 1996, nas páginas 57-58. «Ciertamente el tema es importante, aunque no decisivo: no es la colocación o no en el Código Penal que determina la aplicabilidad de las disposiciones penales, sino la conciencia de su importancia y la voluntad de hacerlas realmente efectivas» (*idem*, p. 58).

60. Assim, José Luis González Cussac, «no parece ser la técnica legislativa más correcta la empleada, en cuanto a su inclusión en el Código Penal. Y no lo es porque un Código, por principio, posee una vocación de permanencia y duración, que desde luego no tiene esta materia, continuamente sometida por celéricos cambios tecnológicos y científicos. Todo lo cual arrastra a continuas reformas del Código Penal, a fin de evitar su desconexión con la realidad» (1995, p. 84).

61. ROMEO CASABONA, 1996, p. 461. Romeo Casabona acaba por assumir uma postura favorável (embora não radical, como tenha sido dito) à não inserção desses crimes no Código Penal devido a algumas disfunções (*v.g.*, a pluralidade e a diversidade das condutas e do bem jurídico) que justificavam a arrumação em uma lei especial sobre a matéria. No mesmo sentido, afirmando de forma terminativa que a *arrumação jurídico-sistemática não é uma questão fundamental*, mas expressamente defendendo a *não colocação dos crimes no Código Penal*, em especial pelo caráter mutável da matéria objeto de regulação e a experiência de direito comparado. JORGE BARREIRO, 1999, p. 106-107.

assistida não contam com um específico aparato legislativo em vigor. A lei de biossegurança não dispôs de especificações sobre a matéria. Restringiu-se a coibir, descrever e estatuir algumas disposições sobre os «organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados».

5. A "regulamentação legal" brasileira em matéria de reprodução medicamente assistida *não está regulada em lei ordinária*. Desde 1992 que tem sido o Conselho Federal de Medicina (CFM) a disciplinar o assunto através de *Resoluções* aprovadas por reuniões plenárias. A última, Resolução CFM nº 2.168/2017, foi publicada no Diário Oficial da União (Seção 1) em 10 de novembro de 2017 (p. 73-74). Esta Resolução substitui uma de 2015 (CFM 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117).

6. As questões e as alterações abrangidas na nova Resolução do CFM denunciam a delicadeza do tema, a complexidade da matéria, a mutabilidade das posições científicas e sociais e redundam certamente na dificuldade de legislar sobre a reprodução humana. É um âmbito muito específico que reclama uma conexão bem desenvolvida e refletida entre o Direito e a Medicina de forma a esticar algum dos limites da normatividade, a sopesar e debater as dificuldades de regulação sobre a convivência humana e o cuidado para não acabar mesclando uma ciência com a outra, sem, todavia, desfazer a *simbiótica relação* (José Miola[62]) entre elas.

7. De toda a forma, uma palavra deve ser dita. Em um Estado Democrático e Social de Direito não se deve socorrer, por tanto tempo, a regulamentações administrativas para o tratamento de assuntos tão sérios e complexos. E desde já se diga que as mundividências individuais e as convicções filosóficas e religiosas de cada pessoa não devem refletir na modelação da lei. Vivemos em um Estado Laico, marcado pelo princípio da separação das confissões religiosas do Estado[63], por este motivo não é constitucionalmente admissível que uma certa bancada parlamentar determine o direito a constituir. Ou seja, não é a *regra da maioria* que decide pelo *ius*, pois, «[c]omo sublinha Sartori, a democracia consiste no governo *limitado* da maioria, não se podendo confundir a soberania popular com a vontade da maioria»[64].

Enfim, se se quer restringir o Direito àquilo que é de direito e fazer do Direito um instrumento de justiça, o ato de legislar não pode nem deve ser um ato confessional. Seja a confissão ou o partido que for. Na síntese de Jónatas Machado,

62. 2007, *passim*, de modo conclusivo, p. 209.

63. Sobre o princípio, de forma profusa e detalhada, MACHADO, 1996, *passim*, esp. p. 303 e ss.

64. *Idem*, p. 344.

«[a] essência da democracia prende-se menos com a regra da maioria do que com a construção da sociedade aberta em que a igual dignidade e liberdade de todos os indivíduos é respeitada»[65]. Dito isso, e deixando plasmado aquilo que nesta sede nos provoca, o Direito Penal deve estar vocacionado para um limiar mínimo. Um limiar de *proteção*, secularizado, afastado das cosmovisões individuais e aberto às necessidades e realidades da sociedade, o que – por outro lado – não autoriza, simplesmente, uma banalização do Direito, um esculacho da minoria e um acesso àquilo que transfixa os limites mais estabilizados da comunidade e demanda uma desconcertação social.

8. Certamente que a melhor postura estatal não é deixar à cargo de um órgão (autarquia) de regulação profissional todo o tratamento para um assunto tão problemático e diversificado, subtraído à apreciação pelo nosso Parlamento bicameral. E isto por uma razão simples: exclui-se da comunidade o controle ou a participação do processo de regulação. O caminho que se deve seguir, adotando a posição de Romeo Casabona, é o da *função de complementaridade* exercida pelos órgãos éticos ou deontológicos no âmbito dos mecanismos jurídicos de controle da atividade genética[66]. Especialmente quando os atos normativos emanados desses órgãos profissionais não possuem natureza de norma legal (como é o caso do Brasil, da Espanha[67] e de Portugal[68]). Tudo o que fica dito não preclude a confiança de que os médicos atuam como os «primeiros juízes da licitude e da conveniência dos seus atos»[69].

Diante das dificuldades do tema e em atenção à comunicação existente entre o Direito e a Medicina, impõe-se dizer que a legislação esperada não deve confiar o seu êxito na formulação de um *minicódigo penal* (Hans-Georg Koch) ansiando que o apelo à prevenção seja o mote do sucesso. O que se deve e se espera, em verdade, é que se elabore uma legislação equilibrada, socialmente debatida e que consagre, sobretudo, um modelo de *regulamentação* e não um modelo

65. *Idem*, p. 344.

66. ROMEO CASABONA, 2002, p. 224.

67. Código de Ética Médica (2011).

68. Código Deontológico, Anexo do Regulamento n.º 707/2016 da Ordem dos Médicos, publicado no Diário da República, 2.ª série – N.º 139 – 21 de julho de 2016, p. 225575--22588.

69. Arthur KAUFMANN *apud* COSTA ANDRADE, 1986, p. 112. No mesmo sentido, ROMEO CASABONA, 2002, p. 224. Ao contrário, Rui Medeiros e Jorge Pereira da Silva se mostram preocupados com a confiança excessiva «nas boas práticas das pessoas e instituições que serão os (...) principais destinatários» da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Cf. 2017, p. 377 (anotação XIV).

primordialmente desenhado como um instrumento punitivo, como fez a Alemanha na sua *Gesetz zum Schutz von Embryonen*[70].

3. O Código Penal português e a reprodução medicamente assistida

1. O Código Penal português não descura por completo a possibilidade de incriminações que versem sobre questões relativas à reprodução[71]. É o caso do crime previsto no artigo 168, denominado de *procriação artificial não consentida*, o qual atribui uma pena de um a oito anos de prisão caso alguém pratique um ato de procriação medicamente assistida sem o consentimento[72] da mulher.

2. Uma primeira análise sobre este crime traz à tona a questão da sua localização sistemática[73]. Diz-se isto porque embora se afirme que este é um crime contra a liberdade (em seu sentido mais amplo), *não se trata de uma liberdade sexual*, mas sim, nas palavras de Costa Andrade, de um crime contra «uma expressão de liberdade pessoal da mulher, *a liberdade de e para a maternidade*. Tanto a liberdade de não querer ser mãe (dimensão negativa) como a de querer e poder sê-lo

70. Cf. KOCH, 1992, p. 129-130, comparando as leis espanhola e austríaca com a lei alemã. «El legislador estimó que su tarea consistiría sólo en *prohibir*, lo que desea tener simplemente por no sucedido, y no en *regular*, lo que requiere un criterio de actuación» (*Idem*, p. 130 – itálicos no original). Emilio Dolcini critica a *legge* italiana afirmando que esta não assumiu verdadeiramente a proclamação exordial de *solucionar os problemas da esterilidade e da infertilidade*, mas sim que se voltou apenas à *tutela do embrião*, instituindo uma autêntica *lei de combate à reprodução medicamente assistida*. Cf. 2009, p. 315.

71. No caso específico das técnicas biomédicas, Anabela Miranda Rodrigues e Sónia Fidalgo defendem que a regulação destes assuntos, justamente por conta do «ritmo das inovações científicas», fique à cargo da legislação extravagante, em contraste «com a vocação de permanência, estabilidade e fixidez» do Código Penal. Cf. 2012, p. 783 (§9). É de notar que na Espanha a discussão sobre a inclusão dos crimes contra a manipulação genética no Código Penal se deu, justamente, no momento de elaboração de um *novo* Código, o que certamente propicia um maior espaço para a discussão e a possibilidade de ajustes a serem realizados pelo legislador.

72. Em se tratando de um *crime contra a liberdade*, deve se dizer que em bom rigor o enquadramento dogmático correto não se deve ao instituto do *consentimento* (que exclui a ilicitude), mas sim ao do *acordo* (que exclui a tipicidade). Adotando-se aqui, portanto, uma concepção dualista. Cf. COSTA ANDRADE, 2004. No mesmo sentido, MIRANDA RODRIGUES; FIDALGO, 2012, p. 790 (§25); PINTO DE ALBUQUERQUE, 2015, p. 668 (anotação 7).

73. Afirmando que uma correta localização sistemática situaria o crime no capítulo dos *crimes contra a liberdade pessoal*, MIRANDA RODRIGUES; FIDALGO, 2012, p. 785 (§13); MOURAZ LOPES; MILHEIRO, 2015, p. 100, ou então a sua transmutação para a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

(dimensão positiva)»[74]. Dito isto, ao legislador caberia uma das duas seguintes proposições[75]: ou criaria um capítulo próprio sobre a *liberdade de procriar*[76] ou então, e com o intuito de "enxugar" o Código Penal não criando capítulos extremamente pequenos, inseriria o crime no Capítulo IV, onde estatui *Dos crimes contra a liberdade pessoal*. A última opção nos parece a mais acertada pelo fato da desnecessidade de se criar um capítulo autônomo com apenas um crime e porque embora do que aqui se trate seja a tutela da liberdade *de reprodução* e não da liberdade *sexual*, o capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal (em um sentido amplo) já abarcaria esta liberdade *em espécie*.

3. Queremos firmar e afirmar a relevância da distinção entre a liberdade de reproduzir e a liberdade sexual, pois ainda que ambas se insiram no *regime do bem jurídico (pessoal) liberdade* e que exista algum sentido na afirmação de que quando se viola a liberdade da mulher e se lhe impõe, *v.g.*, uma gravidez indesejada «tudo se passa como se existisse uma violação sem pénis»[77] o que conduziria à uma classificação de um crime contra a liberdade sexual da mulher, o mais acertado é acompanhar autores como Costa Andrade[78], Anabela Rodrigues e Sónia Fidalgo[79], Fernando Araújo[80] e Romeo Casabona[81] que defendem a existência de

74. COSTA ANDRADE, 2004, p. 499. No mesmo sentido, MIRANDA RODRIGUES; FIDALGO, 2012, p. 784 (§12).

75. Caso a questão se colocasse diante do ordenamento jurídico brasileiro vigente a resposta encontraria soluções parecidas com as que o ordenamento jurídico espanhol apresentava antes da entrada em vigor do Código Penal de 1995. Na Espanha ou se postulava a incidência do crime de *coacciones* (Cuerda Riezu) ou o de *lesiones corporales* (Bajo Fernández) ou o de *abuso deshonesto* (Bueno Arús e Serrano Rodríguez). A discussão pode ser vista em: HIGUERA GUIMERÁ, 1995, p. 286-293. No Brasil, e em nome de uma posição que situa este crime como uma ofensa à liberdade (mais precisamente a liberdade de reprodução), deve se apontar *de lege lata* que o enquadramento das condutas de reprodução assistida sem consentimento da mulher deve integrar, na falta de um crime específico, o crime de constrangimento ilegal (art. 146 do CP), exceto se o fato for praticado de uma forma que venha a constituir um crime sexual como, por exemplo, o estupro de vulnerável (art. 217-A do CP).

76. Assim, BELEZA, 1996, p. 174.

77. Cf. FIGUEIREDO DIAS, 1993, p. 257.

78. Primeiramente em: 1986, p. 117; depois em sua tese de doutoramento: 2004, p. 499; por último em: 1993, p. 441-442.

79. MIRANDA RODRIGUES; FIDALGO, 2012, p. 784-785 (§12).

80. Alertando para o fato de que *não existe* um direito à procriação, mas sim e tão somente uma liberdade de procriar. Cf. 1999, p. 19-21. Para o autor, a liberdade de procriar é um «*interesse* muito relevante, mas a sua promoção a *direito* pode suscitar questões melindrosas» (Itálicos no original, p. 19).

uma *liberdade de reprodução* como objeto de uma autônoma e específica proteção jurídico-penal. Em nosso entender, esta liberdade de reprodução é distinta da liberdade sexual. Contudo e ainda em consonância com os dias atuais, deve se dizer que a postura mais acertada com o regime próprio da liberdade de reprodução (tanto em sentido positivo quanto em sentido negativo) é aquela que proclama a sua autonomia e singularidade como uma espécimen da liberdade pessoal, desde uma vertente reprodutiva, embora reclame a sua conexão com a *esfera sexual* da pessoa[82]. Como decorrência lógica desta afirmação, e tendo em conta que existem "*coisas*" *que o dinheiro não pode comprar*[83], conclui-se que o recurso às técnicas de reprodução medicamente assistida só podem ser utilizadas como *meio subsidiário* e não alternativo à reprodução natural (como, p. ex., vem firmando a lei portuguesa – art. 4, n.º 1 da lei n.º 32/2006), ainda que se deva admitir que um tal recurso independe do matrimônio[84] e da orientação sexual da pessoa[85].

3.1. No plano jurídico-constitucional, uma tal afirmação implica que embora se reconheça a existência e a validade de um autônomo *direito constitucional a*

81 Embora o autor tenha utilizado livre e abertamente a expressão direito à procriação em um primeiro momento (1994), acabou por hesitar, mais tarde, no emprego daquela terminologia flutuando entre o reconhecimento de uma *liberdade* ou de um *direito* de reprodução (2002). Seja como for, para este autor, qualquer deles derivam – no ordenamento jurídico espanhol – do direito de constituir uma família e do direito à intimidade familiar, tendo em conta que na Constituição espanhola *não se encontra de forma expressa* a liberdade (ou mesmo o direito) de procriação. Cf. ROMEO CASABONA, 1994, p. 119-125 e 193 e ss.; *do mesmo autor*, 2002, p. 24-29.

82. Assim também, MIRANDA RODRIGUES; FIDALGO, 2012, p. 785 (§13); MOURAZ LOPES; MILHEIRO, 2015, p. 100.

83. Ou seja, não é porque uma pessoa tem dinheiro que poderá recorrer às técnicas de reprodução medicamente assistida. Isto porque se deve deixar bem firmado que em algumas esferas da vida, a expansão do mercado, a sua lógica econômica e os seus valores não deve prosperar nem determinar o regime ou o resultado da vida social. Neste sentido e abordando problemas como as barrigas de aluguel, a venda de rins e a doação de sangue, Michel Sandel afirma que existem domínios da vida que o dinheiro não pode comprar, porque o imperativo do dinheiro não deve se imiscuir com a sua lógica de mercado em áreas que reclamam diferentes valorações, assim como nem tudo – mesmo em nossa sociedade atual – pode estar à venda, pois a sedimentação de uma *sociedade de mercado* aumentará a desigualdade entre as pessoas e redundará na corrupção e na degradação de algumas das coisas boas da vida que passarão a ser tratadas como simples mercadorias. Cf. SANDEL, 2015, *passim*, esp. p. 13-24.

84. No mesmo sentido, afirmando que a liberdade de reprodução independe do matrimônio, ROMEO CASABONA, 1994, p. 121-122; *do mesmo autor*, 2002, p. 26.

85. Em sentido contrário, advogando a impossibilidade do recurso às técnicas de reprodução assistida aos homossexuais, LOUREIRO, 2006, p. 35-36.

ter filhos[86], o recurso às técnicas de reprodução medicamente assistida só poderá ser reclamado como *direito* assegurado pelo Estado mediante a invocação de uma causa relacionada com a impossibilidade de se ter filhos de forma natural em decorrência de um *problema de saúde previamente diagnosticado*[87].

Segundo esta orientação, *todas as pessoas* (maiores e capazes) que possuam uma justificativa "terapêutica"[88] poderão demandar uma prestação positiva do Estado para concretizar o seu direito a ter filhos[89], mas já não será possível exigir a prestação do Estado naquelas hipóteses em que se reclama o direito a ter filhos como *método alternativo de reprodução*, nem mesmo que seja no uso da sua

86. Sobre este direito e as suas respectivas implicações, em um escrito originalmente elaborado antes da reforma constitucional de 1997 que dispôs sobre o tema no texto constitucional, OLIVEIRA, 2005b, p. 34-40. Este livro é uma coletânea de diversas publicações do autor. O artigo em causa remonta a 1990.

87. No mesmo sentido do texto e esclarecendo as possíveis dúvidas constitucionais no plano de efetivação do direito, GOMES CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 859-860 (anotação VII). «A LC nº 1/97 acrescentou a alínea *e*) impondo ao Estado a regulamentação da procriação assistida (imposição constitucional de regulação). A positivação constitucional desta forma do direito a ter filhos resolve, desde logo, o problema da admissibilidade constitucional da procriação assistida, reconhecendo *expressis verbis* a *liberdade* de procriação como liberdade negativa sem interferência do Estado. Pela sua própria natureza, este direito pressupõe dimensões prestacionais dado que se trata de uma procriação *medicamente* assistida, mas não se reconhece um direito subjectivo a toda e qualquer procriação possível segundo o estado actual da técnica. (...). Não é líquido se o preceito transporta *direitos reprodutivos positivos* e a *obrigatoriedade* de o Estado suportar ou comparticipar os custos desta forma de procriação (o preceito fala de «regulamentação»), desde logo porque a utilização desta técnica obedece, no contexto actual, ao *princípio da subsidiariedade*. As dimensões prestacionais públicas poderão eventualmente justificar-se quando o direito a ter filhos não é possível sem o recurso a técnicas de procriação assistida. A Constituição não consagra, porém, o direito a procriar artificialmente como direito positivo a prestações estaduais. Contudo, isto não impede a assumpção de políticas públicas de tratamento da infertilidade («infertilidade como doença») e de reanimação do tecido demográfico». O direito a ter filhos advém, segundo os mesmos autores, do direito a constituir família previsto no artigo 36, n.º 1 da CRP. Cf. *Idem*, p. 567 (anotação X).

88. O emprego das aspas se deve à advertência feita por Guilherme de Oliveira: «[a]s aspas justificam-se porque as deficiências de fecundidade não se curam verdadeiramente com a utilização dos meios considerados». Cf. 2005b, p. 43, nota 37.

89. No mesmo sentido, relevando a utilização das técnicas de reprodução assistida apenas para o combate à *esterilidade* e ao *perigo de transmissão de doenças graves* ou em alguns outros poucos casos justificáveis, no fundo, por um motivo terapêutico. OLIVEIRA, 2005b, p. 40-49.

liberdade de reprodução e segundo os seus próprios aportes financeiros, como – infelizmente – parece permitir a atual *normativa* (não legislativa, repita-se) brasileira (cf. I, 1 da Resolução CFM nº 2.168/2017)[90].

3. 2. Vale ressaltar que o que fica dito quanto ao reconhecimento de um direito à reprodução não implica a existência nem a validade de um *direito ao aborto*[91]. Com a doutrina dominante se deve asseverar que o que valida a possibilidade de interrupção da gravidez por vontade da grávida em estados iniciais da gestação não decorre de um direito de reprodução da mulher pura e simplesmente superior à tutela da vida do embrião após uma ponderação de valores, mas sim e tão somente a não punição desta conduta por ela se encontrar devidamente *justificada*[92] mediante o preenchimento de diversos pressupostos jurídicos-legais estabelecidos no Código Penal. O descumprimento destes pressupostos implicará, por conseguinte, a ilicitude do fato e a sua punição como aborto. Tudo o que fica dito corrobora com o *sentido* e a *finalidade* da existência, validade e constitucionalidade desta cláusula permissiva de interrupção voluntária da gravidez, pois o que está aqui em causa não é a recusa da *dignidade penal* do bem jurídico vida

90. «[H]á algo de inquietante num sistema em que as pessoas podem comprar e vender o direito de ter filhos. Parte desta inquietação deriva da injustiça de um tal sistema quando as populações vivem em condições de desigualdade. Vai contra os nossos princípios transformar crianças num bem de luxo, acessível aos ricos mas não aos pobres. Se ter filhos é um aspeto central do desenvolvimento humano, então é injusto condicionar o acesso a este bem com base na capacidade financeira» (SANDEL, 2015, p. 79). Se, por um lado, permitir que casais utilizem livremente as caras técnicas de reprodução medicamente assistida por conta própria dá azo a perpetuação da desigualdade entre ricos e pobres; por outro lado, permitir (ou mesmo exigir) que o Estado arque com as despesas relativas às técnicas de reprodução medicamente assistida como *meio alternativo* de reprodução é subverter a essência do direito a ter filhos e definitivamente extravasar os limites da liberdade de reprodução juridicamente admissíveis. Tudo o que se disse vai de encontro aos limites morais do mercado de que fala Michael Sandel. Ao primeiro caso (o dos ricos que podem pagar pelas técnicas) se impõe o argumento da desigualdade/justiça; ao segundo caso (o dos que não têm dinheiro para pagar os custos das técnicas de reprodução, mas que podendo ter filhos naturalmente pretendem recorrer às técnicas por mero capricho exigindo do Estado a sua consecução) se impõe o argumento da corrupção do "bem".

91. No mesmo sentido, por todos, GOMES CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 449 (anotação VI); MIRANDA BARBOSA, 2016, p. 37.

92. Cf., por todos, FIGUEIREDO DIAS, 2012c, p. 267-268 (§2); ESER, 2014c, Rn. 17a. Sobre as diferentes correntes aduzidas para fundamentar a não punição criminal (causa de exclusão da culpa ou da responsabilidade, da punibilidade, da tipicidade, espaço livre de direito, etc.), ver, FIGUEIREDO DIAS, 2012b, p. 260-265 (§26-33).

(pré-natal intrauterina), mas sim a *desnecessidade de pena* da conduta da grávida tão somente em um circunscrito momento inicial da gravidez e desde que sejam atendidos todos os pressupostos legais previamente estabelecidos[93-94].

93. Costa Andrade advogava, já em 1979 a descriminalização do aborto atendendo a considerações empírico-sociológicas na senda de uma distinção entre o direito e a moral. Uma liberalização *não em nome de uma liberdade de disposição sobre o próprio corpo sem limites*, mas sim em consonância com uma lógica de regulamentação propugnada a coibir o tão indesejado e inseguro aborto *clandestino*. Todavia, o autor não vislumbrava a solução dos prazos como o modelo mais adequado (naquela época se falava na admissibilidade de interrupção até seis meses!), embora afirmasse que a solução das indicações, face ao modelo então existente, era já uma abertura de caminho para as tão necessárias reformas. Diga-se ainda, que o autor categorizava as indicações como autênticas *causas de exclusão da ilicitude*. Cf. 1979, p. 293-323. Conceição Cunha defende que a interrupção da gravidez por pura vontade da mulher (direito à autodeterminação) não é legítima, pois não se pode atentar contra uma vida humana sem que exista qualquer agressão. Defende ainda a inconstitucionalidade da *pura solução dos prazos*, muito embora tenha publicado o seu texto em 1995 e tivesse em conta um limite temporal de três a seis meses o que é, naturalmente, excessivo e bastante distante da realidade legislativa atualmente existente em Portugal. Cf. 1995, p. 363-406, esp. nota 1009. Em sentido contrário, Dworkin defende a não intervenção do direito penal em casos de interrupção da gravidez mesmo em um estágio avançado da gravidez, cabendo à mãe a decisão sobre o aborto, *mesmo em casos não permissíveis moralmente*. Cf. 1993, p. 33-34.

94. Acompanhamos Figueiredo Dias quando critica não a constitucionalidade da impunibilidade da interrupção, mas sim o *conteúdo do aconselhamento* que deve ser realizado antes da decisão livre, consciente e responsável da mulher. Para o autor, com o sentido de clarificar a *finalidade* do aconselhamento, deve «reconhecer-se que o aconselhamento previsto na lei vigente é ainda orientado pelo esforço de encorajar a mulher a manter a gravidez e abrir-lhe perspectivas de uma vida com o filho (nesta direcção, também o Ac. do TC 75/2010, 11.4.14 s.). Para isso tem ele de lhe oferecer conselho, ajudando pelas formas possíveis a mulher a dominar a situação conflitual e procurando que o diálogo entre conselheiro e a grávida seja franco, completo e cabal». FIGUEIREDO DIAS, 2012b, p. 257-258 (§22). Este é o entendimento que está legislativamente plasmado no Código Penal alemão. O § 219 I diz que o aconselhamento serve para proteger a vida não nascida. Fala ainda que o aconselhamento visa encorajar a mulher a prosseguir com a gravidez e abrir as suas perspectivas para uma vida com a criança, «mas isto pressupõe que ela possa se abrir sem medo de punição, vê-se levada a sério em sua própria responsabilidade e, consequentemente, ser-lhe deixada a decisão final» (ESER, 2014c, Rn. 3). Na Espanha também não ficou clarificada a finalidade do aconselhamento. A lei só fala sobre as informações que deverão ser providenciadas pelos centros sanitários públicos ou privados devidamente credenciados. Cf. art. 17 da Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. A Itália parece possuir um modelo de informação e ajuda orientado para a solução dos problemas pessoais (*condizioni economiche, o sociali, o familiari*) da mãe – e do pai – a fim de assegurar a melhor decisão possível. Cf. arts. 5 da Legge 22 maggio 1978,

4. Generalidades sobre a lei portuguesa de procriação medicamente assistida

1. À parte do que vinha estabelecido no Código Penal português e após anos de provocação doutrinal, o legislador finalmente atendeu aos reclames de elaboração de uma lei específica para o tratamento da procriação medicamente assistida[95].

A opção adotada pelo legislador português é heterogênea, mas ainda assim consonante com o programa inicialmente assumido. À luz do atual regime, ficam duas notas: em primeiro lugar, *vale a pena destacar uma secção* voltada para o tratamento jurídico-criminal de todas as condutas relacionadas com a reprodução e, em segundo lugar, vale a pena circunscrever toda a matéria da reprodução medicamente assistida *em uma só lei*.

5. As técnicas de reprodução humana e a intervenção jurídico-criminal

Após tudo o que se viu até aqui, fica fácil concluir que os temas que compõem a área da reprodução humana com incidência jurídico-criminal são extensos. Em ordem a reduzir a complexidade do assunto e tendo no horizonte o tratamento conferido na lei portuguesa, abordar-se-ão os principais temas relacionados com a reprodução humana e a intervenção genética em células sexuais a partir de uma análise das repercussões jurídico-criminais circunscritas ao âmbito daquilo que se vem denominando como reprodução medicamente assistida.

A abordagem centrar-se-á na análise de cada tipo incriminador previsto na lei portuguesa e se fará a partir da ordem adotada na própria lei, segundo o assunto que o crime especificamente trata.

5.1. Os centros de reprodução autorizados

1. Ao se tratar de uma "técnica" de reprodução assistida nada impede que indivíduos maiores de idade conscientemente decidam, por exemplo, recorrer a

n.º 194. Afinal, como se vem apregoando na doutrina e como a Itália expressivamente clarificou no texto legal: [*l*]*'interruzione volontaria della gravidanza, di cui alla presente legge, non è mezzo per il controllo delle nascite* (art. 1 da citada lei).

95. Por todos e já há bastante tempo, LOPES ROCHA, 1991, p. 176-777, 204; OLIVEIRA, 2005a, p. 14-16; *do mesmo autor*, 2005c, p. 95-96, 98. Após a reforma constitucional de 1997 que mandou o legislador ordinário regular a assistência médica à procriação (cf. a adição da alínea *e*) ao n.º 2 do art. 67 da CRP), criou-se uma *ordem de legislar* que resultou, durante quase uma década, em uma *omissão legislativa inconstitucional*. Cf. MEDEIROS; PEREIRA DA SILVA, 2017, p. 375-376 (anotação XIV).

uma seringa e injetar *esperma fresco* no canal vaginal da mulher sem que esta *assistência* incorra em uma qualquer responsabilidade jurídico-criminal. O problema criminal se coloca apenas quando se trata de uma reprodução *medicamente* assistida. Aqui, naturalmente, já há de se pensar e efetivamente admitir que uma regulação estatal discipline o assunto a fim de estabelecer as condições e os limites de atuação dos entes e das pessoas que poderão participar em um tal procedimento. Certamente que o envolvimento de profissionais da saúde em uma questão tão séria e delicada exige que o Estado interfira e, de forma liberal e democrática, defina o âmbito de atuação permitido e imponha as respectivas responsabilidades caso o procedimento decorra ilicitamente.

2. Dando como legítimo que o Estado deve estabelecer condições para o funcionamento de um centro de reprodução, bem como tendo por assente que será essencial uma tarefa de fiscalização e um juízo de permissibilidade e viabilidade sobre a criação e o desenvolvimento das atividades destes centros mediante autorizações e controle do órgão governamental competente, o problema jurídico-criminal irá se colocar no momento em que se enfrenta a pergunta sobre se o Estado deverá recorrer à «eficácia estabilizadora das sanções penais» (Costa Andrade) para sancionar o descumprimento das normas administrativas que regulam o exercício dos agentes que exploram e desenvolvem comercialmente ou publicamente as técnicas de reprodução humana.

3. Em Portugal o crime do artigo 34 (com a epígrafe *Centros autorizados*) proíbe quem «aplicar técnicas de PMA, incluindo as realizadas no âmbito das situações de gestação de substituição previstas no artigo 8.º, fora dos centros autorizados», impondo uma pena de prisão de até 3 anos[96].

4. O recurso do Estado às normas penais releva a situação para o plano da *definição do bem jurídico*, pois será ele que determinará não somente os aspectos metodológicos como também os limites críticos e as reações interventivas nesta matéria.

96. O Decreto Regulamentar n.º 5/2008, de 11 de fevereiro veio disciplinar o artigo 5º da Lei n.º 32/2006, dizendo, entre outras disposições, que o centro que deseje «ministrar técnicas de PMA» deve obter a autorização do membro do Governo responsável pela área da saúde (Ministro da Saúde), depois de ouvido o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, caso respeite imposições como: a de que o diretor do centro deve ser um médico especialista em ginecologia/obstetrícia, em genética médica, em endocrinologia ou em urologia, reconhecido pela Ordem dos Médicos, com experiência mínima de três anos na área da PMA; pelo menos dois técnicos superiores com grau de licenciatura ou superior nas áreas de Medicina, Biologia, Bioquímica ou Farmácia e de que o armazenamento dos dados pessoais relativos à PMA seja mantido por um período de 30 anos após o final da sua utilização clínica. Tudo isso com a previsibilidade de realização de auditorias, inspeções e fiscalizações a serem efetuadas pela Inspecção–Geral das Actividades em Saúde, em articulação com o CNPMA.

4. 1. Com alguma razão se tem afirmado que o bem jurídico protegido neste crime é a *saúde pública*[97]. Mas para além de se ter presente que uma parte já significativa da doutrina vem apontando a saúde pública como um *falso* bem jurídico penal coletivo[98] e independemente da posição doutrinária que se adote quanto a este bem jurídico, teremos sempre em mente que a saúde pública é um bem jurídico «tão vago, tão evanescente» (Faria Costa) que, deste modo, poder-se-ia circunscrever a proibição da prática desses atos, cometidos à margem de preceitos regulamentares, somente na esfera do ilícito administrativo[99].

5. Em verdade, como Maria João Antunes salienta, o próprio legislador puniu o cometimento das técnicas de reprodução medicamente assistida fora dos centros autorizados tanto como um ilícito penal – art. 34 – quanto como um ilícito de mera ordenação social (puramente administrativo) – art. 44, n.º 1, al. b) – o que sugere que o próprio legislador tem dúvidas quanto à melhor, ou a mais adequada e necessária, tipologia de reação estatal que deverá convocar para sancionar tais condutas[100].

6. A norma em questão recebeu ainda críticas relacionadas ao alargamento das margens de incriminação. Nomeadamente ao que toca à inseminação artificial "caseira", justamente aquela que começamos por dizer que não deve ser objeto de intervenção da lei penal, pois da forma que o tipo incriminador está construído, esta "modalidade" de inseminação acaba por recair na malha penal. Vale e Reis diz mesmo que com o «critério largo que o legislador deixou no texto da lei, parece ter criado, *ex novo*, a possibilidade de punição de *crimes sem vítima*»[101].

7. Para além de não se encontrar nenhuma possível vítima em uma reprodução medicamente assistida realizada em um *centro não autorizado* em que os beneficiários são maiores de idade e atuam com consentimento livre e esclarecido, o que dizer então se tudo correr bem? Quer dizer, e se tudo ocorrer segundo «todos os parâmetros e protocolos da *leges artis* onde, por conseguinte, a saúde pública não está minimamente ameaçada»[102]? Tudo leva a crer que a única resposta

97. À exceção da desmedida convocação da dignidade humana como bem jurídico tutelado neste crime, defendida por: VITORINO; SOBRAL, 2011, p. 568.

98. GRECO, 2006, p. 407-408, 415; *do mesmo autor*, 2011b, p. 54, 93-97; *do mesmo autor*, 2011a, p. 365; HEFENDEHL, 2002, p. 9; SCHÜNEMANN, 2007, p. 214 e ss.; ROXIN, 2006a, p. 17, 28, 37-38 (Rn. 10, 46, 76, 79, respectivamente).

99. No mesmo sentido, FARIA COSTA, 2009, p. 120.

100. 2009, p. 91.

101. 2010, p. 75.

102. Cf. o raciocínio e as palavras de Faria Costa (2009, p. 120).

aceitável caso se pretendesse socorrer à força simbólica das normas penais passaria por um tipo penal que exigisse que das condutas praticadas fora dos centros autorizados resultasse um *dano efetivo* ou mesmo algum *perigo concreto* a algum bem jurídico individual (*v.g.*, a integridade física ou a vida)[103]. Caso contrário, defende-se que a proibição será legítima, mas somente por via de um ilícito administrativo, o que dada as circunstâncias da eventual prática dessas condutas (aplicáveis, quase *in totum*, a médicos e outros profissionais da saúde, muitas vezes integrantes de clínicas ou institutos de fertilidade) não seria desaconselhável, visto que os possíveis agentes muito provavelmente teriam conhecimento da proibição em virtude do específico ambiente de atuação. Esta é, aliás, a solução italiana, a qual prevê uma punição administrativa de 100.000 a 300.000 euros (cf. art. 12, n.º 5 da Legge 19 febbraio 2004, n.º 40).

5.2. As técnicas de reprodução medicamente assistida em menores ou incapazes

1. O art. 35 da lei sobre PMA é denominado de *beneficiários*. Proíbe a prática de técnicas de PMA em menores de 18 anos de idade e em pessoas que se encontrem interditadas ou inabilitadas por anomalia psíquica. Possui uma moldura penal de 2 a 8 anos de prisão, sendo o *crime mais grave de toda a lei*. Neste crime nos deparamos com duas questões mais delicadas.

2. A *primeira* tem a ver com a opção hermenêutica adotada pelo legislador. O legislador conseguiu a proeza de não delimitar adequadamente tanto o sentido e a *matéria de proibição* como a *margem de atipicidade* aplicável a determinadas pessoas. Isto porque optou por não determinar a idade possível para ser um interveniente nas técnicas de PMA. Deste modo, o *limite máximo* de idade para ser doador de espermatozóides ou de óvulos, para ser gestante de substituição ou mesmo para ser beneficiário direto de uma técnica de PMA não ficou determinado. Diante deste quadro, resta se conformar com a interpretação conferida pelo Tribunal Constitucional (TC) no Acórdão n.º 101/2009 onde assinalou que como as técnicas de PMA são um método subsidiário e não alternativo de reprodução, pressupõe-se a ideia de que a pessoa (no caso em concreto, uma mulher) se encontre em idade fértil para poder participar em uma técnica de PMA. A decisão do TC dá uma interpretação bastante razoável sobre o problema, mas acaba por não o resolver completamente, especialmente porque posterga uma questão que poderia ser decidida preliminarmente por via da legislação e acaba por deixa-la casuisticamente à cargo dos médicos[104].

103. Neste sentido, VALE E REIS, 2010, p. 75.

104. Sobre tudo isso, louvando a decisão do TC, VALE E REIS, 2010, p. 76-77.

2. 1. Por outro lado, e ainda mais delicada é a problemática em torno da exigência de determinabilidade dos tipos penais e a sua (in)observância pelo crime de beneficiários. Tudo se deve porque o legislador não determinou de forma clara e cristalina as condutas proibidas, decidindo as condutas proibidas mediante o recurso a um *reenvio interno* (Faria Costa). A matéria de proibição não está definida no próprio preceito penal incriminador, mas sim em um outro artigo da mesma lei (art. 6, n.º 2) por remissão assinalada no próprio artigo 35. Diversos problemas se levantam por conta desta remissão. Tudo se dá em decorrência do *horizonte interpretativo* (Faria Costa) que o aplicador jurídico deve tomar. O crime possui a mesma epígrafe do artigo 6 da lei: beneficiários. E que beneficiários são estes? Estes são, em boa medida, um dos calcanhares de Aquiles de qualquer país que queira disciplinar a reprodução medicamente assistida. Não é para menos. Aqui se interconexionam diversas questões jurídicas e sociais, especialmente em relação à definição de família e as repercussões que um tal recorte poderá ter. A Itália, por exemplo, pune com duras sanções pecuniárias administrativas a prática de técnicas de reprodução humana em *casais do mesmo sexo* (cf. art. 12, n.º 2 da Legge 19 febbraio 2004, n.º 40 – entre 200.000 a 400.000€) e qualquer tipo de *inseminação heteróloga* (cf. art. 12, n.º 1 da Legge 19 febbraio 2004, n.º 40 – entre 300.000 a 600.000€)[105].

2. 2. Segundo a remissão projetada pelo artigo 35 da lei portuguesa, a violação do n.º 1 do art. 6 não está contemplada na proibição criminal[106]. Contudo, o desrespeito a esta norma será considerado como contraordenação e, portanto, será sancionado pelo Direito de Mera Ordenação Social (cf. art. 44, al. c)). Atendendo à reforma operada recentemente (pela Lei n.º 17/2016, de 20/06), não são mais apenas os casais (casados ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges) que poderão recorrer às técnicas de PMA, mas também se passou a admitir que *casais de mulheres* (casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges) e *mulheres solteiras*, independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual, possam se beneficiar das técnicas de PMA. Desta forma, em Portugal, somente os *homens solteiros* e os *casais homossexuais masculinos*

105. Criticamente quanto a estas opções do legislador, dizendo que tais proibições são sinais da introdução da semente criminal no corpo do Direito Administrativo, CANESTRARI, 2005, p. 60-66.

106. Faria Costa se mostra perplexo com a não punição criminal nos casos de desrespeito ao que estabelece o n.º 1 do art. 6.º. O autor critica a lei pelo fato de que o horizonte interpretativo do próprio crime do art. 35 encontra o seu sentido global, naquele n.º 1 e não poderia ficar fadado, tão somente, à proibição penal das condutas praticadas em violação ao n.º 2 do art. 6. Cf. 2009, p. 122.

ficaram afastados da possibilidade legal de apelar para o uso de técnicas de reprodução medicamente assistida.

2. 3. Se pelo lado não punitivo da questão sobre os beneficiários não se erguem maiores problemas *no plano jurídico-criminal*, já se suscitarão maiores constrangimentos quando se tratar da punibilidade do recurso às técnicas de PMA por pessoas menores de 18 anos, *ainda que casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges*. Vale e Reis critica esta proibição assumida pelo legislador. Aponta para uma incômoda letargia de um tratamento medicamente necessário, sendo difícil de aceitar como uma duvidosa limitação civilística poderá ainda implicar em uma cominação criminal[107]. Compreende-se a crítica de Vale e Reis. Contudo, ponderadas as razões biológicas e sociais, não vemos porque será tão incômodo assim impor uma limitação legal que consigne um limite mínimo de idade onde apenas em casos muito contados, como são o dos casamentos de pessoas menores de 18 anos, se encontrará um período de desconforto temporal. Naturalmente que a proibição dessas condutas poderá ser determinada pelo legislador, muito embora vejamos o recurso ao direito administrativo como o meio mais adequado para a demarcação da ilicitude nestes casos[108]. Pensamos que, assim como fez a Resolução CFM 2.168/2017, faz-se necessária a definição de limites máximos de idade tanto para ser doador de gameta quanto para ser gestante de substituição ou «candidata à gestação» do próprio filho. Os limites que se fazem aqui importam justamente porque a problemática dos beneficiários e a sua adequada formulação legislativa ocupam um dos papeis centrais na resolução dos problemas de reprodução humana medicamente assistida.

3. A *segunda questão* versa sobre a identificação do bem jurídico protegido na incriminação. Este é um problema que possui implicações diretas na construção do tipo legal de crime, nomeadamente com o que já foi discutido acerca da primeira questão que nos deparamos acima. Se da nossa parte não há muita dúvida que o bem jurídico tutelado neste crime é a *liberdade*, no recorte e na construção tipológica que deveria ser a única admissível (como dito acima), a doutrina portuguesa, por sua vez, não vem identificando tão facilmente um bem jurídico protegido neste crime. Talvez por se ver de certa forma atrapalhada em sua interpretação por conta dos problemas levantados em sede de delimitação das condutas proibidas e das pessoas ofendidas. Há quem critique, corretamente, o fato de que o legislador sancionou as mesmas condutas tanto por meio da Direito Penal como por meio do Direito de Mera Ordenação Social, fato demonstrativo de um

107. VALE E REIS, 2010, p. 77.

108. Como vem fazendo a legislação italiana. Cf. art. 12, n.º 2 da Legge 19 febbraio 2004, n.º 40.

autêntico estado de dúvida do próprio legislador que não sabia se devia recorrer ou não à intervenção do Direito Penal nesta esfera[109]. Houve quem afirmasse que no caso de crime praticado por menores casados não haveria vítima, visto que na verdade eles estavam de *acordo* com a realização das técnicas de PMA[110].

4. Todavia, mesmo diante de tais considerações, não nos resta dúvidas de que se as técnicas de reprodução medicamente assistidas forem realizadas sem o consentimento (em verdade, *acordo*) de um menor de 18 anos ou em uma pessoa interdita ou inabilitada por anomalia psíquica não haverá outro meio mais adequado e necessário do que a reação criminal, especialmente porque não vislumbramos nenhum outro tipo legal de crime que possa ser convocado para tutelar as concretas vítimas de tais condutas, tendo em conta que crimes como o estupro de vulnerável, por exemplo, não poderiam ser chamados para locupletar a lacuna e a verdadeira diferença que medeia entre uma ofensa à liberdade sexual e uma ofensa à liberdade de reprodução. Tratam-se de novas hipóteses de realização criminosa e que, por isto, reclamam novas intervenções legislativas no plano jurídico-criminal.

5.3. A clonagem e o problema jurídico

1. A problemática médica, jurídica e ética em relação à clonagem tem feito correr muita tinta ao redor do mundo. Não somente no ambiente acadêmico, mas também em toda a comunicação social. Por conta disto a literatura é inabarcável. Em ordem a reduzir a complexidade, restará aqui uma concisa avaliação sobre o problema jurídico à volta da clonagem.

2. Antes de mais, diga-se que o método empregado para a clonagem não é propriamente uma *manipulação genética*[111]. A distinção entre a clonagem *terapêutica* e a clonagem *reprodutiva* conduz a uma separação das águas no tocante às margens de licitude.

3. Diversos instrumentos supranacionais vêm proibindo a clonagem. Todavia, nenhum deles parece estabelecer de forma clara e acabada a proibição contra a *clonagem terapêutica*[112]. Quando muito, desde uma perspectiva de direito internacional, vigorará apenas uma proibição da *clonagem reprodutiva*.

109. JOÃO ANTUNES, 2009, p. 91.

110. VALE E REIS, 2010, p. 77.

111. Cf., por todos, COSTA ANDRADE, 1986, p. 122. Uma clara e suficiente explanação sobre a clonagem se encontra em: SPORLEDER DE SOUZA, 2007, p. 30-35.

112. Em sentido semelhante, afirmando que o consenso mais alargado e até mesmo mundial parece recair sobre a proibição criminal da *clonagem reprodutiva*, desde a *Benda-Kommission*, GÜNTHER; TAUPITZ; KAISER, 2014, p. 330 (Rn. 4).

4. No plano jurídico-comparatístico fica clara a opção político-legislativa de diversos países *em favor da criminalização da clonagem*, à margem da objeção de que a intervenção penal nesta matéria se trataria de uma mera *legislação simbólica*[113]. Como dito acima, a divisão das margens de licitude operada entre a clonagem reprodutiva e a clonagem terapêutica tem dividido os legisladores. Por um lado, existem países que optaram apenas pela criminalização da clonagem reprodutiva (*v.g.*, Reino Unido, Austrália e Bélgica). Por outro lado, outros países vêm criminalizando todas as formas de clonagem, incluindo a terapêutica (*v.g.*, Brasil, Alemanha, Itália, Suíça, Canadá e França). Uma posição mais complicada de alocar é a da Espanha, visto que a leitura do texto impresso no artigo 160, n.º 3 do Código Penal pode conduzir tanto a uma interpretação conducente apenas à proibição da clonagem reprodutiva como também poderá suportar, a partir da leitura que se fizer do elemento normativo *seres humanos*, uma compreensão de que todos os tipos de clonagem estão abarcados na proibição penal[114].

5. Em atenção às disposições supranacionais e ao direito comparado, o ordenamento jurídico português prevê tão somente a proibição e a criminalização da clonagem reprodutiva. É o que dispõe expressamente o artigo 7º, n.º 1 e o que dá a entender a leitura do artigo 36, n.º 1 da Lei sobre PMA. Se no crime do art. 35 o legislador optou por uma infeliz remissão direta a outra norma da lei, no crime de clonagem reprodutiva – previsto no n.º 1 do art. 36 – a redação legal não fez nenhuma remissão ou, muito menos, procedeu a nenhuma precisão sobre a autorização legal prevista no tipo voltada à exclusão da responsabilidade penal, o que acabou por imprimir uma cláusula demasiada aberta, carente de uma maior

113. Luzón Peña fala que toda a intervenção criminal na área da manipulação genética operada pelo legislador espanhol em 1995 possuiu uma «função exclusivamente simbólica ou retórica». Cf. 2001, p. 136. Díez Ripollés afirma que o crime de clonagem se enquadra nos casos das *leis reativas* que compõem o contexto conceitual que forma o direito penal simbólico (aquelas intervenções que «carecem de legitimidade não por sua natureza, mas sim porque não se acomodam às decisões político-criminais que fundamentam a pena»). Cf. 2001, p. 123-124. Por outro lado, existe uma corrente doutrinal que expressamente defende a intervenção penal na área da genética e da biotecnologia, incluindo na clonagem. Por todos, desenvolvidamente, ROMEO MALANDA, 2006, p. 174-181.

114. A corrente dominante é aquela que circunscreve apenas a incidência da proibição da clonagem reprodutiva: ROMEO CASABONA, 2001, p. 153; *do mesmo autor*, 2011, p. 305; URRUELA MORA, 2008, p. 181-183; LAURENZO COPELLO, 2004, p. 132-133; DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1996, p. 69-70. Por outro lado, advogando que também a clonagem terapêutica está compreendida na incriminação: PERIS RIERA; GARCÍA GONZÁLEZ, 1999, p. 756 *apud* URRUELA MORA, 2008, p. 182, nota 75.

e melhor interpretação sobre a norma. Por conta disto o Tribunal Constitucional foi convocado para esclarecer esta cláusula e, corretamente, entendeu que a ressalva feita na lei significa a admissibilidade, tão somente, da clonagem terapêutica[115].

5.1. O artigo 36, n.º 2 possui uma outra incriminação votada à proibição da «transferência de embrião obtido através da cisão de embriões». Segundo Vale e Reis esta hipótese versa sobre uma «técnica alternativa de clonagem», obtida a partir da «bipartição de embriões» ou da «divisão de um zigoto, isolando-se as duas células resultantes da primeira divisão celular»[116]. Ambas as hipóteses previstas no artigo 36 possuem uma pena de 1 a 5 anos de prisão.

6. A questão em torno da determinação do bem jurídico protegido no crime de clonagem tem encontrado uma pletora de qualificações e suposições jurídicas e éticas. Assumimos a posição que advoga a tutela da *identidade genética* como o bem jurídico típico do crime de clonagem (ao menos da clonagem reprodutiva)[117]. Deve se dizer que este bem jurídico se categoriza como um bem jurídico coletivo[118]. Assim nos afastamos daqueles que apontam a *identidade e irrepetibilidade do ser humano*[119], a *dignidade humana*[120] ou a *vida humana pré-natal*[121] como o bem jurídico típico neste crime. A doutrina portuguesa vem assinalando que

115. Cf. VALE E REIS, 2010, p. 77-78.

116. *Idem*, p. 78.

117. Cf., por todos, SPORLEDER DE SOUZA, 2007, p. 35, o autor ainda acrescenta a dotação genética dupla (ou diferenciada) como o bem jurídico protegido na clonagem reprodutiva e aponta os bem jurídicos *vida humana embrionária*, *identidade reprodutiva*, *identidade genética* e a *dotação genética dupla* nos casos de clonagem terapêutica. Para uma densificação jurídico-criminal do bem jurídico identidade genética, ver, SPORLEDER DE SOUZA, 2004, p. 330-355. Uma defesa e materialização da sua existência jurídico-constitucional se encontra em: LOUREIRO, 1999, p. 263-381. Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam expressamente que a proibição da clonagem reprodutiva se deve à garantia da identidade genética prevista no art. 26, n.º 3 da CRP. Cf. 2007, p. 473 (anotação XVII). No mesmo sentido, MEDEIROS; CORTÊS, 2017, p. 440-460.

118. Na senda de autores como Paulo Vinicius Sporleder de Souza, Silva Dias e Figueiredo Dias. Respectivamente, SPORLEDER DE SOUZA, 2004, p. 319-329; SILVA DIAS, 2008, p. 76-85; FIGUEIREDO DIAS, 2004, p. 250-260.

119. Assim, ROMEO CASABONA, 2001, p. 150, desenvolvidamente, 134-140; URRUELA MORA, 2008, p. 180.

120. Por todos, ESER *et al.*, 1997, p. 364-366; GÜNTHER; TAUPITZ; KAISER, 2014, p. 331 (Rn. 4).

121. GONZÁLEZ CUSSAC, 1995, p. 72.

o crime de clonagem *é tributário da doutrina do bem jurídico*, identificando nele a existência de um autêntico bem jurídico penal (coletivo)[122].

5.4. A escolha de características genéticas

1. O artigo 37 pune quem «utilizar ou aplicar técnicas de PMA para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo, fora dos casos permitidos pela presente lei», com pena de prisão até 2 anos ou multa até 240 dias. Um olhar sobre o tipo objetivo nos leva a acreditar que o alcance de todo o crime pode estar comprometido por conta do segmento: «conseguir melhorar determinadas características». A pura escolha do sexo ou de alguma outra característica genética não representa necessariamente uma efetiva *melhoria*. Trata-se de um elemento subjetivo especial do tipo doloso e, por isto, só haverá crime se um tal desígnio se verificar concretamente[123]. Por não haver uma boa técnica legislativa, poucos casos se enquadrarão na realização típica deste crime.

2. O tipo objetivo prevê uma *causa de justificação* sob a veste de *autorizações legais* de condutas permitidas, consagradas na própria lei[124]. A doutrina espanhola, ao analisar uma situação semelhante no crime de manipulações genéticas em sentido estrito (art. 159 do CP), tem entendido que os comportamentos típicos praticados de acordo com autorizações legais podem estar *justificados*[125]. Por outro lado, a doutrina espanhola maioritária vem advogando, acertadamente, a *atipicidade* das condutas que sejam praticadas sem uma «finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves». Aqui, à diferença do que sucede no direito português, a ausência da *atuação terapêutica* constitui um autêntico *elemento subjetivo especial do tipo doloso* e, por isto, caso este elemento não se verifique, o resultado será a atipicidade da conduta por ausência de um elemento do *tipo subjetivo*[126].

3. Quanto à determinação do bem jurídico tutelado neste crime alguma doutrina vem apontando a identidade genética e a inalterabilidade e intangibilidade

122. JOÃO ANTUNES, 2009, p. 89.

123. No mesmo sentido, VITORINO; SOBRAL, 2011, p. 583.

124. Em sentido contrário, defendendo uma *exclusão da tipicidade*, VALE E REIS, 2010, p. 79.

125. Cf. ROMEO CASABONA, 1996, p. 465; JORGE BARREIRO, 1999, p. 126.

126. Por todos, JORGE BARREIRO, 1999, p. 124-126. Em sentido contrário, advogando que tais finalidades são elementos subjetivos de uma causa de justificação e, portanto, estão relegadas ao âmbito da justificação. GRACIA MARTÍN; ESCUCHURI AISA, 2005, p. 101-102.

do patrimônio genético do ser humano[127], enquanto outros questionam a própria existência de um bem jurídico tutelado nesta norma[128]. Neste sentido, Vale e Reis afirma que sequer existe um *consenso ético* sobre a liberalidade da escolha das características não médicas[129]. De todo o modo, à parte a questão da *existência* (legitimação negativa) de um bem jurídico protegido neste crime, a resposta mais apropriada se afigura no terreno da *legitimação positiva* da intervenção penal[130].

3.1. Em princípio, tendo em vista a possibilidade de se obter um efetivo "combate" a tais práticas mediante a proibição jurídico-administrativa, deve se recusar a intervenção penal na escolha das características não terapêuticas, estabelecendo e sedimentando a ilicitude apenas no plano do Direito de Mera Ordenação Social (direito administrativo)[131].

4. O Brasil não possuía até a entrada em vigor da lei de biossegurança um crime específico sobre a livre escolha de características genéticas[132]. Subsistia, como ainda hoje existe[133], apenas uma interdição aplicada aos médicos em razão de Resolução do CFM. Atualmente, embora se deva dizer que não existe um crime específico sobre o assunto, há quem afirme, inapropriadamente, que as condutas de seleção de sexo estão integradas no (vastíssimo) crime previsto no artigo 24 da lei de biossegurança[134]. Situação parecida se passa com o crime do artigo 159 do CP espanhol, o qual dispõe que toda a manipulação, não terapêutica, de genes humanos que altere o genótipo será punida (muito embora se deva dizer que uma alteração do genótipo não altera o sexo, visto que a mudança de sexo é

127. JOÃO ANTUNES, 2009, p. 89.

128. VALE E REIS, 2010, p. 78. A doutrina alemã também vem afirmando que os diversos bens jurídicos convocados para a tutela do crime de seleção de sexo não são convincentes para fundamentar a proibição. GÜNTHER; TAUPITZ; KAISER, 2014, p. 267-270 (Rn. 1-8, esp. 2).

129. VALE E REIS, 2010, p. 78.

130. Desenvolvidamente sobre estes conceitos, COSTA ANDRADE, 1992, p. 173-205.

131. No mesmo sentido, VALE E REIS, 2010, p. 78-79; CARVALHO, 2005, p. 120-121, quanto à seleção de sexo.

132. Era o que afirmava à época Paulo Vinicius Sporleder de Souza, aduzindo que seria possível, no limite, aplicar o crime previsto no art. 13, III da (revogada) lei n.º 8.974/1995 para tais casos. Cf. 2004, p. 215-217.

133. Cf. I, 5 da Resolução CFM nº 2.168/2017, o qual expressamente proíbe tanto a seleção de sexo quanto a escolha de outras características biológicas, exceto para evitar doenças no possível descendente.

134. É o que afirma, acriticamente, Paulo Vinicius Sporleder de Souza. Cf. 2007, p. 27. Em sentido contrário, CARVALHO, 2005, p. 121.

uma alteração dos *cromossomos*). Boa parte da doutrina critica a amplitude do tipo penal[135]. O pronunciamento de Romeo Casabona, após considerar os diversos problemas provocados pela confusa redação legal, é sintomático: «el delito más importante es, probablemente, el más imperfecto»[136]. A Alemanha proíbe apenas a *seleção de sexo*, não terapêutica, *antes da fertilização*, não punindo criminalmente a seleção de outras características genéticas (Cf. § 3 da ESchG).

5.5. A mitologia, a biologia e o ser humano: as quimeras e os híbridos

1. O artigo 38 da lei de PMA versa sobre a criminalização da criação de quimeras e híbridos. Estas condutas junto com a clonagem têm encontrado uma ampla proibição no direito comparado. É o caso, por exemplo da Itália e da Alemanha[137]. Brasil e Espanha não possuem um crime específico. Contudo, Sporleder de Souza afirma, acriticamente, que o artigo 25 da lei de biossegurança engloba a proibição de criação de quimeras ou híbridos[138]. Por outro lado, a doutrina espanhola vem *interpretando restritivamente* a proibição de fecundação de «óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana» (prevista no artigo 160, n.º 2 do CP), de modo a não incluir a punibilidade da criação de quimeras ou híbridos[139].

2. Em Portugal, a questão da legitimidade da intervenção penal vem sendo discutida. Para Maria João Antunes este crime é tributário do «modelo do direito penal do bem jurídico», especificamente de um bem jurídico coletivo: a *intangibilidade do patrimônio genético do ser humano*[140]. Por outro lado, acompanhamos as reservas feitas por Costa Andrade, Vale e Reis e Faria Costa quanto à proibição absoluta de todas as condutas votadas à criação de quimeras ou híbridos[141]. Será que mesmo a criação com finalidade terapêutica deverá ser proibida? Acompanhamos a *Human Fertilization and Embryology Authority*, entidade responsável pela regulação da PMA no Reino Unido, a qual «fez questão de realçar que não dava luz verde

135. ROMEO CASABONA, 1996, p. 463-467; JORGE BARREIRO, 1999, p. 133-134; VALLE MUÑIZ, 2001, p. 777-778; DE LA CUESTA ARZAMENDI, 2007, p. 537-541.

136. 1996, p. 467.

137. Art. 13, n.º 4 da *Legge 19 febbraio 2004*, n.º 40 e § 7 da *Embryonenschutzgesetz* – ESchG, respectivamente.

138. 2007, p. 27.

139. DE LA CUESTA ARZAMENDI, 2007, p. 545-546; JORGE BARREIRO, 1999, p. 116.

140. 2009, p. 89.

141. COSTA ANDRADE, 1986, p. 124; VALE E REIS, 2010, p. 81; FARIA COSTA, 2009, p. 123.

total para a investigação com embriões híbridos, apenas admitindo que a investigação nesta área, com cautelas e escrutínio cuidadoso, pode ser permitida»[142].

5.6. A substituição, a utilização ou o recurso ao ventre alheio

1. O artigo 39 da lei de PMA tipifica seis condutas diferentes, embora vise particularmente apenas três situações. Em primeiro lugar sanciona os *beneficiários* da gestação. Em segundo lugar pune a *própria gestante de substituição* e em último lugar criminaliza *todos aqueles que promoverem a celebração de contratos de gestação de substituição* em desacordo com os preceitos estatuídos na própria lei. As condutas e as penas diferem apenas em razão da obtenção de benefício econômico com o contrato. Como dito acima, o legislador pretendeu individualizar e punir mais gravemente aqueles que *mercantilizarem* a gestação de substituição. Atitude, aliás, consonante com a proibição de compra ou venda de óvulos, sémen, embriões ou qualquer material biológico prevista no art. 18.

2. No plano político-criminal, acompanhamos Maria João Antunes quando afirma que o propósito da proibição reside na ideia de «afastar tudo o que possa ser visto como emanação de uma qualquer ideia de comércio associado à procriação medicamente assistida», bem como quando sustenta que não deve ser tarefa do Direito Penal a proteção dos envolvidos no contrato de gestação de substituição. Por outro lado, não alinhamos com a identificação da *identidade genética* como bem jurídico típico nesta incriminação, muito embora a autora – acertadamente – afirme a desnecessidade de tutela deste bem jurídico nesses casos[143]. Cremos, outrossim, que este crime não possui um bem jurídico claramente identificável e digno de ser protegido[144]. Além do mais, a primazia da discussão deve estar focada no *espectro civilístico* onde a decisão sobre a admissibilidade da figura da gestação de substituição e das suas repercussões não é totalmente pacífica[145]. Vera Lúcia Raposo afirma que a intervenção penal nesta matéria seria uma confluência entre a moralidade e o Direito Penal, advogando que em uma sociedade pluralista e tolerante apenas as «violações clamorosas das condições de convivência social» deveriam ser criminalizadas e a gestação de substituição não é uma delas[146].

142. *Apud* VALE E REIS, 2010, p. 81.

143. 2009, p. 91.

144. Neste sentido, VALE E REIS, 2010, p. 89.

145. Cf. *ibidem*.

146. RAPOSO, 2014, p. 1148.

2. 1. Em abono da ideia de que a gestação de substituição não deve ser crime, afirma-se que a *nulidade do contrato* já é medida bastante para a contenção da celebração de um qualquer contrato neste sentido[147].

3. Mesmo tendo em consideração que diversos problemas e diversas constelações de casos poderão resultar da celebração de esquemas ou contratos de gestação de substituição, o estado só deverá regular e coibir algumas práticas que suscitem maiores constrangimentos para os envolvidos. Isto é certo. Todavia, recorrer à malha criminal para impor respeito às cominações legais não é, definitivamente, a melhor forma de resolver a situação. Uma intervenção penal nesta matéria pode redundar em um *excesso de criminalização* e, à falta de bens jurídicos identificáveis, em um autêntico *crime sem vítima*[148]. Não obstante, a gestação de substituição vem encontrando refração criminal em legislações europeias, tais como Itália (art. 12, n.º 6 da *Legge sulla PMA*) e Alemanha (§ 1, Ab. 1 Nr. 7 da ESchG).

5.7. O embrião e a investigação científica

1. Em verdade, muitas vezes é o *pesquisador* quem está sob a lupa do Direito, acanhado na placa de Petri, como se ele fosse o próprio objeto em análise. Por isto se deve evitar ao máximo a sua incômoda duplicidade de posição perante o ordenamento jurídico: tanto como "autor" quanto como "vítima" (Albin Eser). A ciência e a tecnologia devem ser vistas como esperanças e não como ameaças, mas para isto as estratégias político-jurídicas devem entrar em ação e facilitar toda a plêiade de situações e interesses que medeiam os dois lados: o da medicina e o do Direito[149].

2. A liberdade de investigação científica tem encontrado consagração constitucional em países como Portugal (Art. 42), Brasil (Art. 5º, IX), Espanha (Art. 20, n.º 1, al. b)) e Alemanha (Art. 5 Abs. 3). O crime do artigo 40 da lei de PMA versa sobre as violações às autorizações legais sobre o recurso à experimentação e à investigação (pesquisa) em embriões.

3. Desde já deve se dizer que não vigora uma *proibição absoluta* contra a prática de pesquisa e experimentação científicas em embriões. Não obstante, em vista

147. VALE E REIS, 2010, p. 90; JOÃO ANTUNES, 2009, p. 91. Maria João Antunes defende que a não satisfação da *carência de tutela penal* se verifica pela inadequação (inerente ao princípio da proporcionalidade) da intervenção penal nesta matéria considerando a (pré)existência de uma resposta civilística.

148. Cf. VALE E REIS, 2010, p. 89-91.

149. Cf. ESER, 2001, p. 148-160.

à inespecífica redação do crime de *utilização indevida de embriões* e à quase inabarcável pletora de condutas subsumíveis ao tipo objetivo, fica difícil recensear as condutas proibidas, mesmo à luz do que estabelece o artigo 9 da mesma lei.

3. 1. A primeira das dificuldades versa sobre a inclusão ou não da proibição de *produção* de embriões com o «objetivo deliberado da sua utilização na investigação científica», prevista no n.º 1 do artigo 9, no âmbito de incriminação do crime do artigo 40. Se é certo que um setor doutrinal vem defendendo que a criação de embriões com finalidade exclusiva ou predominante científica ofende a dignidade humana, pois utiliza a vida humana como um fim[150], outro setor advoga a licitude e a admissibilidade desta produção[151]. A solução defendida aqui contraria, de certo modo, o que entendemos do direito vigente.

3. 2. Se entendemos, de *lege lata*, que a produção de embriões sem fins reprodutivos está englobada e compreendida na esfera típica do crime do artigo 40[152], advogamos – de *lege ferenda* – que a produção de embriões "meramente" com fins terapêuticos não deve figurar como uma conduta ilícita, desde que a criação do embrião se dê para a materialização de um ato terapêutico concreto. Em modo de exemplo podemos dizer que se um casal "produz" um embrião com o intuito de salvar um deles ou um outro filho ou mesmo um familiar, não vemos como a proibição será justificada e congruente em contraposição à admissibilidade e licitude da criação de um "bebê salvador"[153], o qual também é, de certa forma, um ser humano instrumentalizado.

3. 3. Apenas as condutas que *colocarem em perigo a identidade genética* por descumprimento da finalidade terapêutica terão relevância penal. Assim, deverão estar desde logo afastadas as condutas que simplesmente descumprirem os mandamentos administrativos, tais como a *utilização* de embriões para fins de experimentação ou pesquisa científica que ainda possuam um projeto parental e bom estado para fins de reprodução e a *compra* de embriões com a finalidade de aproveitamento em pesquisas científicas. Aqui, não existe repercussão criminal. Trata-se somente de um mero descumprimento administrativo, o qual não chega sequer a pôr em perigo nenhum bem jurídico com dignidade penal e carecido de tutela criminal.

4. Com isto fica delineado o preciso recorte político-criminal que o crime deve se circunscrever. Só haverá crime quando se violar a finalidade terapêutica,

150. Por todos, LAUFS, 2000, p. 2717.

151. Por todos, HOFMANN, 1986, p. 258.

152. No mesmo sentido, VITORINO; SOBRAL, 2011, p. 593.

153. Sobre esta forma de "bebê-remédio": RAPOSO, 2008, p. 71-84.

ofendendo, deste modo, o bem jurídico penal identidade genética. Qualquer outra conduta que ocorra tão só em desacordo com o estipulado pela lei não deverá integrar a proibição penal. Já basta o pesquisador ver limitada a sua liberdade de atuação, ser intimado pela ameaça penal não ajudará a consecução da finalidade curativa e não materializará a esperança que toda a humanidade deposita na ciência médica.

5.8. O regime geral das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos e a reprodução medicamente assistida

1. Antes de abordar propriamente o texto da lei de PMA e a sua conexão com o regime geral das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos inscrita no ordenamento jurídico português, vale ressaltar o *inicial* acerto político-legislativo plasmado na *primeira versão* da lei portuguesa de PMA em adstringir toda a intervenção na área da reprodução humana a uma *intenção médico-terapêutica*. Certamente que a decisão inicialmente adotada pelo legislador estava de acordo com os preceitos relativos ao *direito a ter filhos* e aos limites impostos à *liberdade de reprodução*. Todavia, em 2016 o legislador decidiu estender as condições de admissibilidade às técnicas de PMA e passou a admitir (no novo n.º 3 do art. 4) a possibilidade de todas as mulheres recorrerem à PMA «independentemente do diagnóstico de infertilidade». Esta nova redação rompe com o paradigma inicial e quebra a congruência sistemático-legislativa em matéria de reprodução humana. O legislador excedeu os limites e os parâmetros do direito constitucional a ter filhos e criou um confronto com o texto do mesmo artigo (4, n.ºs 1 e 2), o qual estatui que as técnicas de PMA são um meio subsidiário, e não alternativo, de procriação e só devem ser empregadas após diagnóstico de infertilidade ou para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças. Sendo assim, como equalizar este confronto? À luz das disposições constitucionais e em atenção ao que a doutrina portuguesa e a própria lei incialmente vinham sustentando, só resta optar pela *solução eminentemente terapêutica*. Ou seja, as técnicas de PMA não podem ser utilizadas por mero capricho ou por pura vontade da pessoa, independemente da situação financeira dos intervenientes e do ônus de pagamento sobre o recurso a tais técnicas.

2. Romeo Casabona, à luz da legislação espanhola de 1988, acertadamente delimitou *todo o âmbito de aplicação* das técnicas de reprodução assistida aos fins de: *tratamento da esterilidade* (fim fundamental), de *prevenção de enfermidades genéticas hereditárias* (fim complementário ou secundário) e de *investigação com gametas e embriões* (fim derivado ou de oportunidade)[154].

154. 1994, p. 233-241.

3. Será sempre com este sentido que se deve analisar as disposições relativas às técnicas de PMA. O legislador português, ao que parece com a intenção de levar a cabo o objetivo incialmente proposto, decidiu positivar a conexão entre o regime geral insculpido no Código Penal e o regime especial previsto na Lei n.º 32/2006. O artigo 41 da lei de PMA traduz duas situações distintas. O n.º 1 prevê uma extensão da *cláusula de atipicidade* prevista no artigo 150, n.º 1 do Código Penal. O n.º 2 afirma que se as intervenções e os tratamentos no âmbito das técnicas de PMA forem praticados sem o «conhecimento do médico responsável ou por quem não esteja legalmente habilitado», a conduta constituirá ofensa à integridade física, «sem prejuízo de qualquer outra tipificação penal». *A opção do legislador não nos parece acertada*. Isto porque a extensão da atipicidade conferida no n.º 1 não acrescenta nada relevante ao quadro já existente no artigo 150 do CP. No limite, mereceria louvor apenas a assunção de que se houver «conhecimento do médico responsável» a conduta do agente (legalmente autorizado) será atípica. Contudo, o conhecimento e o entendimento entre o médico responsável e a sua equipe será, naturalmente, um *pressuposto implícito* da atipicidade da conduta, visto que o desconhecimento do médico desautorizaria a prática do ato.

3.1. O n.º 2 também não acrescenta nenhuma modificação ou mesmo nenhum complemento ao regime jurídico das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos estabelecido no CP. Isto porque a conduta da pessoa não habilitada legalmente poderá, obedecidos os pressupostos juridicamente determinados, ser justificada por *consentimento* do paciente ou, de outra forma, poderá se subsumir às condutas previstas no crime de usurpação de funções, previsto no artigo 358 do CP português e para tanto não seria nem será preciso a positivação desta regra para fazer valer o sistema legal em vigor.

4. A norma do artigo 41 não acrescenta nada ao quadro legislativo atualmente existente, tudo não passa de uma mera demonstração *desnecessária* do legislador de sacramentar a opção de que os atos de reprodução medicamente assistida devem ser vistos como *atos terapêuticos*.

5.9. A liberdade de reproduzir e a ofensa ao assentimento esclarecido

1. Este crime junto com o crime do artigo 40 é refém da má técnica legislativa do legislador português. Ambos se situam (ou deveriam se situar) em uma *relação de integração sistemática*. O crime do artigo 42 deveria versar exclusivamente sobre o bem jurídico *liberdade de reprodução*, enquanto o delito do artigo 40 aludiria tão somente ao bem jurídico *identidade genética*. Esta relação deveria estar melhor evidenciada do que está atualmente. O simples *telos* do legislador não foi suficiente para englobar toda a esfera proibitiva que ele pretendia plasmar no

texto legal. O resultado foi prejudicial, pois o tipo objetivo criou uma *relação de causa e efeito* entre as distintas condutas de *recolher* e *utilizar* gametas sem o consentimento do doador e afastou a possibilidade de *incluir os embriões*, reduzindo a incidência da incriminação. A leitura do artigo dá a entender que o crime só se verifica quando o agente recolhe e *consequentemente* utiliza o material genético de alguém sem o seu consentimento.

2. Se, por um lado, é fácil afirmar que a conduta de recolher e em seguida utilizar sêmen ou ovócito em alguma técnica de reprodução sem o consentimento do homem ou da mulher deve ser crime por ofender a *liberdade de reprodução*, por outro lado, a verificação deste procedimento não encontra uma refração constante na realidade da medicina de reprodução praticada pelas clínicas de fertilidade. Normalmente, a prática é a da *recolha consentida* dos gametas, o que deixa apenas a segunda conduta (a da correta utilização das células sexuais e dos embriões) à cargo de um *dever de confiança* entre os doadores ou beneficiários e as clínicas de fertilidade.

3. Por conta disto, tanto de *lege lata* quanto de *lege ferenda*, é preciso proceder a uma desagregação entre as duas condutas referidas. Em primeiro lugar e interpretando o direito vigente, defendemos que a conduta isolada de recolha de gameta sem a posterior utilização em técnicas de reprodução não será crime por não se verificar a conduta posterior[155]. Em segundo lugar, desde uma perspectiva de direito a constituir, advogamos a necessidade de uma alteração legislativa que *autonomize a conduta* de utilização de material genético sem o consentimento da pessoa. Esta última hipótese abarcaria todas as constelações relacionadas com a utilização não consentida de gametas e embriões de beneficiários e doadores da reprodução medicamente assistida, *v. g.*, nos casos em que a pessoa demanda a criopreservação por três anos, mas alguém utiliza o seu embrião ou o seu gameta em pesquisa ou experimentação científica ou o destrói, descumprindo a sua vontade.

4. De qualquer modo, diga-se que o crime de *recolha e utilização não consentida de gâmetas* supre a lacuna deixada pelo artigo 168 do CP, o qual situa somente a mulher no polo passivo daquele tipo objetivo[156]. Desde 2006, então, o homem passa a também ver a sua liberdade de reprodução *negativa* tutelada pelo Direito Penal com uma dimensão punitiva equiparada à da mulher, visto que ambos os crimes possuem a mesma moldura penal (1 a 8 anos de prisão).

155. No mesmo sentido, VITORINO; SOBRAL, 2011, p. 598; VALE E REIS, 2010, p. 85.

156. No mesmo sentido, MIRANDA RODRIGUES; FIDALGO, 2012, p. 782 (§8).

5. Da forma como o crime está construído, enxerga-se a tutela da *liberdade de reprodução* (bem jurídico individual)[157], embora – como já antecipado – não acreditemos que o crime esteja bem formulado e que do modo como está estruturado alcance alguma presença nos tribunais nos próximos anos, conquanto esta constelação de casos abarque uma séria necessidade de tutela penal em vista do *boom* de utilização da medicina de reprodução e da factual possibilidade de violações à liberdade das pessoas que a ela recorrem.

5.10. O sigilo sobre as técnicas de reprodução assistida e a questão do anonimato

1. A lei portuguesa de PMA decidiu optar por uma das duas grandes tendências relativas a um dos «problemas específicos mais difíceis no domínio da procriação assistida»[158]. Certamente que a tomada de uma posição não é nada fácil e que qualquer uma delas «se apoia na defesa de valores ponderosos, respectivamente, na defesa da paz da família e na defesa da verdade»[159]. Perante o difícil caso a legislar, o legislador português acolheu a solução do *anonimato*, consagrando-a no artigo 15, excetuando a divulgação em caso de expressa permissão do doador (cf. n.º 3) ou se houver «razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial» (cf. n.º 4).

2. A opção legislativa não é fácil. O Reino Unido transitou entre as duas soluções entre 1990 e 2004[160]. No Brasil, a nova Resolução do CFM mantém a regra do anonimato (IV, 2). Isto posto, duas considerações devem ser feitas antes de se propugnar por algum dos regimes.

2.1. A *primeira* é a de que não vemos uma sobreposição entre o regime da adoção e o regime da doação de gametas ou embriões. Assim, não cremos que a solução adotada no âmbito da PMA precise coincidir com a da adoção[161]. Aliás, atualmente, por força das alterações impostas pela Lei n.º 143/2015, de 08 de setembro que aditou o artigo 1990.º-A no Código Civil, em combinação com o seu

157. No mesmo sentido, JOÃO ANTUNES, 2009, p. 88-89. Em sentido contrário, VITORINO; SOBRAL, 2011, p. 598 (proteção da dignidade humana, da integridade física e moral, da liberdade da disponibilidade do corpo e da liberdade de escolha e de determinação da vontade).

158. OLIVEIRA, 2005a, p. 16.

159. *Idem*, p. 18.

160. Cf. OLIVEIRA, 2006, p. 157.

161. Em sentido contrário, OLIVEIRA, 2005a, p. 19.

artigo 6, o regime da adoção em Portugal consagra o direito do adotado maior de 16 anos a ter acesso ao conhecimento das suas origens, enquanto a lei de PMA mantém o anonimato. Cremos que as situações, desde a perspectiva dos *progenitores*, são completamente distintas e, portanto, podem compartimentar soluções diferenciadas.

2.2. Isto leva à *segunda consideração* que toma em conta não somente a tensão entre a paz familiar (a qual não é propriamente abalada quando o filho quer descobrir as suas origens[162]) e a descoberta da verdade sobre a filiação, mas sim e mais fortemente o *direito à privacidade* do doador em contraste com a «tendência contemporânea do direito de conhecer as origens»[163]. Em consonância com o que vem sendo afirmado, defendemos que a privacidade deve se sobrepor ao direito ao conhecimento das origens genéticas, à parte razões ponderosas que eventualmente possam determinar a sua cessão como, *v. g.*, a evitação de um perigo certo para a vida ou saúde do filho, tal como prevê a lei espanhola[164].

3. A opção sobre a criminalização das condutas dependerá da escolha político-legislativa adotada, ou seja, se se adotará a regra do anonimato ou não. Obviamente se a opção for tomada pela *abertura total* quanto à parentalidade biológica não se demandará nenhuma norma proibitiva. Caso contrário, se se propuser uma *regra primacial de anonimato*, com possibilidade de uma eventual revelação ou ainda se o caminho for o de uma *vedação total* da revelação da identidade do doador, a questão que se coloca então é a de como fazer valer a proibição e como sancionar a violação dos seus limites. Será que o recurso ao Sistema de Justiça Penal é a alternativa acertada? Se o caminho escolhido for o do anonimato não vemos porque não sancionar criminalmente a violação do segredo. Uma tal violação se daria em função da *tutela da privacidade*[165]. Esta opção levanta o problema em concreto de saber se em Portugal o legislador deveria ter criado um tipo penal específico na lei de PMA. Ao nosso ver, o crime do artigo 43 é *desnecessário*, pois não cremos que nenhuma conduta praticada em sede de técnicas de PMA passasse ao largo do âmbito de incriminação preposto pelo crime de violação de segredo prescrito no artigo 195 do CP português, de modo que reivindicasse a elaboração de um novo crime.

162. Conforme muito bem pontua Rafael Vale e Reis, 2008, p. 201.

163. OLIVEIRA, 2006, p. 157-158.

164. Cf. art. 5, n.º 5 da Ley 14/2006, de 26 de mayo

165. No mesmo sentido, JOÃO ANTUNES, 2009, p. 89; VITORINO; SOBRAL, 2011, p. 600 (reserva da intimidade da vida privada). Muito embora as autoras não critiquem a *necessidade* da incriminação.

5.11. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas

1. O artigo 43-A foi aditado pela Lei n.º 59/2007, de 04 de setembro, a qual operou alterações no Código Penal e aditou diversos dispositivos em leis especiais. Com Silva Dias acreditamos que a expressa positivação legal da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas no caso dos crimes previstos na lei de PMA é pertinente e atenta ao aparecimento de médicos e clínicas especializadas devotados a satisfazer os pedidos dos clientes[166].

Considerações finais

1. O legislador brasileiro possui uma posição privilegiada. Pode comparar todas as soluções estrangeiras e analisar as diversas leis que englobam os temas relacionados com a reprodução humana e as técnicas de reprodução assistida. Como ainda não existe lei ordinária federal que contenha globalmente o assunto, poderá propor e explorar um debate entre a sociedade e a comunidade científica. Tem em mãos uma tela em branco. Deve evitar aquilo que Dolcini identificou na lei italiana: uma *lei má*, uma lei contra a vida, uma lei que reduziu os nascimentos e obedeceu a um código ético-religioso hostil à PMA[167]. Ao contrário, deve obedecer àquilo que Silva Franco demandava já em 1994: tanto a necessidade de uma intervenção legislativa moderna, livre de mundividências antiquadas, quanto o encontro de um *ponto de equilíbrio* entre a proibição total e a permissão completa de forma a compreender, regular e limitar as questões jurídicas à volta da matéria[168]. Todavia o legislador não deve descurar as imperiosas exigências constitucionais, civis e penais que instituem limites jurídicos a toda a comunidade, inclusive àquelas correntes mais liberais que descuram princípios sedimentados da Ordem Jurídica ao procurar satisfazer apenas os seus interesses irreligiosos.

2. Tendo em conta o correto *âmbito de aplicação*, a obediência às finalidades adstritas às técnicas de reprodução humana e a observância da eminente *dignidade humana*, recairá sobre o legislador a tarefa de recensear e *regular* as técnicas de reprodução medicamente assistida, respeitando as confluências comunitárias e as específicas exigências jurídico-criminais, impondo não somente aos médicos, mas a toda a sociedade, os limites adequados e necessários para a consecução de uma das matérias mais nobres da vida humana: a sua própria reprodução e sadia manutenção.

166. 2008, p. 112-113.

167. 2009, p. 314.

168. 1994, p. 6.

Referências

ARAÚJO, Fernando (1999). *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra: Almedina.

BELEZA, Teresa (1996). «Sem sombra de pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal». In: *Jornadas de direito criminal: revisão do Código Penal*. Vol. I. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, p. 157-183.

BIRNBACHER, Dieter (2004). «Menschenwürde – abwägbar oder unabwägbar»? In: KETTNER, Matthias (Hrsg.). *Biomedizin und Menschenwürde*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, p. 249-271.

_____ (2001). «Instrumentalisierung und Menschenwürde. Philosophische Anmerkungen zur Debatte um Embryonen- und Stammzellforschung». In: *Jahrbuch der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf*, p. 243-257.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (2005). «Menschenwürde als normatives Prinzip: Die Grundrechte in der bioethischen Debatte». In: *JuristenZeitung,*, n.º 17, 2003, p. 809-815.

CANESTRARI, Stefano (2005). «The law of February 19th 2004, No. 40: Procreation and punishment». In: *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 22, p. 57-73.

CARVALHO, Gisele Mendes de (2005). «La protección penal del patrimonio genético en Brasil (Comentarios a la nueva "Ley de Bioseguridad", de 24 de marzo de 2005)». In: *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 23, p. 93-138.

