Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 26 • vol. 149 • nov. / 2018

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 26 • vol. 149 • nov. / 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); Ana Carolina Carlos (Uni-Barcelona – Espanha); Ana Clara Gomes Costa (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca/USAL – Salamanca/Espanha); Anamaria Prates Barroso (UFPE – Recife/PE)); Andrei Zenkner Schmidt (PUCRS – Porto Alegre/RS); Antonio Carlos Tovo Loureiro (USP – São Paulo/SP); Antonio José Franco de Souza Pêcego (PUCMG – Uberlândia/MG); Aury Lopes Jr. (PUCRS – Porto Alegre/RS); Brunna Laporte Cazabonnet (PUCRS – Porto Alegre/RS); Caio Patricio de Almeida (USP –

São Paulo/SP); Carolina Llantada Seibel Scarton (PUCRS – Porto Alegre/RS); Clara Moura Masiero (UNISINOS – São Leopoldo/RS); Cristina Rego de Oliveira (FDUCP – Lisboa/Portugal); Daiene Kelly Garcia (UNESP – Franca/SP); Daniel Cabral de Almeida Ferreira (Universidade de Coimbra – Portugal); David Alcântara Isidoro (Universidade de Coimbra – Portugal); Décio Franco David (UENP – Curitiba/PR); Denise Hammerschmidt (UENP – Jacarezinho/PR); Diogo Rudge Malan (UFRJ e UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Eduardo Viana (Universidade Estadual de Santa Cruz – Santa Cruz/BA); Elisa Leonesi Maluf (USP – São Paulo/SP); Emília Merlini Giuliani (PUCRS – Porto Alegre/RS); Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon (PUCRS – Porto Alegre/RS); Felipe da Costa De-Lorenzi (PUCRS – Porto Alegre/RS); Felipe Faoro Bertoni (Faculdade Dom Bosco – Porto Alegre/RS); Fernando Braga Damasceno (FDUL – Lisboa/Portugal); Fernando Parente dos Santos Vasconcelos (UniCEUB – Brasília/DF); Gisela Aguiar Wanderley (UnB – Brasília/DF); Guilherme Siqueira Vieira (FATEC – Curitiba/PR); Israel Domingos Jorio (FDV – Vitória/ES); James William Santos (PUCRS – Porto Alegre/RS); Jorge Trindade (Universidade Luterana do Brasil – Canoas/RS); Leonardo Marcondes Machado (Centro Universitário Católico de Santa Catarina – Joinville/SC); Lucas e Silva Batista Pilau (PUCRS – Porto Alegre/RS); Luciana Marin Ribas (FGV – São Paulo/SP); Marcella Alves Mascarenhas Nardelli (UFJF – Juiz de Fora/MG); Mariana Barrêto Nóbrega de Lucena (PUCRS – Porto Alegre/RS); Miguel Tedesco Wedy (UNISINOS – Vale do Rio dos Sinos/RS); Natália Gonçalves Barroca (UniFavip Wyden – Caruaru/PE); Neemias Moretti Prudente (Instituto Paranaense de Ensino – Curitiba/PR); Nestor Eduardo Araruna Santiago (UFC e UNIFOR – Fortaleza/CE); Ney Fayet Jr. (PUCRS – Porto Alegre/RS); Patrick Cacicedo (USP – São Paulo/SP); Paula Mamede (USP – São Paulo/SP); Paulo César Busato (UFPR – Curitiba/PR); Rafhael Lima Ribeiro (PUCMG – Belo Horizonte/MG); Raphael Boldt de Carvalho (FDV – Vitória/ES); Renan Barboza (USP – São Paulo/SP); Renata Caroline Pereira Reis Mendes (Instituto Florence Superior – São Luís/MA); Ricardo Jacobsen Gloeckner (PUCRS – Porto Alegre/RS); Rodrigo Duque Estrada Roig Soares (DPGERJ – Rio de Janeiro/RJ); Rosana Alves Gama Souza da Silva (Instituto Federal Fluminense – Campos dos Goytacazes/RJ); Rose Dayanne Santos de Brito (Università degli Studi di Roma – Itália); Rosier Batista Custódio (UFPE – Recife/PE); Rudy Heitor Rosas (Faculdade Campo Real – Guarapuava/PR); Ruiz Ritter (PUCRS – Porto Alegre/RS); Ruy Celso Barbosa Florence (UNIDERP – Campo Grande/MS); Samyle Regina Matos Oliveira (Universidade Tiradentes – Aracaju/SE); Tamires Maria Alves (UFF – Rio de Janeiro/RJ); Thiago Allisson Cardoso de Jesus (PUCRS – Porto Alegre/RS); Thiago Miranda Minagé (UFRJ/FND – Rio de janeiro/RJ); Tomás Grings Machado (UNISINOS – Vale do Rio dos Sinos/RS); Vanessa Aparecida de Souza Fontana (ABEMPTRAN – Curitiba, PR); Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa (PUCPR – Curitiba/PR); Wandercairo Elias Júnior (Universidade de Rio Verde – Goiânia/GO).

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Adriana Conrado de Almeida (Universidade de Pernambuco – Recife/PE); Alexandre de Castro Coura (Faculdade de Direito de Vitória – Vitória/ES); Amanda Bessoni Boudoux Salgado (Universidade de São Paulo – São Paulo/SP); Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal); André Luís Callegari (UNISINOS – São Leopoldo/RS); Antonio Eduardo Ramires Santoro (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Antonio Henrique Graciano Suxberger (Centro Universitário de Brasília – Brasília/DF); Claudio Alberto Gabriel Guimarães (Centro Universitário do Maranhão – São Luis/MA); Cláudio Brandão (PUCMG – Belo Horizonte/MG); Dani Rudnicki (UNIRITTER – Porto Alegre/RS); Daniele Negri (Universidade de Ferrara – Itália); Diego Duarte Gonzalez (UNIRITTER – Porto Alegre/RS); Eduardo Augusto Paglione (Academia de Polícia Civil de São Paulo – São Paulo/SP); Fábio Gomes de França (Universidade Federal da Paraíba – João Pessoa/PB); Fernanda Loures de Oliveira (Centro Universitário de Brasília – Brasília/DF); Fernando Oliveira Samuel (Faculdade de Direito da IESGO – Formosa/GO); Gabriela Schneider (UNISINOS – São Leopoldo/RS); Gustavo Britta Scandelari (Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR); Isângelo Senna da Costa (UnB-Brasília/DF); Israel Domingos Jorio (Faculdade de Direito de Vitória – Vitória/ES); José Roberto Macri Jr. (Universidade de São Paulo – São Paulo/SP); Luciana Simas (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Maria do Socorro Orestes Cardoso (Universidade de Pernambuco – Recife/PE); Maria Izabel Cardoso Bento (Universidade de Pernambuco – Recife/PE); Matheus Pereira Rocha (TJRS – Porto Alegre/RS); Miriam Ventura (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Orlin Ivanov Goranov (UNIRITTER – Porto Alegre/RS); Reginaldo Inojosa Carneiro Campello (Universidade de Pernambuco – Recife/PE); Rodrigo Camargo Campos (PMDF – Brasília/DF); Stephan Doering Darcie (Universidade de São Paulo – São Paulo/SP); Tainá Ferreira e Ferreira (Universidade Federal do Pará – Belém/PA); Thayara Castelo Branco (Centro Universitário do Maranhão – São Luis/MA); Thiago Fabres de Carvalho (Faculdade de Direito de Vitória – Vitória/ES); Vera Malaguti Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RJ; Vernon Araújo Corrêa Simões (Faculdade de Direito de Vitória – Vitória/ES).

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 26 • vol. 149 • nov. / 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. 149 • nov. / 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.

THOMSON REUTERS ProView™
INCLUI VERSÃO ELETRÔNICA DA REVISTA

© 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: [11-2018]
Profissional
Fechamento desta edição: [24.09.2018]

CÓPIA NÃO AUTORIZADA É CRIME
ABDR
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS
RESPEITE O DIREITO AUTORAL
EDITORA AFILIADA

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

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

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 26 • vol. 149 • nov. / 2018

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
JULIANA MAYUMI ONO

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

Assistente Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Produção Editorial
Coordenação
IVIÊ A. M. LOUREIRO GOMES

Líder Técnica de Qualidade Editorial: 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, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, 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: Angélica Andrade, Miriam da Costa Leite, Nicolas Eugênio Almeida Bueno e Sthefany Moreira Barros

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação de Capa: Linotec

Controle de Qualidade de 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

Compliance programs and corporate criminal compliance
Programas de compliance *e* compliance *criminal empresarial*
Anabela Miranda Rodrigues 17

Whistleblowing: o papel dos Registros de Imóveis na prevenção dos crimes de parcelamento irregular do solo urbano
Whistleblowing: the role of Real States Registry Offices on preventing illegal land parceling crimes
Fernanda Loures de Oliveira e Antonio Henrique Graciano Suxberger 29

Adequação social como derrotabilidade no direito penal
Social adequacy as defeasibility in penal law
Gustavo Britta Scandelari 53

A responsabilidade civil do Estado por absolvição em execução provisória de pena
The State's liability for acquaintance at provisional execution of sentence
Matheus Pereira Rocha 75

Processo Penal

Contribuição dos laudos periciais em uma possível cena de crime montada: um estudo de caso
Contribution of pericial awards in a possible staged crime scene: a case study
Reginaldo Inojosa Carneiro Campello, Adriana Conrado de Almeida, Maria Izabel Cardoso Bento e Maria do Socorro Orestes Cardoso 119

Do procedimento criminal: parte da legislação tão importante e tão descurada

On proceeding in criminal cases: so principal a part of legislation, and so much neglected

Daniele Negri
Tradução de: Marcelo Almeida Ruivo e Cássio Chechi de Assis 141

A prisão para garantia da ordem pública e (des)ordem constitucional: reflexões sobre linguagem e alteridade

The prison for ensure public order and Constitutional disorder: reflections on language and alterity

Fernando Oliveira Samuel 171

A relação histórica entre o processo de aquisição de direitos e o sistema acusatório no Brasil

The historical relationship between the process of acquiring rights and the accusatory system in Brazil

Gabriela Schneider e André Luís Callegari 195

Entre dúvidas e certezas: a resposta correta no processo penal

Between doubts and certainties: the right answer in the criminal process

Israel Domingos Jorio e Alexandre de Castro Coura 227

"Processo penal do inimigo": elementos para a compreensão de sua estrutura e metodologia

"The enemy criminal procedure": considerations on its structure and methodology

Stephan Doering Darcie 259

Medida (de segurança) cautelar: uma análise dogmática e criminológica do art. 319, VII, do Código de Processo Penal

Safety (security) measure: a dogmatic and criminological analysis of art. 319, VII, of the Code of Criminal Procedure

Thayara Castelo Branco, Antonio Eduardo Ramires Santoro e Claudio Alberto Gabriel Guimarães 299

Crime e Sociedade

Terrorismo: perspectivas políticas e psicanalíticas

Terrorism: political and psychoanalytic perspectives

Amanda Bessoni Boudoux Salgado e José Roberto Macri Jr. 329

Criminologia no contexto da modernidade periférica: as agências de controle do sistema penal e a criminalidade
Criminology in the context of peripheral modernity: the criminal control agencies and the criminality
Cláudio Brandão 359

Polícia violenta: natural ou inverossímil?
Violent police: natural or improbable?
Eduardo Augusto Paglione 377

Os "soldados do fogo": um estudo sobre violência institucional na profissão bombeiro militar
The "fire soldiers": a study about institutional violence in the military firefighter profession
Fábio Gomes de França 419

Mulheres, maternidade e o sistema punitivo: limites e possibilidades das audiências de custódia no estado do Rio de Janeiro
Women, motherhood and the punitive system: limits and possibilities of custody hearings in the state of Rio de Janeiro
Luciana Simas, Vera Malaguti Batista e Miriam Ventura 455

Seletividade penal: crimes de furto e crimes contra a ordem tributária no Brasil contemporâneo
Criminal selectivity: theft and crimes against the tax order in contemporary Brazil
Orlin Ivanov Goranov, Diego Duarte Gonzalez e Dani Rudnicki 491

O impacto da resistência ativa da vítima em face de agressão sexual
The impact of the victim's active resistance in the face of sexual aggression
Rodrigo Camargo Campos e Isângelo Senna da Costa 529

Sistema penal subterrâneo e clientes em potencial: as vítimas invisíveis das chacinas em Belém do Pará
Underground penal system and customers in potential: the invisible victims of slaughter in Belém do Pará
Tainá Ferreira e Ferreira 549

Contribuições para uma criminologia de crimes de Estado
Contributions to a criminology of state crimes
Vernon Araújo Corrêa Simões e Thiago Fabres de Carvalho 571

Índice Alfabético-remissivo 597

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais 605

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 615

Condições para Submissão (*checklist*) 619

Compliance programs and corporate criminal compliance

Programas de compliance *e* compliance *criminal empresarial*

Anabela Miranda Rodrigues
Full Professor Law Faculty/University of Coimbra.
anarod@fd.uc.pt

Áreas do Direito: Penal; Comercial/Empresarial

Abstract: Compliance is a technique of self--regulation implemented by corporations which developed independent of criminal law. The origins of compliance combine good governance and social responsibility. The integration of compliance into the criminal law is related to the criminal liability of enterprises. This model is based on the idea that lack of organization or an organizational mens rea element constitutes the basis for corporate liability. The demonstration of the existence of an effective compliance programme reduces or eliminates liability. This is a «stick and carrot» system in line with ultima ratio and burden of proof of criminal law. This model rests on an assumption that internal compliance programs reduce the incidence of prohibited conduct within organizations. However, they present problems with regard to criminal law. They can either be used as a trap for companies and lead to reversal of the burden of proof or they may serve as window-dressing that provides reduced corporate liability. Compliance programmes must be effective and kept alive and fully operational. The key to overcome these problems is to prevent their disrepute. It is necessary to increase their credibility through independent, professional and participatory compliance bodies and link them to deliberative business ethics and stakeholder's democracy.

Resumo: O *compliance* é uma estratégia de autorregulação implementada pelas empresas desenvolvido à margem do direito penal. Na origem, o *compliance* combina bom governo com responsabilidade social. Para efeitos criminais, a consideração do *compliance* liga-se a um modelo de responsabilidade criminal autónomo das empresas, em que o défice de organização empresarial fundamenta a sua responsabilidade criminal. A prova da existência de um programa de *compliance* efetivo pode atenuar ou afastar essa responsabilidade. Trata-se de um sistema baseado na técnica do "pau e da cenoura", na linha de um direito penal de ultima *ratio* e em que o ónus da prova recai sobre a acusação. O modelo assenta na ideia de que os programas de *compliance* mitigam a incidência de comportamentos proibidos nas organizações. No entanto, eles se revelam problemáticos no que diz respeito a ilícitos penais. Com efeito, podem, de um lado, constituir uma armadilha para as empresas e levar à inversão do ónus da prova, ou, de outro lado, ser utilizados como salvo-conduto para reduzir ou afastar a sua a responsabilidade, fazendo-a recair sobre bodes expiatórios individuais. Para ultrapassar esses efeitos negativos, os programas de *compliance* devem ser efetivos e mantidos atualizados e em pleno funcionamento. A chave consiste em promover a sua credibilidade através de órgãos de *compliance* independentes e profissionais e da sua ligação a uma ética negocial deliberativa e a uma democracia de *stakeholders*.

Rodrigues, Anabela Miranda. Compliance programs and corporate criminal compliance.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 149. ano 26. p. 17-28. São Paulo: Ed. RT, novembro 2018.

Keywords: Compliance – Corporation – Self-regulation – Lack of organization – Good governance – Social responsibility.

Palavras-chave: Autorregulação – Empresa – *Compliance* – Governança corporativa – Responsabilidade penal – Defeito de organização.

Sumário: 1. Introduction. 2. Corporate compliance programs. 3. Criminal compliance and criminal corporate liability: a trap for corporations?. 4. Compliance programs and corporate criminal liability: a cosmetic use of compliance programs?. 5. Conclusion. References.

1. Introduction

To speak about compliance programs and criminal compliance is necessarily to speak about new actors in economy that are corporations.

We can say that since the emergence of the first merchant companies, in England, at the end of 17th century, there were causes for concerns with their activity. A proof of this is the *Bubble Act* of 1720 that prohibits during some decades the creation of such enterprises as a consequence of the massive frauds practiced by the *South Sea Company*.[1]

The main concerns with corporations had origin in two different kinds of tensions. The first one was between shareholders and administrators. In this context Zigmunt Bauman[2] talks about «absent owners»: they are the shareholders, the real owners of the enterprises, that invest their resources in economic activities over which they don't have direct administrative and operational control. The second reason of tension was between enterprises and stakeholders. Mainly in Anglo-Saxon world,[3] it became clear very early on that important portions of citizens' lives were under the control of corporations: for example, food, transport, environment, health, savings, investments, not to mention the condition of salaried employee. In this regard, the conflict of interests is between the pursuit of greater profit and the defence of the relevant collective and public interests.

1. This company had promised to give Spain the monopoly of slaves' trade, what in fact didn't happened. Cf. ADÁN NIETO MARTÍN, «Responsabilidad social, gobierno corporativo e autorregulação: sus influencias en el derecho penal de la empresa», *Politica Criminal*, Nº 5, 2008, A3-5, p. 1 and 2 (htpp:/www.politicacriminal.cl/n_05/a_3_5.pdf), accessed in december of 2017.
2. ZIGMUNT BAUMAN, *Globalização: as consequências humanas* (translation from Marcus Penchel), Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1999, p. 18.
3. About this issue, ADÁN NIETO MARTÍN, *Politica Criminal*, Nº 5, 2008, cit, p. 2.

The issue behind these concerns was the question about how to make an effective control of the corporations. Over time, the answers have essentially corresponded to two different strategies according to also two different ideological approaches: either self-regulation or state interventionism. In general terms,[4] until the eighties we can say that the partisans of state regulation have had an advantage. From here, with Ronald Reagen in the United States of America and with Margaret Tatcher in the United Kingdom, and with the support of a very influential current of the Chicago's School, the balance shifted toward the side of privatization and liberalism. In any case, it is important to note that, in Europe, state intervention was more intense than in the USA, due in particular to the absence of corporate giants in Europe and to the existence of a bank economy-based model based on bank financing. Therefore, Europe did not feel so threatened by corporate power and had not developed the law of financial markets. However, since the nineties the debate goes beyond the dichotomy of self-regulation or interventionism.[5] The reasons for this are manifold, but in a comprehensive way it can be said that the world has become more complex. There are two fundamental factors behind this change. I will only enunciate them very briefly. On the one hand, globalization and the society of risk.[6] These two aspects lead to a decrease in the effectiveness of national law and to the relocation of companies and their use of the forum shopping. The consequence is the increase in the power of corporations vis-à-vis States. On the other hand,[7] the world became more technologically complex and knowledge ceased to be in the administrative power of the States and passed to the ID centers of the companies. The consequence is now the loss of the technical authority of the state administration and, therefore, part of its regulatory power.

As a consequence of this situation, in recent times a new model of public intervention has emerged that uses a new regulatory strategy, the so called "regulatory

4. About this issue, see ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Direito penal económico – uma política criminal na era da globalização», *Os Desafios do Direito (Penal) do Século XXI,* Manuel Monteiro Guedes Valente (Coordenação), Legit Edições, Lisboa 2018, p. 9s (p. 19s).
5. Cf. IAN AYRES/ JOHN BRAITHWAITE, *Responsive Regulation. Transcending the deregulation debate,* New York. Oxford. Oxford University Press, 1992, p. 3.
6. See ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Direito penal económico – é legítimo? É necessário?», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal,* Ano 26, 2016, p. 33s (p. 42s); *id*, «Controlar e punir – o direito penal em mudança», *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade – FIDES*, Vol. 8, nº 2, 16ª edição, 2017, p. 159s.
7. See ADÁN NIETO MARTÍN, *Politica Criminal*, Nº 5, 2008, cit, p. 3.

self-regulation" (*regulierte Selbstregulierung*).[8] This "regulatory self-regulation" is one of the essential elements of the "regulatory capitalism".[9] It is a new regulatory strategy,[10] a *private-public partnership*, a kind of a *distance regulation*, in which the corporation is the partner of the State in the enforcement of the law. The key--pillar of this self-regulation are compliance programs.

2. Corporate compliance programs

Corporate compliance programs are internal mechanisms implemented by companies to prevent and detect criminal conducts within the corporation. Compliance is a technique of self-regulation which developed independent of criminal law. The origins of compliance combine prevention programmes and social responsibility.

Compliance system feeds into the first discussions about corporate governance. The idea that guides good governance is to avoid the abuse of power within companies. With good governance,[11] it is a question of establishing a shareholders and stakeholders system of control over the managers. The good governance is ensured through an independent body from corporate power that controls the managers. Codes of ethics, which exist in all large companies, are also fundamental to promoting business ethics. They are a form of soft law that functions as a crime control mechanism for global companies. For this, the ethical codes delimit the perimeter of the prohibited conducts and the norms of behavior within

8. ULRICH SIEBER, «Programas de compliance no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle de criminalidade econômica» (translation from Eduardo Saad--Diniz), *Direito penal econômico: estudos em Homenagem aos 75 Anos do Professor Klaus Tiedemann,* William Terra Oliveira, Pedro ferreira leite Neto Tiago Sintra Essado, Eduardo Saad-Diniz (orgs.), São Paulo, Liber Ars, 2013, p. 291s (p. 291).
9. The expression is from JOHN BRAITHWAITE, *The regulatory capitalism. How it works, ideas for making it work better*, Edward Elger Publishing, 2008, Oxford. See also from the same Author «The new regulatory state and the transformation of criminology», *British Journal of Criminology*, vol.40, nº 2, 2000, p. 197s.
10. About this issue, see JOACHIM VOGEL, «Responsabilidad penal de los empresários y las empresas», *La Política Criminal en Europa,* (Directores: Santiago Mir Pig; Coordinador: Víctor Gómez-Martín), Atelier, 2004, p. 129s (p. 139). See also ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal,* cit., p. 50s.
11. See ADÁN NIETO MARTÍN, «Problemas fundamentales del compliance y el Derecho Penal», *Compliance y teoria del Derecho Penal,* Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel , E. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Eds.), Marcial Pons, 2013, p. 21s (p. 24s); *id*, *Politica Criminal*, Nº 5, 2008, cit, p. 5s.

the companies. However, they must go beyond the law and prohibit behaviors that are before or surround criminal activity itself. The last generation of ethical codes contain rules that are mandatory for employees and whose violation may lead to disciplinary sanctions. These sanctions can sometimes be very serious, such as the penalty of loss of the job, in case of violation of anti-money laundering, anti-corruption or competition protection rules.

What it is called corporate social responsibility is related with the concept of corporate citizenship. This concept means seeing the company as a citizen faithful to the law and responsible, with rights but also with duties. In accordance with the social responsibility, the corporation seeks to reconcile its own interests with the surrounding social public interests. The social responsibility can be linked, for example, to the sustainability of the environment. In reality, there is not such a strict separation between good governance and social responsibility: as it shows the «model code» that are the *Principles of Corporate Governance* of the American Law Institute[12] and many others that followed them, good governance relates also to the question of how corporate activity may be developed in a context of social responsibility and the main subject of the social responsible corporate is that corporations act according with the laws.

3. Criminal compliance and criminal corporate liability: a trap for corporations?

The integration of compliance into the criminal law is related to the criminal liability of legal entities. Such a model of criminal liability is based on the idea that *lack of organization* or an *organizational mens rea* element constitutes the basis for corporate liability. This approach recognizes the existence of a corporate culture and will apart from that of its individuals employees, and posits that the law should encourage corporations themselves to abide by the law. The recognition of this distinct corporate culture requires an examination into that culture before convicting a corporation. Only corporations that encourage unlawful behaviour, or at least do not actively seek to prevent it, should be subject to criminal liability. This approach requires a test for determining which corporations are and are not blameworthy.[13] The demonstration of the existence of an

12. See American Law Institute, *Principles of Corporate Governance,* 2.01.

13. See PHILIP A. WELLNER, «Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions», *Cardozo Law Review,* Vol. 27, October 2005, Number 1, p. 497s (p. 522and 523). About the issue, also assessing critically the vicarious model of corporate criminal liability, see ADÁN NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las*

effective compliance programme reduces or eliminates enterprises liability. The most adequate way to judge a corporation's behaviour and culture is through a fact-specific inquiry into the corporation's actions, policies and customs. This style of inquiry avoids the weaknesses inherent in a mechanical approach to judging compliance programs and allows corporations the freedom to tailor their programs more effectively to their business.[14] This model works as a «stick and carrot» system[15] in line with *ultima ratio* and burden of proof of criminal law.

In accordance with a wide perspective of penal law, there are two categories of criminal liability: the offence and the defence. The core of the offense lies in the organizational defect, that is, it is a consequence of a defective or poorly implemented compliance program. Therefore, the offense poses two problems: either imputation of the offense to the organizational defect or imputation of the offense to the absence of due control.

The burden of proof of organizational defect or lack of control due to it falls on the prosecution. I share a very widespread position[16] that the proof of the offense requires a test of abstract-concrete suitability. This means performing a two-part test. The first involves making a judgment of suitability on the compliance program that concerns both its general aspects and its effectiveness in the specific case. The second part of the test requires demonstrating, in criminal procedure, that the company has not continually taken effective measures to prevent delinquent acts of the kind of those committed and to prevent the actual facts. The first part of the test evaluates the abstract effectiveness of the compliance program and its implementation. Thus, for example, the judge must evaluate if there was training, if the channel of complaints works, if disciplinary sanctions are

---

personas jurídicas: un modelo legislativo, Iustel. Madrid, 2008, p. 102s; *id, Compliance y teoria del Derecho Penal,* cit., p. 30s; and JUAN ANTONIO LASCURAIN, «Los programas de cumplimiento como programas de prudencia penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal,* Ano 25, 2015, p. 95s (p. 104s.).

14. Emphasizing that compliance programs «should never be prescribed in a manner that compromises their effectiveness», see PHILIP A. WELLNER, *Cardozo Law Review,* p. 524 («The law should not ask wheter the corporation adopted a relatively rigid framework prescribed by the Sentencing Comission. It should ask whether the corporation's actions were, in general, reasonable efforts to ensure compliance with the law»).

15. See United States *Sentencing Comission Guidelines for Organizations* (1991), Chapter VIII: «Sentencing of Organization», *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* (*ESGO*). See DIANA E. MURPHY, «The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: a Decade of Promoting Compliance and Ethics», Iowa Law review, Vol. 87, NO2, March 2002, p. 697s.

16. ADÁN NIETO MARTÍN, *Compliance y teoria del Derecho Penal,* cit., p. 38s.

imposed for violation of the ethical code, etc. The second part of the test is to examine the existence of preventive measures for events similar to those which occurred and, if they exist, to explain why these preventive measures failed in this particular case. According to this second part of the test, the compliance program is effective when the perpetrator had to circumvent some of the controls that the company's compliance program established or otherwise had to violate a specific obligation that was part of the company's rules. The two parts of the test have a sequential character. This means that not overcome the first part of the test indicates that the management of the company is not concerned with establishing a culture of legality and therefore determines a very high degree of organizational blame. This responsibility may lead to sanctions such as interdiction sanctions. In turn, failure to overcome the concrete test means that either there is a failure to implement the compliance program or the design of a concrete aspect of the compliance program. Due to the general and continuous good functioning of the compliance program, these occasional failures of the compliance program indicate a minor organizational defect that should be taken into account in determining the sanction.

As for defenses, they concern motives that may lead to the exclusion of responsibility. It is the responsibility of the company in the criminal proceeding to prove that the risk analysis was correct and that it was not required to develop other prevention measures in relation to risks that were not relevant in the case of that particular company. A company is only required to implement a compliance program to prevent foreseeable risks (these are the relevant risks).

4. Compliance programs and corporate criminal liability: a cosmetic use of compliance programs?

Compliance programs rest on an assumption that internal compliance programs reduce the incidence of prohibited conduct within organizations. However, they present problems with regard to criminal law: they may serve as «window-dressing»[17] that provides reduced criminal corporate liability.

In fact, in order to provide the perception of economic and market legitimacy, there is a proliferation of costly but ineffective compliance programs that don't

17. See KIMBERLY D. KRAWIEC, «Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance», *Washington University Law Quaterly,* Vol. 81(2), 2003, p. 487s (p. 491); and PHILIP A. WELLNER, *Cardozo Law Review,* p. 499. Both Authors emphasize that «window-dressing compliance programs can «meet the letter of the law, but can be otherwise ineffective» (PHILIP A. WELLNER, *loc. cit.*).

deter corporate misconduct. They are a tool for administrators to increase their power in the company – a justification for the establishment of a security system – and help avoid corporate liability (risk shifting and scapegoating effect[18]). This explains the mistrust of the justice system over compliance programs that consider them to be a business-class invention.

In fact, in theory, we can speak of two major models of compliance programs.[19] The first – a value-oriented model – aims to create a climate of respect for legality and ethical values within the company through training. The central element of this model is the ethical code, which contains mandates and prohibitions formulated in the clearest and most precise way possible, and also includes control measures and disciplinary measures to sanction infractions. The second model of compliance programs focuses both on surveillance measures and on control measures, for example, access to e-mails, registration of telephone calls and access to the Internet, video surveillance, contracting of private detectives, etc. Now it may be the case of using risk profiling techniques, which aim to make a kind of "criminal profile" of certain employees. The determination of the employees' risk profile is qualitatively different from the analysis of the relevant (or foreseeable) risks of the company, whose evaluation should be the basis of the company's compliance programs. All these measures that we have described, linked either to control or to surveillance, make the company a kind of *panopticum* or *big brother*[20] and seriously affect fundamental rights, such as the right to privacy, the secrecy of communications or right to the protection of personal data. Empirical data suggests, however, that values-based compliance programs are more effective at deterring unethical conduct.[21]

Within this framework, some issues related to compliance programs are better understood. There is a risk that compliance programs may become instruments in the hands of administrators to justify the establishment of a security system within the company. In addition, the company may attempt to use the compliance program as a "safe conduit" that is sufficient to show to avoid liability. In this regard, we are talking about the so called *cosmetic use*[22] of compliance

18. See footnote 20.

19. See ADÁN NIETO MARTÍN, *Compliance y teoria del Derecho Penal,* cit., p. 33s. About the issue, see also PHILIP A. WELLNER, *Cardozo Law Review,* cit., p. 497s; the Author refers to «four potential orientations that a compliance program can have: 'compliance--based; 'values-based'; 'external stakeholder'; and 'top management protection'» (p. 513).

20. ADÁN NIETO MARTÍN, *Compliance y teoria del Derecho Penal,* cit., p. 33.

21. See PHILIP A. WELLNER, *Cardozo Law Review,* cit., p. 513s.

22. See KIMBERLY D. KRAWIEC, *Washington University Law Quaterly,* p. 487s (p. 510s); ADÁN NIETO MARTÍN, «Cosmetic Use and Lack of Precision in Compliance Programs:

programs. There is now the "risk shifting", the transfer of the responsibility top to down and the indication of an employee as the person responsible. This effect is called "scapegoating" – the employee is seen as a scapegoat – or "reverse whistle blowing".[23] The result is that only the individual person is responsible and not the corporation.

5. Conclusion

The key to overcome these problems and promote legitimacy of compliance programs is to prevent their disrepute. It is necessary to increase credibility of compliance programs through independent,[24] professional and participatory compliance bodies and link them to deliberative business ethics[25] and stakeholder's democracy[26]. In fact, it is necessary not only that the contents of ethical codes or company policies reflect an open process where stakeholders have participated but also that there are supervisory bodies independent of the company's governing bodies, which include independent members and representatives of stakeholders.

This type of compliance model obtains credibility before the judiciary, since it avoids that the programs of compliance are reduced by the direction of the companies to mere elements of façade, without effectiveness. In order to that, it is fundamental deepening the notions of good governance and social responsibility and moving from corporate governance to "deliberative" corporate governance.[27] Theoretically, it can be said that this model of compliance will seek its legitimacy references both to Habermas's theory of legitimacy[28] and to Ayres'

Any Solution?», EUCRIM. The European Criminal Law Associations'Forum, 3/2012, p. 124s (p. 125).

23. See JOACHIM VOGEL, *La Política Criminal en Europa,* cit., p. 140.
24. Independent third parties must be allowed to exercise some control in the corporations. See W.S. LAUFER, *Corporate Body and Guilty Minds: The Failure of Corporate Criminal Liability,* The University of Chicago Press, 2006, p. 108-110.
25. See R. BURG, «Deliberative Business Ethics», *Journal of Business Ethics,* 2009, Vol. 88, p. 665s.
26. See D. MATTEN/A. CRANE, «What is stakeholder democracy? Perspectives and iIssues», *Business Ethics: A European Review*, Vol. 14.1, 2005, p. 6s.
27. About a «true» New Governance compliance regime, see MIRIAM HECHLER BAER, «Governing Corporate Compliance», *Boston College Law Review,* Vol. 50, 2009, p. 949s (p. 1000s).
28. D. MATTEN/A. CRANE, *Business Ethics: A European Review*, cit., p. 7.

and Braithwaite's business ethics and his "trispartism" or "responsive regulation". This corporate self-regulation allows the intervention of different public interest groups, either at the time of elaborating the rules and systems of prevention or of the law enforcement, which avoids classic problems of the self-regulation, such as the possibility that the corporations get from the administration, through corruption or lobby, a more suitable regulation for its own interests (*capture theory*).[29]

This legitimacy of the compliance programs is the key for its effectiveness and credibility before the judiciary power. This way, they can go on being a tool in the prevention of crime within the corporations, or to put it in other words, in the prevention of economic crimes.

References

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation:* transcending the deregulation debate. New York/Oxford: Oxford University Press, 1992.

BAER, Miriam Hechler. Governing Corporate Compliance. *Boston College Law Review,* vol. 50, p. 949s (p. 1000s), 2009.

BAUMAN, Zigmunt. *Globalização*: as consequências humanas.Translation from Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BRAITHWAITE, John. *The regulatory capitalism. How it works, ideas for making it work better*, Oxford: Edward Elger Publishing, 2008.

BRAITHWAITE, John. The new regulatory state and the transformation of criminology. *British Journal of Criminology*, vol. 40, n. 2, p. 197s, 2000.

BURG, R. Deliberative Business Ethics. *Journal of Business Ethics,* Vol. 88, p. 665s, 2009.

KRAWIEC, Kimberly D. Cosmetic compliance and the failure of negotiated governance. *Washington University Law Quaterly,* Vol. 81 (2), p. 487s, 2003.

LASCURAIN, Juan Antonio. Los programas de cumplimiento como programas de prudencia penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal,* Ano 25, p. 95, 2015.

LAUFER, W. S. *Corporate body and guilty minds*: the failure of corporate criminal liability. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

MARTÍN, Adán Nieto. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*: un modelo legislativo, Madrid: Iustel, 2008.

MARTÍN, Adán Nieto. Cosmetic use and lack of precision in compliance programs: any solution? *Eucrim. The European Criminal Law Associations' Forum*, vol. 3, p. 124s, 2012.

29. IAN AYRES/ JOHN BRAITHWAITE, *Responsive Regulation,* cit., p. 55s.

MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del compliance y el Derecho Penal. *Compliance y teoria del Derecho Penal*. Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel, E. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Eds.). Marcial Pons, 2013.

MARTÍN, Adán Nieto. Responsabilidad social, gobierno corporativo e autorregulação: sus influencias en el derecho penal de la empresa. *Politica Criminal*, Nº 5, 2008, A3-5, p. 1 and 2 [htpp:/www.politicacriminal.cl/n_05/a_3_5.pdf], accessed in december of 2017.

MATTEN, D.; CRANE, A. What is stakeholder democracy? Perspectives and issues. *Business Ethics: A European Review*, Vol. 14.1, p. 6s, 2005.

MURPHY, Diana E. The federal sentencing guidelines for organizations: a decade of promoting compliance and ethics. *Iowa Law Review*, Vol. 87, N. 2, p. 697s, March 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal económico – é legítimo? É necessário? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal,* Ano 26, p. 33s, 2016.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Controlar e punir: o direito penal em mudança. *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade – FIDES*, Vol. 8, nº 2, 16ª edição, p. 159s, 2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal económico: uma política criminal na era da globalização. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Os desafios do direito (penal) do século XXI*. Lisboa: Legit Edições, 2018.

SIEBER, Ulrich. Programas de compliance no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle de criminalidade econômica. Translation from Eduardo Saad-Diniz. In: OLIVEIRA, William Terra; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Sintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). *Direito penal econômico*: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: Liber Ars, 2013.

VOGEL, Joachim. Responsabilidad penal de los empresários y las empresas. In: PIG, Santiago Mir (Dir.); GÓMEZ-MARTÍN, Víctor (Coord.). *La política criminal en Europa*. Atelier, 2004

WELLNER, Philip A. Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions. *Cardozo Law Review,* Vol. 27, Number 1, p. 497s, October 2005.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Brasil vs. golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance, de Eduardo Saad-Diniz – *RT* 988/25-53 (DTR\2018\7952); e
- Criminal compliance – prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial, de Rodrigo Sánchez Rios e Caio Antonietto – *RBCCrim* 114/341-375 (DTR\2015\9154).