CASTANHEIRA NEVES, António (1975). «As Fontes do Direito e o Problema da Positividade Jurídica». In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, p. 115-204.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez (1979). «Aborto y Política Criminal». In: *Derecho Penal y Criminologia*, p. 41-52.

CONCEIÇÃO CUNHA, Maria da (1995). «*Constituição e crime*» – *Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa-Editora.

COSTA ANDRADE, Manuel da (2004). *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora.

_____ (1979). «O aborto como problema de política criminal». In: *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. II, p. 293-323.

_____ (1986). «Direito Penal e Modernas Técnicas Biomédicas». In: *Revista de Direito e Economia*, p. 99-127.

_____ (1989). «Direito Penal e Modernas Técnicas Biomédicas – As conclusões do XIV Congresso Internacional de Direito Penal (Viena, Outubro de 1989)». In: *Revista de Direito e Economia*, p. 375-398.

_____ (1993). «Sobre a reforma do Código Penal português: dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas, em particular». In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, p. 427-497.

_____ (1992). «A "Dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime». In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, p. 173-205.

DAMIÃO DA CUNHA, José (2012). «Comentário ao artigo 140º». In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (Dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. Tomo I. 2ª ed., p. 221-235.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (2007). «Genética y Política Criminal». In: *Revue Internationale de Droit Pénal/ International Review of Penal Law*, n.º 3-4, Vol. 78, p. 521-563.

_____ (1996). «Los llamados delitos de 'manipulación genética' en el nuevo Código Penal español de 1995». In: *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 5, p. 49-76.

Di FABIO, Udo (2017). « Art. 2 Abs. 2 Satz 1». In: MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter. *Grundgesetz-Kommentar*. München: C. H. Beck.

DIAS PEREIRA, André (2015). *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. Coimbra: Coimbra Editora.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís (2001). «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena». In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, p. 107-130.

DOLCINI, Emilio (2009). «Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita: Ambiguità e rigori della legge italiana n. 40 del 2004». In: COSTA ANDRADE, Manuel da *et al*. (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, p. 289-315.

DWORKIN, Ronald (1993). *Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. New York: Alfred A. Knopf.

ESER, Albin (2014a). «Vorbemerkungen zu den §§ 218 bis 219b (Schwangerschaftsabbruch)». In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch: Kommentar*. 29ª ed. München: C.H. Beck.

_____ (2014b). «§ 218 Schwangerschaftsabbruch». In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch: Kommentar*. 29ª ed. München: C.H. Beck.

_____ (2014c). «§ 218a Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs». In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch: Kommentar*. 29ª ed. München: C.H. Beck.

_____ (1994). «Reforma de la Regulación Alemana sobre el Aborto desde una Perspectiva de Derecho Comparado». In: *Actualidad penal*, n.º 4, p. 55-71.

_____ (2001). «El investigador como "autor" y "víctima" – Observaciones de Derecho comparado sobre la libertad y la responsabilidad de la ciencia y la

tecnología». In: *Estudios de Derecho Penal Médico*. Traductor y editor: Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: Idemsa, p. 123-160.

_____ (1992). «The Legal Status of the Embryo in Comparative Perspective». In: *International journal of medicine and law*, Vol. 11, p. 579-590.

ESER, Albin *et al* (1997). «Klonierung beim Menschen. Biologische Grundlagen und ethisch-rechtliche Bewertung». In: *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik*, 2, p. 357-373.

ESER, Albin; STERNBERG-LIEBEN, Detlev (2014). «Vorbemerkungen zu den §§ 211 ff.». In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch: Kommentar*. 29ª ed. München: C.H. Beck.

FARIA COSTA, José de (2009). «Bioética e Direito Penal: reflexões possíveis em tempos de incerteza». In: COSTA ANDRADE, Manuel da *et al*. (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, p. 109-125.

FASSÒ, Guido (1982). *Historia de La Filosofía Del Derecho*. Vol. 1 – Antigüedad y Edad Media. 3ª ed. Madrid: Pirámide.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (2004). «Na era da tecnologia genética: que caminhos para o direito penal médico?». In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, p. 241-260.

_____ (2009). «O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional: da doutrina, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações». In: *Colóquio comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional. XXV anos da jurisprudência constitucional portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 31-46.

_____ (2012a). «Nótula antes do artigo 131º». In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (Dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. Tomo I. 2ª ed., p. 4-34.

_____ (2012b). «Nótula antes do artigo 142º». In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (Dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. Tomo I. 2ª ed., p. 243-265.

_____ (2012c). «Comentário ao artigo 142º». In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (Dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. Tomo I. 2ª ed., p. 266-297.

_____ (1993). «Acta n.º 24; 20. Art.º 166º». In: Portugal. Ministério da Justiça. *Código penal: actas e projecto da Comissão de Revisão*. Lisboa: Rei dos Livros, p. 256-257.

FRAGOSO, Heleno (1978). *Lições de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Bushatsky.

GADAMER, Hans-Georg (1999). *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2009). *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Reimp. Madrid: Tecnos.

GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital (2007). *Constituição da República Portuguesa: Anotada*. Vol. I: artigos 1º a 107º. 4ª ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora.

GÓMEZ RIVERO, María Del Carmen (2008). *La responsabilidad penal del médico*. 2ª ed. Valencia, Tirant lo blanch.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (1995). «Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española». In: *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 3, p. 69-90.

GRACIA MARTÍN, Luis; ESCUCHURI AISA, Estrella (2005). *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética: Estudio de los títulos IV y V del Libro II del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

GRECO, Luís (2011b). *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato (com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

_____ (2010). «Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais». In: *Revista Liberdades*, nº. 3, p. 47-59.

_____ (2006). «Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal». In: ZENKNER SCHMIDT, Andrei (Org.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 401-425.

_____ (2011a). «Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos»? In: *Revista de Concorrência e Regulação*, ano II, n.s 7/8, p. 349-373.

GRECO, Rogério (2013). *Código Penal: comentado*. 7ª ed. Niterói: Impetus.

GRONER, Kerstin (1991). «Klonen, Hibryd- und Chimarenbildung unter Beteiligung totipotenter menschlicher Zellen». In: Hans-Ludwig GÜNTHER; Rolf KELLER (Hrsg.) *Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik – Strafrechtliche Schranken*? (Tübingen Beiträge zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen). 2ª ed. Tübingen: Mohr, p. 293-325.

GROPP, Walter (2017a). «Vorbemerkung zu § 218». In: JOECKS, Wolfgang; MIEBACH, Klaus. *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Band 4. 3ª ed. München: C.H. Beck.

_____ (2017b). «§ 218 Schwangerschaftsabbruch». In: JOECKS, Wolfgang; MIEBACH, Klaus. *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Band 4. 3ª ed. München: C.H. Beck.

GÜNTHER, Hans-Ludwig; TAUPITZ, Jochen; KAISER, Peter (2014). *Embryonenschutzgesetz: Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Grundlagen*. 2ª ed. Stuttgart: Kohlhammer.

HEFENDEHL, Roland (2002). «¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto». In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* – RECPC, 04-14, p. 01-13.

HEIDEGGER, Martin (2005). *Ser e Tempo*. Parte II. 13ª ed. Petrópolis: Editora Vozes.

HERDEGEN, Matthias (2017). «Art. 1 Abs. 1». In: MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter. *Grundgesetz-Kommentar*. 81. Ergänzungslieferung (EL). München: C. H. Beck.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe (1995). *El derecho penal y la genética*. Madrid: Trivium.

HOFMANN, Hasso (1986). «Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation – Wissenschaft im rechtsfreien Raum?». In: *JuristenZeitung*, n.º 6, p. 253-260.

HÖRNLE, Tatjana; KREMNITZER, Mordechai (2011). «Human Dignity as a Protected Interest in Criminal Law». In: *Israel Law Review*, Vol. 44, Issue 1-2, p. 143-167.

HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno (1979). *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

JOÃO ANTUNES, Maria (2009). «Procriação Medicamente Assistida – Questões novas ou questões renovadas para o direito penal?» In: COSTA ANDRADE, Manuel da *et al.* (Org.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, p. 81-92.

JORGE BARREIRO, Agustín (1999). «Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto». In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, p. 89-135.

KOCH, Hans-Georg (1992). «El control de natalidad y el derecho penal». In: *Eguzkilore – Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 5 extraordinario, p. 123-131.

KÜHL, Kristian (2014a). «§ 218 Schwangerschaftsabbruch». In: LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *Strafgesetzbuch: Kommentar*. 28ª ed. München: C.H. Beck.

_____ (2014b). «§ 218a Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs». In: LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *Strafgesetzbuch: Kommentar*. 28ª ed. München: C.H. Beck.

LEITE DE CAMPOS, Diogo (2016). «A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)». In: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n.º 3, p. 445-454.

LEITE DE CAMPOS, Diogo; BARBAS, Stela (2001). «O início da pessoa humana e da pessoa jurídica». In: *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. III, p. 1257-1268.

LACADENA, Juan Ramón (2006). «La Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: consideraciones científicas y éticas». In: *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 24, p. 157-184.

LARENZ, Karl (1997). *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

LAUFS, Adolf (2000). «Fortpflanzungsmedizin und Menschenwürde». In: *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 2716-2718.

LAURENZO COPELLO, Patricia (2004). «Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas desde el ordenamiento punitivo». In: *Revista Penal*, n.º 13, p. 125-137.

LIPP, Volker (2015). «VIII. Fortpflanzungs- und Genmedizin». In: LAUFS, Adolf; KATZENMEIER, Christian; LIPP, Volker. *Arztrecht*. 7ª ed. München: C.H.BECK.

LOPES ROCHA, Manuel António (1991). «Bioética e nascimento: o diagnóstico pré-natal. Perspectiva jurídico-penal». In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, fasc. 2, p. 175-204.

LOUREIRO, João (1997). «Tomemos a Sério os Direitos do Embrião e do Feto». In: *Cadernos de Bio-ética,* 14, p. 3-63.

_____ (1998). «Aborto: algumas questões jurídico-constitucionais (A propósito de uma reforma legislativa)». In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, p. 327-403.

_____ (2001). «Os genes do nosso (des)contentamento (Dignidade humana e genética: notas de um roteiro)». In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, p. 163-210.

_____ (2009). «Prometeu, Golem & Companhia: Bioconstituição e corporeidade numa "sociedade (mundial) de risco"». In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, p. 151-196.

_____ (1999). «O direito à identidade genética do ser humano». In: *Portugal-Brasil ano 2000: tema direito*. Stvdia Ivridica 40 (Colloquia – 2). Coimbra: Coimbra Editora, p. 263-389.

_____ (2006). Filho(s) de um gâmeta menor? Procriação medicamente assistida heteróloga. In: *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 03, p. 5-48.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2001). «Función simbólica del derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética». In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, p. 131-139.

MACHADO, Jónatas (1996). *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Studia Iuridica 18. Coimbra: Coimbra Editora.

MEDEIROS, Rui; PEREIRA DA SILVA, Jorge (2017). «Artigo 24.º». In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Vol. I (Preâmbulo; Princípios Fundamentais; Direitos e Deveres Fundamentais; Artigos 1.º a 79.º). 2ª ed. revista. Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 364-401.

MEDEIROS, Rui; CORTÊS, António (2017). «Artigo 26.º». In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Vol. I (Preâmbulo; Princípios Fundamentais; Direitos e Deveres Fundamentais; Artigos 1.º a 79.º). 2ª ed. revista. Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 440-460.

MERKEL, Reinhard (2017a). «§ 218 Schwangerschaftsabbruch». In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich. *Strafgesetzbuch*. 5ª ed. Baden-Baden: Nomos.

_____ (2017b). «§ 218 a Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs». In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich. *Strafgesetzbuch*. 5ª ed. Baden-Baden: Nomos.

MIGUEZ GARCIA, M.; CASTELA RIO, J. M (2015). *Código penal: parte geral e especial: com notas e comentários*. 2ª ed. Coimbra: Almedina.

MIOLA, José (2007). *Medical Ethics and Medical Law: A Symbiotic Relationship*. London: Hart Publishing.

MIRANDA BARBOSA, Mafalda (2016). «Em busca da congruência perdida em matéria de proteção da vida do nascituro: a perspetiva do direito civil». In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Tomo 1, p. 23-71.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia (2012). «Comentário ao artigo 168». In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (Dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 778-795.

MIR PUIG, Santiago (2003). *Introducción a las bases del derecho penal: Concepto y método*. 2ª ed. Reimp. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de f.

MOURAZ LOPES, José; MILHEIRO, Tiago Caiado (2015). *Crimes sexuais: análise substantiva e processual*. Coimbra: Coimbra Editora.

MUÑOZ CONDE, Francisco (2001). *Introducción al derecho penal*. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de f.

_____ (2001). «Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho Penal». In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del Professor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Aranzadi, p. 561-574.

OLIVEIRA, Guilherme de (2005a). «Aspectos jurídicos da procriação assistida». In: *Temas de Direito da Medicina*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 05-30.

_____ (2005b). «Beneficiários da procriação assistida». In: *Temas de Direito da Medicina*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 31-58.

_____ (2005c). «Legislar sobre Procriação Assistida». In: *Temas de Direito da Medicina*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 87-104.

_____ (2006). «O direito civil em face das novas técnicas de investigação genética». In: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* – AFDUAM, n.º extraordinario, p. 149-162.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de (1991). «Direito e Bioética». In: *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. II, p. 429-458.

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique (2006). «Bioética y Derecho penal en el comienzo de la vida: algunas implicaciones jurídico-penales de las nuevas biotecnologías». In: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* – AFDUAM, Número Extraordinario, p. 75-106.

POSCHER, Ralf (2004). «Die Würde des Menschen ist unantastbar». In: *Juristen-Zeitung*, n.º 15/16, p. 756-762.

RAPOSO, Vera Lúcia (2014). *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião in vitro*, Coimbra: Almedina.

_____ (2006). «Comentário à recente lei espanhola de reprodução assistida». In: *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 03, p. 153-172.

_____ (2013). «Aqueles que nasceram (Breve excurso sobre o enquadramento penal das lesões pré-natais)». In: COSTA ANDRADE, Manuel da *et al.* (Org.). *Direito penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais – homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 1065-1109.

_____ (2008). «"Pode trazer-me o menu, por favor? Quero escolher o meu embrião" – Os múltiplos casos de selecção de embriões em sede de diagnóstico genético pré-implantação». In: *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 8, p. 59-84.

_____; DIAS PEREIRA, André (2006). «Primeiras notas sobre a lei portuguesa de procriação medicamente assistida (Lei n. 32/2006, de 26 de Julho)». In: *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 06, p. 89-104.

REIS MARQUES, Mário (2007). *Introdução ao direito*. Vol. I. 2ª ed. Coimbra: Almedina.

REIS NOVAIS, Jorge (2016). *A dignidade da pessoa humana*. Vol. II: dignidade e inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina.

ROMEO CASABONA, Carlos María (1996). *Del gen al Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

_____ (2002). *Los genes y sus leyes: el derecho ante el genoma humano*. Bilbao; Granada: Editorial Comares.

_____ (1994). *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

_____ (2011). «La clonación. Aspectos éticos y jurídicos». In: Stefano CANESTRARI *et al.* (Ed.). *Trattato di biodiritto: Il governo del corpo*. Tomo I. Milano: Giuffrè, p. 281-308.

_____ (2001). «La clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal». In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.). *Genética y derecho penal: previsiones en el Código Penal Español de 1995*. Bilbao-Granada: Comares, p. 127-167.

ROMEO MALANDA, Sérgio (2006). «Los delitos genéticos: ¿función preventiva o función (meramente) simbólica?». In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 60, p. 150-207.

ROXIN, Claus (2013). «O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova». In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1, p. 07-43.

_____ (2006a). *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Vol. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4ª ed. München: C. H. Beck.

_____ (2007). «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?» In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático*? Madrid: Marcial Pons, p. 443-458.

_____ (2006b). «A proteção da vida humana através do direito penal». In: *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 165-187.

SANDEL, Michael (2015). *O que o dinheiro não pode comprar: Os limites morais dos mercados*. Lisboa: Editorial Presença.

SARLET, Ingo Wolfgang (2011). *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, (versão ePub).

SARMENTO, Daniel (2003). *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

SCHLINK, Bernhard (2003). «Ist Würde wägbar?» In: *Humboldt Forum Recht – HFR*, 8, p. 60-65.

SCHÜNEMANN, Bernd (2007). «El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y su interpretación». In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, p. 197-226.

SILVA DIAS, Augusto (2008). *Ramos emergentes do direito penal relacionados com a protecção do futuro: ambiente, consumo e genética humana*. Coimbra: Coimbra Editora.

SILVA FRANCO, Alberto (1994). «A Genética Humana derrotando o Direito»? In: *Boletim IBCCRIM*, n.º 23, p. 5-6.

SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius (2004). *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

_____ (2007). *Direito penal genético e a lei de biossegurança – Lei 11.105/2005: comentários sobre crimes envolvendo engenharia genética, clonagem, reprodução assistida, análise genômica e outras questões*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

STARCK, Christian (2001). «El estatuto moral del embrión». In: *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 15, p. 139-149.

_____ (2005). «Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán». In: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 9, p. 489-497.

_____ (2002). «Verfassungsrechtliche Grenzen der Biowissenschaft und Fortpflanzungsmedizin». In: *JuristenZeitung*, n.º 22, p. 1065-1072.

_____ (2008). «Garantía de la dignidad humana en la práctica de la biomedicina». In: *Revista catalana de dret públic*, n.º 36, p. 1-15.

URRUELA MORA, Asier (2008). «La clonación humana ante la reforma penal y administrativa en España». In: *Revista Penal*, n.º 21, p. 165-191.

VALE E REIS, Rafael (2008). «Direito ao conhecimento das origens genéticas – desenvolvimentos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional português». In: *Revista do Ministério Público*, n.º 116, p. 189-205.

_____ (2010). «Responsabilidade criminal na procriação medicamente assistida – A criminalização do recurso à maternidade de substituição e outras opções legais duvidosas». In: *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 13, p. 69-93.

VALLE MUÑIZ, José Manuel (2001). «Delitos relativos a la manipulación genética». In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. 2ª ed., p. 769-786.

VITORINO, Ana; SOBRAL Luísa (2011). «Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho». In: PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo; BRANCO, José (Org.). *Comentário das leis penais extravagantes*. Vol. II. Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 562-606.

WELZEL, Hans (1979). *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*. 2ª Ed. Madrid: Aguilar.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A Clonagem Humana: Pressupostos Para Uma Intervenção Jurídico-Penal, de Carlos Maria Romeo Casabona – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 3/997-1041 (DTR\2012\450462);
- Bioética, Direitos Fundamentais e a Reprodução Humana, de Débora Gozzo – *RIASP* 30/469-496 (DTR\2012\451349);
- Breve Estudio De Las Técnicas de Procreación Medicamente Asistida, de Marta Falcão e David Falcão – *RDPriv* 63/239-254 (DTR\2015\13093);
- Reprodução Humana, Bioética e Biodireito: Desafios Contemporâneos, de Ana Cláudia Silva Scalquette – *RIASP* 32/349-358 (DTR\2013\12520); e
- Reproduções Assistidas Delineamentos e Limitações Sob uma Perspectiva Jurídica, de Glauber Moreno Talavera – *RT* 806/52-70 (DTR\2002\534).

Investigando os investigadores: representações sociais sobre a atividade policial no Sistema de Justiça Federal

Researching the investigators: social representations concerning the police activity in the Federal Justice System

Cristina Zackseski

Doutora em Estudos Comparados sobre as Américas pela Universidade de Brasília. Professora da Faculdade de Direito da UnB. Vice-Coordenadora do Núcleo de Estudos sobre Violência e Segurança (NEViS/UnB). Líder do Grupo "Política Criminal" (UniCEUB/UnB).
cristinazbr@gmail.com

Bruno Amaral Machado

Doutor em Sociologia Jurídico-Penal pela Universidade de Barcelona. Pós-Doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília e pela John Jay University/Nova Iorque. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do UniCEUB. Líder do Grupo "Política Criminal" (UniCEUB/UnB). Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT).
brunoamachado@hotmail.com

Welliton Caixeta Maciel

Doutorando em Sociologia pela Universidade de Brasília (UnB), com período de estágio doutoral no Centre de Recherches Sociologiques sur le Droit et les Institutions Pénales (CESDIP/CNRS/UVSQ/Ministère de la Justice), França. Mestre em Antropologia Social. Bacharel em Sociologia e Antropologia pela UnB. Bacharel em Direito pela UDF. Professor substituto de Direito Penal (2015) e professor voluntário de Atualização e Prática em Direito 1 e 2 (Antropologia do Direito, 2016-atual), na Faculdade de Direito da UnB. Professor de Direito, Sociologia e Ciência Política, na Escola de Ciências Jurídicas e Sociais, na Escola de Negócios e na Escola de Ciências da Saúde e da Vida, do Centro Universitário e Faculdades Projeção. Pesquisador do Núcleo de Estudos sobre Violência e Segurança (NEViS/UnB) e do Grupo Candango de Criminologia (GCCrim/FD/UnB).
wellitonmaciel@gmail.com

Recebido em: 16.02.2018.
Aprovado em: 24.07.2018.
Última versão dos autores: 24.09.2018.

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo tem por objetivo analisar as representações sociais de policiais federais no que

Abstract: The article intends to analyze the social representations of federal police officers concerning

se refere à investigação e à persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos, mais especificamente no que diz respeito à atuação da Polícia Federal, com ênfase no trabalho das delegacias especializadas em crimes fazendários e financeiros. A análise fundamenta-se no material de campo em pesquisa realizada entre 2014 e 2015, nos estados de São Paulo, Pernambuco, Paraná e no Distrito Federal. Neste texto apresentamos e discutimos parte dos dados obtidos em grupos focais e entrevistas em cada um dos estados referidos, com Delegados, Peritos e Agentes que atuam ou já atuaram nas unidades dedicadas ao foco da pesquisa.

Palavras-chave: Corrupção e delitos econômicos – Investigação e persecução penal – Polícia Federal – Sistema de justiça federal – Representações sociais.

the investigation and the prosecution of corruption and economic crimes, specially focused on the performance of the Federal Police, emphasizing the work of the police department units specialized on financial and tax crimes. Our analysis is based on the fieldwork research conducted between 2014 and 2015, in the States of São Paulo, Pernambuco, Paraná and the Distrito Federal. In this text, we discuss part of our data obtained in focused groups and in-depth interviews in each of the referred states, with police officers, chief police officers and experts who work or had previous experience on the units of our research.

Keywords: Corruption and economic crimes – Investigation and criminal prosecution – Federal Police – Criminal justice system – Social representations.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Teoria das Representações Sociais (TRS) como dispositivo teórico de análise. 3. A atuação da Polícia Federal diante da criminalidade econômica: representações sociais dos agentes, peritos e delegados da Polícia Federal. 3.1. Desmotivação. 3.2. Falta de pessoal. 3.3. Problemas de estrutura, treinamento e conflito entre as carreiras. 3.4. O fim das campanas. 3.5. Rotinas de investigação. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

Nas últimas décadas pudemos acompanhar muitas alterações no que tange ao desempenho do Sistema de Justiça Criminal (SJC), especialmente no campo dos crimes de colarinho branco, âmbito que cresce em complexidade e importância se comparado ao da criminalidade comum (BROTHERTON, HANDELMAN, WILL, 2013; CROALL, 1992; NELKEN, 1994).

Nos Estados Unidos, quando Edwin Sutherland lançou o conceito na década de 1940, tais delitos já eram mais complexos que os comuns, mas certamente não havia a possibilidade dessa nova criminalidade atravessar fronteiras tão rapidamente e se utilizar de ferramentas virtuais, como hoje (SUTHERLAND, 1940). Entender as formas de investigar e processar tais crimes torna-se, então, o ponto alto das pesquisas sobre as formas de organização da investigação criminal e a comunicação interorganizacional que foi se configurando nesse campo, mesclando o velho formato do inquérito concebido para crimes comuns com novas estruturas e tecnologias disponíveis (MACHADO, 2014). A partir da década de

1990, outros pesquisadores revisitaram a noção de crime de colarinho branco. Parte da literatura distancia-se da tese sobre as características ou dos perfis elitistas dos autores envolvidos e redirecionam o foco para as próprias práticas delituosas. Susan Shapiro, por exemplo, recupera a noção de confiança em um dos textos de Sutherland e define como característica essencial do crime de colarinho branco a violação de norma de confiança relacionada à ocupação do agente (SHAPIRO, 1994, p. 12).

Para Shapiro, o que marca o campo propício para a prática de um crime de colarinho branco é a ausência de controle do beneficiário de um ato em relação àquele que possui a função de praticá-lo. A imagem imediata que vem à cabeça é a das funções públicas. No entanto, basta lançar rapidamente os olhos à economia e notar que toda a produção, a distribuição de bens na sociedade e a prestação de serviços decorrem do cumprimento de normas de confiança reguladas por agências governamentais. Em nossa pesquisa consideramos que a categoria contempla tantos os delitos econômicos quanto o conceito amplo de corrupção.

Assumindo que a investigação e a persecução penal de crimes comuns já é um problema que se coloca como relevante pelas dificuldades descritas na literatura especializada (MISSE, 2010), impactando os resultados do sistema de controle e na imagem das instituições envolvidas, observamos que os resultados da investigação nesse novo campo é de difícil compreensão, pois ela não é restrita ao universo do SJC, envolvendo diversas instituições e novos atores, muitos deles estranhos aos procedimentos usuais de atuação da polícia.

Observamos que, ao realizar o seu trabalho, a Polícia Federal (PF) interage com instituições como a Receita Federal (RF), o Tribunal de Contas da União (TCU), Corregedoria Geral da União (CGU), Banco Central (BACEN), Advocacia-Geral da União (AGU), Ministério Público Estadual e Federal (MP e MPF), Comissão de Valores Mobiliários (CMV), Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Além disso, ela também interage com outras polícias (como a legislativa e as estaduais) e com os movimentos sociais ou ONGs contra a corrupção.

Na pesquisa empírica[1] realizada, entre 2014 e 2015, buscamos desvendar diversos aspectos da investigação e da persecução penal da corrupção e dos delitos

1. Apesar da emergência de pesquisas empíricas no Direito no contexto nacional, observamos que esse tipo de pesquisa ainda sofre resistência nas faculdades e no meio jurídico no geral, talvez devido à ideia da existência de uma "ciência jurídica" que acredita prescindir da pesquisa empírica, ou talvez pela dificuldade da apropriação de tais pesquisas à dogmática, ou ainda em reconhecê-las não enquanto procedimentos do sistema jurídico,

econômicos[2] nos estados de São Paulo, Pernambuco, Paraná e no Distrito Federal[3]. Neste texto discutiremos uma parte dos dados obtidos, que diz respeito à atuação da Polícia Federal, especialmente sobre o trabalho das delegacias especializadas em Crimes Fazendários (DELEFAZ), Crimes contra o Sistema Financeiro (DELEFIN) e Crimes Previdenciários (DELEPREV). Como técnicas de pesquisa qualitativa[4], realizamos grupos focais e entrevistas em cada um dos

---

mas do sistema científico. Diversos autores, tanto no campo de estudos do Direito como das Ciências Sociais têm ressaltado essa resistência e enfatizado a importância do Direito se abrir para outras perspectivas teórico-metodológicas. Nesse sentido, convém lembrarmos de: KANT DE LIMA (2017), XAVIER (2018), entre outros.

2. Referimo-nos genericamente à corrupção e aos delitos econômicos para simplificar a redação, pois na verdade foram objeto deste estudo os delitos dessa natureza, conforme interpretação da ESMPU, avaliados internamente (gestores incumbidos da solicitação da pesquisa) como os mais relevantes na atualidade, não só pela importância social e econômica, mas também pela dificuldade de se obter informações sobre a investigação de alguns deles, tendo sido selecionados os seguintes crimes/leis especiais: Estelionato contra a administração pública (art. 171, § 3º, CP), Peculato (art. 312, CP), Inserção de dados falsos para obter vantagem indevida (art. 313 CP), Concussão (art. 316 CP), Corrupção passiva (art. 317, CP), Corrupção ativa (art. 333, CP), Sonegação de contribuição previdenciária (art. 337/A, CP), Corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337/B, CP), Tráfico de influência internacional (art. 337/C, CP), Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86), Crimes contra a Ordem Tributária (Lei 8.137/90), Crimes de "Lavagem" ou Ocultação de Bens e Valores (Lei 9.613/98), Crimes da Lei de Licitações (Lei 8.666/93).

3. Foram escolhidas tais unidades da Federação em razão de seu destaque nas respectivas regiões tanto no que se refere a uma visão inicial que se tinha sobre a distribuição das ocorrências criminais nesse campo quanto nas formas que assumem os sistemas de controle em um novo quadro organizacional que o caracteriza. Para maiores detalhes sobre a metodologia utilizada nesta pesquisa, para além do que será especificado a seguir, consultar: COSTA, Arthur Trindade Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina (Orgs.). *A Investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos. Uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal*. Brasília: ESMPU, 2016a. t. I. p. 20-33. Disponível em: [http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/series/serie-pesquisas/a-investigacao-e-a-persecucao-penal-da-corrupcao-e-dos-delitos-economicos--uma-pesquisa-empirica-no-sistema-de-justica-federal-tomo-1].

4. Com relação à abordagem qualitativa de pesquisa, convém lembrar que esta, por não se preocupar com representatividade numérica (mas com o aprofundamento da compreensão de um grupo social, de uma organização etc.), detém-se aos aspectos da realidade que não podem ser quantificados, centrando-se na compreensão e explicação da dinâmica das relações sociais. São características da pesquisa qualitativa, portanto: "[...] objetivação do fenômeno; hierarquização das ações de descrever, compreender, explicar, precisão das relações entre o global e o local em determinado fenômeno; observância

estados referidos, com delegados, peritos e agentes que atuam ou já atuaram nas delegacias de interesse (COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2016a; COSTA, MACHADO, ZACKSESKI, 2016b).

No debate acadêmico as novidades que se anunciaram neste campo, no que tange especificamente à investigação, são vistas pelos atores mais alinhados aos pressupostos teóricos e princípios garantistas como violações e invasões normalmente associadas à discussão sobre a categoria problemática do "crime organizado" – como as quebras de sigilo, a utilização de agentes infiltrados, a delação premiada etc.

O tema tem atraído a atenção de especialistas e profissionais no campo jurídico. Baltazar Jr. resume a discussão desta fase a partir da literatura alemã, dizendo que de um lado teríamos o "discurso do mito", em cujo conteúdo:

> [...] a ideia do crime organizado estaria destinada a sustentar um aparelho funcionalista do direito e do processo penal, aos quais se procura impor indevidas exigências de eficiência, o que termina por atentar contra instituições da teoria do crime, bem como suprimir ou diminuir garantias processuais e alargar os poderes da polícia (BALTAZAR JR, 2008, p. 7).

De outro lado teríamos a "teoria da conspiração" segundo a qual:

> [...] as organizações criminosas devem [...] ser combatidas com rigor, cuidando-se de uma verdadeira guerra ou cruzada, na qual admitem-se a modificação de regras tradicionais de imputação penal, a diminuição de garantias e a adoção de medidas específicas de investigação de longo prazo e larga amplitude objetiva e subjetiva, como manifestações do chamado direito penal do inimigo (BALTAZAR JR, 2008, p. 9).

Cumpre destacar, de um lado, que os mecanismos invasivos de investigação são descritos por parte da literatura como anomalias diante do ideário de proteção dos direitos individuais, representando excessos que violam a presunção de inocência, a direito da não produção de prova contra si mesmo, entre outros

das diferenças entre o mundo social e o mundo natural; respeito ao caráter interativo entre os objetivos buscados pelos investigadores, suas orientações teóricas e seus dados empíricos; busca de resultados os mais fidedignos possíveis; oposição ao pressuposto que defende um modelo único de pesquisa para todas as ciências" (GERHARDT e SILVEIRA, 2009, p. 29-30). Para mais detalhes sobre esse tipo de abordagem em pesquisa social, ver: GOLDENBERG, 1997; MINAYO, 2001, POUPART, DESLAURIERS et al., 2008; entre outros autores.

(SANCHEZ SANDOVAL, 2003). De outro lado, alguns dos operadores do SJC indicam que, sem mecanismos invasivos não seria possível que uma investigação chegasse a um bom termo em razão da peculiaridade dos contextos em que são praticadas as infrações penais, da dimensão transnacional dos crimes, do volume de dinheiro, da sofisticação dos mecanismos e alto status dos envolvidos (pelo menos de alguns deles).[5] A solução encontrada para isso foi a criação de procedimentos, fiscalizações e autorizações (nem sempre respeitados) que acabaram orientando de alguma maneira a prática investigativa. No entanto, não há muita clareza e consistência nesses procedimentos por parte de quem investiga, como veremos.

Superado, ao menos na prática, aquele primeiro impasse, admitidas e até mesmo naturalizadas as técnicas mais invasivas ou ajustadas às especificidades da macrocriminalidade, notamos, no estágio atual de desenvolvimento das articulações relacionadas ao processo investigativo da criminalidade econômica, que houve uma mescla entre os novos recursos utilizados nas investigações e o velho formato dos Inquéritos Policiais (IPL).

Mas algumas coisas efetivamente mudaram. Grande parte da criminalidade referida ainda na literatura como de colarinho branco necessita de uma investigação que pode e deve ser feita com o uso de sistemas informatizados. Tanto é assim que as instituições envolvidas no campo penal econômico criaram sistemas de informações e gerenciamento de dados.

Contudo, o avanço da investigação "via sistema" não excluiu a necessidade de produção de outros tipos de prova, de ida a campo, de exposição física dos investigadores[6]. Essa necessidade persiste. E podemos dizer que foram criadas duas dificuldades: 1. A necessidade de análise dos dados coletados com as quebras de sigilo, que muitas vezes representa um grande volume de informações desimportantes, das quais não é possível inferir evidências sem alguma forma de tratamento tecnológico. Isso ocorre por várias razões, que trataremos a seguir, como a desmotivação resultante das disputas internas na Polícia Federal, que inclui encostar os agentes mais experientes em atividades burocráticas, falta de

5. A discussão continua especialmente nos casos da delação, agora chamada de "colaboração premiada", pois ela não pode por si só embasar condenações. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-fev-18/eua-expoe-riscos-delacao-premiada-dizem-especialistas]. Acesso em: 26.03.2015.

6. A exposição física é um obstáculo, especialmente para aqueles que não têm perfil para atuarem como policiais, o que é muito comum na carreira policial nos dias de hoje, na qual há uma grande rotatividade de pessoas que ingressam na polícia e saem assim que são aprovadas em outros concursos, assunto que retomaremos mais adiante neste texto.

dedicação, falta de pessoal e de conhecimento técnico em alguma medida; 2. A incorporação de uma postura no sentido de que não se vai mais para a rua realizar buscas e usar das tradicionais "campanas". Trata-se de uma postura mais asséptica, pois distancia os profissionais da "massa" e do perigo que a exposição do trabalho investigativo representa.

Neste artigo exploraremos esses dois pontos citados, que consideramos serem dificuldades relacionadas ao uso da tecnologia e dos sistemas de informação, a partir das representações sociais de Policiais Federais que participaram dos grupos focais e das entrevistas nos estados objeto da pesquisa, mas também de respostas que obtivemos de agentes da Polícia Federal de vários outros estados, que responderam por escrito as questões do roteiro da pesquisa, cujos contatos foram obtidos por meio da Federação Nacional dos Policiais Federais (FENAPEF).

Para fins éticos e metodológicos de pesquisa, optamos por utilizar a padronização "E" para entrevista, "GF" para grupo focal e "R" para resposta que recebemos por escrito; após, inserirmos a referência da unidade da federação e, em seguida, a identificação da profissão e da pessoa que fala com números[7]. Quando se tratar de grupo focal a identificação dos participantes do diálogo vem em conjunto, ao final, uma vez se tratar de uma linguagem coloquial, talvez, estranha para o leitor. A nossa análise inspira-se na Teoria das Representações Sociais (TRS), "categoria metodológica para a compreensão da realidade", tal como percebida e descrita por Moscovici (1978, p. 24).

2. A Teoria das Representações Sociais (TRS) como dispositivo teórico de análise

Nessa abordagem, o conhecimento dos fenômenos sociais associa-se às narrativas elaboradas pelos sujeitos, conforme experiências e processos de interação social. Sendo assim, os relatos tornam-se relevantes, uma vez que revelam valores e interesses que orientam ações e práticas (PORTO, 2006a e 2010; MACHADO, PORTO, 2015).

7. Legenda de entrevistados/as: SPR1, DF – subprocurador 1, SPR2, DF – subprocurador 2, SPR3, DF – subprocurador 3, J1, DF – juiz 1, DF, J2, PR – juíza 2, PR, J3, PE – juíza 3, PE, J4, PR – juiz 4, PR, DPF1, DF – delegado 1, DF, DPF2, DF – delegado 2, DF. Legenda de participantes dos Grupos Focais: J5, GF/DF – juiz 5, DF, J6, GF/DF – juiz 6, DF, J7, GF/DF – juíza 7, DF, APF1, GF/DF – agente 1, DF, APF2, GF/DF – agente 2, DF. Legenda das entrevistas escritas: J8, PR, escrita – juiz 8, PR, J9, SP, escrita – juiz 9, SP, J10, SP, escrita – juiz 10, SP, J11, PR, escrita – juiz 11, PR, J12, PR, escrita – juíza 12, PR.

Ao direcionar o foco para as representações sociais de uma determinada realidade, consideramos que os atores interagem a partir de distintas visões, inseridos em contextos e segundo diferentes papéis assumidos nas relações sociais. Os valores, crenças e saberes são analisados na medida em que são valiosos para a compreensão social. As representações relacionam-se às ações sociais e evidenciam os contextos em que as interações são estabelecidas. Embora não coincidam com o real, as representações constituem-se em material empírico para análise das diferentes realidades (MOSCOVICI, 1994, 2007; JODELET, 2001).

Convém destacar que a TRS propõe dois mecanismos de particular interesse para a análise social. A ancoragem opera a transformação de uma realidade desconhecida em algo conhecido, vinculando-a às representações sociais anteriores, ensejando comparações e interpretações. A objetivação torna o desconhecido em conhecido, concreto e perceptível no universo cognitivo (SÁ, 1995, p. 39).

Portanto, considerando a linha de análise metodológica que adotamos no texto, como afirmado em outro momento (CAIXETA MACIEL, 2017), ainda que o foco das representações sociais em Psicologia Social seja o indivíduo, o que as tornam fenômenos complexos por envolver o jogo multidimensional da subjetividade, a apropriação que aqui fazemos dessa teoria é, nas palavras de Porto:

> [...] em certo sentido, utilitarista, uma vez que não nos debruçamos sobre os aspectos propriamente cognitivos da formação e da constituição das representações sociais e de seus mecanismos de difusão [...] ressaltando de que modo se constituíram seu núcleo central e suas periferias. [...] trabalhamos a noção como um todo e sempre no plural, assumindo as representações sociais enquanto blocos de sentido articulados, sintonizados ou em oposição e em competição a outros blocos de sentido, compondo uma teia ou rede de significações que nos permitirão avançar no conhecimento (2006b: 253, grifo nosso).

Dessa maneira, as representações sociais não apenas informam sobre as práticas sociais (embebidas de senso comum), como também sobre a identidade desses agentes, uma vez que essa é construtiva e relacional. Além disso, como pontua Jovchelovitch (1994: 65-70):

> [...] a esfera pública, enquanto lugar da alteridade, fornece às representações sociais o terreno sobre o qual elas podem ser cultivadas e se estabelecer. Mas a alteridade é também a condição necessária para o desenvolvimento do Eu. [...] a esfera pública, portanto, como o espaço que existe em função da pluralidade humana, como o espaço que se sustenta em função da diversidade humana, como o espaço que introduz a noção de transparência e 'prestação de contas', como o espaço que encontra sua forma de expressão no diálogo e na ação comunicativa, traz para o centro da nossa análise a dialética entre o Um

e o Outro, e sublinha a importância das relações entre sujeito-outros sujeitos-sociedade para dar conta dos possíveis significados tanto da vida individual como da vida pública.

3. A atuação da Polícia Federal diante da criminalidade econômica: representações sociais dos agentes, peritos e delegados da Polícia Federal

Diariamente, as polícias brasileiras, sobretudo federal, militar e civil, aparecem em destaque nos telejornais e na mídia impressa, nacionais e/ou internacionais, ora como vilãs, ora como heroínas. Certamente, não há aqui qualquer novidade[8]. A Polícia Federal brasileira, de outro lado, mais especificamente nos últimos anos, tem sido projetada nos meios de comunicação, principalmente as "operações" por ela empreendidas. Isso confere cada vez mais reconhecimento social tanto à instituição quanto à profissão policial, ao ponto de, para o imaginário do senso comum, esta ter se tornado sinônimo de uma polícia "de elite". Elite no sentido de ser bem equipada e qualificada, com salários dignos e boas condições de trabalho, além de ser a polícia que prende uma parcela da sociedade considerada privilegiada econômica e socialmente.

Verificamos, todavia, que não é fácil a organização do trabalho de investigação num universo gigantesco de tipos penais e leis especiais em ordenamentos jurídicos como o brasileiro. Analisaremos neste item, a partir das representações sociais dos policiais federais, os principais problemas que dificultam a análise dos dados a que tem acesso em razão de sua atividade profissional.

3.1. Desmotivação

A desmotivação para o trabalho de investigação é, de maneira geral, proveniente das disputas vividas no interior da instituição em crise que é a Polícia Federal[9]. Mas é importante distinguir dois aspectos desta ausência de motivação:

8. Observem-se, apenas para citar dois exemplos, notícias veiculadas pela imprensa nacional e internacional sobre a Operação "Lava Jato" ([www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1548049-entenda-a-operacao-lava-jato-da-policia-federal.shtml]) e a Operação "Zelotes" ([www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2015/04/150414_carf_corrupcao_ms_rb>]). Acesso em: 17.10.2017.

9. A título de ilustração sobre essa crise interna à Polícia Federal, ver: [http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,disputas-politicas-afetam-acoes-da-policia-federal-

são problemas de valorização salarial e na carreira, e problemas relacionados ao serviço público em geral, que não necessariamente tem relação com a situação das polícias. Disso trataremos neste item, sem deixar de mencionar outra situação relevante, que é o tempo que uma operação consome da vida desses profissionais, como se percebe no diálogo a seguir, com delegados lotados no Distrito Federal:

> – Conduzir uma operação é desgastante, é cansativo e gera consequências. Você combater o crime organizado tem problemas. – Por exemplo, se você está com filho pequeno, por exemplo, rotina é bom.
>
> – Às vezes tem momentos. Eu vou combater o crime organizado nesses dois anos, depois eu quero trabalhar um ano trabalhando com uma coisa mais tranquila. Por que? Uma operação é 11, 12, 13, 14 horas por dia.
>
> – Final de semana.
>
> – Final de semana, às vezes, de madrugada, você vive aquilo.
>
> – É que o vagabundo não combina expediente com a gente, né? (GF DF 2 DPF 1 e 2).

A mesma percepção pode ser identificada entre os agentes da Polícia Federal lotados no estado de Minas Gerais:

> Então o cara tem uma estrutura ali dentro, né, que só vai prender pobre... do crime organizado, não vai prender policial corrupto, político, gente dentro do Estado; pessoas que você encontra em restaurante e outros espaços; amigos; conhecidos; colegas de escola, quem vai querer... porque cá entre nós, a classe média brasileira e a elite brasileira é completamente podre, não tem criatório de político, não é verdade? Essas pessoas permeiam a sociedade, o dia que você começar a mexer com o crime organizado você rompe relações, você se distancia de pessoas, elas estão ao nosso redor (GF MG APF 1).

Esse mesmo ponto foi evidenciado no Paraná, devendo-se acrescentar que a complexidade do trabalho significa trabalhar mais para ganhar o mesmo:

> Por quê é que a pessoa vai demandar mais horas de trabalho... entendeu? Em casos mais trabalhosos, que exige um estudo muito maior, que exige você ter contato fora sempre...tá aqui, vai aqui, vai pra lá...reunião pra cá, decide caso,

imp-,680113]; [https://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/as-brigas-internas-na-policia-federal?page=1]; e [www.patrialatina.com.br/crise-dos-passaportes-expoe-erros--e-disputa-interna-na-policia-federal/]. Acesso em: 17.10.2017.

> e sempre envolve alguém, alguém...às vezes politicamente exposto, e vai ver estratégias...vai ter que pedir quebra e representação bancária, representação fiscal...e montar quebra cabeça. Assim, exige mais concentração, seja mentalmente que é o mais desgastante, exige mais horas de trabalho e, no final das contas ele pode ficar com um caso...ganhando a mesma coisa. E tendo uma rotina mais fixa... (E PR DPF 1).

Ambos os problemas são fulcrais. A primeira ordem de problemas (desvalorização), muito enfatizada, pode ser assim ilustrada: "Os agentes administrativos, salvo exceções, são menosprezados pelas chefias do DPF" (R RS APF 1). Essa percepção é compartilhada por profissionais de vários estados.

Um agente do Rio Grande do Sul registrou a forma como percebe a relação entre agentes e delegados:

> Com enorme desconforto. Existem problemas estruturais e institucionais que fazem com que os agentes e demais sejam tratados como "mandalhetes" de delegados. Sem autonomia e com salários defasados em relação aos demais de nível superior na esfera federal, nada funciona direito. O desestímulo é visível (R RS APF 1).

E sua percepção é confirmada por agente da Bahia:

> A integração é péssima. O clima de trabalho é muito ruim. Os Agentes sentem-se desvalorizados, desmotivados e, na maior parte das vezes, fazem um trabalho burocrático, sem ter ideia da totalidade da investigação. Não sabem aproveitar a nossa capacidade e experiência (R BA APF1).

Mais adiante acrescenta: "As nossas habilidades, formação, ou interesse nunca são levados em conta. As lotações são aleatórias, ou decididas por questões pessoais" (R BA APF 1)

Os agentes demonstram insatisfação com o contexto atual. Alguns deles se dizem "sacaneados", pois quando possuem experiência ela não é levada em conta para a melhora da qualidade do serviço público, o que sugere forma de "caça às bruxas" na alocação daqueles mais envolvidos nas atividades sindicais: "Como é possível que um policial com 20 anos de experiência seja encostado num serviço de plantão ou socado num aeroporto para carimbar tarjetas?" (R RS APF 1).

Entre os participantes, um profissional que atua no Distrito Federal descreve o problema como falta de critério para lotação de policiais: "Não existe um padrão para a lotação dos servidores. Não são verificadas as habilidades dos servidores, bem como sua formação profissional, os critérios são subjetivos de acordo com a administração da unidade" (R DF APF 1).

O agente do Rio Grande do Sul explica a maneira com que percebe o problema quando a atuação se dá nas atividades próprias de investigação:

> Simples: os agentes mais experientes realizam o trabalho, escolhem seus alvos, preenchem os documentos de quebra de sigilo, a serem assinados pela autoridade policial, explicam o andamento da investigação aos Delegados para que possam conversar com os Juízes e o MP etc. Na deflagração da Operação, as informações são repassadas, amiúde, ao Delegado chefe, para que este informe a mídia. Salvo exceções, onde alguns Delegados engajam-se um pouco mais na investigação. Mas o engajamento, em geral, busca finalidades pessoais, como ascensão profissional, remoções etc. (R RS APF 1).

Os problemas relativos ao serviço público, de outro lado, podem ser notados nas falas de muitos policiais, tanto de postos diferentes quanto dos seus próprios. Um exemplo da primeira postura é a afirmação de um agente: "Atualmente, os melhores policiais, após atingirem a classe especial, ficam desestimulados e preferem trabalhar em serviços burocráticos ou em regime de plantão" (R RS APF 1).

A questão da lotação de servidores é criticada também pelos peritos, que percebem os prejuízos da falta de critérios para a administração pública:

> E não é privilégio da Polícia, eu acho que o funcionário público, de uma maneira geral, as lotações não são priorizadas em função da necessidade do serviço, são priorizadas em função das vontades do servidor. Então, a administração pública é muito focada às vezes no interesse do servidor. Então, quem vai para as delegacias, para as especializadas, são as pessoas que querem estar naquela cidade (GF DF P 3).

Uma pergunta importante que conduziu a nossa pesquisa – O que uma notícia crime precisa ter para se tornar um inquérito? – reforça a percepção desse problema, pois o agente diz: "Que o agente responsável pela informação trabalhe. O que exige, além de qualificação profissional, pessoas interessadas no trabalho. Situações raras no DPF atualmente" (R RS APF 1). Essa percepção é reforçada por outro agente quando diz: "A investigação 'acontece' e só alcança êxito se houver pessoas dedicadas e motivadas" (R BA APF 1).

Mas essa percepção não aparece unicamente na fala dos Agentes, mas também nos relatos dos Delegados, o que ilustra a segunda postura:

> [...] esquecendo essa questão de quem deve ou não investigar, o fato é que todas as instituições do Brasil trabalham menos do que poderiam, todas, todas, todas! A gente tem muita gente boa no MP, na polícia e no judiciário, mas também tem muita gente que não trabalha como deveria. Todas as instituições também padecem do mal do funcionalismo público. Ou seja "sou funcionário

> público, meu salário vai cair no final do mês de qualquer jeito, posso trabalhar mais ou menos, pra que que eu vou ficar me matando?". Quantas vezes eu já não ouvi: "meu, como você é trouxa, pra que que você fica até a noite trabalhando? Seis horas vai embora! Para que que você fica no fim de semana trabalhando? Seu salário não vai aumentar". Se fosse só isso, das pessoas trabalharem só oito horas, ainda é compreensível porque também está no direito das pessoas (E DF DPF 3).

No Paraná a mesma visão é compartilhada por outro delegado:

> O que eu observei aqui: que quando nós temos operações grandes como a Lava Jato, isso – eu já participei de outras grandes, trabalhei em outras grandes. E que a gente precisa de ajuda externa, muitas vezes vem colegas que você não conhece te ajudar. Então assim, isso me permitiu ter uma visão muito clara que, mais importante que você ter um colega – seja de que cargo for – que tenha um conhecimento da matéria, um conhecimento técnico, é ter alguém que não tenha medo de trabalho, isso é o mais importante por que eu já trabalhei com colegas que vieram dessa mesma área e que não tiveram rendimento adequado por que tão ali, se acomodaram, sabem o básico e, enfim; e recebi colegas que vieram de áreas, que nunca tinham trabalhado com financeiro, mas foram designados para ajudar. "Minha missão é essa, eu vou fazer o melhor possível". E se dispuseram a ler, aprender... mais importante que o conhecimento técnico é a pessoa ter compromisso (E PR DPF 1).

3.2. Falta de pessoal

De acordo com delegados da Polícia Federal lotados no Distrito Federal (DPF DF), um dos principais problemas é que ela é uma instituição complexa, que atua em todo o país e tem um efetivo muito pequeno: "Falta gente!". Tal percepção é reafirmada por delegado responsável por uma das diretorias do órgão central da instituição:

> Na verdade [...] a grande dificuldade pelo que passa o departamento Polícia Federal é o grande número de atribuições X efetivo diminuto, grande número de atribuições inclusive de caráter administrativo [...]. Nós somos responsáveis hoje pela emissão de passaporte que é um trabalho burocrático, enfim, é nosso em função da constitucional da Polícia Federal exercer esse parte de controle aeroportuário e de fronteiras – eu entendo que poderia ser tirado, você faz a parte de segurança privada, essa parte de controle de banco, de segurança dos bancos; a parte de empresas de transporte de valores, [...] se o cara está usando colete, se a arma está legal – essa é outra atribuição administrativa, deixa eu ver se me recordo de outra... a parte de arma, a parte de produtos químicos, você tem

> tudo num órgão só, uma concentração muito grande de funções administrativas que demandam tempo e recursos, aí sobra um efetivo muito pequeno para a parte-fim, o objetivo da Polícia que seria a parte de investigação (E DF DPF 1).

Os agentes também relatam a falta de pessoal como um sério entrave à boa qualidade de seus resultados. Relatam-se carências materiais, inclusive para gastos de rotina. O problema abrangeria, inclusive, as delegacias especializadas: "Nas especializadas, normalmente, há muito trabalho e poucos servidores disponíveis, salvo nas situações em que se vislumbra a possibilidade da investigação gerar impacto midiático". E continua: "Além do número insuficiente de profissionais, as especializadas carecem de infraestrutura logística e capacitação" (R DF APF 1).

> Nas Delegacias especializadas geralmente é priorizado apenas a parte cartorária, pois a falta de Agentes é gritante e na maioria das vezes a "Delegacia" é formada por alguns Delegados e alguns Escrivães, sem equipe de investigação. Nas Delegacias de interior (não especializadas) o caos é maior ainda, pois um cartório único com vários Delegados e Escrivães, e um Núcleo Operacional e de Inteligência com 3 ou 4 Agentes para atender toda a desmanta, o que torna essa Delegacia meros cartórios despachantes com Inquéritos que se arrastam por anos (R RS APF 2).

No primeiro Grupo Focal com Delegados do Distrito Federal, questionados sobre o perfil do profissional em falta, dois deles relataram a carência de servidores administrativos, para atividades de apoio, pois servidores policiais acabam realizando trabalho que não seria necessário que fosse feito por policial. Tal dificuldade, segundo eles, não tem sido suprida pela existência do cargo de agente administrativo da União, do chamado "carreirão", pois o salário é baixo e ele funciona como um degrau para um concurso melhor: "entram pessoas muito jovens, que basicamente estão ali passando uma chuva" – (GF DF 1 DPF 1).

Na visão dos agentes, "essa conversa dos delegados" é parte da sua estratégia para fortalecer a sua posição dentro do sistema, pois havendo a entrada de pessoal menos qualificado a contestação ao trabalho deles seria menor:

> Na verdade se for pra esperar os movimentos que os delegados estão fazendo, parece que eles foram recentemente conversar com o DG, eles querem porque querem implantar o nível, o cargo, de 2º grau na Polícia Federal, possivelmente porque já que não consegue enquadrar a gente por bem, vai enquadrar a gente por mal, aí você vai ter lá cada vez mais gente, e você vai ter lá um pessoal cada vez mais submisso... hoje eles conseguem alguma submissão em troca de diária, viatura, essas coisas, mas quem fazia o trabalho relevante pra eles parou de trabalhar. Só que o que acontece? Eles não estão preocupados em trabalhar, está preocupado em manter o status e conseguir avanços políticos, mas pra

> isso ele tem que tentar neutralizar cada vez mais quem está dentro, você vê que eles ou tentam montar o Ministério da Segurança Pública ou tentam fazer uma agência independente; tentam dispor de autonomia para dispor sobre a criação e extinção de cargos e sobre autonomia e remuneração; e eles estão tentando de qualquer forma, já tem bastante tempo isso, implementar o policial de nível médio porque aí vira uma Polícia Civil total, basta parar de fazer concurso pro nosso cargo e encher de policial de nível médio (GF MG APF 4).

A questão dos "concurseiros" aparece em diversos relatos dos policiais, mas nem sempre da mesma maneira, como é caso da carreira de Perito, por exemplo, que é retratada como uma carreira com um bom padrão social de remuneração, cujo perfil selecionado é de um candidato um pouco mais velho, com alguma experiência profissional anterior e, muitas vezes, titulação acadêmica. Conforme nos relatam dois peritos que participaram do grupo focal no DF:

> [...] eu era professor universitário, aqui muita gente era, não sei, pelo menos os mais novos, muitos eram do meio acadêmico e tinham um perfil assim. Então, o que acontece? A gente, a perícia tem várias coisas atraentes. Teve o efeito CSI lá, que fez as pessoas se interessarem, tem o pessoal que gosta, que quer ser polícia, acha legal ser polícia e tal. Tem o pessoal que era pesquisador e quando o salário subiu o pessoal achou que tinha espaço, e tinha o pessoal que queria estabilidade mesmo, quer ser funcionário público e quer trabalhar o mínimo possível (GF DF P 5).
>
> Quem está aqui poderia estar em qualquer lugar. A gente não está aqui porque não passou pra procurador, não passou pra juiz ou porque não passou pra outra coisa não. Quem está aqui está porque quer. Eu vim pra cá porque eu quero, porque eu quis. [...] Então assim, é pessoal de primeiro nível. A gente não tem, aí me perdoe se eu tiver exagerando talvez, eu não fiz uma análise exaustiva, mas eu digo com tranquilidade, nós temos o corpo de peritos mais capacitado do mundo. Porque não existe em nenhum país essa distorção que existe aqui do perito ganhar o que ganha em relação à sociedade. Então assim, a perícia absorveu pesquisadores, coisa que em outros países você não tem (GF DF Perito 6).

No segundo Grupo Focal realizado com delegados do Distrito Federal a polícia é associada à imagem do Banco do Brasil de outras épocas, como sendo "um cemitério de vocações". No primeiro Grupo Focal também do DF sugeriu-se a solução a este problema, bem aos moldes do que se tem visto hoje em dia, que é a utilização de padrões privados para dar maior "produtividade" ao serviço público:

> Deveria ser uma carreira de alta rotatividade como é na empresa privada que você tem os trainees, as carreiras iniciais pessoas ficam ali um tempo e

> depois vão. Você não aceita em banco, para tarefas menos complexas, por assim dizer, pessoas mais qualificadas porque você sabe que eles não vão ficar ali muito tempo e isso não pode ser feito na Administração Pública. Então a gente acaba recebendo muito servidores superqualificados para tarefas menos complexas, a tendência é que eles não permaneçam muito tempo nos quadros, aí vem toda a máquina do governo junto e você não consegue dar vazão, você tinha que ter concurso anuais, rotineiros (GF DF DPF 2).

Não foi possível levantar dados sobre o efetivo, pois tal informação é considerada informação reservada da Polícia. Porém, os relatos de algum dos delegados participantes sugerem pistas para compreender as deficiências apontadas:

> – Acho que está com 27% de vagas agora.
>
> – Eu fiz concurso em 2004. Imagine dez anos sem ter concurso!
>
> – Nós deveríamos ter pessoas que pudessem arcar, não seria difícil arcar, nós já temos o *know how* e já temos a estrutura funcionando, o que nós não temos é gente. O [...] FBI tem 60 mil servidores e a Polícia Federal tem 12. Ah vamos fazer igual ao Serviço Secreto Americano, que é uma Polícia Federal, mas tem 30 mil e eles só fazem moeda falsa, fraude em cartão e segurança do presidente. Ah [...] são mais 40 mil, nós somos 12 mil para fazer tudo isso que eles fazem, não tem condição! (GF DF 1 DPF 1, 2 e 3).

O relato é confrontado por outros participantes do estudo, especialmente pelos agentes, que propõem explicação alternativa:

> Então joga-se dinheiro, um absurdo numa quantidade monumental, mais gente, só para abastecer uma lógica que foi feita para não funcionar; então como a investigação é fragmentada, vou dar um exemplo, sabe a estatística de homicídio na (resolução?) do Brasil que é 8%; o índice na Inglaterra é 92%; Estados Unidos 56%; Chile, mais de 90%. E isso é porque você pode por gente à vontade (GF MG APF 6).

Sobre o incremento da carreira existem várias informações complementares para a compreensão do estado atual, e sugerem pistas sobre os conflitos entre os integrantes das carreiras policiais:

> Teve um fato diferente que em 2002 houve um concurso pra quase 900 agentes da Polícia Federal que era uma turma, era a primeira grande turma que estava entrando com a formação em nível superior – então você colocou 900 atores novos que tinham uma formação de nível superior e que estavam ali dentro por concurso público, não eram ligados a nada, não era ninguém que colocou ali, não foi ninguém que pediu pra estar ali (GF MG APF 3).

Na avaliação dos sujeitos da pesquisa, o fato estaria relacionado às operações que, descrevem os participantes, "pipocaram" nos últimos anos. Mas também há que se considerar o ingresso de um grande número de delegados a partir do ano de 2004, que é destacado por agentes como sendo o mote dos problemas de gestão e do estranhamento entre eles e os delegados. Relata-se que antes, como era um quadro pequeno, as relações eram melhores, até por uma questão de sobrevivência:

> [...] a partir desse momento de 2004 foi que a polícia deu uma caída em relação a essa parte de gestão, porque entraram muitos delegados nesse concurso. Foram mais de mil delegados, 1.200 pra ser mais exato, e todas as chefias foram passadas pra eles. Então quando ele traz esses 1.200, aí transformou a polícia, porque aí eclodiu nessa crise de 2012. [...] É, foi um crescente deles, né, em relação a perseguições, a desmotivação de colegas e tal (E DF APF 1).

Vemos que ainda está em curso um processo de absorção dos profissionais que ingressaram na última década, mas a impressão que eles têm é a de que sempre falta gente. Isso talvez se deva à visibilidade que a atividade policial ganhou nos últimos anos e à expectativa em torno da atuação da Polícia Federal.

3.3. Problemas de estrutura, treinamento e conflito entre as carreiras

A falta de estrutura material é raramente mencionada pelos policiais. Quando falamos em estrutura normalmente os participantes associam o tema às carreiras. Uma das poucas observações sobre estrutura material é a que segue:

> [...] a falta de estrutura material também, algumas instituições têm computadores velhos e softwares desatualizados, então aquele negócio, se você vem aqui para mexer no computador e o computador é bom, você vai fazer isso, se o computador é ruim além de você fazer o negócio devagar, você vai ficar com má vontade. Isso tudo vai influenciando na qualidade do serviço prestado (E DF DPF 3).

É possível registrar reclamações sobre a estrutura disponível de forma mais ampla: "Não é adequada. Além do número insuficiente de profissionais, as especializadas carecem de infraestrutura logística e capacitação" (R DF APF 1). Esse seria o drama resultante de problemas no gerenciamento dos recursos que inclui o descompasso entre recursos e aptidões profissionais. Um dos entrevistados conta que:

> Hoje a gente tem instalados ou em instalação aproximadamente 43 laboratórios, em todos os estados da federação, distribuídos entre o Ministério Público

> Estadual, Ministério Público Federal, Polícia Civil, Polícia Federal, Receita Federal. [...] Só que o laboratório, ao mesmo tempo que é uma solução, é um problema. Não é um grande problema, mas por que? Porque não adianta ter todos esses softwares e hardwares se não tiver alguém para operar, alguém capacitado para operar. Então o que a gente verifica é que em alguns locais a gente de uma Ferrari e não tem piloto para a Ferrari, então o laboratório fica lá meio que fazendo uma coisa promocional. "Nós temos o laboratório", mas não tem efetividade prática. Em outros estados, não. Outros estados de fato usam o laboratório para fazer o cruzamento de dados e produzir conhecimento, e daí gerar alguma coisa útil para o processo (E DF DPF 3).

Já os problemas de falta de pessoal e excesso de demanda sempre aparecem nas narrativas dos policiais, mas algumas vezes existem nuances diferentes, como as que surgem vinculadas ao problema da falta de capacitação:

> Muito processo, muita investigação para pouca gente. Então isso acaba fazendo com que as pessoas tentem fazer o mínimo possível, assim, o básico. E ao ter muita coisa para fazer e só fazer o básico, essa pessoa deixa de procurar alternativas ou ferramentas para se fazer uma investigação melhor. Então, por exemplo, corrupção e lavagem de dinheiro são investigações um pouco mais complexas, que envolvem transações financeiras e tal, e pouca gente tem conhecimento hoje em dia de como se faz essa investigação. Mas tem pouco conhecimento por quê? Ou porque não foram treinados, ou porque não tiveram interesse em ser treinados, ou não foram atrás das coisas por falta de tempo. [...] A gente tem tentado minimizar isso com o PNED, porque agora tem o ensino à distância para as pessoas... só que aí a gente esbarra no interesse do próprio servidor em ser capacitado. Porque ele não vai ganhar mais ou menos se ele for capacitado ou não (E DF DPF 3).

Assim, relaciona-se o problema da estrutura material com outro, que é o de treinamento. Existe um roteiro básico de procedimentos de investigação que é elaborado por policiais mais experientes e utilizado no curso de formação ministrado na Academia Nacional de Polícia[10], situada Distrito Federal. As solicitações que fizemos para ter acesso a este material foram sempre negadas.

Os agentes entrevistados ignoram esses procedimentos, quase sempre sobrepondo o conhecimento advindo da prática profissional em detrimento do conhecimento formal, e falam que a formação é exclusivamente destinada aos delegados: "Na maioria das situações, cada um faz de seu jeito, de acordo com a experiência prática" (R APF RS 1). Em outro momento do seu relato o mesmo

10. Disponível em: [www.dpf.gov.br/anp/educacional/formacao/]. Acesso em: 04.03.2015.

agente acrescenta que: "[...] na própria academia existe uma nítida forma de indução à formação de castas, onde os Delegados são apontados como seres superiores" (R APF RS 1).

Com isso, verificamos que não é só a formação inicial que não é percebida como igualitária; a formação continuada também:

> Após o curso de formação realizado pela Academia Nacional de Polícia, raramente aos agentes são oferecidos cursos para aprimoramento e/ou especialização de suas atividades. Geralmente os agentes desenvolvem essas habilidades no trato diário com o serviço. São disponibilizados cursos a distância, de pouco proveito para os policiais (R APF RN 2).

Sobre as delegacias especializadas, há uma observação preocupante, tanto no sentido de não haver interesse em formação específica quanto no destaque das dificuldades do trabalho:

> No caso da atuação em delegacias especializadas as principais dificuldades são: falta de uma atualização de conhecimento dos investigadores (há casos de colegas que atuam na área que jamais fizeram uma reles reciclagem), além da intensa burocracia (R APF RN 3).

Ou então:

> Somos carentes de treinamento na área de crimes financeiros. Precisamos de capacitação na área contábil e de gestão pública. Só investigaremos bem se conhecermos o mecanismo das contas públicas, processo licitatório etc. (R APF BA 1).

Convém mencionar uma avaliação que incide no ponto das diferenças entre a disponibilidade de treinamento diferenciada para agentes e delegados:

> No geral, atendem às necessidades em relação às atividades corriqueiras e mais triviais no DPF. Entretanto, quando se tratam de cursos no exterior ou em instituições, policiais ou não, de maior prestígio, ou de maior vanguarda na esfera policial, a preferência é dada para delegados de Polícia Federal, mesmo que existam agentes de Polícia Federal ou peritos criminais federais com requisitos funcionais, conhecimentos ou habilidades mais adequadas ou que melhor os credencie à participação nos treinamentos. Exemplo disso são pós-graduações (mestrado e doutorado) em matérias afetas a segurança pública, Inteligência e Defesa em renomadas instituições de ensino estrangeiras. Na esmagadora maioria dos casos, as oportunidades são dadas a delegados de Polícia Federal, como já ocorreu em cursos ofertados pelo FBI, Real Polícia Montada do Canadá, Scotland Yard etc. (R APF MG 1).

No Distrito Federal, os agentes sugerem a mesma situação, invocando a preferência que os delegados têm nas oportunidades de formação e também uma crítica à necessidade de formação jurídica para quem conduz a investigação, que é compartilhada pelos peritos do Distrito Federal, como se verá no item específico sobre formação profissional. A narrativa que segue é de um agente de Polícia de Brasília:

> Vou te ser sincero: essa parte aí eles não estão muito preocupados, a parte de treinamento e tal. Existem encontros voltados para crimes desses específicos que só vai o chefe da delegacia, só os delegados. Então quem está no dia a dia, na investigação – que são os agentes, escrivães, papiloscopistas – não tem acesso ao curso. Os melhores cursos, curso no exterior, de crime de lavagem de dinheiro, essas coisas, só vão os Delegados. Quem tá na investigação mesmo não tem esse preparo. Hoje a Polícia Federal fez uma coisa muito importante que eu acho que se perdeu com o tempo, e isso prejudica um pouco o desenvolvimento. Com a exceção do cargo de Delegado, que é Bacharel em Direito, todos os demais cargos são multidisciplinares. Então nós temos aí colegas que são exímios economistas, contadores, bons administradores, doutores na área de tecnologia da informação... Então assim, o que a gente vê muito? Um desperdício de conhecimento. Eu tenho um colega hoje que ele é mestre na área de contabilidade, e essa parte de contábeis ele sabe tudo. Ele podia chefiar uma operação, ou um braço, por exemplo, de uma operação Lava Jato, mas não o de chefia, porque quem vai chefiar é o Delegado. De repente esse colega nem vai ser ouvido dentro do conhecimento que ele tem na área contábil (E DF APF 2).

Outras falas dos agentes são mais lacônicas, consistindo apenas na afirmação de que não existem cursos, ou que não são oferecidos, ou que são oferecidos somente para delegados, além do fato de que são oferecidos à distância e que isso não adianta para efeito real de capacitação (muito criticado o manuseio de arma e a condução de veículo à distância). Essas afirmações não contribuem muito, são bastante desencontradas e denotam como ocorre em diversas situações de avaliação, que há uma tendência de respostas negativas quando há descontentamento, que no caso das atuais disputas internas da Polícia Federal é bastante evidente.

3.4. O fim das campanas

O inquérito policial é descrito – especialmente pelos agentes – como "um vai-e-vem de papéis" que nada tem a ver com investigação. O excesso de formalismo seria um dos problemas e o outro problema que se sobressai é o fato de que o inquérito é produzido em gabinetes, mas que a investigação é (ou deveria ser) um

trabalho de rua. Essas duas problemáticas aparecem de várias formas nas falas dos entrevistados, que separam o trabalho de investigação do trabalho de girar papéis.

> Vai ganhando tempo, você vai girando. Tem inquérito que tem 500 páginas e o que você vai pegar de informação útil tem cinco, oito, as férias do Juiz, as férias do Delegado, substituiu o Escrivão, voltou... "Foi relatado isso?". "Foi relatado, mas não achamos nada porque já passou cinco anos já perdeu a materialidade". Então o que é que funciona nas polícias? Os grupos em geral... o Delegado só esse despacho... ouvir gente, ouvir, ouvir, você vai levantar tudo que você vai voltar, vai esperar seis meses e ele vai te pedir pra continuar. Então essa lógica onde o governo joga mais estrutura, joga mais gente, mas esse modelo foi feito pra uma Polícia que era uma Polícia política, que segregava e que foi feita pra não funcionar, se você não muda a arquitetura você vai continuar fazendo milhares de anos – então qual a Polícia que funciona? Aquela em que o grupo de envolvidos que está no núcleo operacional, em geral Agentes, diz assim 'Isso aqui acho que dá, vamos seguir enquanto a gente está fazendo essa papelada girar?' Mas a grosso modo o que são as operações de crimes organizados nas delegacias? São equipes que eles tiram dessa lógica, põem numa sala, às vezes com equipamento de interceptação ou não, e nós estamos falando de 5% da PF que vão operar [...] investigação, contando entorpecentes, e crime organizado deve ser uns 2%, e vocês vão investigar, essas pessoas vão pra essa sala e elas estão desconectadas dessa lógica doida e elas podem investigar ali dentro enquanto o delegado a equipe que está atendendo a dinâmica do inquérito está tocando, intimando, chamando, assim por diante (GF MG APF 1).

E isso não está localizado somente na atividade policial e sim se estende pelo restante do sistema:

> Agentes, Escrivães, Delegados, Secretário que está lá no Judiciário; o Juiz, Promotor, o Procurador fazem parte da burocracia estatal e ele não tem nem um vínculo com o que está fazendo porque ele almeja que aquele papel continue (GF MG APF 3).

Os agentes percebem também como um excesso de formalismo a necessidade dos envolvidos em um crime terem que ser ouvidos pelo delegado, já tendo decorrido certo tempo, no espaço da delegacia. E tudo isso depois é repetido em juízo, pois não houve contraditório e a observação de determinadas garantias.

Os agentes também entendem que há necessidade de ir a campo, mas se frustram quando vão, realizam a investigação, passam as informações ao delegado e na hora de falar na mídia, de interagir com outros profissionais do SJC quem vai é o delegado, muitas vezes sem ter o domínio das informações necessárias, pois

tem "300 inquéritos para tocar" e isso não lhes permite dominar a situação com a profundidade necessária.

Na sequência apresentamos relatos que sugerem, de um lado, a percepção de que se deve ir a campo e de outro a pouca motivação para isso: "Atualmente, em razão de inúmeros motivos, os policiais preferem investigar de dentro de uma sala ao invés de realizar uma campana de dias" (R APF RS 1).

> Pior, as chefias acreditam, realmente, que são capazes de entender os meandros da atividade investigativa de dentro de uma sala com ar-condicionado. Os crimes ocorrem nas ruas, os policiais devem ser agentes de campo, não burocratas que ficam sentados atrás de uma mesa, despachando como se juízes fossem. Isto é colocar dinheiro do povo fora. Nunca um sistema construído com base numa atividade essencialmente cartorária pode produzir resultados positivo numa atividade que é essencialmente prática (R APF RS 1).

Alguns dos delegados participantes admitem perdas, conforme se nota no diálogo abaixo transcrito do segundo Grupo Focal do Distrito Federal:

> – A gente, na verdade, a gente perdeu muito. Com a interceptação, a gente deu muita prioridade, priorizou muito a interceptação e perdeu ...
>
> – Acho que a gente perdeu o que a Polícia Civil e Militar tem, de estar na rua, trabalhando.
>
> – É, o grampo é uma coisa bem mais segura, né.
>
> – O grampo é pescar com dinamite.
>
> – E o informante tem uma relação um pouquinho complexa. Você tem uma informante, o cara vai te passar, aí normalmente ele é pago. Ele não é o bonzinho, é o cara que vai te passar informação por dinheiro.
>
> – É uma informação interessada.
>
> – É.
>
> – Ou então ele fazia parte da quadrilha e se desentendeu.
>
> – Ou então ele faz uma delação.
>
> – Ou então ele é a ex traída.– É, exatamente.
>
> – A mulher traída é a melhor fonte humana. Aí é maravilhoso! (GF DF 2 DPF 1, 2 e 3).

O diálogo certamente desvela ambiguidade: de um lado o entusiasmo com os grampos e de outra as fontes humanas ainda sendo muito valorizadas. Mas o relato do contato com elas sugere espécie de "contaminação" que não haveria com os grampos. A falta de integração entre agentes, delegados e procuradores dificultaria enormemente o trabalho, que é basicamente a gestão desses papéis, imersa

numa lógica de passar para frente o trabalho, tirando da sua mesa e afastando as acusações de leniência que poderiam recair sobre si, mas que acabam recaindo sobre a instituição em disputas e escrutínios de outros órgãos. Vejamos a narrativa de um Agente a respeito:

> Acontece que a troca de informações durante a investigação, via de regra, se dá entre o Delegado (que está sentado em sua cadeira) e o Procurador (em sua sala), através de ofícios, enquanto os Investigadores estão, por sua vez, mandando, de suas salas, relatórios para os Delegados. Isto dificulta a troca de dados, sendo um obstáculo ao sucesso da investigação. Estes profissionais não interagem, de sorte que o resultado do IPL, que por sua natureza foi construído para chegar a lugar algum, está distante do que o Ministério Público precisa para oferecer a denúncia. Quando conseguem, levou-se muito tempo. Digo mais, não existe nenhum motivo para o distanciamento entre a Polícia e o MP, tais órgãos deveriam ser parceiros (R APF RS 1).

A versão encontra eco entre os agentes. Em outro relato, um dos entrevistados concorda com a tese do distanciamento: "São raros os casos em que um Delegado vai até o Poder Judiciário para tratar de questões da investigação. Ficam apenas na formalidade de papéis e despachos em mídias" (R APF RS 2). E tal não é uma percepção exclusiva dos Agentes do Sul do País, como se nota na afirmação a seguir, que repisa a animosidade entre as instituições e os profissionais e os prejuízos resultantes, também presente no Nordeste:

> As investigações são realizadas com campos, em tese, bem definidos. Os Agentes investigam, os Peritos comprovam e os Delegados repassam os relatórios ao Ministério Público. Em geral, ao longo do processo investigativo, há interação ou repasse de informações. Ressalte-se que, presentemente, esta interação está bastante prejudicada pelo clima interno pouco amistoso. O que tem prejudicado sobremaneira as investigações (R APF RN 3).

Essas afirmações revelam que ir para a rua para fazer uma investigação andar não é só fazer "campanas", e sim criar e manter relações de trabalho com as instituições envolvidas, o que ainda não se pode fazer exclusivamente via correio eletrônico, telefone ou outro tipo de comunicação que não seja presencial.

3.5. Rotinas de investigação

Os relatos sugerem que, anteriormente, a investigação se dava mais com base na fonte humana de informação (informante) e hoje a investigação está muito mais centrada na tecnologia. Contudo, segundo relato de agente da Polícia Federal em Pernambuco isso necessita ser repensado na atividade policial, pois ocorre

um esgotamento no uso de algumas possibilidades investigativas. Segundo pontua: "Hoje em dia ninguém fala mais nada em interceptação. Ninguém fala mais nada, é tudo pessoal" (E PE APF 2).

As representações sociais dos sujeitos da pesquisa indicam que muito do que se faz hoje no campo dos crimes de colarinho branco foi importado do trabalho de repressão ao tráfico de drogas, com algumas particularidades: no tráfico a interceptação não precisa ser usada como prova, pois existe uma prova que é clarividente, ao contrário de grande parte dos crimes econômicos e corrupção, no qual precisa-se lançar mão da interceptação e de todo um conjunto probatório (encontros, fotos, malas de dinheiro que passam de um para outro) devido à complexidade:

> O tráfico de drogas é mais fácil (de investigar). Assim, eu sempre digo: você intercepta as pessoas, a gente vai lá, tem a mercadoria. – Ó, vem um caminhão carregado de cocaína! O objetivo é o que? Pegar a droga, entendeu? Já no crime do colarinho branco, no crime mais sofisticado, sonegação e tudo, você tem que usar a interceptação como prova. E no tráfico de drogas a gente não usa a interceptação como prova (E PE APF 1).

Os agentes de Pernambuco também relataram outra dificuldade, desta vez nos casos de efetiva quebra de sigilo: os relatórios apresentados pelas operadoras não são padronizados, alguns vem com o código do Brasil (55), outros começam no código do estado, em alguns estados acrescentou-se um número nove, quando a ligação é a cobrar vem um 9090 na frente do número, e isso tudo faz com que antes de poder trabalhar com os dados da quebra de sigilo (origem, destino, dia, hora, duração das chamadas etc.) há que se limpar a base antes manualmente. Antes de ser acrescentado o número nove em alguns estados havia uma fórmula que era usada para padronizar os números de telefones, mas ela não funciona mais.

No caso de quebra de sigilo bancário a mesma dificuldade de padronização aparece nas informações enviadas pelos diferentes bancos e que surgem nos relatórios do COAF. Há bancos que usam sacador e sacado, outros cedente, depositante e responsável, e assim por diante. Segundo o relato de agente (PE) essa dificuldade já está sendo contornada no contato com os bancos.

Entre os participantes, um dos agentes entrevistados nos oferece mais elementos para entendermos a permeabilidade entre o geral e o específico nas investigações, ou seja, sobre o que são rotinas, fontes, técnicas, e como são combinados todos esses elementos nas investigações que nos interessam:

> Não existem rotinas estabelecidas. Elas se resumem aos trâmites burocráticos ou legais do inquérito policial. Exceção ocorre nas operações policiais com o

> emprego de ferramentas ou técnicas de Inteligência Policial, que são a minoria das investigações levadas a efeito no DPF e constituem-se nas mais importantes, que trazem maiores resultados, a exemplo da Operação Lava Jato, Hurricane, Sanguessuga, Navalha, Zaqueu, Anaconda, Pasárgada, João de Barro, Avalanche, Sucuri, Voucher, Caixa de Pandora, dentre tantas outras. Estas sim possuem rotinas, além das meramente legais. Seguem ritos procedimentais (a maioria deles coordenado e gerenciado por agentes de Polícia Federal) elaborados segundo as melhores práticas das investigações mais eficazes já realizadas pela Polícia Federal, como ferramentas humanas e tecnológicas de obtenção de provas em campo (vigilâncias a pé e motorizadas, monitoramento de suspeitos, manejo de fontes humanas, disfarces, estórias-coberturas, entrevistas etc.), estruturação de dados coletados e analisados no decorrer da investigação, coordenação e execução de técnicas especiais de investigação, como interceptação de sinais, dentre outros (R APF MG 1).

O relato sobre as rotinas reforça a já citada necessidade de combinação do elemento humano com o tecnológico. Observamos, assim, que ingressamos em uma nova fase de controle no qual ainda estão mesclados componentes tecnológicos com o modelo de compilação da informação do inquérito policial, tendo sido praticamente descartada a ida para a rua nas operações que não tenham destaque por algum motivo, a menos que se trate de Agentes infiltrados, que é a outra face desta moeda, mas cuja ocorrência ainda é, ao que se sabe, bastante limitada pelo risco que representa e pelos limites do efetivo.

4. Considerações finais

Pensando sobre as informações levantadas no decorrer da pesquisa que deu origem a este texto, podemos indicar alguns aspectos nos quais as novidades introduzidas na investigação criminal da corrução e dos delitos econômicos nos últimos anos possa afetar o campo da investigação criminal. As representações dos policiais que compartilharam conosco suas experiências nos permitem adensar o conhecimento do mundo da investigação policial sob a perspectiva dos atores diretamente envolvidos.

Os relatos analisados sugerem que o fato de não haver mais tantas idas a campo, ou de serem bastante reduzidas as chamadas "campanas", realizadas no transcurso das investigações da criminalidade econômico-financeira, pode dificultar o trabalho dos investigadores na tarefa de avaliar com propriedade a informação disponível via sistema. Avaliam os sujeitos da pesquisa que nem sempre o sistema é capaz de informar, com dados, o que se pode verificar *in loco*, com a possibilidade de descrição de uma dinâmica fornecida por um informante, por exemplo.

Há que se pensar também na abertura de vagas e na seleção de profissionais com perfis específicos para a análise das informações disponíveis nos bancos de dados. Os relatos no trabalho de campo dão conta de que a expertise policial na investigação do tráfico de drogas não propicia a capacidade necessária para investigar fraudes econômicas, previdenciárias ou movimentações financeiras ilícitas.

Embora a investigação tenha se transformado, aparentemente teria ficado no meio do caminho, entre o uso da tecnologia e o "saber dos tiras". Os relatos invocam um saber tradicional aplicado nas ações policiais, adquirido na experiência prática, contra tudo e contra todos, conforme emerge nos relatos dos Agentes, mas cuja atividade é, segundo eles, desvalorizada pelos integrantes das demais carreiras policiais.