Whistleblowing: o papel dos Registros de Imóveis na prevenção dos crimes de parcelamento irregular do solo urbano

Whistleblowing: the role of Real States Registry Offices on preventing illegal land parceling crimes

Fernanda Loures de Oliveira

Doutoranda em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília.
Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (2017.
Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2011).
Registradora de Imóveis do 8º Ofício de Registro de Imóveis do Distrito Federal.
floures.direito@gmail.com

Antonio Henrique Graciano Suxberger

Pós-Doutor em Direitos Humanos e Democracia pelo IGC – Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Universidade Pablo de Olavide, Espanha. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília. Professor titular do programa de mestrado e doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Promotor de Justiça no Distrito Federal.
Antonio.Suxberger@ceub.edu.br

Recebido em: 05.02.2018
Aprovado em: 07.04.2018
Última versão dos autores: 21.06.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo destina-se a apresentar os Registros de Imóveis como importantes aliados na prevenção dos delitos de parcelamento irregular urbano, sugerindo a inclusão de um dever de informação aos órgãos competentes para a apuração, como modo de incentivo ao *whistleblowing*. Utiliza como metodologia de trabalho a revisão bibliográfica, examinando-se os conceitos e categorias desenvolvidos por pesquisas anteriores, para demonstrar a conveniência da adoção da proposta apresentada. O estudo sustenta ser conveniente e desejável a criação do mencionado dever, sem qualquer necessidade de

Abstract: The purpose of this paper is to present the Real State Registry Office as an important ally towards the prevention of illegal parceling of the urban land. It suggests the enactment of a reporting duty to the competent authorities as an encouraging tool of the whistleblowing. Methodologically, based on a bibliographical review, the aim of this study is to demonstrate the need for endorsement of these measures. The article concludes that is significant to impose an affirmative duty to report, but there is not necessary a correspondent penalty. It considers that empirical researches attest that the simple existence

sanção correspondente, pois pesquisas empíricas demonstram que a simples existência da obrigação é fator relevante para determinar a decisão do pretenso delator de informar, já que, assim, sua atuação passa a ser socialmente valorada de modo positivo. A importância do trabalho reside em seu potencial para aumentar o estímulo às denúncias relacionadas a determinadas modalidades de parcelamento ilegal, contribuindo no aperfeiçoamento do sistema de prevenção da prática dessas infrações penais de graves consequências para a ordenação urbana.

Palavras-chave: *Whistleblowing* – Registro de Imóveis – Prevenção de delitos – Parcelamento irregular do solo – Dever de denunciar.

of the reporting duty is a relevant influential factor for increasing reporting rates, in as much as it interferes with the moral dimension of reporting. The study's relevance derives from its capability for increasing the impulse to report some kinds of land's illegal parceling, contributing to improve the prevention system of these crimes that cause severe consequences to the urban planning and environment.

Keywords: Whistleblowing – Real State Registry – Crime prevention – Illegal land parceling – Reporting duty.

Sumário: 1. Introdução. 2. Parcelamento regular e controle jurídico-urbanístico do solo urbano. 3. Infrações penais: as formas de burla à lei do parcelamento do solo urbano. 4. *Whistleblowing* e ordenação urbana. 5. Considerações finais. 6. Referências. Apêndice. Proposta de Ato Administrativo do CNJ.

1. Introdução

O presente artigo tem o propósito de discutir a necessidade de imposição de um dever de delação, sem qualquer penalidade correspondente, aos registradores de imóveis que identificarem tentativas de burla à Lei do Parcelamento do Solo Urbano; crimes que, muito embora não ensejem sanções penais elevadas, podem gerar graves (e potencialmente irreversíveis) danos à ordenação urbana.

Utiliza-se, como metodologia de pesquisa, a revisão bibliográfica, por meio do exame de obras especialmente relevantes à abordagem do tema. Parte-se, portanto, de conceitos e categorias já desenvolvidos por trabalhos anteriores, de modo a verificar a conveniência da adoção do mencionado dever.

O marco teórico do trabalho é a obra *Whistleblowing*: una aproximación desde el Derecho Penal, de Ramon Ragués I Vallès, que abarca estudo aprofundado acerca dos métodos de incentivo à delação.

Inicia-se o trabalho apresentando o procedimento regular de parcelamento do solo urbano, além dos problemas passíveis de serem gerados por sua inobservância. Pretende-se verificar, nesse ponto, como os modos de controle urbanístico do solo podem auxiliar na garantia de cidades sustentáveis.

Passa-se, em seguida, para o exame das hipóteses de burla à legislação citada, capituladas como infrações penais, e apresenta-se o Registro de Imóveis como autoridade em posição privilegiada para a identificação de certos delitos.

Por fim, verifica-se a conveniência da instituição de um dever de delação, como forma de valoração positiva da conduta do informante, imposto aos registradores de imóveis, sem qualquer sanção correlata. Ao final, apresenta-se uma proposta de ato administrativo a ser editado pelo Conselho Nacional de Justiça, regulamentando o referido dever.

O crime, como fenômeno complexo, atrai discussão a respeito dos meios de sua prevenção que, necessariamente, conduza à consideração de alternativas e meios que não digam respeito unicamente aos atores do sistema de justiça criminal.

No caso dos crimes de parcelamento irregular do solo urbano, que se projetam como estrita dimensão do fenômeno de administrativização do Direito Penal, é preciso ter em consideração todos os arranjos institucionais que exteriorizam a ação estatal regulatória da ocupação urbana. Interpreta-se esses arranjos como a exteriorização da ação estatal na materialização de uma política pública.

No caso da ocupação do solo urbano, os Registros de Imóveis assumem protagonismo no desenho estatal de regulação da ocupação ordenada do território.

A importância do estudo decorre da necessidade de prevenção dos crimes de divisão irregular de glebas, que tanto prejudicam o dia a dia das cidades brasileiras. O investimento em formas de prevenir a implantação de núcleos desordenados é mais importante do que o gasto em formas de repressão. Nesse contexto, o controle dos registros de imóveis pode representar contribuição de elevada monta à sociedade.

2. Parcelamento regular e controle jurídico-urbanístico do solo urbano

O parcelamento – gênero do qual são espécies o desmembramento e o loteamento – é forma de criação e estruturação de novos centros urbanos, supondo o concurso necessário dos seguintes elementos essenciais: a intenção de urbanização (criação de núcleos populacionais); a oferta ao público em geral; as alienações sucessivas; e a transferência em porções autônomas e especificamente caracterizadas, deduzidas de todo o imóvel ou parte dele (RDI 15/152).[1]

1. GALHARDO, João Baptista. *O registro do parcelamento do solo para fins urbanos*. Porto Alegre: IRIB: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 28-32.

De acordo com a Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979), o loteamento se caracteriza por constituir os três fatores estruturantes do espaço urbano[2]: o lote, a quadra e a via pública, na medida em que promove a abertura de novas vias ou o prolongamento, modificação ou ampliação dos logradouros existentes (art. 2º, § 1º). Por outro lado, os desmembramentos ensejam a criação apenas de lotes comercializáveis, aproveitando-se o sistema de circulação viária existente (art. 2º, § 2º), o que não lhe dispensa, porém, de executar as obras de infraestrutura necessárias ao aproveitamento racional da área.[3]

Em ambos os casos, no entanto, há a constituição de unidades edilícias, isto é, lotes urbanizados, dotados de infraestrutura, vocacionados à edificação para uso urbano (moradia, lazer ou trabalho), e predestinados à ocupação humana.[4]

O procedimento *regular* de parcelamento urbano é uma atividade complexa, composta por diversas fases: duas de natureza administrativa, uma civil-registral e uma de caráter urbanístico.

A primeira fase, administrativa, consiste na obtenção de diretrizes junto ao município ou Distrito Federal, que versarão sobre uso, traçado dos lotes, sistema viário, espaços livres, áreas destinadas para equipamentos urbanos e comunitários etc. (art. 6º).

Dentro do prazo estabelecido para a duração das diretrizes, o interessado deverá promover a segunda fase, também administrativa, referente à submissão, ao Poder Público, do projeto elaborado por equipe multidisciplinar composta de engenheiros, arquitetos, urbanistas, geólogos e topógrafos[5], contendo planta e memorial descritivo, com informações precisas sobre o empreendimento (arts. 9º e 10).

O ato de aprovação do parcelamento competirá ao mesmo órgão responsável pela fixação das diretrizes (art. 12) e envolverá, em alguns casos, órgãos estaduais de controle (arts. 13 a 15).

---

2. CASTILHO, José Roberto Fernandes. *Disciplina urbanística da propriedade*: o lote e seu destino. 4. ed. São Paulo: Editora Pillares, 2013. p. 60.
3. Trecho do voto do Ministro Franciulli Netto (STJ, REsp 263.603, 2ª T., recorrente: Vitório Pasqual Soldano e Outro, recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo, rel. Eliana Calmon, j. 12.11.2002, *DJe* 24.05.2004.
4. CASTILHO, José Roberto Fernandes. *Disciplina urbanística da propriedade*: o lote e seu destino. 4. ed. São Paulo: Editora Pillares, 2013. p. 51-52.
5. FREITAS, José Carlos de. Loteamentos clandestinos: uma proposta de prevenção e repressão. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 56.

Uma vez aprovado, abre-se o prazo de 180 dias para que o parcelador promova a terceira fase, de natureza registral, consistente na inscrição do projeto na serventia imobiliária responsável pela respectiva área, apresentando toda a documentação exigida no art. 18 da Lei de Parcelamento do Solo Urbano, destinada a garantir a higidez do empreendimento, em prol dos futuros adquirentes, bem como o devido respeito a todas as fases necessárias à adequada integração do novo núcleo à cidade.

Finalmente, a última fase, denominada de urbanística, corresponde à realização das obras de infraestrutura projetadas e ao repasse da parcela reservada ao patrimônio público.[6]

Pelo exposto, vê-se que o procedimento de parcelamento do solo é um dos principais instrumentos estruturadores do espaço urbano[7], motivo pelo qual é fortemente controlado pelo direito urbanístico.

Nessa linha, há constituição de um microssistema próprio de regulação, nos vários níveis de governo, incluindo, na seara federal, a Lei do Parcelamento do Solo Urbano, o Estatuto da Cidade e a Lei de Registros Públicos.

A primeira norma mencionada, Lei 6.766/79, possui normas de caráter urbanístico, sanitário, civil e penal regulamentadoras da ocupação e do desenvolvimento urbano.[8]

Já a Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, ao mesmo tempo, requer o controle efetivo de parcelamentos geradores de excessiva pressão à infraestrutura urbana (art. 2º, VI, "c"), reclama a simplificação da legislação de regência, em prol do aumento da oferta de lotes e unidades habitacionais (art. 2º, XV), e reclama o estímulo a padrões construtivos que reduzam os impactos ambientais e promovam a economia de recursos naturais (art. 2º, XVII).

Enfim, a Lei 6.015 de 31, de dezembro de 1973, rege a atividade da serventia imobiliária, na qual deve ser promovido o registro do parcelamento regular do solo, à vista da documentação legalmente exigida para sua correta inscrição.

---

6. CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Curso de Direito Urbanístico*. Salvador: JusPodivm; Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2015. p. 327.
7. MESQUITA, Adailson Pinheiro. *Parcelamento do solo urbano e suas diversas formas*. Curitiba: IESDE Brasil, 2012. p. 10.
8. CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Curso de Direito Urbanístico*. Salvador: JusPodivm; Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2015. p. 321.

No contexto local (municípios e Distrito Federal), há ainda normas sobre o uso e ocupação do solo; códigos de obras; códigos de posturas; leis de zoneamento, entre outras.

No entanto, ao mesmo tempo em que o procedimento de parcelamento é extremamente importante para o desenvolvimento das cidades, pois o Poder Público necessita do capital e investimento privados para a expansão do espaço urbano e o aumento da oferta imobiliária, pode também dar azo a variados problemas urbanos.

Deveras, a ocupação não planejada pode ensejar a insuficiência dos equipamentos públicos disponíveis, aumentar congestionamentos, comprometer o abastecimento de água da região, desestabilizando a localidade atingida.[9]

Do mesmo modo, a inobservância ao percentual máximo de ocupação do terreno implica a inexistência de espaços para infiltração das águas e realimentação do lençol freático, causando sérias inundações[10]; e a não abertura de ruas adequadas e em dimensões suficientes dificulta o acesso dos moradores, impedindo até mesmo o trânsito de meios públicos de transporte de massa, do serviço de coleta de lixo e de veículos oficiais, como ambulâncias e carros de polícia.

São também questões graves a falta de saneamento básico, com a possibilidade de contaminação ambiental e risco para a saúde dos moradores; a ocupação de áreas de risco, com a possibilidade de deslizamentos potencialmente fatais; a inexistência de reserva de espaços verdes, áreas de recreação e destinadas à implantação de serviços públicos básicos, como postos de saúde, creches e escolas; e a insuficiência do sistema de iluminação pública, com os riscos que ocasiona para a segurança pública.

Essa "infindável lista de desordem urbana agride as funções urbanísticas da cidade, que são garantias de qualidade de vida dos habitantes da urbe".[11]

Por isso, o interesse público envolvido no procedimento justifica a existência de variadas formas de controle jurídico-urbanístico, destinadas a impedir a burla à legislação e a promover a efetiva implementação de cidades estruturadas e organizadas, dotadas da indispensável infraestrutura.

---

9. DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 65.
10. CARVALHO, José Camapum; LELIS, Ana Cláudia. *Cartilha Infiltração*. Brasília, 2010. Disponível em: [www.geotecnia.unb.br/downloads/publicacoes/cartilhas/cartilha_infiltracao_2010.pdf]. Acesso em: 19.06.2017. p. 10.
11. CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Violência x cidade*: o papel do Direito Urbanístico na violência urbana. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2014. p. 298.

É premente a necessidade de reverter o contexto urbano nacional, que fecha os olhos para – ou, por vezes, incentiva – a prática da invasão[12], que requer futura regularização, com altíssimos custos para o erário público (mantido pelos contribuintes) e grandes lucros ao empreendedor privado, olvidando-se o princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização (art. 2º, IV, do Estatuto da Cidade).

Justamente na tentativa de afirmar o imperativo de desenvolvimento urbano sadio e sustentável, a legislação brasileira estabeleceu diversas formas de controle sobre a ocupação do solo, bem como fixou uma gama de competências comuns e concorrentes, entre os vários entes da Federação, de modo a assegurar o efetivo respeito à regulação urbana.

Assim é que compete à União planejar e executar planos de ordenação do território e instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, conforme o art. 21, incs. IX e XX, da Constituição Federal (CF); e cabe aos Estados, ao Distrito Federal e à União, em regime cooperativo, promover a melhoria nas condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, inciso IX, da CF).

Também é dever da União estabelecer normas gerais, e dos Estados e do Distrito Federal fixar normas suplementares sobre o direito urbanístico (art. 24, inc. I e §§ 1º e 2º, da CF); cumprindo aos Estados instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, com o fim de organizar, planejar e executar funções públicas de interesse comum (art. 24, § 3º, da CF).

Ademais, incumbe aos municípios e ao Distrito Federal – principais agentes de ordenação urbana, que efetivamente executam e concretizam os procedimentos urbanísticos[13] –, promover a adequada ordenação territorial, pelo planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação das cidades (art. 30, inciso VIII, da CF), e executar a política de desenvolvimento urbano, vocacionada ao desenvolvimento das funções sociais da cidade e à garantia do bem-estar de seus habitantes (art. 182 da CF).

A lei estabeleceu, ainda, como função institucional do Ministério Público a tutela coletiva da ordem urbanística (art. 1º, inc. VI, da Lei da Ação Civil Pública – Lei 7.347, de 24 de julho de 1985).

12. LIRA, Sandra Cristina Candeira de. "VICENTE PIRES": uma tradição e seus reflexos sobre o Judiciário. 2014. 185 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014. p. 18 e 67.

13. DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 11 e 41.

Nesse sentido, é dado ao *Parquet* instaurar inquérito civil para apurar fatos causadores de lesão aos interesses coletivos e difusos[14], incluindo a adoção de medidas para prevenir e reparar lesões à ordem urbanística; firmar compromissos de ajustamento de conduta, com eficácia de título executivo extrajudicial, destinados à cessação de atos atentatórios à ordenação urbana (art. 5º, § 6º); e, finalmente, ajuizar ação civil pública, em que requer ao Judiciário a imposição das medidas indispensáveis para prevenir ou cessar lesões à ordem urbana.

Por sua natureza independente, o Ministério Público muito pode contribuir para a minimização dos danos à ordem urbanística, e é por isso que a lei lhe confere todos esses instrumentos de atuação, além de inúmeras previsões de participação administrativa.

Assim ocorre em relação à sua prévia oitiva sobre as impugnações apresentadas contra o procedimento de parcelamento (art. 19, § 2º, da Lei 6.766/79) e a possibilidade de que o Ministério Público promova a notificação do particular responsável pelo parcelamento não registrado para que regularize sua situação (§ 2º do art. 38 da Lei 6.766/79).

Os promotores podem, ainda, requisitar a instauração de inquérito policial e promover medidas de persecução penal.

A ordem jurídica brasileira dispôs, além disso, sobre a possibilidade de reação dos adquirentes dos lotes, a quem a lei autoriza a suspensão do pagamento das prestações, enquanto não registrado ou regularmente executado o loteamento ou desmembramento (art. 38, *caput*, da Lei 6.766 de 1979). Trata-se de medida particularmente eficaz para determinar a célere solução dos problemas.[15]

E previu, inclusive, a função urbanística do registro de imóveis, que tem, ao menos nos casos em que se procura dar aparência de conformidade para parcelamentos ilegais, o dever de obstar tais procedimentos.

Com efeito, a qualificação registral, isto é, a análise de aptidão jurídica do título para ingresso no fólio real (matrícula do imóvel, dotada de publicidade) é um bom momento para o monitoramento da observância aos regulamentos urbanísticos, tornando o Registro de Imóveis um instrumento crucial para garantir o respeito à legalidade urbana.[16]

---

14. BERÉ, Cláudia Maria. O papel do Ministério Público no parcelamento do solo urbano. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coords.). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 126.
15. BERÉ, Cláudia Maria. O papel do Ministério Público no parcelamento do solo urbano. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coords.). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 130.
16. FUERTES, Mercedes. *Urbanismo y publicidad registral*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 157-158.

O controle efetuado pelos ofícios imobiliários é indireto e executado a partir da exigência de que o particular interessado observe todas as fases indispensáveis para a legalidade urbanística do seu projeto, que deverá ser, previamente à inscrição, submetido à análise e à aprovação do órgão administrativo responsável por seu exame de adequação aos imperativos de ordenação urbana.[17]

3. Infrações penais: as formas de burla à lei do parcelamento do solo urbano

Observou-se que, ao mesmo tempo em que são importantes para a expansão das cidades, os loteamentos e desmembramentos podem ensejar diversos riscos à ordem urbana, quando não adequadamente planejados e executados, o que justifica a existência de variadas formas de controle urbanístico dos empreendimentos.

Passa-se, então, ao exame das diversas formas de burla à Lei do Parcelamento do Solo Urbano, as quais são capituladas como infrações penais, de modo a encontrar mecanismos de prevenção, sempre que haja tentativa de conceder a parcelamentos ilegais a aparência de regularidade.

De fato, o art. 37 da Lei 6.766/79 proíbe a alienação ou promessa de alienação de parcela de loteamento ou desmembramento não registrado, o que configura, nos termos do Capítulo IX do mesmo Diploma legal, infração penal.

Nessa toada, segundo o artigo 50 da Lei federal analisada, constituem crimes contra a Administração Pública dar início a parcelamento não autorizado ou em desacordo com as regras federais e locais sobre parcelamento do solo urbano (inciso I), ou, de qualquer forma, efetuar parcelamento em desconformidade com a licença recebida (inciso II).

Igualmente, é crime fazer ou veicular afirmação falsa sobre a legalidade do parcelamento ou ocultar fraudulentamente fato a ele relativo (inciso III). O crime será, porém, qualificado quando ocorrer a prática de quaisquer atos que manifestem a intenção de vender lote em parcelamento não registrado (parágrafo único, inc. I) ou quando inexistir legítimo título de propriedade do imóvel parcelado ou houver omissão fraudulenta de fato a ele relativo, se não constituir crime mais grave (parágrafo único, inc. II).

Pode-se ver que, de modo geral, a configuração base do delito exige a realização de *alterações físicas* efetivas, com exceção do inciso III, referente aos atos de

17. AMADEI, Vicente de Abreu. O Aspecto Instrumental do Registro Imobiliário. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas Essenciais*: Direito Registral. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 899.

comércio com afirmação falsa ou por ocultação fraudulenta de aspectos relacionados à legalidade do empreendimento, os quais dizem respeito ao parcelamento *jurídico* do solo.[18]

O parcelamento irregular, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é crime instantâneo de efeitos permanentes, sendo marco inicial do prazo de prescrição a data da deflagração do parcelamento (consumação).[19]

No entanto, interpretando o artigo 50, inciso I, da Lei 6.766/79, a mesma Corte "firmou o entendimento de que se o loteamento é regularizado antes do oferecimento da denúncia, não se vislumbra a existência de dolo do agente, motivo pelo qual não há que se falar em crime".[20]

Embora as penas não sejam altas, incidindo a sanção de reclusão de um a quatro anos e multa de cinco a cinquenta salários mínimos na forma simples; e de reclusão de um a cinco anos e multa de dez a cem salários mínimos na forma qualificada do delito; por certo, nenhum parcelador quer incidir na previsão criminal.

Tanto sob o ponto de vista penal, quanto sob o ponto de vista cível – que permite mecanismos para estancar o empreendimento e, inclusive, legitima os adquirentes a suspender os pagamentos –, realizar um parcelamento evidentemente ilegal não é interessante. Por isso os empreendedores desenvolveram vários subterfúgios destinados a dar aparência de regularidade aos parcelamentos ilegais, procurando obter aval dos Registros de Imóveis.

Ora, as serventias imobiliárias possuem fé pública e atribuem presunção de segurança e autenticidade a todos os atos que passam por seu crivo (art. 1º da Lei 6.015 de 1973), o que desperta a crença de regularidade em todos os atos que acedem ao fólio real, com grande visibilidade social. Dessarte, os Registros de Imóveis não devem macular seu prestígio tornando-se *outdoors* de fantasias e fraudes[21], mas devem controlar e impedir tais práticas.

18. BUENO, Paulo Amador Thomaz Alves da Cunha. *Crimes na lei do parcelamento do solo urbano*: Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 69, 85-86, 90 e 120-121.

19. STJ, Agravo Interno no Recurso Especial 1.580.947, 6ª T., rel. Sebastião Reis Júnior, j. 18.08.2016, *DJe* 05.09.2016.

20. STJ, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 33.909, 5ª T., rel. Jorge Mussi, j. 15.10.2013. *DJe* 23.10.2013.

21. SANTOS, Flauzilino Araújo dos. Princípio da Legalidade e Registro de Imóveis. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas Essenciais*: Direito Registral. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. v. 2. p. 313.

Essas mesmas constatações são aptas a demonstrar outro dado de grande interesse e relevância para os fins deste trabalho: *o fato de que os registradores estão em posição privilegiada para a identificação de fraudes e para auxiliar na prevenção e na investigação desses delitos*.

A fim de comprovar o exposto e indicar os modos pelos quais o oficial registrador pode atuar de modo preventivo, passa-se a apresentar algumas formas de burla à Lei do Parcelamento do Solo Urbano.

Na prática, um modo comum de tentativa de burla é a constituição de *associações e cooperativas habitacionais* destinadas a captar poupança popular em prestações mensais.

Assim, os cooperados promoveriam a aquisição ou reserva de lotes em áreas inexistentes, possibilitando à cooperativa obter capital necessário para a compra do terreno. Pode ocorrer, entretanto, que a compra da gleba não seja bem-sucedida, diante da inadimplência de parte dos associados, com grave lesão aos adimplentes. Nessa lógica, explica José Carlos de Freitas, expondo as dificuldades envolvidas nesses tipos de artifícios:

> Tem sido frequente a utilização de associações e cooperativas habitacionais para a implantação de loteamentos. Muitas são constituídas fraudulentamente, escondendo uma prática empresarial de alta rentabilidade. Mesmo quando bem-intencionadas, olvidam-se dos requisitos básicos, gerando parcelamentos clandestinos.
>
> Comumente, agrupam-se interessados na compra de lotes, arrecadando valores mensais desses "associados" ou "cooperados", a título de cotas, cujo montante será empregado na compra de uma gleba. Também pagam prestações para a contratação dos serviços de topografia, elaboração de planta do futuro loteamento, terraplenagem, abertura de ruas, demarcação de quadras e lotes, enfim, para a execução do parcelamento do solo.
>
> O grupo fundador da associação ou cooperativa busca sua legitimação perante os adquirentes de lotes mediante a formalização de um estatuto e a realização de assembleias que deliberam sobre a sorte do empreendimento e dos associados em mora.
>
> [...] Os compradores são orientados a construir no local, gerando uma ocupação desordenada. Por vezes, os componentes dos quadros diretivos dessas cooperativas e associações desaparecem com o dinheiro arrecadado, levando consigo o sonho dos supostos cooperados e associados.[22]

22. FREITAS, José Carlos de. Loteamentos clandestinos: uma proposta de prevenção e repressão. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 58-59.

Visualizando cláusulas abusivas ou indícios de fraude em contratos como esse, é perfeitamente possível ao Registro de Imóveis encaminhar os dados coletados ao Ministério Público. Evitar-se-ia, desse modo, não apenas os riscos ao "associado ou cooperado", como os graves problemas urbanísticos oriundos da ocupação desordenada e da construção sem planejamento ou garantias quanto à segurança ou solidez.

Também é uma arriscada forma de burla à legislação a denominada *desapropriação amigável em parceria*, procedimento pelo qual o próprio Poder Público – por barganha política junto aos estelionatários políticos no poder[23] –, desapropria faixas paralelas e perpendiculares, para a abertura de logradouros públicos (desnecessários), entregando ao proprietário "pequenas áreas líquidas"[24]: as quadras.

Assim, o proprietário poderá promover divisões para venda de lotes, de modo menos dispendioso, com aproveitamento da malha viária realizada, supostamente em nome do interesse público e com dispêndio de alta quantia dos contribuintes. Por meio desse expediente, políticos inescrupulosos dão azo a parcelamentos rápidos e supreendentemente baratos ao proprietário, que auferirá elevados lucros com a transação. Nesses casos, pode o oficial registrador comunicar o fato ao Ministério Público, sobretudo, quando o ato é maquiado mediante desapropriações amigáveis por preços meramente simbólicos.[25]

A propósito, o mesmo efeito da desapropriação em parceria também pode ser obtido por meio de *doações de ruas, espaços livres e áreas destinadas a equipamentos urbanos*, as quais não podem, salvo quando efetuadas para alteração de alinhamento de vias previamente existentes, eximir o doador de submeter-se aos ditames da Lei de Parcelamento do Solo Urbano.[26]

Em qualquer dos casos até aqui apresentados, o oficial registrador, por sua função, tem conhecimento de típicas situações de fraude bem antes de qualquer outra autoridade, podendo prestar relevante colaboração por meio do encaminhamento do caso, com as provas de que dispor, às autoridades competentes para investigação e repressão dessas práticas.

23. Loc. cit.

24. GALHARDO, João Baptista. *O registro do parcelamento do solo para fins urbanos*. Porto Alegre: IRIB: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 20-21.

25. FREITAS, José Carlos de. Loteamentos clandestinos: uma proposta de prevenção e repressão. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 66.

26. GALHARDO, João Baptista. *O registro do parcelamento do solo para fins urbanos*. Porto Alegre: IRIB: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 20.

Igualmente comum é a burla mediante *desdobros sucessivos*, instrumento pelo qual o proprietário divide gradativamente a área, modificando o seu perfil de uso.

Efetivamente, o desdobro ou desdobramento é o mecanismo próprio para os casos em que não haja intenção de criar aglomerado populacional ou efetuar venda mediante oferta pública, mas simples divisão física do lote, por exemplo, na hipótese de ser necessária a divisão entre os diversos herdeiros, ou a desagregação para que o trecho desdobrado passe a ser parte de um imóvel vizinho.

Embora o desdobro seja hipótese específica e excepcional de divisão, não são raros os casos em que o proprietário procura fazer sucessivas divisões, sob a desculpa do "desdobro", resultando, na prática, em burla ao parcelamento regular do solo urbano.[27]

Os grandes problemas desses desdobros desordenados são, novamente, a questão da falta de planejamento e de implantação da infraestrutura básica, cujo custo acaba recaindo sobre as políticas públicas de urbanização.

É fato que os perfis de parcelamentos destinados às classes média e alta, dotados de lotes maiores, e o daqueles destinados a habitações populares, compostos por pequenos lotes destinados a construções modestas, são bem distintos: nesse último caso, os moradores dependem essencialmente das áreas públicas para o seu lazer, bem como de recursos urbanos, como o transporte público, para a manutenção de uma vida digna. Isso torna mais sensível o problema, demandando grandes gastos públicos.

No entanto, a exemplo dos casos anteriores, os desdobros sucessivos são uma prática passível de ser identificada e obstada pelos oficiais registradores, por meio da qualificação negativa dos títulos seguintes, bem como de remessa de informações ao órgão responsável pelo exercício do poder de polícia e aos promotores de justiça, para apuração.

Outro modo de fuga ao cumprimento dos deveres urbanísticos no âmbito do parcelamento é o uso dos loteamentos "judiciais", os quais são formados por meio de invasões incentivadas pelo próprio proprietário, havendo posterior acordo entre as partes no curso da ação de reintegração de posse, com promessa dos invasores de pagar o montante correspondente ao preço do terreno.[28]

Nesse sentido, o acordo que, *prima facie*, parece justo e apaziguador, traz consigo severo ônus ao Poder Público, que deverá arcar com o saneamento, a

27. GALHARDO, João Baptista. Op. cit., p. 24-26.

28. SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. Loteamento, loteamento fechado e loteamento irregular. *RDI*, n. 20, mar.-abr. 2014. p. 32.

estruturação do transporte público e a implantação de equipamentos urbanos mínimos para o novo parcelamento.

Também o oficial registrador poderá encaminhar cópias dos documentos correspondentes para apuração do Ministério Público, à medida que ingressem na serventia os títulos decorrentes dos acordos judiciais.

Na mesma toada, consiste em claro subterfúgio à normativa urbanística a constituição de "condomínios gerais" – caracterizados pela propriedade em comum de dois ou mais titulares sobre um mesmo bem – cujas frações ideais sejam descritas de forma localizada, *pro diviso*, de modo que a figura jurídica do condomínio geral esconda uma real divisão da gleba, pois, de fato, cada um já possui sua área, com limites e confrontações definidos.[29]

Por certo, a descrição minuciosa da fração ideal demonstra a existência do parcelamento clandestino, cabendo ao registrador coibir a prática, por meio da negativa de registro, bem como encaminhar o caso, para averiguação, às autoridades competentes.

Vários dispositivos locais, editados pelas Corregedorias de Justiça, fixam indícios tidos por suspeita razoável da implementação de parcelamentos ilegais: por exemplo, o Provimento 2, de 19 de abril de 2010 do Distrito Federal, conforme art. 3º, entende ser indício de parcelamento irregular a tentativa de mais de duas vendas em comum ou a exclusão de glebas com áreas próximas da fração mínima de parcelamento.[30]

Igualmente, as normas do extrajudicial paulista, nos termos de seu item 171, preveem o dever de negativa de ingresso às vendas de frações ideais localizadas.[31]

Outra forma bastante comum de tentativa de burla é a *alienação de cotas de clube de campo*, nas quais o "título" de sócio é acompanhado de uma parte localizada de terreno, constituída de lote em quadra numerada, além da possibilidade de acesso às áreas comuns do "clube".[32]

---

29. GALHARDO, João Baptista. *O registro do parcelamento do solo para fins urbanos*. Porto Alegre: IRIB: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 21-22.

30. DISTRITO FEDERAL. Corregedoria Geral de Justiça. *Provimento* 2, de 19 de abril de 2010. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília – DF, 20.04.2010. Edição 71. p. 129-134.

31. SÃO PAULO. Corregedoria Geral de Justiça. Normas de serviço. Cartórios extrajudiciais. *Provimento* 58, de 28 de novembro de 1989. t. II. Capítulo XX. Disponível em: [www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/NormasExtrajudiciais/NSCGJTomoII.pdf]. Acesso em: 20.07.2017.

32. SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. Loteamento, loteamento fechado e loteamento irregular. *RDI*, n. 20, mar.-abr. 2014. p. 30.

Nesse caso, ingressando o contrato de compra do imóvel pelo "clube" e tendo acesso às respectivas cláusulas do estatuto desse, o registrador poderá comunicar ao Ministério Público, para que promova as medidas cabíveis.

O procedimento citado, de constituição de clube para esconder real divisão fundiária, resulta em múltiplos prejuízos: ao promover uso urbano (lazer) em gleba afetada ao uso rural (atividades agrícola, pecuária e extrativista), é possível a criação de um adensamento (já que o uso urbano demanda menor área por usuário), sem qualquer compromisso com o planejamento; se a área tiver trecho de interesse ecológico, pode restar configurado crime ambiental; há também violação às normas que proíbem a divisão da gleba rural em porção inferior ao módulo ou fração mínima de parcelamento.[33]

Finalmente, também é possível ao registrador identificar desvios à Lei de Parcelamento do Solo Urbano, auxiliando na repressão dessa prática, por meio da comunicação aos órgãos competentes, na hipótese de inexecução da infraestrutura necessária à adequação urbanística do loteamento devidamente inscrito.

Assim, finalizado o prazo do cronograma de obras, deve o oficial comunicar à promotoria a não apresentação do Termo de Verificação de Obras (TVO), expedido pelo órgão administrativo competente, para adoção das providências cabíveis.[34]

4. *Whistleblowing* e ordenação urbana

Afirmou-se que o Registro de Imóveis encontra-se em posição privilegiada para a identificação de fraudes relacionadas à fuga às normas urbanísticas de parcelamento do solo.

Salientou-se, também, que a presunção de legalidade que possui o Registro de Imóveis não aconselha o ingresso, no fólio real, de tais subterfúgios, devendo a serventia não apenas negar o registro, como ainda encaminhar o caso às autoridades competentes.

Cumpre, porém, delimitar melhor tal dever de informação.

Com efeito, *whistleblower* é um conceito da língua inglesa que se assemelha a "denunciante" ou "informante" de um ato ilício. Normalmente, a legislação utiliza-se de instrumentos de incentivo a denúncias, como promessas de

33. FREITAS, José Carlos de. Loteamentos clandestinos: uma proposta de prevenção e repressão. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 62.

34. FREITAS, José Carlos de. Loteamentos clandestinos: uma proposta de prevenção e repressão. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 60.

recompensa, oferecimento de proteção contra possíveis represálias, bem como imposição de um dever de delatar. De ordinário, a imposição desse dever recai sobre sujeitos que ostentem especial proximidade com os possíveis delitos ou práticas antiéticas e sejam dotados de conhecimentos técnicos especializados para detectá-los.[35]

Há uma série de atributos éticos a serem observados por aquele que deseja figurar no exercício da função de *whistleblower*.[36] Além disso, a decisão pela assunção dessa função é construída a partir de um complexo de emoções e de opções racionais de reforço a princípios éticos e legais. De qualquer forma, trata-se de uma decisão individual, ainda que composta por distintos e variados fatores. Em verdade, o fomento a essas práticas deriva de uma mudança cultural, com matizes distintos a depender da realidade e contexto a que se refere o instituto.[37]

O *whistleblowing* é caracterizado por um ato dissidente de acusação ou imputação pública em desfavor de uma organização em relação a qual se é desleal. A definição é marcada por essa dissidência em favor da observância de preceitos legais e éticos de atuação.[38] Por isso, o rigor na afirmação de que a atuação do *whistleblower* deve ser marcada pela autonomia de vontade nessa dissidência.

Para Ramon Ragués I Vallès, é razoável prever o dever de delação nos casos de delitos cuja persecução apresente-se mais complicada, imposto a pessoas mais próximas do âmbito de atividade em que normalmente são produzidas tais infrações ou em havendo indício de seu cometimento, excluídas as profissões nas quais a expectativa de não ter tal dever é básica para o adequado exercício de direitos fundamentais, como ocorre na advocacia.[39]

Quanto ao dever genérico, necessário ser limitado a casos muito graves, cujo esclarecimento suscite notável interesse social. Nas demais hipóteses, ao revés, deve haver apenas uma faculdade, e não um dever de denunciar, até mesmo porque uma política criminal que dá ênfase excessiva em estimular delações pode propiciar relações sociais em que impere a vigilância recíproca, certo que, ao longo da história, os regimes que mais se esforçaram por converter seus

35. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing*: una aproximación desde el Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 19, 42-52, 54 e 59.

36. JOHNSON, Roberta Ann. *Whistleblowing*: When it Works and Why. Colorado: Lynne Rienner Publishers, Inc, 2003. p. 47-48.

37. JOHNSON, Roberta Ann. Op. cit., p. 49.

38. JUBB, PB. Whistleblowing: A Restrictive Definition and Interpretation. *Journal of Business Ethics*, v. 21, n, 1, p. 77-94, ago. 1999.

39. JUBB, PB. Op. cit., p. 37 e 53-54.

cidadãos em informantes não se destacaram, precisamente, por seu respeito às liberdades cidadãs.[40]

Tais considerações indicam o necessário cuidado que se deve ter no manejo dos deveres de denunciar.

Entretanto, entende-se que a adoção de um dever específico, imposto aos registradores de imóveis, *sem qualquer sanção consequente*, é uma prática justificável, como se demonstra nas linhas seguintes.

De fato, em pesquisa empírica realizada por pesquisadores norte-americanos, restou evidenciada a importância da existência de um dever legal de delatar. Por meio da aplicação de oito diferentes questionários em oito subgrupos, cada qual contendo um específico mecanismo legal de incentivo à delação, e estando todos os 2.081 participantes submetidos aos mesmos cenários, os pesquisadores questionaram a disposição pessoal para a denúncia e a avaliação do efeito do mecanismo legal na decisão de denunciar.[41]

Entre outras questões, apresentaram-se como possíveis consequências: o recebimento de uma recompensa de alto valor; a percepção de recompensa de baixo valor; a existência de dever legal de delatar acompanhado de alta recompensa; a existência de dever de delatar acompanhado de baixa recompensa; a promessa de proteção contra possíveis retaliações, no período de um ano; a existência do dever legal de delação aliada à proteção contra retaliações; a existência do dever somada a uma recompensa razoável; e a existência pura e simples do dever normativo de informar.[42]

Na experiência, foi constatado que a existência de um dever legal aliado a uma alta recompensa é a situação em que é criada a maior disposição à denúncia. De todo modo, na percepção das pessoas, a imposição de um dever é o mecanismo mais determinante para sua decisão de delatar.[43]

---

40. Loc. cit.

41. FELDMAN, Yuval; LOBEL, Orly. The Incentives Matrix: The Comparative Effectiveness of Rewards, Liabilities, Duties, and Protections for Reporting Illegality. *Texas Law Review*, v. 88, n. 6, May 2010. Disponível em: [exashistory.unt.edu/ark:/67531/metapth638568/m1/13/?q=%22mod-tim%22]. Acesso em: 24.07.2017. p. 1.187-1.189 e p. 1.199.