Os relatos dos peritos, marcados por termos técnicos, invocam dificuldades que estão para além de seus domínios. As falas sugerem profissionais com padrão remuneratório maior e com formação acadêmica mais robusta, com forte concentração nas ciências exatas. As narrativas dos peritos indicam demandas despropositadas de produção de prova, ao que se associa à inexistência de diálogo entre eles e outros atores, como procuradores e juízes. Apontam, também, para a dificuldade de compreensão adequada dos profissionais do SJC para utilizar as respostas técnicas fornecidas nos laudos periciais.

Os delegados, por sua vez, são descritos por agentes e peritos como os chefes da burocracia de delegacias que, em geral, não têm competência exclusiva para investigação dos crimes que foram objeto da pesquisa. Em outras palavras, atendem assuntos variados, com graus bastante distintos de complexidade. O relatos e dados obtidos no trabalho de campo indicam que a efetiva especialização das delegacias é um mito. Os delegados relatam excesso de questões para lidar rotineiramente, sobrecarga de trabalho, pressões relacionadas aos "casos que devem ser resolvidos", além da alta rotatividade entre os servidores da Polícia Federal, eventos que dificultam a consolidação do *know how* específico necessário para o profissional que trabalha em casos de maior complexidade.

Observamos, por fim, variações na organização e sofisticação técnica nas investigações, ainda mais em contextos regionais tão distintos como os que foram estudados. Vimos que a corrupção e os delitos econômicos possuem características próprias que exigem formação e organização diferenciada do trabalho policial. Além disso, a crença nas infindáveis possibilidades e facilidades proporcionadas pelo compartilhamento dos sistemas de informação é ainda uma novidade para o SJC, que requer tempo para adaptação e investimento para produzir resultados que atendam a interesses públicos gerais, sem perder de vista o importante contato com a realidade das ruas. De qualquer forma, o compartilhamento de informações e a ação em rede podem inaugurar uma nova etapa do nosso sistema de

controle formal, que devemos acompanhar, e que requer, também, cuidado em relação às garantias constitucionais que devem orientar o Processo Penal.

5. Referências

BALTAZAR JR. José Paulo. *Crime organizado*. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008.

BAYLEY, David. *Padrões de policiamento*: uma análise internacional comparativa. São Paulo: Edusp, 2001.

BROTHERTON, David C.; HANDELMAN, Stephen; WILL, Susan. *How they got away with it:* white collar criminals and the financial meltdown. New York: Columbia University Press, 2013.

CAIXETA MACIEL, Welliton. "Direitos humanos só servem para proteger bandido?": representações sociais de policiais militares do Distrito Federal. In: PORTO, Maria Stela Grossi (Org.). *Violência, democracia e segurança cidadã*: o caso das polícias do Distrito Federal. Brasília: Verbena Editora, 2017.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina (Orgs.). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos*. Uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. Brasília: ESMPU, 2016a. t. I.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina (Org.). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos*. Uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. Brasília: ESMPU, 2016b. t. II.

CROALL, Hazel. *White collar crime*: criminal justice and criminology. Buckingham/Philadelphia: Open University Press, 1992.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo (Org.). *Métodos de pesquisa*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

GOLDENBERG, Mirian. *A arte de pesquisar*. Rio de Janeiro: Record, 1997.

JODELET, Denise. *As representações sociais*. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2001. JOVCHELOVITCH, S. Vivendo a vida com os outros: intersubjetividade, espaço público e representações sociais. In: JOVCHELOVITCH, S. e GUARESCHI, P. (Or.) *Textos em representações sociais*. Petrópolis: Vozes, 1994.

KANT DE LIMA, Roberto. *Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica?* Um desafio metodológico. Brasília, Anuário Antropológico [*On-line*], I | 2014, posto *on-line* em 01.10. 2014.

KARAM, Maria Lúcia. *A midiática operação lava-jato e a totalitária realidade do processo penal brasileiro*. Empório do Direito, 2016. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/backup/a-midiatica-operacao-lava-jato-e-a-totalitaria-realidade-do-processo-penal-brasileiro/]. Acesso em: 09.09.2017.

MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça criminal*: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MACHADO, Bruno Amaral; PORTO, Maria Stela Grossi. Homicídios na área metropolitana de Brasília: representações sociais dos delegados de polícia, promotores de justiça e magistrados. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 17, p. 294-325, set.-dez. 2015.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.). *Pesquisa social*: teoria, método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 2001

MISSE, Michel (Org.). *O inquérito policial no Brasil*: uma pesquisa empírica. Rio de Janeiro: Booklink/Fenapef, 2010.

MOSCOVICI, Serge. *A representação social da psicanálise*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MOSCOVICI, Serge. Prefácio. In: JOVCHELOVITCH, S; GUARESCHI, P. *Textos em representações sociais*. Petrópolis: Vozes, 1994.

MOSCOVICI, Serge. *Representações sociais*: investigações em psicologia social. Petrópolis: Vozes, 2007.

POUPART, Jean Poupart; DESLAURIERS, Jean-Pierre et al. *A pesquisa qualitativa:* enfoques epistemológicos e metodológicos. Trad. Ana Cristina Nasser. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

NELKEN, David (Org.). *White-collar crime*. Darmouth Publishing Company, 1994.

PORTO, Maria Stela Grossi. Polícia e violência: representações sociais das elites policiais do Distrito Federal. *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 1, 2004

PORTO, Maria Stela Grossi. Crenças, valores e representações sociais da violência. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 250-273, 2006a.

PORTO, Maria Stela Grossi. Crenças, valores e representações sociais da violência. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 250-273, jul.-dez. 2006b.

PORTO, Maria Stela Grossi. *Sociologia da violência*: do conceito às representações sociais. Brasília: Verbena, 2010.

SÁ, Celso Pereira. *Núcleo central das representações sociais*. Petrópolis: Vozes, 2002.

SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto (Coord.). *Política criminal*. La reducción del Estado Nacional y las Políticas transnacionales de seguridade. México: UNAM, 2003.

SHAPIRO, Susan P. Collaring the crime, not the criminal: reconsidering the concept of white-collar crime. In: NELKEN, David (Org.). *White-collar crime*. Brookfield, Estados Unidos da América: Darmouth Publishing Company, 1994.

XAVIER, José Roberto. *A pesquisa empírica e o direito*. Rio de Janeiro, Autografia, 2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A Infiltração de Agentes em Meio Virtual Sob a Égide do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Análise da Lei 13.441, de 8 de Maio de 2017, de Greice Patrícia Fuller e Fábio Gallinaro – *RT* 995/175-193 (DTR\2018\19367);
- A Verdade como Ferramenta de Investigação Criminal à Luz do Garantismo Penal, de Roberto Antônio Darós Malaquias – *RT* 952/265-293 (DTR\2015\766);
- Meios Extraordinários de Investigação Criminal: Infiltrações Policiais e Entregas Vigiadas (Controladas), de Flávio Cardoso Pereira – *RCP* 6/199-226 (DTR\2007\26); e
- O Equilíbrio Entre a Eficiência e o Garantismo e o Crime Organizado, de Antonio Scarance Fernandes – *RBCCrim* 70/229-268 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 6/741-774 (DTR\2008\809).

A eugenia oferecida como critério para elaboração de políticas públicas: apontamentos críticos a partir do positivismo criminológico desenvolvido no Brasil

The eugenics offered as a criterion for the preparation of public policies: brief critical contribution from the criminological positivism developed in Brazil

Francisco de Assis de França Júnior
Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal.
Professor no Centro Universitário CESMAC (Maceió/AL).
Coordenador Adjunto do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, em Alagoas.
Advogado de defesa.
fafjunior2016@gmail.com

Recebido em: 02.08.2017.
Aprovado em: 10.11.2018.
Última versão do autor: 09.03.2018.

Área do Direito: Penal

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar criticamente a utilização de teses eugênicas como base para a orientação de políticas públicas, dando ênfase ao âmbito da segurança. Demonstrar-se-á, por intermédio de uma pontual revisão bibliográfica, que a perseguição estatal lastreada na cor da pele (ou na origem) das pessoas não surgiu ao acaso, e que ela já se fazia presente, sobretudo aqui no Brasil, antes (e até mesmo depois) da assunção absoluta do nazismo na Alemanha. Logo, os problemas de seletividade no sistema de controle e de punição, com os quais ainda convivemos, têm um lastro histórico que precisa ser melhor *escavado*, sem que nos preocupemos em apontar *culpados*. Há de se perceber, nesse necessário processo investigativo, a articulação de influências de cunho médico, político, econômico, dentre outras, no estabelecimento daquela visão binária (brancos/negros, evoluídos/primitivos) de matiz excludente. Nesse sentido, a discriminação e o preconceito encontrados

Abstract: This article aims to critically analyze the use of eugenic theses as a basis for the orientation of public policies, emphasizing the scope of security. A punctual bibliographical review will demonstrate that the state persecution on the basis of the color of the skin (or origin) of people did not come from nowhere, and was already present, especially here in Brazil, before (and even after) the absolute assumption of Nazism in Germany. Therefore, selectivity problems in the system of control and punishment, which we still live with, have a historical ballast that needs to be better *excavated*, without worrying about pointing out *culprits*. It is crucial to understand, in this necessary investigative process, the articulation of medical, political, and economic influences, among others, in the establishment of that binary vision (whites/blacks, evolved/primitive) of an exclusionary hue. In this respect, the discrimination and prejudice found in the functioning of the system of control and

no funcionamento do sistema de controle e de punição não podem (e nem devem) ser vistos como uma *surpresa*, mas como fruto de um sólido processo sociocultural, tendo sido capitaneado pelo positivismo criminológico, que, aliás, como restará destacado, contou com a dedicada contribuição de nomes de prestígio em diversas áreas no cenário nacional.

Palavras-chave: Eugenia – Políticas públicas – Positivismo criminológico – Discriminação – Preconceito.

punishment cannot (and should not) be seen as a *surprise*, but as a result of a solid sociocultural process having been led by criminological positivism, which, as it will remain outstanding, incidentally counted with the dedicated contribution of prestige names in several areas in the national scenario.

Keywords: Eugenics – Public policy – Criminological positivism – Discrimination – Prejudice.

Sumário: 1. Introdução. 2. A ascensão do positivismo criminológico no Brasil. 3. A eugenia oferecida como critério para elaboração de políticas públicas . 4. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

É ao regime nazista a quem geralmente atribuímos a responsabilidade pela utilização de características biológicas como critério preponderante na elaboração de políticas públicas, especialmente aquelas em segurança. Embora tenhamos, naquela Alemanha, a construção e a manutenção de mecanismos oficiais de controle e de punição estruturados num parâmetro notadamente *racial*, não se pode atribuir a Adolf Hitler a pecha de tê-lo *inventado*. O aguçado senso de oportunidade do *Führer*, diante de um país com graves problemas financeiros e de uma população com baixíssima autoestima, permitiu-lhe condensar, adaptar, disseminar e administrar, sem maiores embaraços, teses que ofereciam a *salvação* com base na exaltação genética. Dessa perspectiva, aos *arianos* se deveria reservar todo o protagonismo nas relações sociais, relegando-se aos demais povos, quando não o horror dos campos de concentração, a assunção de papéis subalternos.[1] No entanto, esse movimento, como sólida política estatal, não se deflagraria *do nada*.

Antes de prosseguirmos, porém, cumpre-nos esclarecer que não se pretende apontar a *gênese* do estabelecimento daquele critério vil, até mesmo porque isso não nos seria permitido com as limitações que um trabalho dessa

1. O que pode ser observado com algum detalhe na obra de Richard J. Evans, especialmente em: EVANS, Richard J. *O terceiro Reich no poder.* 3. ed. Trad. Lúcia Brito. São Paulo: Planeta, 2016.

natureza nos impõem. Importa-nos apenas estabelecer, ainda que sucintamente, as circunstâncias que, de nossa perspectiva, figuram como importantes para o desenvolvimento do tema proposto. Além disso, partiremos essencialmente da Criminologia, mais especificamente das reflexões oriundas do *positivismo criminológico* ancorado a partir de Cesare Lombroso[2] (1835-1909). Foi sua Antropologia Criminal que pôs em relevo o suposto autor da infração, apresentando-o mais incisivamente como o *portador* das causas da mesma. Com o nítido empoderamento da classe médica,[3] da qual o autor italiano fazia parte, consolidou-se (em meados do séc. XIX) um *verniz* de cientificidade que atraiu a atenção (e o respeito) de (quase) toda a comunidade jurídica, inclusive aqui no Brasil.

É a Raymundo Nina Rodrigues[4] (1862-1906) – que, apesar de nascido no Maranhão, construiu sólida carreira como médico legista na Bahia – a quem se atribui o foco de disseminação dos principais postulados positivistas no Brasil. Partindo dos estudos de Lombroso, de quem, aliás, recebeu menções elogiosas,[5] tendo se inclinado ainda às ideias de Enrico Ferri[6] (1856-1929), Nina Rodrigues dedicou-se à análise de questões tipicamente brasileiras, tais como, por exemplo, *raça* e *miscigenação*.[7] Não estivemos sob o jugo de um regime nazista, é bem verdade, nem se deve compará-lo a nenhum outro, mas, mesmo que num contexto diferente, discursos com viés *eugênico* também floresceram em *terrae brasilis*. Surpreendentemente o centro de gravidade desse processo de construção teórica haveria de ser um dos lugares mais improváveis para tal: a Bahia, nosso principal receptáculo da riquíssima cultura africana.[8]

2. LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013.
3. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos* – Conferências de Criminologia Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 96 ss.
4. RODRIGUES, Raymundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Salvador: Livraria Progresso, 1957.
5. LYRA, Roberto. *Direito penal científico* (Criminologia). 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977. p. 105.
6. FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*. 4. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1900.
7. SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. *Estudos críticos de criminologia e direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 16 ss.
8. "Aliás, a pergunta de Zaffaroni (como pôde Lombroso florescer na Bahia?) é atual: que dispositivos foram necessários para inculcar tão profundamente um corpo teórico que é contra nós mesmos?" (BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 17).

A miscelânea na qual se fundou o Brasil, a diversidade de seu povo,[9] e todos os conflitos sociais advindos disso, deveriam ter servido como circunstâncias inibidoras da disseminação de teses com vieses tão incisivamente discriminatórios e preconceituosos. Mas isso não foi o que se viu. O fato é que o ideário brasileiro, sobretudo no âmbito de funcionamento da segurança pública, ainda se vê bastante influenciado com o que se produziu academicamente naquele período.[10] Foi justamente por ali que o *racismo* ganhou (?) *ares* de cientificidade. Não é à toa que ainda constatamos, eis, portanto, aqui nosso *problema*, uma acentuada seletividade no sistema brasileiro de controle e de punição, em primeiro lugar baseada na cor das pessoas, logo depois em sua classe social.[11] A massa carcerária e o público que tem sido o destinatário preferencial das mais truculentas abordagens policiais ainda não nos permitem tratar do assunto como uma *página virada*.

Desse modo, nosso principal objetivo, diante do problema da seletividade já explicitado, é analisar criticamente a utilização de características biológicas como base para a *orientação* de políticas públicas, notadamente em se tratando de segurança. Para nós, é fundamental demonstrar, por intermédio de uma pontual revisão bibliográfica, que a perseguição lastreada na cor da pele (ou na origem das pessoas) não surgiu *ao acaso*, que ela já se fazia presente, sobretudo aqui no Brasil, antes (e até mesmo depois) da assunção absoluta do nazismo ao poder. Aquele exitoso movimento partidário valeu-se de um caldo cultural já instalado nos diversos setores da sociedade. Não nos esqueçamos que os nazistas ascenderam ao poder por consequência da *vontade popular*.[12] Seus preconceitos e a beli-

9. Para o aprofundamento, recomenda-se: FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. 51. ed. São Paulo: Global, 2006; HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015; RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro* – A formação e o sentido do Brasil. 3. ed. São Paulo: Global, 2015; PRADO JR., Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011; Ainda mais contemporaneamente: FURTADO, Celso. *A formação econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007; FRAGOSO, João Luis Ribeiro; ALMEIDA, Carla Maria Carvalho de; SAMPAIO, Antonio Carlos Juca de. *Conquistadores e negociantes* – Histórias de elites no antigo regime dos trópicos – América lusa – Séculos XVI a XVIII. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

10. GÓES, Luciano. *A "tradução" de Lombroso na Obra de Nina Rodrigues* – O racismo como base estruturante da criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

11. CARVALHO, Salo. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito UFMG,* Belo Horizonte, n. 67, jul.-dez., p. 627, 2015.

12. REES, Laurence. *O carisma de Adolf Hitler* – O homem que conduziu milhões ao abismo. Trad. Alice Klesck. Rio de Janeiro: Leya, 2013.

gerância de suas propostas não eram propriamente um segredo entre os alemães, tampouco eram carentes de suporte acadêmico.

Há de se perceber, portanto, que esse movimento discriminatório de estruturação organizada de um sistema absolutamente excludente de pessoas encaradas como *naturalmente inferiores*[13] também aqui no Brasil, não esteve alheio ao que se produzia no ambiente acadêmico. Muito pelo contrário. Encontrava-se também nele um suporte e uma "legitimidade" que o permitia se alastrar social e normativamente. Conquanto, como é de se supor, uma análise pormenorizada dessas complexas questões exige uma dedicação que demanda, além de tempo, um generoso número de laudas, o que não nos é permitido quando a proposta aqui apresentada é justamente a de oferecer um trabalho de natureza *ensaística*, com *apontamentos críticos*, para que, juntos, no debate que se propõe, tentemos encontrar eventuais saídas ao *estado de coisas* ainda em curso.

Por fim, cumpre-nos esclarecer, para que não pairem dúvidas, que não nos interessa apontar *culpados* nesse processo reflexivo, muito menos estimular um ambiente de *caça às bruxas*. Sabemos bem das consequências negativas desse tipo de providência. Os estudos e autores que utilizaremos, assim como quaisquer outros, devem e merecem ser criticados. Somente assim se consegue aprimorar o conhecimento. No entanto, qualquer estudo destinatário de análises críticas precisa ser manuseado levando-se em consideração o *contexto* em que estava imerso, a *mentalidade* com a qual dialogava e as *limitações* que lhes eram impostas no período de sua formulação. Todas essas circunstâncias devem ser mantidas no campo de visão daquele que pretende produzir um trabalho realmente crítico e honesto intelectualmente. É, portanto, o que vamos procurar explorar na sequência.

2. A ascensão do positivismo criminológico no Brasil

A história do desenvolvimento da Criminologia é recheada de controvérsias. Qualquer um que se disponha à pesquisa nessa área terá que conviver com uma persistente inquietação: dificilmente haverá consenso. No entanto, não dá para afirmarmos categoricamente que a presente constatação seria encarada como uma *desvantagem*, muito ao contrário. Essa falta de consenso mantém-nos *alerta*, instiga-nos à *curiosidade*, impõe-nos o *aprofundamento* das questões relacionadas a sua estruturação ao longo dos tempos. Essas características, aliás, servem-nos para evitar que haja *acomodação* na lida com esse ramo do conhecimento. Apesar das dificuldades, pode-se afirmar, sem espaço para dúvidas, que

13. SANTOS, Gislene Aparecida dos. *A invenção do ser negro:* um percurso das ideias que naturalizaram a inferioridade dos negros. São Paulo: Educ, 2002.

a Criminologia conquistou acentuada visibilidade e prestígio junto às chamadas *Ciências Criminais*. Ocorre que, a utilização dela como uma *ferramenta*, na tentativa de compreensão do conflito, nem sempre atendeu a expectativas democráticas ou humanitárias.

Muitos são os discursos criminológicos com os quais nos deparamos quando nos dedicamos à pesquisa nessa área do conhecimento.[14] Facilmente se percebe que a Criminologia é extremamente rica em informações e pródiga em operadores. Sua utilização é praticamente incontrolável, mas, de modo geral, costuma seguir uma *lógica* preponderante num determinado período histórico. É nesse contexto que, na segunda metade do século XIX, o positivismo criminológico, com a participação destacada de Lombroso, surge de maneira arrebatadora. Naquele momento a prioridade era procurar explicar os fenômenos sociais através das ciências do *ser*, como da biologia, da química e, naquilo que aqui vai nos interessar, da medicina. Eram essas as ciências hegemônicas, baseadas sobretudo no binômio causa/efeito. Com suas atenções voltadas para o suposto autor da infração, negava-se que houvesse livre-arbítrio, apontando-se para uma visão considerada não-idealista, além de essencialmente determinista, das pessoas.

Como antevisto, foi Cesare Lombroso quem, na tentativa de identificação de um *estereótipo* para o *criminoso*, explorou com incomparável afinco essas questões no âmbito criminológico. Segundo ele, a principal causa do uso da tatuagem, por exemplo, seria o atavismo, a hereditariedade. E mais: "Outro sinal que pode tornar-se precioso ao médico legista por distinguir um malandro e um ladrão de um homem honesto e pacífico cidadão, é a frequência das cicatrizes na cabeça e nos braços".[15] Seus estudos indicavam que o tal *criminoso nato* reunia uma série de características estéticas que o *denunciavam* e que, por isso, se nos mantivéssemos atentos, seria possível trabalharmos com uma ideia de prevenção mais *eficiente*. Entre outras, essas características seriam:

> [...] a desproporção entre as duas metades da face, lábios volumosos, boca grande, dentes mal conformados com precoce caída nas formas mais graves [...]. Todas anomalias, especialmente as do crânio, que temos encontrado nos criminosos.[16]

14. Para aprofundamento a esse respeito, uma das mais completas obras sobre o desenvolvimento do pensamento criminológico ao longo da história, recomenda-se: ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias do pensamento criminológico*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
15. LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013. p. 43-45.
16. LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013. p. 197.

Como já se pôde antever, parte considerável dessas ideias acabam chegando ao Brasil por intermédio de Raymundo Nina Rodrigues, a quem se atribui o pioneirismo na adaptação do positivismo criminológico europeu (o *lombrosianismo*) à realidade marginal brasileira. Apesar de também se interessar por índios, o foco de seu trabalho se concentra essencialmente na comunidade negra, encontrando, portanto, no Estado da Bahia, um ambiente repleto de *espécimes* que lhe interessavam.[17] Suas reflexões estavam sempre cuidadosamente embasadas pelas citações frequentes de autores reconhecidos nos cenários nacional e internacional. Aquelas explicações com viés médico, supostamente desideologizadas e amparadas por métodos ditos *assépticos*, acabavam reverberando mais facilmente na opinião pública(da). O fenômeno da criminalidade, a partir de então, consolidava-se como *patologizado* no Brasil.

O episódio de Canudos, ocorrido no interior da Bahia entre os anos de 1896 e 1897, foi emblemático nesse processo de *inoculação* dos postulados positivistas em território brasileiro. Euclides da Cunha[18] (1866-1909) pode nos servir como referência nesse sentido. Escolhido por Roberto Lyra[19], em 1931, como patrono da Sociedade Brasileira de Criminologia, o escritor carioca havia procurado explicar o povo sertanejo a partir de teorias raciais muito caras ao positivismo criminológico, apesar das críticas que fazia às "fantasias psíquico-geométricas" de Lombroso. Hugo Leonardo Rodrigues Santos[20] constrói uma concisa (e rigorosa) análise de questões criminológicas de relevo advindas daquele movimento histórico, em especial no que toca à *craniologia*. Segundo o autor, naquelas circunstâncias, "era natural esperar que o crânio de Antônio Conselheiro servisse como prova irrefutável das teses positivistas de então". A cabeça do líder religioso, morto no conflito, havia sido encaminhada à Nina Rodrigues[21], cujo trabalho concluiu, de maneira frustrante, tratar-se de "um craneo normal".

Mesmo diante do pouco que até aqui destacamos – vez que não se pretende uma incursão histórica minuciosa –, já se permite perceber que todo aquele

17. AGÊNCIA BRASIL. *Cidade mais negra fora da África, Salvador completa 467 anos*. Disponível em: [http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-03/os-467-anos-de-salvador-cidade-mais-negra-fora-da-africa]. Acesso em: 05.06.2017.
18. CUNHA, Euclides da. *Os sertões*. São Paulo: Nova Cultural, 2003.
19. LYRA, Roberto. *Direito penal científico* (Criminologia). 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977. p. 84-85.
20. SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. *Estudos críticos de criminologia e direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 18.
21. RODRIGUES, Raymundo Nina. *As collectidades anormaes*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1939. p. 131 *ss*.

processo de recepção do positivismo criminológico no Brasil sofreu certas adaptações. Os postulados lombrosianos despertavam grande interesse, mas seus métodos eram questionados. Com isso, as questões sociológicas também acabam ganhando dedicada atenção. O médico baiano Afrânio Peixoto[22] (1876-1947), por exemplo, apesar de imerso no ideário positivista, sentencia Lombroso como um "exagerado e intolerante, como todos os propagandistas, que reuniu em tôrno de si copiosos prosélitos e, logo após, díscolos, também numerosos e agressivos". Além disso, o médico alagoano Arthur Ramos[23] (1903-1949) rejeitou a existência de uma hierarquia racial, embora tenha pautado seu discurso sobre cultura naquela mesma *lógica* de *superioridade* e *inferioridade*.[24] Ambos, aliás, assim como muitos outros, integrantes dedicados da *escola* intitulada "Nina Rodrigues".[25]

Nesse contexto, por aqui – dada a quantidade de médicos engajados nas discussões criminológicas –, a *endocrinologia*, com a análise do funcionamento de glândulas de secreção interna e seus efeitos no comportamento do suposto autor da infração, parece-nos ter sido o ramo que mais despertou interesse. A propósito, o saber médico, de uma maneira geral, a despeito dos esforços de alguns juristas, nunca esteve tão consolidado nos debates sobre a criminalidade. Temperamentos e impulsos voltados à *delinquência* estariam diretamente relacionados a *anormalidades* no funcionamento de partes específicas do corpo humano. Com um diagnóstico preciso, uma intervenção cirúrgica, por exemplo, poderia ser *a solução*.[26] A prevenção e o trato eficaz dos conflitos estariam nas mãos *salva-*

22. PEIXOTO, Afrânio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 32.

23. RAMOS, Arthur. *A mestiçagem no Brasil*. Trad. Waldir Freitas Oliveira. Maceió: Edufal, 2004.

24. TAMANO, Luana Tieko Omena. O pensamento e atuação de Arthur Ramos frente ao racismo nos decênios de 1930 e 1940. *Revista crítica histórica* – Dossiê História, Estado, Relações de Poder e Movimentos Sociais, Maceió, v. 4, n. 8, 2013. p. 86.

25. Discussões a esse respeito podem ser encontradas com a profundidade necessária em: CORRÊA, Mariza. *As ilusões da liberdade*: a escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil. Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2001.

26. Não esqueçamos da disseminação da *lobotomia*, cujo inventor, Egas Moniz (1874-1955), acabou, justo por isso, laureado com o prêmio Nobel em 1949. Naquele período, essa espécie de intervenção cirúrgica no cérebro humano era quase sempre oferecida como a *melhor* resposta para pacientes encarados como *anormais*. A propósito, vale destacar a contraposição, ainda naquele tempo, da psiquiatra alagoana Nise da Silveira (1905-1999) diante de uma técnica cirúrgica tão invasiva e cruel, tanto que hoje se encontra em desuso. Para contextualizar, recomenda-se: MELLO, Luiz Carlos. *Nise da Silveira*: caminhos de uma psiquiatra rebelde. Rio de Janeiro: Automática, 2014.

doras da classe médica. Assim, voltando-nos à endocrinologia, indicava-se que para crimes sexuais, devia-se observar a *hipófise* e a *epífise*, já para os crimes de violência o *timo*.[27]

Para Eugenio Raúl Zaffaroni[28], a construção desses discursos se dá num ambiente de "luta pelo poder", de disputa de corporações "que tentam monopolizá-lo ou hegemonizá-lo para exercer o poder punitivo ou incidir sobre ele". Essa constância de "luta pelo poder" (médicos *v*. juristas) pode ainda ser perspectivada a partir de Tobias Barreto[29] (1839-1889), para quem Lombroso serviu "apenas para attestar o hyperbolismo scientifico dos medicos, quando invadem alheios domínios". O jurista sergipano colocou-se como adversário do *determinismo*, rechaçando a ideia de um *criminoso nato*. Após a leitura de *O homem delinquente*,[30] mesmo destacando pertencer "ao pequeno número dos livros revolucionários", considerou que "o auctor alargou de mais as suas vistas" e havia sido "excessivo nas suas apreciações".[31] Tobias Barreto[32] concluiu que Lombroso propunha "a substituição da cadeia pelo *manicomio criminale*", arrematando da seguinte forma:

> [...] os seus principios, os seus dados positivos, destendidos pela lógica, levam a consequencia de ser talvez preciso metter-se no hospital a humanidade inteira, se não é que o illustre auctor nos tenha proposto sómente uma questão de palavras, e entre *cadeia* e *hospital de criminosos* não se estabeleça distincção notavel.

Ademais, a Criminologia – que se consolidava com o respeitoso *status* de *ciência*, naquele período, apresentava-se como uma ferramenta convenientemente útil na lida com os marginalizados – passou também a ser utilizada para explicar, em termos culturais, o próprio Brasil. Acentuam-se ali providências no sentido de *estigmatizar*, de *classificar* e, sobretudo, de *hierarquizar* determinadas pessoas, grupos étnicos e suas culturas. Da perspectiva de Vera Malaguti Batista[33] "tendo

27. PEIXOTO, Afrânio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 62.
28. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos* – Conferências de Criminologia Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59.
29. BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Rio de Janeiro: Paulo, Pongetti & C., 1926. p. 75.
30. LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013.
31. BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Rio de Janeiro: Paulo, Pongetti & C., 1926. p. 67-68.
32. BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Rio de Janeiro: Paulo, Pongetti & C., 1926. p. 74.
33. BATISTA, Vera Malaguti. O positivismo como cultura. *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 8, n.2, maio-ago. 2016. p. 300-302.

como objetivo maior a manutenção da ordem social projetada da escravidão para a República, o positivismo criminológico se travestia de técnica, encobrindo com o fetiche criminal sua natureza política". A construção desse movimento criminológico *tupiniquim*, ainda segundo a autora, foi feita por "homens que estão pensando o Brasil através do criminal e não o criminal através do Brasil", são "políticos, literatos, jornalistas, militantes de projetos políticos para seu país".

As ideias liberais vindas da Europa eram, não sem as necessárias adaptações,[34] acolhidas e propagandeadas por parte considerável da elite intelectual no Brasil. Por coerência, a recepção dessas influências demandava providências junto ao histórico regime escravocrata. Os novos postulados, fomentados especialmente através do comércio, eram, de certa forma, incompatíveis com o sistema até então vigente. Se, por um lado, eram necessárias modificações (ou aberturas) para que se alcançasse o *progresso*, por outro, havia uma preocupação com a manutenção da *ordem*.[35] Ocorre que, após inúmeras pressões, mesmo com o (lento e gradual) anúncio oficial de que não poderia mais existir escravidão em *terrae brasilis*, o controle (do Estado-Polícia, notadamente) sobre a comunidade negra jamais arrefeceu como deveria. Justo por isso, Evandro Charles Piza Duarte[36] destaca que "é curioso que o projeto abolicionista tenha um excesso de regulamentação da questão do controle social, ampliando os poderes da polícia, enquanto a lei é menos detalhista".

Senhores de engenho, capitães do mato, agentes estatais e, através do positivismo criminológico, até *acadêmicos* corroboraram para a perenidade daquele estado de coisas discriminatório e preconceituoso. Com esse caldo cultural marginalizante, por intermédio daquele emergente *verniz* de cientificidade, mantiveram-se no ideário popular brasileiro categorias diferenciadas de seres humanos, dividindo-se entre os que poderiam ter acesso pleno à cidadania (como direitos à

34. Por todos os demais, para aprofundar, recomenda-se: GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; PRADO, Maria Emilia (Org.). *O liberalismo no Brasil imperial*. Rio de Janeiro: Revan, 2013; E mais ainda: NEDER, Gizlene. *Os compromissos conservadores do liberalismo no Brasil*. Curitiba: Prismas, 2015; OLMO, Rosa Del. A América Latina e sua criminologia. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.

35. BARBOSA, Mario Davi. Originalidade e pessimismo: a recepção da Criminologia positiva na obra de Nina Rodrigues. *Revista Liberdades – IBCCRIM*, São Paulo, n. 8, p. 119-146, set.-dez. 2011.

36. DUARTE, Evandro Charles Piza. *Criminologia e racismo*: introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no brasil. Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 1988. p. 236. Recomenda-se ainda: CARVALHO, Salo; DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do preconceito* – Racismo e homofobia nas ciências criminais. São Paulo: Saraiva, 2017.

saúde, à educação, ao voto, a um processo justo etc.), os que poderiam gozar de certos aspectos dela (como o direito ao voto), e aqueles cujos destinos estariam relegados à face mais perversa do sistema de controle e de punição. Nesse tipo de sistema, as mulheres (subjugadas pelo patriarcado)[37], os índios (primeiro, com o descobrimento, vítimas de um processo de extermínio, depois, com a ocupação, escravizados e, com o passar dos tempos, *criminalizados*)[38] e enfaticamente a comunidade negra, além dos pobres, é claro, partiram em flagrante desvantagem nesse processo de estruturação da sociedade brasileira. São, aliás, categorias que até hoje sofrem as consequências negativas desse modelo de base excludente e preconceituosa.

3. A eugenia oferecida como critério para elaboração de políticas públicas

Já tivemos a oportunidade de externar nossa aversão à ideia de um ambiente de *caça às bruxas*. Não é, repise-se, o que pretendemos com a presente análise crítica. É compreensível que cada tempo tenha seu *jeito* de explicar o cotidiano. No período que enfocamos (entre meados do século XIX e meados do século XX), por exemplo, vinham das ciências do *ser* os *paradigmas*[39] que ditavam as interpretações. No caso da Criminologia, os *paradigmas* predominantes vinham do *positivismo criminológico*. Mas, apesar de levarmos em conta todo esse contexto, com a imersão dos autores adiante destacados naquela atmosfera naturalista, não nos caberá aqui eximi-los de toda e qualquer responsabilidade sobre o que defenderam. Qualquer *julgamento*, se é que isso seja necessário, caberá ao próprio leitor, desde que, é claro, tome o cuidado de se estender para além do presente estudo, consultando os trabalhos e o conjunto da obra de cada um dos citados.

Nesses termos, a respeito do surgimento dessa Criminologia (dita) *científica*, conforme sustentado por Eugenio Raúl Zaffaroni[40] – embora o autor tenha se referido originalmente à Argentina –, não seria nenhum absurdo dizer que tenha nascido *racista* também no Brasil. Não nos custa lembrar que Nina Rodrigues

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

38. SILVA, Tédney Moreira da. *No banco dos réus, um índio*: criminalização de indígenas no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

39. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

40. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos* – Conferências de Criminologia Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p.104.

dedicou-se entusiasticamente à teorização sobre mecanismos de controle e de punição baseados em critérios raciais absolutamente desfavoráveis aos *não brancos*.[41] A penetração das ideias liberais em território brasileiro, como dissemos alhures, exigia uma *nova estratégia* por parte dos governantes, ou seja, a implementação de um conjunto de novas políticas públicas, sobretudo as que não permitissem o reconhecimento de uma igualdade plena entre os *estabelecidos* e os *outsiders*.[42] Foi justamente nesse sentido que o discurso médico-científico, aparentemente desideologizado, acabou servindo convenientemente como *suporte legitimador* daquele movimento discriminatório e preconceituoso.

A eugenia surge, portanto, nesse contexto de estabelecimento de *categorias* diferenciadas para seres humanos baseado em características biológicas, genéticas, físicas e/ou puramente estéticas. A ideia de que era possível *aprimorar* a raça humana identificando seus *melhores* espécimes, a fim de que reproduzissem apenas entre si, faz parte da construção de um discurso do tipo *eugênico*, cuja origem tem sido atribuída ao inglês Francis Galton[43] (1822-1911). Sob a influência dos estudos do primo Charles Darwin[44] (1809-1882), Galton desenvolveu uma *teoria da hereditariedade* voltada para,

> [...] através de instrumentação matemática e biológica, identificar os melhores membros – como se fazia com cavalos, porcos, cães ou qualquer animal –, portadores das melhores características, e estimular a sua reprodução, bem como encontrar os que representavam características degenerativas e, da mesma forma, evitar que se reproduzissem.[45]

41. Vejam-se, por exemplo: RODRIGUES, Raymundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Salvador: Livraria Progresso, 1957; RODRIGUES, Raymundo Nina. Mestiçagem, degenerescência e crime. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 4, p. 1151-1180, out.-dez. 2008; RODRIGUES, Raymundo Nina. *Os africanos no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1935.
42. Apesar do contexto diferenciado, importa-nos, nessa altura, recomendar o estudo etnográfico, capitaneado por Norbert Elias, em que são analisadas questões relacionadas à superioridade social e moral de determinados grupos que compõem uma pequena comunidade no interior da Inglaterra: ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. *Os estabelecidos e os outsiders* – Sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
43. Recomenda-se, como mais representativo: GALTON, Francis. *Herencia y eugenesia*. Trad. R. A. Peález. Madrid: Alianza Editorial, 1988.
44. DARWIN, Charles. *A origem das espécies e a seleção natural*. Trad. E. N. Fonseca. Curitiba: Hemus/Novo Século, 2000.
45. DEL CONT, Valdeir. Francis Galton: eugenia e hereditariedade. *Revista Latino-Americana de Filosofia e História da Ciência,* São Paulo, v. 6, n. 2, p. 202, 2008.

Também Lombroso[46], contemporâneo de Galton, *reverenciou* e desenvolveu esse tipo de tese no âmbito criminológico. Para o médico italiano, "impedir a conjunção fecunda dos alcoólatras e dos criminosos seria pois a única prevenção do delinquente nato, que, quando é tal, como se vê em nossa história, nunca se mostra suscetível de cura". Esses estudos repercutiram mundo afora, além de serem oferecidos como mecanismos *eficientes* de prevenção em matéria de criminalidade, acabaram *vendendo* uma visão binária sobre os seres humanos (evoluídos/primitivos), e serviram, inclusive, como mote para a edição de diversas leis de esterilização, muito antes da ascensão do regime nazista na Alemanha. Foram os casos de países como Estados Unidos, Suíça, Dinamarca, Suécia e Noruega, por exemplo, que recepcionaram o discurso eugênico até mesmo em suas legislações[47].

O Brasil não ficou alheio a essa movimentação, tanto que, em 1929 – com as ideias já bem disseminadas entre os que lidavam com o fenômeno da criminalidade, muito por conta dos estudos deflagrados por Nina Rodrigues –, realizou-se, no Rio de Janeiro, o 1º Congresso Brasileiro de Eugenia. À frente dos trabalhos estiveram dois dos mais respeitados eugenistas do momento: Roquette-Pinto[48] e Renato Kehl[49]. Entre as conclusões aprovadas no evento, que, apesar de capitaneado por médicos, reuniu estudiosos brasileiros e estrangeiros de diversas áreas, uma delas destaca-se pela representatividade dos paradigmas então vigentes: a legítima possibilidade de esterilização de *degenerados*.[50] Seria preciso impedir que as pessoas classificadas naqueles termos, por não se situarem dentro de um espectro convencionado médico-cientificamente de *normalidade*, pudessem passar adiante genes de uma *raça inadequada*.

A força dessa movimentação acadêmico-social era tão significativa que a própria Constituição de 1934 (art. 138, alínea *b*), sem meias palavras, incumbiu à

46. LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013. p. 86.

47. MACIEL, Maria Eunice de S. A eugenia no Brasil. Anos 90 – *Revista do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 11, p. 131 ss, jul. 1999.

48. ROQUETTE-PINTO, Edgar. *Ensaios de anthropologia brasiliana*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933.

49. KEHL, Renato. *Lições de eugenia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929. E mais: KEHL, Renato. *Por que sou eugenista*: 20 anos de campanha eugenica 1917-1937. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1937.

50. MACIEL, Maria Eunice de S. A eugenia no Brasil. Anos 90 – *Revista do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 11, p. 131 ss, jul. 1999.

União, aos estados e aos municípios a tarefa de estimularem uma "educação eugênica". A ideia central era a de tentar estimular uma *consciência eugênica* no País, para que os *bem-nascidos* não se misturassem com as classes subalternas. Segundo Simone Rocha[51], o intuito era fazer com que "os jovens não contraíssem matrimonio com raças e classes sociais diferentes". A autora colaciona ainda um trecho do pronunciamento de Getúlio Vargas à Assembleia Nacional Constituinte:

> Todas as grandes nações, assim merecidamente consideradas, atingiram nível superior de progresso pela educação do povo. Refiro-me a educação, no significado amplo e social do vocábulo: física e moral, *eugênica* e cívica, industrial e agrícola, tendo por base a instrução primária de letras e a técnica e profissional[52].

Não à toa, Nina Rodrigues, que conhecia a obra de Galton, deixará transparecer que a mistura entre *brancos* e *negros* contribuiria negativamente para o avanço civilizacional da sociedade brasileira, considerando a comunidade negra como o seu *ponto fraco* nesse processo evolutivo.[53] Esta comunidade, aliás, só tinha a se beneficiar com esse processo de mistura, diria o médico maranhense radicado na Bahia, uma vez que acabaria por compensar sua inferioridade.[54] Boa parte de seus estudos voltaram-se às consequências da mestiçagem, sobretudo entre brancos e negros, no Brasil. Para ele,

> se o futuro do Brasil dependesse de chegarem os seus negros ao mesmo grau de aperfeiçoamento que os brancos, muitas vezes se poderiam transformar antes os seus destinos de povo, se é, que algum dia se houvesse de realizar. Ocorre, portanto, demonstrar que de fato nessa morosidade reside o ponto fraco da civilização dos negros[55].

---

51. ROCHA, Simone. Educação eugênica na constituição brasileira de 1934. *Revista ANPED SUL* – Universidade do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, out. 2014. p. 6.
52. ROCHA, Simone. Educação eugênica na constituição brasileira de 1934. *Revista ANPED SUL* – Universidade do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, out. 2014. p. 9. O destaque é nosso.
53. STEFANO, Waldir; NEVES, Márcia das. Mestiçagem e eugenia: um estudo comparativo entre as concepções de Raimundo Nina Rodrigues e Octavio Domingues. *Revista da Associação Brasileira de Filosofia e História da Biologia*, São Paulo, v. 2, p. 445-456, 2007.
54. RODRIGUES, Raymundo Nina. *Os africanos no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1935. p. 391-392.
55. RODRIGUES, Raymundo Nina. *Os africanos no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1935. p. 393.

Afrânio Peixoto[56], por sua vez, tendo constatado que a esterilização de criminosos era obrigatória em vinte e três estados norte-americanos, e que mais de 16.000 já haviam sido esterilizados até o final do ano de 1932, asseverou que "felizmente, um grande exemplo vem sendo dado", "assim os criminosos não procriarão anômalos descendentes". Para o médico baiano, "o grande exemplo" mesmo vinha da Alemanha, cuja lei de 14 de julho de 1933 havia ordenado a esterilização de todos os doentes hereditários de certas enfermidades graves como a epilepsia, a idiotia, a cegueira, a surdez, entre outras. Por essa *lógica* eugênica, "criar degenerados, loucos, criminosos, para os tratar e encarcerar depois", seria "a maior das insânias...". Os argumentos contrários a tais métodos seriam "de ordem sentimental e religiosa". [57] Depois de ressaltar a importância dos estudos de Galton e Kehl, Peixoto aponta para "um mundo novo, entrevisto e esperançado" [58].

Embora questões sociológicas tenham se infiltrado como ingredientes altamente importantes nesses debates, os discursos de raiz eugênica não davam sinais de arrefecimento, muito ao contrário, diversos autores mostraram-se comprometidos com o desenvolvimento do tema, inclusive na literatura.[59] Euclides da Cunha, por exemplo, "embora considerasse o sertanejo como o cerne da nacionalidade brasileira", "viu no gaúcho a encarnação épica de um tipo nacional superior por não conhecer 'os horrores da seca e os combates cruentos com a terra árida e exsicada'"[60]. Monteiro Lobato[61], geralmente vinculado à literatura infanto-juvenil, também acabou apontado como um dos que embarcaram nesse processo discriminatório.[62] Membro da Sociedade Eugênica de

56. PEIXOTO, Afrânio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 313.
57. PEIXOTO, Afrânio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 314.
58. PEIXOTO, Afrânio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 315.
59. SMANIOTTO, Edgar Indalecio. *Eugenia e literatura no Brasil*: apropriação da ciência e do pensamento social dos eugenistas pelos escritores brasileiros de ficção científica (1922 a 1949). Dissertação de Doutorado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Estadual Paulista – UNESP, 2012.
60. SILVEIRA, Éder. A cura da raça: eugenia e higienismo no discurso médico sul-rio-grandense nas primeiras décadas do século XX. *Cadernos de saúde pública* – Fiocruz, Rio de Janeiro, jan. 2007. p. 244.
61. Apontados como mais emblemáticos: LOBATO, Monteiro. *Urupês*. 2. ed. São Paulo: Globo, 2009; LOBATO, Monteiro. *Problema vital* – Jeca Tatu e outros textos. São Paulo: Globo, 2011.
62. SILVEIRA, Éder. A cura da raça: eugenia e higienismo no discurso médico sul-rio-grandense nas primeiras décadas do século XX. *Cadernos de saúde pública* – Fiocruz, Rio de Janeiro, jan. 2007. p. 243.

São Paulo, Lobato, numa carta enviada ao médico baiano Arthur Neiva (1880-1943), teria dito: "Paiz de mestiços onde o branco não tem força para organizar uma Kux-Klan, é paiz perdido para altos destinos".[63] Apesar disso, o escritor paulista manteve uma relação profissional muito amistosa com Lima Barreto, que, também por ser negro, era um crítico ferrenho das teses eugenistas disseminadas na época.[64]

Assim, para não nos alongarmos, aqueles critérios médico-científicos provindos do *Primeiro Mundo*, amparados por estudos recheados de *certezas* e endossados por nomes de prestígio em suas áreas de atuação, subsidiaram o desabrochar de uma despudorada doutrina eugênica no Brasil, sobretudo depois da proclamação da República.[65] Toda essa produção se colocava à disposição dos agentes públicos. Não se pode, portanto, analisar criticamente a estruturação histórica da sociedade brasileira, nem o funcionamento de suas instituições de controle e de punição, sem que essas questões estejam presentes. A discriminação e, por consequência, o próprio preconceito, especialmente no que dizem respeito à cor da pele das pessoas, não podem ser tratados como relacionados tão somente ao período do regime oficialmente escravocrata.

A persistência desse contexto excludente e, portanto, antidemocrático, em diversos países, incluindo-se o Brasil, levou a Organização das Nações Unidas – ONU, em Paris, no ano de 1978, por ocasião da Conferência Geral para a Educação, a Ciência e a Cultura, a aprovar uma declaração inédita sobre raça e os preconceitos raciais. No documento, além de se reconhecer a igualdade em dignidade e em direitos entre os seres humanos, qualquer que seja sua cor ou origem, estabeleceu-se taxativamente que "toda teoria que invoque uma superioridade ou uma inferioridade intrínseca de grupos raciais ou étnicos que dê a uns o direito de dominar ou de eliminar os demais, presumidamente inferiores, ou que faça

63. Para mais detalhes, recomenda-se: JÚNIOR, João Feres; NASCIMENTO, Leonardo Fernandes; EISENBERG, Zena Winona. Monteiro Lobato e o politicamente correto. *DADOS* – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 56, n. 1, p. 69-108, 2013.

64. SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Lima Barreto* – Triste visionário. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

65. Para se compreender melhor o *laboratório racial* em que se transformou o Brasil a partir da *abolição*, recomenda-se: SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças* – Cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993; SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Nem preto nem branco, muito pelo contrário* – Cor e raça na sociedade brasileira. São Paulo: Claro Enigma, 2013; FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão:* o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Brasília: Contraponto, 2006.

juízos de valor baseados na diferença racial, carece de fundamento científico e é contrária aos princípios morais étnicos da humanidade"[66].

Pelo que se constata, vivenciou-se, portanto, um intenso processo de *inimificação*[67], ou seja, de um flagrante estranhamento para com o *outro*, que, aliás, naquelas circunstâncias, podia ser prontamente identificado pela cor *destoante* da pele de uma minoria que se via dominar pelos que detinham o exercício do poder punitivo. Deflagraram-se, ao longo dessa história, mecanismos de uma insistente negação jurídica à própria condição de pessoa àqueles *seres estranhos*,[68] obrigando-se os agentes estatais a um tratamento absolutamente diferenciado, sobretudo no tocante à dinâmica de criminalização. Contexto que, aliás, muito nos aproxima das *escavações* foucaultianas,[69] vez que uma de suas metas era justamente a de nos mostrar que parte das coisas que contemporaneamente podem soar como familiares não passam de produto de certas mudanças históricas muito precisas.[70]

O fato é que ainda hoje comportamentos discriminatórios e preconceituosos podem ser percebidos, apesar de já abrigados, de certa forma,[71] pelo pudor públi-

66. UNESCO. *Declaração sobre a Raça e os preconceitos raciais*. Conferência da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, 1978, Artigo 2º, § 1º.

67. A expressão, ainda que utilizada em outro contexto, devo à: SOARES DO BEM, Arim. *Paradoxos da diferença* – Etnicidade, inimificação e reconhecimento (Alemanha-Brasil). Curitiba: Appris, 2013.

68. Para um aprofundamento sobre esse processo, da perspectiva criminológica, por todos, recomenda-se: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

69. Para que se tenha uma ideia contextualizada da importância do termo destacado no desenvolvimento do pensamento foucaultiano, recomenda-se: FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Lisboa: Almedina, 2016.

70. FOUCAULT, Michel. *La inquietud por la verdad* – Escritos sobre la sexualidad y el sujeto. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015. p. 233. Como sabemos, o autor, não raramente, mergulhava nas filigranas, ou seja, em detalhes geralmente negligenciados pelos demais pesquisadores: "[...] é melhor partir do detalhe das práticas, do que se fazia e se dizia, e realizar o esforço intelectual de explicitar-lhe o discurso; é mais fecundo (porém mais difícil para historiadores e também para seus leitores) do que partir de uma ideia geral e bem conhecida" (VEYNE, Paul. *Foucault* – Seu pensamento, sua pessoa. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 21).

71. Não percamos de vista que, na esteira do avanço médico-tecnológico, práticas (neo) eugênicas voltaram a ser discutidas como viáveis, mesmo em ambiente que se pretende democrático. Para aprofundamento: FRAGA, Ivana de Oliveira; AGUIAR, Mônica Neves. *Neoeugenia*: o limite entre a manipulação gênica terapêutica ou reprodutiva e as práticas biotecnólogicas seletivas da espécie humana. *Revista Bioética*, Brasília, v. 18, n. 1, p. 121-130, 2010.

co. Dessa maneira, não se deve admitir tão facilmente como *surpresa* ou *caso isolado* quando um comportamento discriminatório e preconceituoso atingir uma pessoa encarada como integrante da comunidade negra. O ideário brasileiro ainda está povoado de situações em que a associação com expressões como "negra" ou "negro" tem servido para lhes atribuir significações *negativas*. Na dinâmica de funcionamento da segurança pública, por exemplo, umas das circunstâncias mais comumente levadas em conta na tentativa de identificação das *atitudes suspeitas*, que servem como justificativas para as abordagens policiais preventivas (?), são inegavelmente a cor da pele e as vestimentas da pessoa abordada.[72] Com base nessa *lógica* simplificadora, parte significativa das pessoas já nasceriam *portadoras* de uma tal *atitude suspeita*.

Práticas institucionais antidemocráticas, especialmente aquelas da segurança pública, influenciadas naquele *prevencionismo* pseudocientífico, ainda são muito comuns e podem ser constatadas nos mais variados estudos acadêmicos, o que acaba nos servindo para identificar bem didaticamente a seletividade com que ainda tem sido manuseado o maquinário jurídico-penal brasileiro.[73] Diante do caldo cultural já apontado, nesse particular, não há que se falar em *casos isolados* no contexto do funcionamento da segurança pública brasileira. Apenas para que se tenha uma ligeira ideia da gravidade e da complexidade do problema, um levantamento realizado no Estado de São Paulo, com dados oficiais sobre mortes provocadas por policiais entre os anos de 2009 e 2011, dava conta de que as ações daqueles agentes estatais haviam vitimado três vezes mais negros do que brancos, e que eram os *policiais brancos* os que figuravam como autores das mortes em 80% dos casos.[74]

4. Considerações finais

Não pretendíamos explorar todas as complexas questões relacionadas à recepção das teses eugênicas no ideário da sociedade brasileira. Precisávamos

72. Nesse contexto, apresentam-se como significativamente representativos, dentre outros: RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. *Elemento suspeito*: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005; BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, n. 3, p. 134-155, jul.-ago. 2008; MARTINS, Carlos. *Polícia e estigma* – A construção do sujeito desviante. Maceió: Edufal, 2015.

73. *Vide* nota anterior.

74. SINHORETTO, Jacqueline; SILVESTRE, Giane; SCHLITTLER, Maria Carolina. *Desigualdade racial e segurança pública em São Paulo* – Letalidade policial e prisões em flagrante. São Carlos: UFSCar, 2014. p. 27. Disponível em: [www.ufscar.br/gevac/wp-content/uploads/Sum%C3%A1rio-Executivo_FINAL_01.04.2014.pdf]. Acesso em: 24.06.2017.

apenas deixar à mostra, com todas as limitações que uma resenha crítica nos impõe, que nosso sistema de controle e de punição possui *raízes* que nos ajudam a entender o *estado de coisas* discriminatório e preconceituoso com o qual ainda convivemos. No âmbito da segurança pública, negros e pobres parecem possuir um *alvo* junto consigo. *Escavar* o repositório dessas influências, além de demandar um apurado senso crítico, requer um esforço intelectual incomum no aprofundamento e na articulação dos textos consultados. Não o fizemos exatamente nesses termos, como se recomendaria em trabalhos de outra natureza, mas, como se pôde perceber, pusemos em relevo, com o auxílio frequente das notas de rodapé, os *arquivos* que precisariam ser mais detidamente esquadrinhados.

Todo nosso esforço foi no sentido de que se destacasse que a eugenia oferecida academicamente como um critério para elaboração de políticas públicas, especialmente aquelas em segurança, não pode ser atribuída de maneira simplória a uma imposição inovadora do regime nazista. Praticamente todas as constituições republicanas do país, de 1891 até 1967, continham elementos com vieses eugenistas. Apenas em 1934 isso se explicitou textualmente. Aquela ideia de *purificação* da raça humana como política de *prevenção* de conflitos sociais – que, durante o nazismo, apesar de ter se voltado sistematicamente contra o povo judeu, também afetou outras comunidades, dentre as quais a comunidade negra[75] –, mesmo antes da ascensão de Hitler, gozava de *vernizes* médico-científicos respeitados socialmente. Essas influências chegaram ao Brasil e, como vimos, encontraram respaldo em intelectuais de diversas áreas do conhecimento, sendo acolhidas e *abrasileiradas* por médicos, literatos, juristas e criminólogos prestigiados.

O fato é que, repise-se, o uso da eugenia pelo regime nazista, provavelmente por conta das proporções que acabou tomando no curso da Segunda Grande Guerra, ao que nos parece, eclipsou análises crítico-criminológicas mais aprofundadas de sua utilização em outros países, como é, aliás, o caso do Brasil. Daí por que nos preocupamos em destacar que, apesar de emblemático, o movimento eugenista capitaneado por Adolf Hitler como política prioritária de governo e,[76] portanto, em larga escala, não deve ser visto como o único cujas consequências foram extremamente danosas do ponto de vista da discriminação e do

75. LUSANE, Clarence. *Hitler´s Black Victims* – The Historical Experiences of European Blacks, Africans and African Americans During the Nazi Era. New York: Routledge, 2003.

76. Veja-se, por exemplo: GERALD L., Posner; WARE, John. *Mengele* – The complete story. New York: Cooper Square Press, 2012.

preconceito na dinâmica social. Aqui no Brasil, políticas públicas de perseguição à comunidade negra, por exemplo, foram introduzidas a conta-gotas e, apesar do atual discurso constitucional de igualdade, continua a provocar danos.

No caso brasileiro, como se anteviu, nem mesmo a movimentação social fomentada pelas ideias liberais, que acabaram auxiliando na declaração de abolição da escravatura, puderam estancar a disseminação de teses e de instrumentos de marginalização da comunidade negra. O sistema de controle e de punição, tendo assimilado as demandas por exclusão, adaptou-se rapidamente, amparando-se nos paradigmas *prevencionistas* fornecidos pelas *ciências* médicas. A eugenia ganha proeminência nesse contexto por sua suposta capacidade de se antecipar aos *problemas*. Se pudéssemos escolher os *melhores* espécimes humanos, os mais inteligentes e obedientes, por exemplo, talvez pudéssemos evitar uma série de conflitos. Grosso modo, essa era a *lógica* com a qual se trabalhava naquele período, embora não tenha se mantido estanque por lá.[77]

Atualmente, o que se percebe é que o estudo da eugenia que reverberou no Brasil naquele período que enfocamos, partindo-se da perspectiva criminológica, é ainda muito tímido e pouco numeroso. Mesmo os que existem a respeito, em vez de uma linha crítico-reflexiva mais *atrevida*, é a ênfase na *descrição*, com acanhadas *doses críticas*, aquela que surge como a opção mais frequentemente privilegiada. É, aliás, compreensível que alguns dos que estiveram à frente do movimento eugenista brasileiro acabem *intimidando* críticas mais incisivas e recorrentes sobre o que defendiam. É natural que tenhamos um profundo respeito às inúmeras outras contribuições que esses nomes deram aos ramos do conhecimento em que militaram, mas isso não deve nos imobilizar na crítica quanto ao tema pesquisado.

Referências bibliográficas

AGÊNCIABRASIL. *Cidademaisnegraforada África, Salvador completa 467 anos*. Disponível em: [http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-03/os-467-anos-de-salvador-cidade-mais-negra-fora-da-africa]. Acesso em: 05.06.2017.

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

77. KHALED JR., Salah H. *Neolombrosianismo*: pesquisador quer prever quais bebês vão virar criminosos. Disponível em: [http://justificando.cartacapital.com.br/2016/08/26/neolombrosianismo-pesquisador-quer-prever-quais-bebes-vao-virar-criminosos/]. Acesso em: 26.06.2017.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias do pensamento criminológico*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARBOSA, Mario Davi. Originalidade e pessimismo: a recepção da criminologia positiva na obra de Nina Rodrigues. *Revista Liberdades – IBCCRIM,* São Paulo, n. 8, p. 119-146, set.-dez. 2011.

BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Rio de Janeiro: Paulo, Pongetti & C., 1926.

BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, n.3, p. 134-155, jul.-ago. 2008.

BATISTA, Vera Malaguti. O positivismo como cultura. *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, maio-ago. 2016.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à Criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CARVALHO, Salo; DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do preconceito* – Racismo e homofobia nas ciências criminais. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Salo. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito UFMG,* Belo Horizonte, n. 67, p. 627, jul.-dez. 2015.

CORRÊA, Mariza. *As ilusões da liberdade*: a escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil. Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2001.

CUNHA, Euclides da. *Os sertões*. São Paulo: Nova Cultural, 2003.

DARWIN, Charles. *A origem das espécies e a seleção natural*. Trad. E. N. Fonseca. Curitiba: Ed. Hemus/Novo Século, 2000.

DEL CONT, Valdeir. Francis Galton: eugenia e hereditariedade. *Revista Latino-Americana de Filosofia e História da Ciência,* São Paulo, v. 6, n. 2, p. 202, 2008.

DUARTE, Evandro Charles Piza. *Criminologia e racismo*: introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no brasil. Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 1988.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. *Os estabelecidos e os* outsiders – Sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

EVANS, Richard J. *O terceiro Reich no poder.* 3. ed. Trad. Lúcia Brito. São Paulo: Planeta, 2016.

FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*. 4. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1900.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão:* o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Brasília: Contraponto, 2006.

FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber.* Lisboa: Almedina, 2016.

FOUCAULT, Michel. *La inquietud por la verdad* – Escritos sobre la sexualidad y el sujeto. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015.

FRAGA, Ivana de Oliveira; AGUIAR, Mônica Neves. *Neoeugenia*: o limite entre a manipulação gênica terapêutica ou reprodutiva e as práticas biotecnólogicas seletivas da espécie humana. *Revista Bioética,* Brasília, v. 18, n. 1, p. 121-130, 2010.

FRAGOSO, João Luis Ribeiro; ALMEIDA, Carla Maria Carvalho de; SAMPAIO, Antonio Carlos Juca de. *Conquistadores e negociantes* – Histórias de elites no antigo regime dos trópicos – América lusa – Séculos XVI a XVIII. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. 51. ed. São Paulo: Global, 2006.

FURTADO, Celso. *A formação econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GALTON, Francis. *Herencia y eugenesia*. Trad. R. A. Peález. Madrid: Alianza Editorial, 1988.

GERALD L., Posner; WARE, John. *Mengele* – The complete story. New York: Cooper Square Press, 2012.

GÓES, Luciano. *A "tradução" de Lombroso na Obra de Nina Rodrigues* – O racismo como base estruturante da Criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; PRADO, Maria Emilia (Org.). *O liberalismo no Brasil imperial*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

JÚNIOR, João Feres; NASCIMENTO, Leonardo Fernandes; EISENBERG, Zena Winona. Monteiro Lobato e o politicamente correto. *DADOS* – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 56, n. 1, p. 69-108, 2013.

KEHL, Renato. *Lições de eugenia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

KEHL, Renato. *Por que sou eugenista*: 20 anos de campanha eugenica 1917-1937. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1937.

KHALED JR., Salah H. *Neolombrosianismo*: pesquisador quer prever quais bebês vão virar criminosos. Disponível em: [http://justificando.cartacapital.com.br/2016/08/26/neolombrosianismo-pesquisador-quer-prever-quais-bebes-vao-virar-criminosos/]. Acesso em: 26.06.2017.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LOBATO, Monteiro. *Problema vital* – Jeca Tatu e outros textos. São Paulo: Globo, 2011.

LOBATO, Monteiro. *Urupês*. 2. ed. São Paulo: Globo, 2009.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013.

LYRA, Roberto. *Direito Penal científico* (Criminologia). 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977.

LUSANE, Clarence. *Hitler´s Black Victims* – The Historical Experiences of European Blacks, Africans and African Americans During the Nazi Era. New York: Routledge, 2003.

MACIEL, Maria Eunice de S. A eugenia no Brasil. Anos 90 – *Revista do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 11, jul. 1999.

MARTINS, Carlos. *Polícia e estigma* – A construção do sujeito desviante. Maceió: Edufal, 2015.

MELLO, Luiz Carlos. *Nise da Silveira*: caminhos de uma psiquiatra rebelde. Rio de Janeiro: Automática, 2014.

NEDER, Gizlene. *Os compromissos conservadores do liberalismo no Brasil.* Curitiba: Prismas, 2015.

OLMO, Rosa Del. A América Latina e sua criminologia. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.

PEIXOTO, Afrânio. *Criminologia.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

PRADO JR., Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

RAMOS, Arthur. *A mestiçagem no Brasil.* Trad. Waldir Freitas Oliveira. Maceió: Edufal, 2004.

RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. *Elemento suspeito*: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

REES, Laurence. *O carisma de Adolf Hitler* – O homem que conduziu milhões ao abismo. Trad. Alice Klesck. Rio de Janeiro: Leya, 2013.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro* – A formação e o sentido do Brasil. 3. ed. São Paulo: Global, 2015.

ROCHA, Simone. Educação eugênica na constituição brasileira de 1934. *Revista ANPED SUL* – Universidade do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, out. 2014.

RODRIGUES, Raymundo Nina. Mestiçagem, degenerescência e crime. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 4, p. 1151-1180, out.-dez. 2008.

RODRIGUES, Raymundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Salvador: Livraria Progresso, 1957.

RODRIGUES, Raymundo Nina. *As collectidades anormaes.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1939.

RODRIGUES, Raymundo Nina. *Os africanos no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1935.

ROQUETTE-PINTO, Edgar. *Ensaios de anthropologia brasiliana.* São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933.

SANTOS, Gislene Aparecida dos. *A invenção do ser negro:* um percurso das ideias que naturalizaram a inferioridade dos negros. São Paulo: Educ, 2002.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. *Estudos críticos de criminologia e direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Lima Barreto* – Triste visionário. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Nem preto nem branco, muito pelo contrário* – Cor e raça na sociedade brasileira. São Paulo: Claro Enigma, 2013.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças* – Cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870 – 1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SILVA, Tédney Moreira da. *No banco dos réus, um índio*: criminalização de indígenas no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

SILVEIRA, Éder. A cura da raça: eugenia e higienismo no discurso médico sul-rio-grandense nas primeiras décadas do século XX. *Cadernos de saúde pública* – Fiocruz, Rio de Janeiro, jan. 2007.

SINHORETTO, Jacqueline; SILVESTRE, Giane; SCHLITTLER, Maria Carolina. *Desigualdade racial e segurança pública em São Paulo* – Letalidade policial e prisões em flagrante. São Carlos: UFSCar, 2014. p. 27. Disponível em: [www.ufscar.br/gevac/wp-content/uploads/Sum%C3%A1rio-Executivo_FINAL_01.04.2014.pdf]. Acesso em: 24.06.2017.

SMANIOTTO, Edgar Indalecio. *Eugenia e literatura no Brasil*: apropriação da ciência e do pensamento social dos eugenistas pelos escritores brasileiros de ficção científica (1922 a 1949). Dissertação de Doutorado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Estadual Paulista – UNESP, 2012.

SOARES DO BEM, Arim. *Paradoxos da diferença* – Etnicidade, inimificação e reconhecimento (Alemanha-Brasil). Curitiba: Appris, 2013.

STEFANO, Waldir; NEVES, Márcia das. Mestiçagem e eugenia: um estudo comparativo entre as concepções de Raimundo Nina Rodrigues e Octavio Domingues. *Revista da Associação Brasileira de Filosofia e História da Biologia*, São Paulo, v. 2, p. 445-456, 2007.

TAMANO, Luana Tieko Omena. O pensamento e atuação de Arthur Ramos frente ao racismo nos decênios de 1930 e 1940. *Revista crítica histórica* – Dossiê História, Estado, Relações de Poder e Movimentos Sociais. Maceió, v. 4, n. 8, 2013.

UNESCO. *Declaração sobre a Raça e os preconceitos raciais*. Conferência da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, 1978.

VEYNE, Paul. *Foucault* – Seu pensamento, sua pessoa. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos* – Conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Aspectos do Multiculturalismo e suas Implicações no Direito Penal: O Caso Brasileiro, de Renato de Mello Jorge Silveira – *RT* 925/205-229 (DTR\2012\450898); e
- Defesa Social, Ideologia do Tratamento e o Direito Penal do Inimigo, de Bruno de Morais Ribeiro – *RCP* 5/188-213 (DTR\2006\395).

Questões de poder e as expectativas das vítimas: dilemas da judicialização da violência de gênero

Power issues and the victims' expectations: dilemmas of the judicialization of gender violence

Guita Grin Debert

Professora Titular do Departamento de Antropologia da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Pós-Doutorado na University of California-Berkeley (1989-1990). Pesquisadora do PAGU – Núcleo de Estudos de Gênero da UNICAMP, do CNPq e da FAPESP.
ggdebert@uol.com.br

Tatiana Santos Perrone

Doutoranda em Antropologia Social na Universidade Estatual de Campinas (UNICAMP). Mestre em Antropologia pela Universidade de São Paulo (2011). Graduada em Ciências Sociais pela USP (2008). Pesquisadora do Núcleo de Antropologia do Direito (NADIR/USP).
atiperrone@gmail.com

Recebido em: 23.02.2018.
Aprovado em: 08.06.2018.
Última versão das autoras: 25.06.2018.

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O objetivo do artigo é discutir os dilemas envolvidos no que tem sido caracterizado como o direito penal da vítima. Com essa finalidade, uma análise de conteúdo é feita de trabalhos de cunho etnográfico sobre diferentes instituições do sistema de justiça voltadas para a defesa da mulher, particularmente os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, criados pela Lei 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha. Trata-se de fazer uma crítica ao poder excessivo que tem sido atribuído ao atendimento das expectativas da vítima, pois esses trabalhos têm reiterado o fato de a vítima não ser ouvida pelos agentes institucionais e têm insistido na importância de uma atenção detida nas falas da vítima como a condição de medidas mais justas

Abstract: The aim of the article is to discuss the dilemmas involved in what has been characterized as the criminal law of the victim. For this purpose, a content analysis is made of ethnographic studies on different institutions of the justice system focused on the defense of women, particularly the Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher that were created by the Law 11.340/06 known as Maria da Penha Law. The article criticizes the excessive power that has been given in these studies to the victims' expectations. These studies have reiterated the fact that the victims voices is not heard by the institutional agents and have insisted on the importance of identifying the victims' expectations as the main condition to achieve fair and equitable

dos processos de gestar e gerir novos sujeitos políticos e o fato de que a fala não pode ser compreendida como um espelho dos desejos e vontades absolutas e cristalizadas das vítimas, chama-se a atenção para o risco de reprivatização de conquistas políticas que, em resposta às demandas dos movimentos feministas, impulsionaram a agenda igualitária. A reprivatização implicaria a responsabilização da vontade das mulheres pelas decisões tomadas pelo Judiciário.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha – Violência doméstica – Direito penal da vítima – Vitimização – Sujeito político.

measures. Taking into account the complexity of the process of creating and managing new political subjects and the fact that what is uttered can't be seen as a mirror of the victims' absolute and crystallized desire, the article highlights the risk of reprivatization of political achievements that have boosted the egalitarian agenda in response to feminist demands. Reprivatization would imply in the responsibilization of women expectations for the decisions taken by judicial system.

Keywords: Maria da Penha Law – Domestic violence – Criminal law of the victim – Vitimization – Political subject.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito penal da vítima. 3. Da vitimização ao poder da fala: A Lei Maria da Penha (LMP) e os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDs). 4. Mulher como sujeito de direito e a politização da justiça. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Discutir a Lei Maria da Penha é atentar para o caráter das conquistas que marcaram o movimento feminista desde os anos 1970. No Brasil, a violência de gênero, e sobretudo a violência contra a mulher, ocupou um lugar central na luta feminista, que ativamente denunciou o descaso com que a violência entre casais era tratada pelo sistema de justiça.

Com a Lei Maria da Penha, conceitua-se normativamente violência de gênero, definindo-a como uma violação dos direitos humanos e institui-se um sistema processual autônomo para crimes previstos no Código Penal quando praticados contra mulheres por motivação de gênero, no âmbito doméstico e familiar ou em contexto de uma relação íntima de afeto. No entanto, a judicialização é um processo mais lento que teve momentos importantes e a compreensão desta conquista, apesar de todos os seus problemas, exige que se passe pela criação das delegacias da mulher, em 1985, a criação dos Juizados Especiais Criminais (JECRIMs) em 1995 e a crítica feminista ao modo como esses juizados tratavam da violência entre casais e os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDs), que ainda são em número relativamente pequeno[1].

1. Em 2017, o Brasil contava com 134 Varas e Juizados Especializados em Violência Doméstica. Número muito pequeno se comparado com o total de Varas e Juizados estaduais, que em 2016 era de 10.433 (CNJ, 2017).

Os estudos e etnografias sobre as delegacias, sobre os JECRIMs e sobre os JVDs em suas críticas ao desempenho dessas instituições têm reiterado o fato de a vítima não ser ouvida pelos agentes institucionais e têm insistido na importância de uma atenção detida nos argumentos da vítima, como a condição de medidas mais justas e equânimes.[2]

De modo a atender a essa demanda, dois tipos principais de soluções têm sido propostos. Por um lado, a criação de equipes multidisciplinares, compostas de psicólogos e assistentes sociais que poderiam orientar a tomada de decisão dos juízes e, por outro lado, um interesse crescente pela justiça restaurativa[3] e a mediação de conflitos entre casais, de modo a atender de forma mais incisiva as expectativas da vítima, em um contexto em que a ideia da abolição penal tem ganhado um número cada vez maior de adeptos das formas alternativas de solução de conflitos e tratamento da criminalidade.

Nesse contexto, um interesse crescente tem sido despertado pelo que é caracterizado como o *direito da vítima*. O objetivo deste texto é discutir os impasses dessas formas de consecução do direito penal da vítima.

Com essa finalidade, iniciamos o artigo, discutindo as mudanças relacionadas com o direito penal das vítimas em oposição ao direito penal do autor e do fato. Na sequência, tratamos de recuperar os achados das pesquisas de cunho etnográfico[4] sobre os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher,

2. Sobre o tema, entre os estudos disponíveis sobre a atuação dessas delegacias, merecem particular atenção Ardaillon (1989); Blay e Oliveira (1986); Brandão (1998); Brocksom (2006); Carrara et al. (2002); Debert e Gregori (2002, 2008); Grossi (1998); Gurgel do Amaral et al. (2001); Machado e Magalhães (1999); Moraes (2006); Muniz (1996); Nelson (1996); Oliveira (2006); Rifiotis (2003); Santos (1999); Soares (1999); Moraes e Sorj (2009); Suárez e Bandeira (1999); Taube (2002). Sobre os Jecrims, ver, especialmente, Amorim (2003); Azevedo (2000 e 2001); Beraldo de Oliveira (2006); Burgos (2001); Campos (2002 e 2003); Cardoso (1996); Cunha (2001); Debert e Beraldo de Oliveira (2007); Faisting, (1999); Izumino (2003); Kant de Lima et al. (2001 e 2003); Sadek (2001); e Werneck Vianna et al. (1999). Sobre juizados nos Estados Unidos, ver Cardoso Oliveira (1989).
3. A aplicação da justiça restaurativa em casos de violência doméstica está sendo incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Nesse caso, a preocupação recai sobre a família, sobre a recomposição das famílias que vivenciam a violência doméstica em seu cotidiano. A ministra Carmen Lúcia, presidente do CNJ, "reforçou a importância do foco familiar no combate à violência ao lembrar que, nessas situações, todos são atingidos e, mais profundamente, as crianças" (Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84848-carmen-lucia-justica-restaurativa-pela-paz-em-casa. Acesso em: 27.10.2017).
4. A etnografia é um instrumento metodológico baseado na consideração de que a compreensão do significado das práticas sociais só pode ser alcançada se as análises

considerando que esses juizados são as expressões mais acabadas do direito da vítima no contexto nacional. As etnografias aqui analisadas foram elaboradas sobretudo por antropólogos, cujos escritos tiveram como base a observação de audiências em diferentes Juizados e entrevistas com diferentes profissionais desses Juizados e suas respectivas clientelas. A crítica recorrentemente feita a essas instituições considera que nelas a voz das vítimas não é de fato ouvida. Interessa aqui problematizar o poder excessivo que nessa crítica é atribuído à fala como espelho absoluto dos desejos e vontades das mulheres, recuperando as polêmicas estabelecidas em relação a quatro pontos que têm marcado o debate: (1) a questão da ação penal pública incondicionada nos casos de lesão corporal; (2) a representação nos casos de ações penais condicionadas; (3) a junção da dimensão civil com a dimensão penal; (4) e a atuação das equipes multidisciplinares. Esses quatro elementos estabelecidos pela lei são vistos como condições de assegurar os direitos da vítima ou, pelo contrário, como impeditivos da manifestação das vítimas.

Por fim, dando atenção especial à complexidade dos processos de gestar e gerir sujeitos políticos, apontamos, o risco de reprivatização de conquistas interessadas na politização da justiça, politização essa que, em resposta às demandas dos movimentos feministas, impulsionou a agenda igualitária. A reprivatização, no caso, implicaria na responsabilização da vontade das mulheres pelas decisões que o judiciário venha a tomar, devolvendo para o âmbito privado a formulação de respostas que seriam de responsabilidade social.

2. Direito penal da vítima

No panorama histórico-evolutivo acerca do tratamento da vítima no cenário jurídico-penal, a criminalista Cristina Rego de Oliveira (2014) observa que as conquistas do pensamento iluminista afastaram as formas participativas do ofendido na resolução dos conflitos, a exemplo do que se realizava no sistema privatista da antiguidade. O pensamento contratualista atribuiu ao Estado a prerrogativa legítima do exercício do jus puniendi –, utilizando-se de seu aparato técnico-burocrático para censurar aquele que transgredisse os preceitos normativos.

O ofendido, nas palavras do criminalista Carlo Velho Masi (2014), "acabou se tornando um mero "objeto" (coisificação), o agente passivo, ou simples meio

empreenderem a observação do modo pelo qual as normas e os valores que caracterizam uma sociedade ou um grupo social são posta em ação pelos seus agentes. Sobre o tema, ver Clifford Geertz (1989) e Ruth Cardoso (1986).

de prova para se alcançar o autor do delito". O Estado toma seu lugar para obter reparação em nome de toda a sociedade, posto que a sociedade é tida como sendo agredida quando uma pessoa é vítima de um crime e é a própria sociedade que deve ser protegida. Desse ponto de vista, a vítima deve delegar ao Estado e à sua justiça a preocupação com a reparação.

Do mesmo modo, a escola penal clássica e a positivista centram suas atenções, respectivamente, no crime e no criminoso, não ocupando a vítima nenhum papel de destaque. Como pondera a procuradora Ana Sofia Schmidt Oliveira (1999), a escola positivista baseia suas teorias nas características biológicas e psicológicas que diferenciam os "criminosos" dos indivíduos "normais". A escola penal clássica, por sua vez, volta o seu olhar para o delito, entendido como a violação do direito, sendo o criminoso um indivíduo que fez mau uso da sua liberdade. A pena, dentro dessa escola, é vista como uma forma de defender a sociedade do crime, uma contramotivação em face do delito. O conceito de delito nasce com a Escola Clássica, sem a necessidade de referência à vítima, e trata-se – antes – de uma ofensa à ordem pública que a uma pessoa em especial.

O interesse eventual pela vítima é um interesse reflexo na criminologia e só recentemente migrou para o plano central. A figura da vítima vem conquistando um espaço cada vez maior nos debates públicos e nas práticas institucionais interessados em uma sociedade mais justa, rompendo com o interesse quase exclusivo da Criminologia em relação ao crime ou ao criminoso, e dotando o próprio campo jurídico de reformas legais capazes de criar um espaço maior para a participação da vítima. Esse interesse ganhou maior expressão a partir da segunda metade do século XX, como consequência da segunda grande guerra, em que a memória em torno do Holocausto coloca em perspectiva a experiência das vítimas dos campos de concentração nazistas. O pós-guerra marca o início do movimento vitimológico, que diz respeito ao lugar crescente ocupado pela vítima e as circunstâncias que possibilitaram essa ocupação (OLIVEIRA, 1999, p. 59).

Porém, é somente nos anos 1970 e 1980 que o movimento será fortalecido, sendo o movimento feminista um dos seus propulsores. Os movimentos feministas foram decisivos ao chamarem a atenção para os crimes de gênero e geraram, como mostra a jurista norte-americana Catharine MacKinnon (2013), em um curto espaço de tempo, transformações radicais na legislação internacional e nacional, particularmente no que diz respeito aos crimes de estupro, de assédio sexual e nos conflitos entre casais e familiares.

Com esses movimentos, ficou difícil manter confinada à esfera doméstica as violências sofridas pelas mulheres e crianças; da mesma forma a visão do estupro como um crime contra a humanidade dependeu da superação do estigma que envolvia suas vítimas. Os estudos de feministas tiveram um papel central ao

mostrarem que o que era pensado como uma agressão entre um homem e uma mulher – um problema de indivíduos que geralmente ocorre em situações em que não há testemunhas – é de fato um crime social. É a posição social ocupada pelas mulheres ou por outras minorias que as transformam em um objeto da violência e das atrocidades cometidas nas guerras, mas também nos momentos tidos como de paz social.

Ou, nas palavras de Masi (2014), num estágio relativamente curto de tempo,

> a sociedade passou a congregar múltiplas formas de vitimização, tais como catástrofes, crises e erupções de violência, medo e pânico coletivo face ao crime. Os movimentos sociais trouxeram reivindicações importantes neste sentido. [...] A criminologia rompeu com o modelo positivista de orientação unidimensional, voltada ao crime e ao delinquente, e passou a adotar uma perspectiva interacionista (*labelling approach*), cuja principal característica era demonstrar que as instâncias de controle social podiam exercer um papel fulcral na seleção, estigmatização e vitimização. A lei penal converteu-se na "magna carta da vítima", superando a clássica noção de ser, antes de tudo, a "magna carta do delinquente [...] uma nova abordagem criminológica, denominada "vitimologia", que passou a estudar o papel desempenhando pelas vítimas na ocorrência do fato típico, bem como a questão da assistência judicial, moral, psicológica e terapêutica para os vitimizados.

A construção de uma política criminal de valorização da vítima, encontra, assim, ampla aceitação em nível mundial e, no Brasil, os Juizados Especiais Criminais (JECRIMs) e a Lei Maria da Penha são exemplos inaugurais desse interesse crescente pelo que tem sido chamado direito da vítima, como mostra o sociólogo Marcos César Alvarez (2010) na pesquisa sobre o direito penal da vítima nos JECRIMs e nos JVDs.

O significado dessa inovação é avaliado de maneiras distintas. Alvarez (2010), de maneira pertinente, procura dar conta dessas diferenças opondo as colocações do sociólogo francês Michel Wieviorka (2005) àquelas do magistrado Denis Salas (2011). Para o primeiro, o novo paradigma é resultado da emergência de novos atores sociais, de novas demandas por reconhecimento da parte daqueles que, durante séculos, estiveram silenciados. Para Salas, pelo contrário, essa nova situação é resultado de um novo fervor punitivo, que caracteriza o que é chamado pelo antropólogo francês Loic Wacquant de o Estado Penal.

Em outras palavras, para Michel Wieviorka, a violência, nas suas múltiplas formas, é sempre a negação dos sujeitos e a emergência da vítima como sujeito na cena pública pode ajudar no combate à própria violência, ao exercer um efeito de responsabilização do sistema sobre políticas e representações, ao contribuir para

a construção da memória histórica, ao permitir novas perspectivas de reconhecimento, mesmo que a derivação populista em torno da questão, sobretudo no plano penal, não possa ser subestimada.

Denis Salas (2005), em contrapartida, ressalta justamente os perigos que a emergência da figura da vítima apresenta em termos do fortalecimento do que chama de populismo penal – definido como o discurso emotivo que clama por punição em nome das vítimas, destrói a legitimidade das instituições democráticas e compromete sua eficácia ao abandonar a moderação que deveria governar o direito de punir nas sociedades democráticas.