42. Idem.

43. FELDMAN, Yuval; LOBEL, Orly. The Incentives Matrix: The Comparative Effectiveness of Rewards, Liabilities, Duties, and Protections for Reporting Illegality. *Texas Law Review*, v. 88, n. 6, May 2010. Disponível em: [exashistory.unt.edu/ark:/67531/metapth638568/m1/13/?q=%22mod-tim%22]. Acesso em: 24.07.2017. p. 1.187-1.189 e p. 1.199.

Embora aspectos socioculturais possam influenciar nesses cenários, uma conclusão que se pode extrair do estudo é que é importante a existência de um dever legal de delatar, pouco importando a gravidade ou mesmo a inexistência de sanção para o caso de descumprimento. A existência do referido dever eleva o reconhecimento social da conduta dos *whistleblowers*, o que pode ter efeito claramente incentivador das denúncias.[44]

Por isso, deve-se concentrar a preocupação mais em incentivar à delação, por meio da criação do dever legal, do que propriamente em censurar o não reportante.

Tal se justifica porque a imposição de sanções não apresenta eficácia em termos de disposição pessoal à prestação da informação, e porque, desse modo, pode-se estimular a colaboração sem ter que assumir os custos de perseguir ou sancionar aqueles que não cumpram a obrigação de colaborar, até mesmo para evitar o excessivo recrudescimento legislativo, que necessitaria aumentar muito as penas para a primeira infração, para justificar qualquer pena à infração daquele que, simplesmente, não colabora com a apuração da ilegalidade primitiva.[45]

No caso dos Registros de Imóveis, entende-se haver especial proximidade em relação às possíveis hipóteses de burla à legislação de parcelamento do solo anteriormente citadas, bem como conhecimentos técnicos para detectá-las – nada obstante o fato de que, em alguns casos, essa análise é bastante complicada, como na hipótese dos loteamentos "judiciais", em que há clara ingerência do aspecto volitivo das partes no processo, o que tornaria o próprio julgador um agente mais próximo e mais apto ao exame do delito.

A atribuição do papel de *whistleblower* ao Registro de Imóveis ainda guarda a utilidade de se cuidar de uma atuação nominada por *Aplebaum* e outros como *interna*. O *whistleblowing* interno é marcado por sua maior efetividade e se refere a um arranjo institucional de controle construtivo, ao passo que o *whistleblowing* externo mostra-se menos desejável, com consequências mais custosas ao próprio sistema de controle.[46]

Nesse sentido, a criação de um dever legal de prestação de informação, sem a imposição de qualquer sanção decorrente da omissão, parece ser medida

44. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing*: una aproximación desde el Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 74.

45. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Op. cit., p. 51.

46. APPELBAUM, Steven; GREWAL, Kirandeep; MOUSSEAU, Hugues. Whistleblowing: International Implications and Critical Case Incidents. In: *The Journal of American Academy of Business*, Cambridge, v. 10, n. 1, set. 2006. p. 12-13.

recomendável, até mesmo para fundamentar a atuação do registrador zeloso que, vendo possíveis casos de burla, deseje realizar essa colaboração, dando-lhe respaldo normativo, bem como criando, para o órgão receptor, correlato *dever de apuração*.

De fato, poder-se-ia fundamentar a existência do mencionado dever com base na legislação penal em vigor. Nessa toada, o art. 116 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, estabelece ser dever dos servidores públicos levar ao conhecimento das autoridades superiores as irregularidades das quais tenha ciência em decorrência do cargo (inciso VI); bem como representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder (inciso XII).

Ao menos, em tese, seria viável argumentar a aplicabilidade de tais previsões aos registradores de imóveis, com fulcro no art. 24 da Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994, e no art. 327 do Código Penal (CP), que acabam por equiparar os delegatários de serviços extrajudiciais a servidores públicos para fins penais (caracterização de crimes contra a Administração Pública).

Por outro lado, conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, os notários e os registradores são particulares em colaboração com o Estado e não servidores públicos[47], motivo pelo qual a eles não se aplicam as disposições da Lei 8.112/90.

Outrossim, é preciso deixar claro que a equiparação dos arts. 24 da Lei dos Notários e Registradores e 327 do CP se refere a crimes contra a Administração Pública praticados pelo serventuário extrajudicial, e não à aplicação, em face deles, de deveres e responsabilidades ínsitos a servidores públicos e dispostos em seu estatuto próprio.

Por tais razões, de modo a tornar mais clara a existência do dever no caso específico e para afastar qualquer tipo de dúvida sobre a extensão da equiparação citada, entende-se que a regulamentação do dever de prestar a informação, por ato normativo apartado (a exemplo do que se propõe no anexo), demonstra-se necessária.

Ora, um ajuste bem feito de controle social não apenas antecipa o direito penal, como pode torná-lo desnecessário. Talvez o caminho mais interessante para a reversão do quadro de irregularidade fundiária no Brasil seja determinar um maior controle preventivo, de modo que os órgãos administrativos utilizem efetivamente seu poder de polícia.

47. STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 23.587, 1ª T., rel. Francisco Falcão, relator para Acórdão: Luiz Fux, j. 07.10.2008, *DJe* 03.11.2008.

Nesse ínterim, a participação do Ministério Público pode representar alternativa interessante, cabendo à promotoria avaliar os resultados administrativos da denúncia do oficial de registro, até mesmo pela responsabilização do servidor (municipal ou distrital) incumbido da apuração, que não tenha executado os atos necessários e suficientes a obstar o empreendimento, antes que esse se torne consolidado.

Talvez essa seja mais uma das (inúmeras) contribuições para as quais a serventia imobiliária está apta e preparada, podendo contribuir em favor da adequada ordenação urbana. Demonstra-se, assim, que muito mais que ofício destinado à tutela dominial, o Registro de Imóveis se converte em órgão indispensável ao cumprimento das funções sociais da cidade e ao exercício de direitos fundamentais.

5. Considerações finais

Como visto ao longo do trabalho, o parcelamento do solo urbano pode ser feito sob a forma de loteamento, quando há abertura ou prolongamento de vias públicas; ou desmembramento, quando se aproveita o sistema viário existente.

Afirmou-se que o procedimento de divisão de glebas envolve a fase administrativa das diretrizes do Poder Público; a fase administrativa de apresentação do projeto para aprovação; a fase registral de inscrição do projeto, acompanhado de todos os documentos exigidos pelo art. 18 da Lei do Parcelamento do Solo Urbano; e a fase urbanística de implantação da infraestrutura.

Ressaltou-se que, por sua característica de procedimento estruturador de novos bairros ou núcleos urbanos, o parcelamento do solo é fortemente regulado pela legislação urbanística. Em verdade, essa atividade pode causar impactos potencialmente irreversíveis, caso levada a efeito sem o necessário planejamento e a correta execução. Daí porque há a necessidade de variadas formas de controle jurídico-urbanístico.

Entre as hipóteses de controle urbanístico legalmente previstas, analisou-se o papel do Registro de Imóveis como fiador da legalidade dos parcelamentos inscritos em seu fólio real. Nesse sentido, dispôs-se que as serventias imobiliárias exercem um controle indireto, por exigir que o interessado apresente, junto ao projeto, a aprovação da autoridade urbanística.

Passou-se, então, a examinar os casos de tentativa de burla à Lei de Parcelamento. Trata-se de casos de infração penal, em que se procura conferir aparência de legalidade à divisão fundiária irregular.

Notou-se que a Lei capitula como ilício criminal o parcelamento físico ou jurídico da gleba que não siga os ditames da Lei 6.766/79.

O crime é instantâneo de efeitos permanentes, e embora não esteja sujeito a penas elevadas, tanto sob o ponto de vista cível, quanto sob o criminal, ao parcelador não é interessante realizar empreendimentos evidentemente ilegais, motivo pelo qual procura subterfúgios que garantam aparência de legalidade ao projeto, procurando induzir a erro os oficiais registradores.

Iniciou-se, portanto, a apresentação das várias formas de burla à Lei do Parcelamento do Solo Urbano, relativamente às quais o Registro de Imóveis encontra-se em posição privilegiada para identificação, prevenção e auxílio na investigação de delitos.

Entre as infrações relacionadas, estão: a constituição de associações e cooperativas habitacionais fraudulentas; a desapropriação amigável em parceria; a doação de ruas e espaços para a implantação de equipamentos urbanos; os desdobros sucessivos; os loteamentos "judiciais"; os "condomínios gerais" *pro diviso*; e a alienação de cotas de "clube de campo".

Alegou-se, também, que o registrador pode contribuir mediante comunicação ao Ministério Público, quando o empreendedor não apresente o Termo de Verificação de Obras, expedido pelo órgão urbanístico, dentro do prazo do cronograma de implantação da infraestrutura.

A fim de melhor delimitar o dever de informação, destacou-se que o *whistleblowing* é conduta normalmente incentivada pelo Poder Público, por diversas técnicas, entre as quais a instituição de um dever de delatar. Ordinariamente, esse dever é atribuído a sujeitos próximos à prática do delito e que possuem conhecimentos especializados para sua detecção.

Concluiu-se ser justificável a criação de um dever de denunciar os delitos de parcelamento irregular, imposto aos registradores de imóveis.

Ressaltou-se, porém, que tal dever não deve ter qualquer sanção atrelada, pois pesquisa empírica demonstra que a mera imposição do dever é suficiente para elevar o reconhecimento social da conduta dos *whistleblowers*, o que pode ter efeito claramente incentivador das denúncias e, ao mesmo tempo, a não previsão de penas não demanda o excessivo recrudescimento legislativo, que, do contrário, precisaria aumentar muito a pena do crime primitivo para possibilitar a sanção de quem, não cometendo prática ilícita, simplesmente não colabora com a apuração da ilegalidade alheia.

Apresentou-se essa alternativa como interessante para dar respaldo normativo ao registrador zeloso que deseje delatar; bem como para criar, junto ao órgão receptor, correlato dever de apuração.

Salientou-se a importância da participação do Ministério Público, a quem é dado responsabilizar o servidor (municipal ou distrital) que não exercite sua competência preventiva, após comunicado pelo registrador.

Por fim, destacou-se ser essa mais uma das variadas contribuições que o Registro de Imóveis está preparado a desempenhar em prol da sociedade.

6. Referências

APPELBAUM, Steven; GREWAL, Kirandeep; MOUSSEAU, Hugues. Whistleblowing: International Implications and Critical Case Incidents. In: *The Journal of American Academy of Business*, Cambridge, v. 10, n. 1, set. 2006, [s.p.].

AMADEI, Vicente de Abreu. O Aspecto Instrumental do Registro Imobiliário. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas Essenciais*: Direito Registral. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. v. 2.

BERÉ, Cláudia Maria. O papel do Ministério Público no parcelamento do solo urbano. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coords.). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BUENO, Paulo Amador Thomaz Alves da Cunha. *Crimes na lei do parcelamento do solo urbano*: Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979. São Paulo: Lex Editora, 2006.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Curso de Direito Urbanístico*. Salvador: JusPodivm; Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2015.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Violência x cidade*: o papel do Direito Urbanístico na violência urbana. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2014.

CARVALHO, José Camapum; LELIS, Ana Cláudia. *Cartilha Infiltração*. Brasília, 2010. Disponível em: [www.geotecnia.unb.br/downloads/publicacoes/cartilhas/cartilha_ infiltracao_2010.pdf]. Acesso em: 19.06.2017.

CASTILHO, José Roberto Fernandes. *Disciplina urbanística da propriedade*: o lote e seu destino. 4. ed. São Paulo: Editora Pillares, 2013.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri: Manole, 2004.

FELDMAN, Yuval; LOBEL, Orly. The Incentives Matrix: The Comparative Effectiveness of Rewards, Liabilities, Duties, and Protections for Reporting Illegality. *Texas Law Review*, v. 88, n. 6, p. 1.151-1.211, May 2010. Disponível em: [texashistory.unt.edu/ark:/67531/metapth638568/m1/13/?q=%22modtim%22]. Acesso em: 24.07.2017.

FREITAS, José Carlos de. Loteamentos clandestinos: uma proposta de prevenção e repressão. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 52-69, ago.-set. 2005.

FUERTES, Mercedes. *Urbanismo y publicidad registral*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.

GALHARDO, João Baptista. *O registro do parcelamento do solo para fins urbanos*. Porto Alegre: IRIB: Sergio Antonio Fabris, 2004.

JOHNSON, Roberta Ann. *Whistleblowing*: when it works and why. Colorado: Lynne Rienner Publishers, Inc, 2003.

JUBB, PB. Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation. *Journal of Business Ethics,* v. 21, n. 1, p. 77-94, ago. 1999.

LIRA, Sandra Cristina Candeira de. Vicente Pires: uma tradição e seus reflexos sobre o Judiciário. 2014. 185 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014.

MESQUITA, Adailson Pinheiro. *Parcelamento do solo urbano e suas diversas formas*. Curitiba: IESDE Brasil, 2012.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing*: una aproximación desde el Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SANTOS, Flauzilino Araújo dos. Princípio da legalidade e registro de imóveis. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Org.). *Doutrinas Essenciais*: Direito Registral. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. v. 2.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. Loteamento, loteamento fechado e loteamento irregular. *RDI*, n. 20, p. 9-33, mar.-abr. 2014.

Apêndice

Proposta de Ato Administrativo do CNJ

RECOMENDAÇÃO N. , DE DE 2018

> Dispõe sobre o dever dos oficiais de registo de imóveis, no âmbito de sua função urbanística, de comunicar à Administração Pública e ao Ministério Público sobre a existência de indícios de descumprimento da Lei de Parcelamento do Solo Urbano.

O Corregedor Nacional de Justiça, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, tendo em vista a relevância do tema e o disposto no art. 8º, X, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça;

Considerando que a grilagem e a ocupação desordenada do solo urbano são graves problemas que atingem as cidades brasileiras;

Considerando que os oficiais de registro de imóveis estão em posição privilegiada para a identificação de determinadas fraudes contra a ocupação do solo;

Considerando a função urbanística do registro de imóveis e a necessidade de sua atuação integrada em relação ao poder de polícia administrativo e ao controle do Ministério Público;

Resolve:

Art. 1º Recomendar aos oficiais de registro de imóveis que, ao identificar hipóteses de burla à Lei do Parcelamento do Solo Urbano, comuniquem imediatamente ao órgão competente da Administração Pública local, responsável pelo exercício do poder de polícia urbanística, e ao Ministério Público competente para a tutela da ordem urbanística.

Parágrafo único. O dever de comunicação deve ser realizado nos casos em que, por seu prudente critério e baseado em elementos objetivos, restar caracterizado que se trata de empreendimento destinado a burlar a legislação de parcelamento do solo urbano.

Art. 2º A não identificação, pelo oficial registrador, das hipóteses de burla à Lei de Parcelamento do Solo Urbano não resultará na imposição de quaisquer sanções em razão do descumprimento do dever imposto no artigo anterior.

Art. 3º A presente Recomendação entrará em vigor na data de sua publicação

Brasília, de de 2018.

MINISTRO (NOME)

Corregedor Nacional de Justiça

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- *Whistleblowing* no brasil: uma análise das soluções de lege ferenda para internalização da delação externa no ordenamento jurídico brasileiro, de Luciano Alberto Ferreira, Marcos Pereira da Silva e Verçulina Firmino dos Santos – *RBCCrim* 147/433-458 (DTR\2018\19328); e
- *Whistleblowing* no direito penal brasileiro: análise dos projetos de lei em tramitação no congresso nacional, de Andre Ricardo Godoy – *RBCCrim* 134/269-289 (DTR\2017\2549).

Adequação social como derrotabilidade no direito penal

Social adequacy as defeasibility in penal law

Gustavo Britta Scandelari

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

Recebido em: 02.02.2018
Aprovado em: 07.04.2018
Última versão do autor: 07.06.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O texto busca resgatar a essência do critério welzeliano da adequação social, que tem sofrido críticas diante de sua vagueza. Para isso, trabalha-se com a teoria filosófica da derrotabilidade, que ainda carece de estudos específicos sobre seus benefícios aos estudos de direito penal. Analisando os aspectos elementares de ambos os institutos com o apoio de alguns exemplos concretos, identificam-se características que lhes são comuns, como o respeito ao atual estado dos limites da tolerabilidade social diante de determinadas condutas típicas. Independentemente de permanecerem em vigor, as normas penais podem ser derrotadas pela adequação social das condutas que incriminam.

Palavras-chave: Adequação social – Derrotabilidade – Interpretação – Direito Penal.

Abstract: The text aims to renew the essence of the Welzel´s criterion of adequacy, which has suffered criticism because of its vagueness. For that, the philosophical theory of defeasibility is useful, in spite of the lack of specific studies about its benefits to general studies in criminal law. Analyzing the basic aspects of both the institutes with the support of some concrete examples, it identifies characteristics that are common to them, as the respect to the current state of the limits of social tolerability in front of certain conducts. Regardless of whether the law stays in force, criminal standards can be defeated by social adequacy of such conducts.

Keywords: Social adequacy – Defeasibility – Interpretation – Penal Law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conhecendo a essência da adequação social com amparo no exemplo do tipo legal da casa de prostituição (CP, art. 229). 2.1. As origens. 2.2. As críticas.

2.3. O exemplo prático. 2.4. A essência da adequação social e o respeito à realidade. 3. Derrotabilidade: lineamentos. 3.1. As origens e a lógica não monotônica. 3.2. Classes de derrotabilidade. 3.3. Derrotabilidade e interpretação do sentido da norma. 4. Adequação social como derrotabilidade. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. Introdução

A teoria da derrotabilidade busca explicar, de maneira lógica[1], o funcionamento do raciocínio humano em sua tarefa de descrição e apreensão discursiva dos mundos sensíveis e suprassensíveis em geral, verificando como e por quais razões determinada norma, embora aplicável em um caso concreto, deixa, excepcionalmente, de sê-lo. Embora tenha sido mais comumente estudada dentro do campo de pesquisas da filosofia do direito, não parece que seja útil apenas para tal área do conhecimento humano.

Como mecanismo de entendimento da regulação de condutas humanas – regidas que são por normas sociais e individuais – a derrotabilidade guarda um enorme potencial ainda inexplorado de rendimento prático em diversos outros cenários jurídicos. Pretende-se, aqui, indicar mais um desses espaços em que seu uso pode se desenvolver: o direito penal.

Não é algo inédito; há autores que já notaram tal conveniência acadêmica, como se verá na continuidade deste texto – abordando os direitos humanos, o princípio da insignificância, a intervenção mínima e algumas outras características fundamentais do direito penal. Todavia, as pesquisas nesse sentido ainda são escassas.

Adequação social, em suma, é o nome que se deu a uma fórmula quase centenária de Hans Welzel, segundo a qual uma atividade humana poderia constituir crime em todos os seus aspectos formais e legais, mas, ainda assim, dispensaria punição por se encontrar dentro de uma esfera de tolerância social – e a consumação desse fenômeno prescinde de previsão legal. A aceitação de dita fórmula nunca foi pacífica na literatura especializada, muito em razão de seus contornos básicos – dizem os críticos – serem, em tese, nebulosos.

Em que pese a resistência científica, a maioria dos autores que trata da adequação social reconhece seu mérito como mecanismo com um bom poder de

1. A tendência ao uso da lógica para a explicação do funcionamento das normas como reguladoras da conduta humana não é nova. Com Werner Heisenberg (*Física e Filosofia*, edição brasileira de 1981; original é de 1958) já se notava a (inevitável) aproximação entre o conhecimento (que se pretende) exato e o social (e humano).

limitação do aparato penal. Apesar das dúvidas sobre sua natureza, a literatura tem reforçado seu pioneirismo garantista na ciência penal. Essa aceitação é o que motiva o presente resgate, mas agora com o apoio da inovadora teoria da derrotabilidade.

Pretende-se, aqui, verificar se a clássica teoria penal da adequação social pode, de alguma forma, se beneficiar dos resultados divulgados pela derrotabilidade para, quiçá, poder ser revigorada, novamente pensada e aplicada para o direito penal contemporâneo. Para tanto, serão feitos, nesta ordem: comentários sobre as feições básicas da adequação social, com o auxílio de uma experiência prática; lineamentos acerca da derrotabilidade, sem a pretensão de aprofundamento; tentativas argumentativas de se demonstrar a compatibilidade entre ambas as formulações teóricas, com vistas a oferecer suporte e contornos mais seguros – dessa feita interdisciplinares – a esse antigo método de interpretação limitador do direito penal que é a adequação social.

2. Conhecendo a essência da adequação social com amparo no exemplo do tipo legal da casa de prostituição (CP, art. 229)

2.1. As origens

Hans Welzel é o artífice da ideia, teoria, critério ou princípio da adequação social no direito penal – desenvolvida a partir da década de 1930. Em que pese pesquisadores ainda discutam a sua natureza (mormente se é princípio ou não), é dispensável tratar desse assunto específico aqui. Basta que se possa veicular uma noção básica sobre seu significado primordial de acordo com Welzel e alguns de seus intérpretes. Para tanto, toma-se como referência, como logo adiante se verá, o tipo do art. 229, CP (manter casa de prostituição), haja vista o debate que o circunda, há anos, por conta de sua propalada carência de rejeição social e perda tácita de vigor normativo.

Em Welzel, a adequação social de uma conduta decorre de sua teoria do significado social da ação[2], mas também se relaciona intimamente com a sua teoria do tipo e seu método para melhor interpretá-lo em vista de casos reais. Explica que, na função dos tipos de representar um modelo de conduta proibida fica claro que todas as condutas selecionadas por eles possuem uma carga, de intensidade variável, de inadequação social. "Nos tipos está patente a natureza social e ao

2. Como ele indica em seus comentários sobre a fundamentação da "ação social" (WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 15-35.

mesmo tempo histórica do Direito Penal: indicam as formas de conduta que se distanciam profundamente das ordens históricas da vida social".[3]

Essa compreensão impacta na interpretação dos tipos, demandando que se procure verificar não apenas a relação formal de subsunção, mas também, e sempre, se a descrição legal é ou não a de uma conduta que está verdadeiramente fora "do marco da ordem social, histórica, normal, da vida", para que se possa considerá-la uma "ação típica de lesão".[4] Além do clássico exemplo do sobrinho que convence o tio, de quem é herdeiro, a utilizar com frequência um meio de transporte desejando que morra em um acidente (o que vem a ocorrer), Welzel cita outros exemplos de ações que, embora pareçam formalmente típicas, se corretamente interpretadas, não são materialmente típicas por impossibilidade de imputação do resultado (o que ocorre no exemplo do sobrinho herdeiro[5]) ou por carência de ofensa suficiente ao bem jurídico tutelado: lesões corporais insignificantes; privações de liberdade irrelevantes; entrega habitual de presentes de mínimo valor, em datas festivas, para servidores públicos; condutas meramente indecorosas ou impertinentes etc.

Como explica o jurista, as condutas socialmente adequadas são aquelas que, independentemente de previsão típica (mas inclusive quando típicas), podem ocorrer dentro dos marcos da liberdade de ação conferida pela sociedade.[6] São as condutas aceitas e as toleradas pela sociedade[7], sendo que "é a postura da sociedade diante do caso concreto" que definirá "a aceitação (postura consensual) ou tolerância (postura indiferente)" em relação ao fato concreto.[8]

Por isso, restam excluídas dos tipos penais (isto é, do ponto de vista material) as ações socialmente adequadas, mesmo quando correspondam perfeitamente (formalmente) à descrição típica. As ações socialmente adequadas são materialmente atípicas.[9] A adequação social de uma conduta a insere no âmbito das

3. WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman* – parte general. 4. ed. Trad. da 11. ed. alemã por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 66.
4. WELZEL, Hans. Op. cit., p. 66.
5. A literatura também utiliza (com apoio em Welzel) o critério da adequação social para discutir a criação de um risco e a sua realização no âmbito da imputação objetiva.
6. WELZEL, Hans. Op. cit., p. 67.
7. RODRIGUES, Eliane de Andrade. *O princípio da adequação social no direito penal*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 47.
8. RODRIGUES, Eliane de Andrade. Op. cit., p. 48.
9. BRODT, Luís Augusto Sanzo. Welzel e o direito penal de hoje. *Ciências Penais*, v. 16/2012, jan.-jun. 2012. p. 9.

formas de conduta normais de liberdade social de ação[10] e corresponde, também, a uma regra geral de interpretação de correspondência típica e do direito penal como um todo. Essa é a última versão da noção de adequação social de Welzel.

Em linhas gerais, Prado e Carvalho lembram que

> [...] a adequação social surgiu como um instituto que buscava afastar do âmbito da intervenção jurídico-penal determinadas hipóteses não desvaloradas do ponto de vista social, nas quais as lesões aos bens jurídicos ocorriam dentro do funcionamento normal da vida em sociedade.[11]

Uma de suas utilidades seria funcionar como um "critério externo de interpretação"[12], reconhecendo a ausência de resultado socialmente danoso de determinadas condutas. Ou, ainda, ela age como um [...] "filtro normativo – a saber, como um critério hermenêutico extrassistemático – que exclui do âmbito do desvalor do resultado determinadas condutas valoradas, do ponto de vista social, como adequadas."[13]

De acordo com Vico Mañas, trata-se de uma ferramenta de hermenêutica que permite excluir "da esfera de incidência do tipo penal as condutas que, embora formalmente típicas, não são mais objeto de reprovação social".[14] A importância dessa regra decorre da inevitabilidade de que as descrições típicas – embora na grande maioria dos casos representam crimes perfeitos – venham a abarcar também condutas com desvalor social irrelevante, ou seja, condutas toleradas socialmente e, portanto, lícitas.[15] E condutas lícitas não podem ser, ao mesmo tempo, ilícitas (como o são, geralmente, as condutas típicas – afinal, lembrando Mayer, a tipicidade é a *ratio cognoscendi* da ilicitude).

É uma via de escape para situações de engessamento legislativo, quando as soluções positivadas se tornam, pela passagem do tempo e com a mudança de pautas morais, incompatíveis com os instrumentos exegéticos disponíveis e com a realidade econômico-social em dada comunidade. "É o caso hoje no Brasil

10. BRODT, Luís Augusto Sanzo. Op. cit., p. 68.
11. PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Adequação social e risco permitido*: aspectos conceituais e delimitativos. *Revista dos Tribunais*, v. 844, fev., 2006. p. 1.
12. PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. Op. cit., p. 3.
13. PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. Op. cit., p. 4.
14. VICO MAÑAS, Carlos. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 31.
15. VICO MAÑAS, Carlos. Op. cit., p. 32.

da exploração de motéis, que, em tese, configuraria o delito previsto no art. 229 do Código Penal".[16]

2.2. As críticas

Ocorre que tal construção teórica, na obra de Welzel, passou por diversas mutações.[17] Primeiramente, era o "significado social" de uma conduta humana, a qual somente poderia ser considerada crime se fosse inadequada socialmente. Para isso, concorriam o grau de ofensa ao bem jurídico e a aceitação ou rejeição social da conduta. A adequação social era uma questão de tipo, já que a ação em questão era uma ação típica.

Após, Welzel passou a situá-la no âmbito da antijuridicidade, assumindo a função de "justificação consuetudinária". O próprio Welzel admitiu essas alterações em sua teoria da adequação social. Ao longo do tempo, foi apontando a "insuficiente distinção entre a adequação social e as causas de justificação"[18], o que havia "desde as suas origens". Por fim, o autor devolveu a adequação social aos limites do tipo, mas agora como um "princípio geral de interpretação"[19], que não tem relação com a vigência das leis, mas com o seu entendimento e sua (in) adaptação à realidade.

Em virtude de tais inseguranças provocadas pelas mudanças de opinião de seu próprio criador, a teoria da adequação social perdeu campo de aplicação e passou a sofrer críticas[20]. Roxin considera tal teoria supérflua, porque

16. Idem.

17. Roxin relata que, por conta de mudanças de concepção do próprio Welzel, a teoria da adequação social sofreu alterações: foi de causa de justificação de Direito consuetudinário a critério de interpretação restritiva do tipo, e, hoje, a literatura a classifica como causa de exclusão do tipo, de justificação, de exculpação ou como princípio interpretativo geral, enquanto que alguns simplesmente a rejeitam (ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*: fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 293).

18. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 67.

19. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Casa de prostituição: a adequação social e a moral pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 110, set.-out. 2014. p. 9.

20. "As principais críticas são: imprecisão, incerteza, amplitude, relatividade, insegurança jurídica, impossibilidade de revogação de lei pelos costumes, supralegalidade, violação da separação dos poderes e ausência de critérios limitadores" (RODRIGUES, Eliane de Andrade. *O princípio da adequação social*. Op. cit., p. 52).

> [...] reconhecer que a conduta socialmente adequada é atípica não tem substancialmente alcance maior do que a perspectiva de que o tipo deve ser entendido como tipo de injusto; unicamente supõe uma remissão ao desvalor social,

que é seu fundamento material de reprovação[21].

Busato classifica a adequação social como "uma espécie de filtro categorial, um *topoi* axiológico" que Welzel inseriu em sua teoria do delito para oferecer alguma limitação ao aspecto formal do tipo. Mas vê em tal filtro algo etéreo, que migrava dentro do injusto "entre a tipicidade e a antijuridicidade, sem encontrar lugar de pouso".[22] Após, reconhece ser "bem verdade que a vagueza da concepção welzeliana de *adequação social* em muito contribuiu para essa situação de instabilidade".[23]

Todavia, o autor reconhece o mérito e a importância histórica da criação de Welzel:

> Welzel, dentro da construção finalista, ao propor a adição de um recorte da imputação com sua fórmula da adequação social, foi quem, pela primeira vez, trouxe, ainda que de modo impreciso, pois que pairando sem lugar específico na estrutura de teoria do delito, um perfil material à imputação relacionando a estrutura punitiva ao objeto afligido pela conduta delitiva. [...] O raciocínio de Welzel era de que se o tipo é um tipo de injusto, ou seja, se indica descritivamente a prática de um injusto penal, não pode, obviamente, descrever uma ação que seja considerada socialmente adequada.[24]

Roxin, embora afirmando que há critérios de interpretação mais precisos do que a adequação social, reconhece que ela "certamente persegue o objetivo, em si mesmo correto, de eliminar do tipo condutas não correspondentes ao tipo (classe) de injusto".[25] Nessa altura, considerando-se o mesmo objetivo identificado por Roxin e como se trata de um debate com grande potencial de resultados práticos, convém a análise do desempenho da adequação social junto a um tipo penal específico, com o apoio de comentários acadêmicos em relação a um acórdão do STF.

21. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 295.
22. BUSATO, Paulo César. *Direito penal* – parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 291.
23. BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 293.
24. BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 330.
25. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 297.

2.3. O exemplo prático

A questão é a seguinte: o art. 229, CP (manter casa de prostituição), que tem sido muito pouco aplicado pelos tribunais nos últimos anos na sociedade brasileira, deve ser revogado por descrever conduta que se tornou adequada socialmente? A discussão é mais profunda do que essa indagação dá a entender. Porém, para o objetivo do presente texto, ela cumpre seu papel satisfatoriamente.

Greco, em comentários a um acórdão do STF (HC 104.467) que concluiu que a adequação social seria inaplicável nesse debate, porque não tem o condão de revogar tipos penais (tratando especificamente do art. 229, CP – manter casa de prostituição) e que, por isso, esse tipo deveria continuar em vigor, concorda. Aduz que, diferentemente do que alguns autores afirmam, a adequação social não seria um princípio, mas uma simples referência ao legislador.[26] Propõe, como solução, a preservação do tipo penal no ordenamento com a interpretação teleológica, caso a caso, do seu elemento "exploração sexual", para que se puna unicamente as condutas que violem a autodeterminação sexual de outrem.[27] As outras condutas que poderiam se amoldar ao tipo, mas que não implicam tal violação, não demandariam punição.

Martinelli, discorrendo sobre o mesmo acórdão do STF, discorda. Isso porque, segundo explica, embora a adequação social não tenha realmente por objetivo revogar leis, não é suficiente afastar seu propósito nesse debate. A adequação social pode servir como critério de interpretação de normas penais em casos concretos, sem necessariamente expurgá-los do ordenamento.[28] Prossegue o autor:

> Atribui-se a Hans Welzel a construção da adequação social como critério de interpretação do tipo penal. [...] No Direito Penal, a interpretação possui importância fundamental para verificar a tipicidade material, uma vez que a tipicidade formal não é suficiente para confirmar o injusto penal. Diferente é a revogação, que consiste na perda da vigência de uma norma. Quer dizer, a revogação possui efeito *erga omnes*, pois é característica da norma jurídico-penal sua generalidade. A interpretação da norma penal é, sobretudo, o exercício de determinar sua força e seu alcance, conforme os dados atuais de um problema,

26. GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 299 do CP) e Direito Penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 92, set.-out. 2011. p. 7.

27. GRECO, Luís. Op. cit., p. 12-13.

28. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Casa de prostituição: a adequação social e a moral pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 110, set.-out. 2014. p. 8.

> pois a intenção do jurista é conhecer a norma – enquanto diretivo para o comportamento – tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos.[29]

Entende, com isso, que

> [...] desprezar a adequação social simplesmente porque 'apenas uma norma pode revogar outra norma' é não compreender o conteúdo dogmático do risco juridicamente proibido no âmbito da imputação objetiva. Aplicar a adequação ao caso concreto – casa de prostituição – é verificar se o agente praticou comportamento que está além do socialmente aceitável e, com isso, foi além do risco permitido.[30]

Conclui que a adequação social não pode ser desprezada em direito penal na análise da aceitação ou não de tipos penais, pois ela cumpre papel de "delimitar o poder punitivo do Estado e ampliar a liberdade de comportamento pela não configuração da tipicidade material"[31] e, então, "seria socialmente aceitável – e, por isso, dentro do juridicamente permitido – a manutenção da casa de prostituição em que não houvesse exploração, mas apenas livre exercício da atividade sexual".[32] Nota-se que, a rigor, tanto Greco quanto Martinelli alcançam conclusões muito parecidas, embora por caminhos distintos. Não parece que a adequação social seja um obstáculo, efetivamente.

Em outras palavras, e de forma mais objetiva: "por vezes, busca-se enfraquecer o princípio da adequação social sob o argumento de que o costume não tem força para revogar a lei penal, argumento que não deve ser acatado". Isso em razão de que, desde Welzel, estava claro que a adequação social não busca a revogação de leis, mas a "interpretação dos tipos penais, auxiliando o legislador a reavaliar uma série de tipos penais ultrapassados, e o próprio magistrado, no momento de não enquadrar no rigor da lei penal certas condutas que gozam de aceitação pacífica pela sociedade".[33]

Para Rodrigues, comentando o art. 229, CP, "difícil é visualizar como uma conduta amplamente aceita pela sociedade é, nos dias atuais, legalmente criminosa".[34] Continua:

---

29. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., p. 9.
30. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., p. 10.
31. Idem.
32. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Op. cit., p. 11.
33. FAVORETTO, Affonso Celso. *Princípios constitucionais penais*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 183.
34. RODRIGUES, Eliane de Andrade. *O princípio da adequação social no direito penal*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 86.

> Ademais, não há como ignorar que as casas de prostituições, anunciadas com diversos nomes, são amplamente divulgadas em notas de jornais e, ainda, que é autorizado por meio de alvarás das prefeituras seu funcionamento, sem que haja qualquer reação social negativa. Ao contrário, elas são altamente frequentadas.[35]

Explicitamente tratando da adequação social como princípio de direito penal, Bitencourt dá ênfase ao aspecto da tipicidade material ínsito na construção welzeliana. Concorda que "o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao *socialmente permitido* ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica".[36] Embora reconheça que "Welzel vacilou sobre seus efeitos", percebe que ele acabou aceitando a adequação social "somente como *princípio geral de interpretação*, entendimento até hoje seguido por vários penalistas".[37]

O fato é que o aparato público de investigação faz vista grossa à existência de estabelecimentos em que se pratica sexo com fins patrimoniais. Suas localizações frequentemente não são ignoradas, mas a atuação repressiva o é. Simplesmente não se fiscaliza, não se repreende. E não é como se os proprietários desses estabelecimentos levassem vida de fugitivos do sistema. O que se dá é efetivamente – ao menos na maioria dos casos – uma ausência de rejeição, tanto pela sociedade, quanto pelas próprias autoridades constituídas. Trata-se de uma conduta vista com inegável indulgência pelo povo e pelo poder público.

O argumento segundo o qual a conduta ainda seria rejeitada pela sociedade porque ninguém se gaba de ser dono de um prostíbulo não procede. O art. 229, CP, não deve permanecer em vigor apenas por isso. Tanto é assim que o adultério deixou de ser crime há poucos anos[38] (em 2005), mas, da mesma forma, os adúlteros não costumam divulgar sua infidelidade aos amigos, familiares ou ao público, tampouco a sociedade atual vê nisso algum mérito. Claro que ainda se consideram as traições conjugais em geral algo errado[39], indicativo de falha de

35. RODRIGUES, Eliane de Andrade. Op. cit., p. 87.

36. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* – parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. I. p. 59-60. Itálicos originais.

37. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 60.

38. "No entanto, mesmo antes de sua revogação, a sociedade não mais considerava criminosa a conduta de adultério, que é tolerada e até aceita pela sociedade" (RODRIGUES, Eliane de Andrade. *O princípio da adequação social no direito penal*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 51).

39. Não se trata de simples avaliação do certo ou errado, moral ou imoral. O "princípio da adequação social não se refere apenas às condutas aceitas ou corretas, e sim também

caráter. Mas nem tudo que é errado necessita ser crime[40], pois o direito não resume ao direito penal, assim como a imoralidade nem sempre é assunto do estado.

Também não vinga o argumento de que o crime de manter casa de prostituição proíbe a violação da dignidade sexual ou a sua exploração abusiva. Ocorre que tais condutas já são criminalizadas em vários tipos penais (CP, arts. 213 a 228) e, no que tange ao proveito econômico, há o crime de rufianismo (CP, art. 230). Além de divulgar pauta social defasada de reprovabilidade, há outros tipos penais que dão conta de proibir condutas que poderiam ser efetivamente rejeitadas pela sociedade.

No parecer da Comissão de Constituição e Justiça ao PL 117/2003 (que se converteu na Lei 11.106/05, a qual revogou o crime de adultério), constou que o adultério traz implicações somente ao direito privado (danos morais podem ser pleiteados no âmbito cível, p. ex.) e que seria "hipocrisia" manter tal conduta criminalizada.[41] Não é determinante a (in)adequação social para a (des)criminalização. Mas certamente também não é irrelevante.

2.4. A essência da adequação social e o respeito à realidade

O que está em jogo é o grau de rejeição social, a intensidade de intolerância que a sociedade atribui a um dado fato. É precisamente nesse ponto em que a adequação social, em sua essência, ainda pode representar um critério válido de definição pela aplicação ou não de determinada norma e, até mesmo, como uma das referências (nunca a única) para atualização do ordenamento positivo.

No fundo, essa é uma questão de legitimidade da atuação do Estado ao incriminar, por lei, condutas. É claro que não se espera chegue o dia em que todos (ou a grande maioria) deixarão de considerar crime o homicídio, o roubo, o estupro etc. Não é aí, já advertia (com evidente razão) Welzel, que a adequação social cobra sua importância, mas nos âmbitos mais dinâmicos da moralidade coletiva, tais como aqueles relacionados à exploração econômica do sexo, dos

---

àquelas toleradas, não sendo necessário que a postura social seja de aprovação da conduta, sendo suficiente a postura indiferente da sociedade diante da mesma" (RODRIGUES, Eliane de Andrade. Op. cit., p. 88).

40. "Importante ressaltar ainda que o princípio da adequação social abrange também aquelas condutas toleradas pela sociedade, que não quer dizer que sejam socialmente corretas, mas que se encontram dentro da liberdade da vida social" (Idem).

41. Parecer apresentado em 24.02.2005. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=275541&filename=PSS+1+CCJC+%-3D%3E+PL+117/2003]. Acesso em: 25.01.2018.

jogos de azar, da comercialização de determinados produtos e à regulação dos relacionamentos afetivos.

Como explica Brodt,

> o respeito à realidade, parece-nos, deve ser o primeiro compromisso de um Direito Penal que se pretenda minimamente garantista. A liberdade do legislador restringe-se à seleção dos dados da realidade de acordo com as suas necessidades. Não tem, contudo, a prerrogativa de afrontá-los.

"Para não cair na perversidade", continua, o direito penal "deve iludir a tendência a inventar o que no mundo não existe".[42]

Hoje, a adequação social é defendida por vários juristas como um critério ou princípio de interpretação.[43] Quanto às críticas, embora procedentes, não parecem fortes o suficiente para se dispensar por completo tal regra "que, afinal, nada mais faz do que reproduzir no campo jurídico os valores vigentes na sociedade, tornando mais atual e compatível com a realidade o direito penal a ser aplicado ao caso concreto".[44] Apesar de não ser aceita de modo pacífico, "é impossível deixar de reconhecer sua importância na interpretação da subsunção de um fato concreto a um tipo penal".[45] Afinal, se a missão do direito penal é o controle social do intolerável[46], então, aquilo que se torna tolerável não mais merece tutela penal.

3. Derrotabilidade: lineamentos

3.1. As origens e a lógica não monotônica

Consoante os estudos de Serbena, trata-se de tema já muito conhecido dos ingleses, espanhóis e alemães, porém ainda subvalorizado em nosso país. Aborda métodos de motivação teórica e prática de decisões judiciais que discutem princípios fundamentais. A derrotabilidade, enquanto fenômeno apto a indicar a possibilidade de afastamento de princípios ou regras gerais em direito em

42. BRODT, Luís Augusto Sanzo. Welzel e o direito penal de hoje. *Ciências Penais*, v. 16/2012, jan.-jun. 2012. p. 7.

43. Esse estado da literatura é assim noticiado por BUSATO, Paulo César. *Direito penal* – parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 352. Consoante se percebe da obra de Welzel, já mencionada, ele mesmo já tratava da adequação social como critério de interpretação.

44. VICO MAÑAS, Carlos. Op. cit., p. 34.

45. BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. *Direito penal, parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 125.

46. BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 15-17.

determinados casos concretos, remonta desde Aristóteles, passando por Tomás de Aquino e chegando aos dias de hoje mais próxima da lógica.[47]

O autor explica que, como uma teoria lógica, surgiu inicialmente dentro do conhecimento da computação, nos Estados Unidos, na década de 1980. A pretensão dos pesquisadores era a formulação de sistemas lógicos que lhes permitissem criar regras artificiais que se aproximassem o máximo possível do raciocínio humano. A inovação nessa pesquisa consistiu em operar com sistemas diferentes da lógica clássica e silogística, a qual é monotônica: sempre que se parte de determinadas premissas, alcança-se conclusões; adicionando-se novas premissas, novas conclusões podem ser atingidas, mas as antigas permanecem válidas.

A lógica aplicada nas pesquisas da derrotabilidade é não monotônica, ou seja, a adição de novas premissas permite que as conclusões antigas possam deixar de ser válidas, sendo derrotadas. É assim que, normalmente, os seres humanos raciocinam. Nos anos 90do século passado, percebeu-se que o raciocínio jurídico compreende, também, a inferência não monotônica de derrotabilidade.[48] Foi assim que a derrotabilidade passou a ter muito a contribuir com a tomada de decisões no âmbito jurídico, especialmente considerando-se os princípios abstratos.

3.2. Classes de derrotabilidade

Extrai-se da pesquisa de Serbena uma compilação de diversos tipos de classificação de derrotabilidade.[49] Segundo ele, Hage distingue cinco tipos de derrotabilidade: ontológica, conceitual, epistêmica, de justificação e lógica. A derrotabilidade ontológica está relacionada à mudança retroativa dos fatos (como o contrato que, embora em vigência, venha a ser declarado inválido não apenas doravante, mas também no período passado); a derrotabilidade conceitual está ligada à derrotabilidade dos próprios conceitos (a ideia de "contrato válido" depende da exposição das condições que denotariam sua invalidade); a derrotabilidade epistêmica é a derrotabilidade de crenças sobre os fatos e a constante

47. SERBENA, Cesar Antonio. Normas jurídicas, inferência e derrotabilidade. In: SERBENA, Cesar Antonio. *Teoria da derrotabilidade* – pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012. p. 5-6; 13-15.

48. SERBENA, Cesar Antonio. Normas jurídicas, inferência e derrotabilidade. In: SERBENA, Cesar Antonio. *Teoria da derrotabilidade* – pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012. p. 14-16.

49. SERBENA, Cesar Antonio. Normas jurídicas, inferência e derrotabilidade. In: SERBENA, Cesar Antonio. *Teoria da derrotabilidade* – pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012. p. 5-6; 16-24.

mutabilidade delas (a revisibilidade dessas crenças é questão psicológica e não diretamente lógica); a derrotabilidade de justificação está relacionada à epistêmica e explica a aceitação de algumas crenças contrárias a crenças anteriores, em caráter excepcional (se João matou Pedro, João deve ser punido [crença anterior], *a menos que* [exceção/justificativa] ele tenha atuado em legítima defesa [nova crença]); a derrotabilidade lógica está relacionada aos condicionais e às regras.

Resgatando Juan Pablo Alonso, Serbena explica que há dois tipos de derrotabilidade, a implícita (conflito entre uma norma e um princípio ou entre norma e os efeitos da interpretação do princípio em dado caso) e a explícita (conflito entre duas normas positivas). Já Rodríguez e Sucar distinguem onze tipos de derrotabilidade. São eles: a) a interpretação de um enunciado pode mudar conforme o tempo; b) em um sistema, novos enunciados podem ser introduzidos, alterando enunciados anteriores; c) enunciados podem representar exceções ao conteúdo conceitual de outros enunciados em um mesmo sistema e momento; d) enunciados jurídicos estão sujeitos ao problema da textura aberta dos textos; e) os casos atípicos merecem atenção diferenciada por parte das autoridades; f) os conceitos jurídicos são atributivos e não descritivos; g) qualquer norma jurídica pode ser derrotada por uma norma moral; h) uma norma adotada para solucionar um caso concreto pode servir como norma geral para outros casos; i) a qualificação normativa de um caso pode produzir consequências jurídicas distintas a ele, na medida em que sua descrição contenha ou não particularidades; j) como compreensão do mundo é sempre completa, os juízos que ela faz são sempre derrotáveis; k) qualquer enunciado jurídico pode ser derrotado se for demonstrada a sua exceção no mesmo sistema – essa é a derrotabilidade processual.

A grande quantidade de classificações demonstra a variedade de conclusões – em hipótese alguma taxativas – que pesquisadores alcançaram sobre o tema. Mas ainda assim é possível perceber um denominador comum: a norma jurídica pode ser derrotada diante da constatação de um fato que seja incompatível com ela e que, por isso, abre espaço a uma outra norma, excepcional.[50]

3.3. Derrotabilidade e interpretação do sentido da norma

Quando se trata de interpretar a lei, a conclusão sobre o seu verdadeiro significado pode vir a se tornar conflitante com a literalidade do seu texto. Assim, o sentido do texto pode ser desconsiderado, vencido – ou melhor, derrotado. Para Vasconcellos, "a derrotabilidade é um problema jurídico eminentemente

50. VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 57-58.

interpretativo" que trata de questões relativas "à aplicação do direito em diferentes contextos fáticos e jurídicos".[51] O autor adverte que a derrotabilidade não significa simples indeterminismo ou relativismo. Antes o contrário: foi justamente um certo apego recente ao decisionismo judicial que motivou o estudo da derrotabilidade, para que se possam apresentar critérios mais seguros a permitir não aplicar a norma legal que seria aplicável.[52] É uma linha de pesquisa pragmática.

O precursor da derrotabilidade foi Hart, para quem o direito não pode ser fechado em sua aplicação, devendo-se verificar a existência de exceções – (ocorrerá A *a menos que* B) – que derrotariam a regra geral. Ser derrotada, todavia, não faz a regra deixar de ser regra.[53] O conceito, no original, lê-se *defeasibility* e surgiu no artigo *The Ascription of Responsibility and Rights*, em que Hart tratou de certos requisitos que autorizariam a não aplicação de norma jurídica aplicável ao caso concreto, mesmo quando prevista expressamente em lei.[54]

Atualmente, percebe-se que a inovação da teoria da derrotabilidade não é a percepção dessa relação de regra e exceção. É até intuitiva a possibilidade de que as previsões legais nem sempre representam as soluções mais justas a casos concretos especiais. O ganho com o estudo da derrotabilidade é a possibilidade de sua sistematização e acomodação em um lugar próprio na ciência do direito.

A própria ideia de formalização de uma teoria da derrotabilidade é, em alguma medida, controversa em um espaço de dogmática jurídica. Isso porque, como lembra Vasconcellos, "a dogmática não costuma aceitar a hipótese de o antecedente ser configurado e o dever-ser não se operar", preferindo tratar do tema como se fosse perda de eficácia ou ilegalidade e não um fenômeno aceitável, regulável e inerente ao mundo jurídico. A teoria da derrotabilidade vem preencher essa lacuna, fornecendo uma análise mais próxima da realidade.[55]

A lógica dessa análise demonstra que toda e qualquer norma jurídica (isto é, seu sentido diante do caso concreto), da mais fundamental à mais ordinária, é derrotável. Seria utópico defender a invencibilidade de qualquer norma, porque é evidente que o sentido das normas, todas elas, é plurívoco e vulnerável a interpretações cambiáveis e, ainda quando não contraditórias, no mínimo

51. VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Op. cit., p. 15.
52. VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Op. cit., p. 16.
53. SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Direito penal, derrotabilidade e princípio da insignificância. In: SERBENA, Cesar Antonio. *Teoria da derrotabilidade* – pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012. p. 431.
54. VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Op. cit., p. 54.
55. VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Op. cit., p. 60.

dúbias.[56] Como se sabe, os princípios e as cláusulas pétreas costumam ser redigidos em vocabulário bastante aberto, o que lhes coloca em posição privilegiada de serem derrotadas em casos reais.

Nesse sentido, "a análise da derrotabilidade mostra sua importância porque representa a possibilidade de tratamento de casos excepcionais dentro de uma norma geral e abstrata aplicável *prima facie* a todas as situações normais ou típicas". É claro que esse tratamento nunca dispensará os requisitos da coerência e fundamentação para que se opere qualquer tipo de derrotabilidade[57], sobretudo para que se evite o risco de ceder a niilismos jurídicos.[58]

4. Adequação social como derrotabilidade

Como se viu, qualquer norma jurídica pode ser derrotada, ao menos em teoria. O importante é que o aplicador sempre motive adequadamente sua conclusão pela não aplicação de determinada norma que seria, em princípio, a aplicável no caso concreto. Santos fornece um exemplo de fácil compreensão da aplicação da teoria da derrotabilidade no direito penal: segundo a lógica derrotável, se ocorrer *Y*, normalmente se terá *Z*. Por exemplo, a aplicação de uma lei penal no caso de um crime de lesão corporal é certa, salvo se a conduta for legalmente permitida (legítima defesa), quando se estará diante de uma exceção.[59] A causa de justificação[60] é exceção e derrota a aplicabilidade do tipo penal, que descreve ação, como regra, ilícita.

Bissoli Filho já examinou a possibilidade de transposição da derrotabilidade ao direito penal, apontando que tipos penais abertos, p. ex., frequentemente deixam uma grande margem de cogitação sobre o significado de seus elementos que somente poderá ser enfrentada nos casos concretos. Além disso, há enunciados típicos em vigor,

56. VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Op. cit., p. 77-78.

57. VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Op. cit., p. 124-125.

58. SGARBOSSA, Luis Fernando. Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações. In: SERBENA, Cesar Antonio. *Teoria da derrotabilidade* – pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012. p. 73.

59. SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Direito penal, derrotabilidade e princípio da insignificância. In: SERBENA, Cesar Antonio. *Teoria da derrotabilidade* – pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012. p. 433.

60. Convém lembrar que as causas de justificação não se confundem com a tolerância identificada pela adequação social, principalmente porque, embora lícita, a conduta justificada continua sendo socialmente inadequada e materialmente típica (RODRIGUES, Eliane de Andrade. Op. cit., p. 63-65).

mas que simplesmente deixaram de ser aplicados por não mais representarem índice mínimo de rejeição social – como é o caso do art. 229 do CP (casa de prostituição).[61]

A situação desse tipo penal é uma repercussão da teoria da adequação social: na medida em que a sociedade não mais reprova veementemente a conduta de gerir estabelecimento dessa natureza ou simplesmente se torna indiferente a ela, as autoridades – que, é claro, integram a mesma sociedade – desconsideram, na prática, a vigência normativa do dispositivo legal. É a derrota, por força da aceitação social, de uma norma penal incriminadora. Nada disso está regulado em lei – até porque esse tipo penal ainda vigora. Manter casa de prostituição, para todos os efeitos, ainda é crime.

Mas o autor vai mais longe e lembra que a magnitude da teoria da derrotabilidade permite concluir que os próprios tipos penais, mesmo quando ainda são aplicados e aceitos como válidos socialmente, são ferramentas insuficientes, por si sós, para que se determine com segurança se as condutas que descrevem correspondem a eles perfeitamente. Além dos fatos aleatórios e de suas interpretações, o judiciário deverá ter em conta institutos jurídicos – tais como causas legais e supralegais de exclusão de ilicitude e de culpabilidade, condições de punibilidade, escusas absolutórias, perdão judicial e outros – que poderão derrotar a incidência da norma penal incriminatória.[62]

Santos também analisou a correspondência entre a derrotabilidade e o direito penal, especialmente sob o enfoque do princípio da insignificância[63] – que guarda relação com a teoria da adequação social.[64] Segundo o princípio da insignificância, não se deve punir qualquer lesão de um bem jurídico penalmente

61. BISSOLI FILHO, Francisco. A aplicação da noção de derrotabilidade ao direito penal na preservação dos direitos humanos. In: SERBENA, Cesar Antonio. *Teoria da derrotabilidade* – pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012. p. 423.

62. BISSOLI FILHO, Francisco. Op. cit., p. 424-425.

63. SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Direito penal, derrotabilidade e princípio da insignificância. In: SERBENA, Cesar Antonio. *Teoria da derrotabilidade* – pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012. p. 438-440.

64. Mas ambos não se confundem. Consoante explica Vico Mañas, "a adequação social pressupõe a aprovação do comportamento pela coletividade, enquanto o princípio da insignificância leva em conta a tolerância do gripo em relação a determinada conduta de escassa gravidade" (MAÑAS, Vico. Op. cit., p. 33). No mesmo sentido: BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. *Direito penal, parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 124; PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos. *Revista dos Tribunais*, v. 844, fev. 2006. p. 7; RODRIGUES, Eliane de Andrade. *O princípio da adequação social no direito penal*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 61-62.

tutelado, mas sim, ofensas de alguma gravidade, tendo em vista que o Direito Penal se constitui na forma mais violenta de atuação do direito. A consideração da insignificância se volta mais ao aplicador da lei, como um critério de interpretação da lei escrita – evitando sua leitura exclusivamente literal.

O legislador, quando define crimes, não realiza, como regra, uma valoração de qual o grau de ofensa ao bem jurídico que se admite, em cada caso concreto, como legitimador da intervenção penal. Em princípio, sempre que a conduta se amolda ao tipo, estará configurado o crime. Tudo que o impede a aplicação da lei penal, aí, pode ser visto com uma exceção. É o que se dá no caso das ofensas irrelevantes, insignificantes, como o furto de uma caneta *Bic*, ou o xingamento muito leve (p. ex.: Pedro chama João de "bobo").

Assim, sempre que uma conduta se amoldar a um tipo penal, mas a ofensa concreta ao bem jurídico for ínfima, essa norma penal – o tipo em si – terá sido derrotado pelo princípio da insignificância. Mas isso não quer dizer que o tipo penal foi revogado no caso concreto ou para futuros casos. É claro que, se for constatado que aquele tipo carece de correspondência com a realidade social, aí sim, então, ele poderá vir a ser declarado inconstitucional (ou não) – quando se poderá cogitar da adequação social da conduta.

Outros exemplos da derrotabilidade da lei penal pelo princípio da insignificância são: pequenas lesões físicas (arranhão); cópia clandestina de um arquivo de mídia; perturbação irrelevante ao pudor etc.[65] São vários os tipos penais que podem deixar de ser aplicados com base na insignificância. Os mais comuns são os crimes patrimoniais, como furto e apropriação indébita, mas também se localizam casos de crimes sexuais, ambientais e contra a Administração Pública recebendo a excepcional aplicação de tal corolário. Assim, Santos conclui que "não se exige uma atuação legislativa para afastar a atuação de determinada lei para a correta aplicação do direito penal".[66]

Como se tem visto até aqui, a compatibilização entre a adequação social e a derrotabilidade tem campo privilegiado de exame não no cenário abstrato das leis e fórmulas, mas no embate renovado entre as leis e os casos reais. Afinal, "é tarefa do juiz, e não do legislador, examinar uma ação concreta e realizar uma

65. SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Direito penal, derrotabilidade e princípio da insignificância. In: SERBENA, Cesar Antonio. *Teoria da derrotabilidade* – pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012. p. 439.

66. SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Direito penal, derrotabilidade e princípio da insignificância. In: SERBENA, Cesar Antonio. *Teoria da derrotabilidade* – pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012. p. 441.

ponderação de interesses que vai repercutir"[67] na conclusão pela atipicidade ou pela licitude de uma conduta.

Apesar das comuns críticas ao uso da adequação social hoje no direito penal – basicamente porque seria possível reduzir seus resultados ao manejo do princípio da intervenção mínima – não se nega que é um instrumento pioneiro e que traduz em seu próprio nome a importância do apego à realidade de uma dada sociedade. A continuidade de seu uso (claro, em conjunto com a intervenção mínima[68]) expressa, de maneira mais clara, a necessária legitimidade das leis, que deveriam ser feitas senão pelo povo e para o povo. Com o apoio da derrotabilidade, consolida-se o raciocínio lógico de afastamento, sempre que justificado exaustivamente, de uma norma incriminadora em prol do respeito ao compromisso de se evitar constrangimento criminal sempre que possível.

O fato é que, como registra Busato, "Welzel certamente percebeu o ganho de rendimento que a ideia de *relevância social* oferecia para a teoria do delito, ao reduzir o âmbito de intervenção".[69] Welzel defendia que "as condutas socialmente adequadas, ainda que silogisticamente fossem adequadas à previsão legal, não poderiam representar um tipo penal".[70] Daí ser a adequação social excludente do tipo.

Como pondera Santos, em obra mais recente (em que analisa mais a relação entre o princípio da intervenção mínima e a derrotabilidade): de um lado "não se pode pensar em regras estáveis o tempo todo, de forma a não admitirem exceções", e, de outro lado, a derrotabilidade é uma teoria de ordem prática que pode realizar uma otimização do direito escrito, viabilizando a aceitação da contrariedade de sua literalidade em prol de uma norma que atenda ao ideal de justiça para o caso concreto.[71]

Para que as leis penais vigorem e sejam eficazes, devem corresponder fielmente aos "valores ético-sociais, socioculturais, que resultam nos bens jurídicos".[72] Welzel defendia exatamente isso, há várias décadas, sob o epíteto de adequação social.

---

67. PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos. *Revista dos Tribunais*, v. 844, fev. 2006. p. 8.
68. "[...] o princípio da adequação social encontra-se em harmonia com o princípio da intervenção mínima" (RODRIGUES, Eliane de Andrade. Op. cit., p. 89).
69. BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 331.
70. BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 351.
71. SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. *A derrotabilidade como mecanismo para um direito penal mínimo*: em respeito aos direitos fundamentais e a um estado democrático de direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 68.
72. SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Op. cit., p. 93.

5. Conclusão

Não se pode depender principalmente de um raciocínio por simples subsunção, seja no direito penal, seja em outras áreas do direito. Há outras lógicas viáveis e mais seguras que cobram atenção também no direito penal, como o raciocínio não monotônico.

O emprego dessa lógica não é bizantinismo, ela se traduz em resultados práticos no direito penal. Com o apoio da derrotabilidade, vê-se estar equivocada a orientação do STF no HC 104.467, ou seja, a adequação social tem força mais que suficiente para promover a revogação – não de direito, mas de fato – de tipos penais, precisamente porque trata do fundamento de legitimidade da incriminação. Com isso, a declaração legislativa da revogação passa a ser mera formalidade sem força no mundo dos fatos.

Além disso, há evidentes similitudes entre a adequação social e a derrotabilidade. Confira-se: a) ambos admitem a permanência da norma afastada no ordenamento; b) discutir a revogação expressa do dispositivo não aplicado é irrelevante; c) ambos são definidos como métodos de interpretação; d) é permanente a preocupação com a proximidade mais da realidade do que com o texto positivado. Vê-se que são aparatos teóricos muito próximos e que se complementam sem contradições.

A adequação social tem na derrotabilidade uma chave para permitir a legitimação de uma maneira de afastar, com maior facilidade e melhor aceitação acadêmica e pública, a intervenção penal nos casos em que evidentemente ela não é necessária – e seria, a rigor, contrária ao interesse coletivo. Se forem as normas penais incriminatórias consideradas derrotáveis ante a possibilidade de sua adequação social – como algo futuramente institucionalizado na literatura e jurisprudência – poderá haver licença tanto para que deixe de haver novas incriminações, sempre que derivarem de políticas de momento ou de pressões de grupos de interesses, quanto para que se retirem do ordenamento, oficialmente, normas que, embora em vigor, não contem mais com o necessário apoio legitimador de uma intensa rejeição social.

Portanto, a derrotabilidade é um instrumento útil para a ideal compreensão do funcionamento teórico e prático do Direito Penal, seja como regra de interpretação, seja como meio de excepcionar a sua aplicação, evitando-a em casos específicos. Uma norma penal pode efetivamente restar derrotada conforme a repercussão da conduta que ela regula seja praticamente nula no mundo dos fatos – e essa intelecção aumenta o controle de incriminações legais e judiciais indevidas, combatendo abusos.

6. Bibliografia

BISSOLI FILHO, Francisco. A aplicação da noção de derrotabilidade ao direito penal na preservação dos direitos humanos. In: SERBENA, Cesar Antonio (Coord.). *Teoria da derrotabilidade:* pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* – parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. *Direito penal, parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. Welzel e o direito penal de hoje. *Ciências Penais*, v. 16, jan-jun. 2012.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal* – parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FAVORETTO, Affonso Celso. *Princípios constitucionais penais*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 299 do CP) e Direito Penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 92, set.-out. 2011.

HEISENBERG, Werner. *Física e filosofia*. Trad. Jorge Leal Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Casa de prostituição: a adequação social e a moral pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 110, set.-out. 2014.

PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 844, fev. 2006.

RODRIGUES, Eliane de Andrade. *O princípio da adequação social no direito penal*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*: fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. *A derrotabilidade como mecanismo para um direito penal mínimo*: em respeito aos direitos fundamentais e a um estado democrático de direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Direito penal, derrotabilidade e princípio da insignificância. In: SERBENA, Cesar Antonio (Coord.). *Teoria da derrotabilidade:* pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012.

SERBENA, Cesar Antonio. Normas jurídicas, inferência e derrotabilidade. In: SERBENA, Cesar Antonio (Coord.). *Teoria da derrotabilidade:* pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

VICO MAÑAS, Carlos. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman* – parte general. 4. ed. Trad. da 11. ed. alemã por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2007.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma* introdução à doutrina da ação finalista. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2009.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A globalização e as transformações no direito penal, de Tatiana Viggiani Bicudo – *RBCCrim* 23/97-109 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/775-792 (DTR\1998\283);
- O que protege o direito penal? Bens jurídicos ou vigência da norma?, de José Francisco Dias da Costa Lyra – *RBCCrim* 97/143-182 (DTR\2012\450320); e
- Welzel e o direito penal de hoje, de Luís Augusto Sanzo Brodt – *RCP* 16/177-203 (DTR\2012\450243).

A responsabilidade civil do Estado por absolvição em execução provisória de pena

The State's liability for acquaintance at provisional execution of sentence

Matheus Pereira Rocha

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Privado e Acesso ao Mercado. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.
mprocha@tjrs.jus.br

Recebido em: 02.02.2018
Aprovado em: 07.04.2018
Última versão do autor: 19.06.2018

Áreas do direito: Penal; Processual

Resumo: O presente artigo aborda os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 126.292/SP, apresentando o seguinte problema: caso o réu preso por execução provisória de pena seja, ao final do processo, absolvido por uma instância superior, esse teria pretensão à indenização em sede de responsabilidade civil do Estado? Esta investigação realiza uma análise em três perspectivas: primeiro, uma análise quantitativa do caso, seguida de uma abordagem de direito comparado nos ordenamentos jurídicos de Espanha, França e Portugal. Por fim, busca-se sistematizar a doutrina e jurisprudência nacional, por meio dos argumentos contrários e favoráveis à hipótese de indenização, para, então, propor um modelo possível de resolução da questão, baseado em uma interpretação extensiva do art. 5º, inciso LXXV, da Constituição de 1988, fundado no princípio da igualdade de distribuição dos encargos públicos.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado – Poder Judiciário – Execução Provisória de Pena – Absolvição – Ato lícito – Direito Comparado.

Abstract: This article discusses the effects of the Supreme Federal Court's decision at *Habeas Corpus* 126,292/SP, presenting the following problem: if the defendant arrested for provisional execution of sentence is, at the end of the proceedings, acquitted by a higher instance, could he claim compensation based on State's liability? This investigation performs an analysis in three perspectives: first, a quantitative analysis of the case, followed by a comparative law approach in the legal systems of Spain, France and Portugal. Finally, it seeks to systematize the opposing and favorable arguments to the hypothesis of indemnity found at the national doctrine and jurisprudence, to then propose a possible model of resolution of the question, based on an extensive interpretation of art. 5, subsection LXXV, of the 1988 Constitution, found on the principle of equal distribution of public burdens.

Keywords: State Liability – Judicial Power – Provisional Execution of Sentence – Exonerating – Legal Act – Comparative Law.

Rocha, Matheus Pereira. A responsabilidade civil do Estado por absolvição em execução provisória de pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 149. ano 26. p. 75-116. São Paulo: Ed. RT, novembro 2018.

Sumário: 1. Introdução. 2. O regime de responsabilidade civil do Estado por ato judicial. 2.1. Síntese histórica. 2.2. Hipóteses de ocorrência. 3. A responsabilidade civil por absolvição em caso de execução provisória de pena. 3.1. Enquadramento da questão. 3.2. Análise quantitativa de casos. 3.2.1. Histórico da análise quantitativa no caso. 3.2.2. População atingida pela execução provisória. 3.2.3. Projeções. 3.3. Análise de direito comparado. 3.3.1. Espanha. 3.3.2. França. 3.3.3. Portugal. 3.4. Análise dos principais argumentos contrários e favoráveis à responsabilidade do Estado. 3.4.1. Argumentos contrários à responsabilização. 3.4.2. Argumentos favoráveis à responsabilização. 3.4.3. Interpretação extensiva do conceito de erro judiciário. 3.4.4. Consagração do princípio da dignidade da pessoa humana. 3.4.5. Amplitude das hipóteses de responsabilização. 3.4.6. Responsabilidade civil do Estado por ato lícito. 3.4.7. Responsabilidade civil processual do Estado. 3.4.8. Uma provocação: sobre o conceito de sentença. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

É[1] *melhor que dez culpados escapem do que um inocente sofra,* já afirmava William Blackstone[2] em 1765, ao defender o princípio da presunção de inocência. Tal preocupação vem acompanhando juristas de todo o mundo ao tentarem definir os limites dessa presunção em face da necessidade de concretização da justiça. Em 17 de fevereiro de 2016, esse dilema foi novamente apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o HC 126.292/SP, ocasião na qual os ministros da Corte firmaram a seguinte tese:

> [...] a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.[3]

Diante de tal decisão, o presente artigo busca verificar se o regime brasileiro de responsabilidade civil do Estado por ato judicial admitiria a hipótese de indenização ao réu que foi submetido à execução provisória de pena e posteriormente absolvido em Recurso Especial ou Extraordinário. O âmbito de análise proposto

1. Primeiramente, agradecemos a colaboração do professor Dr. Bruno Miragem, pela orientação na presente investigação, bem como ao professor Dr. Rafael Maffini, pelos intensos debates sobre o tema.
2. BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England.* 1765. apud DOMENECH-PASCUAL, Gabriel. Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a um inocente sin compensación? *Revista para el analisis del derecho*, Barcelona, 2016. p. 29. Disponível em: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2696988]. Acesso em: 12.10.2017.
3. STF, HC 126.292/SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.2016.

já possui diversos trabalhos publicados abordando a situação do sujeito que foi preso preventivamente e posteriormente absolvido, porém, com a recente decisão do STF a que se fez menção, pretende-se propor a ampliação da discussão. Afinal, nada obstante à formulação de Blackstone, o mesmo não se poderia dizer no âmbito da responsabilização civil, em que a sentença é melhor ter dez culpados indenizados do que um inocente sem reparação[4] parece longe do razoável e incompatível com o devido equilíbrio de nosso ordenamento.

2. O regime de responsabilidade civil do Estado por ato judicial

Em 1993, o Prof. Ruy Rosado Aguiar Jr. já alertava que, enquanto a doutrina sobre a responsabilidade civil da Administração Pública em geral desenvolve-se e amplia suas hipóteses de incidência, o tema da responsabilidade civil do Estado por fato da Justiça segue aplicado restritamente, contribuindo para a despreocupação com o aperfeiçoamento do serviço público da Justiça e a simplificação dos procedimentos.[5] Tal constatação origina-se do fato de que a ideia de responsabilidade do Estado converge atualmente para a própria noção de Estado de Direito, uma vez que vem a significar o reconhecimento de limites efetivos ao poder da autoridade pública[6], o estímulo ao aperfeiçoamento das suas práticas e a reparação integral do dano injusto.

2.1. Síntese histórica

Importa, então, detalhar o regime de responsabilidade por ato judicial, partindo inicialmente de uma síntese histórica do instituto. Nota-se que as Ordenações Filipinas, de 1603, seguiram vigentes em território brasileiro até o ano de 1917, quando se inicia a vigência do primeiro Código Civil brasileiro. Quanto a esse período inicial, destaca-se que o modelo adotado previa a integral responsabilidade pessoal do magistrado por seus atos[7], mantendo-se inalterado esse quadro após a independência brasileira.[8]

4. DOMENECH-PASCUAL, Gabriel. Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a um inocente sin compensación? *Revista para el analisis del derecho*, Barcelona, 2016. p. 30.
5. AGUIAR JR., Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Revista Ajuris*, v. 59, 1993. p. 5.
6. MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil* – Responsabilidade Civil. São Paulo: Ed. Saraiva. 2015. p. 405.
7. Veja-se a redação do Livro III, Título LXVIII, § 5º das Ordenações Filipinas, disponível em SALGUEIRO, Ângela dos Anjos Aguiar et al. *Ordenações Filipinas*. Disponibilizadas

As mudanças iniciam com a promulgação do Código Penal de 1890, o qual impõe ao Estado o dever de indenizar o réu condenado por sentença criminal e depois reabilitado[9-10], ainda que, em seguida, o Código Civil de 1917 tenha mantido e ampliado o modelo de responsabilidade pessoal do magistrado.[11] A própria jurisprudência do STF também afirmava que o erro judiciário era, em princípio, insuscetível de reparação civil, mas o juiz poderia ser responsabilizado, desde que fosse provado dolo ou fraude.[12]

Com o Código de Processo Penal de 1942, a indenização do erro judiciário, a cargo do Estado, deixa de ser condicionada à reabilitação do réu para se condicionar à revisão da sentença condenatória, conforme a redação do seu artigo 630. No âmbito civil, a reparação seguiu a cargo do magistrado, em casos de dolo, fraude ou denegação da justiça, nos termos do art. 133 do Código de Processo Civil de 1979, hipótese igualmente reafirmada e ampliada pelos arts. 49 e 56 da Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN).

Diante da vigência da Constituição de 1988, revitaliza-se o regime geral da responsabilidade civil do Estado. Destaca-se que esse regime também se aplica aos atos judiciais[13], porém a jurisprudência majoritária tende a mitigar sua apli-

---

pelo Instituto de História e Teoria das Ideias da Universidade de Coimbra em: [www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p663.htm]. Acesso em: 12.10.2017.

8. Artigo 677 do Decreto 737 de 1850. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm]. Acesso em: 12.10.2017.
9. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil*, p. 15.
10. "Art. 86. A rehabilitação consiste na reintegração do condemnado em todos os direitos que houver perdido pela condemnação, quando for declarado innocente pelo Supremo Tribunal Federal em consequencia de revisão extraordinaria da sentença condemnatoria" (Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm]. Acesso em: 12.10.2017).
11. Vide artigos 294, 420, 421 e 1.552.
12. Acórdão do STF, de 27.06.1950 *apud* ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 862.
13. "Partindo-se da premissa de que o *ato judicial* (e como tal se entende também o ato *jurisdicional*) é gênero da espécie 'ato do serviço público', ato do Estado por meio dos seus representantes (magistrados, nesse caso), e considerando-se que esses representantes são agentes públicos, no sentido *lato*, ou mesmo funcionários ou servidores públicos no sentido estrito, fica claro que os atos jurisdicionais defeituosos praticados por esses agentes públicos no exercício da atividade judicante empenham regularmente a responsabilidade civil do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal vigente" (ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 842).

cação, ao entender que a regra do art. 37, § 6º, da Constituição não se aplica aos atos judiciais quando emanados de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico.[14]

Além disso, a Constituição localizou, no título dos direitos e garantias fundamentais, a consagração da hipótese de indenização, a cargo do Estado, pela ocorrência de erro judiciário, bem como pelo fato daquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença.[15] Trata-se, pois, de uma mudança de paradigma, rompendo-se com a lógica da responsabilização pessoal do magistrado, para uma lógica de indenizabilidade da vítima.[16] Nesse sentido, veja-se que, no Código Civil de 2002, a indenização da prisão ilegal, localizada no seu art. 954, deixou de ser condicionada à responsabilização do magistrado. Da mesma forma, o Código de Processo Civil de 2015, definiu que a responsabilização prevista em seu artigo 143 (antigo artigo 133) ficará a cargo do Estado, respondendo o magistrado regressivamente pelos danos que der causa.