De acordo com Ana Sofia Schmidt Oliveira (1999, p.122):

> As referências à vítima no campo da política criminal revelam a existência de várias vertentes, cuja origem comum está na reivindicação de um posto de maior relevância para a vítima no sistema penal. Tal reivindicação pode ensejar um latente, e por vezes explícito, antagonismo entre os direitos das vítimas e os direitos dos acusados ou, de outro lado, inspirar um redirecionamento das finalidades da pena e a criação de novas medidas tendentes a proporcionar uma maior satisfação à vítima. Ou seja, o impacto do movimento vitimológico nas concepções de política criminal toma duas direções. A primeira é marcada pelo antagonismo de direitos (política de exclusão) e a segunda está baseada em propostas que envolvem participação e reparação (políticas de inclusão).

As justificativas da necessidade de soluções penais mais adequadas aos interesses das vítimas pontuam, entre outras coisas, que a pena não cumpre sua finalidade de forma eficaz, que a vítima não recebe nenhuma espécie de compensação e quando o autor é condenado ao pagamento de multa, o beneficiário é o Estado; e que a posição periférica ocupada pela vítima no sistema penal, faz com que ela padeça da vitimização secundária.

Entre as políticas criminais baseadas na participação e reparação das vítimas encontra-se a mediação. Oliveira (1999), dispõe que a ideia central que está por trás dos modelos de conciliação, transação e reparação é a de que os conflitos devem ser resolvidos pelas partes que nele estiveram envolvidas. Essa concepção exclui o Estado, sendo ele uma parte estranha ao conflito original, privilegiando-se o encontro entre os verdadeiros protagonistas. A autora coloca que esse tipo de concepção dentro do direito penal, ao excluir o Estado, exclui o representante da sociedade, já que a ideia de ofensa à comunidade sempre esteve presente na noção de crime. Um direito penal concebido para solução do ocorrido pelas partes estaria mais bem situado no campo do direito civil, sendo este o ramo do direito em que os conflitos entre particulares se resolvem. Não havendo interesse público na solução do conflito, a melhor opção seria a despenalização.

Há uma preocupação da autora com a desvirtualização do direito penal garantista, por esses modelos eliminarem algumas formalidades do cumprimento do direito penal e pelo risco da reparação ser transformada na finalidade precípua do direito penal.

Em outra direção vão as críticas de Masi, que chama atenção para o papel da vítima nesse novo paradigma. Uma atitude ilícita pode constituir um delito ou um mero conflito, conforme o grau de intervenção do ofendido na disputa. O processo penal passa a ser orientado para a composição civil, para a aplicação de pena não privativa de liberdade, mediação e reconciliação entre as pessoas envolvidas, tendo assim maiores possibilidades de sucesso do que a ideia exclusivamente retribucionista ao delito. O pressuposto que orienta a tomada de decisões é o de que a vítima interage com o agente e com o ambiente e poderia ter colaborado para o evento criminoso. A vítima não é um ser passivo. Abandona-se, assim, a visão simplista do crime, em que, de um lado, teríamos uma pessoa totalmente inocente (vítima), e de outro, uma pessoa totalmente culpada (criminoso). Nas palavras do autor:

> o campo da "vitimodogmática" que investiga a contribuição da vítima para a ocorrência do delito e a repercussão desta na fixação da pena do autor, variando de uma total isenção a uma simples atenuação. [...] (O interesse é) operar a possível concertação entre o agente e a vítima através da reparação dos danos – não apenas necessariamente patrimoniais, mas também morais – causados pelo crime. [...] Desenvolve-se, assim, o princípio da auto responsabilidade da vítima, mediante o qual o ofendido deve responder por seu comportamento, a fim de evitar que este seja a causa ou o antecedente do ato que o afete. Significa dizer que a vítima deve tomar as precauções necessárias para evitar a afetação de seus bens jurídicos, caso contrário, estes ficarão excluídos da tutela estatal, acarretando a atipicidade.

Esse novo paradigma, na opinião do autor, não leva a uma atenuação do furor punitivo. Pelo contrário, haveria um recrudescimento do sistema penal e uma redução das garantias dos acusados. Há, certamente, um fortalecimento do poder da vítima. Contudo,

> A vítima é, por vezes, convidada pelo acusador formal, é informada sobre planos e estratégias da acusação, pode contribuir com suas observações para o promotor, comparece às audiências do acusado e, em alguns sistemas, pode se manifestar ao juiz sobre a aplicação da pena. Muitas vezes, as vítimas também ganham o direito de serem representadas por seus próprios advogados. E se tudo terminar com uma sentença condenatória, especialmente a pena privativa de liberdade, é dado à vítima o direito de ser informada sobre as condições do cárcere, sobre eventual progressão de regime e sobre a concessão de

> livramento condicional do acusado condenado. O poder está nas mãos e na boca da vítima. É um desenvolvimento que fatalmente conduzirá a mais encarceramentos e recrudescimento das condições nas instituições penais (MASI, 2014).

Compreender o significado desse conjunto de transformações exige estudos minuciosos de situações concretas, de modo a evitar generalizações apressadas e estranhamentos fáceis. É preciso olhar atentamente para as mudanças no âmbito das distintas instituições que compõem o sistema de justiça e que estão conectadas de maneira complexa com imperativos éticos, morais e culturais. Daí nosso interesse de explorar as análises empreendidas do modo como a Lei Maria da Penha, por um lado e as práticas de mediação de conflitos entre casais, por outro, são postas em ação.

3. Da vitimização ao poder da fala: A Lei Maria da Penha (LMP) e os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDs)

Marcos Alvarez (2010) mostra, com razão, que JECRIMs[5], criados pela Lei 9.099/95, e os JVDs, criados pela Lei 11.340/06, são expressões nacionais do direito penal da vítima. Como já mencionamos, os JVDs só podem ser compreendidos se levarmos em conta a indignação das feministas com os JECRIMS e o modo como a banalização da dor e do sofrimento de mulheres vítimas de agressões era neles operada, seja pela redução do processo à aplicação de uma pena pecuniária pequena ao agressor, seja pela fragilização da posição da mulher, que era estimulada a retirar a queixa de modo que o caso fosse arquivado.

A Lei Maria da Penha afastou a aplicação da Lei 9.099/95, e com isso excluiu a possibilidade de realização de conciliação entre acusado e vítima e tornou o crime de lesão corporal, em casos de violência doméstica, um crime de ação penal pública incondicionada. Isso quer dizer que nos casos de lesão corporal, o réu será processado independentemente da vontade da vítima. Os outros crimes previstos pelo Código Penal como sendo de ação pública condicionada à representação, como o crime de ameaça, ainda necessitam que a vítima manifeste o desejo de ver o acusado processado criminalmente para que a ação penal tenha

5. Entre as mudanças trazidas pela Lei 9.099/95, há a possibilidade de realização de uma conciliação durante a audiência preliminar. Nessa audiência, também é possível propor ao acusado medidas que podem impedir o início do processo criminal, tais como o pagamento de multa, de cestas básicas e prestação de serviços à comunidade.

andamento. A diferença é que a renúncia à representação não acontece mais na delegacia, e sim em audiências perante o juiz e designadas para tal finalidade. Além dessas mudanças, a LMP inova ao trazer um rol de medidas protetivas de urgência e ao prever a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher com competência civil e criminal que poderão contar com equipes multidisciplinares.

As medidas previstas na Lei Maria da Penha, como mostra a socióloga Wânia Pasinato (2015, p. 415),

> [...] abordam o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher de forma integral, com intervenções para punir os agentes responsáveis pela violência, proteger os direitos das mulheres e promover seu acesso à assistência e a seus direitos, e a prevenção da violência por meio de campanhas e processos de mudança cultural baseados no rompimento dos padrões de relacionamento entre homens e mulheres em favor da igualdade de gênero.

Um dos aspectos mais polêmicos em torno da LMP é o debate a saber se o crime de lesão corporal deve ser ou não tratado como ação pública incondicionada[6]. Tornar incondicionada a ação pública significou retirar dos "ombros" da mulher a responsabilidade de escolher entre seguir ou não com uma ação judicial contra seus parceiros. O entendimento comum é que muitas mulheres nessa condição sofrem pressões por parte dos próprios agressores e de familiares para que desistam da queixa. Para os defensores, não é apenas o caso individual que passa para a responsabilidade do Estado, mas é, também, uma forma de mostrar que a violência doméstica e familiar é um problema social e sua resolução é interesse da sociedade; responsabilizar o agressor pelos atos que cometeu significa inibir novos comportamentos violentos[7].

Os que discordam tendem a valorizar a autonomia da vítima. Pontuam que a pena não cumpre sua finalidade de forma eficaz, apontam para as dificuldades do sistema de justiça em lidar com a violência entre casais ou até mesmo tendem a considerar que as mulheres, assim como também o feminismo, fazem um uso ilegítimo do sistema de justiça. A professora de direito penal da UFPE Marília Montenegro (2015) antepõe que a LMP apresenta grandes méritos no que diz respeito

6. Sobre as diversas decisões a respeito ver: [www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Revis%C3%A3o-de-tese-esclarece-que-a%C3%A7%C3%A3o-em-crimes-de-les%C3%A3o-corporal-contra-mulher-%C3%A9-incondicionada]. Acesso em: 26.01.2018.
7. Cf. Pasinato (2015).

às medidas de prevenção e proteção da mulher, mas apresenta graves problemas no campo penal. O Direito Penal ignora o caráter estrutural da violência contra a mulher e os seus condicionamentos, já que o discurso punitivo procura apenas atribuir a culpa a alguém e termina por estigmatizar os sujeitos envolvidos, oferecendo falsas soluções e não satisfazendo a vítima. Além disso, diante da impossibilidade da retirada da queixa, resta à mulher mentir, o que pode lhe render um processo criminal por denunciação caluniosa, que é o crime de "dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente" (art. 339 do Código Penal), com pena de reclusão de dois a oito anos e multa. O artigo intitulado "Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal", da juíza Maria Lúcia Karan, critica a Lei Maria da Penha nos seguintes termos:

> Já faz tempo que os movimentos feministas, dentre outros movimentos sociais, se fizeram co-responsáveis pela hoje desmedida expansão do poder punitivo. Aderindo à intervenção do sistema penal como pretensa solução para todos os problemas, contribuíram decisivamente para a legitimação do maior rigor penal que, marcando legislações por todo o mundo a partir das últimas décadas do século XX, se faz acompanhar de uma sistemática violação a princípios e normas assentados nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas [...]. Quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher, contra a sua vontade, está se subtraindo dela, formalmente dita ofendida, seu direito e seu anseio a livremente se relacionar com aquele parceiro por ela escolhido. Isto significa negar lhe o direito à liberdade de que é titular, para tratá-la como se coisa fosse, submetida à vontade de agentes do Estado que, inferiorizando-a e vitimizando-a, pretendem saber o que seria melhor para ela, pretendendo punir o homem com quem ela quer se relacionar – e sua escolha há de ser respeitada, pouco importando se o escolhido é ou não um "agressor" – ou que, pelo menos, não deseja que seja punido (2006, p. 6-7).

Nos casos em que a ação é condicionada à representação, o procedimento previsto pela LMP é distinto. São marcadas audiências para saber se a vítima quer que a ação penal seja iniciada. Esse é um dos espaços previstos pela LMP que permite uma maior participação da vítima no desfecho do processo. A antropóloga Isis de Jesus Garcia (2016), na etnografia dessas audiências de ratificação da representação realizadas em um Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de uma cidade de Santa Catarina, verifica que, nos casos em que a requerente optava por prosseguir com o processo, a audiência era rápida, a juíza não fazia qualquer tipo de questionamento sobre a decisão e apenas encaminhava o processo para o Ministério Público. O mesmo não ocorria com

os casos em que as mulheres desejavam encerrar o processo. Nessas ocasiões, a juíza questionava a decisão e em algumas situações insistia para que não desistissem do processo. Havia, portanto, uma tensão entre respeitar e não respeitar a vontade da requerente, bem como questionamentos que visavam disciplinar o comportamento da vítima. Entender as mulheres como requerentes ou vítimas revela as tensões apresentadas no campo, sendo requerente a forma como as mulheres devem ser nomeadas, segundo a juíza, já que são percebidas por ela como "mulheres que expressaram sua vontade em processar os seus companheiros (ou ex-companheiros)" (GARCIA, 2016, p. 138), devendo ser respeitada sua livre escolha. No entanto, quando as mulheres manifestam em audiência vontade de desistir, elas passam a ser vítimas, e não uma mulher com vontade a ser respeitada. Considerando que essa audiência só permite dois tipos de respostas, sim ou não, a autora coloca que a manifestação da vontade das requerentes é uma *pseudoautonomia*, já que as respostas estão preestabelecidas.

Outra modificação polêmica trazida pela LMP é a criação dos juizados com competência cível e criminal, o que possibilita que em um mesmo local sejam julgados processos criminais e de família. Essa junção é vista como uma forma de dar celeridade às demandas da vítima. Contudo, a incorporação do direito civil dentro do âmbito penal tem encontrado grande resistência para sua concretização, permanecendo o olhar fragmentado ou formas muito pontuais de interação entre juizados e varas de família, dificultando a formação de redes de enfrentamento à violência doméstica ou levando à ocorrência de sentenças que se chocam.[8]

A fronteira entre as áreas do direito reflete no papel esperado da vítima dentro de um processo criminal. Como requerente de um processo civil, através de seu advogado são formulados os termos do processo e o que ela deseja alcançar, havendo, desde a promulgação do novo código de processo civil, a previsão de realização de audiências de conciliação ou mediação judicial. Nos espaços da conciliação e da mediação, espera-se que as partes possam resolver os seus conflitos

8. O Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Fonavid), em seu Enunciado 3, diz que a competência civil é restrita às medidas protetivas de urgência, devendo as ações relativas a direito de família serem processadas e julgadas pelas Varas de Família. No entanto, os limites da competência civil e criminal dos juizados estão longe de ser algo pacificado e há disputas para definir as fronteiras. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por exemplo, defende a tese de que as medidas protetivas podem ser deferidas sem o registro do boletim de ocorrência, ou seja, independentemente da existência de processo criminal (MONTE, s.d.). Nesse mesmo sentindo, no dia 07 de agosto de 2014, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a aplicação de medidas protetivas em ação civil, sem a existência de inquérito ou processo penal contra o agressor (Decisão STJ REsp 1.419.421).

sem a interferência do juiz ou da juíza, através do diálogo facilitado pelo mediador ou conciliador. Porém, na justiça penal não há espaço para a participação da vítima, e ela se torna "testemunha de seu próprio caso", não tendo poder de decisão (RIFIOTIS, 2008 e 2012), já que a ação penal é movida pelo Estado contra o acusado. Na mesma direção, os antropólogos Luís Roberto Cardoso de Oliveira e Daniel Simião (2016), ao analisar as audiências nos JVDs do Distrito Federal mostram que nelas há pouco espaço para uma audição efetiva dos envolvidos nos fatos. Impera nessa situação o que os autores vão chamar de "exclusão discursiva", de modo que a interpretação dos fatos pelos juízes é independente dos sentidos atribuídos pela ofendida e o acusado.

Em artigo sobre a criminologia feminista, a advogada Carmen Hein de Campos e o professor de direito penal Salo de Carvalho (2015) respondem às críticas à LMP pontuando que a lei combina medidas de natureza penal e extrapenal, ultrapassado o terreno estrito da política criminal. Uma das políticas extrapenais são as medidas cautelares de proteção, que possibilitam um rol de medidas para além da prisão cautelar, diferentemente da lógica do processo penal, que tem a prisão preventiva como a medida cautelar por excelência como forma de proteger a vítima da reiteração delitiva. Os autores pontuam que as inovações trazidas pela LMP pressionam o direito a responder de maneira satisfatória à complexidade da violência contra mulheres, violência originada em uma relação marcada pela desigualdade de gênero, não cabendo separar artificialmente as questões de família e criminais, criando um "sistema jurídico autônomo que deve ser regido por regras próprias de interpretação, de aplicação e de execução da Lei" (p. 144).

A polêmica sobre o lugar e a voz da vítima se estende também no que diz respeito à atuação das equipes multidisciplinares previstas na LMP. Os JVDs poderão contar com uma equipe composta por especialistas na área psicossocial, jurídica e de saúde, cabendo à equipe multidisciplinar, dentre outras atribuições, "desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes"[9]. Como mostram os antropólogos Daniel Simião (2015) e Izis Morais Lopes dos Reis (2016), analisando a atuação dessas equipes no Distrito Federal, que, em princípio, ao ouvir os relatos das vítimas, ofereceriam subsídios para os juízes, essa voz de fato não tem um espaço para expressão, porque os relatórios e as recomendações da área psicossocial não são levados em conta pelos juízes e promotores em razão da dificuldade que eles têm de aceitar que a vítima não quer dar continuidade ao processo.

9. Art. 30 da Lei 11.340/06.

Os espaços de decisão estão limitados, lamentam os analistas, à manifestação sobre prosseguir ou não com a ação penal em casos de ações condicionadas à representação, não podendo as vítimas negociar sobre o desfecho processual considerado a elas mais adequado.

Grande parte dos movimentos feministas, com razão, criticou a vitimização das mulheres, que eram apresentadas como sujeitos passivos da violência dos homens, da indústria da beleza, do sistema de justiça, da mídia e de outras instâncias da vida social. Essa crítica foi fundamental porque exigiu, de um lado, que a atenção se voltasse para as formas de agenciamento das mulheres, realçando a sua capacidade de resistência aos arranjos opressivos em diferentes contextos. De outro lado, exigiu que os autores se detivessem nas formas específicas que a dominação assume em contextos particulares. Entretanto, o discurso alternativo, que ganha um espaço cada vez maior em estudos de gênero, particularmente nos trabalhos sobre o sistema de justiça, tende no limite a considerar que as mulheres que forem capazes de desenvolver atitudes adequadas podem se livrar das práticas discriminatórias, encontrando caminhos para restaurar direitos e práticas libertárias e vias capazes de "empoderá-las".

Dessa maneira, vai-se de um extremo ao outro: a visão da mulher como puro objeto do sistema de dominação masculina é substituída pela consideração de que as trajetórias individuais são sempre flexíveis, os constrangimentos sociais e econômicos são de pouca monta e as desigualdades podem ser facilmente neutralizadas. Passa-se, então, a fazer coro com a ideia de que basta haver vontade e disposição para garantir o sucesso desejado. Além disso, violência, poder e conflito transformam-se em problemas de falta de confiança e de autoestima dos oprimidos ou, então, de dificuldade de comunicação do casal. A boa sociedade é aquela do diálogo; a possibilidade do diálogo é a condição necessária e suficiente de uma sociedade justa e igualitária. É essa a tônica que tem marcado boa parte do discurso dos críticos da Lei Maria da Penha, particularmente dos defensores do abolicionismo penal, que creem que ouvir a vítima e levar em conta seus desejos permitem soluções mais justas e equitativas. A fala seria o espelho do que a mulher realmente deseja e do que é o melhor para ela.

A antropóloga Maria Filomena Gregori (1993), na análise do SOS Mulher, apontou o lado perverso das queixas, mostrando que é preciso rever o poder da fala. A queixa não traduz uma demanda específica, pelo contrário, exacerba a dimensão do sofrimento e constrói a mulher como vítima, reiterando o jogo de poder e dominação que enlaça o casal.

Sabemos que falar é agir sobre o mundo, que a palavras são eventos que transformam coisas, esclarecem situações, provocam sentimento e emoções. Mas a fala não é um espelho dos desejos absolutos, incondicionais e irrestritos de quem

fala. A fala é sempre contingente, e seu significado depende do contexto e de para quem se fala. A crença no poder da fala é particularmente intrigante nos contextos em que a vítima é transformada em sujeito de direitos e se reivindica o império da escolha.

Em suma, é preciso conter o impulso de atribuir "essências" de incapacidade ou de autonomia às vítimas, mas vê-las como pessoas sob situação de opressão e constrangimento, em contextos de desigualdade de gênero, e que a fala dessas mulheres é necessariamente constrangida por essa situação.

4. Mulher como sujeito de direito e a politização da justiça

À ideia da judicialização das relações na família e das relações de gênero é importante opor a ideia da politização da justiça: essas novas políticas precisam ser vistas como fruto de reivindicações de movimentos sociais e, por isso, como expressão de um movimento inverso, isto é, um movimento de politização da justiça.

Em outras palavras, como mostra a filósofa Nancy Fraser (1991), na crítica que empreende à Teoria do Agir Comunicativo do filósofo Jürgen Habermas, a vida familiar não pode ser vista como o espaço natural da harmonia, da proteção – em que prevaleceria a razão comunicativa em oposição à razão instrumental e a ação estratégica – como tendem a pensar os críticos da judicialização das relações na família. Essa visão, mostra a autora, mitifica as bases da dominação masculina e da subordinação das mulheres. A politização da justiça, pelo contrário, indica um avanço da agenda igualitária, porque expressa uma intervenção da esfera política capaz de traduzir em direitos os interesses de grupos sujeitos ao estatuto da dependência pessoal.

Isso não quer dizer que não precisamos estar atentos para o modo como, na prática, a politização da justiça pode se transformar em um processo de judicialização das relações de gênero e de família: na imposição de um código moral naturalizado que indica como cada indivíduo nas diferentes etapas da vida deve se comportar, submetendo-se às hierarquias estabelecidas pelas tradições[10].

Merece ainda ser realçado o interesse crescente que a transformação de vítimas em sujeitos de direitos tem ganhado, com a importância adquirida pelo direito penal da vítima. Como mostra o antropólogo Antonio Carlos Souza Lima (2002), o processo de transformar vítima em sujeitos de direito e, particularmente, o processo de gestar e gerir sujeitos políticos é um dos mecanismos

10. Para o desenvolvimento do tema, ver Debert e Oliveira (2007).

fundamentais de legitimação do estado e das políticas públicas no mundo contemporâneo. Essa transformação das vítimas de sofrimento em sujeitos de direitos merece um olhar atento, posto que "sujeito de direitos" é uma expressão chave na reflexão sobre movimentos sociais e nas propostas de formas alternativas de justiça e reparação.

Com muita propriedade, a socióloga belga Sara Bracke (2016), num artigo sobre resiliência, lembrou do livro do pensador inglês Raymond Williams "Keywords: a vocabulary of culture and society", em que esse autor considera que as palavras chave são uma porta de entrada importante para a compreensão da cultura e da sociedade contemporânea, pois fornecem um olhar privilegiado para os significados culturais que dão uma configuração específica a momentos históricos particulares. Bracke sugere que, se escrito hoje, a palavra resiliência faria parte do vocabulário proposto por Raymond Williams, como uma de suas palavras-chave. O mesmo pode ser dito da expressão "sujeitos políticos". Essa expressão é, certamente, chave para pensarmos na nossa cultura política e jurídica.

Quando pensamos nos indivíduos concretos transformados em sujeitos de direitos é preciso considerar – como faz Bracke com a ideia de resiliência – que a ideia de sujeito de direito aciona a ideia de autossuficiência, de domínio da situação, de negação das vulnerabilidades e clareza de objetivos. A dependência e a necessidade de apoio são consideradas uma fraqueza até mesmo vergonhosa. Ou seja, há uma dialética complicada nessa passagem, porque a ideia de sujeito de direitos requer a ideia de vítima, precisando da existência potencial da vítima para que o sujeito e seus direitos possam ser legitimados, mas, e ao mesmo tempo, envolve a negação da vítima para que a constituição do sujeito (do reconhecimento e da reparação) seja operada.

Sarah Bracke tende a explicar o interesse contemporâneo pela resiliência – pelo sujeito resiliente, que é aquele capaz de absorver o impacto de medidas e situações austeras e estressantes e continuar gerindo sua própria vida, mitigando e aplacando os efeitos negativos dos fatores e situações próprias do mundo contemporâneo – é um efeito do neoliberalismo, não apenas em termos de economia política, mas também como um projeto cultural; uma forma de subjetificação, própria do biopoder e da governamentalidade no sentido foucaultiano dos termos, que reconfigura a estrutura das relações sociais e das subjetividades. A resiliência seria, assim, uma espécie de código moral: os bons sujeitos em tempos de neoliberalismo são os que estão aptos a agir e exercer agenciamento de um modo resiliente.

O problema com a categoria neoliberal (que é outra categoria que não poderia faltar no dicionário de palavras-chave no mundo contemporâneo), como mostra o antropólogo Arjun Appadurai (2016, p. 47), é que ela é extremamente vaga e se aplica a fenômenos tão diferentes que "corre o risco de aborrecer nossos sentidos

críticos". Um conceito que pode igualmente ser usado para entender, entre outras coisas, vigilância, desregulamentação, privatização e financiarização como características de nossa economia política atual não pode ser uma ferramenta matizada para dar conta de situações específicas.

Por isso, é preferível falar em reprivatização para dar conta – de maneira mais precisa – do modo como questões que eram tidas como próprias da esfera privada e familiar foram politizadas por meio de uma longa e valente luta dos movimentos feministas, mas correm o risco de serem novamente privatizadas, na medida em que transformam decisões jurídicas em reponsabilidade dos desejos expressos pelas vítimas.

A ideia de um espaço de fala para as vítimas, tão reivindicado pelos defensores das formas de justiças alternativas, tende a considerar a fala como um espelho que permite refletir o desejo real, a vontade insofismável e perene da vítima.

Com muita precisão, a antropóloga Tatiana Santos Perrone (2017) descreve sessões de mediações de conflitos, realizadas em um Projeto em que os casos são encaminhados pela Vara de Violência Doméstica de um Fórum da capital paulista. Nesse local realizam-se mediações de conflitos entre casais sobre questões familiares e que muitas vezes ultrapassam o que está previsto pelas legislações. O processo criminal corre em paralelo e tem o seu andamento determinado pelas decisões e requerimentos de juízes, promotores e defensores do caso. Nesse local, a mediação é concebida como um trabalho que deve ser desdobrado em várias sessões realizadas durante um longo espaço de tempo e que têm como premissa a consideração de que as decisões devem ser pouco a pouco concretizadas na vida, para que as partes possam ver o que funciona ou não durante o dia a dia. Perrone mostra a complexidade da expectativa das vítimas e como elas se transformam ao longo do tempo nos encontros de mediação[11]. As circunstâncias que levam vítimas e acusados a tomar determinadas decisões podem mudar, gerando outras demandas que podem ser complementares às demandas iniciais ou

11. A coordenadora do projeto pesquisado por Perrone sempre destaca dois termos provenientes da escola de mediação de Havard: posição e interesse. A posição é aquilo que é expresso pelas partes em conflito, é o que está na superfície e é colocado nas demandas iniciais e nos processos. No entanto, a posição pode estar muito distante dos interesses que são as necessidades, aspirações, motivações, preocupações, temores e desejos dos envolvidos, ou seja, o que efetivamente é relevante para a parte. Caberia ao mediador ou à mediadora sair da superfície e acessar os interesses através das técnicas apreendidas em cursos de formação de mediadores em um processo que demanda tempo. Perrone acompanhou 17 casos desde o início até a sua finalização, casos que tiveram de três a oito sessões de mediação em um período que variou de dois meses a um ano.

completamente opostas. A decisão por uma separação, por exemplo, precisa de um amadurecimento, sendo uma certeza em uma sessão e dúvida na outra, podendo culminar na reaproximação do casal, informada pelas partes interessadas em encerrar as sessões de mediação.

Na discussão da antropologia das terapias, a antropóloga francesa Jeanne Favret-Saada (2005) critica a antropologia inglesa que pressuporia uma transparência essencial do sujeito humano a si mesmo. Nas palavras desta autora:

> Ora, minha experiência de campo – porque ela deu lugar à comunicação não verbal, não intencional e involuntária, ao surgimento e ao livre jogo de afetos desprovidos de representação – levou-me a explorar mil aspectos de uma opacidade essencial do sujeito frente a si mesmo. Essa noção é, aliás, velha como a tragédia, e a ela sustenta também, desde há um século, toda a literatura terapêutica. Pouco importa o nome dado a essa opacidade ("inconsciente" etc.): o principal, em particular para uma antropologia das terapias, é poder daqui para frente postulá-la e colocá-la no centro de nossas análises (p. 161).

Marcos Alvarez, no trabalho cuidadoso de ouvir as vítimas, pontua que as vítimas não querem a punição do acusado, mas querem sim ter segurança de que as agressões e ofensas não serão repetidas. Essa segurança é difícil de ter e pouco depende das decisões da justiça, mesmo que essas decisões pudessem ter como base a orientação das psicólogas e assistentes sociais, que compõem as equipes multidisciplinares que a LMP prescreve aos JVD. Como lembram Alvarez com a indignação que o episódio provoca:

> Após proposta de transação penal oferecida pelo Ministério Público, a vítima de lesão corporal, que na ocasião estava grávida e sofreu um abortamento por conta da agressão, dirigiu-se ao promotor e disse temer que o ex-companheiro voltasse a agredi-la, principalmente porque ela havia manifestado a impossibilidade de acordo ou de conciliação entre as partes. Perguntado pela vítima sobre como deveria proceder caso voltasse a ser agredida, o promotor de justiça respondeu que ela deveria registrar boletim de ocorrência. A vítima reiterou sua preocupação quanto à sua segurança, ao que o promotor respondeu: Todos temos medo, eu tenho medo também, a violência urbana está em todo lugar (p. 41).

5. Considerações finais

A LMP só pode ser compreendida se levarmos em conta que os crimes nela enquadrados são distintos da criminalidade urbana em que vítimas e réus não possuem relações continuadas. A concepção que orienta a Lei é que no caso da

violência doméstica o olhar precisa ir além do crime e passar pela vítima. É preciso não só abarcar o interesse social no enfrentamento à violência doméstica, mas também a proteção à vítima. É por essas razões que a LMP coloca como central a preocupação com a vítima, sendo as medidas protetivas de urgência a grande expressão dessa preocupação com a segurança das mulheres que, após a denúncia na delegacia, muitas vezes têm que voltar para as suas casas e conviver no mesmo espaço que seus agressores.

A escuta das vítimas ocupa um lugar central na Lei, de modo a possibilitar segurança e o deferimento de medidas protetivas condizentes com a realidade em que se encontram.

Contudo, os limites do direito penal como forma de responder satisfatoriamente às demandas das vítimas são a todo momento pontuados pelos críticos da LMP, valorizando a escolha das mulheres, sem questionar o contexto em que essas escolhas são estabelecidas.

Campos e Carvalho (2015) afirmam que a lei cria um sistema processual autônomo que não pode ser classificado exclusivamente como penal ou civil, sendo um modelo que tende a superar esta lógica binária, porque sua proposta ultrapassa o campo meramente repressivo. Segundo os autores, é uma nova lógica que se fundamenta na realidade vivida pelas pessoas que se envolvem em conflitos e que busca tratar a violência contra as mulheres como um problema complexo originado em uma relação afetiva marcada pela desigualdade de gênero. Destacam a adoção da expressão "mulheres em situação de violência", que indica a recuperação da condição de sujeito, o caráter transitório dessa situação e que o objetivo da lei é a superação da situação momentânea de violência.

É de se lamentar que a LMP tenha reduzido a violência contra a mulher aos crimes da esfera doméstica e familiar. Contudo, no que diz respeito à escuta da vítima, deve-se levar em conta que este é um processo complexo que não pode ser banalizado.

O médico e antropólogo francês Didier Fassin (2011), no livro sobre a razão humanitária, mostra que o vocabulário do sofrimento, da assistência e da responsabilidade de proteger o outro passou a fazer parte da nossa vida política. É parte dessa razão a solidariedade com as vítimas. Mas a vítima é sempre um outro e tratar alguém como vítima é estabelecer uma distância intransponível entre o assistido e aquele que o assiste. Trata-se de uma troca muito desigual e decepcionante para os dois lados.

Ao reconhecer a complexidade da fala e da escuta deve-se levar em conta o leque de escolhas abertas em diferentes momentos. O que certamente não pode ocorrer é operar com a oposição hipo X hiper suficiência das vítimas e fazer da escolha por elas formulada uma forma de responsabilizar as mulheres pelas decisões que o judiciário venha a tomar.

6. Referências bibliográficas

ALVAREZ, Marcos Cesar et al. *O papel da vítima no processo penal*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2010 (Série Pensando o Direito, n. 24).

AMORIM, Maria Stella. Cidadania e jurisdição de direitos nos Juizados Especiais Criminais. In. AMORIM, Maria Stella; KANT DE LIMA, Roberto; BURGOS, Marcelo (Org.). *Juizados Especiais Criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil*: ensaios interdisciplinares. Niterói: Intertexto, 2003.

APPADURAI, Arjun. Moodeswing in Anthropology of the emerging future. *Journal of etnograpahic Theory*, v. 6, n. 2, p. 1-4, 2016.

ARDAILLON, Danielle. *Estado e mulher*: conselhos dos direitos da mulher e Delegacias de Defesa da Mulher. Relatório Final. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1989.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. *Informalização da Justiça e controle social*: estudo sociológico da implantação dos Juizados Especiais Criminais em Porto Alegre. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Juizados Especiais Criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da Justiça penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 16, n. 47, p. 97-110, out. 2001.

BLAY, Eva; OLIVEIRA, Maria. *Em briga de marido e mulher...* Rio de Janeiro/São Paulo: Idac/Conselho da Condição Feminina, 1986.

BERALDO DE OLIVEIRA, Marcella. *Crime invisível*: a mudança de significados da violência de gênero no Juizado Especial Criminal. Campinas. Dissertação de Mestrado, Departamento de Antropologia Social, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas – IFCH, Unicamp, 2006.

BRACKE, Sarah. Bouncing Back Vulnerability and resistance in times of resilience. In: BUTLER, Judith; GAMBETTI, Zeynep; SABSAY, Leticia (Orgs.). *Vulnerability in resistance*. Durham and London: Duke University Press, 2016.

BRANDÃO, Elaine Reis. Violência conjugal e o recurso feminino à polícia. In: BRUSCHINI, Cristina; HOLLANDA, Heloísa Buarque de (Org.). *Horizontes plurais*. São Paulo: Fundação Carlos Chagas/Editora 34, 1998.

BROCKSON, Sandra. O cotidiano na DDM – relatos de pesquisa de campo em São Carlos. In: DEBERT, Guita Grin et al. *Gênero e distribuição da justiça*: as delegacias de defesa da mulher e a construção das diferenças. Campinas/SP: Núcleo de Estudos de Gênero – Pagu, Unicamp, 2006.

BURGOS, Marcelo Baumann. Conflito e sociabilidade: a administração da violência pelos Juizados Especiais Criminais. *Cidadania e Justiça: Revista da AMB*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 10, p. 222- 235, 2001.

CAMPOS, Carmen Hein de. Justiça consensual e violência doméstica. *Textos Bem Ditos*, Porto Alegre: Themis, n. 1, 2002.

CAMPOS, Carmen Hein de. Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 11, n. 1, p. 155-170, jan.-jun. 2003.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARDOSO, Antônio Pessoa. *A justiça alternativa*: juizados especiais. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996.

CARDOSO OLIVEIRA, Luis Roberto. *Fairness and communication in small claims courts*. PhD dissertation, Harvard University, 1989.

CARDOSO, Ruth Cardoso. *A aventura antropológica*: teoria e pesquisa. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CARRARA et al. "Crimes de bagatela": a violência contra a mulher na justiça do Rio de Janeiro. In: CORRÊA, Marisa (Org.). *Gênero & cidadania*. Campinas: Pagu/Núcleo de Estudos de Gênero -Unicamp, 2002.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha. Brasília, 2017. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/ba9a59b474f22bbdbf7cd4f7e3829aa6.pdf]. Acesso em: 13.01.2018.

CUNHA, Luciana Gross S. Juizado Especial: ampliação do acesso à justiça?. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à Justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

DEBERT, Guita Grin; GREGORI, Maria Filomena. Violência e gênero: novas propostas, velhos dilemas. *Revista Brasileira de Ciências Socais*, São Paulo, v. 23, n. 66, p. 165-185, fev. 2008.

DEBERT, Guita Grin; GREGORI, Maria Filomena. As delegacias especiais de polícia e o projeto gênero e cidadania. In: CORRÊA, Marisa (Org.). *Gênero & cidadania*. Campinas: Pagu/Núcleo de Estudos de Gênero – Unicamp, 2002.

DEBERT, Guita Grin; BERALDO DE OLIVEIRA, Marcella. Os modelos conciliatórios de solução de conflitos e a violência doméstica. *Cadernos Pagu*, n. 29, p. 305-338, 2007.

DEBERT, Guita Grin et al. *Gênero e distribuição da justiça*: as delegacias de defesa da mulher e a construção das diferenças. Campinas: Núcleo de Estudos de Gênero – Pagu, Unicamp, 2006.

FAISTING, André Luiz. O dilema da dupla institucionalização do Poder Judiciário: o caso do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). *O sistema de justiça*. São Paulo: Sumaré, 1999.

FASSIN, Didier. *Humanitarian reason*. A moral history of the present. Los Angeles: University of California Press, 2011.

FAVRET-SAADA, Jeanne. "Ser afetado", de Jeanne Favret-Saada. Trad. Paula de Siqueira Lopes. *Cadernos de Campo*, n. 13, p. 155-161, 2005.

FRASER, Nancy. Que é crítico na Teoria crítica? O argumento de Habermas e gênero. In: BENHABIB, Seyla; CORNELL, Drucilla (Orgs.). *Feminismo como crítica da modernidade*. Trad. Nathanael da Costa Ceixeiro. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991.

GARCIA, Isis de Jesus. *A produção de justiça: um estudo sobre o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. Tese de doutorado, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 1989.

GREGORI, Maria Filomena. *Cenas e queixas*: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista. São Paulo: Paz e Terra/Anpocs, 1993.

GROSSI, Miriam Pilar. Rimando amor e dor: reflexões sobre a violência no vínculo afetivo conjugal. In: PEDRO, Joana Maria; GROSSI, Miriam Pilar (Org.). *Masculino, feminino, plural*. Florianópolis: Mulheres, 1998.

GURGEL DO AMARAL, Célia et. al. *Dores invisíveis*: violência em Delegacias da Mulher no Nordeste. Fortaleza: Rede Feminista Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisas sobre a Mulher e Relações de Gênero – Redor/Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero, Idade e Família – Negif/Universidade Federal do Ceará – UFC, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo 1*: racionalidade da ação e racionalização social. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo 2*: sobre a crítica da razão funcionalista. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça para todos*: os Juizados Especiais Criminais e a violência de gênero. Tese de doutorado, Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, São Paulo, 2003.

KANT DE LIMA, Roberto et al. L'administration de la violence quotidienne au Brésil: l'experience de tribunaux criminels spécialisés. Droit e Culture – *Revue Semestrielle d'Anthropologie et d'Histoire*, n. hors série, 2001.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim do IBCCRIM*, v. 14, n. 168, p. 6-7, 2006.

MACHADO, Lia Zanotta; MAGALHÃES, Maria Tereza Bossi. Violência conjugal: os espelhos e as marcas. In: SUÁREZ, Mireya; BANDEIRA, Lourdes (Ed.). *Violência, gênero e crime no Distrito Federal*. Brasília: Editora UnB/Paralelo 15, 1999.

MACKINNON, Catharine. Creating international law: gender as leading edge. *Harvard Journal of Law and Gender*, v. 36, 2013.

MASI, Carlo Velho. Direito penal das vítimas *vs.* direito penal dos réus, 2014. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/28100/direito-penal-das-vitimas--vs-direito-penal-dos-reus]. Acesso em: 01.08.2017.

MONTENEGRO, Marilia. *Lei Maria da Penha*: uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

MORAES, Aparecida Fonseca. Universal e local nas expressões da "violência conjugal". *Revista de Ciências Sociais*, v. 37, n. 2, 2006.

MORAES, Aparecida F.; SORJ, Bila (Orgs.). *Gênero, violência e direitos na sociedade brasileira*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2009.

MONTE, Nalida Coelho. Tese Institucional n.117 da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Disponível em: [www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=65891&idModulo=9706]. Acesso em: 26.01.2018.

MUNIZ, Jacqueline. Os direitos dos outros e os outros direitos: um estudo sobre a negociação de conflitos das DEAMs/RJ. In: SOARES, Luiz Eduardo (Ed.). *Violência e política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Iser/Relume Dumará, 1996.

NELSON, Sara. Constructing and negotiating gender in women's police stations in Brazil. *Latin American Perspectives*, v. 23, n. 1, p. 131-148, 1996.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. *A vítima e o direito penal*: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Cristina Rego de. Reforma do Código de Processo Penal e Tutela Ressarcitória da vítima: apontamentos ao projeto de Lei n. 8.045/2010. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, v. 14, n. 83, p. 78-97, dez.-jan. 2014.

OLIVEIRA, Patrícia. A Delegacia de Defesa da Mulher em São José do Rio Pardo. In: DEBERT, Guita Grin et al. *Gênero e distribuição da justiça*: as delegacias de defesa da mulher e a construção das diferenças. Campinas: Núcleo de Estudos de Gênero – Pagu, Unicamp, 2006.

PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2, jul.-dez. 2015.

PERRONE, Tatiana Santos. *Uma etnografia de mediações de conflitos em casos que envolvem violência doméstica e familiar contra as mulheres*. Relatório de qualificação, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2017.

REIS, Izis Morais Lopes dos. *Desafios e conflitos entre campos do conhecimento*: o Ministério Público após a Lei Maria da Penha. Tese de doutorado, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

RIFIOTIS, Theophilos. *As delegacias especiais de proteção à mulher no Brasil e a* "judicialização" *dos conflitos conjugais*. Anuário 2003. Direito e Globalização. Atas do Seminário do GEDIM, Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris/Unesco/Most, p. 381-409, 2003.

RIFIOTIS, Theophilos. Judiciarização das relações sociais e estratégias de reconhecimento: repensando a "violência conjugal" e a "violência intrafamiliar". *Rev. Katál,* Florianópolis, v. 11, n. 2, p. 225-236, jul.-dez. 2008.

RIFIOTIS, Theophilos. Direitos humanos: sujeito de direitos e direitos do sujeito. In: RIFIOTIS, Theophilos; VIEIRA, Danielli *(Org.)*. *Um olhar antropológico sobre violência e justiça*: etnografias, ensaios e estudos de narrativas. Florianópolis: Editora da UFSC, 2012.

SADEK, Maria Tereza. *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SALAS, Denis. *La volonté de punir*: essai sur le populisme penal. Paris: Hachette, 2005.

SANTOS, Cecília Macdowell. Cidadania de gênero contraditória: queixas, crimes e direitos na Delegacia da Mulher de São Paulo. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Org.). *O cinqüentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Edusp, 1999.

SIMIÃO, Daniel. Reparação, justiça e violência doméstica: perspectivas para reflexão e ação. *Vivência: Revista de Antropologia*, n. 46, p. 53-74, 2015.

SIMIÃO, Daniel; OLIVEIRA, Luis Roberto Cardoso de. Judicialização e estratégias de controle da violência doméstica: a suspensão condicional do processo no Distrito Federal entre 2010 e 2011. *Revista Sociedade e Estado*, v. 31, n. 3, p. 845-874, set.-dez. 2016.

SOARES, Barbara Musumeci. Delegacia de atendimento à mulher: questão de gênero, número e grau. In: SOARES, Luiz Eduardo. *Violência e política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Relume Dumará/Iser, 1999.

SOUZA LIMA, Antonio Carlos (Org.). *Gestar e gerir*: estudos para uma antropologia da administração pública no Brasil. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Núcleo de Antropologia da Política/UFRJ, 2002.

SUÁREZ, Mireya; BANDEIRA, Lourdes (Ed.). *Violência, gênero e crime no Distrito Federal*. Brasília: Editora UnB/Paralelo 15, 1999.

TAUBE, Maria José. Quebrando silêncios, construindo mudanças: o SOS/Ação Mulher. In: CORRÊA, Marisa (Org.). *Gênero & cidadania*. Campinas: Pagu/Núcleo de Estudos de Gênero -Unicamp, 2002.

WERNECK VIANNA, Luiz et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WIEVIORKA, Michel. *La violence*. Paris: Hachette, 2005.

WILLIAMS, Raymond. *Keywords*. A vocabulary of culture and society. Oxford: University Press, 1985.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A Percepção do Condenado sobre a Violência Contra a Mulher: A Dominação na Cultura de Gênero, de Iara Rabelo de Souza e Julia Maurmann Ximenes – *RBCCrim* 146/373--396 (DTR\2018\18307);
- Às Voltas com a política Criminal Latino-Americana de Prevenção da Violência de Gênero: Um Estudo a Propósito da Experiência Brasileira e a Recente Criminalização do Feminicídio, de Débora Moreira Maia e Pedro Paulo da Cunha Ferreira – *RT* 973/219-243 (DTR\2016\24369); e
- E Quando a Vítima é a Mulher? Uma Análise Crítica do Discurso das Principais Obras de Direito Penal e a Violência Simbólica no Tratamento das Mulheres Vítimas de Crimes Contra a Dignidade Sexual, de Julia Maurmann Ximenes, Soraia da Rosa Mendes e Rodrigo Chia – *RBCCrim* 130/349-367 (DTR\2017\674).

Veja também Jurisprudência

- *RT* 946/317 (JRP\2012\47597).

A *SOBRECRIMINALIZAÇÃO* OU A TENDÊNCIA DE *GOVERNAR PELO CRIME* E A PRODUÇÃO DE CASTIGOS INJUSTOS: OS EXCESSOS DO *PHARMAKON* NO DIREITO PENAL DA MODERNIDADE

THE OVERCRIMINALIZATION *OR THE TREND TO* RULE THROUGH CRIME *AND THE PRODUCTION OF UNUSUAL PUNISHMENTS: THE* PHARMAKON *EXCESSES IN CRIMINAL LAW IN MODERNITY*

José Francisco Dias da Costa Lyra

Doutor em Direito pela UNISINOS-RS. Mestre em Direito pela UNIJUI-RS. Especialista em Direito pelo IESA e UNIJUÍ- RS. Professor do Curso de Mestrado em Direito da URI, campus de Santo Ângelo, e de Direito Penal e Processo Penal. Professor de Direito Penal no IESA. Juiz de Direito.
JFDCLyra@tj.rs.gov.br

Recebido em: 16.10.2017
Aprovado em: 08.02.2018
Última versão do autor: 21.02.2018

Áreas do Direito: Penal; Filosofia; Fundamentos de Direito

Resumo: O artigo aborda o fenômeno da *sobrecriminalização,* entendido como uma expansão do Direito Penal para todos os âmbitos da vida moderna, isto é, uma espécie de *governo pelo crime*, que se legitima como um projeto político, unindo o medo do crime, o sentimento da vítima e ganhos políticos do legislador, rumo ao endurecimento das sanções penais. Pensa-se que a modernidade centrada na lei, forjou um projeto imunitário excludente, vez que tende a deslocar os graves problemas sociais pera a lógica do Direito Penal, espécie de *pharmakon,* remédio para todos os males sociais, produzindo-se mais vítimas que se propõe a defender. Sustenta-se, portanto, que, com a crise do previdenciarismo penal vivenciada na condição pós-moderna, que são tempos de castigos desproporcionais e expansão desmedida do controle penal, surgindo a necessidade de se estabelecer uma teoria

Abstract: The paper addresses the phenomenon of overcriminalization, understood as an expansion of Criminal Law for all spheres of modern life, that is, a kind of government for crime, which legitimizes itself as a political project, unifying fear of crime, the victim and political gains of the legislator, towards the hardening of penal sanctions. With this, the immune project of modern legality, that is, an exclusive system of justice, is no longer concerned with legitimizing and restricting pharmakon criminal control, but giving it a special highlight, producing more victims it proposes to defend. It is therefore argued that in times of disproportionate punishment and excessive expansion of criminal control, the need arises to establish a rational theory of criminalization, of course, obviously, subject to internal and external constraints.

Lyra, José Francisco Dias da Costa. A *sobrecriminalização* ou a tendência de *governar pelo crime* e a produção de castigos injustos: os excessos do *pharmakon* no direito penal da modernidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 150. ano 26. p. 449-480. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2018.

racional de criminalização, submetendo-se o controle pelas restrições internas e externas.

Palavras-chave: Sobrecriminalização – *Pharmakon* – Pena justa – Governo pelo crime.

Keywords: Overcriminalization – Pharmakon – Fair penalty – Government for crime.

Sumário: 1 Introdução: mal-estar e sofrimento da condição (pós) moderna imunizados pelo direito penal. 2. A tendência de governar pelo delito ou sobrecriminalização como características centrais do projeto político da modernidade. 3. Algumas conclusões provisórias. Referências.

1 Introdução: mal-estar e sofrimento da condição (pós) moderna imunizados pelo direito penal

A era *pós-industrial* promoveu modificações substanciais no quadro teórico da modernidade e seus critérios de legitimação, especialmente na *dialética do espírito* (projeto de emancipação do sujeito racional), na crença do progresso e aumento da riqueza, na emancipação do trabalhador, enfim, na minimização dos riscos que assolavam a humanidade[1]. Tal modificação tem origem na *crise da ciência e da verdade* (crise não só dos conceitos, mas também dos fundamentos caros à modernidade, como *razão, sujeito, totalidade e progresso)*, na lição de Lyotard[2], que ensina que o tempo pós-moderno, informado por novos enquadramentos teóricos (aumento da potência e eficiência dos sistemas, especialmente o da produção científica e tecnológica[3]), se caracteriza por uma incredulidade em face do metadiscurso metafisico e suas pretensões totalizantes. Logo, o cenário pós-moderno é essencialmente cibernético e informacional[4].

Nele, há um abandono do discurso filosófico moderno, herdeiro da ilustração, com a perda do sujeito autorreferente. Assim, o saber pós-moderno designa o *estado da cultura* após as transformações que marcaram o mundo (da ciência,

1. Conforme BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo:* hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2006.
2. Consultar LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 9. ed. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olímpio, 2006. p. 15 e ss.
3. Ver PARENTE, André (Org.). *Imagem-máquina:* a era das tecnologias do virtual. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora 34, 2011.
4. LIPOVETSKI, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mario Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. Também importa a leitura de LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* Trad. Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1996.

da literatura, das artes) a partir do final do século XIX, que, de resto, se situam na *crise dos grandes relatos,* sobretudo da filosofia metafisica e da religião. É o tempo da fragmentação dos discursos, com a pluralidade de *jogos de linguagem,* ou seja, uma pragmática das *partículas de* linguagem[5]. O que surge após o *desencantamento do mundo* é a legitimação do aspecto tecnológico, informado pela máxima *performance* dos sistemas, deixando, em um segundo plano, a discussão sobre a questão da justiça social[6], vez que a decomposição dos grandes relatos implicou o *desdobramento* do capitalismo econômico, redefinindo, inclusive, as funções protetoras do Estado[7].

Trata-se de uma sociedade *leve* ou *civilização do ligeiro,* que define a modernidade pelas lógicas estruturantes da racionalização, a diferenciação funcional, a individualização, a secularização ou mercantilização do mundo, na lição de Lipovetsky[8], cuja aventura filosófica começa nos séculos XVII e XVIII, sustentada pela fé na razão científica, moral e política, culminando, a partir do século XX, no desenvolvimento das economias de consumo, cultura quotidiana e representativa da leveza ou da cultura do ligeiro. As coletividades sociais se encontram em um estado de massa composta de átomos individuais (tempo das *tribos*[9]) e de uma integração social fundada em uma solidariedade orgânica[10]. Nesse entorno, a realidade social da vida cotidiana é apreendida em tipificações anônimas, distanciando-se o "aqui" e "agora" da situação *face a face*[11]. Isso causa problemas na ordenação social, pois a atividade humana não está mais sujeita ao hábito, não contando com auxílio das instituições tradicionais (sedimentação e tradição), chegando-se à questão da reificação da realidade social[12].

5. LYOTARD, op. cit., p. 16-17.
6. VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade:* niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
7. Consultar, por todos, CASTEL, Robert. *La inseguridad social*: que es estar protegido? Buenos Aires: Manatial, 2004.
8. LIPOVETSKY, Gilles. *Da leveza para uma civilização do ligeiro.* Trad. Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2016.
9. Na lição de MAFFESOLI, Michel. *O tempo das tribos*: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. 4. ed. Trad. Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
10. LYOTARD, op. cit., p. 27-28.
11. Conforme BERGER, Peter L. LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade.* Trad. Floriano de Souza Fernandes. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 52.
12. BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade.* Trad. Floriano de Souza Fernandes. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 122-123. Para os autores,

Sob essa ótica, a palavra *pós-modernidade*[13] e suas aproximações, *modernização*[14-15]*/modernidade reflexiva, sociedade do risco*[16]*,* também traduzida como uma transição do fordismo ao pós-fordismo[17], podem ser utilizadas como *alavanca hermenêutica* para interpelação das condições vivenciadas pela humanidade. Trata-se de uma nova problematização, pois se vive uma época incerta, na qual se misturam germes progressivos e germes regressivos. São tempos de crise decorrentes da fragilização das crenças e da fé do futuro (o *mal-estar*[18] e o *conflito social*[19]*)*, na dicção de Naïr e Morin, que, embora refutem a terminologia pós-modernidade, admitem que é momento de crise e incerteza, todavia, *a expressão pós-moderno é demasiado pobre para falar que vivemos efetivamente e que é mais do que o fim dos tempos modernos*[20]. Em resumo, a terminologia pós-modernidade ou a modernização, informada pelos paradigmas do desencantamento, secularização e legitimação, que implicou na revisão da metalinguagem transcendente de matriz teleológica, apresenta-se como uma *ontologia do presente,* com potencial crítico para questionar o projeto *racional* herdado da ilustração.

---

a diferenciação social pode objetivar a ordem institucional da sociedade, reificando a realidade social, que se dá quando os fenômenos humanos são tratados como coisas.. O conceito e contornos da reificação, como processo de coisificação do homem e de um pensamento "embrutecido" ou rígido, é trabalhado por HONNETH, Axel. *Reificación:* un estudio en la teoría del reconocimento. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2007. Também, HONNETH, Axel. *La sociedad del desprecio.* Trad. Fracesc J. Hernández e Benno Herzog. Madrid: Trotta, 2011.

13. Ver HARVEY, David. *Condição pós-moderna:* uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Trad. Adail Ubirajara Sobral e de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008.
14. HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Don Quixote, 2000. p. 309 e ss.
15. TURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. 7. ed. Trad. Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 2002.
16. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo:* hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2006.
17. Conforme NEGRI, Antonio. *La fábrica de porcelana:* una nueva grámatica de la política. Trad. Susana Lauro. Barcelona: Paidós, 2008.
18. BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
19. DAHRENDORF, Ralf. *O conflito social moderno:* um ensaio sobre a política da liberdade. Trad. Renato Aguiar et al. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; São Paulo: EDUSP, 1992, especialmente p. 09-34.
20. NAÏR, Sami; MORIN, Edgar. *Uma política de civilização*. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Piaget, 1997. p. 19.

Nesse sentido, não pode ser esquecido o fato de que o *Iluminismo*, além de conferir centralidade à liberdade do homem, também forjou a *biopolítica, o poder sobre a vida,* ou a *arte de governabilidade* dos indivíduos[21-22]. Sob essa ótica, a pós-modernidade, como solução ruptura e/ou continuidade, apresenta-se como uma *ontologia histórica da atualidade,* cumprindo à filosofia cobrar sentido das condições atuais que enredam a humanidade.

Sob esse aspecto, releva-se importante a leitura crítica que Foucault[23] faz da ilustração, especialmente quando ele interpela o sentido do questionamento kantiano sobre o verdadeiro significado da *idade das luzes,* concluindo que ela, inegavelmente, descobriu a liberdade e autonomia do homem, mas, de igual sorte, inventou a arte de controlar o homem e um *saber/poder disciplinador*. Por isso, Foucault interpreta a ilustração como um evento (e não ruptura!) que levou a classe burguesa ao poder[24-25]. Portanto, para Foucault a *Aufklärung,* possui três características basilares: a) fundamenta-se em uma ciência positiva como base do conhecimento e confiante de si mesma; b) conta com o desenvolvimento do Estado e um sistema estatal como base da ação racional, especialmente do sistema econômico e social; c) estrutura-se em torno do positivismo científico, significando uma interpelação *suspeitosa* da razão e dos eventuais excessos do poder governamental[26]. No limite, a *Aufklärung,* ligada ao objetivismo, positivismo, tecnicismo, conhecimento e às condições sociais históricas (ilusão, erro, esquecimento, encobrimento), situa-se como um problema do poder e do seu nexo com o saber, permitindo, assim, uma observação empírica dos mecanismos de poder, que serve para, além de firmar a autonomia do homem, perquirir toda sua historicidade, os seus conflitos, os traumas e também os desejos e esperanças que caracterizam o tempo atual[27].

---

21. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade.* Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 201-223.
22. FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica.* Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 03-31. Também importa leitura, do mesmo autor, *Segurança, território, população.* Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 03 e ss.
23. FOUCAULT, Michel. *Sobre la ilustración.* 2. ed. Trad. Javier de la Higuera et al. Madrid: Tecnos, 2007.
24. Ver ESPOSITO, Roberto. *Bíos, biopolítica e filosofia.* Buenos Aires: Amorrortu, 2006. p. 41 e ss.
25. Ibid., p. 56-57.
26. FOUCAULT, op. cit., 2007, p. 15.
27. Ibid., p. 16-35.

Com efeito, a dialética da *ilustração* nasceu com as exigências de autoproteção da coletividade (ideal de preservação da espécie humana), em torno do qual se forjou o processo civilizatório de bem-estar[28]. Sob essa perspectiva, a noção de civilização está intimamente ligada ao conceito de comunidade, que, em síntese, advém da obrigação que une os membros de um determinado agrupamento, que se vinculam pelo *múnus,* isto é, por uma *doação/dever de cuidado* com relação ao *outro*. Portanto, à *biopolítica* corresponde a função de preservação da vida humana (*política da vida),* imbricando a espécie humana (*zoé)* nos mecanismos de poder do Estado (*bíos*[29]). Todavia, o problema da política da *Aufklärung* é que ela possui outra função além da preservação da vida (aspecto positivo), que é a política *sobre a vida,* ou seja, uma política negativa de eliminação ou de *imunização*. De efeito, a *imunização,* em termos biomédicos, corresponde a uma condição refratária de um organismo vivo a uma doença e, em termos jurídico-políticos, isenta o sujeito do cumprimento de certas responsabilidades exigíveis de outras pessoas, colocando-o em uma condição de *imune*[30]. Logo, com a categoria da imunização, completam-se as duas versões da biopolítica moderna: uma afirmativa, produtiva, a *política da vida;* outra, a negativa e mortífera, a política *sobre a vida*, conceitos fundamentais para se compreender as condições em que o poder é exercido na modernidade[31]. Nesse particular, o controle penal é enigmático, vez que se afirma como uma política negativa, pois imuniza os detentores do poder (econômico), isentando-os de seus compromissos sociais e, por outro lado, firma-se como uma política de controle das classes perigosas.

28. Conforme NAÏR, Sami; MORIN, Edgar. *Uma política de civilização.* Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Piaget, 1997.

29. Segundo AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer:* o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 09-20. Na lição de Agamben, seguindo ensinamentos de Foucault, nos limiares da idade moderna, *a vida natural* (*zoé)* começa a ser incluída nos mecanismos e cálculos do poder, momento em que a política se transforma em biopolítica. Logo, o homem moderno é um animal cuja política coloca sua vida em questão (*polis)*. Também, sob essa ótica, importa leitura de AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, especialmente p. 13 e ss. Agamben ensina que o Estado de exceção como forma legal daquilo que não pode ter forma legal, tende-se a se apresentar como o paradigma da política moderna (espécie de indeterminação entre democracia e absolutismo) dos Estados modernos, deslocando o excepcional (suspensão dos direitos fundamentais) para o regular funcionamento dos Estados.

30. Segundo ESPOSITO, Roberto. *Bíos:* biopolítica y filosofia. Buenos Aires: Amorrortu, 2006. p. 73.

31. Conforme ESPOSITO, Roberto. *Comnunidad, inmunidad y biopolítica.* Trad. Alicia García Ruiz. Barcelona: Herder, 2009. p. 110-111.

No limite, uma vez esclarecido que o projeto da modernidade se apresenta como uma política racional de preservação da espécie humana rumo ao progresso centrado na razão técnica e desenvolvimento econômico, versão atual do controle social, impõe-se o questionamento do porquê da modernidade estar produzido massivamente a morte? Afinal, por que motivo a biopolítica se apresenta, no cenário global, como uma *tanatopolítica* (ou potência mortífera) ou política de exclusão? A resposta a tais indagações não pode desconsiderar que emerge, globalmente, uma exacerbada preocupação com o combate, por todos os meios, da difusão de contágios ou *enfermidades contagiosas* (tais como o medo do crime), bem corporificadas nos fluxos migratórios, que colocam em xeque a própria ideia da uma justiça universal.

Não é por acaso que há, na atualidade, uma intensa preocupação *autoprotetora* da sociedade para dar conta dos efeitos sistêmicos operados pela globalização econômica e da própria crise fiscal dos Estados de bem-estar, ou da mundialização do mundo, base social que confere legitimidade à tendência de governar pelo crime. Dá-se vazão a nacionalismos, à edificação de *novos muros* geográficos e culturais (ilhas de prosperidade/segurança[32] e/ou condomínios), ou de comunidades edificadas na forma de fortalezas, fundadas no medo, o novo lugar fundacional do Direito e dos juízos morais, o lado *racional* (!) da razão. Efetivamente, o *vírus* ou *perigo de contágio* é a metáfora geral dos fantasmas e fobias atuais, que culminam em solidificar uma demanda social por criminalização.

Sob tais influxos, a imunização pelo sistema penal apresenta-se como categoria fundamental da política de vida moderna, uma espécie de *pharmakon* e seu triplo significado *cura/veneno/cosmético*[33]. Na trilha de Resta, a ideia do *pharmakon* é um guia poderoso para desvelar o itinerário simbólico do velamento da violência que o moderno sistema da justiça alberga. Sob essa ótica, o Direito Penal assume, como uma metáfora médica, o poder *de cura da enfermidade* (antídoto), mas que também pode, em altas doses, funcionar como um *veneno que mata*. Tal pensamento corresponde ao itinerário percorrido pela legalidade penal ou à *cultura do iluminismo penal*, que, via processo de positivação normativa, desde o século XVIII, buscou conferir racionalidade e utilidade ao castigo[34]. Entretanto, o

32. Ver HARVEY, David. *Ciudades rebeldes:* del derecho de la ciudad a la revolución urbana. Trad. Juanmari Madariaga. Buenos Aires: Akal, 2014.

33. Conforme RESTA, Eligio. El concepto de "Pharmakon" y la legalidad moderna. Trad. José L. Domínguez Figueiredo e de Ramiro A. P. Sagarduy. In: BERGALLI, Roberto (Ed.). *Sociology of penal control within the framework of the sociology of law.* Vitoria-Gasteiz: Oñati International Institute Sociology Law, 1991. p. 79-103.

34. Ibid., p. 79-80.

problema que interpela é que o excesso do *pharmakon* pode eliminar a própria vida, que significa, além da perda da liberdade, a supressão da própria existência social. Inviabiliza-se o termo constitutivo da comunidade, edificada sob o signo do pertencimento comum ou da partilha da mesma sorte. Sob essa perspectiva, o excesso imunitário priva vidas de sua significação social, reduzindo-as a uma mera existência vazia sem qualquer proteção, ou seja, uma vida eliminável, um *homo sacer*.

Nesse particular, o atual paradigma da guerra e do *Estado de exceção*[35] e seu excesso de proteção são exemplificativos, ligando a categoria imunização à *crise sacrificial*, que arrasta, no rompimento dos diques, a sociedade inteira à violência, o que se detecta notadamente a partir dos atentados de 11 se setembro de 2001[36]. Tal excesso de defesa na proteção da vida transforma o próprio remédio em veneno, que, utilizado para combater o inimigo, destrói o próprio corpo social e o necessário vínculo da solidariedade/fraternidade, produzindo vítimas inocentes.

Nesse cenário informado pelo paradigma imunitário da guerra, que se estende, de forma virulenta, com destaque no *combate* ao terrorismo, desponta uma severa dificuldade das instituições democráticas para conjugar os direitos individuais e coletivos, fechando o círculo hermenêutico que deveria abrir. É o que se vê, por exemplo, na dialética de se tentar compreender a eleição dos terroristas *kamikazes* e a antinomia das denominadas *ações humanitárias* ou *guerras preventivas* que devastam populações que se pretendia salvar,[37] bem como a morte de inocentes nas intervenções policiais levadas a cabo pela autoridade policial nas favelas do Rio de Janeiro e São Paulo, amplamente divulgadas pela mídia. Efetivamente, a modernidade anuncia o racismo e componente étnico nas relações internacionais e locais, bem como a centralidade da *questão sanitária,* que prioriza o funcionamento do sistema econômico, daí o motivo da política apresentar sua base biológica negativa, forjando zonas de anomia e do não Direito, ou de indistinção entre norma e exceção.[38]

No limite, a *metalinguagem* da (pós)modernidade elaborou uma série de relatos para dar conta da queda das defesas naturais e teológicas, criando uma

35. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de* exceção. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 14.

36. ESPOSITO, Roberto. *Comnunidad, inmunidad y biopolítica.* Trad. Alicia García Ruiz. Barcelona: Herder, 2009. p. 116-117.

37. Ibid., p. 124-125.

38. Ibid., p. 135.

nova ordem, artificial, como forma de ordenar o mundo: o projeto imunitário da lei, à qual cumpria garantir a autonomia e a liberdade do homem moderno. Entretanto, aqui repousa a aporia da imunização: a potência que garante a vida é a mesma que impede seu desenvolvimento[39]. Tal é o problema moderno de conservação da vida que confere uma especial relevância à filosofia de Hobbes, na medida em que a questão se desloca inteiramente à política no afã de proteger o corpo social da dissolução ou a *guerra contra todos*. Com efeito, em Hobbes (e parece que também na atualidade), a potência da vida não tinha um lugar autônomo e positivo, senão que negativo e dependente da ação imunitária do Estado *Leviatã* (Estado garantidor da segurança), já que, na sua dinâmica natural, a vida tendia à destruição[40]. Em uma palavra, a salvação da vida somente pode se dar pela política e, portanto, pelo *soberano*[41]. Em síntese, no desenho hobbesiano, a vida não é capaz de lograr, de modo autônomo, sua preservação, não existindo na forma de uma potência positiva; ao contrário, somente pode ser conservada via imunização, ou seja, pela ativação de meios defensivos, estabelecendo-se a ordem e proteção.

Portanto, *o livre pacto social* também implementa um controle social imunitário, a ser exercitado pelo soberano, que, por sua vez, também dispõe do poder de liberar os indivíduos de seus poderes despóticos, o que se dá pela garantia da autonomia do sujeito, não por acaso, base moral do individualismo moderno. Em suma, a modernidade engendrou uma imunização contra o soberano, a saber: a efetivação dos direitos de liberdade e propriedade, que, em última linha, isenta os indivíduos de suas obrigações sociais e, assim, de seus *múnus* com relação à comunidade*, criando homens absolutos* e uma política de dessocialização[42].

Em síntese, o projeto imunitário, forjado na *condição da modernidade* edificou-se com a consolidação do sistema de direitos, especialmente no binômio *autonomia/liberdade* do *homem ilustrado*. Com efeito, a liberdade moderna, em uma dialética negativa[43], relaciona-se intimamente com o direito de propriedade, pois, ao mesmo tempo em que enlaça todos os indivíduos na qualidade de sujeitos de direito, culmina por separá-los, intensificando a lógica imunitária. Logo,

39. ESPOSITO, Roberto. *Bíos:* biopolítica y filosofia. Buenos Aires: Amorrortu, 2006. p. 88-90.
40. Consultar HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e de Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 112-142.
41. ESPOSITO, Roberto. *Comunidad, inmunidad y biopolítica*. Trad. Alicia García Ruiz. Barcelona: Herder, 2009. p. 93-95.
42. Ibid., p. 94-99.
43. ADORNO, Theodor W. *Dialética negativa*. Trad. Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 12 e ss.

o direito de propriedade passa a ser condição à preservação da vida (e, diga-se, que na atual sociedade do espetáculo, é vital), já que sem ele, a vida seria incapaz de prover as necessidades primárias. Passa-se do domínio do sujeito ao domínio das coisas, da privacidade da propriedade. A liberdade, por sua vez, abandona a inflexão originária de pertencimento ao mesmo povo ou à comunidade política, expressão de seu *sentido positivo* de condução da vida pela sua própria vontade, sem constrangimentos externos, como um modo de ser autêntica para ser reconfigurada *negativamente* como um direito a ter algo[44]. Consolida-se uma versão privativa que se funcionaliza de maneira excludente.

É o projeto imunitário transitando do privilégio da segurança em direitos à seguridade, expressa no direito de o *súdito* ser defendido das ameaças à sua segurança pessoal, versão atual do individualismo liberal, motivo de as categorias políticas da modernidade (na sua função de conservação vital) estarem mais vocacionadas à proteção dos interesses particulares do que à vida coletiva[45]. A era moderna, em resumo, apresenta-se como um componente negativo no diagnóstico crítico da sua incapacidade de ater-se diretamente à vida, reativando o *medo* que o próprio projeto imunitário prometia desativar, promovendo uma progressiva indistinção entre norma e exceção. Estabilizam-se legislações de emergência, expressão da intensa *biologização do político*, detectável, atualmente, na ameaça terrorista, no controle dos fluxos migratórios de homens e mulheres privados de toda identidade jurídica[46].

Assim, pensar na comunidade e no seu sistema imunitário está na ordem do dia, destacadamente a partir do fracasso do socialismo e das misérias de todos os individualismos. A lógica comunitária da socialização foi desvirtuada pela linguagem conceitual do indivíduo. Ora, a comunidade é um conjunto de pessoas que se vinculam e se unem não como uma propriedade, uma posse, senão como um dever, uma dívida ligada ao benefício da compensação[47]. O que se revela preocupante, entretanto, é que a faceta mais utilizada é a imunização, contraponto semântico da comunidade, já que a modernidade, centrada na lei, se afirma, separando violentamente, por uma *ordem* cujos benefícios (que aproveitam poucos) parecem não comportar os riscos que trazem, na medida em que isenta uma

44. ESPOSITO, op. cit., p. 98-114.

45. ESPOSITO, Roberto. *Comnunidad, inmunidad y biopolítica.* Trad. Alicia García Ruiz. Barcelona: Herder, 2009. p. 119-123.

46. Ibid., p. 235-238.

47. Segundo ESPOSITO, Roberto. *Communitas:* origen y destino de la comunidad. Trad. Carlo Rodolfo Molinari Marotto. Buenos Aires: Amorrortu, 2007. p. 21-29.

casta de sujeitos privilegiados (os incluídos/imunes) do *contágio da relação*, dando vazão a particularismos, nacionalismos e patriotismos (expressões atuais do racismo), formas evidentes da negação da comunidade e de consolidação do *paradigma do medo*, hoje o lugar fundamental do direito e da moral[48].

Por tal motivo, a relação que une os homens já não é mais a de amigo-inimigo ou de inimigo-amigo, senão *inimigo-inimigo*, cujo único vínculo social que se revela possível é a inimizade, exigindo altas doses de sacrifício, permitindo, inclusive, ao governo soberano sacrificar inocentes para salvar uma maioria. Dessa maneira, a comunidade não é mais que a multiplicação de individualidades ou fragmentos[49]. As pessoas, por tal processo de desumanização, têm sua existência social reduzida ao aspecto *meramente biológico*, sendo despidas do significado social ou moral. São, na genealogia de Dal Lago[50], *não-pessoas,* ou seja, indivíduos que, por razões políticas ou ideológicas, são excluídas de todo processo de reconhecimento ou consideração, sendo invisíveis ou algo que não existe (degradação social), exemplificados nos direitos fundamentais concedidos exclusivamente ao cidadão e negados aos emigrantes de países pobres. Na lição de Dal Lago, os ordenamentos jurídicos concretos levam em consideração diversos elementos, especialmente econômicos, no momento de determinar quem merece ser reconhecido como pessoa[51]. Segundo o autor, cumpre às instituições totais o controle absoluto dos seres humanos, que se realiza pela destruição de suas pessoas, tratadas como meros seres naturais e, portanto, elimináveis, o que se vê no modelo de guerras permanentes cunhadas de *intervenções humanitárias,* no retorno dos campos de concentração para contenção dos refugiados (novos apátridas), na aplicação da *tortura salvadora,* no direito penal de exceção (ou Direito penal do inimigo), instituições estas que primam pela suspensão dos direitos e funcionam às margens da lei, individualizando uma verdadeira inexistência jurídica[52]. Não é sem razão que, nesse cenário, surge a *emergência criminal* como

48. Ibid., p. 61-63.

49. Ibid., p. 64.

50. DAL LAGO, Alessandro. Personas y no-personas. In: GORSKI, Hector C Silveira. *Identidades comunitarias y democracia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 127-144.

51. DAL LAGO, Alessandro. Personas y no-personas. In: GORSKI, Hector C Silveira. *Identidades comunitarias y democracia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 130-131.

52. Ibid., p. 140-141. Nesse particular, razão assiste ao autor quando sustenta que os imigrantes irregulares constituem o melhor coletivo de pessoas que são privadas de sua humanidade e transformadas em algo distinto, pois não existem socialmente e, se existem, em tal condição de a-legalismo, são meramente toleradas. E, quando se tratam delas, é somente para sanciona-las *legalmente* pela sua não existência.

um consenso *desinformado,* pois, com o *globalismo, o mundo está cada vez menor e também desunido,* gerando intolerância, desconfiança e falta de solidariedade, um direito desigual, *não fraterno,* baseado em modelos proprietários e egoístas[53].

Em síntese, a modernidade promoveu uma desintegração da vida diária, causando uma precariedade no nível de vida pessoal, criando a flexibilidade e potencialidade para reinvenção humana; enfim, uma insegurança ontológica, porque as bases substanciais da identidade: família, trabalho e a comunidade, antes firmes blocos, na atualidade se converteram em incertos. O tempo moderno é de fluidez, bem como de um *capitalismo de toda máquina,* que, além da insegurança e ansiedade, também promove o aumento dos inúteis econômicos (classes baixas), que tendem a ser controlados pelo sistema penal e sua lógica imunitária. Enfim, o Direito Penal edifica-se numa lógica imunitária que isenta os incluídos de sua responsabilidade social comunitária, ao mesmo tempo em que exorta a responsabilidade penal dos excluídos da ação dos sistemas funcionais do Estado de bem-estar, para incluí-los via exclusão do controle penal, estabelecendo uma íntima conexão entre a inseguridade econômica e o aumento dos castigos[54]. Portanto, o objetivo do presente trabalho é procurar demostrar que pode haver na sociedade atual um excesso de criminalização como uma característica da sociedade pós-moderna, que vem exemplificada na tendência de se governar pelo crime ou pelo fenômeno da sobrecriminalização.

2. A tendência de governar pelo delito ou sobrecriminalização como características centrais do projeto político da modernidade

Na lição de Jonathan Simon[55], por muito tempo criminólogos e sociólogos tentam documentar a irracionalidade do alcance do medo do delito e da violência, além da prioridade política que se confere a tal tema, relatando que, para a autoridade americana, o crime se converteu em um fator importante para ditar políticas públicas. Segundo ele a afirmação de que a elite dos EUA *governa pelo delito* é exagerada e polêmica, mas consagra três corolários importantes: a) o delito se transformou em uma questão estratégica fundamental, pois não há

53. Ver RESTA, Eligio. La comunidad inconfesable y el derecho fraterno. In: GORSKI, Hector C. Silveira (Org.). *Identidades comunitárias y democracia.* Madri: Trotta, 2000. p. 211-233.

54. YOUNG, Jock. *El vértigo de la modernidad tardía.* Trad. Mariano Ciafardini e de Nora Heiss. Buenos Aires: Didot, 2012. p. 23-40.

55. SIMON, Jonathan. *Governar através del delito.* Trad. Victoria de los Ángeles Boschirolli. Barcelona: Gedisa, 2011.

âmbito em que não se pense em uma ação destinada a evitar a prática de crimes; b) utiliza-se do crime para dotar de legitimidade intervenções ditadas por outros interesses; c) as tecnologias, discursos e metáforas do delito e justiça penal adquiriram exponencial visibilidade, podendo converter-se em novas oportunidades de governo. A consequência de tal política, conforme Simon, é que o governo pelo delito está convertendo os EUA em um país menos democrático e polarizado, não brindando a sociedade com mais segurança, pois os resultados são negativos, na medida em que consideráveis recursos são deslocados de outros setores (como social e educacional) para o sistema penal (transitando do estado de bem estar para o estado penal)[56], fazendo explodir a população carcerária, alterando, por fim, a própria socialização das pessoas que se tornam mais sensíveis ao delito (medo do crime)[57].

Na lente de Simon, até a era moderna, as famílias eram as principais unidades de segurança e detinham o papel fundamental para resolver os fatos relacionados com a violência. Entretanto, com o advento da modernidade, o Estado foi ganhando, paulatinamente, o poder/monopólio de sancionar delitos, revisando a política que estimava que o crime era melhor regulado por uma *governança social* do que pela justiça penal punitiva. Sob esse aspecto, *governar pelo delito,* na lição do autor, dá-se quando o fato-crime e seus saberes são deslocados para além das margens de justiça penal, convertendo-se em ferramentas poderosas para qualquer forma de ação social, forjando, às avessas, uma coesão social que culmina por *governar* não só aqueles que se encontram no extremo das estruturas sociais (pobres e excluídos), senão que abarca, no projeto, também a classe média e alta, que passam a obedecer o mesmo desenho regulatório. Do modelo, surgem, por exemplo, nos bairros fechados, verdadeiros cárceres da sociedade civil, que respondem à mesma racionalidade de liberdade.[58]

E o eixo da racionalidade de tal tendência de governo pelo delito decorre do fato de que a identificação com as vítimas promove uma coesão social, legitimando

56. Ver, por todos, WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos EUA. Trad. Eliana Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2003, p. 20 e ss. Para Wacquant, a América (e sua leitura se adapta à realidade brasileira), pós-guerra, lançou-se numa experiência social e política sem precedentes: a substituição progressiva de um (semi) Estado-providência por um Estado penal e policial, no qual a criminalização da marginalidade das categorias deserdadas faz as vezes da política social. Também importa a leitura de WACQUANT, Loïc. *Los condenados de la ciudad*: gueto, periferias y Estado. Trad. Marcos Mayer. Buenos Aires: Siglo XXI. 2007.

57. SIMON, Jonathan. *Governar a través del delito*. Trad. Victoria de los Ángeles Boschirolli. Barcelona: Gedisa, 2011. p. 14-19.

58. Ibid., p. 29-35.

políticas criminais repressivas. Dito de outro modo, a vulnerabilidade e necessidades das vítimas definem as condições de intervenção governamental, não sendo por outra razão que as vítimas dos crimes se constituem nos autênticos sujeitos representantes da atualidade[59]. Não se pode negar que a natureza da vítima está profundamente radicalizada: vítimas de classe alta e média e vítimas suburbanas, sendo, portanto, a legislação penal pensada para dar um lugar físico particular ao conflito, segregando e demarcando os lugares (zonas respeitáveis, habitadas por ricos e zonas degradadas – morros e favelas – frequentadas pela classe baixa). De comum, a identificação com as vítimas cria a cultura do *medo do crime,* rosto da política para uma declaração de guerra ao crime, com a promessa de proteger as vítimas potenciais da criminalidade, base cultural do Estado de segurança que se consolida.

Nesse cenário, a legislação penal se apresenta, de maneira simbólica, ao enviar sinais a determinados eleitores, modelo influente de *legislar democraticamente*[60]. Assim, o medo do crime e a identificação com as vítimas constituem o ponto de partida de uma *cadeia metafórica* da expansão do controle penal na busca da segurança do cidadão. Entretanto, o que se revela paradoxal é que os verdadeiros benefícios assistenciais, intimamente ligados ao Estado social e sua função protetora, em tempos de restrição em face do *custo* de tais direitos fundamentais, são substituídos por castigos, os únicos benefícios que as vítimas, na modernidade, podem obter com o exercício de seus direitos. Redefine-se, de forma contraditória, a segurança em direitos, forjando um consenso em termos punitivos, que sempre conta com a simpatia de *lobistas* e legisladores de plantão, ávidos por ganhos políticos. E mais uma palavra sobre as vítimas: na modernidade, já não mais se protege o proprietário industrial e o proletariado; ao contrário, o escopo da legislação é proteger o consumidor, substituto do cidadão; daí o motivo pelo qual o controle deve centrar-se nos logradores públicos e abertos; ruas e bairros, condomínios, com o desiderato de manter a ordem pública. Sob essa ótica, a questão social não se volta à economia, ao desemprego estrutural, à desagregação social, mas, sim, com o crime e à proteção dos consumidores, a nova identidade social das vítimas[61].

Concede-se, portanto, prioridade às vítimas da violência, aos seus sentimentos, perdas e medos, que se converte em uma força propulsora inclusive às decisões judiciais, que também passam a assumir o pensamento do populismo punitivo. Sob esse aspecto, a teoria do *governo pelo delito* guarda íntima relação

59. Ibid., p. 110-111.

60. SIMON, Jonathan. *Governar a través del delito*. Trad. Victoria de los Ángeles Boschirolli. Barcelona: Gedisa, 2011. p. 110-111.

61. Ibid., p. 110-157.

com o fenômeno da *sobrecriminalização,* que pode ser cunhado como um modelo de intervenção penal que se estende para todos os aspectos da vida em sociedade, chegando ao populismo e à politização do Direito Penal[62-63], problema global, um sério entrave para o controle penal em todo o mundo, vez que o endurecimento das penas e a sua expansão sinalizam, com a difusão de um neoliberalismo político conservador, a própria involução do sistema[64-65].

Tal constatação e observação crítica são realizadas pelo professor Douglas Husak, filósofo e um dos mais prestigiados penalistas americanos. Na sua obra, intitulada *Sobrecriminalización: los límites del derecho penal*[66], externa uma constante preocupação com a utilização do sistema penal como forma de controlar todos os aspectos da vida das pessoas, em uma verdadeira expansão desmensurada do sistema penal, na medida em que a ampliação massiva da punição produz demasiados castigos e, não raro, punições indevidas e desproporcionais[67]. A terminologia *sobrecriminalização* se apresenta como uma contribuição urgente para combater o crescimento desmedido da dor penal[68], que é altamente perniciosa à vigência dos princípios do Estado de Direito, notadamente nos Estados Unidos (a realidade brasileira bem como da Europa não escapam ao diagnóstico), país onde há uma criminalização em excesso[69-70].