2.2. Hipóteses de ocorrência

De modo geral, portanto, é possível sistematizar as hipóteses de incidência do instituto na seguinte ordem: *erro judiciário ou prisão além do tempo fixado na sentença* (art. 5º, LXXV, da Constituição)[17], *falta do serviço público da Justiça* (art. 37, § 6º, da Constituição)[18], *prisão ilegal* (art. 954, parágrafo único, inciso II, do Código Civil)[19], e *condenação desconstituída em revisão criminal* (arts. 621 e 630 do

14. STF, AI 803.831 AgRE/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 19.03.2013.
15. Artigo 5º, inciso LXXV, *in verbis*: "O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".
16. "O art. 5º, LXXV, da Constituição é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário stricto sensu, mas de evidente falta objetiva do serviço público da justiça" (STF, RE 505.393, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 26.06.2007).
17. Considerando "erro judiciário", veja-se o REsp 1.209.341/SP, rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 21.10.2010. Considerando "prisão além do tempo fixado na sentença", veja-se TJSC, Apelação Cível 2010.012586-0, rel. Des. Rodrigo Collaço, Quarta Câmara de Direito Público, j. 09.06.2011.
18. Vejam-se casos de penhora indevida de bens (TJMG, Apelação Cível 1.0702.03.072908-1/001, rel. Des. Gouvêa Rios, j. 30.08.2005), ou bloqueio indevido de linha telefônica (TRF-5ª Região, Apelação Cível 5149-65.2002.4.05.8201, rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti, 1ª Turma, j. 27.04.2006).
19. Veja-se REsp 1.675.015/DF, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.09.2017.

Código de Processo Penal).[20] Além disso, haverá *responsabilização regressiva do magistrado por falta judicial*, em caso de dolo, negligência, incapacidade funcional, quebra de decoro ou denegação da justiça (art. 143 do Código de Processo Civil e arts. 49 e 56 da LOMAN).[21]

Destaca-se que essas são as hipóteses clássicas, porém os fenômenos verificados pela prática jurídica podem provocar questões complexas a serem conjugadas com um ou mais tipos, sendo interpretadas de modo distinto por cada autor[22], como é o caso do sujeito que fica recolhido em regime prisional diferente do que foi fixado pela sentença.[23] Não há clareza, porém, quanto à questão da privação de liberdade seguida de absolvição, por parte da doutrina e da jurisprudência brasileira, observando-se posições divergentes.

Para Stoco, preenchidas as condições da lei e revestida a prisão de legalidade estrita, não há como vislumbrar direito de reparação pelo só fato da prisão que não se converteu em definitiva pela condenação. Somente quando a prisão se transporte para a ilicitude é que poderá ensejar reparação.[24] No mesmo sentido, para Cavalieri, não há como responsabilizar o Estado, ainda que a medida seja gravosa ao seu destinatário, porque não há nenhuma ilicitude no ato. O direito e o ilícito são antíteses absolutas, um exclui o outro: *onde há ilícito não há direito, onde há direito não existe ilícito*.[25]

---

20. Veja-se TJMG, Apelação cível 1.0710.07.014625-7/001, Rel. Des. Fernando Botelho, 8ª Câmara Cível, j. 05.08.2010.

21. Quanto a esse ponto, há dificuldade em encontrar ações regressivas por ato doloso de magistrado, porém é possível projetar tal situação nos fatos narrados nos seguintes julgamentos: TRF4, Apelação Cível 5000707-43.2015.4.04.7004/PR, 4ª Turma, rel. Des. Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, j. 24.08.2016; TRF4, Apelação Cível 5000702-21.2015.4.04.7004/PR, 3ª Turma, rel. Des. Federal Marga Inge Barth Tessler, j. 05.08.2015.

22. Quanto ao conceito de prisão além do tempo fixado na sentença, Stocco afirma que "a Carta Magna estabelece princípios e não casuísmos, os quais reserva à legislação infraconstitucional. Desse modo, a prisão indevida, seja qual for, ainda que não se subsuma com perfeição à hipótese enunciada naquele inciso, enseja reparação (STOCO, Rui. Responsabilidade do Estado Por Erro Judiciário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, jan.-mar. 1998. p. 99).

23. "Identifica-se como erro judiciário (no sentido lato), que induz responsabilidade indenizatória pelo Estado, a manutenção do infrator em regime prisional diverso daquele que lhe foi imposto pela justiça" (CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 1. ed. em e-book baseada na 5. ed. impressa. São Paulo: Ed. RT. Ponto 9.6).

24. STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 2ª ed. em e-book baseada na 10. ed. impressa. São Paulo: Ed. RT. Título IV, capítulo XII, ponto 9.11.

25. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2014. p. 326.

Tais posições, porém, não são unânimes, havendo considerável doutrina que admite essa hipótese.[26] Em especial, destaca-se o pensamento de Hentz[27], para quem a norma do art. 5º, inciso LXXV, da Constituição consagrou o *princípio geral de indenização da prisão indevida.* Ou seja, a disciplina da indenização da prisão indevida se estenderia a todos os casos em que suceder privação de liberdade individual sem o amparo em condenação com definitiva aplicação da pena de prisão, a cujo cumprimento se submete o indivíduo por força do ordenamento jurídico. A redação da norma, portanto, seria mera síntese, em virtude da necessidade de generalidade do Texto Constitucional.

O que aqui ficou delineado vem a demonstrar a delicadeza do tema da abrangência das hipóteses de indenização em caso de prisão seguida de absolvição, debate amplamente conhecido quanto à temática da prisão cautelar. Agora, considerando a nova posição do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória de pena, parece surgir mais uma hipótese a ser analisada sob o prisma da indenização da prisão seguida de absolvição. Por se tratar de fato recente, poucos trabalhos e julgados foram encontrados sobre a matéria, porém o debate guarda semelhança com o já desenvolvido sobre a prisão cautelar. Por essas razões, o caso da execução provisória de pena será abordado no próximo capítulo, trabalhando-se em conjunto com os argumentos já desenvolvidos sobre a prisão cautelar, cotejando-se a aplicabilidade dos mesmos, e eventuais distinções, quanto ao caso em tela.

3. A responsabilidade civil por absolvição em caso de execução provisória de pena

3.1. Enquadramento da questão

A análise científica dos fenômenos jurídicos, como bem assinala Maffini, não pode se limitar a uma mera reprodução de precedentes exarados pelos tribunais, mas também não significa que a compreensão desses fenômenos deva ocorrer de modo independente, dispensando uma acurada atenção à jurisprudência

26. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil*, p. 39-40; MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil* – Responsabilidade Civil, p. 440; DIAS, José Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Ed. Forense. 1997. v. II. p. 635-641; VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Erro Judiciário e sua responsabilização civil*, p. 449-450.

27. HENTZ, Luiz Antonio Soares. *A responsabilidade do Estado por Prisão Indevida*, 1996. Disponível em: [ww.academus.pro.br/professor/luizhentz/responsabilidade.htm]. Acesso em: 02.11.2017.

corrente. De fato, é preciso estar atento às decisões produzidas pelo Poder Judiciário, seja para delas discordar, seja para nelas encontrar fundamentos racionais para sua justificação.[28] Essa máxima vale, sobremaneira, para o regime de responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional, sendo matéria em constante evolução tanto pela compreensão do próprio instituto quanto pelas situações em que vai se consolidando a atuação do Estado-Juiz.

A decisão tomada pelo STF no HC 126.292/SP, admitindo a execução de acórdão penal condenatório antes do trânsito em julgado do processo, inegavelmente está inserida em um contexto de busca de soluções para a crise atualmente vivenciada pelo sistema penal brasileiro. Para compreender a posição adotada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal sobre a execução da pena, é preciso contextualizar a decisão diante do percurso jurisprudencial traçado pela Corte, uma vez que tal medida era admitida entre os anos de 1990 e 2000[29], sendo, inclusive, objeto das Súmulas 716 e 717 do STF[30], em 2003.

A mudança ocorreu em fevereiro de 2009, no julgamento do HC 84.078/MG, quando a Corte passou a interpretar o princípio da presunção de inocência e o direito à ampla defesa como impeditivos à execução provisória de pena.[31] Esse foi o entendimento que permaneceu vigente até 17 de fevereiro de 2016, ocasião em que novamente a matéria foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, promovendo mais uma mudança de orientação.

A decisão, por certo, gerou impacto na comunidade jurídica, sendo questionada pelas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, as quais pleiteiam,

28. MAFFINI, Rafael. Responsabilidade civil do Estado por dano moral e a questão da prioridade da reparação *in natura*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 274, p. 209-234, maio 2017. ISSN 2238-5177. Disponível em: [bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/68747]. Acesso em: 07.11.2017. p. 210-211.

29. Note-se, por exemplo, o julgamento do HC 68.726/RJ, além dos acórdãos HC 71.723/SP, HC 79.814/SP e HC 80.174/SP.

30. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800]. Acesso em: 07.11.2017.

31. "A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária" (STF, HC 84.078/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. 05.02.2009). Para uma análise crítica a respeito do julgado, veja-se: FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 84.078. In: CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral*: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 453-477.

no mérito, a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.[32] Igualmente, não se descuida que o assunto venha despertando decisões contrárias à medida pelos próprios ministros da Suprema Corte, seja por uma reafirmação do princípio da presunção de inocência[33], seja pela pendência de embargos de declaração[34], seja porque há tendência em se adotar proposta mitigada de execução provisória de modo a aceitá-la apenas após o julgamento do Superior Tribunal de Justiça.[35] Porém, até que se decida o contrário (o que pode ocorrer no julgamento de mérito das ADCs 43 e 44), segue válido o entendimento exarado pelo STF no HC 126.292/SP, permanecendo o desafio relativo à responsabilidade civil do estado em caso de posterior absolvição do réu que sofrera execução provisória da condenação.

3.2. Análise quantitativa de casos

A pesquisa quantitativa na área das ciências jurídicas e sociais sempre foi um desafio, por diversos fatores, como a incompatibilidade do objeto de pesquisa com a realização de experimentos controlados[36], aponta Alexandre Samy de Castro, para quem tal fato se insere em um contexto de reformas legais e institucionais fundadas em base empírica frágil e influenciadas pela retórica e por interesses específicos de operadores do sistema e de grandes litigantes. Por outro lado, o autor constata uma abundância de registros judiciários eletrônicos, que contêm informações jurídico-processuais e institucionais relevantes para a produção de diagnósticos fundamentados sobre os desafios atuais.[37] Foi

32. Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.
33. STF, HC 137.063, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12.09.2017.
34. STJ, HC 366.907, 6ª Turma, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 06.12.2016.
35. Vide discussões contidas no HC 142.173, bem como no HC 136.720, relatadas em "STF sinaliza mudança de entendimento sobre execução antecipada da pena". Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-ago-08/stf-sinaliza-mudanca-posicao-execucao-antecipada-pena]. Disponível em: 07.11.2017.
36. Grande parte das pesquisas empíricas dependem do contexto específico das ações judiciais (competência, classe, assunto e partes), de modo que, sem uma contextualização adequada, fica difícil controlar a seleção de casos.
37. CASTRO, Alexandre Samy de. *O método quantitativo na pesquisa em direito*, 2017. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/320772695_O_metodo_quantitativo_na_pesquisa_em_direito]. Acesso em: 20.11.2017.

exatamente essa reflexão que ocorreu no debate acerca da execução provisória de pena, possibilitando uma visualização mais clara sobre os efeitos da medida adotada.

3.2.1. Histórico da análise quantitativa no caso

a. Taxa de reversão em favor do réu

Durante o julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Luis Roberto Barroso trouxe, em seu voto, informações fornecidas pela Assessoria de Gestão Estratégica do STF sobre a taxa de reversão dos recursos extraordinários e agravos em favor dos réus, argumentando que essa taxa era consideravelmente baixa, o que justificaria a execução provisória da pena. Assim, em um levantamento de 25.707 recursos, durante os anos de 2009 a 2016, identificou-se que o percentual de provimento em favor dos réus foi de 1,5%, sendo encontradas apenas nove decisões absolutórias, representando uma taxa de absolvição de 0,035%.[38]

Após essa decisão, uma miríade de manifestações foi publicada pela comunidade jurídica, seja para reforçar os números fornecidos, seja para deles discordar. O julgamento das ADCs 43 e 44 também foi consideravelmente pautado pelo debate estatístico do caso, como é possível observar nas sustentações orais dos diversos *amicus curiae* apresentados[39], bem como na resposta do Ministro Barroso, reafirmando a sua posição.

Nota-se que a taxa de reversão das decisões poderá variar de acordo com o período de análise, quantidade de casos analisados, tipo de recurso (RE, REsp, Agravos ou HC), o tipo de provimento (integral ou parcial) e o tipo de pedido (absolvição, progressão de regime, cálculo da pena etc.). Por essa razão, haverá considerável disparidade entre os resultados encontrados, conforme segue:

38. STF, HC 126.292/SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.2016 (página 7 do voto do Min. Barroso).

39. Registra-se que, para o devido levantamento desses dados, foram contatadas as Defensorias Públicas dos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Defensoria Pública da União, além do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, de modo a obter cópia das petições apresentadas nas ADCs 43 e 44, em que constam maiores detalhes de suas pesquisas jurisprudenciais.

Quadro 1. Quadro comparativo da taxa de reversão em favor do réu

Referência	Período	Base de Dados	Recursos Utilizados	Taxa de êxito (provimento geral/ favorável ao réu/ absolvição)
JANOT, Rodrigo. As estatísticas estão ao lado da prisão antes do trânsito em julgado.[40]	2009/2016	3.015	RE	0,60% (211/41/1)
STF, HC 126.292/SP – Voto Min. Barroso.[41]	2009/2016	25.707	RE e ARE	1,12% e 0,035% (784/31/9)
IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. AMARAL, Thiago Bottino do. *Memorial de Amicus Curiae nos autos das Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44*.[42]	2014/2015	9.384	REsp	45,99%
HARTMANN, Ivar A. *Execução provisória da pena*: defendendo os 2%.[43]	2014/2015	Baseado no estudo do IBCCRIM e adiciona o AREsp, mas não informa o novo cálculo da base de dados	REsp e AREsp	9,10%
DPU – Memorial como *Amicus Curiae* nas ADCs 43 e 44.[44]	01/2016 a 06/2016	5.161	HC, RHC, AI, AREsp, REsp	13,77% (711)

40. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-abr-24/janot-estatisticas-apoiam-prisao-antes-transito-julgado]. Acesso em: 21.11.2017.
41. STF, HC 126.292/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.2016.
42. Petição disponibilizada em contato com o IBCCCRIM.
43. Disponível em: [jota.info/colunas/supra/execucao-provisoria-da-pena-defendendo-os-2-06092016]. Acesso em: 21.11.2017.
44. Petição disponibilizada em contato com a DPE/SP.

Quadro 1. Quadro comparativo da taxa de reversão em favor do réu

Referência	Período	Base de Dados	Recursos Utilizados	Taxa de êxito (provimento geral/ favorável ao réu/ absolvição)
FGV – Pesquisa HC nos Tribunais Superiores.[45]	2008/2012	13.888	HC	27,8% STJ e 8,2% STF (3722 – STJ, 1139 – STF)
DPE/SP – Memorial como *Amicus Curiae* nas ADCs 43 e 44.[46]	02/2015 a 04/2015	635	REsp e AREsp	41% (261)
DPE/RJ – Memorial como *Amicus Curiae* nas ADCs 43 e 44.[47]	2014/2015	896	HC, RHC, AREsp, REsp	41% REsp e 49% HC

Destaca-se que, sempre que possível, contatou-se as referidas instituições buscando um detalhamento das pesquisas jurisprudenciais realizadas e, especialmente, visando à obtenção das planilhas com a listagem de recursos identificados como favoráveis aos réus, principalmente em caso de absolvição.[48] Há que se observar que no julgamento dos pedidos liminares nas ADCs 43 e 44, o voto

45. Relatório Final do Projeto "Panaceia universal ou remédio constitucional? *Habeas Corpus* nos Tribunais Superiores". Disponível em: [direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/relatorio_final_pesquisa_hc_ipea-mj_-_junho_-_2014_-_para_publicacao.pdf]. Acesso em: 21.11.2017. Dados atualizados em "Os Habeas Corpus no STJ e STF". Disponível em: [www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-ipea/index.html]. Acesso em: 21.11.2017.

46. Petição disponibilizada em contato com a DPE/SP.

47. Informações constantes na petição apresentada pela DPE-RJ nas ADCs 43 e 44, também disponibilizada pela instituição. Veja-se, ainda, detalhando tal levantamento: LIMA, Thais. *Execução antecipada da pena e o mercado de estatísticas*: uma resposta aos números da FGV. Disponível em: [jota.info/colunas/a-defesa/defesa-execucao-antecipada-da-pena-e-o-mercado-de-estatisticas-03102016]. Acesso em: 21.11.2017.

48. De modo especial, agradecemos aos defensores públicos Dr. Gustavo Zortea da Silva (DPU) e Dra. Thais Lima (DPE-RJ), e aos professores Thiago Bottino (IBCCRIM e FGV) e Ivar Hartmann (Projeto Supremo em Números – FGV). Ademais, registra-se a obtenção integral dos dados da pesquisa do STF por meio da Assessoria de Gestão Estratégica (protocolo 425.082).

do Min. Barroso menciona também a baixa taxa de reversão e absolvição dos recursos especiais no Superior Tribunal de Justiça.

Estimulado pelo STF, então, o STJ realizou ampla pesquisa sobre o tema, publicada em fevereiro de 2018, obtendo, como resultado, a informação de que a absolvição de réus condenados em segunda instância é de 0,62% na Corte. Ainda se observou que, em 1,02% dos casos, os ministros que compõem as duas Turmas de direito criminal do STJ decidiram pela substituição da pena restritiva de liberdade por pena restritiva de direitos, e em 0,76% foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva. Verificou-se também que em 6,44% dos casos houve a diminuição da pena, em 2,32% houve diminuição da pena de multa e em 4,57% houve a alteração do regime prisional. Totalizou-se, portanto, um percentual de 15,73% de alterações em favor do réu.[49]

Registrando que o objeto deste estudo é a análise da responsabilidade civil do Estado em caso de absolvição em execução provisória de pena, percebe-se que é preciso restringir a taxa aqui utilizada, *focando-se apenas na taxa de absolvição,* de modo a abstrair eventuais discussões doutrinárias de cunho penal ou processual penal que extrapolariam o objeto de análise.

Tendo em vista a delimitação traçada, percebe-se que a pesquisa mais adequada para a análise do fenômeno é aquela elaborada pela Assessoria de Gestão Estratégica do STF, uma vez que é a que contém o maior período e a maior base de dados, além de que foi possível ter acesso direto aos dados para conferi-los. Assim, ficam assentadas as seguintes informações:

Quadro 2. Taxa de reversão de RE e ARE, STF

Número de recursos analisados	25.707 RE e ARE
Recursos providos	784
Recursos providos em favor do réu	31 (1,12%)
Recursos providos em favor do réu para absolvê-lo	09 (0,035%)

A partir desses dados, foi possível analisar cada caso de absolvição, de modo a identificar as principais causas de absolvição no STF e seu nível de incidência. Assim, segue o resultado:

49. Superior Tribunal de Justiça. *"Absolvição de réus condenados em segunda instância é de 0,62% no STJ"*. Disponível em: [www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Notícias/Absolvição-de-réus-condenados-em-segunda-instância-é-de-0,62%25-no-STJ]. Acesso em: 05.02.2018.

Quadro 3. Fundamentos dos recursos providos em favor do réu para absolvê-lo

Incidência	Fundamento	Recurso
3	Atipicidade da conduta	ARE 675.223; RE 755.565; RE 924.885;
2	Prescrição	RE 583.523; RE 878.671
1	Falta de provas	ARE 857.130
1	Retroatividade de lei mais benéfica	RE 602.561
1	Nulidade processual	RE 607.173
1	Princípio da insignificância	AIREsp 580.458

Dos resultados obtidos, observa-se que a principal causa de absolvição se dá em um juízo de atipicidade da conduta do agente, seja por considerar que a conduta não constituiu crime, seja por declarar a inconstitucionalidade de um tipo penal. Após, verifica-se a incidência de declaração de ocorrência de prescrição, seguida por casos específicos de absolvição por falta de provas, retroatividade de lei mais benéfica, nulidade processual e aplicação do princípio da insignificância.

As projeções relativas à indenização em tais situações serão tratadas posteriormente, porém importa registrar que o baixo índice de absolvição poderá ser alterado na medida em que se considerar na análise o uso do *habeas corpus*, ainda que tal via não tenha sido afetada pelo julgamento do STF. Sobre o efeito da concessão do *habeas corpus* para o caso da execução provisória de pena, assim observou o Ministro Rogério Schietti Cruz[50]:

> A mutação constitucional do STF não suprimiu o direito dos réus de rever decisões condenatórias proferidas nas instâncias ordinárias. Apenas encurtou o prazo – que era demasiadamente longo – para iniciar a execução da pena. Continuam, porém, o STF e o STJ acessíveis às iniciativas da defesa, tanto por habeas corpus quanto por recurso em habeas corpus, para, em caráter urgente, suspender o início da execução da pena quando constatada a probabilidade de êxito do recurso especial.

Nesse sentido, veja-se a análise realizada pelo Projeto *Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus* nos Tribunais Superiores[51], em que se iden-

50. Superior Tribunal de Justiça. *Absolvição de réus condenados em segunda instância é de 0,62% no STJ...*

51. AMARAL, Thiago Bottino do. Relatório Final Projeto "*Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus* nos Tribunais Superiores". 2014. p. 59-60. Disponível em:

tificou que, entre 2008 e 2012, o STF teve uma média de 8,27% de concessões de *habeas corpus*, enquanto no STJ, em igual período, a taxa de concessão foi de 27,86%. Conforme bem registrado pelo memorial de *amicus curiae* do IBCCRIM no julgamento das ADCs 43 e 44, a elevada taxa de sucesso das impetrações no STJ indica uma alta taxa de reversão das decisões dos tribunais de segunda instância. Já a diferença observada na taxa de sucesso entre os dois tribunais superiores permitiria inferir que o STF é protegido de uma avalanche de impetrações graças à atuação do STJ.[52]

3.2.2. População atingida pela execução provisória

Outro dado importante de analisar quanto aos efeitos da execução provisória da pena é o seu impacto sobre o sistema prisional brasileiro, temática em que se destaca recente estudo empírico realizado pelo *Projeto Supremo em Números*.[53] Para a realização do estudo, foi utilizada a base de dados do *Supremo em Números* referente aos processos do STF e STJ potencialmente submetidos às consequências da decisão do HC 126.292/SP. Assim, a pesquisa obteve uma amostra de 5% dos processos, totalizando uma base de 2.630 demandas correspondentes a 370 do STF e 2.260 do STJ. Analisando tal amostra, a pesquisa concluiu que existem 423 réus presos (12% do total)[54] e 3.046 réus que aguardavam o julgamento dos tribunais superiores em liberdade (88% do total).[55] Com base em tais proporções, foi projetado que existiriam, atualmente, cerca de 8.460 réus aguardando o julgamento presos, e 60.920 réus aguardando o julgamento em liberdade.

Para identificar quanto desses réus poderiam ser submetidos à execução provisória, o estudo delimitou a quantidade de réus que possuíam pena igual ou

---

[direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/relatorio_final_pesquisa_hc_ipea-mj_-_junho_-_2014_-_para_publicacao.pdf]. Acesso em: 21.11.2017.

52. AMARAL, Thiago Bottino do. Memorial de *Amicus Curiae* nos autos das Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44. *IBCCCRIM*. 2016 (peça obtida diretamente com os autores).

53. HARTMANN, Ivar A. et al. *O Impacto no Sistema Prisional Brasileiro da Mudança de Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre Execução da Pena Antes do Trânsito em Julgado no HC 126.292/SP*: Um Estudo Empírico Quantitativo. Disponível em: [ssrn.com/abstract=2831802]. Acesso em: 21.11.2017.

54. Quanto aos réus presos, o relatório da pesquisa destaca que os mesmos poderiam estar encarcerados por prisão preventiva ou por execução provisória de pena em contrariedade ao entendimento do STF naquele momento.

55. Alertam os pesquisadores que o número de réus é maior que o número de processos em virtude da pluralidade de réus no polo passivo em diversas demandas.

superior a oito anos, permitindo a execução em regime fechado. Dentro dessa amostra, foram identificados 173 casos, o que é equivalente a 6% do total analisado, projetando-se que cerca de 3.460 réus teriam a expedição de mandado de prisão diretamente em razão da mudança jurisprudencial do Supremo.

Mantidas essas proporções e projeções, o estudo então utilizou o *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*, produzido pelo Ministério da Justiça[56], levando em consideração a população carcerária brasileira de 622.202 presos, para verificar qual seria o impacto no sistema prisional. Considerando a projeção de 3.460 réus que passariam a aguardar o julgamento encarcerados, concluiu-se que o impacto do HC 126.292/SP seria um aumento de apenas 0,6% no número de apenados no Brasil. Longe, portanto, de comprometer o sistema.[57]

3.2.3. Projeções

Diante dos dados analisados, referentes às pesquisas empíricas relativas à recente decisão do STF, é possível traçar alguns prognósticos acerca da responsabilidade civil do Estado em caso de uma absolvição superveniente. Conforme será melhor esclarecido posteriormente, só haverá que se falar em responsabilidade civil do Estado quando a absolvição se der com um julgamento de negativa de autoria sobre o fato, excluindo-se do âmbito da indenização as clássicas hipóteses de absolvição por insuficiência de provas e pelo reconhecimento de prescrição.

Tomando por base a pesquisa realizada pela Assessoria de Gestão Estratégica do STF, dos nove casos identificados de absolvição entre os anos de 2009 e 2016, haveriam que se excluir três casos em que se tratou de prescrição ou falta de provas. Restam, assim, seis julgados em que se poderia aventar a responsabilidade civil do Estado, os quais versavam sobre atipicidade da conduta, retroatividade de lei mais benéfica, nulidade processual e princípio da insignificância.[58] Consi-

56. Disponível em: [www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira]. Acesso em: 21.11.2017.

57. Não se descuida, porém, das críticas ao estudo, especialmente quanto ao recorte de condenados a penas iguais ou superiores a 8 anos, vide LIMA, Thais. *Execução antecipada da pena e o mercado de estatísticas*: uma resposta aos números da FGV. Disponível em: [jota.info/colunas/a-defesa/defesa-execucao-antecipada-da-pena-e-o-mercado-de-estatisticas-03102016]. Acesso em: 21.11.2017. Veja-se, também, a resposta da coordenação do Projeto: HARTMANN, Ivar A. *Execução provisória da pena*: defendendo os 2%. Disponível em: [jota.info/colunas/supra/execucao-provisoria-da-pena-defendendo-os-2-06092016]. Acesso em: 21.11.2017.

58. É possível ainda se debater o caso do princípio da insignificância, uma vez que de fato o sujeito cometeu o crime, mas foi absolvido por conta da mínima ofensividade da conduta.

derando que os mesmos foram identificados durante o período de 01.01.2009 até 19.04.2016, tem-se aí um total de 88 meses de período de análise, sendo possível estimar uma média de ocorrência de um caso de absolvição indenizável a cada 14 meses e meio, ou, dito de outra forma, é possível falar que, *a cada 1 ano, 4 meses e 15 dias* poderá ocorrer um caso em que se discutirá a referida indenização.

De modo a ilustrar o tamanho do dano sofrido, em tese, deve-se observar o tempo em que o sujeito ficaria indevidamente encarcerado. Com base no relatório do *Projeto Supremo em Números* sobre o impacto da decisão do Supremo no sistema prisional brasileiro, verifica-se que o tempo médio entre a autuação e o trânsito em julgado de recursos penais no âmbito do STF, em 2015, foi de 279 dias, enquanto que, no âmbito do STJ, essa média foi de 323 dias.[59] Considerando que o réu não obtenha sucesso na concessão de *habeas corpus* durante o período, é possível estimar que o sujeito ficaria encarcerado por, no mínimo, 279 dias, em caso de reversão via recurso especial, ou então 602 dias, caso a absolvição ocorra apenas após o julgamento do recurso especial e do recurso extraordinário.

3.3. Análise de direito comparado

Durante o julgamento do HC 126.292/SP, o relator do caso, Min. Teori Zavascki, utilizou, como um de seus argumentos, o fato de que em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema. Nessa ocasião, mencionou o trabalho de direito comparado realizado por Frischeisen, Garcia e Gusman[60], em que foram analisados os casos de Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, chegando à conclusão de que a quase totalidade da comunidade internacional – incluindo países pioneiros na positivação e reconhecimento dos direitos fundamentais – interpreta a presunção da inocência de modo a compatibilizá-la com a necessidade de efetividade estatal na resposta ao crime.[61-62]

A título exemplificativo, veja-se o caso de tentativa de roubo de shampoo e posterior absolvição pelo STJ: STJ, HC 338.684/SP, 6ª Turma, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 05.05.2016.

59. HARTMANN, Ivar A. Op. cit., p. 10.
60. FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Op. cit.
61. FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Op. cit., p. 475.
62. Registra-se que o debate posteriormente proposto nas ADCs 43 e 44 versou sobre a constitucionalidade do art. 283 do CPP, extrapolando as reflexões mais centradas sobre o princípio da presunção de inocência.

Com base nessa discussão, coloca-se a seguinte questão: se a comunidade internacional entende que a execução provisória da pena não viola o princípio da presunção de inocência, que respostas oferece seu sistema de responsabilidade civil do Estado em caso de posterior absolvição do réu? Para realizar tal análise, o método de investigação foi organizado em três fases. Primeiramente, buscou-se analisar a jurisprudência das cortes superiores acerca da compatibilidade entre execução provisória de pena e o princípio da presunção de inocência. Após, buscou-se, na legislação nacional sobre a responsabilidade civil do Estado, como era tratada a matéria da reponsabilidade em caso de prisão indevida. E, por fim, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial para identificar possíveis casos de indenização por execução provisória de pena seguida de absolvição.

Os países selecionados para análise foram Espanha, França e Portugal. Tal escolha se deu em virtude de que os ordenamentos jurídicos de Espanha e Portugal possuem considerável similaridade com as bases constitucionais brasileiras, e a França, com o exemplar desenvolvimento de seu direito administrativo, oferece uma alternativa inovadora para a análise da questão. Porém, não se descuida a possibilidade de que tal pesquisa seja ampliada para outros ordenamentos, tampouco se desconhece que diversos países já contam com soluções para a questão por meio de sua legislação interna, como são os casos de Alemanha[63], Áustria[64], Holanda[65] e Noruega.[66]

3.3.1. Espanha

Conforme se observa a partir da Constituição Espanhola de 1978, a presunção de inocência foi inscrita no rol de direitos e deveres fundamentais.[67] Nada

63. *Lei de Compensações no Processo Penal*. Disponível em: [www.gesetze-im-internet.de/streg/BJNR001570971.html]. Acesso em: 09.12.2017.

64. *Lei de Compensação de Direito Penal*. Disponível em: [www.ris.bka.gv.at/GeltendeFaAbfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20003749]. Acesso em: 09.12.2017.

65. *Código de Processo Penal Holandês*, art. 90. Disponível em: [wetten.overheid.nl/BWBR0001903/2017-06-17]. Acesso em: 09.12.2017.

66. *Código Norueguês de Ajuizamento Criminal*, capítulo 31, sessão 444. Disponível em: [app.uio.no/ub/ujur/oversatte-lover/data/lov-19810522-025-eng.pdf]. Acesso em: 09.12.2017.

67. Art. 24, n. 2: Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

obstante, na Sentença 66, de 6 de junho de 1984, o Tribunal Constitucional espanhol entendeu que a própria legitimidade do poder sancionatório, e a sujeição a um procedimento contraditório, aberto à análise da prova segundo as regras pertinentes ao caso, exclui toda a ideia em confronto com a presunção de inocência.[68]

No que toca à responsabilidade civil do Estado por erro judiciário e funcionamento anormal da justiça, a Constituição Espanhola reconheceu o direito à indenização em seu art. 121, devendo ser regulada conforme lei específica. Assim, a hipótese foi detalhada na conhecida *Ley Organiza del Poder Judicial*, de 1985, no art. 292. O legislador ainda usou de sua liberdade para melhor detalhar esse preceito, positivando, no art. 294, o direito à indenização em caso de prisão preventiva seguida de absolvição, desde que a absolvição se dê por inexistência do fato imputado.

Inicialmente, a jurisprudência espanhola[69] entendia que o requisito contido no art. 294 sobre a prova da inexistência do fato imputado englobava tanto os casos em que o fato não se produziu (inexistência objetiva), quanto os casos de provada falta de participação (inexistência subjetiva). Assim, ficava dispensada a declaração do erro judicial, uma vez que o próprio curso do processo penal esclareceu a improcedência da prisão preventiva. Porém, não se aceitava a indenização se a absolvição tivesse ocorrido por falta de provas, uma vez que se exige a prova da inocência.[70]

Porém, em duas decisões, de 2006 e 2010, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendeu que a jurisprudência desenvolvida violava o direito à presunção de inocência, uma vez que esse se aplica tanto aos processos penais quanto aos processos civis, pois as questões estão vinculadas. Assim, tal princípio é violado quando uma decisão judicial relativa a um acusado reflete o sentimento de que ele é culpado, quando a sua culpabilidade de fato não foi provada. Assim,

68. Essa decisão afastou um recurso que pretendia afirmar que a presunção de inocência impossibilita que se execute uma sanção enquanto não seja firme a resolução que a impôs. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia 66/1984*, de 6 de junio. Disponível em: [hj.tribunalconstitucional.es/pl/Resolucion/Show/319]. Acesso em: 10.12.2017.

69. Para uma descrição detalhada da evolução da jurisprudência espanhola sobre a matéria, veja-se DOMENECH-PASCUAL, Gabriel. *Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a um inocente sin compensación?* p. 7-12.

70. Nesse sentido, veja-se TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso. *STS 568/2008*, j. 30.01.2008. Disponível em: [www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=176775&links=&optimize=20080410&publicinterface=true]. Acesso em: 10.12.2017.

considerando que o os tribunais espanhóis estavam indeferindo a indenização nos casos em que não havia prova da inocorrência (objetiva ou subjetiva) do fato, o TEDH declarou que tal posição era inaceitável, devendo-se aplicar a indenização também nessas hipóteses.[71]

Após a decisão da corte de Estrasburgo, o Tribunal Supremo da Espanha optou por abandonar a interpretação finalista que dava ao art. 294, passando a interpretar restritivamente o dispositivo legal, reduzindo o alcance prático desse preceito, uma vez que será mais difícil que um réu prove que, objetivamente, o fato não ocorreu. Assim, houve considerável redução no número de casos em que a jurisprudência espanhola reconheceu a indenização por prisão preventiva seguida de absolvição.[72]

Passando à análise da indenização por absolvição após execução provisória de pena, foi possível identificar um caso em que se reconheceu o direito à reparação, julgado em outubro de 2010. Observa-se que o autor da ação indenizatória foi condenado por fatos que não era acusado, em virtude de alteração posterior da denúncia pelo *Ministério Fiscal,* e ingressou na prisão em virtude de sentença condenatória na data de 22.09.2004, sendo posteriormente absolvido pela sentença de cassação da Sala Penal do Tribunal Supremo, de modo que o réu tenha ficado injustamente encarcerado entre 30.09.2004 e 22.04.2005. Concluiu, então, o Tribunal Supremo, no julgamento do pedido de indenização, que a ausência formal de acusação para aqueles fatos tem a mesma entidade, significado e transcendência jurídica que os efeitos do art. 294 da LOPJ.[73]

3.3.2. França

É inegável que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ainda vigente sob a égide da Constituição Francesa de 1958, seja um dos paradigmas

71. Vejam-se os casos *Puig Panella c. España* (1.483/02) e *Tendam c. España* (25.720/05).

72. Vide TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso. *STS 6.698/2010*, j. 23.11.2010. Disponível em: [www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5809027&links=&optimize=20101230&publicinterface=true]. Acesso em: 10.12.2017; TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso. *STS 6.717/2010*, j. 23.11.2010. Disponível em: [www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5809042&links=&optimize=20101230&publicinterface=true]. Acesso em: 10.12.2017.

73. TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Contencioso. *STS 4.978/2010*, j. 05.10.2010. Disponível em: [www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5759190&links=&optimize=20101028&publicinterface=true]. Acesso em: 10.12.2017.

de toda a positivação de direitos fundamentais. Em suas disposições, está insculpido, no art. 9º, que *todas as pessoas são consideradas inocentes até que sejam declaradas culpadas*.[74]

Apesar disso, o Código de Processo Penal francês prevê, no art. 465, as hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo pendente de outros recursos. Enviado, então, questionamento ao *Conseil Constitucionnel*, em 2005, sobre a aplicabilidade do dispositivo em face da presunção de inocência, a Corte se manifestou pela aplicabilidade da medida, sem prejuízo ao princípio da presunção de inocência, uma vez que a medida está vinculada a uma decisão que estabeleceu legalmente a culpa do réu.[75]

A responsabilidade civil por ato jurisdicional na França não é regulada pela Constituição de 1958, mas resulta de longo processo histórico envolvendo a legislação ordinária.[76] Em 17 de julho de 1970, foi publicada a Lei 70/643, acrescentando no Código de Processo Penal francês, nos artigos 149[77] e 150, dispositivos prevendo a responsabilização do Estado por danos causados por prisão preventiva seguida de absolvição. Além de estabelecer como requisito que o dano seja manifestamente anormal e de particular gravidade, a peculiaridade dessa norma se dá ao prever um procedimento especial para a tramitação do pedido de indenização, em razão do qual foi criada a *Commission Nationale de Réparation des Détentions*[78], vinculada à *Cour de Cassation*, para seu devido julgamento.

74. Tradução de FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, *Fábio*. Op. cit., p. 473.

75. Conseil Constitucionnel. *Décision 2005-527DC du 8 dècembre 2005*. Disponível em: [www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2005/2005-527-dc/decision-n-2005-527-dc-du-8-decembre-2005.973.html]. Acesso em: 10.12.2017.

76. Para maiores detalhes, veja-se: AGUIAR JR., Ruy Rosado. Op. cit., p. 24-25; GREGORIO, Rita de Cassia Zuffo. Op. cit., p. 84-86; VIANNA, José Ricardo Alvarez. Op. cit., p. 98-100.