---

62. Ver DIEZ RÍPOLLÉS, José Luís. *La política criminal en la encrucijada.* Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2007. p. 69 e ss.
63. Consultar HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica.* Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. De igual sorte, LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 97, p. 143-182, jul./ago. 2012.
64. Conforme MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011. p. 20-21.
65. Importa a leitura de PLANAS, Ricardo Robles; GUTIÉRREZ, Pablo Sánchez-Ostiz. *Las crisis del derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Atelier, 2010.
66. Obra com a seguinte referência: HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización:* los límites del derecho penal. Trad. e Intr. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2013.
67. Ver, por todos, VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar.* Trad. Elena Larrauri. Madrid: Trotta, 1998.
68. O conceito da dor da penalidade é dado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Em busca del derecho penal:* esbozos de una teoría realista del delito y de la pena. Montevidéo-Buenos Aires: IBDEF, 2015. p. 261-267.
69. HUSAK, op. cit., p. 44-47.
70. Importa leitura de GRECO, Luís. *Modernização do direito penal,* bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 01 e ss., pois, sob o

Portanto, a *sobrecriminalização*[71], na lição de Husak, pelo que representa em termos narratórios, deveria merecer preocupação acadêmica pelos seus efeitos destrutivos para o Estado de Direito, com destaque para a violação do princípio da legalidade[72], visto que, por vezes, sob influxos repressivos e expansivos, a penalidade traduz-se em castigos injustos, impactando negativamente na vida dos que são punidos. E isso pode se concretizar quando as penas impostas não deveriam sequer ter sido criminalizadas, ou quando se aplicam penas desproporcionais. Logo, uma adequada teoria de criminalização deveria ser normativizada, pautada por princípios reguladores do poder legislativo (centrada, de igual sorte, em uma racional teoria da legislação[73-74]) e poder judicial, abarcando, por exemplo, o princípio da proporcionalidade como medida de merecimento da pena[75]. Sob esse olhar, calha o questionamento: Por que se castigar tanto? Por que se criminaliza em excesso? Husak responde a tais interrogações, aludindo, com acerto, que o Direito Penal restou politizado, na tendência de se procurar *governar pelo crime*[76],

título da *modernização do direito penal,* o autor, com maestria, aborda o fenômeno da expansão do controle penal.

71. Que guarda relação com o tema da expansão do controle penal de SILVA SÁCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal:* aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Montevidéo-Buenos Aires: IBDEF, 2011. No trato da temática expansão do Direito Penal, consultar LIRA, Cláudio Rogério Sousa. *Direito penal na pós-modernidade:* a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco. Curitiba: Juruá, 2013. Também, ver LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Imigração:* criminalização e subsistema penal de exceção. Curitiba: Juruá, 2013. p. 151-233.

72. No mesmo sentido, a doutrina de DONINI, Massimo. *Poder judicial y ética pública:* la crisis del legislador y de la ciencia penal em Europa. Montevidéo: Buenos Aires: IBDEF, 2015. p. 53 e ss. Em apertada síntese, a conclusão de Donini parte da observação segundo a qual o poder judicial, centrado na hermenêutica penal contemporânea, em revisão do positivismo científico e descrédito da dogmática jurídica em prol da centralidade da judicialização da política, culmina na erosão do princípio da legalidade.

73. Ver SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Política criminal y técnica legislativa: prolegómenos a una dogmática lege ferenda.* Granada: Comares, 2007. Consultar, igualmente, CÓRDOBA, Gema Marcilia. *Racionalidad legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Madrid: Centro de estudios político y constitucionales, 2005.

74. Ver HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad.* Curitiba: Juruá, 2012.

75. HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización:* los límites del derecho penal. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2015. p. 55-57.

76. Conforme SIMON, Jonathan. *Governar a través del delito.* Trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli. Barcelona: Gedisa, 2011.

além do descrédito dos acadêmicos[77], que gerou, por consequências, um desvalor atribuído à dogmática jurídica acerca dos temas importantes à justiça penal. Por fim, somam-se a esses fatores o populismo punitivo[78] e a demonstração de força de um legislador atento, que procura demostrar à sociedade (com a intenção de obter ganhos políticos) que está agindo para solucionar o conflito social[79]. Dessa forma, sob os influxos da *sobrecriminalização*, os castigos tendem a se tornar mais severos, particularmente nos EUA, país em que os fiscais (Ministério Público) e a polícia, num espaço privilegiado, conferido pela justiça negocial, gozam de ampla discricionariedade.

Com efeito, conforme ensinamentos de Simon, o fiscal, nos EUA, é um funcionário de notável relevância dentro do sistema de justiça e do governo, com faculdades de representar a comunidade local em seu conjunto, que, nas últimas décadas do século XX, passou a encarnar a guerra contra o delito como importante modelo à autoridade política, gozando de enormes competências, sendo seus poderes reforçados pelos mandatários políticos. Além disso, gozam de faculdades discricionárias extraordinárias na hora de acionar ou não um acusado, tendendo a *governar condutas* com respostas punitivas, atraídos por vantagens políticas, como, de resto, na lente de Simon, se deu no *governo punitivo* de George H W. Bush[80]. Tais vetores, agregados à judicialização da política e a um protagonismo do Poder Judiciário na questão criminal, com a imposição de penas severas e desproporcionais, colocam em o risco os princípios constitucionais, destacadamente, o princípio da proporcionalidade, mormente quando a delitos parecidos impõem-se castigos de diferentes graus, orientação esta, que, de resto, normatiza os demais atores do sistema criminal.

Em síntese, parece ser acertada a conclusão de Husak[81], pois a *sobrecriminalização* permite o uso expressivo do Direito Penal, concorrendo à aplicação

77. No mesmo sentido, RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal em la encrucijada.* Montevidéo-Buenos Aires: IBDEF, 2007. p. 109.

78. Consultar HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica.* Rio de Janeiro: GZ, 2014. De igual sorte, LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 95, p. 239-272, mar./abr. 2012. Ainda, do mesmo autor, O que protege o direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 97, p. 143-182, jul./ago. 2012.

79. Segundo HUSAK, *op. cit.*, p. 56-59.

80. Ver SIMON, op. cit., p. 53-108.

81. Ibid., p. 57-73.

de penas desproporcionais[82]. Logo, nesse cenário de excesso de Direito Penal e castigos imoderados urge, na lição de Husak, uma teoria de criminalização que apresente um conjunto de princípios aptos a restringir ou minimizar ditas tendências: *restrições externas* (importadas de fora do Direito Penal) e *restrições internas* (que decorrem do próprio sistema penal, mais precisamente, da parte geral)[83]. E o ponto de partida da teoria das restrições repousa no argumento de que, no seu entender, as leis penais e as sanções respectivas devem ser minimamente justas para que as pessoas possam obedecer a ela, devendo haver uma estreita conexão entre a responsabilidade penal e a filosofia política. Disso decorre *o direito de as pessoas não serem castigadas injustamente*, mormente pelo fato de que a pena se expressa em um castigo (dor) e estigma. Sob essa perspectiva, sustenta que o Direito Penal com o compromisso de reduzir seu alcance, está submetido, internamente, às seguintes restrições: a) *restrição do mal não trivial;* b) *restrição de impermissibilidade* (portanto, o delito somente merece ser castigado se não for escusável); c) *restrição do merecimento;* d) *restrição probatória* (o acusado não tem o ônus probatório de comprovar a sua inocência).

Concernente à *restrição do mal ou dano não trivial,* Husak ensina que a responsabilidade penal não deveria ser imposta a menos que os tipos penais estejam desenhados para proibir um dano não trivial[84]. Trata-se de uma restrição existente no bojo da parte geral do Direito Penal, com potencial para limitar a criminalização, exigindo, para a punição, que o crime produza dano efetivo a uma pessoa ou instituição, trazendo à colação o princípio do dano de Joel Feinberg, para dizer que uma conduta que não esteja moralmente permitida, mas que não cause dano algum (preponderantemente a terceiro), não deveria ser punida, porque não vulnera direito de ninguém. Aliás, sequer deveria ter sido criminalizada. Dessa forma, as proibições criminais somente são legítimas quando protegem direitos individuais[85]. Já, com relação à *restrição de impermissibilidade,* Husak relaciona-a com a presença de escusas, aduzindo que a responsabilidade penal não pode ser imposta a menos que a conduta do acusado seja (em algum sentido) injusta ou não permissível.

---

82. Ver HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Direito penal e hermenêutica:* uma resposta constitucional ao estado de exceção. Curitiba: Juruá, 2016. p. 149-154.

83. HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización:* los límites del derecho penal. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 110.

84. Ibid., p. 123-125. Nesse particular, com relação à posse de substâncias entorpecentes, Husak relaciona a referida restrição ao princípio da insignificância, conforme articulado a p. 127.

85. Ibid., p. 130-131.

Por outro lado, a *restrição do merecimento* parte da premissa de que os castigos não são merecidos quando se revelarem excessivos. Por isso, tal restrição decorre do princípio da proporcionalidade, princípio este que, segundo Husak[86], quase todos os teóricos consideram central na filosofia do Direito Penal. Com isso, o princípio liga-se a uma teoria adequada da individualização da pena, que tem implicações ao Direito Penal, na medida em que o castigo deve ser proporcional à gravidade do fato, que, de resto, não deve ser aplicado se o dano não for relevante (não lesionar o bem jurídico ou causar danos a direitos fundamentais).

De outro lado, as restrições externas trabalhadas por Husak[87] são decorrência da orientação de política criminal e discutem sobre as condições sociais e filosóficas que devem ser satisfeitas para justificar o valioso *direito de não ser castigado*. Nesse aspecto, com razão, o autor detecta a falta de uma teoria normativa para restringir a atividade dos legisladores e sua tendência à irracionalidade[88]. Sob essa ótica, ele entende que, na atualidade, a Constituição é a única fonte de princípios limitadores do controle penal, o que se revela insuficiente. Além disso, conforme Husak, nos EUA, os tribunais são benevolentes no controle da racionalidade e constitucionalidade das leis penais, pois raramente invocam o princípio da proporcionalidade, desconsiderando o argumento central de filosofia política de que o Estado necessita de uma razão extraordinária para castigar pessoas que exercem suas liberdades fundamentais[89]. Na lente do autor, os filósofos do direito estão muito ocupados com o poder judicial que se descuidaram do poder legislativo. Logo, no afã de se estabelecerem limites externos ao Direito Penal, impõem-se as seguintes restrições: a) o Estado deve ter um *interesse substancial* para editar uma lei penal; b) *a lei deve promover diretamente dito interesse;* c) *a lei não pode ser mais extensiva que o necessário para alcançar seu objetivo*[90]. A legislação penal, portanto, deve apontar um interesse substancial, cumprindo ao legislador identificar um interesse estatal dotado de legitimidade, estabelecendo qual

86. Ibid., p 145-148.

87. Ibid., p. 193-267.

88. Destaca-se que no Brasil, efetivamente, há construções normativas que buscam conferir racionalidade à legislação penal, destacadamente à teoria do garantismo penal. Ver FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantias: la ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 5. Ed. Madrid: Trotta. 2006. De relevo, também a consulta de FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoria del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 6. Ed. Madrid: Trotta. 2004.

89. HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización:* los límites del derecho penal. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 195-198.

90. Ibid., p. 207-209.

é o propósito *real* ou *efetivo* da legislação, que, como já visto, deve estar desenhada para evitar um dano efetivo a bens jurídicos ou à vigência da norma. O propósito deve ser legítimo, carecendo o Estado de interesse para castigar condutas que ofendam interesses de natureza privada, como, por exemplo, lesões corporais consentidas no âmbito das relações sexuais.

Destaca-se, nesse particular, que meras alegações imorais não são suficientes para impor castigos penais. Aqui ganha relevo crítico o tema da *recriminalização,* fenômeno este, na trilha de Husak, que se dá quando o Direito Penal redefine condutas para criminalizar fatos que, de certa forma, já estavam devidamente sancionados (ainda que fora do âmbito do sistema penal), como o crime de racismo, a violência do gênero, a discriminação religiosa, já que o controle penal não tem se mostrado efetivo para evitar tais condutas. Ao contrário, mesmo sendo ineficiente, é funcionalizado como mecanismo para definir valores morais e conquistar lealdades[91]. Por último, uma terceira restrição requer que o Estado demonstre que o tipo penal não é mais extensivo que o necessário para alcançar seu objetivo, ou seja, avalia os meios necessários para alcança-lo. Revela-se ilegítima, pois, a edição de uma lei penal se houver uma alternativa menos limitadora de direitos fundamentais no âmbito do ordenamento jurídico.

Logo, o Direito Penal, ainda na lição de Husak, não pode ser *sobreinclusivo*[92], senão seria possível justificar uma lei penal apesar de ela punir condutas que não causem danos que intenta evitar. Dessa forma, a legislação penal somente será justificada quando os objetivos estatais não puderem ser obtidos de outro modo, quiçá menos lesivo aos direitos fundamentais, afinal, o Estado deve tratar as pessoas como iguais no direito a não serem castigadas. Nesse particular, Husak crítica, de forma central, a criminalização da posse de drogas (de regra, imperante, nos EUA), pois não há um interesse substancial na punição de tal conduta, além da ineficácia do modelo sancionatório que, segundo ele, causa mais danos que os que busca evitar, culminando no questionamento se a questão não seria, efetivamente, um problema de saúde pública[93]. Também, sob efeito da restrição exter-

91. Ibid., p. 219-220.

92. Para Husak, um delito é *sobreinclusivo* quando as razões que o justificam somente se aplicam a algumas hipóteses e não à todas as condutas que proíbe. Por outro lado, é *infrainclusivo* quando sua racionalidade de justificação se aplica a outras condutas além da proibida. Ibid., p. 237.

93. HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización:* los límites del derecho penal. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 228-233. Importa notar que a política repressiva com relação ao porte de drogas é posta em questão no cenário global, embora, no Brasil ainda não exista uma discussão profunda sobre o tema, não obstante o colapso do

na, o Estado carece de legitimidade para editar leis penais *infrainclusivas*, o que se dá quando não se busca efetivar os efeitos declarados na lei, isto é, quando a legislação não se destinar a promover os fins que anuncia, deslizando-se para um Direito Penal puramente simbólico[94-95].

No limite, sob os influxos de uma teoria da *sobrecriminalização* e suas restrições internas e externas, a pena, que se expressa no sofrimento e estigma, para ser devidamente justificada, deve ser merecida e ser imposta para evitar um mal maior, em condições em que o infrator não mereça ser desculpado. Ora, se a pena é um mal, uma dor, um sofrimento que encontra dificuldades para se legitimar, uma teoria da criminalização deve determinar quando é que o Estado tem permissão para infringir o direito a não ser castigado, restringindo o direito de liberdade da pessoa. Assim, no magistério de Husak, o castigo, arma mais poderosa do arsenal estatal, tem uma dimensão estigmatizante, donde decorre o princípio de que o castigo dever ser proporcional à gravidade do delito[96].

Por último, entende-se que a teoria da *sobrecriminalização* também deve ser sensível ao crescente protagonismo do poder judicial na cena democrática[97], fenômeno global que se deve à superação do positivismo jurídico, herdado, espiritualmente, da metodologia que via na lei escrita o limite infranqueável do conhecimento do jurista, pela hermenêutica constitucional[98]. Com efeito, a idade da democracia penal atual, no entendimento de Donini, apresenta uma política criminal na qual o legislador deixou de escutar os juristas, sofrendo de uma

---

sistema penitenciário e a explosão de crimes de homicídio estejam intimamente relacionados ao tráfico de drogas. Assim, o modelo punitivo em terra brasileira também se revela problemático, na medida em que igualmente não discute se a proibição de drogas pode gerar mais violência e crimes, mais graves, inclusive, do que a droga em si mesma, passando por alto, de igual sorte, do efeito atrativo da punição aos jovens, afeitos que são a condutas perigosas, sem falar da completa ausência da comprovação empírica no sentido de que a lei penal cumpre seu fim de evitar a prática de ditos crimes.

94. Ibid., p. 236-241.

95. Ibid., p. 240-241. Nesse particular, Husak refere-se à punição de maus tratos de animais em rituais religiosos, pois não obstante a lei vise proibir tais condutas, acaba permitindo um sem número de condutas cruéis contra eles.

96. Ibid. p. 157.

97. Conforme LYRA, José Francisco Dias da Costa. O processo penal em tempos de excepcionalidade: o direito se pondo a correr e a flexibilização das garantias constitucionais, a nova cartografia do controle social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 119, p. 127-164, mar./abr. 2016.

98. Na lição de DONINI, Massimo. *Poder judicial y ética pública:* la crisis del legislador y de la ciencia penal em Europa. Montevidéo; Buenos Aires: IBDEF, 2015. p. 15 e ss.

espécie de *barbarização legislativa* para satisfazer, diretamente, a demanda por segurança, propalada pelo *populismo punitivo* e alavancada pelos meios de comunicação. São tempos de medo *líquido* e de demandas por uma segurança perdida[99], que instrumentalizam o direito punitivo para alcançar outros fins que não a justiça penal. Nesse cenário, na lição de Donini, a magistratura assume a função de *controle da virtude pública ou da ética pública,* uma espécie de herói na opinião pública[100]. Cria-se um contexto de ativismo judiciário, no qual a ação punitiva, uma espécie de *patologia* social[101-102], experimenta uma mutação para instrumento de *luta política,* trazendo a linguagem bélica para o sistema normativo, na qual os juízes se convertem, ainda que inconscientemente, em instrumentos de moralização da sociedade, com sérios prejuízos à legalidade penal[103]. Ora, no ensinamento de Donini, o sistema penal necessita de regras de autocontrole que imponham, deontologicamente, por razões de garantia, limites ao julgador, cumprindo que se ressalte, para citar um exemplo, que os direitos do réu são constitucionalmente prevalentes a respeito dos direitos das vítimas[104].

Dessa forma, considerando-se que o *governo pelo delito* ou a *sobrecriminalização* traduz-se em castigos injustos pelo singelo fato de que, na modernidade, se pune demais, impactando negativamente a vida dos condenados, que, por vezes são castigados por condutas que sequer deveriam ser punidas criminalmente, ou por uma severidade não proporcional com a gravidade do delito (e, pois, orientada por fins meramente preventivos, excedendo a medida do merecimento), revela-se fundamental a edificação de uma teoria da *sobrecriminalização* e seu conjunto de princípios limitadores de tal tendência[105].

---

99. Ver RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal em la encrucijada.* Montevidéo-Buenos Aires: IBDEF, 2007. p. 79 e ss.

100. DONINI, *op. cit.*, p. 134-140.

101. Conforme HONNETH, Axel. *El derecho de la liberdad:* un esbozo de una eticidad democrática. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2014. p. 100-129. Para Honneth, em apertada síntese, pode-se dizer que a *patologia da liberdade jurídica* corresponde a um *abuso* de se deslocar para o âmbito do sistema jurídico, de forma automática, a tarefa de resolver toda sorte de rupturas e conflitos sociais, perdendo, com isso, a comunicação coletiva dos problemas sociais, privilegiando solução individual em forma de direitos subjetivos individuais.

102. Ver HONNETH, Axel. *Patologias de la razón: historia y actualidad de la teoria critica.* Buenos Aires: KATZ, 2008.

103. DONINI, *op. cit.*, p. 152-156.

104. Ibid., p. 183-184.

105. Ver HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización:* los límites del derecho penal. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 109 e ss.

3. Algumas conclusões provisórias

A(pós)modernidade e o seu projeto ilustrado centrado na racionalidade técnica forjaram, pela lei penal, uma biopolítica excludente, já que pretende controlar grupos de risco pelo atuarismo criminológico[106], ou seja, catalogar classes ditas perigosas para, ao depois, dar um tratamento punitivo. O remédio do Direito Penal tem-se revelado como um veneno que, longe de curar o mal da criminalidade, tem produzido a morte social das classes excluídas e marginalizadas, numa verdadeira transição de um Estado social para um Estado policial. O crime aparece como um fator político fundamental. Nesse particular, a *intervenção* das forças militares no Rio de Janeiro é reveladora, na medida em que a política se ocupa da criminalidade e não dá a devida atenção às mazelas sociais. A ecologia da cidade, edificada sobre ilhas de prosperidade (condomínios de luxo e bairros nobres) e morros cercados da precariedade, serve para demonstrar a opção política de se estabelecer um governo pelo delito. A *guerra ao crime* converte-se em uma lógica de governo, implicando uma verdadeira mudança de mentalidade, na medida em que o delito deixou de ser visto como um problema social a ser gerido, prioritariamente, pelo Estado interventor. Trata-se, na atualidade, de questão sem solução e, por isso, combatida via *projeto de exílio,* isto é, por prisões de largo tempo, despidas da função ressocializadora. O cárcere é pensado como um espaço dedicado, única e exclusivamente, à privação da liberdade, verdadeiro depósito humano, *campo* voltado a desperdícios sociais. A tecnologia do controle social do *governo pelo crime* consolida-se como arma política, forjando um raro consenso que une, destacadamente, o poder legislativo e o poder judicial na consolidação de uma justiça penal expressiva.

Parece que a lógica criminal, sob tal orientação, expande-se para todos recônditos da vida social. A família, por exemplo, deixou de ser *um refúgio do mundo cruel*[107], passando a concentrar preocupação com o crime. A justiça criminal assume contornos de *governo familiar,* fazendo preponderar a lógica punitivista[108]. De tal orientação não foge o Brasil, por exemplo, na denominada *Lei da Palmada*[109].

106. Consultar DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial:* a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

107. SIMON, Jonathan. *Governar a través del delito.* Trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli. Barcelona: Gedisa, 2007. p. 248.

108. O mesmo ocorre no ambiente escolar. Nesse sentido, consultar LYRA, José Francisco Dias da Costa; BRESSAN, Márcio Rogério de Oliveira. A sociedade do controle e a violência escolar: uma análise crítica a partir da teoria do reconhecimento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 132, p. 247-286, jun. 2017.

109. A Lei 13.010/2014, alterou dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei 8.072/1989), introduziu os artigos 18-A e 18-B, cuidando, em síntese, da educação da

Outro âmbito que assume dito pensamento de priorizar a criminalização é o da violência doméstica, que deixou, prudencialmente, de discutir se o projeto punitivo realmente é eficaz a uma proteção maior das mulheres. Ora, será que a punição, por si só, contribui para o tratamento das vítimas de violência doméstica? Ela altera a construção da dominação masculina como violência delitiva[110]? A violência doméstica também não é impulsionada pela ecologia do respaldo cultural existente na sociedade, complacente com a dominação masculina? Nesse particular, nos ensinamentos de Simon, a questão se a maior criminalização consegue diminuir a criminalidade segue sendo uma interrogante central para os defensores das vítimas da violência doméstica, embora estudos empíricos questionem os efeitos dissuasórios da pena, especialmente pelo fato de que podem ser contraproducentes nas comunidades com altos índices de pobreza e desemprego, espaços em que as vítimas se encontram mais vulneráveis, reclamando, antes, políticas públicas do *establishment* político[111]. Dito de outro modo, a punição da violência doméstica somente conseguirá algum efeito positivo se não se limitar às políticas criminais, contando, portanto, com a incorporação de outras áreas da sociedade civil e do Estado (que vão desde o serviço social até as políticas educacionais) rumo a uma mudança no caldo cultural da sociedade, este ainda normalizado nas formas de opressão patriarcal, fonte da opressão masculina sobre as mulheres. O problema é que o *governo pelo delito,* com sua clara prioridade que outorga à prevenção de vitimização delitiva[112], obscurece outros riscos ou iniquidades sociais, não sendo

---

criança e do adolescente, que não devem ser submetidos a tratamento cruel e degradante na aplicação dos meios corretivos pelos seus pais. Entretanto, da leitura literal dos dispositivos referidos, qualquer palmada pode ser interpretada como um castigo físico e delituoso, portanto. Ora, trata-se de um paternalismo rígido e inconstitucional, na medida em que se busca impor, moralmente, um padrão ou orientação educacional aos pais, com desprezo ao aspecto social e cultural que cerca a questão. BRASIL. *Lei 13.010, de 26 de junho de 2014*. Altera a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: [www.planalto.gov. br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/ L13010.htm]. Acesso em: 26.08.2017.

110. Ver SIMON, op.cit., 261 e ss.

111. Ibid., p. 262.

112. No caso brasileiro, cumpre destacar que, após se vivenciar um desencantamento com a eficácia protetiva da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), especialmente pelo fato de que o Estado ainda não implementou as ações afirmativas e políticas assistenciais preconizadas pela referida Lei, o legislador, numa espécie de continuidade do afã de conferir proteção especial à mulher, tipificou o crime de *feminicídio* (como homicídio qualificado e crime hediondo, que consiste na conduta de matar a mulher pela sua

por acaso que a segurança, na atualidade, se converteu em bem de consumo privado, disponível somente àqueles que podem pagar[113].

A tecnologia do *governo pelo delito,* no seu desiderato de se valer do crime e apelos das vítimas para forjar um *consenso geral*, culmina na inversão da famosa fórmula de Carl Von Clausewitz, bem lembrada por Simon, no sentido de que a *guerra é a continuação da política por outros meios*. Sob tal orientação, o combate ao crime é a continuação da política em termos negativos, permitindo a *normalização* da terminologia da guerra no âmbito do Direito doméstico. A guerra (ao crime) deixa de ser um fato político excepcional[114], traduzindo-se em regra, normalizando o *estado de exceção* e a suspensão do Direito do Estado. A guerra contra o crime/terrorismo adquire *status* de uma orientação de política criminal, que, aliada à *política do medo* (notabilizada a partir do atentado de 11 de setembro de 2001), sedimenta o pânico e a cultura do controle (Garland[115]). Em suma, há a transferência metafórica na qual o *governo pelo delito* abarca a guerra contra o terrorismo e a guerra contra o crime, culminando na construção do Direito Penal excepcional[116] (ou do inimigo[117-118]), arma política para combater o *câncer* da criminalidade[119].

A *política de vida* moderna ensina que são tempos de *sobrecriminalização* e castigos excessivos, operacionalizados tanto na fase de aplicação judicial das penalidades[120], pois a magistratura também segue tal orientação, bem como, de

condição de gênero/sexo feminino (Art. 121, § 2º, inc. VI do CP). Mais uma vez, o legislador, no trato de um tema tão complexo, opta pelo controle penal, inclinando-se, portanto, à tendência de *governar pelo crime*.

113. SIMON, Jonathan. *Governar a través del delito.* Trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli. Barcelona: Gedisa, 2007. p. 262-271.

114. Por todos, ver BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007. p. 199-252.

115. GARLAND, David. *A cultura do controle:* crime e a ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, especialmente p. 143 e ss.

116. Na lição de CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo*: estructura típica e injusto. Madrid: Reus, 2010.

117. A criminalização, na modernidade *recente,* segundo Young, tende à demonização do outro. Ver YOUNG, Jock. *A sociedade excludente:* exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

118. HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Direito penal e hermenêutica:* uma resposta constitucional ao estado de exceção. Curitiba: Juruá, 2016. p. 148 e ss.

119. SIMON, op. cit., p. 355-369.

120. Importa leitura de LYRA, José Francisco Dias da Costa; LIRA, Cláudio Rogério de Sousa. O direito fundamental a não ser castigado injustamente: um esboço a partir das

forma destacada. Por outro lado, também o legislador, que se encontra enredado com os problemas da irracionalidade das leis penais[121], padecendo dos problemas de *sobreinclusão* ou *infrainclusão*. Em ambas as hipóteses, esquece-se de que as pessoas têm um relevante direito em face do Estado: o de não serem submetidas a castigos e sofrimentos excessivos, porque, enfim, a pena restringe direitos fundamentais, consagrados na Constituição. Há, pois, um *direito fundamental a não ser castigado injustamente,* que decorre do Direito constitucional da liberdade, que não poderia ser violado, a não ser que o Estado apresentasse interesse substancial, que deve ser promovido de forma efetiva pela lei, sem arroubos populistas. Além disso, a punição não pode ir além do necessário para alcançar dito objetivo (teste da proporcionalidade), restrição externa do Direito Penal. Portanto, a legislação penal, para ser legítima, deve submeter-se à restrições internas e externas e vir orientada por interesse estatal substancial, advertindo que condutas meramente imorais não justificam castigos penais. Sob essa ótica, o legislador tem o ônus de comprovar, empiricamente, que a lei penal tem o poder de evitar condutas ilegais.

Nesse ponto, um delito que se presta ao debate é o da criminalização do porte de drogas para uso pessoal, aspecto central da discussão crítica de Husak, por apresentar um nítido caráter *sobreinclusivo*. Importa lembrar que dita característica ocorre quando existir, no âmbito do ordenamento jurídico, outra alternativa, igualmente efetiva e menos extensiva que a lei penal, para alcançar tal objetivo[122]. Logo, cumpre perguntar: A posse de drogas para uso pessoal deve ser tratada pelo Direito Penal? Não se trata de uma questão de saúde pública? O tratamento pelo sistema social, especialmente pela saúde pública, além de poder se mostrar mais eficiente, não é menos restritivo aos direitos fundamentais? Com efeito, é razoável concluir que a proposta punitiva desliza para um ilegítimo e inconstitucional *paternalismo rígido*, na medida em que despreza a liberdade/autonomia do sujeito no seu desejo de consumir substâncias entorpecentes e danar sua própria saúde. O argumento de que o bem jurídico protegido é coletivo (saúde pública) e não individual não convence, porque o álcool, a nicotina e gordura *trans* também causam severos danos à saúde e nem por isso são criminalizados. De outro lado,

---

teorias da determinação judicial da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 133, p. 335-384, jul. 2017.

121. Conforme já destacado em HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica.* Rio de Janeiro: GZ, 2014.

122. Conforme HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización:* los límites del derecho penal. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 236-237.

o castigo em questão também tem o problema da *infrainclusão,* não passando no *teste de legitimidade do controle penal*, porque a legislação, de longe, não é apta para atingir os efeitos proclamados, já que o consumo não diminuiu, apresentando-se a lei penal como meramente simbólica, não obstante permita aplicação de castigos imoderados. Não é por outra razão que Husak entende que a ampla criminalização nos EUA é o principal sinal da existência de uma *sobrecriminalização*[123]*,* apresentando-se como uma imposição de responsabilidade penal de duvidosa legitimidade. Ora, tal delito é um ato preparatório para outros crimes? A posse de drogas ilícitas aumenta a probabilidade de que ocorram outros delitos ou o que se pretende é evitar o consumo de drogas? Husak responde a tais interrogantes, sugerindo que a punição se destina evitar riscos implícitos (que não decorrem diretamente do crime, como ocorre com os riscos explícitos).

Com efeito, cumpre destacar, mais uma vez, valendo-se da lúcida visão de Husak, que os protestos contra a "legalização" das drogas fazem alusão ao fato de que com a liberação da proibição, aumentariam os gastos com a saúde pública, haveria a falta de produtividade no trabalho, quiçá com aumento de desempregos e invalidez, enfermidades mentais, acidentes, e crimes. Entretanto, não há dados empíricos que comprovem tais *generalizações,* que sempre são perigosas, mormente pelo fato de que não há provas no sentido de que a criminalização diminua a taxa de crimes. Dessa forma, impõe-se o questionamento se o Estado detém, efetivamente, um interesse substancial para proteger os adultos capazes de suas vontades ou tendências? Em uma palavra, o castigo nessa seara, revela-se *sobreinclusivo* e injustificado. Ora, o modelo proibicionista tem causado mais danos (que vão do controle da qualidade das drogas consumidas – a questão do *crack* é paradigmática, do estigma que causa ao consumidor, à explosão de violência causada pela guerra deflagrada entre os traficantes) do que as drogas em si mesmas. Nesse quadro, a justificação à criminalização das drogas é meramente moral. Além disso, o serviço social e a saúde pública constituem-se em uma alternativa menos invasiva aos direitos fundamentais. Por outro lado, especialmente no caso brasileiro, já no enfrentamento do crime de tráfico de drogas, especialmente na hipótese do pequeno traficante, o qual se confunde com o próprio usuário, há um excesso de punição que inicia com o montante da pena (mínimo de cinco anos e próxima do crime de homicídio e de roubo) e termina com o encarceramento massivo. Efetivamente, o consumo de drogas e a mercancia desligam-se de fatores sociais complexos, subsumindo-se, numa via estreita, em um problema criminal.

Concluindo, a modernidade e a consequente precarização social produziu, especialmente pela aposta no mito do progresso econômico, uma sorte de males

123. Ibid., p. 250 e ss.

sociais que tendem a ser gestionados, prioritariamente, pela legalidade penal. Portanto, o crime converte-se em um fato político total, formador de consenso social. Por isso, o Direito Penal é funcionalizado como *pharmakon,* para cura de todos os males sociais, aparecendo o *corpo social* submetido à metáfora médica. Portanto, não é por mero acaso que diuturnamente brotam da sociedade (contando com a sensibilidade do legislador) demandas e apelos de criminalização para combater a xenofobia, o racismo, a pedofilia, a violência doméstica, os crimes econômicos e políticos, estes, inclusive, com práticas excepcionais), além de pedidos de endurecimento das penas à criminalidade dita tradicional (roubos, furtos, homicídios), sem que se discuta os problemas eternos do Brasil: pobreza, concentração de renda e falta de políticas públicas adequadas à sua modernidade periférica. Esquece-se que a legalidade penal tem que assegurar a *medida do remédio* ou da violência que *congela* no Direito, sob pena de se exigir sacrifícios humanos injustos. Dito de outro modo, *a cura* ou combate racional da criminalidade (que é um objetivo legítimo do Estado de Direito e da sociedade civil) somente poderá advir quando a *violência* do Direito vier devidamente "administrada" por *uma ontologia do presente* expressa nos termos de uma teoria da *sobrecriminalização*, sob pena de o Direito Penal, numa verdadeira indistinção entre violência legítima e ilegítima, retornar aos tempos do Império e colocar a vingança no lugar da punição institucionalizada[124], ou num estágio do próprio *mal-estar* do controle penal.

Referências

ADORNO, Theodor W. *Dialética negativa.* Trad. Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade.* Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2006.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade.* Trad. Floriano de Souza Fernandes. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

124. RESTA, Eligio. El concepto de "Pharmakon" y la legalidad moderna. Trad. José L. Domínguez Figueiredo e de Ramiro A. P. Sagarduy. In: BERGALLI, Roberto (Ed.). *Sociology of penal control within the framework of the sociology of law.* Vitoria-Gasteiz: Oñati International Institute Sociology Law, 1991. p. 80-85.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007.

BRASIL. *Lei 13.010, de 26 de junho de 2014*. Altera a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante e altera a Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: [www.planalto. gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm]. Acesso em: 26.08. 2017.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo*: estructura típica e injusto. Madrid: Reus, 2010.

CASTEL, Robert. *La inseguridad social*: que es estar protegido? Buenos Aires: Manatial, 2004.

CÓRDOBA, Gema Marcilia. *Racionalidad legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Madrid: Centro de estudios político y constitucionales, 2005.

DAHRENDORF, Ralf. *O conflito social moderno:* um ensaio sobre a política da liberdade. Trad. Renato Aguiar et al. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; São Paulo: EDUSP, 1992.

DAL LAGO, Alessandro. Personas y no-personas. In: GORSKI, Hector C Silveira. *Identidades comunitarias y democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

DIEZ RÍPOLLÉS, José Luís. *La política criminal em la encrucijada*. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2007.

DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial:* a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DONINI, Massimo. *Poder judicial y ética pública:* la crisis del legislador y de la ciencia penal em Europa. Montevidéo; Buenos Aires: IBDEF, 2015.

ESPOSITO, Roberto. *Bíos, biopolítica e filosofia*. Buenos Aires: Amorrortu, 2006.

ESPOSITO, Roberto. *Communitas:* origen y destino de la comunidad. Trad. Carlo Rodolfo Molinari Marotto. Buenos Aires: Amorrortu, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e de Andrea Greppi. 5. Ed. Madrid: Trotta, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón:* teoria del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 6. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. Trad.Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Sobre la ilustración*. 2. ed. Trad. Javier de la Higuera et al. Madrid: Tecnos, 2007.

GARLAND, David. *A cultura do controle:* crime e a ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GRECO, Luís. *Modernização do direito penal,* bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Don Quixote, 2000.

HARVEY, David. *Ciudades rebeldes:* del derecho de la ciudad a la revolución urbana. Trad. Juanmari Madariaga. Buenos Aires: Akal, 2014.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna:* uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Trad. Adail Ubirajara Sobral e de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008.

HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e de Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Direito penal e hermenêutica:* uma resposta constitucional ao estado de exceção. Curitiba: Juruá, 2016.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

HONNETH, Axel. *El derecho de la liberdad:* un esbozo de una eticidad democrática. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2014.

HONNETH, Axel. *La sociedad del desprecio*. Trad. Fracesc J. Hernández e Benno Herzog. Madrid: Trotta, 2011.

HONNETH, Axel. *Patologias de la razón:* historia y actualidad de la teoria critica. Buenos Aires: KATZ, 2008.

HONNETH, Axel. *Reificación:* un estudio em la teoría del reconocimento. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2007.

HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización:* los límites del derecho penal. Trad. Intr. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2013.

LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* Trad. Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1996.

LIPOVETSKY, Gilles. *Da leveza para uma civilização do ligeiro*. Trad. Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2016.

LIPOVETSKI, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mario Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LIRA, Cláudio Rogério Sousa. *Direito penal na pós-modernidade:* a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco. Curitiba: Juruá, 2013.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 9. ed. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olímpio, 2006.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 97, p. 143-182, jul./ago. 2012.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Imigração*: criminalização e subsistema penal de exceção. Curitiba: Juruá, 2013.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. O processo penal em tempos de excepcionalidade: o direito se pondo a correr e a flexibilização das garantias constitucionais, a nova cartografia do controle social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 119, p. 127-164, mar./abr. 2016.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. O que protege o direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 97, p. 143-182, jul./ago. 2012.

LYRA, José Francisco Dias da Costa; BRESSAN, Márcio Rogério de Oliveira. A sociedade do controle e a violência escolar: uma análise crítica a partir da teoria do reconhecimento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 132, p. 247-286, jun. 2017.

LYRA, José Francisco Dias da Costa; LIRA, Cláudio Rogério de Sousa. O direito fundamental a não ser castigado injustamente: um esboço a partir das teorias da determinação judicial da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 133, p. 335-384, jul. 2017.

MAFFESOLI, Michel. *O tempo das tribos*: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. 4. ed. Trad. Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011.

NAÏR, Sami; MORIN, Edgar. *Uma política de civilização*. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Piaget, 1997.

NEGRI, Antonio. *La fábrica de porcelana:* una nueva grámatica de la política. Trad. Susana Lauro. Barcelona: Paidós, 2008.

PARENTE, André (Org.). *Imagem-máquina:* a era das tecnologias do virtual. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora 34, 2011.

PLANAS, Ricardo Robles; GUTIÉRREZ, Pablo Sánchez-Ostiz. *Las crisis del derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Atelier, 2010.

RESTA, Eligio. El concepto de "Pharmakon" y la legalidad moderna. Trad. José L. Domínguez Figueiredo e de Ramiro A. P. Sagarduy. In: BERGALLI, Roberto (Ed.). *Sociology of penal control within the framework of the sociology of law.* Vitoria-Gasteiz: Oñati International Institute Sociology Law, 1991. p. 79-103.

RESTA, Eligio. La comunidad inconfesable y el derecho fraterno. In: GORSKI, Hector C. Silveira (Org.). *Identidades comunitárias y democracia*. Madri: Trotta, 2000.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal em la encrucijada.* Montevidéo-Buenos Aires: IBDEF, 2007.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. *Política criminal y técnica legislativa: prolegómenos a una dogmática lege ferenda.* Granada: Comares, 2007.

SILVA SÁCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal:* aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. Montevidéo-Buenos Aires: IBDEF, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Em busca del derecho penal:* esbozos de una teoría realista del delito y de la pena. Montevidéo-Buenos Aires: IBDEF, 2015.

SIMON, Jonathan. *Governar a través del delito.* Trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli. Barcelona: Gedisa, 2011.

TURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. 7. ed. Trad. Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 2002.

VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade:* niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar.* Trad. Elena Larrauri. Madrid: Trotta, 1998.

WACQUANT, Loïc. *Los condenados de la ciudad*: gueto, periferias y Estado. Trad. Marcos Mayer. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

WACQUANT, Loïc. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Trad. Eliana Aguiar. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente:* exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

YOUNG, Jock. *El vértigo de la modernidad tardía.* Trad. Mariano Ciafardini e de Nora Heiss. Buenos Aires: Didot, 2012.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A Criminalidade na Sociedade Pós-Moderna: Globalização e Tendências Expansionistas do Direito Penal, de Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves – *RCP* 5/284-304 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/727-752 (DTR\2006\396);
- Criminologia no Contexto da Modernidade Periférica: As Agências de Controle do Sistema Penal e a Criminalidade, de Cláudio Brandão – *RBCCrim* 149/359-375 (DTR\2018\20694); e
- O Imaginário Punitivo na Contemporaneidade: Os Paradoxos da Democracia em Face dos Movimentos de Sobrepenalização e da Gestão do Risco Criminal com Base na Segurança, de Thiago Fabres de Carvalho – *RBCCrim* 108/461-488 (DTR\2014\9542).

"Não me vejo na palavra fêmea, alvo de caça, conformada vítima": a insuficiência da narrativa estatal perante as demandas de violência doméstica

"I do not see me in the word female, hunting target, conformed victim": the insufficiency of the state narrative in relation to domestic violence demands

Laura Gigante Albuquerque

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Ciências Penais pela PUCRS. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).
lauragigante@gmail.com

Domenique Assis Goulart

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bolsista de Iniciação Científica CNPq pelo Núcleo de Pesquisas em Direito Penal e Criminologias (UFRGS). Assessora Jurídica no Grupo Interdisciplinar de Trabalho e Assessoria para Mulheres – GRITAM do SAJU/UFRGS.
domenique.goulart@gmail.com

Recebido em: 28.02.2018
Aprovado em: 08.06.2018
Última versão das autoras: 14.06.2018

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: Ao analisar a violência doméstica contra as mulheres, entende-se que este é um fenômeno mais complexo do que as narrativas sobre o tema sugerem. Em que pese a mulher, em muitas situações, esteja em uma posição vulnerável à violência, esse enquadramento fixo e unívoco acaba invisibilizando a complexidade desse sujeito mulher, bem como sua capacidade de agência e resistência. Sendo necessário romper com essa ideia engessada e constante da posição de vítima, a qual reforça uma lógica patriarcal de docilização, objetiva-se realizar uma análise sobre a complexidade das relações violentas. Para tanto, parte-se de uma abordagem teórica

Abstract: When analyzing domestic violence against women, we understand that this is a more complex phenomenon than the narratives on the subject have been suggesting. Despite the fact that in many situations the woman is vulnerable to violence, this fixed and univocal framework makes the complexity of this female subject becomes invisible, as well as her capacity for agency and resistance. Considering it is necessary to break with this plastered and constant idea of the victim's position, which reinforces a patriarchal logic of docilization, this paper aims to carry out an analysis on the complexity of violent relations. In order to do so, it is based on a

Albuquerque, Laura Gigante; Goulart, Domenique Assis. "Não me vejo na palavra fêmea, alvo de caça, conformada vítima": a insuficiência da narrativa estatal perante as demandas de violência doméstica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 150. ano 26. p. 481-513. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2018.

crítica, pautada por estudos interdisciplinares do fenômeno da violência, das questões de gênero e das suas interfaces com o Direito. Além disso, o trabalho baseia-se em dados quantitativos e qualitativos provenientes de pesquisas sociológicas já realizadas sobre o tema, buscando uma maior aproximação com a realidade do sistema de justiça criminal. Desse modo, central questionar qual é o sujeito mulher tutelado pelas ferramentas institucionais paternalistas oferecidas, a fim de que se possa romper com o silenciamento, o enquadramento e a essencialização da figura "mulher vítima".

Palavras-chave: Violência doméstica – Violência contra as mulheres – Gênero – Sistema penal.

critical theoretical approach, based on interdisciplinary studies of the phenomenon of violence, gender issues and their interfaces with the law. In addition, the work is based on quantitative and qualitative data from sociological researches already carried out on the subject, seeking a closer approximation to the reality of the criminal justice system. In this way, it is central to question which is the female subject protected by the paternalistic institutional tools offered, so that we can break with the silencing, the framing and the essentialization of the image of a "female victim".

Keywords: Domestic violence – Violence against women – Gender – Criminal system.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Da superficialização e generalização do fenômeno: a necessidade de romper com esquemas normativos simplificadores. 3. A violência enquanto forma de comunicação na sociedade contemporânea. 4. Violência, resistência e agência; intervenção e prevenção: sobre as estratégias de enfrentamento da violência contra as mulheres. 5. Considerações finais: contribuições para novas formas de pensar o problema. 6. Referências.

1. Considerações iniciais

Assim como outros movimentos e fenômenos sociais, a violência de gênero contra as mulheres também apresenta uma disputa de narrativas, tanto no que concerne ao seu entendimento quanto em relação às melhores intervenções para tentar solucionar – ou ao menos oferecer algumas respostas – a problemática. Nesse contexto, o presente trabalho versa sobre a necessidade de se romper com a leitura hegemônica atual, a qual coloca as mulheres que sofrem violência doméstica em uma relação binária e fixa de *agressor-vítima,* como sujeitos apassivados e sem voz, dependentes da intervenção de um sistema penal que há muito já se encontra falido.

A justificativa para o debruçamento sobre tal tema é não apenas a invisibilização das especificidades das mulheres que sofrem violência doméstica, mas também o quanto o regime de verdade construído sobre o tema acaba por se colocar como amarras e engessamentos das potências e capacidades das próprias mulheres que se encontram em tal contexto. Para conseguirem acessar o sistema de justiça, e também em virtude de todo o julgamento por parte dos atores jurídicos, elas muitas vezes compram essa imagem de si mesmas: a de um sujeito cuja agência e voz encontram-se totalmente interditados.

A música escolhida para intitular o presente trabalho[1] merece ser referenciada justamente pela subversão que propõe da posição da mulher, tanto pela forte performance no videoclipe quanto pelos trechos que seguem: "Quem não sem dores/ Aceita que tudo deve mudar/ Eu não me vejo na palavra/ Fêmea: alvo de caça/ Conformada vítima/ Prefiro queimar o mapa/ Traçar de novo a estrada/ Ver cores nas cinzas/ E a vida reinventar/ E um homem não me define/ Minha casa não me define/ Minha carne não me define/ Eu sou meu próprio lar"[2]. Assim, de uma forma pretensamente transgressora, pretende-se partir da inspiração trazida pela música[3] para trazer à tona alguns questionamentos a essa posição estática de mulher e de vítima que vem sendo reproduzida acriticamente.

A metodologia utilizada no presente artigo caracteriza-se primordialmente por uma pesquisa teórica, que parte de estudos interdisciplinares acerca dos fenômenos da violência, do poder, das relações de gênero, bem como das suas interfaces com o Direito. Busca-se fugir de leituras e respostas monolíticas acerca do tema, a partir da aproximação entre estudos jurídicos, filosóficos e conceitos provenientes da psicologia. Para além da pesquisa bibliográfica, o presente trabalho apresenta dados quantitativos e qualitativos, oriundos de pesquisas empíricas e sociológicas já realizadas sobre os temas aqui propostos, em especial sobre a violência contra a mulher e a sua repercussão no sistema de justiça criminal, a fim de buscar uma aproximação entre a abordagem teórico-filosófica e a realidade do fenômeno em estudo.

A partir de uma abordagem foucaultiana, percebe-se que "onde há poder, há resistência"[4]. E no fenômeno de violência contra as mulheres, no qual existe tensionamentos e desnivelamentos de poder, não há motivos para ser diferente.

1. Música da banda Francisco El Hombre, com autoria e interpretação de Juliana Strassacapa e participação de Helena Maria, Larissa Baq, Renata Éssis e Salma Jô. STRASSACAPA, Juliana. Francisco El Hombre. Triste, louca ou má. *SoltasBruxa*. São Paulo: Estúdio Navegantes, 2016.
2. STRASSACAPA, Juliana. Francisco El Hombre. Triste, louca ou má. *SoltasBruxa*. São Paulo: Estúdio Navegantes, 2016.
3. Como escreveu Carol Rocha, os poderosos versos da música "refletem a íntima transformação causada pelo enfrentamento dos padrões patriarcais. Mulheres negras de Cuba foram as protagonistas do videoclipe lançado esse ano, é profundo e causa impacto" (ROCHA, Carol. #PorTodasElas. *Casa da Mãe Joana*, 30 de dezembro de 2016. Disponível em: [http://casadamaejoanna.com/2016/12/30/portodaselas/]. Acesso em 30.11.2017).
4. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*: a vontade do saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 104.

Percebe-se que as mulheres submetidas à violência resistem, e resistem de diversos modos. A filósofa Judith Butler[5] explicita que, ao contrário do que se pode pensar inicialmente, vulnerabilidade e resistência não são coisas opostas. Pelo contrário: a vulnerabilidade se mostra como um gatilho, como alavanca à resistência. De fato, o que se busca abordar nesta pesquisa é que existem diversos níveis e modos de resistência das mulheres que sofrem violência de gênero. Ocorre que os mecanismos do sistema de justiça negam tal possibilidade, por vezes interpretando resistências como ausência de vulnerabilidades. Esse sistema, em última análise, acaba por apenas reforçar um olhar paternalista sobre as mulheres, sinalizando que elas só seriam dignas da tutela estatal ao terem a sua autonomia e sua capacidade de agência totalmente renegadas.

O objetivo do presente artigo é propor reflexões sobre esses mecanismos jurídicos fornecidos que deixam de enxergar as potencialidades e capacidades das mulheres em face da violência sofrida. A própria tratativa enquanto mera *vítima* no sistema de justiça criminal também reforça essa posição unívoca de completa subjugação, como se a mulher não pudesse figurar em outras posições, tais como a de protagonista da agressão, por exemplo. Em um primeiro momento isso pode chocar; mas aqui se busca instigar e questionar: ao ser negada a possibilidade da mulher enquanto também autora de delitos, não estão sendo reforçados os estereótipos e a essencialização da mulher enquanto ser dócil e passivo? Por que é necessário beatificar ou anular a capacidade de agência de uma mulher para ela ser digna de defesa e de tutela estatal adequada?

Impende investigar o quanto o engendramento dessas narrativas acaba por reforçar ideias patriarcais de negativa de autonomia e de autodeterminação, a reforçar o *papel* estático de mulher disseminado socialmente e a implicar na ausência de propostas de mecanismos efetivos de resolução dos conflitos. Assim, mais do que oferecer respostas prontas e conclusões fechadas, pretende-se propor o início de muitas reflexões e releituras que precisam ser feitas no âmbito da violência de gênero.

2. Da superficialização e generalização do fenômeno: a necessidade de romper com esquemas normativos simplificadores

Em geral, as pessoas apresentam uma inclinação para desconsiderar fatores externos e complexidades de dinâmicas sociais, tendendo, também, a ignorar seu desconhecimento destes outros eventuais elementos motivadores. Tem-se o

5. BUTLER, Judith. *Rethinking vulnerability and resistance*. Madrid: June, 2014.

costume de criar histórias o mais objetivas possíveis, para justificar internamente determinado fato. Quanto menos informações são dispostas sobre o contexto e sobre fatores que ensejaram determinado episódio, mais simples, fácil e rápido se constrói uma história para explicar aquela ocorrência social. E quanto mais simplórias forem as narrativas e as informações acerca de um determinado contexto, mais plausível e verossímil é sua justificação.

O que se quer dizer é que, enquanto sujeitos, apresentamos uma tendência de simplificar ao máximo as razões e contextos que levam a uma determinada ocorrência. Essa simplificação é facilitada quando temos menos fatores a levar em conta. Assim, quando possuímos uma escassez de motivos geradores, mais aceitável é um esquema explicativo, mais palatável e inquestionável ele se torna, havendo uma propensão de não refletirmos sobre outras possibilidades que tenham influenciado para aquele deslinde.

A violência de gênero também funciona dentro desse esquema de justificação interna. Quanto mais simples for a explicação daquele fato, mais as pessoas tendem a acreditar naquilo, tal como se fosse óbvio o suficiente para que não exigisse qualquer questionamento acerca de outras variáveis que possam ter exercido uma modificação no estado das coisas[6]. Desse modo, quanto menos complexa for a explicação dos motivos que culminaram no episódio ou na reiteração de quadros de violências de gênero, menos se terá uma tendência de questionar aquele quadro explicativo.

Exemplo do reconhecimento de dinâmicas reiteradas é a necessidade de que se compreenda o ciclo de violência doméstica[7], o qual recorrentemente faz com

6. "Quando se trata de relações íntimas, as experiências de violência são vastamente diferenciadas, tanto na forma, na intensidade e na frequência, quanto nos contextos, nos significados e nos impactos que produzem. Para perceber essa diversidade, basta se dispor a acompanhar, por algumas horas, os atendimentos no balcão de uma delegacia da mulher. Porém, é recomendável, nesse momento, manter os ouvidos livres das premissas e petições de princípio que levem a selecionar, rearranjar e, finalmente, reciclar os relatos das denunciantes, até que eles sejam reduzidos a meros exemplos de um fenômeno abstrato e genérico chamado 'violência contra a mulher'" (SOARES, Bárbara Musumeci. A "conflitualidade" conjugal e o paradigma da violência contra a mulher. *Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 5, n. 2, 2012. p. 192).

7. "Em algum momento, o agente 'começará a ter um comportamento abusivo que, mais tarde, justificará, chegarão, então, as microviolências, tais como empurrões, insultos, intimidações, que farão com que a mulher perca todo espírito crítico até ir se acostumando'. Esse ciclo de violência interno desestabiliza a mulher que se sente confusa e perde a confiança em si mesma. Nesse momento, abre-se espaço para a terceira fase do ciclo, consistente na explosão de violência seguida do medo das suas consequências e

que mulheres sejam mantidas em relações conjugais violentas. Ocorre que, tal fenômeno social não é capaz de explicar todo e qualquer contexto. Como refere Vanessa Chiari Gonçalves, "não existe um modelo explicativo que possa ser aplicado a todas as situações. Cada caso possui a sua própria dinâmica; o que há são pontos de convergência a serem problematizados"[8]. Apesar disso, há uma tendência de enquadramento àquele esquema explicativo dado, omitindo, desconsiderando e até mesmo desprezando quaisquer outras razões que possam explicar uma conflitualidade em relações domésticas e/ou conjugais.

Poderia ser levantado o seguinte contraponto: não seria necessária a propagação de informação sobre violência doméstica a partir do tipo de caso que mais a representa, a fim de que mais mulheres se identifiquem? Diante disso, impende questionar: tais narrativas realmente representam a maior parte dos casos? Barbara Musumeci Soares discorda, explicitando que, apesar de significar a "minoria das histórias reais, a situação da esposa indefesa, apassivada, submetida cotidianamente ao poder arbitrário e tirânico de seu parceiro masculino, aterrorizada e paralisada diante de suas ameaças e agressões", passou a representar a "matriz universal de todas as violências vividas por mulheres"[9].

Se Judith Butler fosse indagada especificamente sobre esse assunto, se oporia incisivamente a mais esse esquema normativo, "uma vez que o enquadramento binário pressupõe saber tudo o que se precisa saber antes de qualquer investigação efetiva sobre essa realidade cultural complexa"[10]. E é justamente isso que se busca refutar no presente trabalho. Verifica-se que foram disseminadas narrativas prontas e simplórias acerca da violência contra as mulheres. Ao serem acessados poucos fatos sobre determinada situação, já se traça toda uma explicação

---

das promessas de mudança, por parte do agressor, até alcançar a reconciliação com a vítima (FALCÓN CARO, 2008, p. 30)" (GONÇALVES, Vanessa Chiari. Violência contra a mulher: contribuições da vitimologia. *Sistema Penal & Violência*, v. 8, n. 1, jan.-jun. 2016. p. 41-42).

8. GONÇALVES, Vanessa Chiari. Violência contra a mulher: contribuições da vitimologia. *Sistema Penal & Violência*, v. 8, n. 1, jan.-jun. 2016. p. 42.
9. SOARES, Bárbara Musumeci. A "conflitualidade" conjugal e o paradigma da violência contra a mulher. *Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 5, n. 2, p. 191-210, 2012.
10. BUTLER, Judith. *Quadros de guerra*: quando a vida é passível de luto? Trad. Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão e Arnaldo Marques da Cunha. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 206. Em que pese a autora, no trecho transcrito, estivesse se posicionando em relação a outra dicotomia, pela sua produção é possível depreender a coerência existente na sua construção crítica em relação às questões de gênero.

interna, ignorando quaisquer elementos mais complexos e extraordinários que possam estar engendrados àquele caso concreto.

Não se quer aqui negar que existam determinados padrões de comportamento e que ocorram dinâmicas que podem ser explicadas pelos principais coeficientes que geram aquela situação ou sua manutenção – tal como o próprio ciclo de violência, citado anteriormente. Ainda, não se pode refutar a importância que teve a publicização dos debates sobre a violência contra as mulheres – mesmo que de forma simplificada, justamente para atingir o maior número de pessoas[11]. Tampouco se pode negar a importância de ter-se conquistado uma justiça especializada na matéria e do viés protecionista dos Juizados de Violência contra a Mulher, considerando que o Brasil ainda é um dos países que mais mata mulheres. Mas se busca lançar luz a um debate mais amplo sobre as relações violentas que impactam mulheres, em um esforço de romper com os esquemas simplistas formulados sobre tal fenômeno.

O sistema de justiça criminal, da forma como vem lidando com casos de violência de gênero, é o exemplo maior de simplificação de um fenômeno social extremamente complexo. As varas ou juizados de violência doméstica estão abarrotados com os mais diversos casos de conflitos de gênero – desde ameaças e violências verbais até violência sexual e homicídios. Sem que haja estrutura e interesse suficientes, o tratamento de cada um desses casos de forma séria e individualizada vai se tornando um sonho cada vez mais distante. Em vez disso, a justiça vem aplicando todas as formas de simplificação e essencialização dos conflitos[12]: as mulheres são frágeis, os homens são algozes[13], as mulheres que não

11. "Passados quase sete anos de sua sanção, a Lei 11.340 de 2006, popularmente chamada de Lei Maria da Penha, incorporou-se ao repertório de informação das brasileiras, ainda que não esteja sendo plenamente aplicada. Pesquisa do DataSenado sobre violência contra a mulher constatou que, por todo o país, 99% das mulheres entrevistadas conhecem o seu teor ou pelo menos já ouviram falar da norma" (SENADO, Agência. Pesquisa DataSenado: 66% das mulheres se sentem mais protegidas com Lei Maria da Penha. *Senado Notícias*, 03 de março de 2013. Disponível em: [www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/03/26/pesquisa-datasenado-aponta-que-mulheres-se-sentem-mais-protegidas-com-lei-maria-da-penha]. Acesso em: 29.11.2017).

12. Na lição de Judith Butler, a grande tarefa é justamente "formular, no interior dessa estrutura constituída, uma crítica às categorias de identidade que as estruturas jurídicas contemporâneas engendram, naturalizam e imobilizam" (BUTLER, Judith. *Problemas de gênero:* feminismo e subversão da identidade. Trad. Renato Aguiar. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 24).

13. Aqui, é importante especificar de que homem estamos falando: quem é o homem que figura como "agressor" nos processos que abarrotam as varas de violência doméstica do nosso país. O sistema penal é, por si só, extremamente seletivo, desde o momento do

querem se separar dos agressores ou que abdicam da representação não merecem ou não necessitam verdadeiramente da tutela estatal.

Com efeito, os esquemas explicativos já postos e não questionados, acabam por traçar um percurso de vida, uma análise subjetiva das pessoas envolvidas e uma omissão às especificidades do caso. É como se, a cada vez que uma mulher que sofre violência doméstica narra certos pontos centrais de suas vivências, isso tornaria desnecessário fornecer quaisquer outras informações: de posse daqueles dados, quem a ouve acredita entender tudo o que ela passa e tudo o quanto ela vive. Já pressupõe seu percurso de vida e sua experienciação da violência sofrida[14].

Essa forma de lidar com as mulheres não deixa de ser um mecanismo de silenciamento e de negligência de suas reais demandas: "não precisa dizer mais nada, sei o que está passando e do que precisa" – tal ideia revela conduta frequentemente adotada por parte de operadoras(es) da rede de enfrentamento de violência doméstica. Sabe-se que o Direito constitui uma importante ferramenta de resolução de determinados conflitos. No entanto, ele não pode pretender substituir completamente as subjetividades dos indivíduos no manejo dos conflitos interpessoais[15]. De fato, conforme bem destacado por Fernanda Martins, a própria noção

---

oferecimento da denúncia até – e principalmente – o encarceramento dos acusados. O seu alvo? Homens, em sua maioria negros e pobres, de baixa escolaridade (Fonte: Infopen, junho/2014). Dessa forma, quando falamos da tutela penal para casos de violência contra as mulheres, devemos ter em mente os 'inimigos' cuja caça estamos legitimando. Nesse sentido, ver também: ALENCAR, Daniele Nunes de; MELLO, Marilia Montenegro Pessoa de. A Lei Maria da Penha e sua aplicação na cidade de Recife: uma análise crítica do perfil do "agressor" nos casos que chegam ao Juizado da Mulher (anos 2007-2008). *Revista Sociais e Humanas*, Santa Maria, v. 24, n. 02, p. 09-21, jul.-dez. 2011.

14. Pode ser feito um paralelo, nesse sentido, com a questão da sexualidade: "O homossexual do século XIX torna-se uma personagem: um passado, uma história, uma infância, um caráter, uma forma de vida; também é morfologia, com uma anatomia indiscreta e, talvez, uma fisiologia misteriosa. Nada daquilo que ele é, no fim das contas, escapa à sua sexualidade. Ela está presente nele todo: subjacente a todas as suas condutas [...]" (FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I*: a vontade do saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz -e Terra, 2017. p. 47-48). Ou seja, em se tendo ciência da experiência de violência doméstica, por parte da mulher, enquanto ofendida, e do homem, enquanto autor, esboçam-se traçados de vida, explicações internas e pressuposição das demandas, tais como se essas fossem sempre as mesmas, reforçando o esquema maniqueísta *algoz-vítima* em contextos particulares e singulares em sua concretização.

15. GOMES, Maíra Marchi. Ser vítima não é um dever: algumas considerações psicanalíticas sobre a Lei Maria da Penha. In: GOSTINSKI, Aline; MARTINS, Fernanda (Org.). *Estudos feministas:* por um direito menos machista. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 2. p. 158.

de direito é "fundamentalmente seletiva das demandas das mulheres e dos direitos que a elas afetam"[16].

Não se pode negar que a Lei 11.340/2006 significou uma grande conquista no sentido de tirar o problema da invisibilidade, uma vez que "a entrada em vigor dessa legislação representa um marco político nas lutas pelos direitos das mulheres no Brasil e no reconhecimento da violência contra as mulheres como problema de políticas públicas."[17].Não obstante, desde a sua edição, a chamada "Lei Maria da Penha" vem sendo objeto de amplas discussões. A própria designação da lei não passou imune a críticas. A lei recebeu o nome de Maria da Penha Maia, que sofreu diversas tentativas de homicídio de seu marido e ficou paraplégica em decorrência dessas agressões. A lei com o nome de Maria da Penha pode ser interpretada como uma homenagem, como um marco simbólico; contudo, como bem apontado pela crítica de Marília Montenegro, a lei perde impessoalidade: a atribuição do nome de um indivíduo a uma lei é uma forma de neutralizar possíveis objeções à própria lei. Além disso, após o processo de santificação da vítima de um crime violento, qualquer menção aos direitos do suposto autor do delito pode ser distorcida e considerada como um insulto às vítimas e aos seus familiares.[18]

Após a entrada em vigor da Lei 11.340/2006, numerosas pesquisas empíricas vêm sendo realizadas, com a finalidade de constatar como se dá, na prática, o atendimento dessas mulheres sujeitadas à violência de gênero, como vem sendo o tratamento judicial desses conflitos, e, ainda, qual é o nível de credibilidade do sistema ou da rede de enfrentamento na visão das mulheres que buscam esses serviços.

Fernanda Vasconcellos analisou, em sua pesquisa, a rede de enfrentamento à violência contra as mulheres na cidade de Porto Alegre/RS. A partir da análise do atendimento às mulheres na Delegacia Especializada para Atendimento de Mulheres (DEAM), a autora explicita que os resultados apontam para a existência de uma lógica burocrática de atendimento, voltada para a construção de vítimas e agressores como categorias estáticas. Dessa forma, como já mencionado, a

16. MARTINS, Fernanda. Entre-nós radicais: ensaio para uma costura criminológico-feminista. In: GOSTINSKI, Aline; MARTINS, Fernanda (Org.). *Estudos feministas:* por um direito menos machista. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 2. p. 91.

17. PASINATO, Wânia. Oito anos de Lei Maria da Penha. Entre avanços, obstáculos e desafios. *Estudos Feministas*, v. 23, n. 2, p. 533-545, 2015.

18. MELLO, Marilia Montenegro Pessoa de. Da mulher honesta à lei com nome de mulher: o lugar do feminismo na legislação brasileira. *Revista Videre*, Dourados, ano 2, n. 3, jan.-jun. 2010. p. 144.

complexidade desses conflitos é eliminada pelo sistema de justiça penal, que não atua no cerne do problema e não apresenta condições de modificar as estruturas sociais que permitem a perpetração da violência conjugal. Além disso, a partir de entrevistas realizadas com mulheres que acessaram o sistema, a sua pesquisa demonstra o descrédito das mulheres em relação aos órgãos de segurança pública, seja pela impossibilidade de garantirem a sua proteção, seja pela baixa qualidade do serviço prestado.[19]

Outras pesquisas vêm demonstrando como os discursos produzidos no campo jurídico, por se tratar de um campo construído sob a lógica masculina, acabam por reproduzir os papéis de gênero e, portanto, as desigualdades oriundas do campo social[20]. É inegável que existem estigmas e papéis de gênero em nossa sociedade: a boa mãe[21], a boa esposa, a mulher honesta e a mulher "de vida fácil". Contudo, como bem apontado por Rochele Fachinetto, ao julgar casos concretos a partir desses padrões estigmatizantes, o discurso jurídico – com a sua força de "verdade jurídica" – acaba criando essas categorias, conformando sujeitos nesses lugares[22].

Os discursos generificantes[23], bem como as práticas judiciais que retiram o conflito da voz e das mãos destas mulheres, acabam por lançar barreiras cada vez

19. VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. Punir, proteger, prevenir? A Lei Maria da Penha e as limitações da administração dos conflitos conjugais violentos através da utilização do Direito Penal. Tese (Doutorado em Ciências Sociais), 224 f. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Porto Alegre, 2015. p. 130-131.

20. Nesse sentido, ver: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência*, n. 50, p. 71-102, jul. 2005; e FACHINETTO, Rochele Fellini. Quando eles as matam e quando elas os matam: uma análise dos julgamentos de homicídio pelo Tribunal do Júri. 421f. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil, 2012.

21. Sobre o mito do amor materno ver BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado:* o mito do amor materno. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. Ver também BUTLER, Judith. *Problemas de gênero:* feminismo e subversão da identidade. Trad. Renato Aguiar. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 138, no que concerne à construção discursiva do corpo materno.

22. FACHINETTO, Rochele Fellini. Homicídios contra mulheres e campo jurídico: a atuação dos operadores do direito na reprodução das categorias de gênero. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). *Relações de gênero e sistema penal:* violência e conflitualidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 131.

23. BUTLER, Judith. Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do "sexo". In: LOURO, Guacira Lopes (Org.). *O corpo educado:* pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. p. 116.

maiores entre a busca pela resolução de um conflito e a possibilidade de se chegar a uma solução por meio do sistema de justiça criminal. Nesse contexto, outra forma de retirar a voz das mulheres sujeitas a situações de violência física é justamente negar-lhes a possibilidade de escolha acerca da instauração de processo criminal. Após diversas discussões e divergências, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o crime de lesões corporais leves, quando praticado em contexto de violência doméstica, será de ação penal pública incondicionada[24]. Isso significa que a propositura do processo criminal contra o agressor poderá ser efetuada pelo Ministério Público mesmo contra a vontade da mulher que sofreu a violência – o que não ocorre no crime de lesões leves praticado fora desse contexto[25]. Trata-se de mais um mecanismo paternalista, que visa a uma suposta proteção das mulheres sem considerar as suas manifestações de vontade. Além disso, muitas mulheres deixam de buscar os mecanismos disponíveis para cessar situações de violência pois sabem que, ao postular uma medida protetiva de urgência, poderão dar início a um processo criminal contra os seus companheiros.

Pesquisas qualitativas comprometidas com o rompimento da superficialidade fornecem subsídios para enxergar esse tipo de questão de maneira mais crítica. A análise realizada por Paola Stuker, em sua dissertação *Entre a cruz e a espada: significados da renúncia à representação criminal por mulheres em situação de conjugal no contexto da Lei Maria da Penha*[26], é uma delas. No âmbito da referida pesquisa, foram investigadas as dinâmicas das queixas, bem como as motivações das mulheres que renunciam à representação criminal em uma Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher.

Diferentemente do que se depreende do supraexposto entendimento paternalista do STJ, que usurpa a capacidade de escolha das mulheres e determina sentido único de desfecho – ação penal pública incondicionada –, a referida pesquisa foi capaz de demonstrar que a decisão acerca da representação criminal envolve

24. STJ. Súmula 542: A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada.

25. Lei 9.099/1995. Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

26. STUKER, Paola. "Entre a Cruz e a Espada": Significados da renúncia à representação criminal por mulheres em situação de violência conjugal no contexto da Lei Maria da Penha. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciência Humanas, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Porto Alegre, 2016.

fatores de diversas ordens. Através de observações de registros de ocorrências policiais e de entrevistas com as mulheres renunciantes, Stuker identificou dois grupos: i) ações estratégicas – mulheres que utilizam o registro de ocorrência policial de modo mais pragmático, dispondo de fins específicos ao registrar o Boletim de Ocorrência, tais como negociação da relação, prevenção de violências mais graves, para fins cíveis ou mesmo como complementação de processo de guarda; e ii) ações dilemáticas – situações que envolvem dilemas perpassados por valores, tradições, dogmas religiosos, maternidade, ou ainda implicadas por afetos e medos.

A pesquisa revelou que o registro de ocorrência é um aspecto na dinâmica de poder[27], no sentido foucaultiano, do qual lançam mão de modo estratégico as mulheres mais instruídas e favorecidas pela estrutura socioeconômica. Em que pese essas também estejam submetidas a questões dilemáticas, Stuker pontuou que os marcadores de raça e classe são substanciais para a capacidade de ação das mulheres, tendo em vista que as mais pobres se viam com possibilidades de ação mais limitadas. Concluiu-se, ademais, que "não pode se limitar à classificação generalizada destas [mulheres] em vítimas passivas ou detentoras de significativo poder nas relações, nem uma avaliação polarizada sobre o enfrentamento judicial destes casos entre punição ou restauração", mas sim, deve-se atentar a "uma interpretação dos usos e desusos dos mecanismos de Direito por estas mulheres e seus diferentes significados nos âmbitos individual, conjugal e policial"[28], em plena congruência ao que se busca aqui tensionar.

27. Por outro lado, pertinente trazer a seguinte ponderação realizada: "Por algum momento, nas reflexões que deram origem ao projeto que se materializou nesta dissertação, pensou-se que os casos de renúncia à representação criminal poderiam significar subversões à Lei Maria da Penha, que criminaliza os casos de violência doméstica e familiar contra mulher. Surpreendentemente, todas as mulheres entrevistadas avaliaram positivamente a Lei e enalteceram a importância de sua existência, mesmo que escolham não processar o companheiro. Nesse sentido, independente das motivações que guiaram as mulheres no registro de ocorrência e, por sua vez, na renúncia ao direito de processar o acusado, todas elas julgaram a Lei Maria da Penha como importante e necessária [...]" (STUKER, Paola. "Entre a Cruz e a Espada": Significados da renúncia à representação criminal por mulheres em situação de violência conjugal no contexto da Lei Maria da Penha. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciência Humanas, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Porto Alegre, 2016. p. 176).

28. STUKER, Paola. "Entre a Cruz e a Espada": Significados da renúncia à representação criminal por mulheres em situação de violência conjugal no contexto da Lei Maria da Penha. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciência Humanas, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Porto Alegre, 2016. p. 11.

Outrossim, de acordo com uma pesquisa realizada recentemente em parceria com o Conselho Nacional de Justiça, a maioria das vítimas de violências de gênero se sentem frustradas e não ouvidas, além de considerarem a tramitação do processo excessivamente longa. Segundo os dados já divulgados[29], 39% das vítimas não pretendia, ao denunciar o companheiro, que ele fosse preso. A coordenadora da pesquisa, Marilia Montenegro, destaca que, na maioria das vezes, "as partes saem da audiência sem entender o que se passou" e que as equipes de psicólogas e assistentes sociais "precisam traduzir, esclarecer, as questões jurídicas para a vítima, assim como para o autor de violência"[30]. Ou seja, mesmo quando conseguem acessar as redes de enfrentamento contra a violência e, finalmente, as varas de violência contra a mulher, essas mulheres não se veem representadas em meio à burocracia e às formalidades dos processos judiciais.

São diversas as críticas cabíveis para o atual modelo de resolução de conflitos oriundos de violência contra as mulheres. As práticas e discursos que forjam o sistema de justiça criminal são insuficientes para dar conta da complexidade do fenômeno da violência de gênero. As práticas simplificadoras, a ausência de escuta das mulheres sujeitadas à violência doméstica e/ou conjugal, os discursos estigmatizantes e a ausência de preparo dos e das profissionais para lidar com tais questões são apenas alguns dos exemplos de como as narrativas e intervenções atuais silenciam e superficializam as violências de gênero sofridas pelas mulheres.

Além disso, as instituições e o sistema punitivo – apesar de se mostrarem como "a única alternativa" ou a única resposta para os conflitos de gênero – não conseguem sequer romper com os ciclos concretos de violência que chegam até eles. Pelo contrário: reproduzem estereótipos e estigmatizam tanto a ofendida quanto o ofensor, de forma que acabam exponencializando essa(s) violência(s). É necessário e urgente que se pense para além desse sistema (fálico) falido, "afinal, distanciar-se do 'preconcebido' constitui precisamente uma atividade crítica"[31].

29. O relatório completo da pesquisa ainda não foi publicado. A informação foi retirada de notícia do site do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85601-pesquisa-revela-frustracao-de-mulheres-vitimas-de-violencia-que-buscam-solucao-na-justica]. Acesso em: 28.11.2017.

30. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85601-pesquisa-revela-frustracao-de-mulheres-vitimas-de-violencia-que-buscam-solucao-na-justica]. Acesso em: 28.11.2017.

31. BUTLER, Judith. *Quadros de guerra*: quando a vida é passível de luto? Trad. Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão e Arnaldo Marques da Cunha. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 224.

3. A violência enquanto forma de comunicação na sociedade contemporânea

a agredida
e a
agressora
estive dos dois lados[32]

Como se buscou demonstrar, o sistema punitivo apresenta a tendência de engessar a relação conflituosa, pressupondo uma contraposição estática entre as partes: não se busca compreender as especificidades de cada caso levado à justiça criminal. Pelo contrário, realiza-se um esforço de simplificação de toda e qualquer relação conjugal conflituosa dentro dos moldes de uma dualidade entre agressor (ativo) e vítima (passiva), para "facilitar" a compreensão e a resposta institucional ao conflito.

No entanto, o recorte da questão da violência contra a mulher que vem sendo feito pelo sistema de justiça – apenas enquanto crime, em que se tem uma relação estanque de vítima e agressor – desconsidera os inúmeros contextos vivenciados em situações de agressão conjugal:

> As cenas em que os personagens se vêem envolvidos e que culminam em agressões estão sujeitas a inúmeras motivações – disposições conflitivas de papéis cujos desempenhos esperados não são cumpridos, disposições psicológicas tais como esperar do parceiro certas condutas e inconscientemente provocá-lo, jogos eróticos etc.[33]

A própria agressão ou agressividade, no contexto de relações amorosas, funciona muitas vezes como uma espécie de ato de comunicação, que pode iniciar, em um primeiro momento, como uma relação de parceria, mas "que enseja a criação de novos jogos de relacionamento, em que não existe propriamente acordo, entendimento ou negociação de decisões"[34]. Nesses casos, tais como naqueles relatados por Maria Filomena Gregori no artigo referenciado, identifica-se um alto grau de simbiose a que estão sujeitas algumas relações conjugais e familiares: "são parceiros enlaçados por 'rituais' privados que se repetem cotidianamente",

32. KAUR, Rupi. *Outros jeitos de usar a boca*. Trad. Ana Guadalupe. São Paulo: Planeta, 2017. p. 109.

33. GREGORI, Maria Filomena. Cenas e queixas: mulheres e relações violentas. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 23, 1989. p. 166.

34. GREGORI, Maria Filomena. Cenas e queixas: mulheres e relações violentas. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 23, 1989. p. 166.

de forma que essa "ritualização" tem o perverso efeito de rotinizar, ou seja, normalizar, gestos e ações violentas, além de agressões verbais mútuas[35].

Casais podem passar anos e até décadas relacionando-se agressivamente, de uma forma violenta. A linguagem agressiva e as ofensas mútuas acabam virando parte da rotina, de forma que até mesmo as pessoas próximas ao casal acabam normalizando esse modo de comunicação: homens que silenciam suas esposas ou as ofendem constantemente; mulheres que agridem verbalmente e humilham seus companheiros na frente dos amigos; casais que, mesmo tendo uma relação de carinho e admiração, normalizaram situações de agressão física mútua. Em geral, apenas quando os atos de violência extrapolam as agressões rotineiras e causam um trauma físico e psicológico alguma das partes tentará romper com a lógica agressiva. E no contexto da sociedade machista e patriarcal em que vivemos, é inegável que as mortes e as agressões conjugais mais graves recaem mais fortemente sobre as mulheres.

Dessa forma, a mulher que tenta se insurgir contra a violência doméstica sofrida é levada a colocar-se em uma posição estanque de vítima, de submissa, para fazer-se merecedora dos olhos e ouvidos da tutela estatal. Eventuais atos de agressões mútuas ou de ofensas e agressões que tenham partido da mulher são omitidos dos relatos oficiais. A sua narrativa sobre as violências sofridas é moldada – desde o registro da ocorrência na Delegacia de Polícia ou até mesmo antes, em órgãos de acolhimento – para apresentar uma versão beatificada de si mesma, ao mesmo tempo em que a imagem do agressor é pintada como a de um monstro. O "papel" de vítima fornece subsídios para que essa mulher tenha amparo, credibilidade e proteção: "a vida conjugal é retratada como um imenso acúmulo de sofrimento, não-escolha e passividade"[36]. No entanto, como bem apontado por Maria Gregori, não se pode cair nessa visão maniqueísta do fenômeno:

> É preciso se indignar e se contrapor à violência. Mas não tenhamos a ilusão de que o caminho mais profícuo parta da pressuposição de uma dualidade entre vítima e algoz – em que o primeiro termo esteja associado à passividade (ausência de ação) e o segundo a uma atividade destruidora e maniqueisticamente dominadora.[37]

35. GREGORI, Maria Filomena. Cenas e queixas: mulheres e relações violentas. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 23, 1989. p. 166-167.
36. GREGORI, Maria Filomena. Cenas e queixas: mulheres e relações violentas. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 23, 1989. p. 171.
37. GREGORI, Maria Filomena. Cenas e queixas: mulheres e relações violentas. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 23, 1989. p. 167.

Negar a possibilidade de que as mulheres possam figurar como agressoras em relações simbióticas também reforça a docilização, repressão e amansamento que a generificação das mulheres tem como escopo e pano de fundo. Nesse sentido, Judith Butler refere que a "generificação é construída, entre outras coisas, pelas relações diferenciadoras pelas quais os sujeitos falantes se transformam em ser"[38]. De fato, em virtude de a "socialização feminina apresentar caráter cerceador e docilizador, a violência, a agressividade e a transgressão nunca estiveram previstas nos discursos acerca do feminino"[39].

Em que pese nas últimas décadas estudos venham rompendo com essa lógica, ainda é disseminada uma narrativa extremamente dicotômica e maniqueísta no que concerne à violência no âmbito das relações afetivas e domésticas. Não se deixa de reconhecer que os corpos das mulheres são sujeitados a violências mais graves e que são esses corpos que sofrem com homicídios motivados pelas questões de gênero[40]. Mas a ausência de complexificação do fenômeno, adotando como fixo, estático e unilateral o conceito de poder, é negar seu aspecto relacional e também fluido:

> [...] se deve compreender o poder, primeiro, como a multiplicidade de correlações de força imanentes ao domínio onde se exercem e constitutivas de

38. BUTLER, Judith. Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do "sexo". In: LOURO, Guacira Lopes (Org.). *O corpo educado:* pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. p. 116.

39. OSORIO, Fernanda; ALBUQUERQUE, Laura Gigante; GOULART, Domenique Assis. O Sistema prisional construído sob a lógica masculina e as violações contra a mulher em situação de cárcere. In*:* GOSTINSKI, Aline; MARTINS, Fernanda (Org). *Estudos feministas:* por um direito menos machista. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 2. p. 107.

40. Não se desconhece que, em números absolutos, as taxas de homicídios de homens superam, em muito, as taxas de homicídios de mulheres. Contudo, deve-se atentar para as especificidades de cada caso. Enquanto a população masculina jovem, negra e pobre morre majoritariamente em razão de uma falida "guerra às drogas", sabemos que em quase 68% dos casos de violência contra mulheres a agressão partiu de parentes imediatos ou de parceiros e ex-parceiros, conforme dados do Mapa da Violência de 2015. A violência, portanto, parte de alguém de sua confiança. Ainda conforme o Mapa, entre os anos de 2003 e 2013, a taxa de homicídios de mulheres negras no Brasil aumentou 19,5%, enquanto a taxa de homicídios contra mulheres brancas caiu 11,9%; mas, em geral, a taxa de homicídios cometidos contra mulheres no Brasil cresceu 8,8% no período (WAISELFISZ, J. J. *Mapa da violência 2015:* homicídios de mulheres no Brasil. Brasília: FLACSO Brasil, 2015). Por outro lado, embora não seja o foco central da presente pesquisa, é necessário ressaltar que a violência contra as mulheres (cis ou trans) não é a única forma de violência de gênero: destaca-se que as agressões motivadas por questões de gênero podem ser direcionadas a homens trans, pessoas não-binárias e demais pessoas que não se enquadram nos padrões de gênero socialmente aceitos.

> sua organização; o jogo que, através de lutas e afrontamentos incessantes as transforma, reforça, inverte; os apoios que tais correlações de força encontram uma nas outras, formando cadeias ou sistemas ou, ao contrário, as defasagens e contradições que as isolam entre si; enfim, as estratégias em que se originam e cujo esboço geral ou cristalização institucional toma corpo nos aparelhos estatais, na formulação da lei, nas hegemonias sociais. [...] O poder está em toda parte; não porque englobe tudo e sim porque provém de todos os lugares.[41]

O enquadramento normativo e discursivo que produz sujeitos dicotômicos e em constante choque não atende às dinâmicas concretas de poder, nas quais ele não é estático, unilateral e constante, mas sim fluido e em permanente disputa. Para além disso, a narrativa fixa agressor-vítima faz com que as violências recíprocas sejam invisibilizadas e naturalizadas, por não se encontrarem contempladas pelas formas discursivas de problematização da violência. Quer dizer, as mulheres que não se enxergam nas narrativas prontas de efetiva submissão e de inflexível vitimização, por vezes não conseguem enxergar as violências simbióticas e ciclos de relacionamentos não saudáveis em que estão inseridas. Outras mulheres não conseguem denunciar as violências sofridas por não quererem (ou não conseguirem) assumir a carga estigmatizante de vítima, o papel da "mulher que apanha". O que é deixado de fora desse enquadramento normativo faz com que não haja possibilidade de visibilidade e reconhecimento. Cabe lembrar, por exemplo, que mulheres consideradas fortes, empoderadas e referências também podem acabar sendo envoltas em relações abusivas e violentas.

Disso vem a importância de discutir-se formas mais amplas e menos explícitas de assujeitamento das mulheres a relações violentas. As relações abusivas devem ser colocadas em pauta, pois, em que pese as violências simbólicas que as fundamentam serem aparentemente mais sutis – ou somente menos palpáveis do que aquelas que envolvem violência física –, não são menos (des)mobilizadoras. Ademais, as próprias mulheres, como afirma Pierre Bourdieu, empregam "a toda a realidade, e, particularmente, às relações de poder em que se veem envolvidas, esquemas de pensamento que são produto da incorporação dessas relações de poder que se expressam nas oposições fundadoras da ordem simbólica"[42].

Nesse sentido, o autor desenvolve o conceito de violência simbólica e elucida que "as paixões do *habitus* [...] não são das que se pode sustar com um simples

41. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*: a vontade do saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 100-101.

42. BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*: a condição feminina e a violência simbólica. Trad. Maria Helena Kühner. 4. ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2017. p. 54.

esforço de vontade, alicerçado em uma tomada de consciência libertadora"[43]. Diante disso, infere-se que a violência simbólica patriarcal[44] em que as mulheres são envolvidas nos relacionamentos abusivos também é implicada por dinâmicas que elas próprias cooperam para produzir. Isso porque, não raro, as mulheres tecem espaços para efetivação de seu próprio assujeitamento, culpabilização e vitimização, até mesmo como jogos de forças e para retomar a performance dos papéis de gênero, por vezes perdida – ou ainda para questioná-la.

Ao se afirmar isso, não se quer responsabilizar as mulheres pela violência que elas sofrem, culpabilizando-as, como recorrentemente ocorre pelo senso comum. Muito longe disso: se quer reforçar o caráter simbólico alicerçador das subjetividades que apresenta a dominação masculina. Pretende-se frisar a crueldade do sistema que internaliza tão profundamente seus esquemas de poder, que faz com que os próprios sujeitados se impliquem em sua própria sujeição: eis aí o caráter mais avassalador, impiedoso e depreciativo desta dominação estrutural[45].

Ao passo que se explicita tal condição – a fim de confrontá-la –, retoma-se o questionamento dos esquemas normativos binários em que a mulher é sempre passiva e o homem sempre ativo. Entender que as mulheres e seus corpos são locais de ações comissivas, e não apenas omissivas, faz com que se possa explorar a interface de potencialidade e de alteração na correlação de forças.

Por outro lado, Dominic Barter, grande referência em Comunicação Não Violenta, vem propondo um rompimento com alguns paradigmas ao se lidar com a questão da violência. Em suas abordagens, ele reflete acerca da possibilidade do

43. BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*: a condição feminina e a violência simbólica. Trad. Maria Helena Kühner. 4. ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2017. p. 61.

44. Pertine elucidar que o referido autor crítico apresenta abordagem de análise metodológica diversa da foucaultina. Entretanto, elas não são excludentes, uma vez que não são opositivas as perspectivas estrutural e de micropoder, mas sim complementares, em muitos aspectos.

45. "[...] é o corpo da mulher que sofre maiores danos, é nela que o medo se instala. E, paradoxalmente, é ela que vai se aprisionando ao criar sua própria vitimização. O pior não é ser vítima (passiva) diante de um infortúnio; é agir para reiterar uma situação que provoca danos físicos e psicológicos. O difícil para este tipo de vítima é exatamente o fato de que ela coopera na sua produção como um não-sujeito. Isto é, ela ajuda a criar aquele lugar no qual o prazer, a proteção ou o amparo se realizam desde que se ponha como vítima. Esse é o 'buraco negro' da violência contra a mulher: são situações em que a mulher se produz – não é apenas produzida – como não-sujeito.

    Não estou me valendo desses *insights* para, num procedimento bastante habitual, culpar as vítimas. Trata-se, pelo contrário, de entender os contextos nos quais a violência ocorre, e o significado que assume" (GREGORI, Maria Filomena. Cenas e queixas: mulheres e relações violentas. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 23, 1989. p. 167).

sobrestamento do julgamento moral ao se olhar para a violência, tentando enxergá-la como uma forma de comunicação. Barter refere que a violência seria uma "estratégia mais eficaz de chamar a atenção de alguém"[46]. Isto é, ao se manifestar e não ser ouvida, a pessoa utilizaria a violência como um aumento do volume de sua interpelação. O que se percebe, ao analisar diversos tipos de relações na atualidade, é que a violência se tornou uma forma corriqueira de comunicação: seja presencialmente, seja nas redes sociais, onde se dissemina rapidamente a fala violenta, o discurso de ódio e a ausência de escuta do(a) outro(a). E esse fenômeno pode ser verificado tanto no âmbito de relações de amizade como em relações amorosas e até mesmo profissionais. Tal contexto pode ser observado em relações conjugais violentas, por exemplo, em que ambos os parceiros se agridem verbal ou fisicamente de forma mútua.

De fato, a violência em si mesma é uma linguagem que necessita de, pelo menos, mais de um sujeito para ser exercida: alguém que figurará como autor e alguém que ocupará a posição de receptor dessa violência. Quando se olha para a violência por essa perspectiva, é possível depreender seu aspecto relacional: para existir, um/a parceiro/a precisa do/a outro/a para concretizar a violência. Ou seja, existe uma interface simbiótica nas relações violentas aqui abordadas, as quais, imprescindível afirmar, não se localizam fora de relações de afeto e de territorialidades ou especificidades mais complexas. Assim, ao lançar luz a todas essas questões, como se pode simplesmente taxar uma violência a partir de um fenômeno mais amplo, julgando toda e qualquer conjuntura como sendo abarcada por moldes genéricos já postos?

> A situação de dominado(a) não suprime necessariamente o exercício da violência, física ou simbólica, e a dominação não depende obviamente da força física para se exercer. No domínio das relações afetivas, todas as combinações parecem plausíveis, mesmo as paradoxais. É perfeitamente possível, portanto, que uma mulher dominada, independentemente de situações de autodefesa, possa agredir seu parceiro, seja ele também violento ou não. Nem a dominação, nem a violência que ela pode engendrar, tampouco a conexão entre esses dois fatores, se apresentam de forma pura, autônoma e sem contradições.[47]

46. BARTER, Dominic. Violência só é eficaz no início, depois é a pior estratégia possível. *Revista Consultor Jurídico*. 6 de janeiro de 2017. Entrevista concedida a Marcelo Lins. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-jan-06/milenio-dominic-barter-consultor-comunicacao-nao-violenta]. Acesso em: 29.11.2016.

47. SOARES, Bárbara Musumeci. A "conflitualidade" conjugal e o paradigma da violência contra a mulher. *Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 5, n. 2, 2012. p. 193.

Ao longo dessas aproximações entre relações de violência, poder e resistência, busca-se questionar o local estático que se criou para pensar as situações de violência contra as mulheres, violência doméstica ou violência conjugal (conceitos esses usados como sinônimos de modo errôneo[48], ainda que disponham de pontos em comum, nos casos concretos). Negar às mulheres a capacidade de resistir por si mesmas ou de – por que não? – atuarem como sujeitos ativos de violências são algumas das faces desse engessamento que retira das mulheres a voz e a capacidade de agência. A seguir, partindo de uma crítica a essa visão estanque, pretende-se abordar algumas formas de resistência e de enfrentamento ao problema da violência contra as mulheres, acentuando-se o poder de agência delas próprias e as experiências que já vêm privilegiando a autonomia das mulheres em situação de violência.

4. Violência, resistência e agência; intervenção e prevenção: sobre as estratégias de enfrentamento da violência contra as mulheres

Onde há poder,
há resistência.[49]

"Quem não sem dores/ Aceita que tudo deve mudar"[50]: a música que inspira o enlace do presente artigo também relembra o quanto as mulheres dispõem de vontade de tensionamento e questionamento da ordem dada. Possível afirmar que nunca antes as mulheres romperam tanto com os padrões de gênero que lhes são cotidianamente impostos. Com efeito, tais insubordinações e resistências se consubstanciam na:

> [...] disposição para arriscar e buscar mudanças, o que demonstra, no mínimo, consciência de que [as mulheres] estão rompendo limites significativos impostos pelos valores tradicionais e fazendo valer alguns de seus direitos, aí residindo o germe do empoderamento[51].

48. Ver: NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Sílvia Helena. Mulheres vítimas de violência doméstica: compreendendo subjetividades assujeitadas. *Psico*, v. 37, n. 1, 2006. p. 8.

49. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*: a vontade do saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 104.

50. Trecho da música da banda Francisco El Hombre, com autoria e interpretação de Juliana Strassacapa e participação de Helena Maria, Larissa Baq, Renata Éssis e Salma Jô. STRASSACAPA, Juliana. Francisco El Hombre. Triste, louca ou má. *SoltasBruxa*. São Paulo: Estúdio Navegantes, 2016.

51. CORTEZ, Mirian Béccheri; SOUZA, Lídio de. Mulheres (in)subordinadas: o empoderamento feminino e suas repercussões nas ocorrências de violência conjugal. *Psicologia: teoria e pesquisa*, v. 24, n. 2, 2008. p. 177.

A vedação ou a negação da resistência das mulheres em relações violentas nega também que elas possam se enxergar enquanto um coletivo que resiste. Ao passo que se invisibiliza a complexidade daquelas que figuram como sujeitos nos quais a violência se materializa, é ocultada também toda uma série de estratégias de resistência à violência vivenciada. As diferentes formas de resistência podem representar apenas fissuras diante da violência sofrida, mas, assim como as relações de poder, podem tecer também uma *rede,* uma malha de enfrentamento ao poder, tal como sustenta Foucault:

> [...] os pontos, os nós, os focos de resistência disseminam-se com mais ou menos densidade no tempo e no espaço, às vezes provocando o levante de grupos ou indivíduos de maneira definitiva, inflamando certos pontos do corpo, certos momentos da vida, certos tipos de comportamento. Grandes rupturas radicais, divisões binárias e maciças? Às vezes. É mais comum, entretanto, serem pontos de resistência móveis e transitórios, que introduzem na sociedade clivagens que se deslocam, rompem unidades e suscitam reagrupamentos, percorrem os próprios indivíduos, recortando-os e remodelando, traçando neles, em seus corpos e almas, regiões irredutíveis. Da mesma forma que a rede das relações de poder acaba formando um tecido espesso que atravessa os aparelhos e as instituições, sem se localizar exatamente neles, também a pulverização dos pontos de resistência atravessa as estratificações sociais e as unidades individuais.[52]

Em que pese, em um primeiro momento, se possa pensar desimportante o fortalecimento dessa rede, o seu fortalecimento pode ser substancial ao rompimento da violência. Grupos de apoio e espaços coletivos de mulheres, ao fomentarem a perspectiva de força, combatividade, persistência e resiliência, podem ter diversos impactos na autoestima das mulheres que experienciaram situações de violência. Como exposto anteriormente, a visibilização desse prisma pode fazer emergir forma substancial de agência, dinamizando as relações de poder[53].

52. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*: a vontade do saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 104-105.

53. "E 'o' poder, no que tem de permanente, de repetitivo, de inerte, de autorreprodutor, é apenas efeito de conjunto, esboçado a partir de todas essas mobilidades, encadeamento que se apoia em cada uma delas e, em troca, procura fixá-las. Sem dúvida, devemos ser nominalistas: o poder não é uma instituição nem uma estrutura, não é uma certa potência de que alguns sejam dotados: é o nome dado a uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada" (FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*: a vontade do saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 88-89).

Quando não explorada essa interface de tenacidade e autoconfiança, focando exclusivamente no caráter vulnerabilizador da violência sofrida, deixam de ser potencializados os construtos de autonomia, centrando apenas na perspectiva de submissão e apassivamento. Com efeito, isso pode gerar uma individualização e pessoalização do aspecto relacional da violência, deixando de lado a possibilidade de entrecruzamento dessa malha tecida pelas mulheres que resistem, em conjunto.

Esse fenômeno pode ser observado, por exemplo, no fortalecimento estimulado na Casa de Referência Mulheres Mirabal, localizada em um prédio ocupado no centro de Porto Alegre/RS, assim como em outras casas e redes de apoio que vêm se consolidando não apenas no Brasil, mas no mundo. A partir de manifestações de profissionais que atendem na Mirabal, mencionadas em aproximações prévias com tal espaço[54], é possível depreender que um dos principais êxitos da casa é a construção desse espaço de acolhimento que propicia uma formação de laços entre as próprias acolhidas. Nesse âmbito, ocorre o encorajamento e o fortalecimento mútuo das mulheres acolhidas, sendo salientados seus pontos fortes e suas capacidades de resistência[55].

Em virtude de tal espaço ser construído por militantes de movimentos sociais, as acolhedoras da casa também buscam enaltecer a força das mulheres organizadas politicamente em combate às opressões estruturais. Assim, inclusive algumas mulheres que entraram como acolhidas na casa passam a ser acolhedoras, após processo de transformação e fortalecimento, seja entrando formalmente na organização da Casa de Referência Mulheres Mirabal, ou figurando como elo da corrente de mulheres. Aquelas que um dia foram vitimadas pela violência doméstica ou de gênero[56] tornam-se exemplo e acolhimento a outras mulheres

54. Entrevistas realizadas para outra pesquisa da autora Domenique Assis Goulart, ainda não finalizada.

55. "Esses pontos de resistência estão presentes em toda uma rede de poder. Portanto, não existe, com respeito ao poder, um *lugar* da grande Recusa – alma da revolta, foco de todas as rebeliões, lei pura do revolucionário. Mas sim resistências, no plural, que são casos únicos: possíveis, necessárias, improváveis, espontâneas, selvagens, solitárias, planejadas, arrastadas, violentas, irreconciliáveis, prontas ao compromisso, interessadas ou fadadas ao sacrifício; por definição, não podem existir a não ser no campo estratégico das relações de poder" (FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*: a vontade do saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 104).

56. Ao longo da presente pesquisa e também na *práxis* cotidiana das autoras, busca-se evitar a simples denominação de "vítima", por se considerar que a própria designação de "vítima" acaba engessando a posição da mulher que tenha sofrido a violência, situando-a

nesse caminho de superação da situação de violência. Cabe ressaltar que o espaço se mostra como uma subversão dos esquemas normativos dados, eis que, por seu próprio caráter de surgimento através de uma ocupação por movimento social de prédio em desuso, na capital do Rio Grande do Sul, concretizou-se o serviço interdisciplinar de acolhimento a mulheres em situação de violência na região[57].

De forma semelhante, o Manual para Profissionais de Avaliação e Gestão de Risco em Rede[58], desenvolvido por grupo atuante em Portugal, aponta nessa diretriz. Segundo o manual, o princípio geral de intervenção da atuação de profissionais com mulheres sobreviventes a violências de gênero se fundamenta na valorização das trajetórias das próprias mulheres. Isso, pois elas "são peritas de experiência. Os relatos sobre a violência a que foram sujeitadas, as experiências de vida que tiveram e as especificidades de cada uma devem ser reconhecidas, respeitadas e validadas"[59].

Para além disso, o manual explicita o *empowermet* (empoderamento) como um dos princípios reguladores para a atuação e ética de profissionais ao intervirem com situações de violência de gênero contra as mulheres. O empoderamento está diretamente relacionado ao dever de promoção do fortalecimento individual das sobreviventes, com a ciência de que elas são as executoras de suas próprias transformações. A diretriz de atuação do empoderamento também implica o dever de "valorizar o percurso das sobreviventes e da sua capacidade de resiliência"[60].

Esses mecanismos de intervenção que valorizam a voz e a perspectiva das próprias mulheres que foram submetidas à situação de violência enaltecem e reforçam a autoconfiança, a qual pode ter sido perdida quando do contexto de vulnerabilidade. Dar ênfase à capacidade de resistência à violência é também dar

---

num lugar estático e de permanente vulnerabilidade. O que se quer acentuar é que, embora todas as mulheres possam ser vitimadas ou estar sujeitas à violência doméstica em algum momento, elas carregam dentro de si a possibilidade de resistência a essa violência, de sair do lugar de vítima.

57. GAWLINSKI, Thainá. Nasce em Porto Alegre a Ocupação Mulheres Mirabal. *A Verdade*, 25 de novembro de 2016. Disponível em: [http://averdade.org.br/2016/11/nasce-em-porto-alegre-ocupacao-mulheres-mirabal/]. Acesso em: 24.02.2018.

58. AMCV, Associação de Mulheres Contra a Violência. *Avaliação e gestão de risco em rede:* manual para profissionais. 2013. Disponível em: [http://cidadaniaemportugal.pt/wp-content/uploads/recursos/avaliacao_e_gestao_de_risco_em_rede.pdf]. Acesso em: 29.11.2017.

59. AMCV. Op. cit., p. 36.

60. AMCV. Op. cit., p. 40.

ênfase à autonomia e agência, fazendo com que as mulheres possam ser vistas por elas mesmas não apenas como vítimas, mas também como lugares de potência, aptas a ressignificar suas posições.

Nesse sentido, inclusive, é a questão dilemática de que muitas mulheres não rompem com os companheiros que lhes agridem, seja por expressa deliberação, seja por ausência de capacidade de exercício de sua autonomia[61]. Ao buscar os nós de produção daqueles assujeitamentos, tensionar a possibilidade de as mulheres cooperarem para, então, a criação de uma relação saudável, se denota imprescindível para o alcance pleno do rompimento com a violência.

Evidentemente, para que esse objetivo seja alcançado efetivamente, faz-se necessária a participação dos homens autores de violência. A Lei 11.340/2006, em seu artigo 35, inciso V, prescreve que os entes federativos poderão criar e promover "centros de educação e de reabilitação para os agressores". Muitos Juizados de Violência Doméstica já vêm implementando grupos reflexivos com homens autores de violência, tais como o Juizado da Comarca de Porto Alegre. Porém, tal solução frequentemente é deslegitimada, em virtude de um prisma punitivista.

Bárbara Stock desenvolveu pesquisa na Espanha acerca da implantação da política pública de grupos de reabilitação para homens autores de violência[62], a qual pode fornecer subsídios para lidar com a problemática da violência contra as mulheres. Segundo ela, "los programas de rehabilitación para agresores constituyen un elemento indispensable de las políticas públicas de combate a la violencia de género en razón de los efectos preventivos especiales que presentan."[63] Quer

61. Ciente da complexidade dos motivos que levam as mulheres a permanecerem em uma relação abusiva, tais como amor pelo companheiro e expectativa de mudança de comportamento, preocupação com os filhos, questões de ordem financeira, valores sociais e dogmas religiosos, medo da violência, entre outros, cabe refutar as ideias estigmatizantes que vigem no senso comum de que mulheres permanecem nessas relações por que "gostam de apanhar". A complexidade da relação não possibilita simples rompimento e, para além disso, impor a ruptura da relação como única escolha em tais situações, seria mais uma vez negar a autonomia das mulheres e sua capacidade de escolha, agência e resistência para confrontar e lidar com a problemática.

62. STOCK, Bárbara Sordi. Programas de rehabilitación para agresores en España: un elemento indispensable de las políticas de combate a la violencia de género. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n. 19, p. 297-317, 2015.

63. STOCK, Bárbara Sordi. Programas de rehabilitación para agresores en España: un elemento indispensable de las políticas de combate a la violencia de género. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n. 19, 2015. p. 312.

dizer, ao serem realizadas intervenções com os autores da violência através de discussão da construção das masculinidades, práticas de controle de emoções e melhora da autoestima, bem como estimulando a reflexão crítica sobre o significado de suas condutas, o impacto na reincidência da violência pode ser gigantesco[64].

Outra abordagem preventiva, igualmente pouco explorada, apesar de prevista na Lei Maria da Penha[65], diz respeito ao desenvolvimento de grupos sobre a temática da violência contra as mulheres com jovens. A intervenção preventiva em ambiente escolar é capaz de produzir mudanças significativas a longo prazo, tendo em vista que, na juventude, as subjetividades ainda estão em construção. Consoante a pesquisa "Prevenção da violência nas relações de namoro: intervenção com jovens em contexto escolar", desenvolvida também em Portugal, o objetivo deste tipo de medida preventiva é "mostrar aos jovens a gravidade da violência e educá-los acerca de comportamentos não-violentos na intimidade"[66].

Os resultados obtidos por meio da intervenção portuguesa com jovens demonstram que "as crenças que os alunos possuíam em relação à violência nas

64. "O Governo de Goiás, via Secretaria Cidadã, realiza na próxima sexta-feira (16), em Anápolis, o lançamento do Grupo Reflexivo para Autores de Violência Doméstica na cidade. O projeto tem como objetivo a interrupção do ciclo da violência contra a mulher. O evento, com participação da secretária Onaide Santillo, será às 9h30, no Fórum de Anápolis. O trabalho é realizado há pouco mais de dois anos e já tem resultados altamente positivos: *de 350 homens atendidos, houve reincidência de apenas três*" (destaque do original) (GOIÁS (Estado). Secretaria Cidadã. *Grupos reflexivos de autores de violência reduzem reincidência*. 14 de fevereiro de 2018. Disponível em: [www.secretariacidada.go.gov.br/index.php/grupos-reflexivos-de-autores-de-violencia-reduzem-reincidencia]. Acesso em: 28.02.2018).

65. Art. 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes: [...]

V – a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres; [...]

VIII – a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

IX – o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à eqüidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

66. MATOS, Marlene et al. Prevenção da violência nas relações de namoro: intervenção com jovens em contexto escolar. *Psicologia: teoria e prática*, v. 8, n. 1, 2006.

relações íntimas se alteraram", tendo em vista que essa mudança "em direção a uma menor tolerância ocorreu em quase todos os fatores de legitimação avaliados"[67]. Assim, tanto a implementação de grupos reflexivos com homens autores de violência quanto a realização de grupos preventivos com jovens se revelam opções efetivas de prevenção da perpetuação da violência contra as mulheres.

Em que pese a existência de críticas pertinentes à Lei 11.340/2006, sob o fundamento de que ela teria se apresentado como mecanismo punitivista, a pluralidade de instrumentos de intervenção que ela oferece deve ser ainda vastamente explorada, como bem apontado por Wânia Pasinato, ao realizar um balanço dos oito primeiros anos de Lei Maria da Penha:

> Nesse sentido, é importante relembrar que a Lei Maria da Penha não é uma legislação apenas do âmbito penal. Embora estejam previstas atribuições para polícias civis, ministério públicos, defensorias públicas e tribunais de justiça, e boa parte dessas atribuições também requeiram inovações na forma de tratamento judicial da violência doméstica e familiar, a legislação também amplia a participação de outros setores no atendimento às mulheres, na proteção de direitos e na prevenção da violência. Para tanto, recomenda a articulação com outras áreas do Direito (cível, de família), com os setores da saúde, assistência social, do trabalho e previdência social, com as políticas de previdência social, trabalho e emprego, para o empoderamento econômico das mulheres, bem como com as políticas de educação para a prevenção e mudança social que se almeja alcançar.[68]

Dessa forma, a partir da análise desse conjunto de previsões extrapenais, percebe-se que a Lei 11.340/2006 trouxe uma gama de "medidas de proteção e promoção dos direitos das mulheres que extrapolam as ações de justiça criminal, punitivas e restritivas de direitos para os agressores"[69], e que visam a promover o direito das mulheres a partir dessas outras formas de intervenções estatais. No entanto, ao analisar a realidade dos Juizados de Violência Doméstica e dos caminhos institucionais percorridos pelas mulheres que buscam tutela estatal para a violência doméstica sofrida, percebe-se que o caráter extrapenal da Lei Maria da Penha resta adormecido, praticamente esquecido.

67. MATOS, Marlene et al. Prevenção da violência nas relações de namoro: intervenção com jovens em contexto escolar. *Psicologia: teoria e prática*, v. 8, n. 1, 2006.
68. PASINATO, Wânia. Oito anos de Lei Maria da Penha. Entre avanços, obstáculos e desafios. *Estudos Feministas*, v. 23, n. 2, 2015. p. 534.
69. PASINATO, Wânia. Oito anos de Lei Maria da Penha. Entre avanços, obstáculos e desafios. *Estudos Feministas*, v. 23, n. 2, 2015. p. 534.

É visível que a questão da violência doméstica caiu no monopólio do sistema punitivo, que segue negligenciando e silenciando as necessidades das mulheres, como já explicitado no presente artigo. Ressalta-se que a opção do estado e de movimentos sociais[70] por formas repressivas e punitivas de lidar com a problemática se dá em virtude do amplo senso punitivista disseminado socialmente. Como bem destacado por Maria Lúcia Karam, a Lei Maria da Penha, assim como as políticas públicas que a seguiram, acabaram inclinando-se "para uma opção criminalizadora, privilegiando a sempre enganosa, danosa e dolorosa intervenção do sistema penal como suposto instrumento de realização daqueles direitos fundamentais"[71].

A partir do entendimento da ineficácia do sistema punitivo na promoção de direitos fundamentais e da compreensão de que o modelo tradicional de resolução de conflitos[72] tende a negligenciar as narrativas das mulheres, deve-se buscar um enfoque cada vez maior nas demais estratégias de enfrentamento da violência ora expostas. Seja por meio de grupos multidisciplinares de acolhimento às mulheres, seja através de intervenções com jovens e grupos reflexivos voltados aos homens, percebe-se que a superação do sistema punitivo é não apenas possível, como também necessária.

---

70. KARAM, Maria Lúcia. *Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas*. Justificando, 13 de março de 2015. Disponível em: [http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/]. Acesso em 01.09.2017.

71. KARAM, Maria Lúcia. *Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas*. Justificando, 13 de março de 2015. Disponível em: [http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/]. Acesso em 01.09.2017.

72. Alguns estudos vêm apontando para as possibilidades de modificar-se o paradigma punitivista nos conflitos domésticos por meio da aplicação de práticas de Justiça Restaurativa: "as práticas restaurativas representam elementos capazes de romper com os paradoxos punitivos definidos pela norma, quando esta, por sua vez, torna-se símbolo da retributividade presente no processo de conversações da comunidade. Justiça Restaurativa é o espaço de diálogo, que, como recurso tecnológico, possibilita práticas de cidadania" (COSTA, Marli Marlene Moraes da *et al*. O sistema penal e as políticas de prevenção à violência contra a mulher por meio da Justiça Restaurativa. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). *Relações de gênero e sistema penal:* violência e conflitualidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 60-61). A temática da justiça restaurativa não constitui objeto de aprofundamento do presente trabalho; contudo, salienta-se que pode ser uma excelente estratégia no enfrentamento da violência doméstica, desde que não seja – como vem ocorrendo com diversas medidas despenalizadoras – colonizada pela mentalidade punitivista do nosso sistema de justiça criminal.

5. Considerações finais: contribuições para novas formas de pensar o problema

"Não me vejo na palavra fêmea: alvo de caça, conformada vítima. Prefiro queimar o mapa, traçar de novo a estrada, ver cores nas cinzas e a vida reinventar"[73]. O presente artigo buscou ensaiar algumas reflexões e tentativas de traçar "novas estradas" para enfrentar o problema da violência contra as mulheres. Entende-se que os meios tradicionais de encarar o fenômeno da violência doméstica estão atualmente – e constantemente – em disputa dentro dos movimentos de mulheres e do próprio campo jurídico.

Dessa forma, pretendeu-se romper com leituras hegemônicas acerca do fenômeno da violência de gênero, a fim de buscar alternativas para superar o binômio estático "vítima-agressor" e o apassivamento da mulher produzidos pelos meios tradicionais de resolução de conflitos dessa natureza. Nessa senda, foram apontadas algumas das críticas passíveis de serem feitas ao sistema de justiça criminal, em especial às práticas e aos discursos generificantes. A simplificação do fenômeno através de modelos preconcebidos, o silenciamento e a desconsideração da vontade das mulheres vitimadas foram apontados como faces e exemplos desses esquemas normativos simplificadores que dominam o campo jurídico quando o assunto é a violência doméstica.

Como se buscou demonstrar, o apassivamento e a negação de uma força própria de resistência das mulheres acabam fazendo com que elas mesmas deixem de se enxergar enquanto sujeitos de poder e resistência. As mulheres que decidem buscar o sistema de justiça criminal (incluída, aqui, a instância policial) muitas vezes terminam por se apassivar, por colocar-se em uma condição estanque de vítima, para que a sua narrativa seja ouvida e valorada pelas instituições atuantes no nosso falido sistema punitivo. De outra banda, aquelas mulheres que não conseguem se encaixar nesse papel beatificado de vítima, "não se vêem na palavra fêmea, alvo de caça ou conformada vítima", frequentemente têm as suas demandas negadas ou diminuídas. De uma forma ou outra, o sistema tradicional de resolução desse tipo de conflito tem gerado insatisfações recorrentes.

Por outro lado, formas alternativas de resolução de conflitos e de construção de uma *rede* de enfrentamento do problema – tais como os exemplos da Casa de Referência Mulheres Mirabal e do manual português voltado para profissionais – são possibilidades que vêm encontrando "cores nas cinzas", ao fornecerem às

73. STRASSACAPA, Juliana. Francisco El Hombre. Triste, louca ou má. *SoltasBruxa*. São Paulo: Estúdio Navegantes, 2016.

mulheres vitimadas uma perspectiva de força, empoderamento e autoestima. Esses mecanismos, que valorizam a voz das próprias mulheres, constituem formas de estimular que elas também se vejam como sujeitos de potência, de resistência e de autonomia.

Para além disso, a implementação de estratégias preventivas de erradicação da violência contra as mulheres deve ser ampliada. A opção pela via punitivista mostra sua precariedade para dar conta do fenômeno aqui estudado. Contudo, mecanismos preventivos, tais como grupos nas escolas com jovens e grupos reflexivos com autores de violência, vêm "desatando nós" em direção ao repensar da violência contra as mulheres, implicando uma real diminuição de sua ocorrência.

Para que se possa superar o lugar-comum dos estereótipos que cercam os discursos sobre a violência de gênero, é necessário permitir-se transgredir modelos preconcebidos. Com o objetivo de traçar novas estradas, trouxemos à baila algumas reflexões que buscam romper com a simplificação do fenômeno em debate. Encarar a possibilidade de que mulheres possam figurar como agressoras e de que possam, de forma autônoma, romper com situações de agressão a que sejam submetidas significa permitir-se enxergá-las subvertendo os papéis de gênero impostos socialmente.

As reflexões e proposições trazidas no presente trabalho não têm a pretensão de esgotar o debate. Pelo contrário: por meio desta abordagem da temática sob uma nova perspectiva, foram exploradas algumas inquietações e tentativas de (re)leituras possíveis acerca do problema da violência contra as mulheres. Que o sistema penal fálico e falido de que dispomos não possui mecanismos eficazes para erradicar o problema da violência doméstica já é amplamente sabido por pesquisadoras(es) e profissionais da área. Agora é necessário "queimar o mapa, traçar de novo a estrada", e implementar novas formas de encarar e lidar com esse fenômeno.

6. Referências

ALENCAR, Daniele Nunes de; MELLO, Marilia Montenegro Pessoa de. A Lei Maria da Penha e sua aplicação na cidade de Recife: uma análise crítica do perfil do "agressor" nos casos que chegam ao Juizado da Mulher (anos 2007-2008). *Revista Sociais e Humanas*, Santa Maria, v. 24, n. 02, p. 09-21, jul.-dez. 2011.

AMCV, Associação de Mulheres Contra a Violência. *Avaliação e gestão de risco em rede:* manual para profissionais. 2013. Disponível em: [http://cidadaniaem-portugal.pt/wp-content/uploads/recursos/avaliacao_e_gestao_de_risco_em_rede.pdf]. Acesso em: 29.11.2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência*, n. 50, p. 71-102, jul. 2005.

APAV, Associação Portuguesa de Apoio à Vítima. *O ciclo da violência doméstica*. Disponível em: [https://apav.pt/vd/index.php/vd/o-ciclo-da-violencia-domestica]. Acesso em: 29.11.2017.

BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado:* o mito do amor materno. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BARTER, Dominic. Violência só é eficaz no início, depois é a pior estratégia possível. *Revista Consultor Jurídico*. 6 de janeiro de 2017. Entrevista concedida a Marcelo Lins. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-jan-06/milenio-dominic-barter-consultor-comunicacao-nao-violenta]. Acesso em: 29.11.2017.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*: a condição feminina e a violência simbólica. Trad. Maria Helena Kühner. 4. ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2017.

BUTLER, Judith. Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do "sexo". In: LOURO, Guacira Lopes (Org.). *O corpo educado:* pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero:* feminismo e subversão da identidade. Trad. Renato Aguiar. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BUTLER, Judith. *Rethinking vulnerability and resistance*. Madrid: June, 2014.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero:* feminismo e subversão da identidade. Trad. Renato Aguiar. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

BUTLER, Judith. *Quadros de guerra*: quando a vida é passível de luto? Trad. Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão e Arnaldo Marques da Cunha. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. *Pesquisa revela frustração de mulheres vítimas de violência com a Justiça.* Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85601-pesquisa-revela-frustracao-de-mulheres-vitimas-de-violencia-que-buscam-solucao-na-justica]. Acesso em: 28.11.2017.

CORTEZ, Mirian Béccheri; SOUZA, Lídio de. Mulheres (in)subordinadas: o empoderamento feminino e suas repercussões nas ocorrências de violência conjugal. *Psicologia: teoria e pesquisa*, v. 24, n. 2, p. 171-180, 2008.

COSTA, Marli Marlene Moraes da et al. O sistema penal e as políticas de prevenção à violência contra a mulher por meio da Justiça Restaurativa. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). *Relações de gênero e sistema penal:* violência e conflitualidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

FACHINETTO, Rochele Fellini. Homicídio contra mulheres e campo jurídico: a atuação dos operadores do direito na reprodução das categorias de gênero. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). *Relações de gênero e sistema penal:* violência e conflitualidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

FACHINETTO, Rochele Fellini. Quando eles as matam e quando elas os matam: uma análise dos julgamentos de homicídio pelo Tribunal do Júri. 421f. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil, 2012.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*: a vontade do saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

GAWLINSKI, Thainá. Nasce em Porto Alegre a Ocupação Mulheres Mirabal. *A Verdade*, 25 de novembro de 2016. Disponível em: [http://averdade.org.br/2016/11/nasce-em-porto-alegre-ocupacao-mulheres-mirabal/]. Acesso em: 24.02.2018.

GOIÁS (Estado). Secretaria Cidadã. *Grupos reflexivos de autores de violência reduzem reincidência.* 14 de fevereiro de 2018. Disponível em: [www.secretariacidada.go.gov.br/index.php/grupos-reflexivos-de-autores-de-violencia--reduzem-reincidencia]. Acesso em: 28.02.2018.

GOMES, Maíra Marchi. Ser vítima não é um dever: algumas considerações psicanalíticas sobre a Lei Maria da Penha. In: GOSTINSKI, Aline; MARTINS, Fernanda (Org.). *Estudos feministas:* por um direito menos machista. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 2.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. Violência contra a mulher: contribuições da vitimologia. *Sistema Penal & Violência*, v. 8, n. 1, p. 38-52, jan.-jun. 2016.

GREGORI, Maria Filomena. Cenas e queixas: mulheres e relações violentas. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 23, p. 163-175, 1989.

KAUR, Rupi. *Outros jeitos de usar a boca.* Trad. Ana Guadalupe. São Paulo: Planeta, 2017.

KARAM, Maria Lúcia. Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas. *Justificando*, 13 de março de 2015. Disponível em: [http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de--ativistas-e-movimentos-feministas/]. Acesso em 24.02.2018.

MATOS, Marlene et al. Prevenção da violência nas relações de namoro: intervenção com jovens em contexto escolar. *Psicologia: teoria e prática*, v. 8, n. 1, 2006.

MARTINS, Fernanda. Entre-nós radicais: ensaio para uma costura criminológico-feminista. In: GOSTINSKI, Aline; MARTINS, Fernanda (Org.). *Estudos feministas:* por um direito menos machista. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 2.

MELLO, Marilia Montenegro Pessoa de. Da mulher honesta à lei com nome de mulher: o lugar do feminismo na legislação brasileira. *Revista Videre*, Dourados, ano 2, n. 3, p. 137-159, jan.-jun. 2010.

NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Sílvia Helena. Mulheres vítimas de violência doméstica: compreendendo subjetividades assujeitadas. *Psico*, v. 37, n. 1, p. 8, 2006.

OSORIO, Fernanda; ALBUQUERQUE, Laura Gigante; GOULART, Domenique Assis. O sistema prisional construído sob a lógica masculina e as violações contra a mulher em situação de cárcere. In: GOSTINSKI, Aline; MARTINS, Fernanda (Org.). *Estudos feministas:* por um direito menos machista. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 2.

PASINATO, Wânia. Oito anos de Lei Maria da Penha. Entre avanços, obstáculos e desafios. *Estudos Feministas*, v. 23, n. 2, p. 533-545, 2015.

ROCHA, Carol. #PorTodasElas. *Casa da Mãe Joana*, 30.12.2016. Disponível em: [http://casadamaejoanna.com/2016/12/30/portodaselas/]. Acesso em: 30.11.2017.

SENADO, Agência. *Pesquisa DataSenado*: 66% das mulheres se sentem mais protegidas com Lei Maria da Penha. Senado Notícias, 03 de março de 2013. Disponível em: [www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/03/26/pesquisa-datasenado-aponta-que-mulheres-se-sentem-mais-protegidas-com-lei-maria-da-penha]. Acesso em: 29.11.2017.

SOARES, Bárbara Musumeci. A "conflitualidade" conjugal e o paradigma da violência contra a mulher. *Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 5, n. 2, p. 191-210, 2012.

STOCK, Bárbara Sordi. Programas de rehabilitación para agresores en España: un elemento indispensable de las políticas de combate a la violencia de género. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n. 19, p. 297-317, 2015.

STRASSACAPA, Juliana. Francisco El Hombre. Triste, louca ou má. *SoltasBruxa*. São Paulo: Estúdio Navegantes, 2016.

STUKER, Paola. "Entre a Cruz e a Espada": Significados da renúncia à representação criminal por mulheres em situação de violência conjugal no contexto da Lei Maria da Penha. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciência Humanas, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Porto Alegre, 2016.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. Punir, proteger, prevenir? A Lei Maria da Penha e as limitações da administração dos conflitos conjugais violentos através da utilização do Direito Penal. Tese (Doutorado em Ciências Sociais), 224 f. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Porto Alegre, 2015.

WAISELFISZ, J. J. *Mapa da violência 2015:* homicídios de mulheres no Brasil. Brasília: FLACSO Brasil, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A Percepção do Condenado sobre a Violência Contra a Mulher: A Dominação na Cultura de Gênero, de Iara Rabelo de Souza e Julia Maurmann Ximenes – *RBCCrim* 146/373--396 (DTR\2018\18307);
- As Sufragistas, o Direito Penal e as Mulheres: Dóceis, Submissas e Recatadas. A Linguagem da Dogmática Penal, de Andressa Paula de Andrade e Luiz Fernando Kazmierczak – *RBCCrim* 138/187-211 (DTR\2017\6739);
- E Quando a Vítima é a Mulher? Uma Análise Crítica do Discurso das Principais Obras de Direito Penal e a Violência Simbólica no Tratamento das Mulheres Vítimas de Crimes Contra a Dignidade Sexual, de Julia Maurmann Ximenes, Soraia da Rosa Mendes e Rodrigo Chia – *RBCCrim* 130/349-367 (DTR\2017\674);
- Perspectivas Feministas em Criminologia: A Interseccionalidade entre Gênero, Raça e Classe na Análise do Estupro, de Mailô de Menezes Vieira Andrade – *RBCCrim* 146/435--455 (DTR\2018\18287); e
- Sistema de Justiça Criminal e Perspectiva de Gênero, de Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Carmen Hein de Campos – *RBCCrim* 146/273-303 (DTR\2018\18282).

A justiça restaurativa no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher: potencialidades e riscos a partir de uma perspectiva feminista

Restorative justice in the context of family and domestic violence against women: potentialities and risks from a feminist perspective

Lucas César Costa Ferreira

Pós-Graduado em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário em Brasília. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Goiás. Promotor de Justiça em Goiás.
lucascferreira@yahoo.com.br

Recebido em: 18.02.2018
Aprovado em: 18.06.2018
Última versão do autor: 23.07.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: Este trabalho científico tem por objetivo identificar espaços e avaliar a possibilidade de derivação de casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher à justiça restaurativa. Primeiramente, a partir de pesquisa teórica e bibliográfica, analisa-se a justiça restaurativa como mecanismo de solução de situações problemáticas, com especial exame dos desafios contemporâneos traçados pela literatura especializada a partir da experiência brasileira concentrada no Poder Judiciário. No âmbito da violência contra a mulher, com base em pesquisa histórico-jurídica, traça-se a evolução do tratamento legal dispensado a essas situações problemáticas, que, mesmo em tempos atuais, revela-se insuficiente para interrupção do ciclo de violência contra a mulher. Em análise de pesquisas empíricas, identificam-se projetos de justiça restaurativa que revelam experiências

Abstract: This scientific work aims to identify spaces and evaluate the possibility of referral of cases involving domestic and family violence against women to restorative justice. First, from a theoretical and bibliographical research, restorative justice is analyzed as mechanism for solving problematic situations, including examination of the contemporary challenges traced by the specialized literature based on the Brazilian experience concentrated in the Judiciary. In the context of the violence against women, based on a historical-juridical research, it is traced an evolution of the legal treatment of these problematic situations, which, even in current times, reveals to be insufficient to interrupt the cycle of violence against women. Analyzing empiric research, it is identified projects of restorative justice which reveal successful experiences of women's empowerment, offender accountability and cessation

Ferreira, Lucas César Costa. A justiça restaurativa no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher: potencialidades e riscos a partir de uma perspectiva feminista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 150. ano 26. p. 515-538. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2018.

exitosas de empoderamento da mulher, assunção de responsabilidade de agressores e cessação do processo de revitimização. Não obstante se reconheça a intensa resistência oposta pelo setor feminista ao manejo da justiça restaurativa, tem-se que, quando pautada e construída a partir de viés feminista, mediante eleição de filtros de segurança, a formulação restaurativa oferece potencialidades e ferramentas distintas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Palavras-chave: Violência doméstica – Justiça restaurativa – Potencialidades.

of the revictimization process. Despite the strong resistance of the feminist sector to the handling of restorative justice, it must be pointed out that, when based and constructed from the feminist perspective, through the selection of safety filters, the restorative formulation offers distinct potentialities and tools to confront the domestic violence against women.

Keywords: Domestic violence – Restorative justice – Potentialities.

Sumário: 1. Introdução: desafios contemporâneos para a justiça restaurativa. 2. O cenário legal. 3. Possibilidades e oportunidades. 4. Um possível caminho. Considerações finais. Referências.

1. Introdução: desafios contemporâneos para a justiça restaurativa

No contexto da Criminologia contemporânea e do esforço de definição de novos espaços e vias de solução alternativa de conflitos, a justiça restaurativa emerge como um dos assuntos mais discutidos (SICA, 2017). Decerto, observa-se, diante das limitações e do colapso do paradigma punitivo tradicional, a necessidade de aperfeiçoamento e institucionalização de meios alternativos de solução de controvérsias.

O professor australiano John Braithwaite (2002, p. 3-28) identifica raízes da justiça restaurativa na remota Antiguidade, em que se tolerava a aproximação restaurativa mesmo em casos mais graves. A rigor, o referido pesquisador pontua que a justiça restaurativa compreendeu modelo dominante na história humana dos mais diversos povos.

O que se sucedeu, porém, foi um distanciamento do modelo restaurativo (*the fall of restorative justice*) fomentado por forças de dominação, assim como ocorreu com a imposição do modelo monárquico absolutista (BRAITHWAITE, 2002, p. 5). Os conflitos foram, assim, apropriados pelo Estado, que passou a ser compreendido como o maior afetado pelas condutas delituosas[1] (ACHUTTI, 2016).

1. Refletindo esse contexto, as professoras Fernanda Rosenblatt e Marília Montenegro (2015), em conotação crítica a essa expropriação do conflito, sustentam que "para a vítima, a primeira consequência ao entrar no Sistema de Justiça Criminal tradicional, é que seu problema deixa de lhe pertencer".

Modernamente, em seu processo de revisitação, a justiça restaurativa experimentou grande avanço na Nova Zelândia e no Canadá (BRAITHWAITE, 2002). Atualmente, identificam-se experiências variadas nas mais diversas culturas, onde também se convive com os gargalos e limitações do paradigma punitivo tradicional, em especial de desprezo aos desejos e expectativas das vítimas.

Contudo, mesmo em tempos atuais, a justiça restaurativa traduz matéria ainda pouco palpável, na medida em que se caracteriza por apresentar conceito fluido e impreciso[2]. Com efeito, "enquanto movimento internamente complexo, a justiça restaurativa apenas é capaz de sustentar um conceito aberto, continuamente renovado e desenvolvido com base na experiência" (PALLAMOLLA, 2009, p. 55).

Nada obstante, a pesquisadora Fernanda Fonseca Rosenblatt (2014) registra preocupação acerca dessa visão borrada da justiça restaurativa, *verbis*:

> [...] pensamos ser fundamental destacar que se trata, a justiça restaurativa, de um modelo pouco conhecido no Brasil, *mas ainda muito confuso fora dele*. Com efeito, apesar do grande volume de publicações sobre o tema (fora do Brasil), e da sua posição de destaque nos atuais debates criminológicos (também fora do País), a verdade é que ainda não podemos falar de uma "teoria restaurativa" (nem no Brasil, nem fora dele).

A par dessa imprecisão epistemológica e conceitual, discute-se ainda acerca da posição da justiça restaurativa diante do sistema de justiça criminal tradicional. Questiona-se se assumiria uma via autônoma ou independente – substitutiva ao sistema vigente – ou mesmo um mecanismo complementar do sistema de justiça criminal tradicional.

No âmbito da Criminologia Crítica[3], afigura-se que o abolicionismo penal compreende a sua derivação mais radical, na medida em que sugere a promoção

2. Conquanto seja usual na literatura especializada a menção ao conceito trazido por Marshall: "justiça restaurativa é um processo pelo qual as partes envolvidas em uma específica ofensa resolvem, coletivamente, como lidar com as consequências da ofensa e as suas implicações para o futuro" (ACHUTTI, 2016, p. 65 apud MARSHALL, 1996, p. 37). Nada obstante, torna-se inegável reconhecer que o conceito se revela aberto e ainda impreciso.

3. No campo da Criminologia Crítica, Alessandro Baratta confere uma precisão holística ao método de investigação, senão vejamos: "o ponto de partida da investigação, a definição do objeto dela [criminalização], nas teorias liberais contemporâneas, não é mais exclusivamente *prescrito* pela lei ou pela dogmática penal, não é mais dependente da definição legal de 'criminalidade". Ela é substituída, de maneira mais ou menos consequente e refletida, por uma definição sociológica de desvio, em relação à qual o

de drástica ruptura com o sistema de justiça criminal tradicional. Propõe-se a sua abolição mediante substituição por um modelo distinto de administração de conflitos (CHRISTIE, 1977; HULSMAN; BERNAT DE CELIS, 1997).

Assim, nesse contexto, Achutti (2016) enaltece as críticas formuladas pelo abolicionismo penal com vistas à construção de um modelo crítico-abolicionista de justiça restaurativa que seja apto a promover a redução do sistema penal na administração de conflitos. Assim, a perspectiva abolicionista viabilizaria, mediante drástica ruptura, a definição dos contornos de um novel paradigma infenso à lógica punitivo-retributiva.

Sugere-se, assim, que a justiça restaurativa deve institucionalizar um sistema alternativo e não um mero apêndice de expansionismo do direito penal, *verbis*:

> É possível concluir que a justiça restaurativa, na perspectiva abolicionista, a) não pode virar uma presa do sistema penal, para evitar que seja relegada ao papel de mero suplemento expansionista do poder punitivo; b) exige a adoção de uma nova linguagem para o seu funcionamento, para que não seja colonizada pelas práticas e pelas noções tradicionais da justiça criminal; c) não faz uma distinção preliminar entre ilícitos civis e ilícitos penais, de forma a permitir que os envolvidos decidam a maneira pela qual administrarão a situação; d) não deve se deixar dominar pelos profissionais, sob pena de ser sugada pela indústria do controle do crime e pela lógica burocrática moderna; e) deve refutar qualquer estereótipo sobre as partes, evitando a revitimização das vítimas e a estigmatização dos ofensores; f) necessita ter o seu foco voltado para a satisfação das necessidades da vítima, do ofensor e das suas comunidades de apoio (*communities of care*), a partir do envolvimento coletivo na responsabilização pelo atendimento das condições estipuladas em acordo eventualmente realizado; e g) deve, fundamentadamente, estimular a participação ativa das partes na resolução de seus casos, para que a decisão oriunda do encontro seja um produto das suas próprias propostas (ACHUTTI, 2016, p. 125).

No ponto, Daniel Achutti (2016, p. 185) critica os movimentos processuais recentes que impõem interpretação sobre os fatos e supressão da veiculação de interesse das partes, bem como invocados pela ideologia da defesa social, determinam o que deve ser feito em cada hipótese.

Contudo, em contraste a essa perspectiva abolicionista, a professora Fernanda Rosenblatt (2014) registra que as manifestações práticas da justiça restaurativa

---

comportamento criminalizado constitui uma *species* dentro de um *genus* complexo, somente perceptível no quadro de uma concepção global do sistema social" (BARATTA, 2011, p. 148).

têm reproduzido as bases do paradigma retributivo, sem uma verdadeira configuração de espaço alternativo e infenso à lógica punitiva tradicional. Assim, conquanto inegavelmente influenciada pelo abolicionismo penal, a justiça restaurativa ainda tem sido manejada de forma tímida, secular e complementar.

A justiça restaurativa, precisamente no caso brasileiro, tem o seu protagonismo exercido pelo Poder Judiciário, que ancora as suas bases no sistema punitivo tradicional, de modo que, nesse cenário, torna-se bastante dificultoso ou praticamente impossível o desenvolvimento da justiça restaurativa sob viés independente e absolutamente autônomo.

Formalizada e instituída pelo advento da Portaria 225, de 31 de maio de 2016, do Conselho Nacional de Justiça, a justiça restaurativa foi tomada como possível via alternativa ao sistema tradicional, na medida em que contempla recursos e técnicas distintas de administração de conflitos. Contudo, conquanto tomada como mecanismo alternativo, a justiça restaurativa tem as suas bases firmadas em espaço ainda dominado pela lógica retributiva e punitiva, o que inegavelmente dificulta o seu desenvolvimento.

Nesse cenário, Leonardo Sica (2017), embora tenha reservas em relação ao protagonismo do Poder Judiciário[4], sustenta que a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça poderá contribuir para o desenvolvimento da justiça restaurativa, na proporção em que sejam definidos os contextos problemáticos mais adequados ao modelo, bem como sejam consolidadas portas de entrada no sistema tradicional e estabelecida permanente avaliação externa dos projetos instituídos.

Assim, a literatura especializada tem discutido os alcances e os limites da justiça restaurativa, a fim de que essa via alternativa apresente padrões de aplicação e critérios de avaliação mais seguros – *the making amends model* (VON HIRSCH et al, 2003). No ponto, argumenta-se que a concepção ambiciosa de estabelecimento de uma plataforma universal encerraria dificuldades relativas à imposição de critérios, ao tratamento de ofensores não cooperativos, ao estabelecimento de rotinas e à perda de equidade horizontal entre vítima e ofensor.

Com efeito, a justiça restaurativa, como modelo de solução de controvérsias, não deve ter a pretensão de conferir uma solução única e absoluta, nem mesmo reproduzir um mero esforço de subsunção normativa ou ainda atuar de forma indiscriminatória. Em síntese, o novo modelo deve abandonar qualquer pretensão de "universalidade, objetividade e igualdade" (ACHUTTI, 2016, p. 185).

4. Sica (2017) argumenta que a justiça restaurativa tem experimentado um momento de ambiguidade, porquanto à medida em que ocupa posição central no debate da matéria criminal, percorre espaços periféricos nas políticas públicas de administração da justiça.

Na literatura especializada, indaga-se se a justiça restaurativa seria válida para apenas resolver delitos leves ou graves ou se haveria um âmbito próprio de incidência.

De acordo com Benedetti (2009), a justiça restaurativa, como modelo de justiça distinto, responde a certos tipos de situações problemáticas, ou seja, quando existem sentimentos pessoais vinculando as partes envolvidas. Na mesma linha, Thaize Correia aduz que o mecanismo da justiça restaurativa sugere a promoção de uma abertura dialogal, mediante ampliação dos espaços democráticos na área penal, "especialmente quando o conflito ocorre entre pessoas que já se relacionam e, provavelmente, continuarão a conviver após o processo e a intervenção penal" (2017, p. 83).

De outra parte, Waquim (2011) discorre que, durante o Fórum Europeu para Mediação Vítima-Ofensor e Justiça Restaurativa de 2002, restou consignado que a tendência do modelo restaurativo é voltar-se a delito de média ou alta gravidade, evitando-se a sua aplicação para delitos bagatelares ou de ínfima relevância penal.

Ainda nesse contexto, Rosenblatt (2014) assevera que, na prática, a justiça restaurativa ainda se encontra circunscrita a crimes de menor potencial ofensivo, sob a alegação de que a derivação de crimes mais graves para a justiça restaurativa compreenderia trivialização e privatização do conflito, como se sucede com delitos perpetrados no contexto de violência doméstica e delitos sexuais.

Assim, tem-se que a oportunidade de derivação de hipóteses denota questão ainda acesa e pouco delimitada no âmbito da justiça restaurativa. No presente artigo, voltar-se-á, a partir da perspectiva da criminologia feminista, à análise da possibilidade de derivação de conflitos formados no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Antes, porém, torna-se impositivo delinear a evolução do tratamento legislativo conferido à matéria, em especial com o apontamento de possíveis percalços e limitações que possam determinar a necessidade de instituição de novo modelo de solução de controvérsias.

2. O cenário legal

O combate à violência contra a mulher no Brasil compreende assunto que, em tempos mais modernos, ocupou o cenário de alterações legislativas e de proposição de políticas públicas em razão de sucessivas demandas do movimento feminista e do alarmante quadro de violência contra a mulher.

As vias eleitas, contudo, reproduziram estrutura binária, rígida (dialógica ou estritamente repressiva e punitiva) e limitada ao atendimento da complexidade que caracteriza a violência contra a mulher.

Com o advento da Lei 9.099/95, os conflitos de gênero auferiram visibilidade na proporção em que ampliado o controle do Estado, que, com a instituição de processo célere, informal e dialógico, permitiu o maior acesso e judicialização de conflitos.

Sucede que, ao passo em que qualificou a violência contra a mulher como produto cultural (DIAS, 2007, p. 15) e evidenciou o estágio preocupante atingido, o procedimento instituído pela Lei 9.099/95 pouco contribuiu para minorá-la. Ao revés, os delitos praticados sob o pálio da violência contra a mulher enquadraram-se como delitos de menor potencialidade lesiva, com a consagração da surra doméstica mediante oferecimento de benefícios despenalizadores, em especial a prestação pecuniária consistente no pagamento de cestas básicas (CAMPOS, 2003).

Para Achutti (2016, p. 164), "a Lei 9.099/95 foi elaborada sem levar em consideração o paradigma de gênero: a partir do senso comum masculino, busca punir a conduta masculina tradicional, caracterizada por sua eventualidade". Em outras palavras, a violência contra a mulher possui peculiaridades e características que merecem discriminação em relação a atos de violência praticados em outros contextos, porquanto traduz conflito formado entre pessoas conhecidas entre si e dotado de especial complexidade.

Sobreveio, assim, a edição da Lei Maria da Penha (Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006), que, como fruto de uma ação afirmativa levada a efeito pelo Estado com vistas a veicular o paradigma de reconhecimento da violência contra a mulher como violação a direitos humanos, consagrou o estabelecimento de disciplina de proteção integral à mulher.

A propósito, Wânia Pasinato (2010, p. 220) sugere que as medidas e as ações contempladas na Lei Maria da Penha podem ser organizadas em três eixos de atuação, a saber, combate, proteção e prevenção. No primeiro eixo, têm-se as normas e procedimentos criminais, enquanto no segundo eixo amoldam-se as medidas protetivas e de assistência à mulher. Por fim, no terceiro eixo, estão inseridas as medidas de prevenção e de educação, voltadas ao combate estratégico da violência de gênero.

Contudo, não obstante seja inconteste o avanço conquistado por essa discriminação afirmativa[5], tem-se que se recorreu ao mito do direito penal, ou seja,

5. Em recente estudo empírico divulgado pelo IPEA "Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha", a partir de um modelo empírico embasado em diferenças, em que um grupo de análise (homicídio de mulheres) foi confrontado com um grupo de controle (homicídio de homens), e considerando que aquele se diferencia etiologicamente deste sobretudo em razão da questão do gênero, os resultados demonstraram "que a introdução da

promoveu-se o retorno à via do direito penal e do processo penal tradicional para a administração de tais situações conflitivas. Desde o seu advento, muito se criticou a retomada do inquérito policial, instrumento conhecidamente ineficiente para responsabilização de ofensores (PASINATO, 2010, p. 226).

Em recente estudo, o DataSenado (2017) promoveu pesquisa – realizada bienalmente – em que verificou que o número de mulheres entrevistadas, entre 2005 e 2015, e que declararam ter sofrido algum tipo de violência, se manteve constante (entre 15% e 19%). Em 2017, porém, constatou-se um aumento significativo desse percentual (29%), o que poderia denotar, em leitura absoluta e preliminar desses dados, a insuficiência da proteção legal disposta pela Lei Maria da Penha.

Nesse contexto, o professor Daniel Achutti (2016, p. 179-184) estabelece paralelo comparativo – a partir do tratamento conferido pela Lei dos Juizados Especiais e a Lei Maria da Penha – que revela a estrutura binária, rígida e insuficiente promovida no trato legislativo da violência contra a mulher.

À medida que a Lei 9.099/95 priorizou soluções jurídicas e acentuou o papel coadjuvante da vítima, mediante constantes soluções de banalização dos casos derivados com a imposição de penas de pagamento de cestas básicas, bem como com a falta de prestação de informações às mulheres vítimas de violência, a Lei 11.340/2006 reproduziu a lógica penal tradicional, deixando de incorporar mecanismos de administração qualificada da justiça criminal ao engessar a solução exclusivamente sob o viés punitivo (ACHUTTI, 2016, p. 181-182).

Com vistas a refletir a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, avaliar possibilidades de emprego de procedimentos psicossociais e estabelecer comparações com sistemas jurídicos instituídos em países europeus, precisamente no que diz respeito ao combate à violência de gênero, desenvolveu-se estudo voltado ao levantamento de estratégias político-criminais adotadas em Portugal, Espanha, Inglaterra e França (ÁVILA et al, 2014).

LMP gerou efeitos estatisticamente significativos para fazer diminuir os homicídios de mulheres associados à questão de gênero". Nada obstante, concluiu-se que "ao mesmo tempo em esses achados trazem notícias encorajadoras às políticas de contenção à violência doméstica, mostrando que as ações lideradas pela promulgação da LMP estão na direção correta, as diferenças perceptíveis nos padrões de violência locais, assim como a dificuldade de se conseguir diminuições mais substanciais e duradouras na letalidade de mulheres, mostram que há ainda uma longa e cansativa estrada a se trilhar" (CERQUEIRA et al, 2015). Por outro lado, o Atlas da Violência 2017, também analisando o feminicídio, apurou aumento nos índices de letalidade contra a mulher entre 2005 e 2015, conquanto tenha sido verificada a diminuição dos índices quando analisado o índice anualmente e progressivamente (CERQUEIRA et al, 2017).

Na referida pesquisa, observou-se convergência dos modelos europeus na apropriação pelo Estado dos conflitos instalados na seara doméstica e familiar que revelam violência de gênero, sendo dispensada autorização da vítima para a persecução penal. Identificou-se ainda a intervenção psicossocial como estratégia comum de responsabilização e proteção da mulher vítima de violência.

Ainda com referência à pesquisa, verificou-se, porém, a existência de acordos processuais ou equivalentes que viabilizam intervenção e responsabilização imediata do agressor, o que em muito destoa da realidade jurídica brasileira, que insiste em uma via punitiva que apenas admite, em relação ao agressor, o manejo de intervenção psicossocial de caráter obrigatório – quando não há violência (artigo 44, I, do Código Penal) – na fase da execução penal (artigo 152, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais).

Essa resistência brasileira à solução dialógica, ao menos sob o viés normativo, como destaca Thiago Pierobom Ávila (2014), contraria a recomendação da OEA, que, no histórico caso Maria da Penha, condenou o Brasil a simplificar procedimentos judiciais penais e a estabelecer meios alternativos céleres e efetivos de solução de conflitos intrafamiliares, com observância do seu caráter grave e das consequências penais aplicáveis.

A pesquisadora Soraia da Rosa Mendes, conquanto reconheça certo grau de legitimidade do direito penal, admite, mesmo sob a perspectiva da criminologia feminista, a constituição de "formas de atuação punitiva comunitárias desenvolvidas pelas próprias mulheres" (2017, p. 177), que veiculem alternativas de solução de conflitos em substituição à incidência do direito penal contemporâneo.

A propósito, a pesquisadora ilustra o projeto "Apitaço – Mulheres enfrentando a violência", mantido pelo Grupo de Mulheres Cidadania Feminina, em que mulheres denunciam agressores por intermédio de uso de apitos diante de locais em que são praticados atos de violência contra a mulher (2017, p. 178), o que muito se aproxima da concepção de vergonha reintegrativa[6] trabalhada por John Braithwaite (2002).

Inegável, portanto, reconhecer que o caráter rígido e engessado do sistema punitivo tradicional, sobretudo perante às limitações impostas pela Lei Maria da Pena, é insuficiente para o combate da violência contra a mulher, que se apresenta, em geral, de forma complexa e dinâmica.

6. Cuida-se de noção cunhada por John Braithwaite (2002), que compreende método de controle de crime, segundo o qual o ato de impor vergonha ao autor do crime teria a aptidão de, ao mesmo tempo, coibir o crime e promover a ressocialização.

3. Possibilidades e oportunidades

No dia 18 de agosto de 2017, o Conselho Nacional de Justiça, por intermédio da Carta de Encerramento da XI Jornada Maria da Penha, recomendou aos Tribunais de Justiça Estaduais e do Distrito Federal a adoção de práticas de justiça restaurativa nos casos que envolvem violência contra a mulher, o que reacendeu a discussão a respeito da possibilidade de solução dialógica em tais casos.

A rigor, porém, a Resolução 225/2016, do Conselho Nacional de Justiça, já estabelecia, em seu artigo 24, o acréscimo de dispositivo normativo à Resolução 128/2011[7], a fim de que a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar adotasse, quando cabível, processos restaurativos.

No dia 27 de setembro de 2017, logo após a recomendação expedida pelo Conselho Nacional de Justiça, foi realizada audiência pública pela Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher da Câmara dos Deputados, ocasião em que especialistas criticaram duramente a utilização da justiça restaurativa em casos de violência doméstica contra a mulher.

A discussão sobre a rigidez legal de afastamento de qualquer tipo de solução dialógica ou consensual, fruto da imposição e da já reconhecida constitucionalidade do artigo 41 da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 (STF, ADC 19 e ADI 4.424), sempre permeou as críticas sobre a efetividade da legislação especializada.

Isso porque, uma vez definida a natureza incondicional da ação penal nas hipóteses de lesão corporal leve praticada contra a mulher no domínio doméstico, familiar e conjugal, não mais se comporta extinção ou trancamento prematuro da persecução penal, o que indubitavelmente inviabiliza o estabelecimento de solução alternativa para o conflito, ainda que essa via seja desejada pela mulher.

De fato, a vontade da mulher – ainda que se argumente estar sufocada por algum tipo de coerção do agressor ou pressão social – resta desprezada no seio da persecução penal tradicional. Para Adrian Pertel e Aloísio Kohling (2013), tal condição traduz discriminação negativa da mulher vítima de violência doméstica, confira-se:

> Em outras palavras, na perspectiva que a Lei Maria da Penha foi concebida e vem sendo aplicada potencializa a imagem de fragilidade e inferioridade da mulher, bem como a de força e superioridade do homem, intensificando a desigualdade de gênero e os estereótipos inerentes à violência exercida no âmbito familiar.

7. Determina a criação de Coordenadorias Estaduais das Mulheres em Situação de Violência Doméstica e Familiar no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

No mesmo sentido, a juíza de direito aposentada Maria Lúcia Karam (2006) pondera que a inflexibilidade legal sugere a reificação da mulher, que tem a sua vontade tolhida e apropriada pelo Estado, confira-se:

> Quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher, contra a sua vontade, está se subtraindo dela, formalmente dita ofendida, seu direito e seu anseio a livremente se relacionar com aquele parceiro por ela escolhido. Isto significa negar-lhe o direito à liberdade de que é titular, para tratá-la como se coisa fosse, submetida à vontade dos agentes do Estado que, inferiorizando-a e vitimizando-a, pretendem saber o que seria melhor para ela.

Assim, diante da percepção de características singulares que discriminam e qualificam o conflito instalado no seio da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como as limitações do sistema de persecução penal instituído, surgiram vozes que veicularam a oportunidade e adequação da derivação de tais conflitos à justiça restaurativa, senão vejamos:

> Neste aspecto, traçar uma linha com a Justiça Restaurativa serve para realçar que a participação da comunidade no círculo restaurativo é útil, porque que retiraria o conflito do âmbito privado, auxiliaria vítima e agressor a falarem sobre o conflito e sua consequência individual e coletiva, e, contribuiria para, juntos, identificarem as necessidades e buscarem a satisfação das mesmas (FABENI, 2013, p. 142).
>
> O sistema penal é nocivo para todos, e especialmente para as mulheres. Daí porque a justiça restaurativa surgir como um meio de resolução de conflitos que ao levar em consideração as partes, estimula e reforça o empoderamento feminino. É importante a abertura para novas experiências jurídicas que podem ser capazes de romper com o ciclo de violência, e garantir alterações estruturais nas relações de gênero, produzindo mudanças fundamentais que colaborem para a cultura de paz na sociedade (MENDES; SANTOS, 2017, p. 230).
>
> Assim, em face da especificidade do caráter relacional desse tipo de violência, o modelo sob análise seria conveniente, uma vez que segue o paradigma restaurativo, com pretensões para além da reparação do dano material ocasionado pelo delito, com vistas à análise e investigação do conflito interpessoal, das suas causas e consequências, buscando a satisfação das necessidades das partes envolvidas: vítima e agressor (GIONGO, 2008, p. 191).

Acerca dessa cogitação da via restaurativa, Soraia Mendes e Michelle Santos ponderam ainda que "no caso da violência a proposta restaurativa, por óbvio, não é o restabelecimento do vínculo conjugal, mas a busca por alternativas de acordo com a particularidade de cada caso" (2017, p. 223). No mesmo sentido,

Alice Bianchini adverte que o objetivo "é restaurar a relação no sentido de que seja superada a violência, e com isso, o próprio medo da vítima de que novos acontecimentos violentos possam ser vivenciados por ela" (2017, p. 182) e não o mero restabelecimento do relacionamento conjugal e afetivo.

Nessa senda, a pesquisadora Ruth Morris cunhou o termo justiça transformativa, que compreende crítica ao conceito de justiça restaurativa (PTACEK, 2010, p. 28). De acordo com a pesquisadora feminista, o objetivo da justiça transformativa não é restaurar a situação anterior ao crime, mas modificar as suas consequências ulteriores e o contexto de desigualdade social em que foi praticado o delito.

No exterior, já se observam derivações de conflitos formados no âmbito da violência doméstica e familiar. Na Europa, em pesquisa promovida em parceria com o Fórum Europeu de Justiça Restaurativa (LÜNNEMANN; WOLTHUIS, 2015), investigou-se o cabimento e oportunidade da derivação de conflitos de violência doméstica e familiar contra a mulher a mecanismos de justiça restaurativa, em especial com utilização da técnica VOM[8] (*victim-ofender mediation*).

Na referida pesquisa, obtemperou-se que a via restaurativa se mostrou válida apenas em casos envolvendo certos tipos de vítima e ofensores que apresentaram bases e potencial para tentar resolver problemas, que não tivessem ainda se aprofundado na solução e que fossem hábeis a reconhecer os erros praticados. Ademais, sustentou-se que, embora se admita que, em alguns casos, é evitada a persecução penal por intermédio da adesão da VOM, isso não significa que os ofensores não assumam responsabilidade pela violência, que não se importem com o resultado do procedimento ou que necessariamente se desdobre o processo de revitimização. A rigor, de acordo com os pesquisadores, o processo de revitimização ocorre quando as vítimas não estão livres para escolher participar ou quando sua segurança não está garantida pela rede de proteção.

Um outro estudo europeu relevante refere-se à experiência observada na Áustria, em que a justiça restaurativa é usada no âmbito da violência doméstica desde os anos 1990 (*Au ergericht-licher Tatausgleich*).

Em 1999, foi desenvolvida pesquisa qualitativa em que se apurou que o potencial do mecanismo alternativo em tais casos estava no reforço do *empowerement* ou da emancipação. Dez anos após, repetiu-se a pesquisa com o foco em vítimas mulheres. De acordo com os resultados obtidos, 83% das mulheres vítimas de violência doméstica que foram submetidas ao programa de mediação não mais reportaram violência. Dessas, 80% atribuíram a inocorrência de revitimização à promoção do encontro de justiça restaurativa (GRAVIELIDES et al, 2014, p. 44).

8. Isso porque se apurou que essa é a técnica de Justiça Restaurativa mais comum em casos de violência doméstica e familiar.

Esse cenário favorável à derivação de hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher a estruturas de justiça restaurativa também é confirmado em pesquisa coordenada pela professora Marília Montenegro (2017), que realizou considerável levantamento da literatura estrangeira especializada, em que identificou pesquisas empíricas que revelaram a potencialidade da justiça restaurativa em interromper o ciclo de violência doméstica.

No Brasil, observam-se variadas mas ainda tímidas experiências, consolidadas principalmente no sul do País. A título exemplificativo, em Ponta Grossa/PR foi instituído o Projeto "Circulando Relacionamentos", que envolve a derivação – complementar ao sistema tradicional – de casos de violência doméstica e familiar contra a mulher para círculos de construção de paz, com vistas a resgatar a autoestima e o empoderamento da mulher vítima (GOMES; GRAF, 2016). Do mesmo modo, identifica-se programa de justiça restaurativa em cenário semelhante na Comarca de Caxias de Sul/RS, que é referência nacional na temática (ZELL; PORTO, 2015).

Atenta à percepção de que ambos os sistemas – retributivo e restaurativo – oferecem vantagens e desvantagens e que também não solucionam, em caráter absoluto, os problemas afetos à segurança e à erradicação da violência, a pesquisadora Renata Cristina Pontalti Giongo (2008, p. 183-194) sintetizou alguns argumentos favoráveis e contrários à aplicação da solução dialógica em domínio de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme ilustra o quadro a seguir, confira-se:

Argumentos contrários	Argumentos favoráveis
• Encerra risco à integridade física da mulher, porquanto inidônea ao impedimento do exercício da violência; • Posição de vulnerabilidade da mulher no marco das negociações; • Desequilíbrio de poder entre vítima e agressor; • Dificuldade de importação de tradição jurídica diversa ao ordenamento jurídico pátrio; • Sacrifício do efeito simbólico do direito penal; • Constatação de que um simples encontro de mediação é insuficiente para modificar a conduta violenta do agressor.	• Em razão do seu caráter discursivo, a mediação pode ser proveitosa aos delitos de natureza relacional, contribuindo para que o agressor assuma responsabilidade; • Satisfação das partes com os procedimentos restaurativos constatada em pesquisas internacionais.

Assim, para a pesquisadora Renata Giongo (2008, p. 195), não há que se adotar um posicionamento rígido e binário – a favor ou contrário – à utilização de mecanismos restaurativos em hipóteses envolvendo violência contra a mulher, sobretudo quando se tem em vista conferir maior autonomia e observância às suas pretensões.

Quando favorável, porém, adverte a pesquisadora acerca da necessidade de se selecionar hipóteses suscetíveis à aplicação da justiça restaurativa com vistas a se evitar processos de revitimização (GIONGO, 2008, p. 196). Nesse sentido, advoga a pesquisadora que "as limitações inerentes à técnica da mediação só se tornam problemáticas quando é considerada solução universal e aplicada, indiscriminadamente, em todos os contextos culturais, naturalizando-se seus pressupostos" (GIONGO, 2008, p. 197).

No mesmo sentido, a professora Alice Bianchini pontua que o artigo 3º, § 3º, da Resolução 128/2011 (alterado pela Resolução 225/2016, que institui a justiça restaurativa no seio do Poder Judiciário), estabelece que, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, a derivação à justiça restaurativa deve ocorrer "somente quando cabível" (2017, p. 176).

Nessa ordem de ideias, Bianchini sugere que há hipóteses e espaços em que essa derivação não se afigura adequada no contexto de violência contra a mulher: "diferença de poder entre as partes muito pronunciada e impossível de superar, vítima ou ofensor não se mostraram dispostos a participar, vítima encontrar-se com medo do agressor, uma das partes encontrar-se emocionalmente instável" (2017, p. 183).

Desse modo, faz-se impositivo realizar uma leitura, à luz da perspectiva feminista, da adequação do recurso à via restaurativa nas hipóteses de violência doméstica contra a mulher, porquanto semelhante análise poderá aclarar espaços e identificar hipóteses oportunas de derivação.

4. Um possível caminho

No que se refere à criminologia e ascensão do paradigma feminista, pode-se cogitar acerca de um giro epistemológico – ou uma segunda ruptura da criminologia (CAMPOS, 2017, livro) – com vistas a se conceber um ponto de vista consolidado a partir da realidade vivenciada pela mulher (MENDES, 2017, p. 158). Com efeito, a criminologia feminista sugere um novo e distinto processo de produção de conhecimento.

Os conflitos formados no ambiente doméstico e familiar merecem, assim, uma nova leitura – até então ignorada ou insuficientemente explorada pela criminologia contemporânea – e uma inédita forma de pensar o delito. Com efeito,

"a inclusão de novos sujeitos, particularmente das mulheres, requer uma reorientação da perspectiva criminológica, pois as vítimas reclamam seu lugar não mais de expectadoras" (CAMPOS, 2017, p. 290).

Esse novo paradigma feminista, de acordo com a pesquisadora Carmen Hein de Campos, repercute sobre possíveis respostas a serem conferidas na seara das políticas criminais, de modo que, diante da inserção de novo foco sobre o sujeito especial, não há que se falar em uma única resposta possível à violência de gênero (2017, p. 292). Cuida-se de linha de resistência feminista à histórica cooptação estatal – *resisting co-optation* (PTACEK, 2010) – que sugere reavaliação da forma de construção e implementação da justiça sob essa nova visão feminista.

O recurso à via restaurativa não deve ser compreendido como absoluta negação ao sistema punitivo tradicional, que tem função estratégica no combate à violência de gênero (MENDES; SANTOS, 2017). Decerto, há situações em que os conflitos observados na seara da violência doméstica e familiar contra a mulher não admitem solução dialógica, o que ensejará o manejo da via enérgica do direito penal tradicional.

A propósito, a professora Alice Bianchini delimita com precisão o papel do direito penal no domínio da violência doméstica e familiar contra a mulher, *verbis*:

> [...] há que se fazer, constantemente, e intensamente, investimentos em uma educação para igualdade, o que significa dizer, como, aliás, vem sendo alertado pelos movimentos feministas, que uma verdadeira política pública passa ao largo da utilização pura e simples do direito criminal. Não que ele seja dispensável, mas sua utilização não pode buscar a solução para o problema. O direito criminal, no campo da violência doméstica, há que ocupar o mesmo destino que lhe é dado em relação a outros tipos de criminalidade: a busca pela justiça no caso concreto, a partir da aplicação de uma consequência legal (a pena) para quem praticou (comprovadamente após um devido e garantista processo penal) uma conduta criminosa, sempre observando o princípio da proporcionalidade, por meio do qual o grau de reprovação deve corresponder à intensidade da sanção penal (BIANCHINI, 2017, p. 192).

Desse modo, não se pode falar em uma solução prévia, abstrata e universal a uma hipótese de conflito que revele violência de gênero. A rigor, a reorientação de uma criminologia feminista sugere a consolidação de outras possíveis respostas, desde que, independentemente da resposta eleita, seja devidamente ponderado o papel da mulher e a perspectiva de gênero.

Como possível resposta, a estruturação da justiça restaurativa impõe a observância desse novo paradigma feminista. Com efeito, a mera regulamentação ou previsão legal da justiça restaurativa, por si só, não assegura o seu sucesso, mas

sim o empoderamento feminino, a institucionalização de um procedimento protagonizado pela vítima e a constituição de uma estrutura *bottom up* (GRAVIELIDES et al, 2014, p. 60), que seja apta a valorizar e internalizar as circunstâncias e o contexto em que é formado o conflito, o que poderá até mesmo, em sendo o caso, favorecer o diálogo entre vítima e agressor.

Evidentemente, a intervenção restaurativa também enfrenta a oposição do risco de revitimização. Em audiência pública, realizada no dia 27 de setembro de 2017, pela Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher da Câmara dos Deputados, especialistas, contrários à utilização da justiça restaurativa nesse contexto, destacaram com veemência o risco de revitimização.

Nesse vértice, deve-se ponderar que esse risco é comum a todos os sistemas de controle de violência de gênero (GIONGO, 2018, p. 184), seja por intermédio do sistema penal tradicional, seja pela via restaurativa, que não são excludentes entre si. Não se trata, portanto, de problema afeto exclusivamente aos mecanismos restaurativos de administração de conflitos.

O que sucede é que a proteção da mulher sempre foi negligenciada pelo Estado, que não estrutura suficientemente os aparatos de proteção ou a rede de atendimento. Com a edição da Lei Maria da Penha, foi imposta a obrigação do Estado em criar mecanismos de prevenção à violência contra mulher. Contudo, não se observou a ocorrência de mudança estrutural, como proposta pela Lei 11.340/2006, em relação à rede de atendimento e de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.

A propósito, Soraia da Rosa Mendes e Michelle Santos pontuam que a justiça restaurativa só alcançará êxito enquanto instituídos os juizados especiais de violência doméstica e familiar em que funcionem equipes multidisciplinares de acolhimento, bem como os tribunais invistam em estrutura física e humana, em especial na formação em gênero de magistrados (MENDES; SANTOS, 2017). De fato, a vontade política, somada à conjugação de esforços da sociedade (estrutura *bottom up*), é imprescindível para o delineamento de políticas e estratégias de combate à violência contra a mulher (COSTA et al., 2011, p. 65).

Parte da literatura especializada, porém, argumenta, com amparo em pesquisas empíricas, que a via da justiça restaurativa é apta a diminuir o processo de revitimização enquanto promover a responsabilização efetiva do agressor (PASINATO, 2010, p. 230-231), o que, em havendo ambiente seguro e controlado, bem como vontade da vítima, deverá contar com a participação da vítima (GRAVIELIDES et al., 2014, p. 60-61).

Em outro vértice e em vias de prevenção, a professora Alice Bianchini assevera que o concernimento com o processo de revitimização, que é comum a todos

os crimes, deve ser redobrado em relação aos casos que envolvem violência doméstica e familiar. Assim, para a professora, ações desenvolvidas e voltadas especificamente "aos autores de agressão são de suma importância, para que se possa incentivar uma mudança das subjetividades masculinas" (BIANCHINI, 2017, p. 185).

Ademais, conforme assevera Thiago Ávila (2014), pesquisas têm comprovado que o recurso, mesmo no seio da persecução penal, a estratégias de intervenção psicossocial em vítimas e agressores tem produzido bons resultados para o combate à violência doméstica, senão vejamos:

> Pesquisa conduzida pelo TJDFT documentou que, em projeto de intervenção psicossocial que envolva vítimas e agressores no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Ceilândia, 83% das mulheres entrevistadas sentiram-se protegidas e 87%, confiantes com a intervenção da Justiça centrada no acompanhamento multidisciplinar. Experiência piloto na Circunscrição de Paranoá, com um conjunto integrado de estratégias de eficiência, entre as quais a realização de acordos processuais para a responsabilização do agressor em programas de acompanhamento psicossocial, verificou que, enquanto os casos de violência doméstica cresceram em média 20,5% no DF no período de 2009 a 2011, tal número diminuiu 49,5% naquela circunscrição.
>
> Estudo semelhante documentou que, no Mato Grosso, houve redução de 50% nos casos de reincidência nos casos submetidos à intervenção da equipe multidisciplinar. (ÁVILA, Thiago, 2014, p. 25-26).

No mesmo sentido, no Atlas da Violência de 2017, a partir dos números alarmantes observados referentes à violência contra a mulher, considerou-se que a ampliação e aperfeiçoamento da rede de atendimento à mulher compreendem ferramentas importantes para a prevenção da violência.

Outra preocupação diz respeito ao mau uso da justiça restaurativa. Em recente evento promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, as professoras Vera Regina Andrade e Marília Montenegro expuseram resultados de pesquisas[9] que certificaram que a justiça restaurativa não traduz mecanismo de celeridade processual nem espaço de justiça instrumental.