77. "Art. 149. A pessoa que foi objeto de uma detenção provisória no curso de um processo, mas que veio a ser liberada ou absolvida, faz jus a uma reparação integral dos danos morais e materiais que lhe causaram a detenção". Tradução de VIANNA, José Ricardo Alvarez. Op. cit., p. 98. Para a íntegra dos dispositivos, veja-se: [www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=7CB09C6FC40EB3F0CD559F50BBB53898.tplgfr39s_1?idSectionTA=LEGISCTA000021331517&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20171210]. Acesso em: 10.12.2017.

78. FRANÇA. Cour de Cassation. *La réparation de la détention provisoire*: explications. Disponível em: [www.courdecassation.fr/autres_juridictions_commissions_juridictionnelles_3/

Essa Comissão, conforme consta em seu relatório de atividades[79], costuma reconhecer tanto os danos morais quanto os danos materiais daquele que foi preso indevidamente, mas costuma negar a indenização nos casos em que a absolvição resultou de prescrição da ação pública[80] ou também quando a pessoa está, ao mesmo tempo, detida por outra causa.[81] Ademais, irá exigir que exista um nexo de causalidade exclusivo entre a detenção e o dano causado.[82] A Comissão igualmente costuma reparar a perda da chance, como é o caso da perda de chance de frequentar a escola ou passar por um exame levando à obrigação de começar um novo ano letivo.[83] Além disso, na mensuração da gravidade do dano, leva em conta fatores como a separação entre um pai e o filho recém-nascido[84], ou então situações de ameaças ao requerente, superlotação na prisão, más condições de higiene e conforto.[85]

No ano de 2012, a Comissão foi instada a aprofundar seu conceito de prisão indenizável[86] ao analisar a questão da execução provisória de pena. Uma pessoa foi condenada e detida em 24.09.2010 pelo *Tribunal Correctionnel* antes de ser finalmente absolvida por um julgamento da *Cour d'Appel de Caen*, em 05.01.2011. Ao requerer a indenização pelos três meses e treze dias de prisão indevida, enfrentou o argumento de que não se tratava de prisão preventiva, nos termos do art. 149 do Código de Processo Penal francês, mas sim de execução provisória de pena. Ao julgar o caso, a Comissão entendeu que o caso também se aplica ao

---

commission_nationale_reparation_detentions_620/reparation_detention_provisoire_explications_11885.html]. Acesso em: 10.12.2017.

79. Idem.
80. CNRD, 14 avril 2008, 7C-RD.094, bull. 3.
81. CNRD, 20 septembre 2010, 9C-RD.069.
82. Assim, uma decisão de 21 de outubro de 2005 (CNRD, 21 octobre 2005, 5C-RD.005, bull. 9) afirmou que "uma vez que a detenção é a causa exclusiva e direta da perda do seu emprego, despedido por abandono de posto devido à sua prisão, a indemnização por danos materiais deve levar em conta a perda de salários sofridos durante o período de prisão e, após a liberação, durante o período necessário para a busca de um trabalho".
83. CNRD, 2 mai 2006, 5C -RD.071 (íntegra da decisão não disponível no site da Comissão).
84. CNRD, 17 décembre 2004, 4C -RD.014.
85. CNRD, 20 février 2006, 5C -RD.055, bull. 4.
86. FRANÇA. Cour de Cassation. *Rapport d'activités 2012*. Disponível em: [www.courdecassation.fr/autres_juridictions_commissions_juridictionnelles_3/commission_nationale_reparation_detentions_620/rapports_activite_4151/rapport_activites_2012_26751.html]. Acesso em: 10.12.2017.

procedimento do art. 149 do referido Código, ocasião em que, sobrevindo uma decisão de absolvição, o pedido seria admissível.[87]

Por oportuno, cabe mencionar que a doutrina francesa costuma identificar essa hipótese de responsabilidade civil do Estado como uma responsabilidade civil por ato lícito, a partir da distribuição dos encargos públicos. Nesse sentido, Chapus afirma que se pode considerar que tal obrigação é justificada pela ideia de que os encargos especiais impostos a alguns cidadãos, no interesse da sociedade, devem ser compensados, pelo princípio da igualdade perante os encargos públicos.[88] Do mesmo modo, Rivero defende que se trata de um caso de responsabilidade sem culpa, por aplicação do já referido princípio.[89]

3.3.3. Portugal

Seguindo a mesma linha de Espanha e França, a Constituição da República Portuguesa de 1976 localizou o princípio da presunção de inocência no capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoas, mais especificamente no art. 32, 2.[90] Em seu Código de Processo Penal, o art. 408 dispõe que são dotados de efeito suspensivo do processo os recursos interpostos de decisões finais condenatórias. Nada obstante esses dispositivos, não se aplica a suspensão de efeitos do recurso quando se destina à análise ao Tribunal Constitucional, entendimento esse firmado em 2004 por essa Corte, afirmando que a sentença condenatória é considerada provisoriamente transitada em julgado.[91]

---

87. CNRD, 15 octubre 2012, 12CRD009. Disponível em: [www.courdecassation.fr/autres_juridictions_commissions_juridictionnelles_3/commission_nationale_reparation_detentions_620/decisions_621/2012_4588/decision_15_26228.html]. Acesso em: 10.12.2017.
88. CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. 5. ed. Paris: Ed. Montchrestien, 1990. t. 1. p. 899-900.
89. RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. SOARES, Rogério Ehrhardt. Coimbra: Ed. Almedina, 1981. p. 343. Note-se, inclusive, a mudança de entendimento do autor a partir da edição da Lei de 17.07.1970, quando, em edição anterior, defendia a irresponsabilidade do Estado por razões práticas: RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 3. ed. Paris: Ed. Dalloz, 1965. p. 268.
90. Art. 32, n. 2: "Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa".
91. Tribunal Constitucional Português. *Acórdão 547/04*, 3ª Seção, rel. Conselheiro Bravo Serra, j. 21.07.2004. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040547.html]. Acesso em: 10.12.2017.

Já quanto à responsabilidade civil do Estado, ensina Mesquita que a regra geral é estender à administração da justiça o regime geral da responsabilidade civil da Administração, contido na Lei 67/2007, mais especificamente quanto ao art. 12[92], ressalvadas as especificidades da indenização do erro judiciário (art. 13) e da inadmissibilidade de magistrados responderem diretamente por ilícitos dolosos ou por culpa grave (art. 14).[93]

Há que se mencionar também que a Constituição portuguesa reconheceu o direito à indenização por privação de liberdade inconstitucional ou ilegal[94] e a indenização por condenação penal injusta.[95] Esses dispositivos careciam de concretização pelo legislador, o que ocorreu pela nova redação, em 2007, dos artigos 225, 449 e 462 do Código de Processo Penal.[96] Diante do foco da presente investigação, destaca-se a redação do art. 225, por se tratar de interessante dispositivo sobre a indenização da prisão seguida de absolvição[97]:

> Artigo 225.
>
> 1. Quem tiver sofrido detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação pode requerer, perante o tribunal competente, indemnização dos danos sofridos quando:
>
> a) A privação da liberdade for ilegal, nos termos do n. 1 do artigo 220º, ou do n. 2 do artigo 222º;
>
> b) A privação da liberdade se tiver devido a erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que dependia; ou

92. MESQUITA, Maria José Rangel de. Ambito e pressupostos da responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional. *Revista do CEJ*, n. 11, 2009. p. 270.

93. Para uma análise comparativa do regime do erro judiciário entre Brasil e Portugal, veja-se VIANNA, José Ricardo Alvarez. Op. cit., p. 224-280.

94. Art. 27, n. 5: A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer.

95. Art. 29, n. 6: Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos.

96. Por oportuno, registra-se a crítica da autora ao mencionar que a reparação no caso de erro judiciário não deve ficar dependente da configuração preexistente do sistema de recursos, pois pode ocorrer que a vítima não tenha condições para interpor o recurso de revogação da decisão danosa, ficando assim prejudicada, defendendo, então, um *direito à revogação da decisão* (MESQUITA, Maria José Rangel de. Op. cit., p. 279-281). Em sentido contrário, veja-se o Acórdão 363/2015, do Tribunal Constitucional português.

97. Veja-se também a decisão do Tribunal Constitucional português que reconheceu a constitucionalidade do art. 225 do CPP, no Acórdão 185/2010.

> c) Se comprovar que o arguido não foi agente do crime ou actuou justificadamente.
>
> 2. Nos casos das alíneas b) e c) do número anterior o dever de indemnizar cessa se o arguido tiver concorrido, por dolo ou negligência, para a privação da sua liberdade.

Portanto, a partir desse artigo, é possível dizer que o sistema português admite a indenização pelo cerceamento de liberdade que tenha se demonstrado injusto após uma sentença absolutória, tenha o réu sofrido detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação. Concretizando os dispositivos constitucionais, as alíneas "a" e "b" expressam a hipótese de prisão que não tenha cumprido os requisitos legais e também o caso de erro grosseiro na apreciação dos fatos. Já na alínea "c" são ampliadas as hipóteses ao admitir tal direito também a quem tenha sido preso e ao final do processo comprove que não tenha sido o agente do crime ou tenha atuado justificadamente. Note-se, inclusive, que tal redação vem a ser mais ampla que o art. 294 da LOPJ espanhola, e também não erige, ao menos na legislação, como requisitos o dano anormal e de particular gravidade, nos termos do art. 149 do CPP francês.[98]

A pesquisa jurisprudencial realizada sobre a indenização em caso de execução provisória de pena, porém, não obteve os mesmos resultados que nas outras análises.[99] Porém, é possível mencionar a já referida decisão do Tribunal Constitucional de Portugal que reconheceu tal medida, em que se afirmou que, se houver alteração ao final do processo, será dado sem efeito tudo o que foi praticado anteriormente, atuando-se como um *recurso de revisão*.[100]

Uma vez que o Tribunal Constitucional tenha considerado que a execução provisória de pena trata de cumprimento de uma sentença provisoriamente transitada em julgado, sem prejuízo de eventuais contestações doutrinárias, em consequência também afirmou que uma suposta revisão do caso se operaria como um *recurso de revisão*. Nesse sentido, o réu absolvido estaria coberto pela

98. Registra-se que há autores que mencionam que a alínea "c" seria contrária ao princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, veja-se: AFONSO, Tiago Manuel de Lourenço. *A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por acto da Função Jurisdicional. Universidade do Porto*. 2013. Disponível em: [repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/16850]. Acesso em: 11.12.2017.

99. Imagina-se que a dificuldade encontrada se dê, talvez, pelo fato de que a hipótese possui baixo índice de ocorrência, como se pode observar no ponto 2.2 dessa monografia.

100. Tribunal Constitucional Português, Acórdão 547/04, 3ª Seção, rel. Conselheiro Bravo Serra, j. 21.07.2004.

incidência do art. 29, n. 6 da Constituição Portuguesa, bem como do 462, n. 1 do CPP[101], fazendo jus à indenização.

No nível doutrinário, importa também destacar a posição de Canotilho, que entende que a situação de uma prisão preventiva que posteriormente tenha se mostrado indevida por uma sentença absolutória se constitui em uma indevida violação dos direitos da personalidade. Em consonância com a doutrina de outros países, o autor vai também considerar que se trata de uma responsabilidade civil do Estado por ato lícito, uma vez que *a expropriação da liberdade não tolera um tratamento mais desfavorável que a expropriação da propriedade*.[102]

Note-se que a obra de Canotilho sobre a reponsabilidade do Estado por atos lícitos é uma das mais citadas pela doutrina luso-brasileira. Nela, o autor ainda esclarece que a juspublicística alemã do século XIX, ao analisar as situações subjetivas cuja lesão dava origem a uma pretensão de sacrifício, restringiu a aplicação da *teoria do sacrifício* apenas a casos de lesão à propriedade, negando a extensão da teoria a lesões de bens não enquadráveis nesse tipo de lesão. Porém, destaca que, na ciência jurídica contemporânea, deve-se considerar o alargamento do círculo de proteção para os próprios direitos de personalidade, especialmente *a vida, a saúde e a liberdade*.[103] Ou seja, sempre que um cidadão for especial e anormalmente onerado com um sacrifício pelo bem da sociedade (como é o caso da prisão seguida de absolvição), a proteção jurídica indenizatória será estendida a todos os seus bens, sejam eles pessoais ou patrimoniais.

3.4. Análise dos principais argumentos contrários e favoráveis à responsabilidade do Estado

Considerando a amplitude do tema, e as contribuições tanto da doutrina quanto da jurisprudência, será procedida uma análise em conjunto das mesmas. A organização se dará em argumentos favoráveis e argumentos contrários ao reconhecimento da indenização, buscando-se identificar as principais linhas teóricas. Conforme já alertado anteriormente, a hipótese desse estudo situa-se, de modo geral, no debate acerca da indenização da prisão seguida por sentença absolutória, tema que é majoritariamente tratado no âmbito dos tribunais em casos

101. Art. 462, n. 1: No caso referido no artigo anterior, a sentença atribui ao arguido indemnização pelos danos sofridos e manda restituir-lhe as quantias relativas a custas e multas que tiver suportado.

102. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos* lícitos. Coimbra: Ed. Almedina, 1974. p. 222.

103. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 285-287.

de prisão preventiva. Tais casos guardam diversas similaridades com o problema aqui proposto, razão pela qual serão frequentemente mencionados. Nada obstante, as figuras não se confundem, e serão feitos apontamentos sobre sua diferenciação ao longo do texto.

3.4.1. Argumentos contrários à responsabilização

Primeiramente, cabe registrar que atualmente é difícil definir qual o entendimento majoritário na jurisprudência nacional quanto ao tema. Ainda em 1995, Aguiar Dias reconhecia estar em minoria ao admitir essa hipótese de responsabilidade civil do Estado[104], mas, em virtude da evolução do direito brasileiro, hoje em dia já se menciona um caloroso desenvolvimento por parte da doutrina e um lento avanço na jurisprudência.[105] Destaca-se, também, que alguns autores, ao firmarem posição em um sentido ou em outro, captam o fenômeno apenas sob um de seus aspectos, valendo aqui mencionar a adequada distinção realizada por Vianna, ao analisar separadamente os casos de (i) prisão provisória com absolvição por falta de provas; (ii) prisão provisória com absolvição por falta de provas, mas maculada por erro judiciário; e (iii) prisão provisória com posterior comprovação da inocência do acusado.[106]

O entendimento contrário à indenização por execução provisória seguida de absolvição pode ser sistematizado, basicamente, em três linhas. Para alguns autores, as *hipóteses de responsabilidade civil do Estado são taxativas* e não contemplam a indenização por prisão seguida de absolvição. No julgado encontrado em que se analisou o caso específico da execução provisória de pena, o STF entendeu que *tal medida é tolerada pelo sistema* brasileiro, não havendo ato ilícito. Por fim, outros também adotarão a posição de que *presentes os requisitos para a prisão, não há dano injusto ou ilegal*. Muitas vezes, também, os argumentos são mesclados para compor a justificativa do entendimento.

Para Cavalieri, a legislação brasileira ampliou consideravelmente o poder cautelar do juiz, fazendo com que aumentassem as ações de indenização contra o Estado em virtude dessas medidas. Porém, por se tratar de ato jurisdicional, o Estado só responderia dentro das hipóteses legais: caso fosse provada a ocorrência

104. DIAS, José de Aguiar. Op. cit., v. II, p. 636.

105. Nesse sentido, veja-se GREGORIO, Rita de Cassia Zuffo. Op. cit., p. 94. Importa destacar que, para um melhor detalhamento quanto à definição de qual a posição majoritária, caberia a realização de ampla pesquisa quantitativa sobre o tema.

106. VIANNA, José Ricardo Alvarez. Op. cit., p. 439-447.

de erro judicial, abuso de autoridade ou ilegalidade do ato, não bastando a mera absolvição para o reconhecimento da indenização.[107]

Esse também parece ser o entendimento do STF[108], em especial com o julgamento do RE 690.105/RS[109], em 2012. O caso versava sobre o pedido de indenização de um réu condenado por omissão no recolhimento previdenciário, submetido à execução provisória de pena quando tal medida era admitida, e que posteriormente teve a punibilidade extinta pela ocorrência de prescrição. Em decisão monocrática, o Min. Gilmar Mendes destacou que a jurisprudência do STF é pacífica ao entender que a responsabilidade por atos jurisdicionais ocorre apenas nos casos expressamente previstos em lei, ou então quando comprovada falta objetiva do serviço público da Justiça, utilizando-se como precedente o julgamento do RE 505.393/PE.[110] Na sequência da decisão, afirmou-se também que a execução provisória de pena era prática lícita, expressamente admitida na época, não se caracterizando como ato ilícito.

Esse argumento, inclusive, está em sintonia com considerável parcela da doutrina que não admite a indenização por prisão seguida de absolvição, ao entenderem que, uma vez observados os requisitos para prisão, não há dano injusto ou ilegal a ser indenizado.[111] Nos dizeres de Stoco, somente quando a prisão se transporte para a ilicitude é que poderá ensejar reparação. Ou seja, a prisão cautelar, pelo só fato da prisão, seja temporária, em flagrante ou preventiva, ou, ainda, qualquer outra medida de caráter provisório, não enseja reparação apenas em virtude do indiciado ou acusado ter sido absolvido.[112]

Retomando a análise do julgamento do RE 690.105/RS, não se descuida que a absolvição se deu em virtude de extinção da punibilidade por prescrição

107. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 324. Nesse mesmo sentido, também JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 12. ed., 2016. p. 1221.

108. Veja-se, como exemplo: "A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que, salvo nas hipóteses de erro judiciário e de prisão além do tempo fixado na sentença, [...] não se aplica aos atos jurisdicionais quando emanados de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico" (STF, ARE 770.931/SC, 1ª Turma, rel. Min. Dias Toffoli, j. 19.08.2014).

109. STF, RE 690.105/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 22.11.2012.

110. STF, RE 505.393, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 26.06.2007.

111. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 325; CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 500; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Op. cit., p. 781; COUTINHO, Alessandro Dantas; RODOR, Ronal Kruger. Op. cit., p. 933.

112. STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil...* Título IV, capítulo XII, ponto 9.11.

intercorrente, oportunidade, inclusive, em que se haveria de questionar se tal situação se enquadra no conceito penal de sentença absolutória propriamente dita. A questão que se coloca, porém, é que, nos termos dos argumentos apresentados, e considerando o conhecido brocardo *onde houver a mesma razão, deve haver o mesmo direito*, qualquer pedido de indenização envolvendo a hipótese de absolvição em execução provisória de pena haveria de ser negado pelos argumentos expostos, fosse a absolvição por falta de provas, por prescrição, ou então por negativa de autoria, atipicidade da conduta, reconhecimento do princípio da insignificância ou retroatividade de lei mais benéfica. Por esse motivo, há que se explorar os argumentos utilizados por aqueles que reconheceriam a procedência de tal pedido, de modo a verificar critérios seguros para a sua eventual admissibilidade.

3.4.2. Argumentos favoráveis à responsabilização

Ao longo da presente investigação, constatou-se a existência de diversos autores críticos a uma visão mais restrita sobre a indenização da prisão seguida por absolvição, além de ser verificada uma jurisprudência que começa a se consolidar sob uma outra perspectiva. Alega-se que, além da hipótese de erro judiciário, deve-se admitir a indenização do sujeito preso preventivamente que tenha sido absolvido com juízo negativo de autoria ou ausência de ilicitude em sua conduta.[113] Na sua maioria, utiliza-se uma interpretação mais ampla do art. 5°, inciso LXXV, da Constituição de 1988 para reconhecer o dever de indenizar nesses casos. Nesse sentido, Cahali afirma que não se compreende que, sendo injusta a prisão no que exceder o prazo fixado na sentença condenatória, seja, em tese, menos injusta a prisão do réu que nela é mantido, se ao final vem a ser eventualmente julgada improcedente a denúncia pela sentença absolutória.[114]

Haverá divergência, no entanto, quanto ao fundamento e as justificativas para o reconhecimento dessa hipótese. Para alguns, será operada uma interpretação extensiva do conceito de erro judiciário, para outros a indenização será devida em função do princípio da dignidade da pessoa humana, ou ainda pelo reconhecimento de responsabilidade civil do Estado por ato lícito, entre outras posições. Tais argumentos, então, podem ser sistematizados conforme a seguinte sequência.

113. MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 440; AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Op. cit., p. 39-40.

114. CAHALI, Yussef. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 477.

3.4.3. Interpretação extensiva do conceito de erro judiciário

A posição de adotar uma interpretação extensiva do conceito de erro judiciário para analisar o caso da prisão seguida de absolvição é verificada, basicamente, em dois casos da jurisprudência brasileira: primeiramente, os Recursos Especiais 427.560/TO e 61.899/SP, julgados pelo STJ, e, de modo alternativo, a questão foi levantada pelo Min. Marco Aurélio, do STF, no julgamento do *habeas corpus* 90.645/PE.

O cerne da argumentação pode ser encontrado no voto do Min. Fux no REsp 427.560/TO, em julgamento do ano de 2002, que analisou o caso de um acusado de homicídio, preso por nove meses, posteriormente absolvido pelo Tribunal do Júri, uma vez evidenciado que o crime foi cometido por outra pessoa. Assim, submetida a questão à sua consideração, entendeu que quando o cidadão é preso provisoriamente e depois é absolvido, também se configura situação em que houve erro judiciário. Mencionou-se, também, que esse entendimento encontrava apoio em um precedente julgado pelo STJ no ano de 1996.[115]

No âmbito do STF, a questão foi abordada, em 2007, durante o julgamento do HC 90.645/PE, em que se negou o pedido de liberdade de um réu que alegava que a execução provisória de pena ofendia o princípio da presunção de inocência, ocasião em que os ministros do Supremo rejeitaram a tese. O relator do caso era o Min. Marco Aurélio, que sabidamente é contrário à medida, alertou que, *prevendo a constituição o princípio da não-culpabilidade, todo e qualquer ato contrário a ele consubstancia um erro judiciário,* de modo a desaguar na obrigação de indenizar.[116]

3.4.4. Consagração do princípio da dignidade da pessoa humana

Em face das posições que entendem que tal situação se enquadra no conceito de erro judiciário, alguns autores irão criticar tal entendimento, ao defender que o verdadeiro fundamento da responsabilização se dá pela incidência do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Vianna afirma que, em caso de prisão injusta de um acusado inocente, não é necessária a existência de erro

115. "A absolvição futura revela da ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos". STJ, REsp 61.899/SP, 6ª Turma, rel. Min. Vicente Leal, j. 26.03.1996 (Neste julgado, admitiu-se a possibilidade de detração da pena de crime cometido anteriormente pelo réu que, em outro processo, foi preso provisoriamente e depois absolvido).

116. STF, HC 90.645/PE, 1ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ Acórdão Min. Menezes Direito, j. 11.09.2007.

judiciário para haver direito à indenização, pois poderia haver apenas uma falha do *sistema jurídico processual-penal*, e não um erro judiciário no sentido mais preciso do termo.[117]

Assim, o autor considera que a dignidade da pessoa humana exerce papel relevante no que concerne à justificação dos direitos fundamentais, sendo potencial interpretativo com o objetivo de concretizá-los. Na medida em que a prisão injusta de alguém inocente ofende certos direitos fundamentais, atinge-se por consequência a dignidade da pessoa humana.[118]

Ao julgar, em 2008, um caso de um cidadão que ficou custodiado mais de dois anos (741 dias) e depois foi impronunciado por inexistência de autoria, o STJ também já adotou como fundamento do direito à indenização a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. O caso tinha como relator o Min. Francisco Falcão, que votou pela improcedência do pedido, pois a prisão preventiva teria sido decretada cumprindo todos os requisitos legais. O Min. Luiz Fux, então, abriu divergência, sendo acompanhado pelos demais ministros, deferindo a indenização.

Da leitura do acórdão é possível verificar a conclusão de que o direito à liberdade compõe a gama dos direitos humanos, sendo que sua proteção e exigibilidade decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual inclui a ampliação da responsabilidade estatal não só para casos de erro judiciário, mas também de hipóteses de prisão provisória injusta, embora formalmente legal.[119] Registra-se, também, que o mesmo entendimento é repetido por Moreira Neto, em seu *Curso de Direito Administrativo*.[120]

3.4.5. Amplitude das hipóteses de responsabilização

Como é possível perceber na jurisprudência, o julgamento do RE 505.393/PE costuma ser citado como o grande precedente do STF em relação à matéria de responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. De fato, utiliza-se o trecho da ementa em que se afirma a regra geral de irresponsabilidade do Estado por tais atos, para dizer que a Constituição prevê a indenização apenas em caso

117. VIANNA, José Ricardo Alvarez. Op. cit., p. 449-450.

118. VIANNA, José Ricardo Alvarez. Op. cit., p. 451-454.

119. STJ, REsp 872.630/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Francisco Falcão, rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, j. 13.11.2007.

120. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014. p. 652.

de erro judiciário e prisão além do tempo fixado na sentença, ou então de falta objetiva do serviço público da Justiça. Assim, a hipótese de indenização por prisão seguida de absolvição não estaria acobertada pelas taxativas hipóteses legais e constitucionais.

Porém, não parece ser essa a orientação quando se analisa mais detalhadamente o caso. O recorrido, à época dos fatos, era Reitor da Universidade Federal Rural de Pernambuco, sendo preso preventivamente, com grande alarde, pela suposta prática, em coautoria, de peculato doloso. No primeiro grau, a sentença classificou a imputação como peculato culposo, com pena de sete meses de detenção, a qual foi reduzida para seis meses pelo Tribunal Federal de Recursos. A condenação transitou em julgado em 07.08.1989, até que, em 14.01.1991, sobreveio decisão do Tribunal de Contas da União isentando o condenado da responsabilidade pelos fatos em questão, razão pela qual foi concedida a *revisão criminal*.

Ocorre que, proposta a ação de indenização por tais fatos, o autor requereu dois pedidos de reparação: (i) pela condenação desconstituída em revisão criminal; e (ii) pelo período em que esteve preso preventivamente. Assim, o debate nos autos, desde a primeira instância, centrou-se no fato de que o art. 630 do CPP exigiria, ou não, a prova de dolo ou culpa do magistrado para conferir a indenização, além da inadmissibilidade da indenização por prisão preventiva.

O voto do relator, Min. Sepúlveda Pertence, seguido pela maioria da Turma, procurou analisar de modo mais profundo os argumentos sobre a responsabilidade em caso de revisão criminal (art. 630 do CPP), afirmando o entendimento de que se trata de responsabilidade objetiva, amparada pelo comando do art. 5°, inciso LXXV, da Constituição de 1988. Ao final, porém, afirmou que teria outras considerações a fazer sobre o problema da prisão preventiva, mas deixou claro que existem outras hipóteses de indenização, tanto por decisões errôneas quanto por *faute du service*, de modo que não há barreiras para a discussão da matéria.

Ou seja, a partir da análise do próprio precedente utilizado sobre o tema, percebe-se que o problema da prisão preventiva seguida de absolvição também foi abordado, ainda que subsidiariamente, deixando aberta a admissibilidade da indenização em tais casos. Utilizá-lo, portanto, como o caso paradigma que teria assentado a *taxatividade das hipóteses de indenização,* de modo a afastar a reparação da prisão preventiva, parece uma análise restritiva do caso. Diante dos termos do voto do Min. Sepúlveda Pertence, afigura-se razoável afirmar que se teria admitido uma *amplitude das hipóteses de indenização*, de modo que essa amplitude abarcaria também a indenização da prisão seguida de absolvição.

3.4.6. Responsabilidade civil do Estado por ato lícito

Um dos principais argumentos utilizados para afastar a responsabilidade do Estado no caso foi a licitude do ato praticado, seja pela aceitabilidade da execução provisória de pena pelo sistema, seja pelo cumprimento dos requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. Diante disso, diversos autores vão se contrapor à ideia, afirmando que a questão deve ser analisada sob o prisma da responsabilidade civil do Estado por ato lícito.

Um dos primeiros a escrever sobre o tema foi Aguiar Dias, na sua clássica obra *Da Responsabilidade Civil*. Afirma que, em sentido mais amplo, a definição de erro judiciário também alcança a prisão preventiva injustificada, pois *o que é preciso, e deve ser conseguido, sem excessivo amor às fórmulas, é conceder a reparação à vítima do erro judiciário*. Assim, o fundamento da reparação não seria o ato ilícito, mas o risco social, por meio do princípio da igualdade diante da lei.[121]

Na mesma linha, Hentz defendeu que o art. 5º, inciso LXXV, da Constituição inaugurou um princípio geral de indenização da prisão indevida, o qual englobaria toda a prisão que não tenha correspondência com a sentença condenatória definitiva. Ademais, o autor registra que o erro judiciário não depende da verificação de prisão, e a prisão indevida não decorre necessariamente de um erro de julgamento. Assim, observa que a proteção da coletividade e a efetividade da persecução penal justificam o risco das modalidades de prisões provisórias, de modo que, ao se analisar o pedido de indenização, não se pode focar apenas na atuação do agente público, pois o Estado (presentes os requisitos legais) podia efetuar a restrição da liberdade do sujeito. Assumiu, portanto, a responsabilidade pela prática de um ato lícito, pois a coletividade, que se beneficia pelo risco assumido, fica também sujeita a responder por eventuais violações de direitos fundamentais (entre eles, a própria liberdade). Impera, portanto, o princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos, ainda que a responsabilidade seja proveniente de um ato lícito.[122]

Na obra *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional,* Nery Jr. e Andrade Nery vão além, e ainda afirmam que a indenização não se restringiria à absolvição do réu com juízo negativo de autoria, mas também quando houver absolvição por ausência de provas, pelo princípio *in dubio pro reo*. Os autores defendem que tal hipótese não está vinculada à responsabilidade por erro judiciário ou

121. DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil...*, v. II, p. 640-641.

122. HENTZ, Luiz Antonio Soares. *A responsabilidade do Estado por Prisão Indevida,* 1996. Disponível em: [www.academus.pro.br/professor/luizhentz/responsabilidade.htm]. Acesso em: 16.12.2017.

prisão por excesso de tempo, sob pena de criar exceção à regra da responsabilidade objetiva do art. 37, § 6º, da Constituição. Decorre, portanto, de uma responsabilidade por ato lícito, similar à indenização devida em razão da desapropriação do art. 5º, inciso XXIV, da Constituição.[123-124]

Registre-se que o entendimento de que a prisão provisória seguida de absolvição se enquadra no conceito de responsabilidade civil por ato lícito, em respeito ao princípio da igualdade na distribuição dos encargos públicos, é constantemente verificado na doutrina em outros países. Assim, como foi possível observar anteriormente em Portugal, com Canotilho[125], e na França, com Chapus[126] e Rivero.[127]

3.4.7. Responsabilidade civil processual do Estado

Em uma outra ordem argumentativa, os defensores públicos Camelo e Passadore vão alegar que o Estado deve indenizar o preso cautelar posteriormente absolvido com fundamento na responsabilidade civil objetiva pelas medidas cautelares deferidas no processo.[128] Ou seja, advertem que não se trata de indenização com base no art. 5º, LXXV, da Constituição, mas sim a aplicação do art. 302 do Código de Processo Civil, uma vez tal dispositivo afirmar que *a parte autora responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se a sentença lhe for desfavorável*.

A análise de tal argumento deve ser realizada com muita cautela, uma vez que os autores utilizam a simples transposição de um dispositivo do Código de Processo Civil para a lógica do Processo Penal, matéria que demandaria, por si só, um estudo específico. Porém, aberta certa margem de argumentação nesse

123. ANDRADE NERY, Rosa Maria de; NERY JR., Nelson. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. 2. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Ed. RT, 2017. Ponto 104.

124. Nesse mesmo sentido, defendendo a responsabilidade por ato lícito e a aplicação também à absolvição por falta de provas, no direito português, veja-se AFONSO, Tiago Manuel de Lourenço. Op. cit., p. 17-35.

125. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 222.

126. CHAPUS, René. Op. cit., p. 899-900.

127. RIVERO, Jean. Op. cit., p. 343.

128. CAMELO, Fabíola Parreira; PASSADORE, Bruno de Almeida. *Estado deve indenizar preso cautelar posteriormente absolvido*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-jun-13/tribuna-defensoria-estado-indenizar-preso-cautelar-posteriormente-absolvido]. Acesso em: 16.12.2017.

sentido, é possível vislumbrar também uma análise da responsabilidade processual no caso do *cumprimento provisória de sentença*. Tal comparação, inclusive, foi feita no próprio julgamento do HC 126.292/SP, que instituiu, no âmbito criminal, a execução provisória de pena.

No âmbito civil, o Código de Processo Civil de 2015 dispôs, em seu art. 520, sobre o cumprimento provisório da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa. O dispositivo estabelece que tal medida corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, o qual fica obrigado a reparar os danos em caso de reforma da decisão.

Diante dele, o Min. Ricardo Lewandowski, em seu voto, demonstrou a preocupação de que o sistema jurídico sempre dera maior valor à propriedade do que à liberdade. Tal desigualdade de tratamento poderia ser verificada na relação entre a execução provisória, os direitos de propriedade e a defesa da liberdade, posto que, em se tratando de direito de propriedade, o legislador pátrio se cercou de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, por meio da restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior pelos Tribunais Superiores. Porém, quanto à defesa da liberdade, finaliza com a seguinte reflexão:

> Vejam Vossas Excelências, com todo o respeito, [...] há uma certa disparidade, há uma certa incongruência ante o novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor dentro de poucos dias, no dia 16 de março vindouro.
>
> Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo.[129]

3.4.8. Uma provocação: sobre o conceito de sentença

Como já se afirmou em diversas oportunidades, o art. 5º, LXXV, da Constituição reconhece a responsabilidade objetiva do Estado para indenizar *o condenado que ficar preso além do tempo fixado na sentença*. De fato, sabe-se que o objetivo original da norma era garantir um mínimo de reparação às pessoas que efetivamente permaneciam encarceradas por períodos maiores do que aquele definido em suas respectivas guias de recolhimento ou cartas de execução penal (art. 105 da Lei de

129. STF, HC 126.292/SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.2016.

Execução Penal), geralmente por falha do serviço. Porém, a questão que se coloca é a seguinte: *qual o conceito de sentença utilizado pelo dispositivo e a que ele se refere?*

Para Pacelli, a decisão que extingue o processo e aprecia o mérito da pretensão punitiva é a sentença, que pode ser absolutória, condenatória ou, ainda, absolutória imprópria, nos casos de medida de segurança aplicada a inimputável. Cite-se também a absolvição sumária, que ocorre de forma antecipada, mas igualmente se aprecia o mérito dos casos.[130]

A partir da obra *Vocabulário Jurídico,* de Plácido e Silva, observa-se que a sentença sempre decide, ou julga, a questão ou a causa trazida ao conhecimento do juiz, e, consoante sua espécie, autoridade prolatora, momento em que se profere, ou conforme seu conteúdo, ela será nomeada sob diferentes formas.[131] Assim, Prata, Veiga e Vilonga irão definir que sentença é a decisão final de um litígio proferida pelo juiz, sendo que quando for oriunda de um tribunal coletivo será designada *acórdão*.[132]

Agora, considerando o caso da execução provisória de pena, claro está que o réu será preso em virtude de uma sentença condenatória, mantida por um tribunal de segunda instância, em virtude da ausência de efeito suspensivo para os recursos especial e extraordinário. Porém, sobrevindo uma decisão absolutória por parte do STJ ou STF, pode-se considerar que foi emitida uma nova "sentença" no processo, e dessa vez sem nenhuma previsão de tempo de pena, porque se trata de absolvição.

Se, em um exercício hermenêutico, o intérprete optar por analisar tais fatos sob a ótica do art. 5º, inciso LXXV, da CF seria possível aplicar o conceito de sentença ali utilizado para considerar a decisão absolutória ao final do processo em que se operou a execução provisória de pena? Caso a resposta seja afirmativa, seria possível dizer, então, que o tempo de encarceramento do réu terá excedido o que foi fixado na sentença, uma vez que se operou uma sentença absolutória, fazendo jus à indenização.

4. Considerações finais

Diante do percurso traçado pela doutrina e jurisprudência pátria, entende-se que é possível adotar a posição pelo reconhecimento da responsabilidade civil

130. PACELLI, Eugênio. Op. cit., p. 291-292.

131. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 1277.

132. PRATA, Ana; VEIGA; Catarina; VILALONGA; José Manuel. *Dicionário Jurídico* – Direito Penal e Direito Processual Penal. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 461.

do Estado em caso de execução provisória de pena seguida de absolvição a partir de uma interpretação extensiva do art. 5º, inciso LXXV, da Constituição de 1988. Afigura-se, pois, razoável o argumento de Stoco ao afirmar que a regra constitucional não é taxativa, porque a mesma estabelece princípios, e não casuísmos[133], aceitando-se, assim, a afirmação de Hentz de que a referida norma constitui um princípio geral de indenização da prisão indevida, o qual englobaria toda a prisão que não tenha correspondência com a sentença condenatória definitiva.[134]

O argumento de que a execução provisória de pena é aceita pelo sistema brasileiro, sendo medida legítima que exime de qualquer dever de indenizar por se tratar de ato lícito, nos termos como foi exposto, não parece suficiente para afastar a responsabilidade civil do Estado. Com base na doutrina majoritariamente encontrada pela presente investigação, o fundamento do dever de indenizar baseia-se na responsabilidade civil do Estado por ato lícito, de modo a concretizar o princípio da igualdade de distribuição dos encargos públicos, o qual não tem aplicação apenas quanto aos direitos patrimoniais, mas também à garantia da liberdade.

Nada obstante à aplicação imediata de tal preceito, recomenda-se um maior detalhamento dos dispositivos vigentes na legislação brasileira, seguindo a tendência internacionalmente verificada de regulamentar a matéria. O art. 225 do Código de Processo Penal português, fruto de recente reforma no ano de 2007, pode fornecer um parâmetro de redação apto a garantir maior segurança jurídica nos julgamentos sobre tal responsabilidade.