Ademais, a professora Marília Montenegro argumentou ainda a importância da institucionalização de *filtros de segurança*, que determinem a voluntariedade na participação em procedimentos restaurativos, a capacitação dos servidores/

9. Produtos finais ainda não divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça. No caso da professora Marília Montenegro, divulgou-se um sumário executivo, já referenciado neste trabalho.

mediadores e a realização de encontros/entrevistas de preparação para as mediações e círculos restaurativos.

Nessa aproximação da política criminal contemporânea e da perspectiva proposta pela criminologia feminista, o pesquisador James Ptacek (2010, p. 10-29) identifica, principalmente no tocante ao sistema norte-americano, três diferentes tipos de abordagens feministas sobre a violência, a saber, o modelo *Duluth* de advocacia institucional, o modelo proposto pelas recentes organizações existentes entre as comunidades de cor e os projetos feministas híbridos que incorporam práticas restaurativas.

O modelo *Duluth*, criado pelo *Domestic Abuse Intervention Project* (DIAP), sediado na cidade de Duluth, Minessota, compreende estratégica de abordagem feminista de combate à violência, traduzida em programa que enfatiza o desenvolvimento de respostas coordenadas da comunidade para a violência doméstica, em especial com o seu monitoramento por grupos de mulheres violentadas[10].

De outra parte, James Ptacek (2010) observa a existência de movimentos norte-americanos locais e nacionais de combate à violência doméstica criados por *communities of color*[11], que advogam o desenvolvimento de estratégias que garantam segurança às vítimas de violência doméstica sem o fortalecimento do sistema criminal tradicional opressor, que identifica o Estado como organizador da violência. Nesse contexto, o pesquisador menciona a criação do *Incite: Women of Color Against Violence*.

Ambas as vertentes criticam a proposta da justiça restaurativa por ser potencialmente perigosa (PTACEK, 2010, p. 15), inadequada para garantir a segurança de vítimas de violência e por impor pressão a mulheres a fim de que se reconciliem com seus ofensores (PTACEK, 2010, p. 18).

Nada obstante, James Ptacek (2010) observa a aproximação de alguns setores feministas de propostas restaurativas, uma vez que os esforços de alteração do sistema de processamento criminal têm se verificado insuficientes e ineficazes para interromper a violência contra a mulher.

A par das críticas feministas feitas à plataforma restaurativa, que se voltam a três temas principais, a saber, segurança da mulher, responsabilidade dos agressores e políticas gerais de gênero e raça, James Ptacek (2010) verifica a

10. O pesquisador James Ptacek ainda menciona uma outra estrutura de advocacia institucional, também criada pelo DAIP, denominada *safety and accountability audit*, que tem por fim avaliar as instituições e os mecanismos de intervenção do Estado a partir do viés de proteção à mulher (2010, p. 13-14).

11. Tradução livre: comunidades de cor.

existência de variadas tendências feministas que convergem com aspectos da justiça restaurativa.

De acordo com essa abordagem feminista de justiça restaurativa, os mecanismos legais então instituídos são falhos em inibir violência e promover responsabilidade do agressor. Para tanto, seria necessária a ampliação do círculo de responsabilidade e de suporte à vítima, o que se torna viável com a adoção de práticas restaurativas.

A propósito, Ptacek (2010) ilustra dois projetos híbridos de abordagem feminista restaurativa, desenvolvidos por Joan Pennell (*family group decision-making conference* e *safety conferencing*) e por Mary Koss (*responsability and equity for sexual transgressions offering a restorative experience – RESTORE*). De acordo com James Ptacek (2010), tais projetos híbridos foram desenvolvidos mediante extensa consulta a organizações feministas locais, de modo que as intervenções propostas são centradas em necessidades das vítimas de violência doméstica.

Desse modo, tem-se que a leitura da formulação restaurativa a partir da perspectiva feminista favorece a formação e consolidação de filtros de segurança mais precisos e que sejam aptos a identificar a oportunidade ótima de derivação de hipóteses à justiça restaurativa, com foco em empoderamento da mulher e com vistas a serem afastados os riscos de revitimização e de trivialização apontados pela literatura especializada crítica.

Considerações finais

Em se tratando de discussão referente à crise do paradigma punitivo tradicional, o tema justiça restaurativa aufere especial destaque dentro e fora do Brasil. Com efeito, há registro de variadas experiências ao redor do mundo que revelam potenciais e perspectivas diversas que suscitam o estudo e experimentação de dinâmicas restaurativas no contexto da administração de conflitos.

No Brasil, a Resolução 225/2016, do Conselho Nacional de Justiça, conferiu novo patamar normativo à justiça restaurativa e consolidou o Poder Judiciário como seu espaço próprio de desenvolvimento. Não obstante as críticas tecidas em desfavor desse protagonismo, a justiça restaurativa, conquanto de forma não uniforme, tem alcançado sensível evolução em solo brasileiro, em especial no sul do País.

No contexto da violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, porém, a justiça restaurativa, assim como no contexto internacional, vem sofrendo intensa oposição de setores feministas, o que restou bem evidenciado em audiência pública realizada no dia 27 de setembro de 2017 pela Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher da Câmara dos Deputados.

Em apertada síntese, argumenta-se que a justiça restaurativa compreende estrutura de administração de conflitos que tem o condão de alimentar o processo de revitimização, o que é absolutamente indesejável em um cenário de violência doméstica e familiar.

Sucede, porém, que, mesmo diante dos avanços obtidos a partir das imposições estabelecidas na Lei Maria da Penha, pesquisas empíricas revelam a manutenção do caráter alarmante atingido pela violência contra a mulher (CERQUEIRA, 2017). Em verdade, o combate a processos de revitimização e de reiteração delitiva carece de implementação de políticas públicas não só de segurança, mas também de educação, trabalho, assistência social e psicológica etc. Na seara da violência doméstica, percebe-se que, embora veiculada na Lei Maria da Penha política pública de proteção à mulher, pouco se estruturou a rede de proteção e de atendimento especializado, o que favorece a manutenção dos processos de revitimização e a consolidação dos círculos de violência.

Diante desse cenário, o recurso exclusivo à via inflexível do paradigma punitivo tradicional traduz compreensão que despreza a vontade da vítima. Com efeito, afastada do processo de solução do conflito, a vítima tem a sua pretensão apropriada pelo Estado, que acaba por se desobrigar de suas funções de implementar políticas públicas de proteção à mulher e de institucionalizar instrumentos que sejam hábeis a cessar o ciclo de violência doméstica e familiar.

A rigor, antes de se afastar – de forma rígida e inflexível – a derivação de hipóteses de violência doméstica contra a mulher para a justiça restaurativa, há que se cogitar a respeito de seus limites e potenciais, sobretudo quando construídos a partir de um viés ancorado na perspectiva feminista. Com efeito, por intermédio dessa lente, as potencialidades da justiça restaurativa poderão aflorar mediante criação de filtros de segurança (MONTENEGRO, 2017) e definição de estratégias de empoderamento da mulher e de assunção de responsabilidade por agressores.

De fato, há riscos na justiça restaurativa que merecem ser devidamente ponderados, em especial quando se verifica a má utilização do mecanismo. Desde a sua formação e institucionalização, a justiça restaurativa deve estar articulada com os mecanismos de proteção de direitos, bem assim afinada com a especialidade da hipótese derivada.

No caso da violência contra a mulher, o cuidado deve ser redobrado, na medida em que os profissionais envolvidos devem possuir capacitação adequada em perspectiva de gênero. Demais disso, a intervenção deve ser voltada e centrada na pretensão da vítima, cuja participação – voluntária – é imprescindível.

Portanto, a formulação da proposta restaurativa, na proporção em que estabelecida leitura a partir da perspectiva veiculada pela criminologia feminista,

sugere abertura de nova, hipotética e potencial ferramenta de enfrentamento aos conflitos instalados no contexto da violência doméstica e familiar, mediante empoderamento da mulher e assunção de responsabilidades pelo agressor.

Em viés prospectivo, semelhante estruturação tem a aptidão de tornar possível a eleição de critérios de derivação e de modelos de aplicação, o que poderá contribuir para a melhor compreensão e avaliação do uso da justiça restaurativa no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Referências

ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal:* contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de et al. *Modelos europeus de enfrentamento à violência de gênero*: experiências e representações sociais. Brasília: ESMPU, 2014.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. Tão próximos, tão distantes: a justiça restaurativa entre comunidade e sociedade. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2009.

BIANCHINI, Alice. Aplicação da justiça restaurativa para crimes que envolvem violência de gênero contra a mulher? In: VALOIS, Luiz Carlos; SANTANA, Selma; MATOS, Taysa; ESPINERA, Bruno. *Justiça restaurativa*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and a responsive regulation*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002.

BRASIL. Secretaria de Transparência. Data Senado. Violência doméstica e familiar contra a mulher. 2017. Disponível em: [www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia]. Acesso em: 03.01.2018.

CAMPOS, Carmen Hein. Juizados especiais criminais e seu déficit teórico. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 11, n. 1, 2003.

CAMPOS, Carmen Hein. *Criminologia feminista*: teoria feminista e crítica às criminologias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CERQUEIRA, Daniel. *Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha*. Brasília: IPEA, 2015.

CERQUEIRA, Daniel et al. *Atlas da violência 2017*. Brasília: FBSP, IPEA, 2017.

CHRISTIE, Nils. Conflits as property. *The British Journal of Criminology*, v. 17, n. 1, 1977.

CORREIA, Thaize. A justiça restaurativa aplicada à violência doméstica contra a mulher. In: VALOIS, Luiz Carlos; SANTANA, Selma; MATOS, Taysa; ESPINERA, Bruno. *Justiça restaurativa*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

COSTA, Marli Marlene; AQUINO, Quelen Brondani de; PORTO, Rosane Terezinha. O sistema penal e as políticas de prevenção à violência contra a mulher por meio da justiça restaurativa. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Relações de gênero e sistema penal*: violências e conflitualidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FABENI, Lorena Santiago. Justiça restaurativa e violência doméstica cometida contra a mulher. 2013. 184 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2013.

GIONGO, Renata Cristina Pontalti. *Justiça restaurativa e violência doméstica conjugal*: aspectos da resolução do conflito através da mediação penal. 2009. 122 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2009.

GOMES, Jurema; GRAF, Paloma. Circulando relacionamentos: uma nova abordagem para os conflitos decorrentes da violência de gênero. In: CRUZ, Fabrício Bittencourt da. *Justiça restaurativa*: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016.

GRAVIELIDES, Theo et al. *Restorative justice and domestic violence*: a critical review. Londres: IARS Publications, 2014.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. 2. ed. Niterói: Luam, 1997.

KARAM, Maria Lucia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim IBCCRIM*, v.14, n. 168, p. 6-7, nov. 2006.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista*: novos paradigmas. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

MENDES, Soraia da Rosa; SANTOS, Michelle Karen Batista dos. De vítima à sujeito da própria história: possibilidades de aplicação da justiça restaurativa no Brasil em casos de violência. contra a mulher. In: VALOIS, Luiz Carlos; SANTANA, Selma; MATOS, Taysa; ESPINERA, Bruno. *Justiça restaurativa*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

MONTENEGRO, Marília et al. *Entre práticas retributivas e restaurativas*: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário. Sumário Executivo Justiça Pesquisa: direitos e garantias fundamentais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017.

PALLAMOLLA, Raffaella. *Justiça restaurativa*: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PASINATO, Wânia. Lei Maria da Penha: novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos? *Revista Civitas*, v. 10, n. 2, 2010.

PERTEL, Adriana Maria Santos; KOHLING, Aloísio. A falta de efetividade da Lei Maria da Penha: uma pena justa é aquela que restabelece os laços desfeitos pelo crime. *Revista Espaço Jurídico*, v. 14, p. 93-106, 2013.

PTACEK, James. *Restorative justice and violence against women*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.

ROSENBLATT, Fernanda. *Em busca das respostas perdidas*: uma perspectiva crítica sobre a justiça restaurativa. In: CARVALHO, Gisele et al (Org.). Criminologias e política criminal II. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

SICA, Leonardo. Justiça restaurativa no Código de Processo Penal? In: VALOIS, Luiz Carlos; SANTANA, Selma; MATOS, Taysa; ESPINERA, Bruno. *Justiça restaurativa*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

VON HIRSCH, Andrew et al. Specifying aims and limits for restorative justice: a "making amends" model? In: VON HIRSCH, A. et al. *Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

WAQUIM, Amanda. *Possibilidades da Justiça Restaurativa no Sistema Penal Brasileiro*. 2011. 129 p. Dissertação (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.

WOLTHUIS, Annemieke et al. Restorative Justice in Cases of Domestic Violence: best practice examples between increasing mutual understanding and awareness specific protection needs. 2015. *Criminal justice 2013 with the financial support of the European Commission*. Disponível em: [www.irks.at/assets/irks/Publikationen/Forschungsbericht/RJ_Comparative_Re port.pdf]. Acesso em: 16.10.2017.

ZELL, Maristela; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. A aplicação das práticas restaurativas na violência doméstica e familiar: possibilidades e limites. XII Seminário Internacional demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea, 2015, Santa Cruz do Sul. *Anais do XII Seminário Internacional Demandas Sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Justiça Restaurativa e Mobilização do Direito pelas/para Mulheres Vítimas de Violência Doméstica: Uma Possível Articulação em Âmbito Jurídico-Criminal?, de Cristina Rego de Oliveira – *RBCCrim* 124/213-258 (DTR\2016\24299);
- Justiça Restaurativa: Uma Janela Aberta Para Os Casos de Violência Conjugal Mútua, de Ivonete Araújo Carvalho Lima Granjeiro – *RT* 940/155-181 (DTR\2014\163);
- O Uso da Mediação nos Delitos Sexuais: O Resgate da Dignidade da Vítima, de Bárbara Fachinelli Nishi de Souza – *RBCCrim* 125/15-55 (DTR\2016\24338);
- Punir, Restaurar ou Transformar? Por Uma Justiça Emancipatória em Casos de Violência Doméstica, de Cecília MacDowell Santos e Isadora Vier Machado – *RBCCrim* 146/241-271 (DTR\2018\18281);
- Quem São Elas e o Que Elas Dizem? Representações das Mulheres Usuárias dos Juizados (ou Varas) de Violência Doméstica em Seis Capitais Brasileiras, de Fernanda Cruz da Fonseca Rosenblatt, Marília Montenegro Pessoa de Mello e Carolina Salazar L'Armée Queiroga de Medeiros – *RBCCrim* 146/329-371 (DTR\2018\18306); e
- Superando Paradigmas: A Aplicação da Justiça Restaurativa em Casos que Envolvem Violência Doméstica, de Ilton Garcia da Costa, Renan Cauê Miranda Pugliesi e Rogério Cangussu Dantas Cachichi – *RBCCrim* 137/153-196 (DTR\2017\6618).

A dessocialização do condenado no sistema carcerário convencional: o sofisma da ressocialização

The process of not resocialization of the condemned in the conventional prison system: the sophism of resocialization

Mônica Rafaela Oliveira Martins

Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Concluiu o Laboratório de Ciências Criminais em Minas Gerais realizado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Foi aluna intercambista na Universidade Católica Portuguesa do Porto, Portugal.
monicamartinsro@gmail.com

Recebido em: 17.11.2017
Aprovado em: 14.02.2018
Última versão da autora: 17.02.2018

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: A população carcerária do Brasil aumentou, consideravelmente, desde a última década, assim como o índice de reincidência dos encarcerados. Esse fato demostra que o aspecto de ressocialização da teoria unificadora da pena adotada pelo Direito Penal Brasileiro pode estar comprometido. Assim, o presente trabalho faz uma análise de dados do INFOPEN no sistema carcerário brasileiro convencional à luz das determinações da Lei de Execução Penal e do sistema de direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição de 1988 no objetivo de resgatar a importância do caráter preventivo da pena, segundo a teoria unificadora, que se demonstra extremamente relevante a medida em que a pena não pode ser concebida como a retribuição de um mal causado com outro mal, segundo defende a teoria retributiva da pena, característica de um Estado Absolutista. Desse modo, é regra promover a reeducação do preso e as consequências diante de políticas criminais indevidas ou inexistentes podem ser percebidas nos reflexos gerados pelo próprio sistema atual.

Abstract: Brazil's prison population increased sharply since the last decade, even as the recidivism rate of prisoners. This fact demonstrates that the resocialization aspect of the unifying theory of punishment adopted by Brazilian Criminal Law may be compromised. Thus, the present work analyzes INFOPEN data in the conventional Brazilian prison system in light of the provisions of the Criminal Enforcement Law and the system of fundamental rights established by the 1988 Constitution in order to recover the importance of the preventive character of the punishment, according to the unifying theory, which proves extremely relevant to the extent that the penalty cannot be conceived as the retribution of an evil caused by another evil, according to the retributive theory of punishment, characteristic of an Absolutist State. Therefore, it is a rule to promote the re-education of the prisoner and the consequences of undue or nonexistent criminal policies can be perceived in the reflexes generated by the current system.

Martins, Mônica Rafaela Oliveira. A dessocialização do condenado no sistema carcerário convencional: o sofisma da ressocialização.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 150. ano 26. p. 539-553. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2018.

Palavras-chave: Política criminal – Penas – Prisões – Ressocialização – Sistema carcerário.

Keywords: Criminal justice – Punishment – Prisons – Resocialization – Prison system.

Sumário: 1. Introdução. 2. Considerações preliminares. 2.1. Breve histórico acerca das teorias da pena. 3. A atuação do Estado. 4. O retorno do condenado à sociedade. 5. Considerações finais. Bibliografia consultada.

1. Introdução

É indubitável a atribuição da pena como um mal necessário, até a atualidade, não se inventou nenhum outro meio para lidar com as condutas reprováveis e tipificadas como ilícitas, e, "a nova defesa social reconhece que a prisão é um mal necessário, embora possua inúmeras consequências negativas"[1]. Acontece, que a pena já teve diferentes características e finalidades ao longo do tempo, e a pena que era inicialmente o castigo de um pecado, proveniente do Estado Absolutista, passou a ser tratada não só como forma de punição, mas observada a necessidade de promover a reeducação daquele que delinquia, para que não mais reincidisse em condutas criminosas, conclui-se a necessidade de uma prevenção.

Ainda que encarcerado, o sujeito não perde os seus direitos como indivíduo, isso porque não perde sua personalidade humana, a pena não tem e não pode, de modo algum, abranger essa finalidade, esses direitos são assegurados a todas as pessoas e isso é o que consubstancia um Estado Democrático de Direito e assegura a proteção contra o arbítrio do poder estatal, ademais, "a multidão carcerária e as condições precaríssimas da coexistência entre os presos atentam contra a dignidade humana"[2].

A omissão quanto ao cumprimento das determinações constitucionais e legais distancia o encarcerado da possibilidade de reinserção social. Denota-se que reeducar está presente no processo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como na redução da marginalização e desigualdades sociais e regionais, objetivos da Constituição de 1988.

O resultado de políticas públicas carcerárias reflete, consideravelmente, na sociedade. Ao constatar falhas do Estado em medidas que efetivem o que

1. NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
2. PACELLI, Eugênio. *Manual de direito penal*: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

estabelece o ordenamento jurídico, em especial a Lei de Execução Penal, a sociedade como um todo é lesada em direitos.

A crise do sistema prisional brasileiro não é novidade, e o resultado da análise de dados do INFOPEN é preocupante, com a crescente população carcerária desde a última década e um considerável percentual de reincidência, é possível constatar as primeiras ideias da eficácia da Lei de Execução Penal (LEP), que resta por seguimento, inócua.

2. Considerações preliminares

Ao se indagar sobre por que o Estado pode privar uma pessoa da sua liberdade, a resposta, partindo de uma teoria contratualista de concepção do Estado, é simples: O Estado só pode privar um indivíduo de sua liberdade porque foi legitimado pela coletividade para exercer o poder punitivo.

Partindo dessa premissa, a coletividade, para livrar-se da barbárie do Estado de Natureza, adere ao contrato social ou pacto social entre sociedade e Estado, cedendo parte de sua pretensa liberdade em prol do bem coletivo, ou bem comum, como denomina o Direito, em troca de paz social e Direitos resguardados.

Assim, não mais haveria a barbárie do Estado de Natureza, como defende um dos autores contratualistas, Thomas Hobbes, nem a prevalência de poderes do mais forte sobre o mais fraco, o que haveria seriam direitos resguardos não mais pelo uso da força, mas pelo ente soberano a que fora atribuído poderes para tanto.

Mais adiante, em prol de segurança, houve a positivação do Direito, seu principal fundamento foi o denominado princípio da segurança jurídica, a positivação, era também uma forma de limitar os poderes do Estado, assim como as garantias e princípios fundamentais ao indivíduo concedidos no decurso da história, "o poder soberano, todo absoluto, todo sagrado, todo inviolável que é, não passa nem pode passar além dos limites das convenções gerais"[3].

É nesse ponto que se salienta a importância da eficácia da norma, uma norma sem eficácia é uma norma morta para o mundo fático, além de que, seu descumprimento gera total insegurança para aqueles que com o ente pactuaram sua liberdade, a promessa do bem comum é o alicerce do direito de punir.

2.1. Breve histórico acerca das teorias da pena

A pena é o castigo dado às condutas reprováveis, aplicada dentro de um sistema criado pelo Estado, devendo o castigo ser suficiente para evitar que o homem

3. ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2013.

reinstale a barbárie, assim, o "Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos"[4] A princípio, acerca das teorias da pena, destacam-se três principais: teorias absoluta, relativa e unificadora.

Na teoria absoluta, a pena serve para tão somente retribuir um mal causado com outro mal, no desígnio de "fazer justiça" e restabelecer a ordem. Por essa razão, a teoria absolutista também é reconhecida como teoria retributiva e representa o castigo aplicado no Estado Absolutista, que se destaca também como um Estado de transição entre a baixa idade média e o liberalismo.[5]

Por conseguinte, na teoria relativa ou preventiva, iniciam-se estudos no que concerne a prevenção, acredita-se que mais importante que a punição em si, é prevenir que ocorra a prática do delito, neste sentido, a pena serve para que o delinquente não reincida na sua conduta criminosa. Essa teoria surge nos ideais liberais, consolidando-se no período do iluminismo, cumpre ressalvar que, em ambas as teorias, absolutas e relativas, permanece a ideia de que a pena é um mal necessário. A teoria relativa subdivide prevenção geral negativa e positiva e prevenção especial negativa e positiva.

A prevenção geral diz respeito a coletividade e a prevenção especial diz respeito ao indivíduo. A prevenção geral negativa se consubstancia na ameaça da aplicação da pena e a prevenção geral positiva visa mostrar que a lei penal está vigente, fortalecendo o sistema normativo, promovendo a reafirmação da norma e a pacificação social. A prevenção especial negativa consubstancia na intimidação do delinquente a não reincidência e a positiva visa sua aptidão para retornar ao convívio social, a utópica ressocialização, que se desenvolverá mais adiante com a teoria mista.

Por fim e, sem esgotar as teorias levantadas, a teoria unificadora, mista ou eclética, onde se busca unificar o conceito das demais teorias. Adotada pelo Direito Penal Brasileiro, a teoria mista unifica a retribuição do mal causado e prevenção à ocorrência de novos males, propiciando o desenvolvimento das ideias de ressocialização do delinquente (prevenção especial).

Vale lembrar que a teoria unificadora desenvolveu com mais vigor a questão da reeducação e ressocialização do encarcerado, se atendo a liberdade e dignidade da pessoa, reflexos da contribuição kantiana.

4. BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

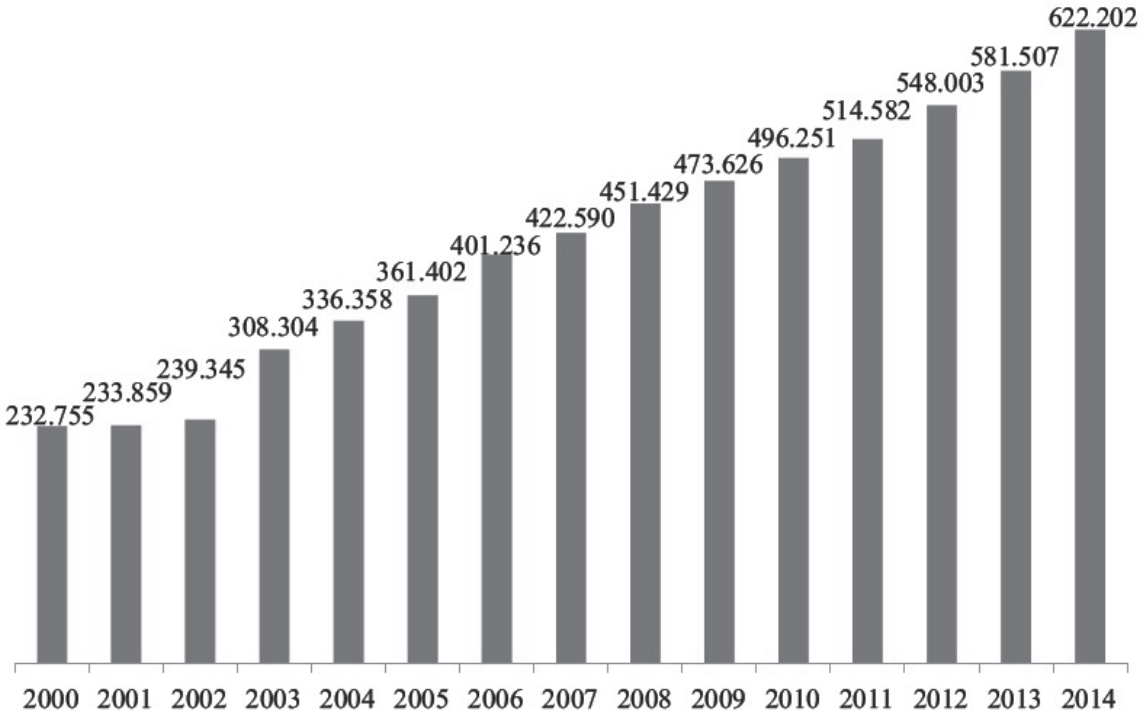
5. BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 133.

3. A atuação do Estado

Ao iniciar um estudo sobre a atuação do Estado na aplicação das penas, pode se observar barbáries promovidas dentro do próprio sistema a medida em que não é aplicado qualquer caráter preventivo ou mesmo educativo e "de nada adianta o acúmulo de teorias acadêmicas, completamente ineficientes, repletas de sonhos mal resolvidos e desejos de um mundo ideal, perdendo-se a referência singela da realidade"[6].

Houve um aumento significativo da população carcerária no Brasil desde a última década, segundo dados do levantamento de informações penitenciárias (INFOPEN) de dezembro de 2014, o aumento do número de presos está acima do crescimento populacional. Segundo a pesquisa, o percentual é de 167,23% de aumento nos últimos 14 anos, conforme se demonstra no seguinte gráfico:

Gráfico 1 – Evolução da população prisional no Brasil



Fonte: Relatórios Estatísticos Sintéticos do Sistema Prisional Brasileiro – 2000 a 2013. [www.justica.gov.br/seusdireitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/relatorios-estatisticos-sinteticos].

6. NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

De 376.669 vagas, há 607.731 presos, o déficit de vagas chega a 250.318 segundo o INFOPEN. Estabelece A LEP[7], em seu artigo 88, que o encarcerado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Ainda, no parágrafo único do aludido artigo, há requisitos básicos da cela, como salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, além de área mínima de seis metros quadrados, contudo, há no País 1.424 unidades prisionais, quatro dessas unidades são penitenciárias federais e, em um espaço apto a custodiar 10 pessoas, existem cerca de 16.

Há no cárcere 1.575 pessoas deficientes, valor que corresponde a 0,8% do total da população carcerária entre as unidades prisionais que tiveram condições de informar esse dado, já que, quase metade das unidades (46%) informou não ter condições de obter essa informação. Em mais da metade dos casos (54%), a natureza da deficiência é intelectual.[8]

Em 2009, a *Folha de São Paulo* divulgou matéria sobre presídio em Jundiaí/São Paulo com capacidade para 120 presos e com uma lotação de 500, a situação era tão alarmante que o próprio juiz teria ameaçado de soltar os detentos caso o problema não fosse resolvido[9]. O mesmo problema também se faz presente na Cidade de Betim/MG, onde, no Centro de Remanejamento do Sistema Prisional (CERESP) da Cidade o número de presos é três vezes maior do que o suportado pela unidade, conforme divulgação do jornal *O tempo*, de janeiro de 2017.[10]

Outro ponto relevante concerne ao nível de escolaridade dos presos, entre os analfabetos e aqueles com, no máximo, o ensino médio o percentual populacional é de 75,08%, *versus* 24,92% da população carcerária restante, com níveis de escolaridade que vão do ensino médio incompleto ao superior também incompleto[11], o que nos remete a considerar que a população de baixa escolaridade está inserida em maior número na prática delituosa.

O nível de escolaridade é, diversas vezes, pressuposto para empregabilidade, devendo ser observado o modo pelo qual o Estado lida com essa questão, já que

7. Lei de Execução Penal.
8. BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional; Ministério da Justiça. INFOPEN. Levantamento de informações penitenciárias; dezembro de 2014. p. 55.
9. Colaborou Rodrigo Vizeu, *Agência Folha*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1610200901.htm]. Acesso em: 02.11.2016.
10. Disponível em: [www.otempo.com.br/o-tempo-betim/ceresp-tem-tr%C3%AAs-vezes-mais-presos-do-que-a-capacidade-1.1425433]. Acesso em: 11.09.2017.
11. BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional; Ministério da Justiça. INFOPEN. Levantamento de informações penitenciárias; dezembro de 2014. p. 46.

a necessidade de se ofertar o estudo no interior dos presídios se perfaz a medida em que se busca a reinserção do preso em sociedade. O direito aos estudos, bem como a remição da pena através dele, é assegurado pelo artigo 126, *caput* e § 2º, da LEP.

Conforme lições de Cesare Beccaria, autor que se destaca por escrever verdades de um século a frente do seu tempo, prevenir crimes é, sem sombra de dúvidas, melhor do que os punir. Certamente, o Estado teria um gasto inferior ao orçado atualmente a cada número de presos se investisse mais em educação e programas sociais efetivos. "O meio mais seguro, mas ao mesmo tempo mais difícil de tornar os homens menos inclinados a praticar o crime, é aperfeiçoar a educação."[12]

No que concerne à educação, essa não se volta somente a construção de escolas, a educação é um gênero que engloba várias espécies, concebida no processo de formação de uma sociedade, ela sobrevive ao sistema, permite a construção de ideias, é a base do indivíduo enquanto pessoa e, também, remete a socialização desse indivíduo. A questão é que aquele que não foi socializado em momento prévio ao encarceramento, ou seja, dentro do convívio em sociedade, certamente não seria ressocializado em cárcere.

Explica o autor Carlos Rodrigues Brandão (2007)[13] que a educação tem representatividade no modo de vida das pessoas, além de permitir os posicionamentos acerca de fatos sociais e aquisição de valores. Contudo, vivemos diante de uma sociedade com a educação fragilizada.

A realidade que se percebe no Brasil é de políticos que se preocupam com medidas de curto prazo que satisfaçam, em um primeiro momento, parte considerável de eleitores e, "o Executivo, sem propostas concretas, continuará enviando projetos emergenciais ao Parlamento. O legislador editará normas penais conflituosas e ineficientes, por falta de apoio da comunidade acadêmica. [...]"[14].

A sociedade, diante de um sistema brasileiro de educação fragilizada, sob a égide de um Direito Penal Máximo, acredita que melhor mesmo é a punição de caráter meramente punitivo, em que ideal é a construção de presídios, redução de maioridade penal, aumento de tipos penais e, consequentemente, a criminalização de novas condutas. A educação que aqui se anexa é incompatível com tal senso superficial.

12. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: CL EDIJUR, 2012.
13. BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é educação*. São Paulo: Brasiliense, 2007. (Coleção primeiros Passos 20).
14. NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017 .

Cumpre ressalvar que, discutir o ponto da prevenção e ressocialização não afasta a necessidade de punir, não se pretende defender condutas criminosas como corretas, tampouco justificá-las. Pelo contrário, significa dizer que tais condutas não devem ser praticadas e que, em prol da sociedade, é responsabilidade do Estado coibi-las, o cuidado na reinserção do encarcerado à sociedade é um meio para tal.

Tanto se discutiu até então sobre a ressocialização, que é levantada a questão de como ressocializar quem se quer foi socializado. É nessa reflexão que se baseia o meio preventivo, a prevenção colabora para com o processo de socialização do homem, mas, quando dizemos respeito a ressocializar, dentro de um presídio, o termo ideal a ser empregado seria responsabilizar, sob este prisma o autor Baratta (1990) destaca dois posicionamentos, o realista e o idealista.

No primeiro posicionamento, o máximo que a prisão seria capaz de proporcionar ao encarcerado seria uma neutralização, a medida em que a prisão não seria capaz de se construir em um espaço de ressocialização. No segundo, há a possibilidade de ressocialização (prevenção especial positiva). Os adeptos desse posicionamento defendem que manter o ideal de ressocialização é preciso a medida em que impede o caráter unicamente punitivo da pena, que atribui à prisão a única função de excluir da sociedade aqueles que são considerados delinquentes.

No entanto, para o autor, nenhum dos dois posicionamentos é o mais adequado, ideal seria pensar em ressocialização como reintegração social, "pela reintegração social, a sociedade (re)inclui aqueles que ela excluiu, através de estratégias nas quais esses excluídos tenham uma participação ativa, isto é, não como meros 'objetos de assistência', mas como sujeitos".[15]

O que ocorre é que, em vez disso, o homem vem sendo "dessocializado", ou seja, distanciado de modo reiterado, no sistema carcerário convencional, para o convívio social. Apesar da Lei de Execuções Penais (LEP) prever remição de um dia de pena a cada doze horas de frequência escolar, prevista no inciso I do § 1º do artigo 126 da referida lei, o que incentiva a prática dos estudos, os dados do INFOPEN[16] demonstram que as atividades educacionais possuem baixos percentuais quanto a acessibilidade pela população prisional que, no ano de 2014, 13%

15. BARATTA, Alessandro. Por un concepto critico de reintegración social del condenado. In: OLIVEIRA, E. (Coord.). *Criminologia critica (Forum Internacional de Criminolgia Crítica)*. Belém: CEJUP, 1990.

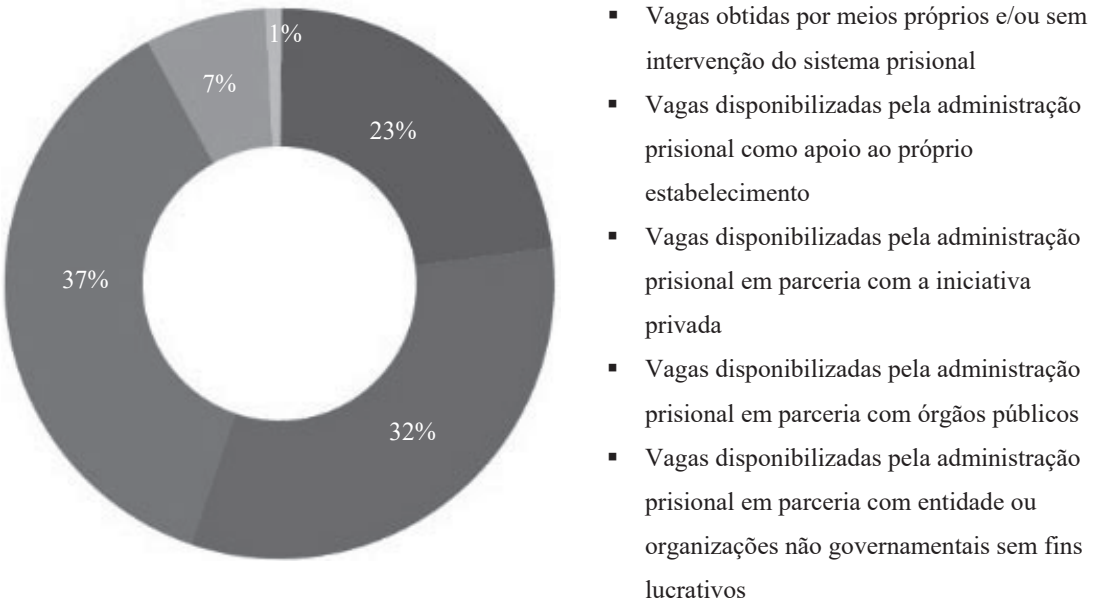
16. BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional; Ministério da Justiça. INFOPEN. *Levantamento de informações penitenciárias*; dezembro de 2014. p. 59.

da população prisional participava de alguma atividade educacional e, ainda, que nos Estados de Goiás e Piauí este percentual é ainda menor, de apenas 4%.

Quanto as atividades laborativas, a remição é de um dia de pena a cada três dias de trabalho, prevista no inciso II, § 1º, também do artigo 126 da LEP, no entanto os dados são, mais uma vez, contrários ao que incentiva a lei, revelando grau de ineficácia. Cumpre ressalvar que os presos devem trabalhar voluntariamente, sendo vedado pela Constituição Federal/88 o trabalho forçado, com isso a LEP incentiva a prática do trabalho e estudos através da remição de pena, no entanto, por vezes, como será adiante observado, não há políticas de provisão de vagas, de modo que, apesar da opção do preso em realizar tais atividades, não o faz em razão de dada impossibilidade.

Mais da metade dos presos que trabalham tiveram de conseguir emprego por si só, ou seja, sem o auxílio do Estado, o percentual é de 55% como levanta a pesquisa realizada pelo INFOPEN:

Gráfico 2 – Percentual de pessoas trabalhando segundo a origem da vaga de trabalho



Fonte: BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional; Ministério da Justiça. INFOPEN. Levantamento de informações penitenciárias; dezembro de 2014. p. 64.

A pesquisa não notou uma política de provisão de vagas de trabalho.

> Observe-se que mais de metade das vagas (55%) de trabalho ocupadas foram obtidas por meios próprios pelas pessoas privadas de liberdade ou se prestam ao apoio de atividades internas nos estabelecimentos, o que não denota,

> nesta fração, propriamente uma política de provisão de vagas de trabalho para o custodiado[17].

A remuneração ao trabalho do preso é de, pelo menos, três quartos do salário mínimo e este trabalho não está acautelado pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), outrossim, "no regime semiaberto, as atividades laborativas têm um precípuo caráter de reintegração social[18]".

Ainda segundo a pesquisa realizada pelo Departamento, do total de presos, 40% são provisórios, ou seja, não foram condenados, número alarmante, que revela repetida característica punitivista social, uma vez que, dado uma quantidade considerável de presos provisórios, observa-se a inaplicabilidade de medidas cautelares diversas da prisão.

Outro grave problema presente na realidade do sistema carcerário concerne à saúde, direito elencado pela Constituição Federal de 1988, bem como Pacto de San Jose da Costa Rica e respectivos dispositivos legais, vale ressaltar que a pena aos condenados é de privação de liberdade e não de direitos, o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP) prevê o tratamento de saúde, direito assegurado nos artigos 11 e 14 da LEP, entre os tratamentos estão presentes: controle da tuberculose, controle de hipertensão e diabetes, hanseníase, Aids, hepatites, saúde bucal, saúde da mulher, saúde mental, programa de imunizações, exames laboratoriais, aquisição e controle de medicamentos.

No entanto não são raros os casos em que o encarcerado ingressa com demanda judicial para ter seu direito à saúde tutelado, pleiteando o tratamento a doenças, já que, o programa nem sempre consegue realizar o devido atendimento a todos. Conforme o levantamento[19], apenas 37% das unidades prisionais possuem modelo de saúde, restando as demais 63% das unidades sem o módulo, casos em que, a prestação da devida assistência tem de ser prestada em locais diversos. Ainda no que tange ao tratamento, muita das vezes, sequer há estrutura para que os presos fiquem encarcerados, essa ausência de condições gera novas doenças, o que pode ocasionar o próprio óbito do encarcerado. Também foi levantado pelo INFOPEN[20] que o cárcere, por vezes, promove a manifestação de

17. BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional; Ministério da Justiça. INFOPEN. *Levantamento de informações penitenciárias*; dezembro de 2014. p. 64
18. BRASIL. IPEA. Reincidência Criminal no Brasil; *Relatório de Pesquisa*. Rio de Janeiro, 2015. p. 32.
19. BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional; Ministério da Justiça. INFOPEN. *Levantamento de informações penitenciárias*; dezembro de 2014. p. 103.
20. BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional; Ministério da Justiça. INFOPEN. *Levantamento de informações penitenciárias*; dezembro de 2014. p. 55.

doença como a tuberculose, em virtude das condições nos presídios, que nem sempre são adequadas e que, por essa razão, facilitam a proliferação da doença e, deste modo, pessoas encarceradas tem chance 28 vezes maior de contrair a doença do que pessoas em liberdade.

> De acordo com Boletim Epidemiológico do Ministério da Saúde16, estima-se aproximadamente 734 mil pessoas vivendo com HIV/aids em 2014, o que corresponde a uma taxa de prevalência de 0,4%. Ou seja, de cada 100 habitantes, 0,4 vivem com HIV/aids. De acordo com os dados informados sobre as pessoas privadas de liberdade com agravo transmissíveis em 31.12.2014, pode-se estimar as seguintes taxas de prevalência no sistema prisional.

Os pontos levantados não esgotam os problemas presentes na realidade do sistema carcerário convencional, apenas constata a atuação deficiente do Estado e inobservância de dispositivos legais, dispositivos esses regulamentadores do poder de punir, poder que deve agir em *ultima ratio* na solução das reprováveis condutas sociais abrangidas pelo Direito Penal.

O ente soberano ao qual a sociedade espera defesa, ao "cruzar os braços" diante dessa realidade, não afasta os homens de delinquir, isso nos retrocede e aproxima aos aspectos de barbárie do Estado Natural e do suplício que perpetuou até princípios do século XIX[21]. O emprego do discurso de ódio em que prender é fazer justiça e que nada mais importa além do castigo, deixando de lado a prevenção e reinserção, é acima de tudo, prejudicial a própria sociedade.

4. O retorno do condenado à sociedade

O sistema carcerário não prepara para reintegrar. A medida da pena para um delito se perfaz de acordo com os danos causados à sociedade. Resta claro que as penas não são medidas conforme esses parâmetros. O sistema carcerário assemelha-se a uma cratera de desdém, na qual os presos são abandonados. O condenado passa por um processo de "dessocialização" para com a sociedade, podendo sair do cárcere ainda mais despreparado do que quando nele ingressou.

Além disso, a população, de modo geral, enxerga o cidadão que já tenha cumprido pena em sistema penitenciário ainda como delinquente, gerando um preconceito e dificultando ainda mais essa reintegração[22], fato que afasta o encarcerado

21. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 42. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 19.

22. BRASIL. IPEA. *O desafio da reintegração social do preso*: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais. Brasília, 2015. p. 39.

de uma possível reinserção, "sozinha a pena não consegue reintegrar o indivíduo apenado, se faz pertinente a junção de outros meios como a participação da própria família para que se consigam caminhar para resultados mais favoráveis a essa reintegração do preso à sociedade[23]".

Os ex-presidiários, como são taxativamente tratados, sofrem com o ingresso no mercado de trabalho, relações pessoais, entre outras situações. Uma vez que as portas do mercado de trabalho se fecham a essas pessoas, elas ficam ainda mais propícias a reincidência em crimes, como exemplo, o furto.

Além disso, os "ex-presos" saem sem um bom nível de escolaridade exigível pelas grandes empresas, o que dificulta ainda mais o sucesso pelo preenchimento de vagas na tão esperada atividade laborativa, já que, como visto, não há política de provisão de vagas de emprego ofertadas pelo Estado, "o sistema pune, mas não consegue cumprir a função de educar e de capacitar essas pessoas para enfrentar as mesmas condições que as levaram a praticar o primeiro delito".[24]

Permanece, no entanto, a questão dos presos provisórios, indivíduos que ainda não tiveram uma sentença penal condenatória e que, por essa razão, devem ser tratados presumidamente como inocentes, tratamento esse assegurado pela Constituição Federal e tratados internacionais recepcionados pelo Brasil.

O princípio de presunção da inocência é quebrado a partir do momento que se estabelece prisões provisórias como medida cautelar, inobservadas as demais medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. A prisão provisória só deve ser aplicada quando outras medidas não restarem frutíferas. O encarcerado de forma cautelar sofre, desde logo, os efeitos do sistema. Ainda que posteriormente julgado inocente, tais efeitos são irreversíveis.

Há casos em que a pena na medida provisória pode ser pior do que a pena da própria condenação, já que a prisão preventiva segue os moldes do regime fechado e, em caso de condenação, por exemplo, por detenção, o regime inicial seria o semiaberto.

---

23. A ressocialização do preso na realidade brasileira: perspectivas para as políticas públicas. Manoel Valente Figueiredo Neto, Yasnaya Polyanna Victor Oliveira de Mesquita, Renan Pinto Teixeira, Lúcia Cristina dos Santos Rosa. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6301]. Acesso em: 02.11.2016.

24. Ex-detentos, realidade e preconceito; *Gazeta do Povo*. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/opiniao/editoriais/ex-detentos-realidade-e-preconceito-13f98lvevqviaizh9wji58jta]. Acesso em: 02.11.2016.

5. Considerações finais

Verificou-se que a LEP não está sendo cumprida em especial no que diz respeito aos direitos sociais. À referida lei confere a possibilidade de exercer atividade laborativa durante o cumprimento de pena, hipótese em que essa poderá ser remida. No entanto, conforme o INFOPEN, não foi possível constatar política de provisão de vagas de trabalho para os encarcerados. Quanto a possibilidade da prática de estudos, também garantida pela lei, os aprendizes estão em minoria. Tais direitos são, conforme já escudado previamente, basilares no que se vincula a reinserção.

É essencial proporcionar estudo e trabalho ao indivíduo. O trabalho é símbolo de liberdade para o homem, o exercício de atividades laborais amplia as condições econômicas, políticas e culturais do homem, além de contribuir na construção de sua identidade na mesma medida em que garante sua subsistência. A escolaridade propicia a compreensão e a inserção a uma sociedade.

Assim como se defende a família e a religião como base da sociedade, estão o trabalho e também os estudos presentes no alicerce social. Eles limitam o sujeito na raiz de sua moralidade. Aquele que não detém desses pilares resta sem desígnios e, por essa razão, tende a permanecer na marginalidade.

Outrossim, dada a excessiva população carcerária, é possível concluir que o espaço nas celas, indicado pela aludida lei, não se faz presente, já que, em média, nas celas aptas a receber 10 presos, possuem cerca de 16, isso no ano de 2014, consoante ao explicitado.

Há uma distância quanto a aplicação prática da teoria unificadora da pena. Embora disponha a LEP acerca do tratamento a ser dado ao encarcerado, o Estado se ausenta dessa responsabilidade, ainda que de sua competência. "A pena privativa da liberdade no Brasil, no que toca ao regime penitenciário de seu cumprimento, não atende às determinações constitucionais e nem legais pertinentes"[25] Desse modo, acaba por "dessocializar" o preso à medida em que nada proporciona além do caráter punitivo da pena, que, como visto, sozinho, não provoca qualquer reintegração social.

Isso propicia o aumento do índice de reincidência, o que gera impactos negativos a própria coletividade. Quando se defende a aplicação do caráter preventivo da pena, geral e especial, o principal objetivo não é assegurar regalias ao preso, mas sim, assegurar que, dentro do cárcere, ele possa realizar atividades que o afaste de futuras práticas delituosas.

25. PACELLI, Eugênio. *Manual de direito penal*: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

Por vezes, a sociedade cega no discurso punitivista é incapaz de enxergar que, mais do que punir, reinserir é deveras beneficente a coletividade. É necessário visar a mudança no sistema como ato que se faz necessário a toda uma comunidade, para que se possa depreender a tão empregada paz social. Assim seria possível intentar a diminuição dos índices de reincidência e taxa de criminalidade, bem como visar garantias processuais penais.

Garantir a eficácia de uma norma é certificar a legitimidade de punir. Os direitos assegurados ao indivíduo não lhe podem ser revogados em razão da pena de prisão, pelo contrário, esses direitos devem ser mantidos sob maiores circunstâncias. O sistema carcerário só será alcançado por políticas públicas carcerárias eficientes a medida em que a sociedade enxergar essa necessidade. Diante do crescimento intermitente da criminalidade e reincidência, não a outro caminho para corrigir os reflexos senão o da aplicação real de uma teoria unificadora da pena.

Enquanto a pena apresentar-se meramente retributiva, permanecerá a coletividade voltada às características de um Estado Absolutista. A inaplicabilidade da LEP gera insegurança. À medida que o poder de punir transpor a privação de liberdade e alcançar a continência de direitos, isso não será menos que pura barbárie.

Bibliografia consultada

BARATTA, Alessandro. Por un concepto critico de reintegración social del condenado. In: OLIVEIRA, E. (Coord.). *Criminologia critica (Forum Internacional de Criminolgia Crítica)*. Belém: CEJUP, 1990.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: CL EDIJUR, 2012.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é educação*. São Paulo: Brasiliense, 2007 (Coleção primeiros Passos 20).

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional; Ministério da Justiça. INFOPEN. *Levantamento de informações penitenciárias*; dezembro de 2014.

BRASIL. IPEA. *O desafio da reintegração social do preso*: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais. Brasília, 2015.

BRASIL. IPEA. Reincidência Criminal no Brasil; *Relatório de Pesquisa*. Rio de Janeiro, 2015.

CANÊDO, Carlos. *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal; leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 42. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio. *Manual de direito penal*: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2013.

SHECAIRA, Sério Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema pena*l. Trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A custosa questão carcerária brasileira e as inverdades convenientes, de Francisco Glauber Pessoa Alves – *RT* 987/241-266 (DTR\2017\7133); e
- A socioeducação e a repetição do discurso ressocializador, de Lara Maria Tortola Flores Vieira – *RBCCrim* 130/369-397 (DTR\2017\665).

Prisão e estigma: reflexões sobre as visitas discentes às unidades prisionais

Prison and stigma: considerations about student visits to prison units

Ney Menezes de Oliveira Filho

Doutorando em Direito Penal pela UFBA. Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela UCSAL. Professor de Criminologia e Direito Penal da UNEB.
ney1083@gmail.com

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

Doutora em Direito (2004) pela PUC-SP. Mestre em Direito das Relações Sociais (1998) pela PUC-SP. Membro do Conselho Penitenciário do Estado da Bahia. Membro do IBCCrim. Professora de Direito Penal da Faculdade de Direito e do PPGD/UFBA.
alessandra.prado@ufba.br

Recebido em: 31.03.2018
Aprovado em: 24.07.2018
Última versão dos autores: 12.08.2018

Áreas do Direito: Penal; Educação

Resumo: Com a intenção de relacionar teoria e prática e possibilitar uma formação mais crítica e abrangente ao estudante do Curso de Direito, são realizadas visitas às unidades prisionais. Considerando a importância e as consequências dessa atividade, o presente artigo foi elaborado a partir do seguinte questionamento: tendo em vista os processos de estigmatização denunciados no ambiente carcerário, quais são as principais dificuldades relacionadas à visita de estudantes de Direito aos estabelecimentos prisionais? Portanto, é objetivo do trabalho discutir a visita técnica realizada por discentes de Direito às unidades prisionais, tendo em consideração pontos positivos e negativos inerentes à atividade, considerando, principalmente, sua relação com o processo de estigmatização do preso.

Abstract: With the purpose of relating theory and practice and making possible a more critical and broader academic qualification to the Law student, visits are made to the prison units. Considering the importance and the consequences of this activity, the present article was elaborated from the following questioning: in view of the stigmatization processes reported in the prison environment, what are the main difficulties related to the visit of Law students to prison? Therefore, it is the objective of this study to discuss the technical visit made by Law students to the prison units, taking into consideration the positive and negative aspects inherent to the activity, considering, mainly, its relation with the process of prisoner stigmatization. To achieve this aim, a theoretical

Para a consecução de tal fim, foi realizada revisão teórica, adotando como marco teórico o paradigma da reação social.

Palavras-chave: Visita técnica – Sistema prisional – Estigmatização – Alteridade – Criminologia.

review was carried out, adopting as theoretical framework the paradigm of social reaction.

Keywords: Technical visit – Prison system – Stigmatization – Alterity – Criminology.

Sumário: 1. Introdução. 2. O olhar através e além das grades. 2.1. Entre a periculosidade e a alteridade: modelos de compreensão do sujeito infrator. 2.2. Perceber a prisão além dela mesma. 3. O eu, o outro, o estigma. 3.1. O processo de estigmatização. 3.2. A visita e os outsiders. 3.3. A visita e o estigma. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

No curso de Bacharelado em Direito, principalmente nas disciplinas relacionadas às ciências criminais (Direito Penal, Processo Penal e Criminologia), é comum a organização, por parte dos professores desses componentes curriculares, de visitas técnicas às penitenciárias e aos presídios, a fim de oferecer uma experiência que ultrapasse àquela referente às práticas tradicionais de ensino-aprendizagem.

A visita a uma unidade prisional é uma das atividades mais marcantes do curso de Bacharelado em Direito. Diante do nosso cenário de espetacularização do fenômeno delitivo e de encarceramento em massa, por um lado, a atividade pode representar uma experiência ímpar dentro de uma dinâmica de aprendizagem bastante formal, viabilizando uma percepção mais acurada das relações travadas no cárcere. Por outro lado, não se pode deixar de refletir quanto às dificuldades, aos aspectos negativos e aos riscos que ela pode, inevitavelmente, trazer consigo.

O interesse pelo tema surge a partir da experiência docente dos autores, enquanto professores de Direito Penal e/ou de Criminologia, e suas inquietações sobre apresentar e como apresentar o sistema prisional aos estudantes. Além de preocupações com os sujeitos que ali estão, que, em regra, são objeto de perguntas e de olhares curiosos durante a visita.

Causa incômodo o fato desse tipo de atividade, que normalmente visa proporcionar conhecimento a respeito da dinâmica do sistema, da estrutura das unidades, nem sempre levar em consideração aqueles(as) que estão encarcerados(as), ou seja, não há, geralmente, uma preocupação (ao menos expressa) com a percepção ou com o consentimento dos mesmos em razão da observação realizada.

Além disso, a visita, quase que exclusivamente, é guiada por um servidor da unidade (Diretor, Agente Penitenciário ou Policial Militar) e, dessa forma, nada impede que a administração prisional direcione a observação para os aspectos

menos problemáticos do cárcere, sendo que apenas uma experiência mais demorada e maturada poderia, de uma maneira mais adequada, traduzir a finalidade que a atividade proposta pretende atingir.

Os aspectos manifestos da visita são, de maneira preponderante, considerados positivos. Em contrapartida, esses aspectos latentes, condizentes aos problemas da atividade, não gozam de tanta atenção e podem colocar em risco a finalidade da visita. Por conta disso, a inquietude que nos lança à elaboração desse artigo pode ser manifestada na seguinte indagação: tendo em vista os processos de estigmatização denunciados no ambiente carcerário, quais são as principais dificuldades relacionadas à visita de estudantes de Direito aos estabelecimentos prisionais?

Assim, o objetivo deste artigo é discutir a visita técnica realizada por discentes de Direito aos estabelecimentos penais, tendo em consideração as principais dificuldades inerentes à atividade, considerando, principalmente, sua relação com o processo de estigmatização do preso.

Inicialmente, a pretensão não é defender que as visitas não sejam mais realizadas, mas apenas sinalizar para aspectos que são ocultados em razão da relevância dada ao procedimento, tanto pelos discentes como pelos próprios professores.

O percurso para oferecer uma resposta provisória ao questionamento formulado envolve a postura de indicar, de maneira sucinta, algumas dificuldades principais do sistema penal; analisar o conceito de estigmatização e a sua relação com as visitas realizadas às penitenciárias e, por fim, problematizar a visita discente a partir da condição do outro.

Trata-se de questão ainda não enfrentada por estudiosos sobre o sistema prisional, nem da área da educação. Em busca realizada no Portal Periódico Capes, Scielo e no Catálogo de Teses da Capes, não foi encontrado material bibliográfico sobre o assunto central.

A pesquisa então consistiu em uma análise do tema a partir do paradigma da reação social, em razão dessa vertente da Criminologia propiciar reflexões sobre o sistema prisional considerando a perspectiva do indivíduo sobre o qual recai a intervenção punitiva do Estado, e que na visita técnica, muitas vezes, é encarado como objeto da observação.

O método utilizado foi o dedutivo; e a metodologia utilizada consistiu em revisão teórica, a partir da interpretação e análise de textos sobre a formação jurídica, e, principalmente, de estudos sobre a prisão e seus efeitos, adotando-se como marco teórico o paradigma da reação social. Tratou-se de uma pesquisa teórica descritiva e exploratória. Foi realizada análise crítica a respeito da forma como é

legitimada a intervenção penal, as repercussões da prisão sobre o indivíduo, mais especificamente a criminalização terciária que recai sobre aquele que cumpre pena, como questões a serem consideradas na condução das visitas técnicas de estudantes de Direito às unidades prisionais.

2. O olhar através e além das grades

Conforme os dados divulgados no último informativo penitenciário[1] (INFOPEN -2017), o Brasil possui a terceira maior população carcerária do planeta. O referido documento ainda indica que o déficit de vagas nas unidades prisionais é altíssimo e que o percentual de presos provisórios é de 40%. Consoante ainda os dados do INFOPEN Mulheres[2], entre 2000 e 2014, a população carcerária feminina no Brasil cresceu 567,4%, sendo que 68% dessas mulheres possuem imputação penal por envolvimento com o tráfico não relacionado às organizações criminosas.

O mesmo documento registra também que os crimes previstos na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) e os crimes contra o patrimônio são aqueles responsáveis pela tipificação de mais de 50% das pessoas encarceradas hoje no Brasil. Apesar de ser um dado extremamente relevante, o INFOPEN não sinaliza para os índices de reincidência produzidos nas unidades prisionais brasileiras[3].

Quanto ao perfil da população carcerária, os dados do INFOPEN sinalizam que se trata de uma população jovem (a faixa etária entre 18 e 34 anos corresponde a 74% dos encarcerados), formada em sua maioria por pessoas negras (63%), com baixa escolaridade (mais de 70% estudaram apenas até o ensino fundamental completo).

---

1. DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias* (2016). Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf]. Acesso em: 04.11.2017.
2. CNJ. *Levantamento nacional de informações penitenciárias* – Infopen Mulheres (2014). Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf.] Acesso em: 07.11.2017. p. 5.
3. Em 2015, foi publicado o Relatório – *Reincidência Criminal no Brasil*, elaborado pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). Trata-se de pesquisa (quanti-qualitativa) realizada em apenas 817 casos referentes a cinco Estados da Federação (Alagoas, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco e Rio de Janeiro); excluído o Estado de São Paulo que possui a maior população carcerária do País (IPEA. *Reincidência criminal no Brasil*. Disponível em: [www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf]. Acesso em: 20.03.2018.

O Atlas da Violência 2017, elaborado pelo IPEA[4], revela a violação de direitos das pessoas encarceradas nas mais variadas perspectivas (saúde, educação, alimentação, condições de higiene, agressões físicas sofridas, jurídica – a exemplo da longa duração do processo ou da pena "vencida", entre outras).

Extramuros, o discurso da periculosidade/antissociabilidade do preso é construído diuturnamente nas mais variadas esferas (da comunicação – nas reportagens divulgadas; jurídica – nas denúncias e nas sentenças; das salas de aula); e legitima uma política criminal pautada ainda na defesa social, que tem como resultado o endurecimento do Direito Penal, do sistema penal como um todo. Conforme Zaffaroni[5]:

> A criminologia midiática cria a realidade de um mundo de *pessoas decentes*, diante de uma massa de *criminoso*, identificada através de estereótipos, que configuram um *eles* separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de *diferentes e maus*. Os *eles* da criminologia midiática incomodam, impedem que se durma com portas e janelas abertas, perturbam as férias, ameaçam as crianças, *sujam* por todos os lados e, por isso, devem ser separados da sociedade, para deixar-nos viver tranquilos, sem medos, *para resolver todos nossos problemas*. Para isso é necessário que a polícia nos proteja de seus assédios perversos, sem nenhum obstáculo, nem limite, porque nós somos limpos, puros e imaculados.

Entretanto, como observam Marcus Alan de Melo Gomes e Michelle Barbosa de Brito[6], os dados do INFOPEN (2014) confirmam "a exclusão seletiva de determinados grupos sociais, étnicos e etários como uma característica do sistema penal brasileiro, e desnuda a deslegitimação do discurso repressivo que inspira a atuação das agências penais, especialmente da polícia e da justiça criminal."

Com esse cenário, a visita técnica às unidades prisionais aparece como uma atividade bastante interessante, na medida em que as mazelas do sistema prisional brasileiro aumentam a curiosidade daqueles que estão estudando a ciência responsável pela regulamentação desse poder de punir. Então, dar-se conta da relação fornecida pelo saber normativo-jurídico ao exercício do poder de punir

4. IPEA. *Atlas da violência*. Disponível em: [www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/2/2017]. Acesso em:19.03.2018.
5. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 197.
6. GOMES, Marcus Alan de Melo; BRITO, Michelle Barbosa de. Algumas reflexões sobre a deslegitimação do sistema penal pela crítica criminológica. In: CHAGAS, Clay Anderson Nunes et al (Org.). *Segurança pública*: diagnóstico, conflitos, criminalidade e tecnologia da informação. Belém: UFPA, 2016. p. 21.

é um desvelar necessário, que, em alguma medida, pode ser realizado com a observação da realidade prisional.

O pensamento de que "[...] não é missão do jurista estudar a realidade social para estabelecimento de conceitos, como pretendem as chamadas teorias sociológicas[7]" implica em uma opção de entender o direito – ou o conceito de direito –, anterior ao começo da investigação referente ao objeto de estudo. Com base nisso, há uma resistência à integração do Direito Penal com disciplinas necessárias ao estudo dos seus problemas.

Juarez Cirino dos Santos[8], ao comentar a obra *Vigiar e punir*, de Michel Foucault, refere-se à relação de constituição recíproca do binômio poder/saber, considerando que:

> [...] as relações de saber e de controle do sistema punitivo constituem a microfísica do poder, a estratégia das classes dominantes para produzir a alma como prisão do corpo do condenado – a forma acabada da ideologia de submissão de todos os vigiados, corrigidos e utilizados na produção material das sociedades modernas. Nesse contexto, [...], o poder produz o saber que legitima e reproduz o poder.

Sabe-se que existe, no curso de Bacharelado em Direito, uma predileção por disciplinas dogmáticas, que trabalham com um saber normativo[9]. Assim, há pouco espaço para a reflexão a partir da observação da realidade, para a análise *in loco* das relações de poder que são travadas nas instituições modernas de sequestro[10]. A formação dogmática impede uma percepção mais ampla e multifacetá-

7. FRAGOSO, Heleno apud ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 115.
8. SANTOS, Juarez Cirino dos. 30 anos de Vigiar e punir (Foucault). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 58, 2006. p. 291.
9. Sobre o tema ver: PRANDO, Camila Cardoso de Mello. Saber dos juristas e o controle penal: o debate doutrinário na *Revista de Direito Penal* (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012 e GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. A criminologia no ensino jurídico no Brasil. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2014.
10. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardins Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003. p. 115. Conforme o autor, "Mais do que instituições estatais ou não estatais, é preciso dizer que existe uma rede institucional de sequestro, que é intra-estatal; a diferença entre aparelho de Estado

ria do fenômeno delitivo, reduzindo-o à atividade qualificadora ou adjetivante do fato como criminoso (ou não), o que não se confunde com a possibilidade de entender o fenômeno nas suas múltiplas possibilidades de abordagem; e à percepção meramente normativa da pena, exigindo, artificialmente, para cada fato uma imputação, para cada conduta uma pena.

Sair das salas de aula, pensar a intervenção penal relacionando saber jurídico com a execução da pena entre as grades, odores e ruídos da unidade prisional pode ser um caminho para enfrentar o desafio proposto por Hulsman e Celis[11]:

> [...] esforce-se por imaginar, tente interiorizar o que é a prisão, o que é o encarceramento. Aprendemos a pensar sobre a prisão de um ponto de vista puramente abstrato. Coloca-se em primeiro lugar a "ordem", o "interesse geral", a "segurança pública", a "defesa dos valores sociais" [...] Fazem com que acreditemos – e esta é uma ilusão sinistra – que, para nos resguardar das "empreitadas criminosas", é necessário – e suficiente! – colocar atrás das grades dezenas de milhares de pessoas. E nos falam muito pouco dos homens enclausurados em nosso nome[...].

A ausência de alteridade contida no discurso penal oficial determina a exclusão, a segregação daqueles que estão mais suscetíveis aos mecanismos de controle social. Diante de uma conduta desviada, a primeira identificação que aparece, geralmente, é com o sujeito passivo (vítima) da infração penal. O próprio discurso penal dominante afasta a possibilidade de aproximação com o sujeito infrator, desconsiderando ou desvalorizando a sua forma de representar o mundo e o fato praticado.

Além disso, a reação penal ao fato delitivo apresenta uma escassa reflexão direcionada para as funções da pena, ao mesmo tempo em que está consubstanciada na ideia de defesa social, como atenta Alessandro Baratta[12]. Nesse mesmo sentido, Vera Regina Pereira de Andrade reflete, ao explicar a noção de defesa social, que:

---

e o que não é aparelho de Estado não me parece importante para analisar as funções deste aparelho geral de sequestro, desta rede de sequestro no interior da qual nossa existência se encontra aprisionada".

11. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueíine Bernat de. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. 2. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997. p. 61.

12. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 41.

> Nestas condições, se o homem está fatalmente determinado a cometer crimes, a sociedade está igualmente determinada – através do Estado – a reagir em defesa de sua própria conservação, como qualquer outro organismo vivo, contra os ataques às suas condições normais de existência. A pena é, pois, um meio de defesa social.[13]

O próximo tópico buscará uma reflexão mais acurada sobre o significado de alteridade e a sua relação com o ensino jurídico, perseguindo uma compreensão do fenômeno delitivo multifacetária e interdisciplinar.

2.1. Entre a periculosidade e a alteridade: modelos de compreensão do sujeito infrator

O paradigma criminológico positivista (etiológico) é aquele que acentua a discussão sobre a periculosidade do sujeito infrator. Trata-se de modelo de compreensão do fenômeno delitivo que concentra o estudo do crime na pessoa do infrator, caracterizando-o como alguém diferente, perigoso, antissocial[14]. O pensamento criminológico positivista é o responsável por consolidar um princípio maniqueísta para a percepção do delinquente, o que corrobora a própria ideologia da defesa social[15].

Apesar da sua disseminação em larga escala, a ideologia da defesa social não consegue explicar o fenômeno delitivo de maneira multifacetária, contribuindo para uma formação empobrecida, que reduz o crime à violência individual e, em contrapartida, negligencia quanto às violências estrutural e institucional

13. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 68.
14. FERRI, Enrico. *Delinquente e responsabilidade penal*. São Paulo: Rideel, 2006. p. 121. De acordo com o autor: "A anormalidade é um dos elementos de avaliação da periculosidade e esta constitui o critério básico para a adaptação legal, judicial e executiva da sanção penal à pessoa do criminoso. Mas a imputabilidade ou responsabilidade deste depende apenas do fato de que vive em sociedade e, portanto, deve ser responsável pelas infrações à lei penal cometidas por ele, já que a lei penal possui um império absoluto sobre todos, normais ou anormais, perigosos ou nem tanto".
15. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 42. Conforme sinaliza o autor, a ideologia da defesa social é consubstanciada em alguns princípios, entre os quais está o princípio do bem e do mal, que significa, basicamente, que "o delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem".

também presentes nos processos de definição e seleção das condutas desviadas, assim como das sanções estabelecidas.

Associada à ideia de defesa social está a figura do preso como alguém perigoso – como sentenciou Ferri: "o delinqüente não é um homem como os outros da sua mesma classe [...] a maior parte dos homens não cometem crimes, ao passo que os delinquentes acabam sempre por cometê-los"[16]. Constrói-se, a partir do determinismo biológico ou social, uma relação entre características físicas e periculosidade, pobreza e criminalidade, prisão e pessoa perigosa, gerando um processo de criminalização do indivíduo que é alcançado pelo sistema penal.

Segundo Foucault[17], o sistema prisional funciona:

> [...] num duplo modo: o da divisão binária e da marcação (louco-não-louco; perigoso-inofensivo; normal-anormal); e o da determinação coercitiva, da repartição diferencial (quem é ele; onde deve estar; como caracterizá-lo, como reconhecê-lo; como exercer sobre ele, de maneira individual, uma vigilância constante, etc.).

Destarte, a iniciativa de visita à penitenciária pode permitir uma aproximação dos discentes com os problemas relacionados à prática do poder punitivo, à execução da pena, aos reflexos da pena sobre o condenado, à invisibilidade do preso, oportunizando uma formação acadêmica mais pluralizada e atenta aos atrasos[18] dos estudos jurídicos. Atividade que também pode contribuir para uma percepção do papel da prisão e das demais instâncias do controle social formal nos processos de criminalização, viabilizando uma leitura crítica que não se coaduna com as leituras criminológicas tradicionais da segunda metade do século XIX[19].

16. FERRI, Enrico. *Discursos de acusação:* ao lado das vítimas. Trad. Fernando de Miranda. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 88.
17. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* história da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramalhete. 37. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 165.
18. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 45. "O atraso da ciência jurídica em face do pensamento criminológico contemporâneo mais avançado é tal que, de fato, obriga a pensar que o mesmo não pode ser recuperado através de uma crítica imanente".
19. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia da repressão:* uma crítica ao positivismo em criminologia. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 79. Segundo o autor, essa leitura criminológica entende que "O comportamento criminoso é compreendido como expressão ou sintoma de patologia: espécie de comportamento desconforme às expectativas morais que regem o organismo coletivo. Essas formas patológicas de comportamento

Nesse sentido, a observação daquela realidade traduz também uma oportunidade de se colocar no lugar do outro, configurando uma premissa relevante para aquele que pretende se dedicar ao estudo das ciências criminais. A introspecção simpatizante seria, segundo Molina e Gomes, uma "técnica de aproximação da realidade criminal para compreendê-la a partir do mundo do desviado e captar o verdadeiro sentido que ele atribui a sua conduta"[20].

O que os referidos autores denominam de introspecção simpatizante, outros autores definem como alteridade ou empatia. De fato, a prática de uma conduta desviada é percebida, em regra, como objeto de repulsa, de rechaço. No entanto, a necessidade de negação desse comportamento promove o distanciamento do outro, um abismo criado tanto para aquele que exercita o poder de atribuição como também daquele que é rotulado. Porém, o outro é um ser formado por múltiplas experiências que não podem ser captadas pelas vivências do observador, já que este também é um ser particularizado.

A compreensão do outro aparece assim como uma tarefa limitada para a apreciação humana, buscando sempre limites éticos:

> Qualquer tentativa de reconduzi-lo, enquanto postulação do intelecto ou ideia da razão, ao posto de correlato do conhecimento, tem de necessariamente falhar, na medida em que o que eu do outro posso vir a conhecer se resume àquilo que eu do outro sou capaz de apreender – o que é definitivamente muito pouco, especialmente quando levam os realmente a sério o fato de que o outro – o humano propriamente dito – não é senão a multiplicidade, a diversidade infinita de singularidades que eu não posso sintetizar de forma alguma em uma unidade sob risco de violentar o essencial do ser humano: sua humanidade, exatamente[21].

Considerando a racionalidade limitada na compreensão do outro, insurge-se a ideia de perceber que o protagonismo da análise do fenômeno delitivo não pode estar concentrado na figura do infrator, isto é, pode ser mais importante investigar processos institucionais de violência do que as causas do cometimento

---

resultam (a) ou de defeitos individuais congênitos (b) ou de socialização deficiente devido a esforços insuficientes da sociedade na transmissão das normas morais a cada geração".

20. MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 326.

21. SOUZA, Ricardo Timm de. *Humanismo e alteridade*: A filosofia frente à radicalidade do desafio humano. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25234-25236-1-PB.PDF]. Acesso em: 28.03.2018.

do crime na figura do infrator. "Querer definir as razões da criminalidade parece-nos ser uma pretensão tão gigantesca quanto a de querer contar os grãos de areia do mar"[22].

> [O] modelo criminológico do positivismo etiológico, nas suas mais variadas formas de expressão e nos seus constantes embates na tentativa de superação e sobrevivência, é caracterizado pela negação da alteridade, pela supressão do outro, pelo não-reconhecimento da diversidade, com a criação de mecanismos policialescos para sua repressão formal(izada)[23].

Por conta disso, normalmente, em decisões judiciais e na execução da pena, nota-se a exclusão da figura do outro, com o desenvolvimento de processos de criminalização, por intermédio dos critérios de seleção intrínsecos ao sistema punitivo, razão pela qual há um consenso acerca do "mal" representado na figura do "criminoso" – o que precisa ser esclarecido, viabilizando um sistema penal (ou algo melhor) que permita uma ressignificação sujeito infrator, a fim de que este possa entender o quão danosa foi a sua conduta e, por conta disso, consiga desenvolver instrumentos cognitivos capazes de resolver eventuais conflitos posteriores.

Além disso, no lugar de concentrar apenas o desenvolvimento do senso de responsabilidade moral na figura do infrator, há que se realizar um movimento no sentido de permitir a compreensão da violência que ocorre diante do outro não compreendido, ou seja, a impossibilidade de perceber totalmente outro ser humano em suas particularidades deve substituir processos rotulantes e segregacionistas estimulados pelo sistema de justiça criminal, contribuindo para a formação de outros horizontes éticos.

2.2. Perceber a prisão além dela mesma

Com base nessas questões, não se pode perder de vista que a visita ao estabelecimento prisional é uma oportunidade de observar sujeitos condenados (ou presos provisórios) atrás das grades, mas, antes disso, é também uma possibilidade de direcionar a compreensão para aquilo que é produzido pelo cárcere e/ou está além do cárcere. Isso porque a visita permite a aproximação com uma realidade

22. SÁ, Alvino Augusto de Sá. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 21.

23. CARVALHO, Salo de. Criminologia e transdisciplinaridade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 56, 2005. p. 322.

geralmente desconhecida[24] e a percepção dessa outra realidade pode conduzir o observador, principalmente, às assimetrias estruturais (re)produzidas pela (na) própria prisão.

Essa é uma dinâmica que também rompe com a noção de ausência de alteridade em relação ao ensino jurídico, porque, muitas vezes, inaugura uma possibilidade de observação para o discente que é escassa nas relações de ensino-aprendizagem do campo do Direito. Assim, o ensino rotinizado "despreza o poder criador do estudante: considera-o como o legítimo aluno, incapaz de interagir com o professor e estabelecer um diálogo criativo e produtivo, para além da mera reprodução"[25].

Perceber a prisão além dela mesma significa obter algumas pistas para entender os limites do discurso penal dominante e da própria finalidade (função ou fundamento) da pena privativa de liberdade.

Autores como Vera Regina e Juarez Cirino denunciam, com base nas obras de Foucault e Baratta, uma função não declarada do sistema punitivo, aquela que permanece não manifesta pela reprodução do saber penal dominante. Assim, Vera Regina Pereira de Andrade leciona que:

> [...] a eficácia invertida significa, então, que a função latente e real do sistema penal não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao invés, construí-la seletiva e estigmatizantemente, e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, de gênero e de raça)[26].

Se o objetivo do sistema penal não é exatamente a prevenção (geral e especial) de novos delitos, mas tão somente uma gestão dos ilegalismos, uma administração diferencial da criminalidade, então é possível afirmar que existe um sucesso

24. MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI: abolição, um sonho possível. *Verve*, São Paulo, n. 4, p. 80-111, 2003. PASSETI, Edson; SILVA, Roberto Dias. *Conversações abolicionistas*: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCRIM/PEPG Ciências Sociais PUC-SP, 1997. p. 95. Segundo Mathiesen (2003), "A prisão é um sistema profundamente irracional em termos dos seus próprios objetivos estabelecidos. Entretanto, a dificuldade é que este seu conhecimento, em grande parte, é secreto".

25. ACHUTTI, Daniel; OSÓRIO, Fernanda Salo de. Por uma prática educativa criativa: alteridade e transdisciplinaridade no ensino jurídico. *Revista Direito, Cultura e Cidadania,* Osório, v. 1, n. 1, 2011. p. 12

26. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 136.

da prisão nas suas funções não declaradas. "O atestado de que a prisão fracassa em reduzir os crimes deve talvez ser substituído pela hipótese de que conseguiu muito bem produzir a delinquência", avalia Foucault[27].

Essa denúncia sobre a finalidade principal da prisão coloca a instituição em um lugar de instância de produção de mais violência. O autor da infração é inserido em relações extremamente violentas, nas quais outra subjetividade é moldada, consolidando-se processos de estigmatização. A vítima é anulada pelo sistema penal, na medida em que não tem a sua pretensão levada em consideração com a abordagem jurídica, nem tampouco é acolhida[28] adequadamente pelas instâncias do controle social formal. Por fim, a sociedade arca com o alto custo do cárcere e com a violência reproduzida no cotidiano. Até aqueles mais adeptos do discurso punitivista estão insatisfeitos com as prisões.

Nesse sentido, realizar a visita e olhar através das grades – que tão bem representam a defesa social, que separam, nós, "socializados", deles, "em processo de ressocialização" – procurando identificar o primário e o reincidente, o homicida, o traficante, o assaltante, gera o risco de reprodução da imagem construída do preso como perigoso; olhar além das grades – para o refeitório que falta, para o outro que não lhe encara, para as relações entre eles, entre eles e nós, entre eles e o mundo e refletir sobre a função da pena, pode ser o desafio da visita.

A produção da delinquência, diante de todas as condutas desviadas praticadas, pode ser compreendida em vários momentos, por exemplo, na criação da lei, na atividade criminalizante e imunizante da polícia e da justiça penal, nas relações desenvolvidas no ambiente carcerário. Isso significa que não se pode ignorar o papel decisivo que o sistema penal possui na gestão das condutas desviadas, na distribuição de etiquetas e, sobretudo, nos processos de estigmatização que ocorrem dentro da própria prisão.

3. O EU, O OUTRO, O ESTIGMA

Neste tópico, busca-se compreender as dinâmicas que envolvem as interações entre o observador e o observado durante a visita à penitenciária. Para tanto,

27. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir:* história da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramalhete. 37. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 262.

28. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. 2. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997. p. 119. "As pessoas em dificuldade e na dor têm, antes de tudo, necessidade de alguém que as escute. Quando pessoas compreensivas e amigáveis lhes permitem se expressar com calma e melhor se situar em seu conflito, um pouco de seu problema já está resolvido".

serão utilizados os aportes teóricos do interacionismo simbólico, bem como as contribuições de Erving Goffman[29].

Juntamente com a etnometodologia, o interacionismo simbólico influenciou de maneira significativa o paradigma da reação social, oportunizando uma compreensão do eu e do outro como o resultado das representações sociais, em que os rótulos seriam distribuídos a partir de complexos processos de definição e seleção. Com esse entendimento, esvazia-se a noção sobre a natureza ontológica da criminalidade, pois a criminalização não ocorre antes da incidência do rótulo de criminoso e do exercício de atribuir esse rótulo. Em suma, isso significa que não existe o crime e o criminoso, sem as complexas dinâmicas do controle social.

Tendo em vista esses elementos, observa-se que a realidade é construída a partir das interações sociais, isto é, através de processos múltiplos de comunicação e interação a realidade ganha significados. O que ocorre em relação à beleza, por exemplo, construída a partir de processos informais, como veiculação de uma imagem na mídia ou divulgação de um estereótipo específico; também pode ser verificado no campo criminal, uma vez que existe o estereótipo inscrito no senso comum acerca do sujeito delinquente.

Assim como o filho preferido e o filho problemático; o bom aluno e o mau aluno; há também processos informais de criminalização que distribuem as etiquetas de acordo com critérios específicos. Importante para a compreensão dessa perspectiva é o Teorema de Thomas, indicando que "se algumas coisas são definidas como reais, elas são reais nas suas consequências"[30].

O problema da presente pesquisa passa pela necessidade de compreensão desse estigma na figura do encarcerado. Sabe-se que o sujeito constrói a imagem de si mesmo (*self*) a partir das suas interações com o ambiente externo, isto é, na mesma medida em que contribui para a composição do mundo exógeno, (re)elabora, (re)constrói e (re)valora a representação que faz de si mesmo.

> Ao afirmar que o ser humano possui um *self*, Mead quer enfatizar que, da mesma forma que o indivíduo age socialmente com relação a outras pessoas, ele interage socialmente consigo mesmo. Ele pode tornar-se objeto de suas próprias ações. O *self*, assim como outros objetos, é formado através das

29. GOFFMAN, Erving. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

30. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 109.

> "definições" feitas por outros que servirão de referencial para que ele possa ver-se a si mesmo[31].

Em que sentido o interacionismo simbólico guarda relação com as visitas às penitenciárias? Enquanto o encarcerado considera a imagem de si em similitude com a representação que criam dele, o observador pode assumir um papel social de visitante, que não pertence ao ambiente observado, colocando-se em uma posição arriscada, já que pode transformar o outro tão somente em um objeto de rotulação, e não em uma pessoa que também pode exercer o poder de rotular.

Isso remete a um problema sério da atividade em comento, qual seja: quais são os limites éticos, nessa situação, da relação entre o observado e o observador? Quem observa se preocupa com a vontade do observado em não participar da observação? O observado consente com a visita? O observado concorda em ser visto a partir do rótulo que lhe foi atribuído em uma sentença penal condenatória?

Essas são questões sensíveis atinentes à visita, porque há o risco de que os estudantes se coloquem apenas na condição de observadores de uma realidade desconhecida, prejudicando a chamada introspecção simpatizante.

3.1. O processo de estigmatização

Quando apenas a condição de observador está presente, o observado (preso, encarcerado, condenado, criminoso) tem reforçada a etiqueta que lhe foi atribuída. Se as visitas são muito importantes para os discentes, uma vez que estes podem compreender de uma maneira mais aproximada a irracionalidade da prisão; por outro lado, não se pode negligenciar que esse encontro revela uma relação sub-reptícia, na medida em que o observado tem a consolidação do rótulo que lhe foi imposto pelo sistema penal, abandonando, mais uma vez, o eu pré-cárcere.

Como explica Lola Anyar de Castro[32]:

> [...] a formação do Eu é relacional, e vai se construindo na medida em que se generaliza a construção do "outro". Portanto, essa formação do Eu é intersubjetiva. Isso determina que as realidades (e isso inclui as "verdades"), segundo os processos de transmissão e apreensão dos conhecimentos [...]. Por um lado, o Eu objetivo (ou imagem de espelho) nos conformará de acordo como os outros nos catalogam. Isto é, "o outro" sempre vai formar parte do Eu.

31. HAGUETE, Teresa Maria Frota. *Metodologias qualitativas na sociologia*. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 29.

32. CASTRO, Lola Aniyar de. *Manual de criminologia sociopolítica*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017. p. 210-211.

É preciso atentar para o fato de que, nesse universo alienante e artificial da prisão, os indivíduos passam por um processo de "mortificação do eu" (Goffman[33]); de despersonalização (Hulsman e Celis[34]), de desculturação (Baratta[35]), afastando-se de sua identidade; bem como de prisionalização (Clemmer[36]), aculturação (Baratta), pela internalização de uma nova cultura, valores e percepção de si mesmo a partir de como é visto e tratado pelo outro.

De acordo com Goffman, a prisão possui aptidão para um processo de mortificação do eu, de desconsideração da subjetividade do custodiado e da necessidade de substituição desse eu por um outro. O autor explica: "Nas instituições totais há outra forma de mortificação; a partir da admissão, ocorre uma espécie de exposição contaminadora. No mundo externo, o indivíduo pode manter objetos que se ligam aos seus sentimentos do eu – por exemplo, seu corpo, suas ações imediatas, seus pensamentos e alguns de seus bens – fora de contato com coisas estranhas e contaminadoras. No entanto, nas instituições totais esses territórios do eu são violados; a fronteira que o indivíduo estabelece entre seu ser e o ambiente é invadida e as encarnações do eu são profanadas"[37].

Esse processo de mortificação do eu ocorre a partir de exposições contaminadoras. Essas exposições podem ser físicas ou introduzidas nas relações com outras pessoas. A farda, o tipo de relação que se desenvolve com os agentes, a necessidade de cortar o cabelo, as reclamações quanto à limpeza do local, os apelidos, a má condição dos alimentos, a convivência em cela coletiva e a perda da intimidade, entre outros, são formas de exposição contaminadora. Seria a visita à penitenciária por discentes uma exposição contaminadora?

Ao exemplificar as possibilidades de exposição contaminadora, Goffman[38] aponta que "os presos e os doentes mentais não podem impedir que os visitantes os vejam em circunstâncias humilhantes". E adiante detalha:

33. GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2010.
34. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas:* o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. 2. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997.
35. BARATTA, Alessandro Baratta. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
36. CLEMMER, Donald. *The community prison*. Boston: Christopher Publishing House, 1940.
37. GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2010. p. 31.
38. GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2010. p. 32.

> Já sugeri que o internado sofre mortificação de seu eu por exposição contaminadora de tipo físico, mas isso deve ser ampliado: quando a agência de contaminação é outro ser humano, o internado é ainda contaminado por contato interpessoal imposto e, consequentemente, uma relação social imposta. (De forma semelhante, quando o internado deixa de ter controle quanto a quem o observa em sua desgraça, ou conhece o seu passado, está sendo contaminado por uma relação obrigatória com essas pessoas – pois é através de tais percepções e conhecimento que se exprimem as relações)[39].

Porém, não apenas o observado tem a consolidação do rótulo que lhe foi imputado, mas o próprio observador corre o risco de renovar a sua condição de sujeito exógeno àquele ambiente, introduzindo uma percepção de si que denuncia uma hierarquia ou superioridade diante da correspondência entre o ser observado e o estereótipo difundido no senso comum acerca do sujeito infrator[40]. "Por definição, é claro, acreditamos que alguém com um estigma não seja completamente humano. [...] fazemos vários tipos de discriminações, através das quais efetivamente, e muitas vezes sem pensar, reduzimos suas chances de vida"[41].

Nesse sentido, no lugar de construir uma compreensão a partir da empatia, o observador pode encontrar um suporte para confirmar uma compreensão do outro como um anormal, diferente, que jamais poderia coincidir com a sua.

3.2. A visita e os outsiders

Uma análise pouco cuidadosa poderia indicar que os *outsiders,* no caso das visitas às unidades prisionais, seriam apenas os presos, os encarcerados, aqueles que desviaram e, por consequência, sofreram o correspondente processo de rotulação. Todavia, tal compreensão pode denunciar uma aporia que merece especial atenção, sobretudo se o outro é percebido de maneira depreciada, diminuída.

Segundo Howard S. Becker, o conceito de *outsiders* não é unívoco, porque pode abranger "a situação de transgressão da regra e de imposição da regra e os processos pelos quais algumas pessoas vêm a infringir regras, e outras a impô-las"[42].

39. GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2010. p. 34-35.
40. GOFFMAN, Erving. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017. p. 15.
41. CASTRO, Lola Aniyar de. *Manual de Criminologia Sociopolítica.* Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017. p. 210-211.
42. BECKER, Howard S. *Outsiders.* Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 15.

A partir desse conceito, entende-se que os observadores podem considerar como *outsiders* os observados, uma vez que estes foram etiquetados, rotulados pelo sistema de controle social formal e correspondem, em circunstâncias específicas, ao estereótipo comum do criminoso; por outro lado, os observados podem também considerar que os observadores são *outsiders,* pois são pessoas alheias aos processos sociais desenvolvidos naquele cotidiano e, diante daquela presença, não há um interesse propriamente dito pelas demandas que lhes são apresentadas, tampouco ciência mesmo dessas demandas.

A curiosidade dos discentes pode alimentar essa segunda perspectiva, considerando que, durante as visitas, muitos perguntam sobre o crime cometido e o tempo de pena, o que pode traduzir também uma percepção do fenômeno puramente legal, que não se dá conta da racionalidade inerente nesse tipo de perspectiva acerca do fenômeno delitivo.

Enquanto a primeira concepção é mais difundida, porque a noção de *outsiders* está intimamente relacionada ao desvio, a segunda concepção parece mais rara, uma vez que é a compreensão dos controlados, dos rotulados, dos estigmatizados pelo sistema de justiça criminal. Como trabalhado anteriormente, o estigma vai apresentar para os demais uma depreciação ou diminuição daquele que é observado.

Essa é uma discussão que remete ao problema denunciado pelas teorias das subculturas criminais, já que muitas vezes o que está em jogo é a definição de um grupo perante outro. Então, a questão central não pode ser, necessariamente, a prática isolada de condutas desviadas, mas sim o que se faz diante desses comportamentos e com as pessoas que os cometem. Tal premissa pode levar a uma relativização do sistema normativo vigente e denunciar um funcionamento do sistema de justiça criminal em razão de valores, e não de condutas desviadas realmente praticadas. Isso significa que, mesmo sem praticar uma conduta desviada, o sujeito, por integrar uma subcultura, pode ser objeto de processos de rotulação.

Becker atenta que:

> O ponto é que a resposta das outras pessoas deve ser vista como problemática. O simples fato de uma pessoa ter cometido uma infração a uma regra não significa que outros reagirão como se isso tivesse acontecido. (Inversamente, o simples fato de ela não ter violado uma regra não significa que não possa ser tratada, em algumas circunstâncias, como se o tivesse feito).[43]

43. BECKER, Howard S. *Outsiders*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 24.

A crítica referente às subculturas pode denunciar o enfraquecimento de um elemento central para o próprio conceito de crime, a culpabilidade. Isso porque a prática de uma conduta socialmente reprovável depende sempre da perspectiva a qual está atrelada a reprovação, pois aquele que tem o seu comportamento supostamente reprovado pode entender que a reação não é correta. "Aquele que infringe a regra pode pensar que seus juízes são *outsiders*"[44].

A culpabilidade é "o fato punível é expressão de uma atitude interior reprovável, porque seu autor atua conscientemente contra valores e normas que existem na sociedade previamente à sua sanção pelo legislador"[45].

Baratta parte das teorias das subculturas para negar o princípio da culpabilidade. Mas como são constituídas as subculturas? O referido autor responde da seguinte maneira: "[...] A constituição de subculturas criminais representa, portanto, a reação de minorias desfavorecidas e a tentativa, por parte delas, de se orientarem dentro da sociedade, não obstante as reduzidas possibilidades legítimas de agir"[46].

Então, para as teorias das subculturas cada grupo possui um significado axiológico, ou seja, a segregação dos valores pode gerar um conflito com o sistema legitimado. O delito é a "expressão de outros sistemas normativos (subculturais), cujos valores diferem dos majoritários, quando não são deliberadamente contrapostos" [47]. Assim, não há diferença entre conduta desviante e não desviante, visto que o sujeito inserido em determinada subcultura age de acordo com os aspectos valorativos ali presentes, o que, indubitavelmente, pode significar uma violação do regime cultural dominante.

A discrepância cultural também pode ser uma variável na realização da atividade de visita às unidades prisionais, contribuindo para que as representações dominantes sejam reproduzidas. Esse risco para a atividade é inevitável, mas pode ser refletido e lidado de maneira conjunta com os discentes, a fim de que a experiência não seja invalidada.

44. Ibidem, p. 15.

45. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A construção social dos conflitos agrários como criminalidade. In: Rogério Dultra dos Santos (Org.). *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. p. 29.

46. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 69-70.

47. MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 313.

3.3. A visita e o estigma

Torna-se relevante entender os riscos da visita para a consolidação do estigma desenvolvido no cárcere e, por consequência, para o êxito da profecia estabelecida na própria sentença penal condenatória. A instituição prisional acaba por iniciar o agente em uma carreira criminosa, viabilizando uma *self sulfillingprofecy*[48], oportunidade em que existe a aproximação entre o rótulo e o sujeito que fora objeto da atribuição.

O que se deseja ressaltar é a possibilidade de que a identidade criminógena declarada na sentença penal condenatória ainda não tenha surgido no momento da declaração, mas esta é uma antecipação da principal consequência do cárcere na vida daquele que foi definido como criminoso. Se a prática da conduta definida em lei como criminosa representa um nível de criminalização, a prisão vai incrementar esse nível, gerando implicações nefastas não apenas para o autor.

O êxito profético está na fabricação da delinquência pela própria prisão, deslocando, assim, a ideologia da ressocialização, reabilitação, reeducação, reinserção social, reintegração social, para um outro lugar. Sendo que esse outro lugar caracteriza muito mais a prisão do que qualquer outra explicação sobre as suas finalidades declaradas. Foucault[49] denunciou essa fabricação da delinquência como o escopo precípuo da prisão, consoante fora sinalizado alhures. Inexoravelmente, a fabricação da delinquência encontra a sua melhor tradução na reincidência.

Vários são os aspectos que vão induzir o encarcerado à reincidência. Qualquer tipo de generalização nesse sentido pode ser imprudente. Porém, a ideia de estigma aparece como um fator importante nesse processo de perda do eu e consequente constituição de uma outra identidade.

Segundo Goffman:

> O indivíduo estigmatizado tende a ter as mesmas crenças sobre identidade que nós temos; isso é um fato central. Seus sentimentos mais profundos sobre o que ele é podem confundir a sua sensação de ser uma "pessoa normal", um ser humano como qualquer outro, uma criatura, portanto, que merece um destino agradável e uma oportunidade legítima[50].

48. Profecia que se cumpre nela mesma (tradução dos autores). Termo cunhado por Robert Merton (ano – colocar nas referências) e utilizado por Alessandro Baratta (2002).
49. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir:* história da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramalhete. 37. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p.262.
50. GOFFMAN, Erving. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017. p. 16.

Esse descrédito na representação do eu e a confirmação gradual do rótulo atribuído na sentença penal condenatória, devido à percepção dos outros, criam para o encarcerado um ambiente de vulnerabilidade, onde, no lugar de se fortalecer psiquicamente para novos eventuais conflitos, há o enfraquecimento dos seus laços mais importantes e a substituição dessas relações por outras que reforçam a identidade criminógena profetizada.

Nesse processo, endossa Ana Luiza Flauzina[51]

> [...] acessando os códigos sociais mais elementares na estigmatização dos indivíduos – dos excessos caricatos da Polícia, à austeridade do Ministério Público, e do Judiciário – a clientela do sistema penal vai sendo regularmente construída de maneira tão homogênea e harmônica que nada poderíamos suspeitar. Sempre os mesmos, sempre pelos mesmos motivos, os criminalizados parecem mesmo representar a parcela da humanidade que não cabe ao mundo.

Ressalta-se, então, a necessidade de entender o risco de que, durante a visita ao estabelecimento prisional, ocorra uma consolidação dos papéis de observado e de observador, o que impediria o cumprimento da finalidade proposta pela atividade e, por consequência, desencadearia mais um processo de estigmatização.

Esse risco presente na atividade em comento pode traduzir um hiato na realização desses procedimentos, pois os presos, que já se encontram em um ambiente hostil, não são consultados sobre a visita, o que significa que, apropriadamente, eles não participam do evento, mas são sujeitos (e sujeitados) que integrarão a paisagem prisional, juntamente com as dificuldades encontradas estruturalmente. O ambiente que tem odor, tem cor, tem uma atmosfera pesada, que tem carência de luz natural direta, que o ar custa a circular, está longe de ser um lugar "humanizado"; a visita, nesse ponto, não deixa de ser uma visita ao "zoológico".

Outro aspecto que merece destaque é o direcionamento da visita pela administração prisional, o que pode apresentar uma experiência forjada pela observação das unidades menos comprometidas, para os lugares mais limpos, conduzindo o discente a uma compreensão da instituição que pode corroborar a ideia de

51. FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília. Brasília. 2006.

Para além das assimetrias de classe, a autora conclui que "a clientela do sistema penal está originalmente conformada pelo racismo, que aparece como a grande âncora da seletividade" (FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília. Brasília. 2006. p. 126).

segurança e tranquilidade. Essa experiência forjada denuncia que apenas uma visita não é suficiente para a compreensão de uma realidade tão específica, marcada por uma violência banalizada e legitimada pelo próprio Estado. Essas são questões que merecem ser discutidas com os discentes antes das visitas.

Desta forma, surge uma possibilidade interessante para as dinâmicas promovidas nas visitas aos estabelecimentos prisionais, qual seja: mais importante do que observar a paisagem prisional e o preso como um personagem desse ambiente, há que se oportunizar, a partir dessa experiência, a compreensão das dinâmicas institucionais que transformam a prisão em uma instituição irracional que incrementa a violência que, inicialmente, ela mesma pretende evitar.

Entre a representação do eu e o outro, há um risco de consolidar os rótulos atribuídos e desenvolver processos de criminalização terciária (estigmatização). Se na visita discente às penitenciárias há uma oportunidade de conhecer uma instituição que suscita tanta discussão e dúvidas, de ampliar a perspectiva de sua formação; em contrapartida, observa-se também uma dificuldade e um risco, no sentido de não compreender o outro como uma pessoa, um sujeito de direitos, alguém normal, mas tão somente como um criminoso, anormal e perigoso, um componente protagonista da paisagem carcerária.

Considerações finais

O presente trabalho buscou desenvolver uma reflexão acerca das visitas de discentes de Direito às penitenciárias. Diante das contribuições propostas, há que se observar uma maior preocupação de todos aqueles envolvidos na atividade, pois existem riscos e aporias que merecem destaque.

A instituição prisional é um ambiente hostil, que muitas vezes reproduz e legitima as violências que pretende inibir. Logo, a visita ao estabelecimento prisional necessita de prudência no sentido de não confirmar os papéis que são distribuídos dentro do cárcere. Esse cuidado é possível na medida em que se tem ciência dos limites da compreensão sobre o outro. O conceito de alteridade é relevante para esse processo de deslocamento, no sentido de considerar o observado como uma pessoa, forjada por experiências distintas e plúrimas, e não um sujeito depreciado, diminuído pela condição em que se apresenta.

O paradigma da reação social, enquanto marco teórico, foi determinante para a abordagem desenvolvida, tendo por base, sobretudo, as contribuições do interacionismo simbólico, a partir de autores como Becker e Goffman. A discussão sobre os processos de estigmatização foi fundamental para entender que as visitas às penitenciárias não podem ser realizadas sem uma reflexão mais perspicaz sobre alguns aspectos relevantes, como o consentimento do observado ao

participar daquela atividade, a necessidade de dialogar com os discentes sobre as aporias daquele encontro, os riscos atinentes à atividade no sentido de consolidar os processos de estigmatização desenvolvidos no próprio cárcere.

Além disso, a discussão acerca do conceito de *outsiders* contribui para desenvolver uma noção mais crítica sobre a gestão total das infrações, diagnosticando uma relativização do sistema normativo, na medida em que alguns agentes são rotulados tão somente pelo fato de que aderem a grupos não considerados dominantes. A ciência sobre a pluralidade de grupos e a diferenciação na distribuição das etiquetas pode também contribuir para uma experiência que não transforme o outro em objeto.

Este trabalho oferece pistas importantes para novos objetos de estudo e metodologias diferentes. Como o consentimento dos observados não é exigido, um ponto de partida importante seria, considerando a pesquisa empírica, a formulação de questionários para investigar a percepção dos encarcerados, o que poderia indicar elementos capazes de construir a atividade de maneira conjunta, estabelecendo limites e significados mais satisfatórios para a atividade.

Assim como é importante a percepção dos observados, os observadores também precisam ter ciência dos limites éticos da atividade, dos riscos e das aporias que ela traz consigo, porque esse tipo de encontro e diálogo é fundamental para a fundação de um outro significado da relação de ensino-aprendizagem no mundo jurídico, onde a exclusão do outro é substituída por um esforço compreensivo.

Referências

ACHUTTI, Daniel; OSÓRIO, Fernanda Salo de. Por uma prática educativa criativa: alteridade e transdisciplinaridade no ensino jurídico. *Revista Direito, Cultura e Cidadania*, Osório, FACOS, v. 1, n. 1, p. 7-27, 2011.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A construção social dos conflitos agrários como criminalidade. In: SANTOS, Rogério Dultra dos Santos (Org.). *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

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

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BECKER, Howard S. *Outsiders.* Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

CARVALHO, Salo de. Criminologia e transdisciplinaridade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 56, p. 308-333, set.-out. 2005.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Manual de criminologia sociopolítica*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017.

CLEMMER, Donald. *The community prison*. Boston: Christopher Publishing House, 1940.

CNJ. *Levantamento nacional de informações penitenciárias* – Infopen Mulheres (2014). Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf]. Acesso em: 07.11.2017.

DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias* (2016). Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf]. Acesso em: 04.11.2017.

FERRI, Enrico. *Delinquente e responsabilidade penal*. São Paulo: Rideel, 2006.

FERRI, Enrico. *Discursos de acusação*: ao lado das vítimas. Trad. Fernando de Miranda. São Paulo: Martin Claret, 2005.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão*: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. 2006.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardins Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramalhete. 37. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2010.

GOFFMAN, Erving. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

GOMES, Marcus Alan de Melo; BRITO, Michelle Barbosa de. Algumas reflexões sobre a deslegitimação do sistema penal pela crítica criminológica. In: CHAGAS, Clay Anderson Nunes et al (Org.). *Segurança pública:* diagnóstico, conflitos, criminalidade e tecnologia da informação. Belém: UFPA, 2016.

HAGUETE, Teresa Maria Frota. *Metodologias qualitativas na sociologia*. Petrópolis: Vozes, 2001.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. 2. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997.

IPEA. *Atlas da violência*. Disponível em: [www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/2/2017]. Acesso em: 19.03.2018.

IPEA. *Reincidência criminal no Brasil*. Disponível em: [www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf]. Acesso em: 20.03.2018.

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI: abolição, um sonho possível. *Verve,* São Paulo, n. 4, p. 80-111, 2003.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia.* 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PASSETI, Edson; SILVA, Roberto Dias. *Conversações abolicionistas*: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCRIM/PEPG Ciências Sociais PUC-SP, 1997.

SÁ, Alvino Augusto de Sá. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia da repressão*: uma crítica ao positivismo em criminologia. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SANTOS, Juarez Cirino dos. 30 anos de Vigiar e punir (Foucault). *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 58, 2006.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Humanismo e alteridade:* a filosofia frente à radicalidade do desafio humano. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25234-25236-1-PB.PDF]. Acesso em: 28.03.2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- Encontros no cárcere "ontem" e "hoje": histórico da visitação ao sistema prisional do Rio de Janeiro conjugal, de Thais Lemos Duarte – *RBCCrim* 134/437-477 (DTR\2017\2534).

A visita íntima como mecanismo para efetivação dos direitos sexuais das mulheres encarceradas no Brasil

The intimate visit as a mechanism for the effectiveness of the sexual rights of female prisoners in Brazil

Nikaelly Lopes de Freitas
Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Estácio do Ceará.
nikaelly_Lopes@hotmail.com

Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima
Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra. Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará. Especialista em Direito Internacional pela Universidade de Fortaleza. Docente do curso de Direito do Centro Universitário Estácio do Ceará.
sarahlimabr@gmail.com

Recebido em: 14.12.2017
Aprovado em: 24.07.2018
Última versão das autoras: 30.07.2018

Áreas do Direito: Penal.

Resumo: A presente pesquisa tem como principal objetivo demonstrar as violações sofridas pelas mulheres presas no âmbito do sistema carcerário brasileiro, sobretudo aquelas relativas ao direito ao exercício da sexualidade. A fim de atingir o objetivo proposto, foi traçado um perfil das mulheres presas e analisou-se a forma como o cárcere as atinge quanto à efetivação de seus direitos, demonstrando como a visita íntima configura uma forma de concretização do exercício da sexualidade e, consequentemente, corolário da dignidade humana. Nesse contexto, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, desenvolvida a partir de livros, artigos científicos, legislação nacional e internacional, e da utilização de dados oficiais acerca da temática, buscou-se explicitar os obstáculos que geram um baixo número de

Abstract: The main objective of this research is to demonstrate the violations suffered by women prisoners within the Brazilian prison system, especially those related to the right to exercise their sexuality. In order to achieve the proposed objective, a profile of the women prisoners was drawn and the way the prison was analyzed in relation to the realization of their rights, demonstrating how the intimate visit constitutes a form of concreteness of the exercise of sexuality and, consequently, corollary of human dignity. In this context, through bibliographical and documentary research, developed from books, scientific articles, national and international legislation, and the use of official data on the subject, it was sought to explain the obstacles that generate a low number of prison

visitas em cárcere, assim como as consequências trazidas pelo cerceamento desse direito para a ressocialização das mulheres presas. Conclui-se que o exercício da sexualidade feminina não se resume à satisfação de uma necessidade biológica, mas na autodeterminação do próprio corpo e o alcance de suas potencialidades, de modo que seu cerceamento e controle por parte do Estado ofendem os ideais de liberdade, igualdade e dignidade, enquanto princípios perseguidos na contemporaneidade.

Palavras-chave: Direitos sexuais – Visita íntima – Mulheres encarceradas.

visits, as well as the consequences brought about by the restriction of this right for the re-socialization of women prisoners. It is concluded that the exercise of female sexuality is not restricted to the satisfaction of a biological necessity, but in the self-determination of the body itself and the reach of its potentialities, so that its restriction and control on the part of the State offend the ideals of freedom, equality and dignity, as principles pursued in contemporary times.

Keywords: Sexual rights – Intimate visit – Female prisoners.

Sumário: 1. Introdução 2. Quem são as mulheres por trás das grades?. 3. Os direitos sexuais das mulheres. 4. A visitação íntima nos presídios femininos brasileiros e os fatores determinantes para o baixo número de visitas às mulheres encarceradas. 5. A concretização do direito sexual à visita íntima e o seu papel no processo de ressocialização da mulher aprisionada. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

Ao tomar-se como objeto de pesquisa a realidade carcerária brasileira sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, percebe-se que tal sistema penitenciário enfrenta uma crise progressivamente acentuada, permeada pela constante violação dos direitos humanos fundamentais das pessoas encarceradas.[1] Nesse

1. A violação de direitos humanos em presídios brasileiros já não é uma realidade recente e vem, inclusive, chamando a atenção de organismos internacionais, como a ONU. *Vide*: UCHINAKA, Fabiana. Violação de direitos humanos em presídios do ES será discutida na ONU. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 mar. 2010. Disponível em: [https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2010/03/15/violacao-de-direitos-humanos-em-presidios-do-es-sera-discutida-na-onu.htm]. Acesso em: 08.11.2017. A problemática referente à superlotação carcerária no Brasil, bem como a não adequação dos presídios aos padrões exigidos de estrutura, higiene e alimentação dos presos, entre diversas violações recorrentes aos direitos humanos nesses ambientes, ficaram evidentes a partir das rebeliões ocorridas em janeiro de 2017 nos estados do Amazonas, Roraima e Rio Grande do Norte, as quais deixaram mais de 120 mortos. *Vide*: CARAZZAI, Estelita Hass; LINHARES, Carolina. Seis meses após massacres, Estados ainda têm presídios superlotados. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 ago. 2017. Disponível em:

contexto, no interior do abismo existente entre o que é, sob grande dificuldade, positivado e o que de fato ocorre no sistema penitenciário, estão as mulheres encarceradas que, ainda que componham parcela crescente da população carcerária, têm sua existência apagada e suas necessidades ocultadas por estarem sob a tutela de um sistema que não foi preparado para recebê-las e reproduz os preconceitos de origem sexista socialmente disseminados.

A Lei de Execução Penal estabelece, no *caput* do artigo 41, os direitos do preso. Nesse rol, está elencado o direito à visitação, ou seja, o direito de receber visitas do cônjuge, da companheira, dos parentes e amigos em dias estipulados, de maneira a favorecer a manutenção dos laços familiares e afetivos. Contudo, ao tratar desse direito, o legislador não fez distinção entre visita simples ou visita íntima.

De maneira simples e direta, a visita íntima consiste em uma visita privada, na qual as relações sexuais são autorizadas. Atualmente, em muitos estabelecimentos prisionais, em especial nos femininos, esse tipo de visita é considerado mais um privilégio do que um direito. Ademais, existe grande disparidade no que tange ao número de visitas íntimas efetivadas por homens e mulheres presas.

De maneira geral, o discurso ofertado pelos funcionários e diretores de presídios brasileiros para justificar a desigualdade entre homens e mulheres, no que toca à visita íntima, se sustenta em argumentos de que a mulher engravida e tem necessidades sexuais diferentes das masculinas e, portanto, não necessitaria manter relações sexuais. A obstrução da visita íntima feminina, assim como os argumentos apresentados pelas autoridades responsáveis, demonstra um abuso de poder, perpetrado sob a ótica de um protecionismo discriminatório de caráter sexista.

Com base na problemática apresentada, busca-se, no presente estudo, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e documental, com base em livros, artigos científicos, legislação nacional e internacional e dados oficiais pertinentes, demonstrar como a visita íntima configura um direito fundamental decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, assim como apontar de que forma o direito ao exercício da sexualidade feminina no âmbito do sistema penitenciário brasileiro pode ser benéfico ao processo de ressocialização da apenada, traduzindo valores de isonomia entre os gêneros.

Com a finalidade de alcançar o objetivo proposto, primeiramente, é traçado um perfil das mulheres que se encontram atrás das grades e são apresentadas

[www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/08/1909315-seis-meses-apos-massacres-estados-ainda-tem-presidios-superlotados.shtml]. Acesso em: 08.11.2017.

as peculiaridades com as quais a prisão as atinge no que tange à efetivação de seus direitos fundamentais, principalmente aqueles relativos ao exercício da sexualidade.

Em seguida, apresenta-se a gênese histórica dos direitos sexuais, de forma a demonstrar as transformações jurídicas ocorridas a partir de 1948, com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que levaram ao reconhecimento desses como direitos humanos fundamentais.

O terceiro tópico fornece a definição de visita íntima e a forma como é ofertada nas penitenciárias brasileiras, assim como apresenta os fatores determinantes para o baixo número de visitas às mulheres encarceradas, apontando as diferenças entre a efetivação desse direito para presos dos gêneros masculino e feminino.

Finalmente, é analisado o papel da visita social e íntima no processo de ressocialização da mulher aprisionada, como forma de concretização de seus direitos sexuais, bem como as consequências geradas para o Estado a partir do efetivo oferecimento da visita conjugal.

2. Quem são as mulheres por trás das grades?

No âmbito da problemática que envolve mulheres e prisão, é imprescindível analisar todos os elementos inseridos na realidade da maioria das mulheres presas, que vão desde a privação socioeconômica e desincentivo educacional e profissional, até as questões relacionadas à violência doméstica, saúde mental, física, uso de drogas e responsabilização monoparental pelos filhos gerados. Dessa forma, torna-se difícil determinar o que motiva a prática de crimes por parte de mulheres. Porém, é a partir do entendimento desses fatores que se pode direcionar os recursos que produzirão mudanças duradouras na vida das mulheres presas (MOLONEY; VAN DEN BERGH; MOLLER, 2009).

Historicamente, se percebe que a criminalidade feminina estava comumente relacionada à bruxaria ou prostituição, práticas contrárias aos papéis sociais que ultrapassam as funções pré-estabelecidas para a mulher (FRANÇA, 2012). Sobre os laços que envolvem o sistema penal e a mulher, Espinoza (2004, p. 53) afirma que, para falar da mulher e seu envolvimento com o sistema punitivo, deve-se partir do pressuposto que o sistema criminal vive uma crise à medida que representa uma instituição que não cumpre suas funções manifestas e se destaca por ser uma entidade seletista e perversa, que recruta sua clientela entre os mais miseráveis, seja para criminalizá-la ou vitimizá-la.

Nesse sentido, cabe destacar que a relação entre as mulheres e criminalidade não é algo próprio da atualidade, assim como não é nova a estigmatização sofrida por elas quando, ao infringir a lei, pois, assim, também infringem as expectativas

sociais do que é ser mulher, mãe, esposa, "recatada e do lar"[2]. Com a criação das prisões, enquanto instituições disciplinares, entendeu-se a necessidade da separação entre homens e mulheres e de aplicar-lhes tratamentos diferenciados, voltando a educação penitenciária à restauração do sentido de legalidade e de trabalho nos homens presos, à medida em que se buscava a reinstalação do sentimento de "pudor" nas mulheres (ESPINOZA, 2004, p. 78-79).

Tradicionalmente, durante os séculos XVIII e XIX, as prisões femininas eram instaladas em conventos e administrados por freiras (MAYOR; GONÇALVES, 2017, p. 25), principalmente, na América Latina, a exemplo da Penitenciária Feminina da capital de São Paulo até o ano de 1980, revelando o viés moral que tem a pena aplicada às mulheres desde os primórdios (LIMA, 2006, p. 10). Desse modo, as infratoras acabam por sofrer uma dupla penalização do sistema que não as enxerga e as mantém em locais historicamente masculinos, sem atender suas demandas específicas e da sociedade, que ainda vê a mulher como um ornamento do lar, que causa espanto ao transgredir.

A invisibilidade da mulher presa se reflete, inclusive, na falta de dados que permitam a análise do cárcere feminino e, consequentemente, sua contribuição na elaboração de políticas públicas que as atendam. Preocupação abordada também por meio das Regras de Bangkok (NAÇÕES UNIDAS, 2010) – como são chamadas as regras para tratamento de mulheres presas, elaboradas no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU) em 2010 – as quais chamaram atenção para a necessidade de efetivação do princípio da não discriminação no tratamento dos presos, esclarecendo que a igualdade material entre os gêneros só pode ser alcançada com o devido respeito às necessidades específicas das mulheres.

A ausência de recorte de gênero na apuração de dados sobre as penitenciárias acaba por impossibilitar o exame adequado das peculiaridades que permeiam o mundo em que vivem as mulheres encarceradas. Ramos (2010, p. 1203) entende que a escassez desses estudos e informações acerca da delinquência feminina se dá pela situação, culturalmente construída, de subalternidade das mulheres, de ocultação dos papéis por elas desenvolvidos na sociedade e pelo baixo índice geral do encarceramento feminino quando comparados aos índices masculinos. Espinoza (2004, p. 73), por sua vez, entende que o menor número de mulheres

2. Expressão utilizada em 2016 pela *Revista Veja* para falar de Marcela Temer, esposa do então Vice-Presidente da República, Michel Temer, sendo tal meio de comunicação bastante criticado por enaltecer um ideal feminino que coloca a mulher à sombra do homem. Disponível em: [http://veja.abril.com.br/brasil/marcela-temer-bela-recatada-e-do-lar/]. Acesso em: 18.09.2017.

atingidas pelo sistema penal se dá em razão das outras formas de controle informal exercidos sobre elas, como família, escola, religião e sociedade.

Em 2014, foi realizado o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Femininas (MINISTÉRIOS DA JUSTIÇA, 2014), em decorrência do advento da Portaria Ministerial 210/2014 do Ministério da Justiça e Secretarias de Políticas para as Mulheres que instituiu a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional (PNAMPE), que, entre outras providências, estipulou a criação e reformulação de um banco de dados em âmbito estadual e nacional sobre o sistema prisional, com o intuito de contribuir com a garantia dos direitos das mulheres, nacionais e estrangeiras. Tal levantamento constatou, além do exorbitante aumento do número de mulheres encarceradas, as múltiplas violações de seus direitos.

O estudo demonstrou que, muito embora as mulheres aprisionadas representem apenas 6,4% da população prisional total, entre os anos de 2000 e 2014 o número absoluto de mulheres encarceradas aumentou em 567%, enquanto que o de homens presos cresceu 220%, chegando a 2014 com 18,5 mulheres presas a cada 100 mil habitantes no Brasil, o que demonstra um grande crescimento no encarceramento em massa de mulheres[3].

Ainda, segundo dados do World Female Imprisonment List (WALMSLEY, 2016), relatório produzido pelo Institute for Criminal Policy Research da Birkbeck, University of London, obtidos a partir de 219 sistemas penitenciários em países e territórios independentes, o número de mulheres presas entre 2000 e 2014 aumentou em 50% e, até o fim do ano de 2015, existiam mais de 700 mil mulheres presas em estabelecimentos prisionais ao redor do mundo, sendo o Brasil a quinta maior população prisional de mulheres, com 37.380 aprisionadas, o que representa 34,6 presas para cada 100 mil mulheres, perdendo apenas para os Estados Unidos (205.400), China (103.766), Rússia (53.304) e Tailândia (44.751) – podendo o número ser ainda maior, visto que a pesquisa realizada na China, levou em consideração apenas as mulheres que ainda não haviam sido condenadas.

Já no ano de 2016, constatou-se que a Tailândia diminuiu seu número de mulheres encarceradas para 41 mil, enquanto que, no Brasil, dos 726.712 presos no Brasil (INFOPEN, 2017), mais de 42 mil são mulheres, passando a ser a quarta maior população carcerária feminina no mundo (WALMSLEY, 2017).

3. Em 2014, quando foi realizado o último Infopen Mulheres publicado, foram contabilizadas mais 579 mil pessoas presas no sistema penitenciário brasileiro, hoje, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) afirma que existem 669.103 mil pessoas aprisionadas. Disponível em: [www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php]. Acesso em: 29.10.2017.

Segundo dados do Relatório Infopen Mulheres (2014), o País conta com uma população de 51% de negros, e, nos presídios femininos, duas de cada três presas são negras (67%) e, em alguns estados, como o Acre, a porcentagem de mulheres negras dentro dos presídios que possuem essa informação, chega a 100%. Das 37.380 mulheres presas, 30% encontram-se aguardando condenação e, em junho de 2014, no estado do Sergipe, 99% das mulheres presas ainda aguardava condenação e muito embora os dados apontem, em geral, que o nível de escolaridade entre as mulheres seja melhor quando comparado aos números dos homens presos, 50% delas tem apenas o ensino fundamental incompleto.

Ainda segundo os dados do referido relatório, a maioria das mulheres submetidas ao aprisionamento no Brasil são jovens que têm entre 18 e 29 anos (50%) e 68% delas encontra-se presa em razão de tráfico de drogas não relacionado com grandes organizações criminosas. Ademais, 63% das mulheres que integravam a população carcerária feminina em 2014 eram condenadas a penas de até oito anos. No Ceará, quase 100% das presas, nessa mesma época, cumpriam penas de seis meses a um ano, o que revela a perpetuação da privação de liberdade, inclusive, para os crimes considerados menos graves, o que reverbera em todo sistema penitenciário brasileiro de diversas formas, como a superlotação[4]. Nesse sentido, as Regras de Bangkok incentivam o uso de medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, determinando que "as mulheres não devem ser separadas de suas famílias e comunidades, sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares", de forma a aplicar, sempre que possível, medidas despenalizadoras e alternativas à prisão e a prisão cautelar[5].

Os altos índices de criminalidade entre os homens ao redor do mundo, desde a origem do poder punitivo, faz com que as prisões sejam voltadas para atender o modelo masculino, sem considerar as diferenças que envolvem as necessidades da mulher, o que revela espécie de violência institucionalizada, reflexo de uma sociedade patriarcal e de opressão sexista, pois para o Estado e sociedade, parece que existem 580 mil homens presos nas penitenciárias brasileiras e nenhuma mulher. "Só que, uma vez por mês, aproximadamente, 38 mil deles, menstruam" (CERNEKA apud QUEIROZ, 2015, p. 6)[6].

4. Segundo o CNJ, todos os estados brasileiros apresentam déficit de vagas nos estabelecimentos prisionais.
5. Regra 57: [...] "Deverão ser desenvolvidas, dentro do sistema jurídico do Estado membro, opções específicas para mulheres de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão e à prisão cautelar, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras e suas responsabilidades de cuidado."
6. Atualizado com dados do Infopen Mulheres, 2014.

Muitas são as justificativas apresentadas para o apagamento da mulher encarcerada e a falta de políticas públicas que atendam às suas necessidades, como por serem minoria quando comparadas ao número de homens encarcerados, mas o fato é que elas existem e em um número cada vez maior, e, uma vez que existem, o sistema que tem interesse em puni-las deve estar preparado para recebê-las.

3. Os direitos sexuais das mulheres

É de se notar que a mulher presa não deve ter todos os seus direitos atingidos pela sentença, sendo protegidos, inclusive, os sexuais e reprodutivos, os quais podem ser concretizados por meio da visita íntima, que consiste no objeto desta pesquisa. Todavia, ao aprofundar as investigações sobre esse ponto, é possível encontrar diversas dificuldades de definição de gênero na sociedade atual, inclusive, na carcerária, sendo imperioso traçar um breve histórico dos direitos sexuais femininos, a fim de apresentar o aparato jurídico internacional e nacional de proteção destes.

É certo que determinados assuntos são cuidadosamente evitados como tabus sociais, entre eles está a sexualidade humana (SÉGUIN, 2014, p. 245). Nesse sentido, percebe-se que, historicamente, a abordagem jurídica da sexualidade feminina sempre foi tratada de forma muito tímida, geralmente relacionada aos direitos reprodutivos e à saúde, trazidos à tona pelas lutas e reinvindicações das feministas, inconformadas com a realidade social misógina, violenta e sexista na qual a mulher está inserida, que acaba por ser reproduzida pelos mais diversos aparelhos estatais, retirando da mulher o poder de autodeterminação e liberdade sexual. Assim, apesar dos avanços sentidos no âmbito dos direitos inerentes à mulher, é possível chocar-se com a desigualdade medieval que envolve as questões femininas no mundo, que, por vezes, corre pelo caminho do retrocesso quando se trata de direitos sexuais.

A regulação social realizada a partir da positivação de normas em um ordenamento jurídico é o meio pelo qual se materializam os direitos fundamentais dos seres humanos, sinalizando seu reconhecimento e proteção por determinado Estado, o qual deve constituir meios necessários para a sua concretização. Nesse passo, o processo de reconhecimento jurídico dos direitos sexuais da mulher tenta, cada vez mais, ganhar espaço e demonstrar a iminência e medular necessidade de sua proteção.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ao tratar da igualdade e universalidade dos direitos inerentes a dignidade da pessoa humana, exprime a concepção dos direitos humanos na contemporaneidade e ainda que não tenha trazido de forma explícita a questão dos direitos sexuais e reprodutivos, serviu

como base para posterior elaboração de outros documentos de basilar importância nessa questão (LIMA, 2013, p. 20).

Em 1979, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher – CEDAW (NAÇÕES UNIDAS, 1979), buscando promover os direitos humanos da mulher, a igualdade de gênero e a repressão das discriminações contra a mulher, estabeleceu que os Estados-Membros deveriam estipular medidas necessárias à modificação dos padrões socioculturais, para o alcance da eliminação dos preconceitos e práticas costumeiras, ou de qualquer outra índole, que se baseiem na ideia de inferioridade de qualquer dos sexos ou funções estereotipadas de homens e mulheres, determinando, inclusive, a garantia de uma educação familiar menos machista ou pautada na noção de subalternidade da mulher.

A noção de direito sexuais e reprodutivos como direitos humanos é uma concepção notadamente contemporânea, de forma que a referida temática esteve ausente dos discursos internacionais até o ano de 1993, quando da Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena (LIMA, 2013, p. 17-21), que considerou de forma inaugural os direitos femininos como parte integrante dos direitos humanos e, por meio de seu artigo 18, abriu espaço para a discussão acerca dos direitos sexuais e reprodutivos, estabelecendo que:

> Os Direitos Humanos das mulheres e das crianças do sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos Direitos Humanos universais. A participação plena das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural, aos níveis nacional, regional e internacional, bem como a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo constituem objetivos prioritários da comunidade internacional. A violência baseada no sexo da pessoa e todas as formas de assédio e exploração sexual, nomeadamente as que resultam de preconceitos culturais e do tráfico internacional, são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. Isto pode ser alcançado através de medidas de caráter legislativo e da ação nacional e cooperação internacional em áreas tais como o desenvolvimento socioeconômico, a educação, a maternidade segura e os cuidados de saúde, e a assistência social.

Para Lima (2013, p. 22), a Declaração de Viena é um marco na luta dos direitos sexuais femininos, não só por identificar a violência sexual como um atentado aos direitos humanos, mas também por incluir o termo "sexual" na linguagem dos direitos humanos. Destacando, no entanto, que nesse documento a sexualidade da mulher foi tratada como algo negativo e de forma engessada, não chegando a tocar pontos como a liberdade sexual da mulher ou a diversidade de orientação sexual das mulheres.

Posteriormente, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo[7] em 1994, por meio do seu Plano de Ação, trouxe a concepção de direitos reprodutivos, os quais mantêm uma relação direta com os direitos sexuais, embora não sejam termos sinônimos.[8]

Durante a Conferência do Cairo, muitos representantes de países islâmicos e do Vaticano não disfarçaram sua aversão à presença de determinados termos no Programa de Ação, tais como: sexo, aborto, regulação da fertilidade, formas de família, entre outros. Apesar disso, as referências ao "sexo", "sexualidade" e "saúde sexual" apareceram inúmeras vezes no documento, que foi o primeiro instrumento legal internacional a mencionar tais termos por meio de uma visão positiva da sexualidade feminina (PERCHESKY, 1999).

O alto nível de aprovação do Plano de Ação do Cairo acabou servindo de referência para outras conferências programadas pelas Nações Unidas, como a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em setembro de 1995, em Pequim.

Na Conferência de Pequim de 1995, o documento do Cairo foi reiterado, enfatizando-se questões relacionadas à sexualidade feminina e trazendo a público a noção dos direitos sexuais (VENTURA, 2005). Foi reforçada a necessidade de proteção dos direitos vinculados à reprodução humana, quer sejam os direitos sexuais, o direito à saúde, à igualdade e a não discriminação, entre outros. A Plataforma de Pequim (documento originário dessa conferência), em seu capítulo intitulado "Mulher e Saúde", deu ênfase à saúde sexual, afirmando o direito ao livre exercício da sexualidade, como fica claro em sua redação:

> § 96. Os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência. A igualdade entre mulheres e homens no tocante às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito à integridade da pessoa humana, exige o respeito mútuo, o consentimento e a responsabilidade comum pelo comportamento sexual e suas consequências (NAÇÕES UNIDAS, 1995).

7. *Vide:* NAÇÕES UNIDAS. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento*. 1994. Disponível em: [www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf]. Acesso em: 14.09.2017.

8. Os direitos sexuais dizem respeito ao exercício da sexualidade, como importante aspecto da vida humana, estando este livre de qualquer tipo de violência ou discriminação. Os direitos reprodutivos estão mais diretamente voltados ao processo de reprodução, reconhecendo o direito de os indivíduos escolherem se querem ou não procriar, o número de filhos que desejam ter e o espaçamento entre eles, entre outras questões.

Como é possível observar, com a Plataforma de Pequim, as mulheres passaram a ser consideradas, além de seres reprodutivos, seres sexuais.

As Conferências do Cairo e Pequim constituem importantes marcos na luta pelos direitos sexuais femininos, pois abordaram de forma mais explícita as questões sexuais e reprodutivas como parte integrante dos direitos humanos, estabelecendo a autodeterminação e liberdade das mulheres no exercício da sexualidade, planejamento familiar e reprodução, assim como o gozo do direito à saúde neste processo.

No Brasil, a atual Constituição Federal, por meio do art. 226, § 7º, estabeleceu, pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, de forma que tanto o homem quanto a mulher são aptos a decidirem livremente e sem nenhum tipo de coerção sobre o exercício de sua sexualidade para fins reprodutivos, dispondo o mesmo artigo que ao Estado caberia propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desses direitos.

É certo que, tanto em âmbito nacional quanto no internacional, os movimentos feministas têm desempenhado papel substancial em "prol do alcance de um *status* que verdadeiramente considere a mulher como portadora de direitos" (LIMA, 2013, p. 19), de forma que a liberdade, igualdade e dignidade devem ser princípios estruturantes decorrentes dos direitos humanos e constitucionais fundamentais no processo de construção de um direito democrático da sexualidade (RIOS, 2006, p. 98-99).

Sob esta ótica, percebe-se que, de um modo geral, se a concretização dos direitos sexuais femininos encontra dificuldades[9], representadas por determinados comportamentos socialmente esperados da mulher, "como se tais direitos fossem secundários, ocupando um patamar inferior, como uma área que convive com questões mais urgentes no campo jurídico" (LIMA, 2013, p. 29), isso é ainda pior quando vivenciado pelas mulheres encarceradas.

9. De acordo com os dados fornecidos por Teles (2007), no Brasil, a utilização de métodos anticoncepcionais pelos jovens brasileiros é muito reduzida, contando com apenas 14% das meninas entre 15 e 19 anos que usam algum tipo de método contraceptivo. Atualmente, o Brasil é um entre os países que integra a rota do tráfico sexual. Mulheres e crianças são levadas ao exterior para serem recrutadas à prostituição. Sem falar nos casos de exploração sexual dentro do próprio País, que adquire dimensões alarmantes. Ademais, o assédio sexual do homem em relação à mulher é uma prática comum no cenário nacional.

4. A visitação íntima nos presídios femininos brasileiros e os fatores determinantes para o baixo número de visitas às mulheres encarceradas

A visitação íntima, não se restringe a mera satisfação sexual, sendo compreendida como o direito do apenado privado de sua liberdade, independentemente de seu gênero, a manter e fortalecer as relações com seus familiares, amigos, cônjuges e companheiros, em espaços que concedam privacidade para que possam conversar e demonstrar afeto, de modo a propiciar, a pessoa presa, interação e conexão com o mundo exterior. Em 1994, já existia jurisprudência no sentido de reconhecer que o convívio familiar é imprescindível no processo de ressocialização do apenado.

> *Pena – Cumprimento – Transferência de preso – Natureza.* Tanto quanto possível, incumbe ao Estado adotar medidas preparatórias ao retorno do condenado ao convívio social. Os valores humanos fulminam os enfoques segregacionistas. A ordem jurídica em vigor consagra o direito do preso de ser transferido para local em que possua raízes, visando a indispensável assistência pelos familiares. Os óbices ao acolhimento do pleito devem ser inafastáveis e exsurgir ao primeiro exame, consideradas as precárias condições do sistema carcerário pátrio. Eficácia do disposto nos artigos 1 e 86 da Lei de Execução Penal – Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Precedente: *Habeas Corpus* 62.411-DF, julgado na Segunda Turma, relatado pelo Ministro Aldir Passarinho, tendo sido o acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência 113, a página 1049 (HC 71179, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 19.04.1994, DJ 03.06.1994 PP-13855 Ement Vol-01747-02 PP-00330 RTJ Vol-00153-01 PP-00259).[10]

Cabe salientar que, quando se fala de manutenção dos laços familiares, percebe-se que a violência do cárcere, perpetrada contra as mulheres que cumprem pena privativa de liberdade, ultrapassa a figura da apenada, atingindo sua família, e, principalmente, seus filhos, muitas vezes nascidos no cárcere, sendo o distanciamento de seus familiares um dos aspectos mais duros do encarceramento, pois diferentemente do que ocorre com os homens, as mulheres presas são mais abandonadas e experimentam mais do gosto amargo da solidão e da saudade.

Nesse contexto, as Regras de Bangkok orientaram o incentivo da facilitação do contato das mulheres presas com seus familiares, por meio, inclusive, da adoção

10. Disponível em: [https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748335/habeas-corpus-hc-71179-pr]. Acesso em: 15.11.2017.

de medidas para amenizar o problema das mulheres alocadas em unidades prisionais distantes de suas residências, esclarecendo que, onde visitas íntimas forem permitidas, as mulheres devem ter acesso a esse direito do mesmo modo que os homens.

Nesse sentido, o Diagnóstico Nacional das Mulheres Encarceradas (2008, p. 24) revelou que 62,06% das mulheres presas no sistema penitenciário nacional não recebem qualquer tipo de visita, e que, muito embora 70,59% das unidades prisionais estendessem o direito a visita íntima às apenadas, apenas 9,68% das mulheres recebiam esse tipo de visita e, diante desses dados, é importante refletir acerca dos motivos que levam a um número tão baixo de visitas às presas.

No Brasil, a visita íntima foi consentida, pela primeira vez, no Rio de Janeiro, em 1924, àqueles presos que fossem casados no civil e possuíssem bom comportamento. Em 1929, já era prescindível a união civil para sua obtenção. Em 1933, esse tipo de visita foi estendido aos presos provisórios e, atualmente, é permitida em todos os presídios do País. Porém, a visita intima só foi regulamentada para as presas em 1999 e, em estados como São Paulo, este direito só foi reconhecido em 2001 (COLOMBAROLI, 2011), o que revela que, enquanto o exercício da sexualidade masculina é estimulado e entendido como uma necessidade, o direito ao exercício da sexualidade da mulher ainda é visto como concessão de regalias àquelas que violaram a lei, não desempenhando os papeis culturalmente esperados da mulher. Nesse contexto, deve-se destacar que quando tratamos de visita íntima para mulheres presas, falamos de conservação dos laços familiares e afetivos da apenada, assim como da concretização do direito à igualdade, saúde e disposição da própria sexualidade e, portanto, materialização da dignidade da pessoa humana, visto que "nas formas mais complexas de vida, a sexualidade é uma função indispensável" (BEAUVOIR, 2016, p. 32).

Por esse ângulo, determina o artigo 41, inciso X, da Lei de Execução Penal que se constitui direito do preso a visita do cônjuge, companheira, de parentes e amigos em dias determinados. E assim, muito embora a visita íntima não seja expressamente prevista na referida lei, ao preso deverá ser assegurado todos os direitos não atingidos pela sentença ou lei e para nenhum crime se prevê pena de abstinência sexual forçada, de forma que, qualquer tentativa de sublimar a sexualidade do apenado implica em uma imposição coativa, por não contar com o consentimento deste (BITENCOURT, 2011, p. 212), visto que, "a liberdade sexual diz respeito à possibilidade do indivíduo expressar seu potencial sexual, excluídas todas as formas de coerção, exploração e abuso" (SÉGUIN, 2014, p. 250) desde que em respeito ao direito do próximo.

Para Bitencourt (2011, p. 204), a atividade sexual é "elementar e instintiva", e insuscetível de controle em razão da reclusão, de modo que, ao dificultá-la, o

Estado não contraria somente as leis da natureza, mas a vontade do indivíduo, podendo causar inúmeras consequências a este, como o favorecimento de condutas inadequadas, deformação da autoimagem, problemas físicos e psíquicos além da destruição da relação conjugal pregressa do acusado, visto que a prisão, por si só, causa uma ruptura total e coercitiva com o mundo exterior.

No Brasil, de acordo com o Levantamento de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2014, p. 89), cerca de 53% dos estabelecimentos prisionais femininos possuem local específico para visitação e 38% têm locais destinados à visita íntima. Por essas e outras razões, a visita íntima acaba sendo oferecida de modo inadequado sem a privacidade necessária, e ocorrendo, por muitas vezes, nas próprias celas, no mesmo espaço em que ficam famílias e crianças de outros presos, separados por lençóis, criando-se um clima constrangedor entre as detentas (IPEA, 2015) e se difere do oferecido aos presos à medida que a sexualidade da mulher presa é inibida e desestimulada pelo "protecionismo discriminatório" e pela burocratização do acesso à visita íntima (COLOMBAROLI, 2011), contribuindo ainda mais para o estigma da mulher presa e causando diversos constrangimentos.

Em geral, as barreiras apresentadas para justificar a negação da garantia do livre exercício da sexualidade às mulheres, além da apresentação de regras mais rígidas que aquelas destinadas aos presos, envolve a revista vexatória a que são submetidos os visitantes, a falta de espaço nas penitenciárias, a preocupação institucional com a saúde da mulher e abusos sexuais que possam vir a sofrer, além do fato da maioria das mulheres possuírem a capacidade de gerar vida e terem necessidades sexuais diferente das masculinas. Nesses moldes, a intervenção estatal acaba por representar uma forma de controle da sexualidade feminina.

Ocorre que, de modo contraditório, o mesmo sistema que não permite a visita íntima para resguardar a saúde da mulher, possui um sistema carcerário que conta com 37 médicos especializados em ginecologia, dos quais 23 são profissionais efetivos, o que significa dizer que existem menos de um para cada 900 mulheres que integram o sistema penitenciário brasileiro[11]. Conclui-se que a maioria das encarceradas cumprem pena por anos sem que lhe seja garantido o direito à assistência médica especializada, ainda que, aproximadamente, 1.204 delas possuam agravos transmissíveis como HIV (46,9%), sífilis (35,0%), hepatite (6,8%) e tuberculose (4,8%), além de outras doenças (INFOPEN Mulheres, 2014, p. 40).

11. Em 2016, o número de médicos no sistema penitenciário passou a ser 32, dos quais 21 são empregados efetivos (INFOPEN, 2017).

Ao adentrarmos nesse assunto, vale fazer referência à reportagem descontraída, realizada em 2014, pelo repórter Fracileno Gois, durante as comemorações de Páscoa, na Penitenciária Agrícola Dr. Mario Negócio.[12] As mulheres presas naquele estabelecimento penal aproveitaram a data festiva para reivindicar a efetivação do direito à visita íntima, visto que, em razão da distância, a maioria das famílias não tem condição de visitá-las e, quando seus parceiros podem, não lhes é permitida a entrada. As detentas relataram que, muito embora algumas possuam namorados fora dos muros das penitenciárias, apenas duas tinham autorização para receber visitas íntimas e que, ao questionar os administradores, nenhuma resposta era dada. Na reportagem, as mulheres expuseram que, em suas concepções, a supressão desse direito acaba trazendo mais estresse emocional, que se reveste em sintomas físicos e mais violência dentro das celas que já são superlotadas.

O referido vídeo publicado no Youtube™ recebeu inúmeros comentários repletos de palavras de ódio, os quais, de forma geral, afirmavam que as presas não devem ter direito a concessão de visitas íntimas, "pois caso quisessem manter relações sexuais, que tivessem pensado antes de cometer crimes" e, em um dos comentários, em meio a muitos xingamentos, é falado que "o direito do preso é não ter direito" e, em outro, é dito que não deveria ser liberado sequer comida, o que demonstra a prevalência de uma ideia equivocada de que o preso não é sujeito de direitos e está lá para sofrer. Essa é a sociedade com a qual o egresso prisional se depara ao deixar as unidades carcerárias.

Argumenta-se, ainda, que a mulher apresenta necessidades sexuais diferentes das masculinas e, por isso, o exercício de sua sexualidade não seja uma real preocupação para o sistema penitenciário feminino. Porém, existem estudos que examinam o desejo sexual em ambos os sexos, e nenhum deles constata diferenciação entre os gêneros quanto à frequência desse desejo (CHIVERS; DAWSON, 2014, p. 10), o que demonstra que este é mais um argumento sexista para a negação do exercício da sexualidade feminina. Tal fato resulta, ainda, de uma visão patriarcal, a partir da qual se enxerga a mulher como um ser vulnerável e passivo nas relações sexuais, e nunca como aquele que busca a satisfação sexual, sendo, tão somente, o instrumento para a sua obtenção.

Muito embora tenha se percebido uma melhora nos últimos anos, em se tratando dos fatores cruciais que envolvem a não visitação das mulheres que se encontram presas, cabe destacar a revista vexatória a qual são submetidos os familiares das encarceradas que tentam visitá-las. Em nome da segurança, os familiares,

12. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=nWn2sKFKOIM]. Acesso em: 10.09.2017.

independentemente de suas idades, são subjugados a situações humilhantes, tendo suas roupas retiradas e seus órgãos genitais manipulados para que não entrem com armas, celulares ou drogas, muito embora já exista tecnologia que identifique a entrada de produtos ilegais de modo menos invasivo em alguns presídios masculinos. Esse tipo de revista, "atua como instrumento de intimidação, visto que o próprio Estado informa que o número de apreensões de objetos encontrados com visitantes é extremamente menor que aqueles encontrados nas revistas policias realizada nas celas", demonstrando que os referidos objetos encontram outras formas de entrada, que não por meio dos visitantes (CEJIL, 2007, p. 44)

Outro ponto relevante é a falta de regramento específico que constitua meios para a concretização da visita íntima. Os presídios federais possuem regulamentação geral por meio do Decreto 6.049/2007, o qual, além de estabelecer regramentos para a visitação dos presos, fala explicitamente da visita íntima e sua finalidade. De outro modo, a visita íntima, em nenhum momento, é citada de forma explícita no texto da Lei de Execução Penal (LEP), ficando a cargo da interpretação extensiva do já citado artigo 41, inciso X, aliado a ideia de que todos os direitos do preso não atingidos pela sentença devem permanecer intactos, assim como o princípio da isonomia, para que se possa considerar que tal visitação pode envolver o relacionamento íntimo da pessoa apenada.

Porém, a falta desse regramento específico, além de não fomentar a existência de políticas públicas que busquem a concretização desse direito, deixa ao arbítrio dos diretores dos respectivos estabelecimentos penais, a concessão, forma e até suspensão não só do direito a visita íntima, mas de qualquer tipo de visitação, conforme o parágrafo único[13] do artigo 41 da LEP, apesar da recomendação trazida pela Resolução 1, de 30 de março de 1999, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP)[14], que os Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres assegurassem o direito à visita íntima aos presos de ambos os sexos, determinando que tal direito não deve ser suspenso ou proibido a título de sanção disciplinar.

A referida resolução definiu a visita íntima como a recepção pelo preso, nacional ou estrangeiro, homem ou mulher, de cônjuge ou outro parceiro, no estabelecimento prisional em que estiver recolhido, em ambiente reservado, cuja

13. Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

14. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-no-01-de-30-de-marco-de-1999.pdf]. Acesso em: 22.09.2017.

privacidade e inviolabilidade sejam asseguradas. Inobstante às ponderações trazidas pela Resolução citada, que considerando a visita íntima direito constitucionalmente assegurado aos presos, trouxe determinações aos estabelecimentos no sentido de facilitar sua obtenção, a realidade encontrada nos presídios é da burocratização da visita íntima, a qual muitas vezes é condicionada ao matrimônio, excluindo mulheres que não tenham um relacionamento registrado em cartório, por exemplo.

A Lei de Execução Penal, em seu artigo 82, prevê que a mulher deverá ser recolhida em estabelecimentos próprios e adequados a sua condição pessoal, porém, segundo dados do Infopen (2014, p. 33) apenas 7% das unidades prisionais são específicas para mulheres e outras 17% são mistas, tendo uma sala ou ala dentro de um estabelecimento masculino, que receba as presas do sexo feminino, enquanto que 75% das unidades prisionais são voltadas exclusivamente aos presos, o que, por muitas vezes, significa dizer que as unidades prisionais que recolhem mulheres acabam sendo mais distantes e de acesso mais difícil, principalmente, quando somado ao alto custo dos transportes, considerando que a maioria das mulheres presas são de famílias de classes economicamente mais vulneráveis.

Segundo o Relatório sobre Mulheres Encarceradas[15] (CEJIL, 2007, p. 41) a restrição dos horários de visitação também funciona como inibidor da frequência, visto que algumas unidades prisionais estabelecem as visitas exclusivamente em dias úteis, impossibilitando a visita por partes dos familiares e amigos que trabalham e não dispõem de tempo para se deslocar até as unidades penitenciárias ou de seus filhos e dependentes que acabam tendo que faltar a aulas para tentar realizar a visita (IPEA, 2015).

Outro fator determinante para o baixo número de visitas às mulheres encarceradas, diferente das longas filas para visitação nos presídios masculinos, é o estigma experimentado pelas mulheres que infringem a lei e isso ocorre de modo mais contundente quando falamos sobre a visita íntima, tendo em vista o tabu que existe em torno do sexo enquanto prazer que ainda é enxergado como algo a não ser falado ou debatido na esfera pública, sendo "essa imagem do prazer como pecado, a razão do sentimento de culpa e vergonha em relação ao sexo, que ainda resiste em nossa sociedade" (LIMA, 2013, p. 23-24).

Nesse sentido, há de se encarar que o baixo número de visitas às mulheres que integram o sistema penitenciário deve-se ao fato de o sistema penitenciário ser formulado com "objetivos moralizantes em relação a elas, buscando incutir um

15. Disponível em: [http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf].

sentimento de pudor e passividade. Elas são mais submissas aos regimes prisionais e tem medo de serem taxadas como promiscuas" (COLOMBAROLI, 2011), visto que a sexualidade feminina sempre foi alvo de diversas repressões, de forma que o "desinteresse por sexo tornou-se uma característica das mulheres respeitáveis da sociedade" (LIMA, 2013, p. 23), o que influencia, inclusive, os discursos das próprias mulheres encarceradas e a manifestação do seu desejo de optar ou não pela visita íntima quando lhe é permitida.

Portanto, entende-se que as autoridades públicas são conhecedoras das causas que afastam as mulheres encarceradas de seus amigos, familiares e parceiros, entretanto, não há sensibilização no sentido de incentivar a visitação e a manutenção desses laços familiares, assim como o direito ao exercício de sua própria sexualidade, ignorando-se o que essa ruptura traz de negativo ao processo de ressocialização delas.

5. A concretização do direito sexual à visita íntima e o seu papel no processo de ressocialização da mulher aprisionada

A mulher sempre foi tratada como ser puramente sexuado, a fêmea, que ora é definida como objeto destinado para o prazer e dominação masculina, ora como instrumento de reprodução humana. Dessa forma, a sexualidade feminina sempre foi subalternizada e nunca enxergada na ausência de desejos masculinos que a legitime, como afirma Beauvoir (2016, p. 12-13):

> A humanidade é masculina, e o homem define a mulher não em si, mas relativamente a ele; ela não é considerada um ser autônomo. [...] Ela não é senão o que o homem decide que seja; daí dizer-se o "sexo", para dizer que ela se apresenta diante do macho como um ser sexuado: para ele, a fêmea é o sexo, logo ela o é absolutamente. A mulher determina-se e diferencia-se em relação ao homem, e não este em relação a ela: a fêmea é o inessencial perante o essencial. O homem é Sujeito, o Absoluto; ela é o Outro.

Explica Séguin (2014, p. 247-252) que "a sexualidade é o conjunto de caracteres próprios de cada sexo, sejam eles físicos ou psicológicos, que se expressa no comportamento dos indivíduos, de acordo com a construção cultural e as possibilidades de orientação sexual", reclamando a existência de políticas públicas que resguardem a autonomia do indivíduo sobre a tomada livre de decisões sobre a própria vida sexual.

Embora os direitos sexuais sejam tratados de forma subsidiária no mundo jurídico, Séguin (2014, p. 246) defende que se tratam de direitos humanos, e como tais são universais, imprescritíveis e invioláveis e estão estreitamente ligados ao

conceito de dignidade e saúde, por serem elementares para uma vida digna. Dessa forma, tais direitos são "baseados na liberdade, dignidade e igualdade de todos os seres humanos, pois a saúde sexual é um direito fundamental que somente floresce num ambiente que os reconhece, respeita e exercita a totalidade dos direitos humanos" (p. 252).

Sobre o assunto, ressalta Bitencourt (2011, p. 204-208) que a imposição da abstinência sexual contraria a finalidade ressocializadora da pena, visto que a repressão desse instinto favorece a perversão na esfera sexual e da personalidade do indivíduo, causando inúmeros problemas físicos e psíquicos ao apenado que dificultam a sua reinserção na sociedade, ao mesmo tempo que impossibilita a manutenção dos laços familiares, um dos fatores mais importantes da reabilitação. De forma que, para o autor, incorrem as autoridades públicas em grave contradição quando destinam-se a correção e ressocialização do indivíduo, e, concomitantemente, ignora-se o problema sexual ou o enxergam como algo frívolo, "sendo impossível falar de ressocialização em um meio carcerário que deforma e desnatura um dos instintos fundamentais do homem". Nesse sentido, explica Séguin (2014, p. 246):

> A sexualidade integra a personalidade humana. Seu desenvolvimento depende da satisfação de necessidades básicas tais quais seus desejos de contato, intimidade, expressão emocional, prazer, carinho e amor. Ela é construída através da interação do indivíduo com estruturas sociais.

É de se destacar que compõem os direitos sexuais todos aqueles direitos atinentes a saúde sexual, como direito à liberdade, à autonomia, à integridade, à segurança, à privacidade, ao prazer e expressão sexual, à livre associação, à escolha reprodutiva, à informação e à educação sexual, sendo indispensáveis para o pleno exercício da sexualidade.

Contudo, inobstante aos avanços traçados pela luta em prol do reconhecimento dos direitos sexuais da mulher, o cenário atual ainda espelha as concepções machistas e sexistas de inferioridade do sexo feminino e o reflexo disso é enxergado nas instituições penitenciárias, as quais não praticam os ideais de isonomia entre os gêneros. Tal afirmação pode ser constatada não só nas barreiras apresentadas à efetivação do direito à visita íntima, mas também quando, ao concedê-lo, condicione esse direito a obrigatoriedade de comprovação de vinculo conjugal ou pela exigência de uso obrigatório de contraceptivos.

Segundo Lima, "verifica-se, portanto, não só uma discriminação de gênero com relação as mulheres, bem como a preocupação institucional com o controle da sexualidade e seus riscos, o qual se dá pelo controle da saúde, da sexualidade,

da gravidez", não respeitando a autonomia da mulher ao seu próprio corpo e livre planejamento familiar (LIMA *apud* RAMOS, 2010, p. 1208).

Na concepção de Séguin (2014, p. 247), para o desenvolvimento da sexualidade é essencial o bem-estar individual, interpessoal e social e o acesso à informação e a educação sexual. É certo que, ao concretizar o direito da visita íntima e livre planejamento familiar, o estado deve, além de se incumbir, por meio da direção dos estabelecimentos prisionais, da obrigação de informar e conscientizar o(a) preso(a), cônjuge ou parceiro(a) sobre assuntos pertinentes à prevenção de doenças sexualmente transmissíveis[16], assim como, aparelhar as unidades penitenciárias para a efetivação de outros direitos também já previstos na LEP como a instalação de berçários em decorrência do direito à amamentação e convivência familiar.

Na contramão dessa ideia, embora o reconhecimento de um direito pelo ordenamento jurídico pátrio faça nascer para o Estado o dever de materializar os meios necessários para a sua efetiva concretização, o direito, tanto da mãe quanto da criança, da existência de berçários nas unidades penitenciárias, já previsto na LEP, só é oferecido em 32% dos presídios femininos e em 3% nas instituições mistas (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014).

Aliado a isso, faltam locais adequados à visitação de crianças e, diferentemente do que dispõe a legislação interna e externa, por muitas vezes, são recebidas até mesmo nas celas ou nos pátios das unidades em colchões levados pelas mulheres e forrados com um lençol, na tentativa de oferecer algum conforto (IPEA, 2015), o que gera nas mulheres sentimento de vergonha e acaba sendo mais um fator contributivo para o afastamento de mães-presas e seus filhos.

Nesse sentido, deve-se entender que a reclusão não pode ser fator impeditivo ao pleno exercício dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres encarceradas, visto que todos os direitos, decorrentes da efetiva aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, devem ser plenamente respeitados pelas unidades de custódia.

Cabe destacar que, ao falar sobre a igualdade de gênero e concretização da dignidade da pessoa humana, é imprescindível tratar da efetividade dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, prezando sua saúde tanto física como psíquica, de modo que, ao negar o direito de visita conjugal, o Estado também nega a autonomia da mulher ao exercício da própria sexualidade, assim como o seu direito de reproduzir, evidenciando-se que "a contenção exercida sobre a

16. Art. 9º da Resolução 01, de 30 de março de 1999, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

sexualidade da mulher é a primeira forma de limitação de sua potencialidade" (ALVES; PITANGUY, 2007). De modo que, de acordo com Séguin (2014, p. 249), "dignidade correlaciona-se com à autodeterminação, que é impossível de ser alcançada quando os direitos sexuais não forem respeitados, quando a essência da identidade está sendo questionada".

É certo que a pessoa apenada não perde o *status* de indivíduo em razão da prisão, sendo ainda detentora de inúmeros direitos, entre eles o direito à visitação, visto que o cárcere, por si só, "é uma instituição totalizante e despersonalizadora, na qual predomina a desconfiança e onde a violência se converte em instrumento de troca" (ESPINOZA, 2004, p. 78), de forma que é imprescindível a humanização das instituições carcerárias, fazendo com que a pessoa que cumpre pena de prisão, tenha seus direitos respeitados em sua integralidade, inclusive os sexuais, dentro de um sistema que não só a puna, mas também incentive o seu convívio familiar e manutenção dos laços afetivos, para que o preso não perca sua ligação com o mundo e com quem realmente é.

É possível constatar que "o contato com a família acaba se tornando o principal ponto de apoio que a interna usa para sobreviver ao processo de normatização a que é submetida", meio pelo qual poderá estabelecer contato com o mundo exterior, ganhando uma maior perspectiva de mudança (OLIVEIRA; SANTOS, 2012, p. 4). Os mesmos autores também defendem que o distanciamento do preso da sociedade, aliado a perda do contato com os círculos familiares e de amizade, arruína as relações que o preso mantinha antes do cárcere e o torna mais solitário e agressivo, "por não encontrar espaços de reconhecimento de sua própria identidade" (p. 3).

Por esse ângulo, quando se trata de reabilitação da mulher encarcerada, deve-se lembrar a que se dedica a pena privativa de liberdade, que nada tem a ver com a tortura, alienação ou apartamento da mulher da sociedade, mas sim com a reinserção desta no meio social, de forma que o estado, além de executar uma punição proporcional ao crime cometido, deve-se ater a missão de fomentar, por meio do respeito aos direitos fundamentais pautados na dignidade da pessoa humana e concretização dos direitos à saúde, educação, segurança e convivência familiar, a readaptação ao meio social e não transformá-la em uma pária.

Portanto, a pessoa submetida ao cárcere é colocada em uma instituição opressora que não remete a nada do que ela era antes, muitas vezes, a impedindo de exercer o próprio direito de ser e se expressar como mulher, e que, ao sair, ela se depara não só com sua ficha marcada, mas também seu psicológico, corpo e saúde, o que a impedirá, na maioria das vezes, de conseguir um emprego formal e a única "terra firme" para qual essa mulher poderá retornar é o seu seio familiar, relação

que pode ser fomentada pelo Estado por meio do pleno respeito ao direito à convivência familiar.

De forma que, a ressocialização, objetivo essencial da execução da pena, não encontra sua finalidade no cárcere, pois o isolamento, por si só, não reintegra socialmente, mas sim a concessão de oportunidades aliadas ao respeito às garantias fundamentais e à dignidade da pessoa humana, tão disseminados na atualidade, fazendo-se necessário o incentivo à manutenção dos vínculos sociais e familiares dos presos, o que também envolve a manutenção dos laços afetivos com seus parceiros ou parceiras, o que faz com que a visita íntima seja indispensável no processo de reinserção social.

Diante do exposto, verifica-se que, embora tenham havido inúmeros avanços que apontem para o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, tal direito encontra resistência à sua concretização, muitas vezes, nas questões de ordem social, religiosa e cultural, de modo que as políticas públicas que busquem seu efetivo exercício esbarram na forma em que é vista a sexualidade feminina e a sua relação com os papeis de gênero na sociedade atual, visto que "para o pleno desenvolvimento humano, a saúde sexual desempenha papel preponderante, sendo também um direito da personalidade, posto que uma conquista social e a sua extensão a todos representa um ideal de Justiça Social" (SÉGUIN, 2014, p. 248).

6. Conclusão

A presente pesquisa analisou a situação da mulher encarcerada a partir de alguns dos elementos que compõem a realidade das mulheres aprisionadas e, nesse cenário, buscou entender de que forma a visita social e íntima configura-se como um direito fundamental e sua relevância para a concretização do exercício da sexualidade da mulher presa, assim como demonstrar a importância desse direito para a ressocialização desta.

Sob essa perspectiva, foi possível entender que o sistema carcerário brasileiro vive uma crise profunda, motivada, principalmente, pelo desrespeito a dignidade das pessoas encarceradas em detrimento de seu próprio ordenamento jurídico, que, baseado no pensamento contemporâneo que entende a pena como meio utilizado para recuperação do apenado, se propôs a não só executar a pena, mas oferecer as condições necessárias para a sua reintegração social.

Dessa forma, demonstrou-se que todos os direitos inerentes a pessoa humana não atingidos pela sentença devem ser resguardados, inclusive, aqueles atinentes a efetivação do direito à visitação e expressão da sexualidade da mulher, alvo de diversas repressões ao longo da história, seja pela sociedade, pela igreja ou pelo

Estado e suas mais diversas instituições, inclusive as penitenciárias, as quais reproduzem e endossam as marcas de um sociedade patriarcal baseada na opressão de gênero, ora por culpabilizar a mulher que não cumpre os papeis de gênero que lhe foram impostos, ora por não enxergar na mulher as suas necessidades.

Por fim, conclui-se que o exercício da sexualidade feminina não se resume a satisfação de uma necessidade biológica, mas na autodeterminação do próprio corpo e o alcance de suas potencialidades, configurando-se, portanto, verdadeiro corolário da dignidade da pessoa humana, de modo que seu cerceamento e controle por parte do Estado, ofendem não somente a vontade da mulher, mas os ideais de liberdade, igualdade e dignidade, enquanto princípios perseguidos na contemporaneidade e assumidos pelo Brasil em seu ordenamento jurídico interno e em âmbito externo, além de frustrar os fins ressocializadores da pena .

Ademais, a efetivação do direito à visitação e seu adequado oferecimento devem encontrar sustentáculo nos princípios constitucionais de isonomia entre os gêneros, sem distinção de qualquer natureza, de modo a abarcar a pluralidade existente, por meio de uma regulamentação a nível nacional para que tal direito não fique à mercê da vontade dos diretores das unidades prisionais, além da implantação políticas públicas no sentido de atender as necessidades específicas das mulheres, garantindo-lhes não só o acesso à educação e trabalho, mas também, acesso à saúde integral e convivência familiar, se abstendo da discriminação que ronda a sexualidade feminina.

Portanto, deve-se buscar uma política criminal que atenda às necessidades das mulheres apenadas, não retirando sua dignidade, dando-lhes condições necessárias para sua reintegração social, não só por meio do acesso à educação e trabalho, mas também, à saúde, de forma que a visitação se coloca como direito de ordem fundamental para a conexão da apenada com o mundo exterior e manutenção dos laços familiares e, consequentemente, para a ressocialização da mulher presa.

7. Referências

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é feminismo*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*: fatos e mitos. 3. ed. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 2016.

BITENCOURT, Cézar Roberto. *Falência da pena de prisão:* causas e alternativas. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

BITENCOURT, Cézar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 17. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm]. Acesso em: 15.08.2017.

BRASIL. *Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil*. Org. Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional, CEJIL; Associação Juízes para a Democracia, AJD; Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, ITCC et. al. Brasília, DF, 2007.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Grupo de Trabalho Interministerial. *Reorganização e reformulação do sistema prisional feminino:* relatório final. Brasília: Presidência da República, 2008.

CEJIL. *Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil*. 2007. Disponível em: [http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf]. Acesso em: 15.11.2017.

CHIVERS, Meredith. L.; DAWSON, Samantha J. Gender diferences and similarities in sexual desire. *Current Sexual Health Reports,* v. 6, n. 4, p. 211-219, 2014.

COLOMBAROLI, Ana Carolina de Morais; BORGES, Paulo César Corrêa. *Violação da dignidade da mulher no cárcere:* restrições à visita íntima nas penitenciárias femininas. X Semana da Mulher. Marília: Unesp, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Bangkok:* regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília, 2016. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf]. Acesso em: 20.09.2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Dados das inspeções nos estabelecimentos penais*. 2017. Disponível em: [www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php]. Acesso em: 30.10.2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Medidas Provisórias a respeito do Brasil:* Assunto do Complexo Penitenciário de Curado. 2016. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_01_por.pdf]. Acesso em: 17.09.2017.

ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. IBCCRIM: São Paulo, 2004.

FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. *Vigiadas e punidas*: como vivem as mulheres criminosas? XVI Encontro Latino Americano de Iniciação Científica, XII Encontro Latino Americano de Pós-Graduação e VI Encontro Latino Americano de Iniciação Científica Júnior. 2012.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *10º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, São Paulo, ano 10, 2016.

FOSCARINI, Léia Tatiana. Direitos humanos e a situação carcerária frente à comunidade internacional. In: OLIVEIRA, Mara de; AUGUSTIN, Sérgio (Org.). *Direitos humanos:* emancipação e ruptura. EDUCS: Caxias do Sul, 2013. Disponível

em: [www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/institucional/esgc/biblioteca_eletronica/livros/direitos_humanos_ebook_2.pdf]. Acesso em: 15.09.2017.

GOIS, Francileno. *Visita íntima*, 18 abr. 2014. Vídeo em meio eletrônico (2min46s), son., color. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=nWn2sKFKOIM]. Acesso em: 10.09.2017.

IPEA. *Dar a luz na sombra:* condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Secretaria de Assuntos Legislativos. – Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), 2015.

LIMA, Márcia de. Da visita íntima à intimidade da visita: a mulher no sistema prisional. 2006. 106 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

LIMA, Sarah Dayanna Lacerda Martins. Direitos sexuais e reprodutivos das mulheres: expressões das políticas públicas do município de Fortaleza. 2013. 145 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Sociedade) – Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2013.

MAYOR, Fernanda Borges Soutto; GONÇALVES, Hebe Signorini. Mulheres e prisão. *Sociologia,* São Paulo, n. 70, p. 20-27, 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Infopen. 2014. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 18.09.2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento nacional de informações penitenciárias femininas* – Infopen Mulheres. 2014. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf]. Acesso em: 14.09.2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento nacional de informações penitenciárias femininas* – Infopen Mulheres. 2017. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 14.09.2017.

MOLONEY, K. P.; VAN DEN BERGH, B. J.; MOLLER, L. F. Women in prison: The central issues of gender characteristics and trauma history. *Public Health*, v. 123, p. 426-430, 2009.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a eliminação todas as formas de discriminação contra a mulher.* Comitê para eliminação de todas as formas de preconceito contra a mulher. Organização das Nações Unidas – ONU, 1979.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração e programa de ação de Viena* – Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Organização das Nações Unidas – ONU, Viena,1993.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração e plataforma de ação da IV conferência mundial sobre a mulher.* Organização das Nações Unidas – ONU, Pequim, 1995.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*. Organização das Nações Unidas – ONU, 1948.

NAÇÕES UNIDAS. *Pacto San Jose da Costa Rica.* Organização das Nações Unidas – ONU, 1969.

NAÇÕES UNIDAS. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento*. Organização das Nações Unidas – ONU, 1994.

OLIVEIRA, M. G. F.; SANTOS, A. F. P. R. Desigualdade de gênero no sistema prisional: considerações das barreiras à realização de visitas e visitas íntimas às mulheres encarceradas. *Caderno Espaço Feminino*, v. 25, n. 1, p. 236-246, 2012.

PERCHESKY, Rosalind Pollack. Direitos sexuais: um novo conceito na prática políticas internacional. In: BARBOSA, Regina Maria; PARKER, Richard. *Sexualidades pelo avesso:* direitos, identidades e poder. Rio de Janeiro: IMS/UERJ; São Paulo: Ed. 34, 1999.

QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam*. Record: Rio de Janeiro, 2015.

RAMOS, Luciana de Souza. O reflexo da criminalização das mulheres delinquentes pela ausência de políticas públicas de gênero. Em questão: os direitos sexuais e reprodutivos. *XIX Encontro Nacional do CONPEDI,* 19, 2010, Brasília. Disponível em: [http://150.162.138.7/documents/560]. Acesso em: 15.09.2017.

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. *Horizontes Antropológicos*, v. 12, n. 26, p. 71-100, 2006.

SÉGUIN, Élida. Direitos sexuais como um direito humano. In: HOLANDA, A. P. A. et al. *Direitos humanos*: histórico e contemporaneidade. Premius: Fortaleza, 2014.

VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos? De que direitos estamos falando? In: LOYOLA, Maria Andréa (Org.). *Bioética:* reprodução e gênero na sociedade contemporânea. Brasília: Letras Livres, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 9. ed. Editora Revistas dos Tribunais, 2011. v. I: parte geral.

WALMSLEY, Roy. *World female imprisonment list*. London: Institute for Criminal Policy Research, 2016. Disponível em: [www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_imprisonment_list_third_edition_0.pdf]. Acesso em: 15.09.2017.

WALMSLEY, Roy. *World female imprisonment list*. London: Institute for Criminal Policy Research, 2017. Disponível em: [www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_prison_4th_edn_v4_web.pdf]. Acesso em: 30.07.2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Encontros no cárcere "ontem" e "hoje": histórico da visitação ao sistema prisional do Rio de Janeiro, de Thais Lemos Duarte – *RBCCrim* 134/437-477 (DTR\2017\2534);
- Papéis tradicionais de gênero e redes de contato: um estudo comparado com homens e mulheres encarcerados, de Natália Cristina Costa Martino; Luana Hordones Chaves e Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro – *RBCCrim* 146/587-612 (DTR\2018\18313); e
- Visita íntima: direito ou prêmio ao condenado?, de Simone de Alcantara Savazzoni – *RT* 902/423-444 (DTR\2010\925).