Assim colocada a questão, entende-se que o modelo proposto teria como requisitos a *gravidade do dano* e o *juízo negativo de autoria ou ausência de ilicitude em sua conduta*. Outro requisito que poderia ser utilizado, inspirando-se na jurisprudência francesa, seria restringir a indenização quando a pessoa também está, ao mesmo tempo, detida por outra causa.[135] O requisito da gravidade do dano justifica-se em virtude das críticas de alguns autores[136], contrários ao reconhecimento da proposta, que argumentam que, ao admitir a responsabilidade do Estado em tais casos, estaria comprometida a prestação jurisdicional, uma vez que o simples fato de ser investigado ou processado poderia gerar uma condenação ao Estado.

133. STOCO, Rui. Op. cit., p. 99.

134. HENTZ, Luiz Antonio Soares. *A responsabilidade do Estado por Prisão Indevida*. 1996. Disponível em: [www.academus.pro.br/professor/luizhentz/responsabilidade.htm]. Acesso em: 16.12.2017.

135. CNRD, 20 septembre 2010, 9*C-RD.069*

136. COUTINHO, Alessandro Dantas; RODOR, Ronal Kruger. Op. cit., p. 933; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Op. cit., p. 781.

De fato, o dano deve ser grave, configurando-se desproporcional a comparação entre a gravidade de uma prisão indevida e simples esclarecimentos prestados à Justiça no âmbito do processo.

Com o segundo requisito, restariam excluídos das hipóteses de indenização os casos de absolvição por falta de provas e pelo reconhecimento da prescrição, evitando-se o risco de se indenizar um sujeito eventualmente culpado. Nada obstante, a eleição desse requisito não elimina outros problemas que podem ser encontrados. Assim, permanecem alguns questionamentos: *teria direito à indenização o réu absolvido pelo princípio da insignificância? E o réu que, nas Cortes Superiores, obteve o reconhecimento da nulidade do processo?* Ainda que tal debate ainda careça de maior visibilidade, é possível vislumbrar uma eventual solução por meio de uma definição mais precisa do conceito de *culpabilidade*, tomando por base a doutrina de direito penal.

O modelo proposto, portanto, procura reduzir a disparidade entre a tutela da propriedade e a tutela da liberdade, conforme alertado por Lewandowski.[137] Assim, ao menos em parte, seria evitado que a "expropriação da liberdade" tenha um tratamento mais desfavorável que a expropriação da propriedade.[138] Afinal, a indenização da privação injusta da liberdade não constitui um favor ou esmola, mas um direito decorrente do princípio da igualdade.[139]

5. Referências

AFONSO, Tiago Manuel de Lourenço. *A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por acto da Função Jurisdicional*. Universidade do Porto. 2013. Disponível em: [repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/16850]. Acesso em: 11.12.2017.

AGUIAR JR., Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Revista Ajuris*, v. 59, 1993.

ALEMANHA. *Lei de Compensações no Processo Penal*. Disponível em: [www.gesetze-im-internet.de/streg/BJNR001570971.html]. Acesso em: 09.12.2017.

AMARAL, Thiago Bottino do. Memorial de *Amicus Curiae* nos autos das Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44. *IBCCCrim*. 2016.

AMARAL, Thiago Bottino do. Os problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena. Disponível em: [www.jota.info/colunas/supra/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena-18022016]. Acesso em: 07.11.2017.

137. STF, HC 126.292/SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.2016.

138. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 222.

139. DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, v. II, p. 640-641.

AMARAL, Thiago Bottino do. Relatório Final Projeto Panaceia universal ou remédio constitucional? *Habeas corpus* nos Tribunais Superiores, 2014. Disponível em: [direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/relatorio_final_pesquisa_hc_ipea-mj_-_junho_-_2014_-_para_publicacao.pdf]. Acesso em: 21.11.2017.

ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ÁUSTRIA. *Lei de Compensação de Direito Penal*. Disponível em: [www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20003749]. Acesso em: 09.12.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Absolvição de réus condenados em segunda instância é de 0,62% no STJ. Disponível em: [www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Notícias/Absolvição-de-réus-condenados-em-segunda-instância-é-de-0,62%25-no-STJ]. Acesso em: 05.02.2018.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 1. ed. em e-book baseada na 5. ed. impressa. São Paulo: Ed. RT.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

CAMELO, Fabíola Parreira; PASSADORE, Bruno de Almeida. Estado deve indenizar preso cautelar posteriormente absolvido. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-jun-13/tribuna-defensoria-estado-indenizar-preso-cautelar-posteriormente-absolvido]. Acesso em: 16.12.2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos* lícitos. Coimbra: Almedina, 1974.

CASTRO, Alexandre Samy de. O método quantitativo na pesquisa em direito, 2017. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/320772695_O_metodo_quantitativo_na_pesquisa_em_direito]. Acesso em: 20.11.2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 5. ed. Paris: Ed. Montchrestien, 1990. t. I.

COUTINHO, Alessandro Dantas; RODOR, Ronal Kruger. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Método, 2015.

CRETELLA JR., José. *Direito administrativo comparado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017.

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. II.

DOMENECH-PASCUAL, Gabriel. El Error De La Responsabilidad Patrimonial Del Estado Por Error Judicial. *Revista de Administración* Pública, 199, 2016.

Disponível em: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2776998]. Acesso em: 23.12.2017.

DOMENECH-PASCUAL, Gabriel. Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a um inocente sin compensación? *Revista para el analisis del derecho*, Barcelona, 2016. p. 29. Disponível em: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2696988]. Acesso em: 12.10.2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

FRANÇA. Cour de Cassation. *La réparation de la détention provisoire*: explications. Disponível em: [www.courdecassation.fr/autres_juridictions_commissions_juridictionnelles_3/commission_nationale_reparation_detentions_620/reparation_detention_provisoire_explications_11885.html]. Acesso em: 10.12.2017.

FRANÇA. *Rapport d'activités 2012*. Disponível em: [www.courdecassation.fr/autres_juridictions_commissions_juridictionnelles_3/commission_nationale_reparation_detentions_620/rapports_activite_4151/rapport_activites_2012_26751.html]. Acesso em: 10.12.2017.

FRANÇA. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*. Disponível em: [www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789]. Acesso em: 22.12.2017.

FRANCO, João Honório de Souza. *Indenização do erro judiciário e prisão indevida*. Tese (Doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22042013-085935/es.php]. Acesso em: 27.10.2017.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. *Execução provisória da pena*: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 84.078. p. 453-477. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral*: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

GREGORIO, Rita de Cassia Zuffo. *A responsabilidade civil do Estado Juiz*. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11112011-111330/pt-br.php]. Acesso em: 21.10.2017.

HARTMANN, Ivar A. et al. *O Impacto No Sistema Prisional Brasileiro Da Mudança De Entendimento Do Supremo Tribunal Federal Sobre Execução Da Pena Antes Do Trânsito em Julgado no HC 126.292/SP* – Um Estudo Empírico Quantitativo. Disponível em: [ssrn.com/abstract=2831802]. Acesso em: 21.11.2017.

HARTMANN, Ivar A. *Execução provisória da pena*: defendendo os 2%. Disponível em: [jota.info/colunas/supra/execucao-provisoria-da-pena-defendendo-os-2-06092016]. Acesso em: 21.11.2017.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. *A responsabilidade do Estado por Prisão Indevida*, 1996. Disponível em: [www.academus.pro.br/professor/luizhentz/responsabilidade.htm]. Acesso em: 02.11.2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

LIMA, Thais. *Execução antecipada da pena e o mercado de estatísticas*: uma resposta aos números da FGV. Disponível em: [jota.info/colunas/a-defesa/defesa-execucao-antecipada-da-pena-e-o-mercado-de-estatisticas-03102016]. Acesso em: 21.11.2017.

MAFFINI, Rafael. Responsabilidade civil do Estado por dano moral e a questão da prioridade da reparação *in natura*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 274, p. 209-234, maio 2017. ISSN 2238-5177. Disponível em: [bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/68747]. Acesso em: 07.11.2017.

MESQUITA, Maria José Rangel de. Âmbito e pressupostos da responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional. *Revista do CEJ*, Lisboa, n. 11, 2009.

MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil* – Responsabilidade Civil. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*: da persuasão à vinculação. São Paulo: Ed. RT, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Ed. RT, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PRATA, Ana; VEIGA. Catarina; VILALONGA. José Manuel. *Dicionário Jurídico* – Direito Penal e Direito Processual Penal. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Ed. Almedina, 1981.

RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 3. ed. Paris: Ed. Dalloz, 1965.

SALGUEIRO, Ângela dos Anjos Aguiar et al. *Ordenações Filipinas*. Disponibilizadas pelo Instituto de História e Teoria das Ideias da Universidade de Coimbra em: [www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p663.htm]. Acesso em: 12.10.2017.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STOCO, Rui. Responsabilidade do Estado Por Erro Judiciário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, jan.-mar. 1998.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 2. ed. em e-book baseada na 10. ed. impressa. São Paulo: Ed. RT, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *"Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional"*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado]. Acesso em: 07.11.2017.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Erro Judiciário e sua responsabilização*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Competência originária para a execução penal, de Roberto Luis Luchi Demo – *RT* 850/462-476 (DTR\2006\548); e
- Garantismo penal e presunção de inocência: uma análise do habeas corpus 126.292, de Emetério Silva de Oliveira Neto – *RBCCrim* 142/133-170 (DTR\2018\10713).

Contribuição dos laudos periciais em uma possível cena de crime montada: um estudo de caso

Contribution of pericial awards in a possible staged crime scene: a case study

Reginaldo Inojosa Carneiro Campello

Doutor em Odontologia (2010). Mestre em Odontologia (2005). Especialista em Cirurgia e Traumatologia Bucomaxilofacial (1984). Aperfeiçoamento em Formação Profissional de Médico Legista (1987). Graduado em Medicina (1983). Graduado em Odontologia (1980). Professor Adjunto de Medicina Legal e Odontologia Legal da Universidade de Pernambuco. Coordenador do Mestrado de Perícias Forenses (FOP-UPE). Médico legista aposentado do Instituto Médico-Legal Antonio Persivo Cunha (PE) (2013).
rinojosacc@hotmail.com

Adriana Conrado de Almeida

Professora Adjunta da Universidade de Pernambuco. Doutora em Saúde Materno Infantil (2012). Mestre em Saúde Pública (2007). Especialista em Docência na Saúde (2015). Especialista em Educação Profissional (2003). Especialista em CTI para Enfermagem (1994). Graduada em Habilitação em Enfermagem Médico-Cirúrgica (1993). Graduada em Enfermagem (1990).
aconradoalmeida@yahoo.com.br

Maria Izabel Cardoso Bento

Mestranda em Perícias Forenses pela Faculdade de Odontologia da Universidade de Pernambuco). Aperfeiçoamento em Cirurgia Bucomaxilofacial (2016). Graduada em Odontologia pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB (2015). Cirurgiã-Dentista regulamentada pelo Conselho Regional de Odontologia da Paraíba.
cardosobel@outlook.com

Maria do Socorro Orestes Cardoso

Professora Adjunta da Universidade de Pernambuco. Graduada em Filosofia (2015). Graduada em Pedagogia (2010). Doutora em Odontologia (2002). Mestre em Odontologia (1999). Aperfeiçoamento em Metodologia do Trabalho Científico (1993). Especialista em Odontopediatria (1979). Graduada em Odontologia (1977).
socorroorestes@yahoo.com.br

Recebido em: 22.01.2018
Aprovado em: 30.03.2018
Última versão do(a) autor(a): 22.04.2018

Campello, Reginaldo Inojosa Carneiro; Almeida, Adriana Conrado de; Bento, Maria Izabel Cardoso; Cardoso, Maria do Socorro Orestes. Contribuição dos laudos periciais em uma possível cena de crime montada: um estudo de caso. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 149. ano 26. p. 119-139. São Paulo: Ed. RT, novembro 2018.

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: No Estado de Pernambuco, em maio de 2003, ocorreu um duplo homicídio conhecido como o caso Serrambi. Realizou-se a primeira necropsia em ambos os corpos e duas pessoas foram indiciadas. O Ministério Público (MP) de Pernambuco achou que as provas que incriminavam essas pessoas eram pouco consistentes e, então, solicitou um maior esclarecimento dos fatos, nomeando três peritos e dois assistentes técnicos, resultando em dois laudos e um parecer. O presente trabalho buscou, em uma análise qualitativa, realizar um estudo desse caso, utilizando o primeiro laudo, o segundo laudo e o parecer. Os resultados mostraram várias divergências entre os laudos o parecer em relação à trajetória e trajetos dos tiros e, analisando as fotos do primeiro laudo, foram identificadas imagens sugestivas de estrangulamento em uma das vítimas, estando essa evidência ausente tanto nos laudos como no parecer. A partir disso, fica clara a importância de um exame minucioso para a elaboração de um laudo médico-legal, em que todos os achados são pertinentes e devem ser registrados para responder aos quesitos e chegar à elucidação do caso, sendo, no caso estudado, a partir das análises dos relatórios (dois laudos e um parecer), um grande indicativo de cenário de local de crime montado.

Palavras-chave: Prova pericial – Odontologia legal – Medicina legal – Direito penal – Homicídio.

Abstract: In the State of Pernambuco, in May 2003, a double homicide occurred, known as the Serrambi case. The first necropsy was performed on both bodies and two people were indicted. The Public Prosecutor's Office of Pernambuco found that the evidence that incriminated these people was inconsistent and then requested further clarification of the facts, appointing three experts and two technical assistants, resulting in two reports and one opinion. The present work sought, in a qualitative analysis, to carry out a study of this case, using the first report, the second report and the opinion. The results showed several divergences between the reports and the opinion regarding the trajectory and routes of the shots and, analyzing the photos of the first report, images suggestive of strangulation in one of the victims were identified, being this evidence absent both in the reports and in the opinion. And, from this, it is clear the importance of a detailed examination for the elaboration of a medical-legal report, where all the findings are pertinent and must be registered to answer the questions and arrive at the elucidation of the case, being, in the case studied, based on the analysis of the reports (two reports and opinion), a great indication of the scene of a crime scene.

Keywords: Expert testimony – Forensic dentistry – Forensic medicine – Criminal law – Homicide.

Sumário: 1. Introdução. 2. Materiais e métodos. 3. Resultados. 4. Discussão. 5. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A "cena do crime" ocupa um lugar de destaque na encenação da realidade contemporânea pela mídia. Marcas de giz são traçadas no chão, resíduos coletados em sacos de plástico e traços de pneus ou impressões de sapatos fotografados para futura análise. Objetos aparecem como pistas, evidências ou provas possíveis de um evento passado, inscrito no vazio do cenário e que deixa as marcas de sua ausência. Mesmo que a montagem aponte para uma possibilidade de

reconstrução ficcional (drama passional, latrocínio, assassinatos em série?) nenhuma resposta é oferecida, o que se evidencia é o que não está mais aí (SCHØLLHAMMER, 2012).

A Constituição Brasileira de 1988, o Código de Processo Penal (CPP) e a Súmula 605 do Supremo Tribunal Federal (STF) considera que o ato de matar alguém (homicídio) é considerado um crime contra a pessoa (ABREU FILHO, 2011). Sendo o crime de homicídio um delito de fato permanente (*delicta facto permanentis*), o qual deixa vestígios (CURIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2016).

> No sentido técnico-processual, o exame de corpo de delito é um conjunto de modificações físicas do mundo exterior provocado pela ação delituosa" (GRECO FILHO, 2015, p. 245).
>
> Para França (2015, p. 16) o corpo de delito direto "quando realizados pelos peritos sob vestígios de inflação existentes e corpo de delito indireto quando, não existindo esses vestígios materiais, a prova é suprida pela informação testemunhal.

Para o direito processual penal brasileiro, existe o princípio da livre apreciação das provas, em que não existe hierarquia entre as provas materiais, técnicas e pessoais. Nos casos de assassinatos, também são consideradas diretas aquelas provas técnico-periciais que não são extraídas diretamente dos corpos das vítimas e que terminologicamente não são capazes de atestar a causa da morte. E, apesar de não atestarem a causa da morte ou a morte propriamente dita, esses vestígios coletados no local de crime são relevantes, importantes e, em alguns casos, essenciais na formação do juízo de valor dos operadores do direito (FRANÇA, 2015).

O art. 158 do Código de Processo Penal (CPP) estabelece que "Art. 158. Quando a infração deixar vestígios será indispensável o exame do corpo delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado" e, ainda, o art. 159 do CPP prevê a indicação de assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência (ABREU, 2011).

O produto do trabalho do perito, por sua vez, é denominado de relatório pericial, aqui entendido como o registro escriturado minudente de todos os fatos de natureza específica e caráter permanente, pertinentes a uma perícia. Se o relatório é ditado diretamente ao escrivão, na presença de testemunhas, chamar-se-á auto, e, se redigido posteriormente pelos peritos, ou seja, após suas investigações e consultas a literatura ou a tratados especializados, recebe o nome de laudo, mais especificamente, laudo pericial (PERES, 2007).

Ainda, para França (2015, p. 34), o parecer médico-legal é a definição do valor científico de determinado fato, dentro da mais exigente e criteriosa técnica

médico-legal, principalmente quando esse parecer esta alicerçado na autoridade e na competência de quem o subscreve como capaz de esclarecer a dúvida constitutiva da consulta.

A Perícia é uma diligência realizada ou executada por peritos a fim de esclarecer ou evidenciar certos fatos. Pode ser entendida como a investigação, o exame, a verificação da verdade ou realidade de certos fatos por pessoas que tenham habilitação profissional e reconhecida experiência quando a matéria é idoneidade moral. O perito é uma pessoa que, pelas habilitações e qualidades especiais, instrui os autos no que tange à averiguação dos fatos dando subsídios para que o Juiz os julgue com sabedoria. Ao perito cabe oferecer elementos técnicos, devendo assim, no seu processo de trabalho, mostrar imparcialidade (CABRAL, 2003).

Parecer médico-legal é constituído de toda as partes do relatório, com exceção da descrição e, assim, a discussão e a conclusão passam a ser os pontos mais importantes deste documento (FRANÇA, 2015). Considerada então a importância do laudo no processo decisório, o perito precisa realizar seu trabalho com atenção, preocupando-se em não ser tendencioso nas respostas aos quesitos e em não pender para qualquer uma das partes envolvidas (SÁ, 2009).

No Brasil e no mundo, o crime tem crescido de forma significante, devido principalmente à ausência do Estado no cumprimento do seu papel de garantidor da lei e da ordem. Para combatê-lo e reprimi-lo, a perícia, materializada nos laudos pericias elaborados por peritos, surge como importante ferramenta de inteligência (NEVES JÚNIOR; MOREIRA, 2011). Embora "o magistrado não está adstrito ao laudo pericial, podendo firmar sua convicção com base na narrativa dos autos e em outros documentos a eles acostados, afinal, ele é sempre o perito dos peritos", ou o *peritus peritorum* (STJ, Min. Ricardo Lewandowski, HC 120.052/SP). Mas a utilização de várias fontes de informações obtidas através das provas diretas e indiretas no inquérito produz provas robustas e consistentes.

Nesse contexto, as perícias forenses tiveram expansão muito significativa nos últimos anos, desempenhando papel de extrema relevância na tomada de decisões no campo jurídico.

Para esclarecer a justiça dos problemas que lhe são pertinentes, a perícia se utiliza, então, de um conjunto de indagações realizadas em pessoas, em cadáveres, em animais e em coisas e, por esse motivo, não deve ser entendida como um simples meio de prova, mas como um elemento subsidiário, emanado de um órgão auxiliar da justiça para valoração da prova ou solução da prova destinada à descoberta da verdade (MIRABETE, 2003).

Em Pernambuco, no dia 3 de maio de 2003, houve um duplo homicídio em Serrambi, onde os corpos foram encontrados pelo genitor de uma das vítimas,

no canavial próximo a estrada de Serrambi, município de Ipojuca em Pernambuco, no dia 12 de maio de 2013. No dia 13 de maio de 2003 foi realizada a primeira necropsia e duas pessoas foram indiciadas. O Ministério Público do Estado de Pernambuco, não satisfeito com o resultado do inquérito policial, pois achava as provas que incriminavam tais indiciados eram pouco consistentes, solicitou, então, o esclarecimento dos fatos. Uma nova perícia, em novembro de 2003, foi acatada pela Justiça de Pernambuco, que nomeou três peritos e dois assistentes técnicos do Ministério Público de Pernambuco, quando houve exumação dos corpos e, mesmo com levantamento de novas provas que não tinham sido levantadas no primeiro laudo, a polícia manteve o indiciamento das duas pessoas mencionadas anteriormente, os quais foram a Júri popular no dia 2 de setembro de 2010, em que foram absolvidos com base nas novas perícias/parecer.

Para melhor compreensão dos fatos, faz-se necessário definir o que é perícia e laudo, parecer e corpo delito. Magalhães (1998) menciona que a "perícia [...] é um meio necessário, que tem como objetivo a extração de provas ou opinião para orientar uma autoridade [...] em julgamento ou desfazer conflitos, controvérsias e dúvidas entre pessoas". D'Auria (1962), por sua vez, ao analisar a questão da perícia a define como conhecimento e experiência das coisas; sendo função pericial, portanto, ao examinar coisas e fatos, reportar sua autenticidade, opinando sobre as causas, essência e efeitos na matéria examinada. Tal função deve, porém e segundo Zanluca (2005, p. 3), constituir um conjunto de procedimentos técnicos e científicos de forma a levar, à instância decisória, os elementos de prova necessários à justa solução do litígio, mediante laudo pericial e/ou parecer pericial, em conformidade com as normas jurídicas e profissionais (FAGUNDES et al., 2008).

Diante da importância da perícia e do perecer foi possível construir novas provas, fato esse que motivou a analisar o duplo homicídio de Serrambi, sob a ótica dos dois laudos e do parecer. Nesse contexto, este estudo objetivou apresentar os principais achados pelos peritos envolvidos no caso Serrambi, colocando em evidência, a partir da sua interpretação, o papel de destaque que assumiu os laudos periciais no desfecho do evento criminoso.

2. Materiais e métodos

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, com coleta de dados secundários (documentos) através de um Estudo de Caso. Considera-se como Estudo de Caso uma investigação empírica que aborda um fenômeno contemporâneo dentro do seu contexto da vida real, especialmente quando os limites entre os fenômenos e o contexto não estão claramente definidos (YIN, 2015).

É uma categoria de pesquisa cujo objeto é uma unidade que se analisa profundamente de um ou poucos objetos, possibilitando um amplo e detalhado conhecimento, aproximação da realidade social, não conseguida pela análise estatística, através de resultados que ainda não sofreram um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetos da pesquisa (GIL, 2009).

O estudo de caso foi do duplo homicídio em Serrambi, em 2003, tendo as unidades de análises: o primeiro laudo, segundo laudo e o parecer, com as seguintes subunidades de analises: causa da morte e instrumentos que provocaram lesões; exames antropológicos (idade, sexo, cor da pele); exame odontolegal; exame toxicológico; reação vital; fotos das vítimas; composição da pólvora no local do ferimento; trajetória e trajeto. Entende-se por:

- Exame Antropológico: aquele realizado para determinação do sexo, idade e cor da pele. Para identificação do sexo utilizou-se os ossos do crânio (Método de Galvão), ossos da pelve e ossos da mandíbula (Método Oliveira); e para idade, espessura da tábua óssea do crânio para avaliação das sinostose da cabeça e transluminescência do crânio. Para identificação da cor da pele foi utilizada a radiografia do crânio em perfil lateral, dos ângulos de Rivet, de Cloquet, de Walker e de Jaquard para identificação do fenótipo;
- Exame Odontolegal: realizado pela confrontação dos achados evidenciados pelos peritos com a documentação (prontuários odontológicos) apresentada pela família das vítimas;
- Exame Toxicológico: análises toxicológicas realizada em amostras de cabelos das vítimas utilizando técnicas de extração líquido-líquido e extração em fase sólida e cromatografia em fase gasosa acoplada a espectrometria de massas;
- Reação Vital: "conjunto de sinais macroscópicos, microscópicos e químicos tissulares (histoquímicos, enzimáticos e bioquímicos) que ocorrem somente quando as lesões são provocadas com a vítima estando viva e não após sua morte" (VANRELL, 2007). O exame é realizado pelo perito em fragmentos ósseos que são fixados com cola de prata, em suporte de alumínio, seguido de metalização com camadas de ouro sendo consideradas na análise de cada fragmento as variáveis: quantidade de hemácias presentes na superfície de fratura, sua localização em relação ao vaso (dentro ou fora) e seu conteúdo citoplasmático;
- Fotos das vítimas: verificação das fotos do laudo 1 e laudo 2 para identificação de vestígios;
- Composição da pólvora no local do ferimento: concentração da composição química da pólvora no local da lesão provocada pela arma de fogo;
- Trajetória e Trajeto: trajetória é o caminho descrito pelo projétil desde seu ponto de disparo até atingir o alvo (CROCE, 1990) e trajeto o percurso seguido pelo projétil dentro do alvo (SANTOS, 2010).

A análise dos documentos foi realizada utilizando a técnica de análise do conteúdo (categoria temática) proposta por Bardin (2011). O marco de referência desse estudo está contido na Constituição brasileira, Código Penal e Código de Processo Penal.

3. RESULTADOS

Ao analisar os laudos e o parecer, observaram-se convergências de informações e divergências. A Tabela 1 mostra as convergências dos fatos e a Tabela 2 e a Figura 1, as divergências dos fatos.

Tabela 1 – Fatos convergentes entre os laudos e o parecer da Vítima 2303

VÍTIMA	FATO	CONCLUSÃO
2304	Causa Morte	Trauma Encefálico
2304	Instrumentos que provocaram lesões	Perfurocontundente
2304	Causa da morte	Trauma de Cranioencefálico
2303 e 2304	Identificação	Odontolegal e Antropológica (idade: jovem, sexo: feminino)

Fonte: Laudos do caso Serrambi, 2003 e 2004.

Foram realizadas análises toxicológicas nas amostras de cabelo nas Vítimas 2303 e 2304 utilizando a técnica de extração líquido-líquido, extração em fase sólida e cromatografia em fase gasosa acoplada à espectrometria de massas. No resultado não foi indicado presença das seguintes drogas: tetraidrocanabinol, cocaína, anfetaminas e derivados (ecstasy), metadona e morfina. Porém, a não detecção de drogas nas amostras de cabelo examinadas não significa que não tenha havido um episódio de overdose

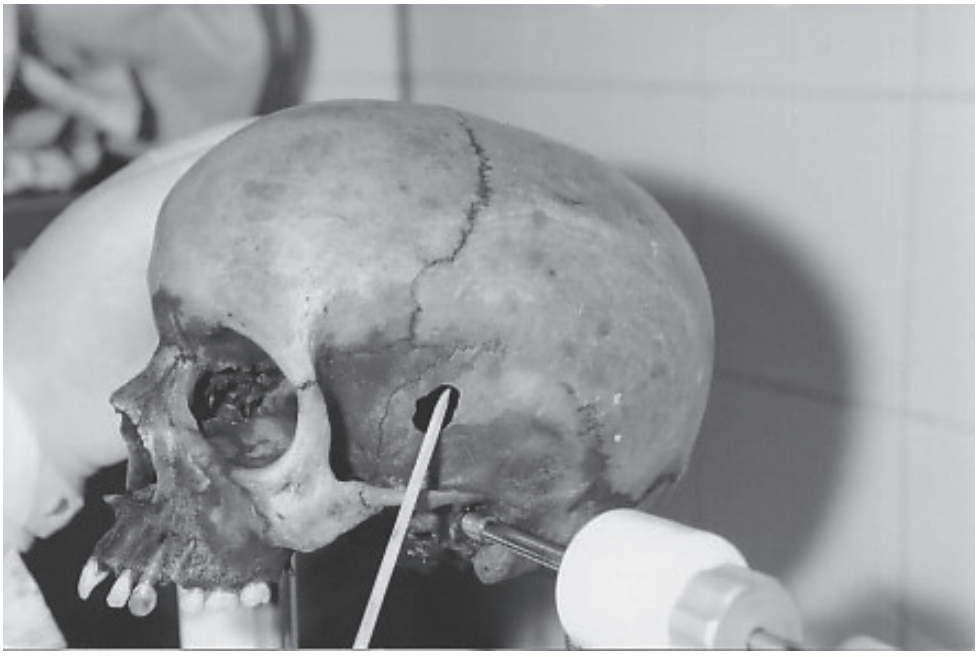
Tabela 2 – Fatos divergentes entre os laudos e o parecer da vítima 2303

FATOS	PRESENÇA NO LAUDO	DIVERGÊNCIAS
Trajetória do Tiro	laudo 1 e 2 sem registros de trajetória	Registro da trajetória do tiro apenas no parecer. A trajetória é descrita no parecer com as vítimas deitadas.

FATOS	PRESENÇA NO LAUDO	DIVERGÊNCIAS
Concentração de pólvora	laudo 1 e 2 sem registro	Parecer (registro de pólvoras diferentes, sugestivo de uso de duas armas).
Exame Toxicológico	laudo 1 não foi realizado exame toxicológico	Descrito no laudo 2 e no parecer com resultado negativo para uso de droga.
Reação vital	laudo 1 não foi realizado	Realizado no laudo 2 e parecer, com resultado negativo, ou seja, reação vital negativa, sugerindo causa morte indeterminada.
Trajeto do tiro	laudo 1 descreve sequência de tiros, divergente do laudo 2 e do parecer	laudo 2 e parecer com sequência de tiros convergentes

Fonte: Laudos do caso Serrambi, 2003 e 2004.

Figura 1 – Vítima 2303 – Orifício de entrada do disparo que penetrou o temporal esquerdo e trajeto ascendente na região temporal esquerda



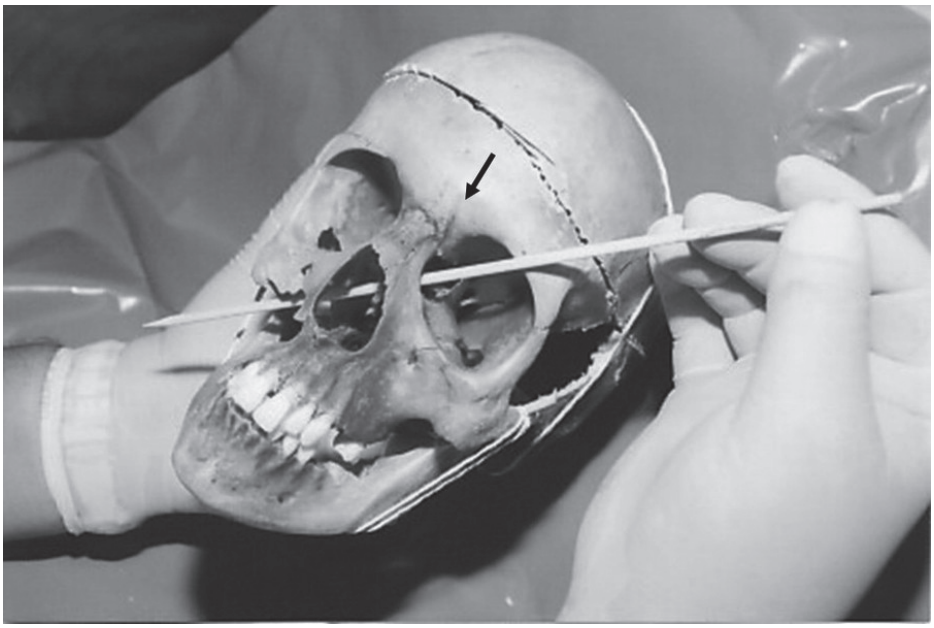
Fonte: Laudos do caso Serrambi, 2003 e 2004.

Figura 2 – Vítima 2303 – Fratura do osso parietal com extrusão da tábua óssea decorrente de disparo de onde ficou alojado projétil



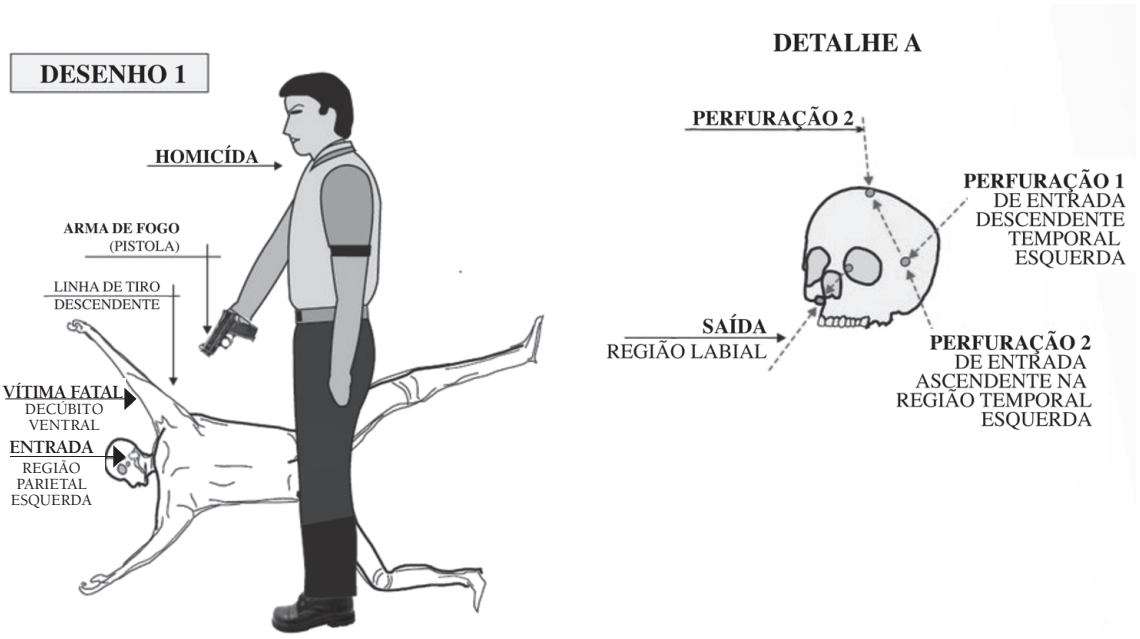
Fonte: Laudos do caso Serrambi, 2003 e 2004.

Figura 3 – Vítima 2303 – Trajeto do disparo que penetrou o globo ocular esquerdo, saindo do lado direito da face provocando perda maciça da maxila



Fonte: Laudos do caso Serrambi, 2003 e 2004.

Figura 4 – Trajetória e trajeto do tiro na Vítima 2303 mostram as evidências das convergências e divergências



Fonte: Elaborado pelo autor.

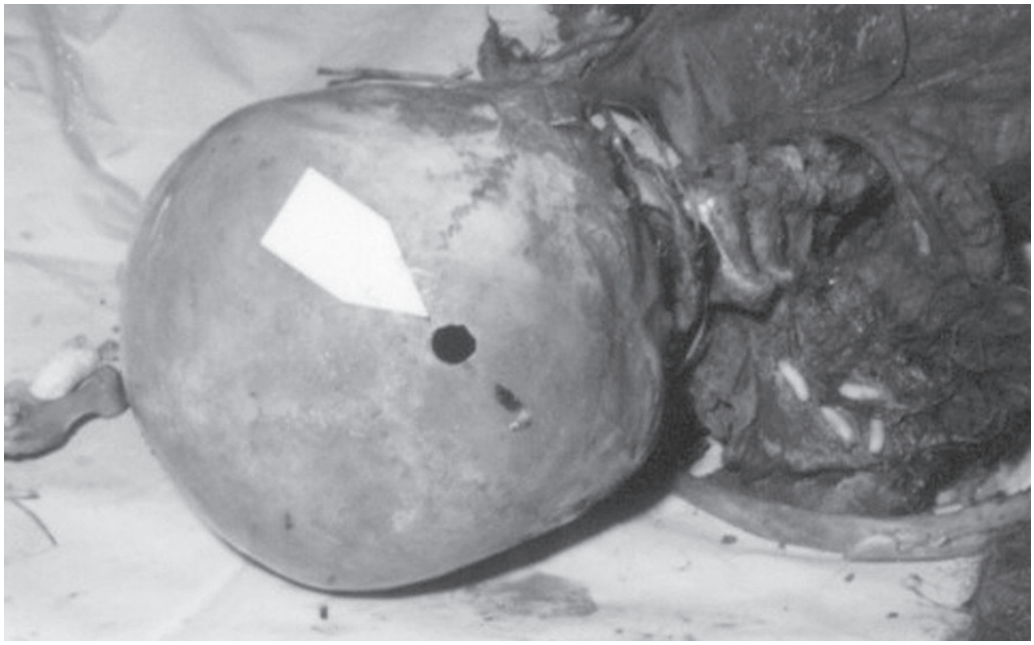
Tabela 3 – Fatos divergentes entre os laudos e o parecer da Vítima 2304

FATO	PRESENÇA NO LAUDO	DIVERGÊNCIAS
Sulco de estrangulamento	No laudo 1, no laudo 2 e no parecer não existe registro de sulco de estrangulamento	Pesquisador identifica nas fotos do 1º laudo imagens de sulco no pescoço sugestivo de estrangulamento
Presença de tiros no abdômen	Registrado no laudo 1	Não registrado no 2º laudo e no parecer
Fratura de mandíbula	Presente no laudo 1 por tiro	Presente no 2º laudo, e no parecer não concorda que a fratura tem sido provocada por tiros. Negativo para reação de pólvoras.

FATO	PRESENÇA NO LAUDO	DIVERGÊNCIAS
Fraturas na mão esquerda	Presente no laudo 1 como reação de defesa	Presente no laudo 2 e parecer, revela que a fratura na mão esquerda não tem característica de reação de defesa. Reação vital na mão foi negativa
Exame toxicológico	No laudo 1 não foi realizado	Descrito no laudo 2 e no parecer com resultado negativo para uso de droga.
Reação vital	No laudo 1 não foi realizado	Realizado no laudo 2 e parecer, com resultado positivo, ou seja, reação vital sugerindo que a vítima estava viva quando recebeu o tiro do occipital.

Fonte: Laudos do caso Serrambi, 2003 e 2004.

Figura 5 – Vítima 2304 – Perfuração do disparo no osso occipital



Fonte: Laudos do caso Serrambi, 2003 e 2004.

Figura 6 – Vítima 2304 – Mandíbula fraturada



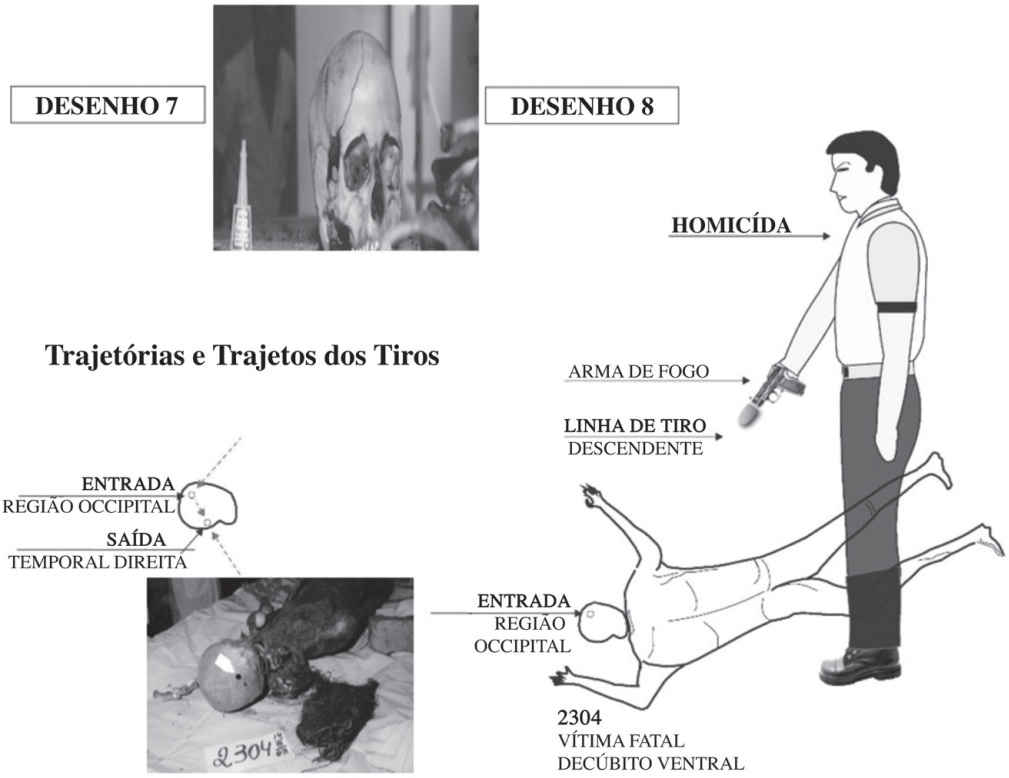
Fonte: Laudos do caso Serrambi, 2003 e 2004.

Figura 7 – Vítima 2304 – Foto em que se pode visualizar orifício de entrada na mão esquerda



Fonte: Laudos do caso Serrambi, 2003 e 2004.

Figura 8 – Vítima 2304 – Ilustração em que se pode visualizar orifício de entrada na mão esquerda e região occipital com saída no temporal direito



Fonte: Laudos do caso Serrambi, 2003 e 2004 e figura elaborada pelo autor.

4. DISCUSSÃO

Inicialmente é preciso se colocar que a perícia solicitada pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco foi em decorrência do que se segue:

> O Ministério Público, analisando os autos e suas diligências posteriores, conclui: "em que pese a manifestação de autoridade policial que presidiu as investigações e do Chefe de Polícia Civil – este último através de declarações à imprensa em ocasiões e veículos de comunicação diversos, as provas apresentadas não justificavam uma ação penal pública contra os indiciados.

A antropologia forense tem desempenhado um importante papel no combate à violência e à impunidade em muitos países do mundo e, apesar da sua reconhecida competência para lidar com restos humanos esqueletizados, sua prática tem sido negligenciada. Os principais problemas apontados para isso são a falta de capacitação específica entre os profissionais que realizam as perícias em campo e laboratório, além da necessidade de implementação de um banco de dados de pessoas desaparecidas com informações de interesse antropológico. Como

resultado dessa situação, um número expressivo de cadáveres sai das instituições periciais sem identificação positiva e inquéritos policiais sobre homicídios permanecem sem resolução, contribuindo para o agravamento do quadro de impunidade e violência que assola o País (LESSA, 2009).

A premissa anterior não se confirmou no presente estudo posto que todos os exames realizados no sentido de confirmação do sexo, idade, fenótipo de cor de pele e identidade se confirmam mediante os diferentes métodos, médico-legais ou odontolegais, aplicados a cada caso.

Relativo ao crânio, osso adotado para determinação das características anteriormente apontadas, os peritos colocam "[...] suturas sagitais occipitoparietais, transversais e temporoparientais abertas (sem sinostose). Sugerem ter pertencido a indivíduo jovem. [...]. As características morfológicas de glabela discreta, arcos supra- ciliares discretos, apófise mastoidea discreta, de glabela discreta, arcos supraciliares discretos, apófise mastoidea discreta, curva nasofrontal discreta, rugosidades occipitais apagadas, fronte tendendo à verticalização, rebordos orbitais corantes e inserções masseterinas do gônio discretas, [...] indicam tratar- se de crânio, muito possivelmente, de individuo do sexo feminino"; mais adiante, em seu parecer, complementam, a título de conclusão "os exames odontolegais, realizados no caso 2303 e caso 2404, concordantes com o material apresentado por seus Cirurgiões-Dentistas [...] revelam dados biotipológicos coincidentes com os biótipos das vítimas informadas nos autos" (FRANÇA, 2006).

O exame na amostra do cabelo mostra a não detecção de drogas nas amostras de cabelo examinadas, mas esse resultado não significa que não tenha havido um episódio de *overdose*. O resultado negativo, em amostras de cabelo, pode indicar que as vítimas não eram usuárias crônicas ou, pelo menos, que não fizeram uso dessas drogas recentemente.

Figura 9 – Vítima 2303 – Foto em que se pode visualizar outro sinal característico de indivíduo jovem, a transluminescência do crânio



Fonte: Laudos do Caso Serrambi, 2003 e 2004.

Na busca de evidência de uso de droga, lícita ou ilícita, o perito pode usar amostras biológicas das mais diversas. Ainda assim, e como bem já apontava Asseborn (1997), o cabelo vem sendo adotado com mais frequência por diferentes razões, entre as quais se citam a facilidade na coleta, a dificuldade de sua adulteração e o fato de ser considerada uma amostra estável; pelo que pode dispensar condições especiais de transporte e armazenamento (LIMA; SILVA, 2007).

Relativo aos métodos utilizados nesta análise a cromatografia gasosa associada à espectrometria de massa foram as que adquiriram, segundo Gordo (2013), maior notoriedade, entre outras razões, pela rapidez da análise para amostras em baixas quantidades.

Diante desses argumentos fica justificado o uso, pelos peritos, do material e técnicas adotadas na investigação do uso de drogas pelas vítimas no presente caso.

Graças à especificidade das técnicas em determinar essa condição, foi possível aos peritos concluírem que nenhuma das vítimas do caso faziam ou fizeram, antes do sinistro, uso de nenhum dos compostos xenabióticos pesquisados (tetraidrocanabinol, cocaína, anfetaminas e derivados, metadona e morfina). Ainda assim, Martins (2004) em seu laudo destaca que as análises toxicológicas realizadas "[...] utilizando as técnicas de extração líquido-líquido e extração em fase sólida, e cromatografia em fase gasosa acoplada à espectrometria de massas, não indicaram a presença de drogas [...]. Todavia, a não detecção de drogas nas amostras de cabelo examinadas não significa que não tenha havido um episódio de overdose. O resultado negativo, [...] indica que as vítimas não eram usuárias crônicas ou, pelo menos que não fizeram uso dessas drogas recentemente" (FRANÇA; TOCCHETTO 2004, p. 50).

Nas lesões provocadas por armas de fogo sobre estrutura óssea, a reação vital é estabelecida quando na superfície de fratura, produzida pela entrada do projétil, se evidencia extravasamento de hemácias como reação secundária, não possível de acontecer no morto, pela ausência de circulação sanguínea (SANTOS, 2010).

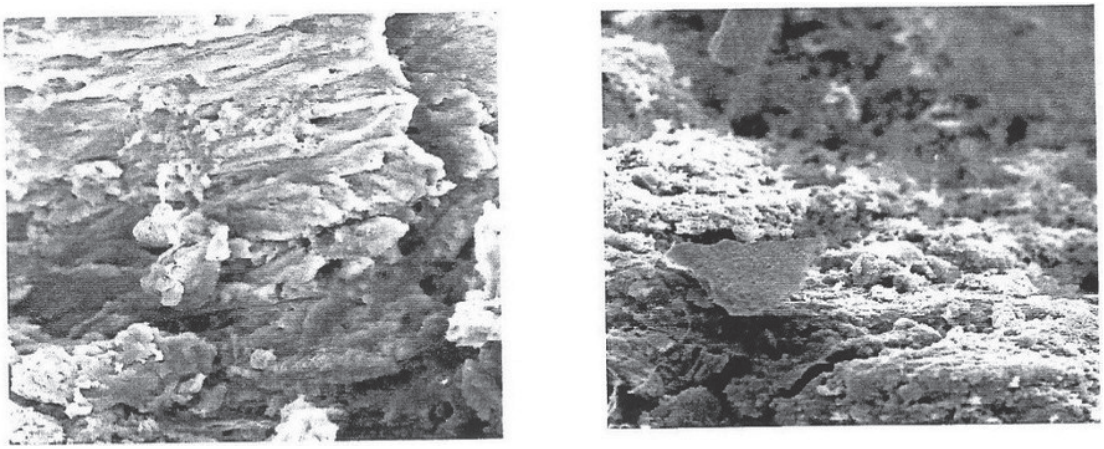
No caso Serrambi, tal análise se fez necessária pelo fato de o primeiro laudo ter sido insuficiente na elucidação de pontos que permaneceram sem resposta, como: os tiros foram os responsáveis pela morte? Foram deflagrados em vida ou após a morte das vítimas? Na Vítima 2303, o teste de reação vital deu negativo nos dois fragmentos analisados. Tal fato levou os peritos a afirmarem que, "embora [...] o resultado sugira que a vítima já estava morta quando foi atingida, não se dispõe de elementos para firmar esta conclusão", posto que "não conhecemos todas as variáveis que envolveram o processo da morte, e que poderiam alterar as estruturas ósseas na superfície da lesão produzindo este resultado" (FRANÇA, 2006).

Figura 10 – Vítima 2303 – Locais de onde foram retiradas as amostras para teste de reação vital



Fonte: Laudos do caso Serrambi, 2003 e 2004.

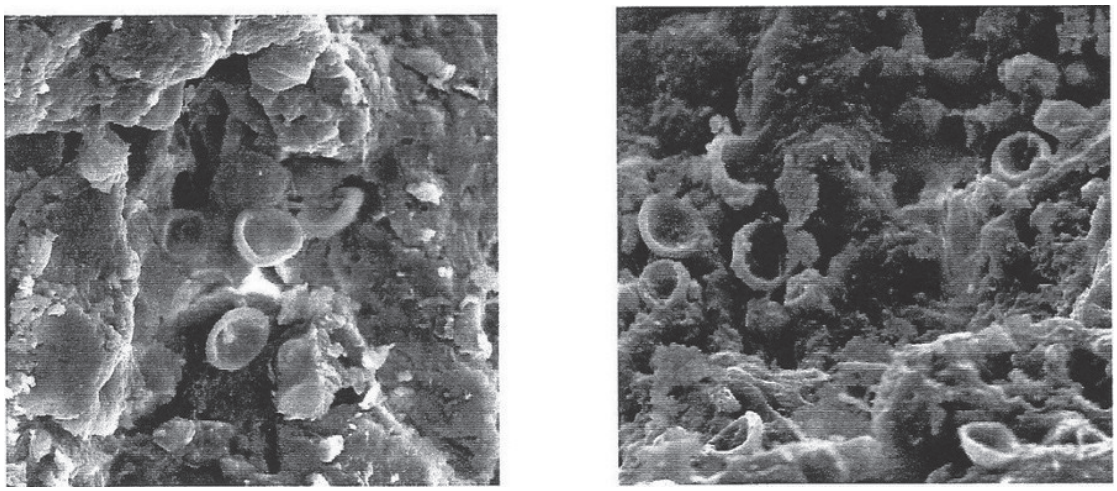
Figura 11 – Vítima 2303 – Superfície de fratura do osso temporal visto ao MEV, na qual não se evidenciam hemácias, caracterizando ausência de reação vital



Fonte: Laudos do caso Serrambi, 2003 e 2004.

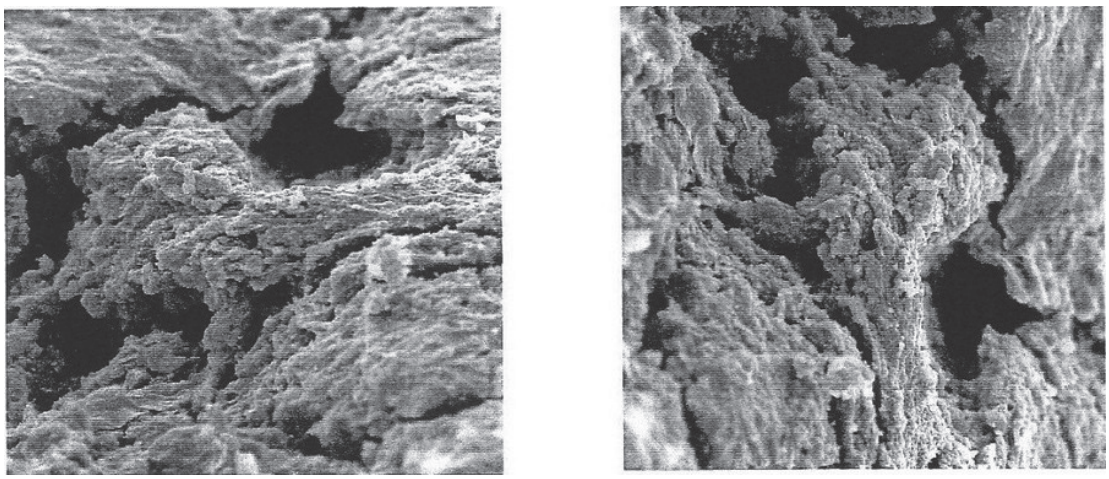
Já na Vítima 2304, em uma das amostras o resultado foi positivo (occipital) e em outra, negativo (metacarpo), caracterizando que, no momento do tiro na cabeça a vítima estava viva, porém, quando a vítima recebeu o tiro na mão esquerda ela estava morta ou em estado de coma com pequena perfusão periférica. E quando a vítima foi atingida pelos disparos ela se encontrava deitada em decúbito ventral. E possível já existia a presença de estrangulamento.

Figura 12 – Vítima 2304 – Foto em que se visualiza a superfície de fratura da borda do orifício de entrada de PAF no segmento occipital. Visto ao MEV, na qual se observa a presença de hemácias, ficando assim comprovada a reação vital



Fonte: Laudos do caso Serrambi, 2003 e 2004.

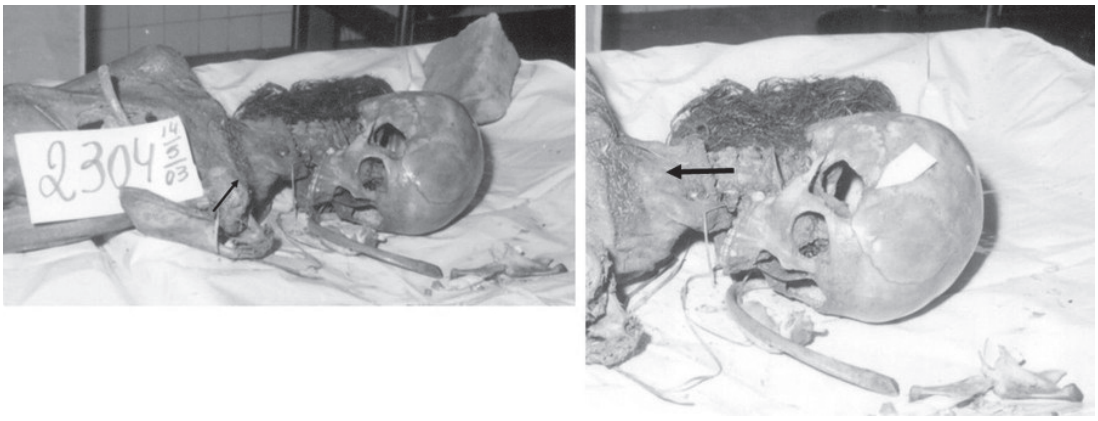
Figura 13 – Vítima 2304 – Superfície de fratura de metacarpo visto ao MEV no qual, pela ausência de hemácias, a reação vital não foi confirmada



Fonte: Laudos do caso Serrambi, 2003 e 2004.

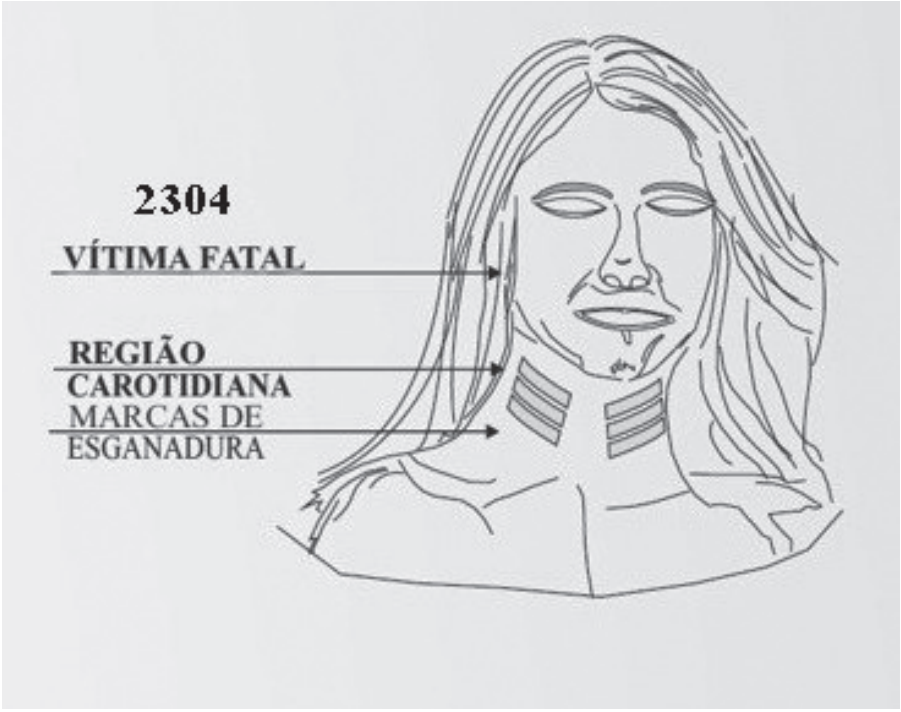
Com relação a esta última, se pode apenas levantar hipóteses na tentativa de melhor se explicá-la, por exemplo, foi ou não em decorrência de um possível estrangulamento; isto por conta de imagem sugestiva visualizada na foto a seguir, para a qual, no primeiro momento não foi solicitado o teste e no segundo momento deixou de ser efetuado por conta do avançado estado de putrefação (Figura 14).

Figura 14 – Corpo da Vítima 2304 onde se pode visualizar marca sugestiva de estrangulamento



Fonte: Laudos do caso Serrambi, 2003 e 2004.

Figura 15 – Sulco de Estrangulamento



Fonte: Elaborado pelo autor.

Por fim cabe aqui se falar de trajetória e trajeto de tiro. Por trajetória Croce (1990) entende "o caminho descrito pelo projétil desde o seu ponto de disparo até percutir o alvo" e por trajeto "o percurso seguido pelo projétil dentro o alvo". Com relação a esse último, pode ser "[...] fechado quando o orifício termina em fundo cego e aberto, quando o projétil não pode ser encontrado no organismo, sendo muitas vezes localizado na cena do crime" (SANTOS, 2006).

Considerando o conceito de trajeto trabalhado, se tem que pelas lesões provocadas nas vítimas, elas, muito provavelmente, estavam deitadas quando foram alvejadas pelos disparos.

Outro fato que chamou a atenção, em relação aos tiros, foi que na segunda perícia foram encontrados um estojo de projétil semiencamisado de tipo expansivo, calibre 38 ou similar e um estojo calibre 40 S&W, de uso em pistola de Marca Taurus. Este último, não relatado pela primeira perícia de local do duplo homicídio em análise e com alto poder de destruição, sendo compatível com o tipo de lesão (extensa perda) observado na Vítima 2303, configurando o uso das armas citadas (duas armas) ainda, achados de diferentes concentrações química das pólvoras.

5. Conclusão

Ao analisar os laudos e o parecer, encontraram-se várias divergências, como a não descrição da imagem nas fotos 2304 sugestivos de estrangulamento não descritos nos laudos e parecer, trajetória e trajeto dos tiros, bem como a concentração da pólvora, intensidade de algumas lesões (fratura de glabela) caracterizando o uso de duas armas, teste de reação vital caracterizando que uma das vítimas estava morta quando foi alvejada pelos tiros, o que concluímos é que o cenário do local aonde os corpos foram encontrados foi montado.

Referências

ABREU FILHO, N. P. *Constituição Federal. Código Penal. Código de Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Editora Verbo Jurídico Ltda, 2011.

BARDIN, L. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2011.

CABRAL, A. F. *Manual da prova pericial*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

CUNHA, R. S. *Manual de direito penal:* parte especial (arts. 121 ao 361). 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

CURIA, L. R.; CÉSPEDES, L; NICOLETTI, J. B.: *Códigos 3 em 1:* Penal, Processo Penal e Constituição Federal. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FAGUNDES, J. A.; POSSAMAI, A. K.; CIUPAK, C.; LAVARDA, C. E. F. Perícia contábil trabalhista: um estudo multicaso em processos lotados no tribunal de justiça do trabalho da Comarca de Sorriso (MT). *Con Texto*, Porto Alegre, v. 8, n. 14, p. 1-23, ago. 2008.

FERREIRA, T. B. Qualidade do laudo pericial contábil trabalhista: percepção dos magistrados das varas trabalhistas do Recife. *Recont:* Registro Contábil, v. 3, n. 3, p. 54-70, 2012.

FRANÇA, G. V. Pareceres IV. *Esclarecimentos sobre questões de medicina legal e de direito médico*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006.

FRANÇA, G. V. *Medicina legal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015.

GIL, A. C. *Estudo de caso*. Fundamentação Científica, subsídios para coleta e análise de dados, como redigir o relatório. São Paulo: Atlas, 2009.

GORDO, J. M. O. *O cabelo como amostra biológica em toxicologia forense*: colheita e análise e áreas de aplicação. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciências Farmacêuticas) – Universidade Fernando Pessoa, Porto.

GRECO FILHO, V. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

LESSA, S. Violência e impunidade em pauta: problemas e perspectivas sob a ótica da antropologia forense no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 14, n. 5, p. 1855-1863, 2009.

LIMA, E. C.; SILVA, C. L. Cabelo como matriz analítica alternativa para a determinação de drogas de abuso. *NewLab*, n. 82, p. 156-169, 2007.

MIRABETE, J. F. *Código de Processo Penal interpretado:* referências doutrinárias, indicações legais, resenha, jurisprudência. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NEVES JÚNIOR, I. J.; MOREIRA, E. Perícia contábil: uma ferramenta de combate ao crime organizado. *Revista de Educação e Pesquisa em Contabilidade*, v. 5, p. 126-153, nov. 2011.

PERES, A. S. Peritos e perícias em odontologia. *Revista de Odontologia da Universidade Cidade de São Paulo*, v. 19, n. 3, p. 320-324, set. 2007.

SÁ, A. L. *Perícia contábil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SANTOS, M. C. T.; RAMALHO, R. C.; RAMALHO, T. N.; TEIXEIRA, T. S.; SOARES, A. N. A.; SANTOS, C. J. R.; FILHO, D. R. V.; COSTA, D. C.; SANTANA, G. R.; LUCHINI, A.; NETO, D. A.; HOTT, M. C.; OTONI, M. E. A. Feridas perfurocontusas causadas por armas de fogo em homicídios dolosos no município de Teófilo Otoni, de janeiro de 2004 a maio de 2006. 2006. X Encontro Latino Americano de Iniciação Científica e VI Encontro Latino Americano de Pós-Graduação – Universidade do Vale do Paraíba. *Inic*, p. 768-771, 2006.

SANTOS, P. C. A utilização do Estudo da Balística na Prática da Medicina Forense. 2010. 60 p. Monografia (Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

SCHØLLHAMMER K. E. A cena do crime: reflexões sobre um palco do contemporâneo. *Memoria y Sociedad*. v. 16, p. 32-41, 2012.

VANRELL, J. P.; BORBOREMA, M. Vade mecum *de Medicina Legal e Odontologia Legal*. São Paulo: Mizumo, 2007.

WEBER, E. A. A criminalística como tema de contextualização no ensino de química. 2010. 29 p. Monografia (Licenciatura em Química) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

YIN, R. K. *Estudo de caso*: Planejamento de Métodos. 5. ed. Porto Alegre: Boockman, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Medicina legal: instrumento imprescindível na prestação jurisdicional, de Elias Farah – *RIASP* 32/305-333 (DTR\2013\12518);
- Perícia médica 1, de Elias Farah – *RIASP* 30/371-402 (DTR\2012\451345); e
- Uma análise crítica da prova pericial médica, de Louise Emily Bosschart – *RIASP* 25/197--210 (DTR\2010\284).

Campello, Reginaldo Inojosa Carneiro; Almeida, Adriana Conrado de; Bento, Maria Izabel Cardoso; Cardoso, Maria do Socorro Orestes. Contribuição dos laudos periciais em uma possível cena de crime montada: um estudo de caso. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 149. ano 26. p. 119-139. São Paulo: Ed. RT, novembro 2018.

Do procedimento criminal: parte da legislação tão importante e tão descurada

On proceeding in criminal cases: so principal a part of legislation, and so much neglected

Daniele Negri

Professor Ordinário da Faculdade de Direito da Universidade de Ferrara.
daniele.negri@unife.it

Tradução

Marcelo Almeida Ruivo

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. *Visiting Professor* na Faculdade de Direito da Universidade de Turim. Professor de Direito e Processo Penal daUniversidade FEEVALE.
Advogado Criminalista em Porto Alegre e São Paulo.
marceloaruivo@gmail.com

Cássio Chechi de Assis

Mestre e Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra.
cassioassis@gmail.com

Autor convidado

Área do Direito: Penal

Resumo: O tema fundamental da legalidade processual emerge da reflexão sobre a atualidade do pensamento de Beccaria, no 250º aniversário da publicação do livro *Dos delitos e das penas*. Tal categoria tem sido negligenciada há muito tempo e agora é sobreposta pela criatividade da jurisprudência e mediante o apelo às fontes supranacionais, tendendo a diminuição das garantias do imputado. O nível de garantia assegurado pelos postulados iluministas de interpretação formal das regras do procedimento penal tem sido, cada vez, mais questionado.

Abstract: Meditating on the modernity of Beccaria's thinking, on the 250th anniversary of the publication of his On Crimes and Punishments, the pivotal theme of the legality principle in criminal proceedings arises. This issue has been neglected for a long time and is now overtaken by the creativity of the Courts case law, which, even invoking supranational sources, tends to lower the guarantees due to the defendant. The Enlightenment's achievement of procedural rules formal interpretation is increasingly being questioned.

Palavras-chave: Iluminismo penal – Princípio da legalidade processual – Hegemonia do Poder Judiciário – Método de interpretação jurídica – Direitos fundamentais da pessoa acusada.

Keywords: Enlightened approach to criminal justice system – Legality principle in criminal proceedings – Dominance of judicial power – Method of legal interpretation – Fundamental rights of the accused person.

Sumário: 1. Beccaria e a legalidade processual, ontem e hoje: somente uma ingênua utopia? 2. Processo ofensivo e processo informativo: quadro de uma exposição. 3. Regularidade e irregularidade dos procedimentos criminais: ideologia e método. 4. Bibliografia.

1. Beccaria e a legalidade processual, ontem e hoje: somente uma ingênua utopia? [1]

Uma aceleração vertiginosa, ao menos durante os últimos vinte anos, tem atropelado as próprias bases sobre quais a releitura e o apelo aos ensinamentos de Beccaria – também concernentes ao procedimento penal – podiam servir no passado recente. Apelo esse para analisar a rota, controlando o grau de assimilação, nos ordenamentos contemporâneos, da ideia da qual foi catalisação formidável e indicando as metas antecipadas na sua obra, que continuam a merecer serem percorridas.[2]

Em 1964, há 50 anos atrás, comemorando o bicentenário da publicação, o esquema expositivo adotado por dois grandes professores de direito e de processo penal – Pietro Nuvolone e Giuliano Vassalli – foi precisamente resenhar os "problemas agitados naquele pequeno livro" para certificar a "perdurante atualidade", "vitalidade" e "validade de uma perene advertência".[3] Eles diferenciaram as

1. Trata-se do texto, revisto e com notas essenciais, da conferência proferida no congresso internacional organizado pela União de Câmaras Penais Italianas, com o título "250 anos do Dos delitos e das penas", em Livorno, 16-17 de maio de 2014.
2. Leigh atribui a Beccaria o mérito de ter sido "o primeiro a se fazer porta-voz em maneira eficaz da opinião iluminada de uma época", sendo as ideias dele expressas coincidentemente com aquelas da corrente reformista do seu tempo (LEIGH. L'influenza di Beccaria sulla procedura penale inglese. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989. p. 871-872). Em sede de debate histórico, sobre a derivação e influência do pensamento do autor milanês, veja-se o amplo estudo de FERRONE. *Storia dei diritti dell'uomo*. L'Illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni. Laterza, 2014. p. 234 ss., no qual não hesita a definir o *Dos delitos e das penas* como "a primeira obra-prima europeia do novo humanismo iluminista a respeito dos direitos e da sua prática política".
3. Essas expressões, quase idênticas entre si, encontram-se nos escritos comemorativos de NUVOLONE. *Processo e pena nell'opera di Cesare Beccaria*. Atti del convegno

reformas propugnadas por Beccaria com o medidor otimista do progresso, tão caro ao Iluminismo do século XVIII. Especialmente Vassalli distinguiu as reformas realizadas em definitivo – tornadas "patrimônio comum" das legislações civis –, diante das reformas realizadas – mas "sujeitas a recorrentes ataques nos fatos e na prática criminal" – e das batalhas não vencidas totalmente, que ainda deveriam ser combatidas.[4]

Em 1988, há apenas vinte e cinco anos atrás, apesar de advertir sobre os riscos da pretensão de atualização do pensamento do iluminista lombardo com a mesma fidelidade aos ideais expressos no livro *Dei delitti e delle pene,* movia-se outro conhecedor atento da obra. Mario Pisani, considerando a reforma do Código de Processo Penal recentemente aprovada, tinha a esperança de que as "sementes plantadas por Cesare Beccaria" estivessem para dar "novos frutos".[5]

O avanço histórico culminado na reescritura do ordenamento processual penal em sentido acusatório, no final do século passado, suscitava compreensivelmente grande entusiasmo nos que redescobriram a ligação com a tradição de pensamento bem representada por Beccaria. Tratava-se de produto normativo longamente preparado a partir da melhor cultura jurídica do segundo pós-Guerra,[6] que reunia duas qualidades como estandarte iluminista para a reforma da justiça criminal do antigo regime. Sobre o plano das fontes, a confiança no primado da codificação em reforço ao monopólio da lei foi concebida como barreira capaz de garantir a certeza do direito contra o arbítrio do juiz.[7] Sobre o plano dos valores, o desafio político consistiu em conceber a estrutura formal do processo à guisa de garantia para o acusado e de limite ao poder punitivo do

internazionale su Cesare Beccaria promosso dall'Accademia delle Scienze di Torino nel secondo centenario dell'opera "Dei delitti e delle pene". Torino, 4-6, outubro 1964, Accademia delle Scienze, 1966. p. 305-306 e de VASSALLI. Cesare Beccaria nel bicentenario del "Dei delitti e delle pene". *Scuola positiva*, 1964. p. 590.

4. VASSALLI. Op. cit., p. 590-594.
5. Assim PISANI. Beccaria e il processo penale (1989). *Id.*, Attualità di Cesare Beccaria. Giuffrè, 1998. p. 30.
6. AMODIO. Affermazioni e sconfitte della cultura dei giuristi nella elaborazione del nuovo codice di procedura penale. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996. p. 899 e ss.; ORLANDI. Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. In: NEGRI-PIFFERI (Org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Giuffrè, 2011. p. 64 e ss. Os títulos estão em italiano.
7. Múltiplas são as referências de Beccaria ao "código de leis fixas, que se devem observar à letra" ou ao "sagrado código das leis" (BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. § IV, p. 70; § V, p. 71, a qual também se referirá nas citações sucessivas da obra).

Estado.[8] Essa linha ideal, frequentemente mitificada a fins polêmicos e consoladores,[9] havia encontrado eco na legalidade regenerada, modelar no Código de 1987-1989, com o abandono do rito inquisitório da época autoritária e com o vínculo programático para "implementar os princípios da Constituição" republicana, nos quais os direitos fundamentais do imputado obtiveram reconhecimento precípuo.[10]

O aniversário de hoje – depois de dois séculos e meio da publicação da primeira edição livornese de 1764 – cai quando é dissolvido o espírito que animava os precedentes recordados ainda ciosamente próximos aos paradigmas da modernidade jurídica. É conveniente reconhecer que as premissas intelectuais da nossa reflexão colocam-se em posição minoritária, quase isoladas de todo, no atual debate. A corrente cultural dominante entre os estudiosos da história da filosofia, os juristas e os magistrados imersos na prática cotidiana, há tomado direção muito profundamente antitética,[11] empenhada em alimentar o *topos* da "crise" dos contornos clássicos do sistema penal atribuídos à sensibilidade iluminista. São diagnósticos fundados, sobre os quais literatura vastíssima aponta objecções, pois, diante de qualquer dissenso, tentamos olhar para fora do *pathos* determinado da tese, inclinados a ver um movimento necessário e irreversível no superação da concepção jurídica descendente do final do século XVIII.

Atualmente não há o perigo de que a homenagem celebrativa do aniversário encontre consenso largo ou unânime em relação à ideologia processual que

8. Insistindo nesse aspecto, com particular vigor, MOCCIA. *Cesare Beccaria e la difesa dei diritti dell'individuo*. *Critica dir.*, 2010. p. 193, 196 e 205 e ss.

9. Pifferi adverte contra os riscos de um "uso discursivo da história jurídica, intencionada a criar uma 'imaginária' e tranquilizadora tradição liberal da cultura jurídica italiana, inspirada nas páginas arquetipicas de Beccaria, Pagano, Carrara, Luchini, capaz de vivificar também a ciência processualista penal". PIFFERI. Le ragioni di un dialogo. Qualche riflessione sulle alterne vicende di un complesso confronto disciplinare. In: NEGRI-PIFFERI (Org.). *Diritti individuali e processo penale*, cit., p. 32.

10. A referência textual é o preâmbulo da Lei 81 de 1987. A imagem do processo criminal como um "direito constitucional aplicado" foi recentemente recuperada em ILLUMINATI. Costituzione e processo penale. *Giur. it.*, 2008. p. 522; sobre as raízes e a parábola histórica do motivo condutor, ver também NEGRI. Agli albori di un paradigma dell'Italia repubblicana: il processo penale come "diritto costituzionale applicato". In: NEGRI-PIFFERI (a cura di). *Diritti individuali e processo penale*, cit., p. 16 e ss.

11. Muito lúcido e perfeito na síntese é o diagnóstico de Palazzo, em atenção às grandes "correntes profundas de transformação do sistema e dos seus princípios". PALAZZO. Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole). *Dir. pen. proc.*, 2012. p. 1176 e ss.

está no fundo da obra de Beccaria, em sintonia ao iluminismo mais maduro. É a representação do primeiro postulado: o princípio da estrita legalidade.[12] Legalidade não apenas na aplicação do direito penal substancial, como é costume recordar, com respeito à enunciada exigência de um juízo de subsunção rígida do fato à norma geral posta como premissa maior, segundo o célebre "silogismo perfeito".[13] Silogismo, aos nossos olhos, ingênuo e tantas vezes utilizado pelos detratores, como pretexto fácil para desacreditar a inteira visão garantista do Iluminismo a título de mecanismo anacrônico.

O programa reformador contido no livro reclamava igualmente o estabelecimento de uma sólida legalidade processual, tornada parte da tarefa de frear o "curso demasiado livre" de "um poder mal dirigido", que, rompido o dique pela "torrente das opiniões" dos magistrados, gera os perigos de "atrocidade" do homem sobre o homem.[14] Esse aspecto menos evidenciado na divulgação da originalidade de Beccaria não tem escapado aos estudiosos mais habituados a compreender a unidade do sistema penal além das suas particularidades disciplinares. Foi colocado em plena luz, como o livro *Dei delitti e delle pene* havia fornecido, o autêntico contributo de "ruptura" no plano processual até mesmo para postular que nisso se encontra "a primeira enunciação do princípio da legalidade na perspectiva processual".[15]

Trata-se de um cânone nunca verdadeiramente assimilado pela formulação teorética e política da categoria na experiência aplicativa do século passado. O problema, todavia, se apresenta agora ampliado. Toda tentativa de recuperar o significado último da lição de Beccaria, além do tempo da mensagem, parece destinada a atravessar a contrariedade de uma plateia muito mais ampla e variada daquela habitualmente composta pelos setores da magistratura, propensos a taxar de ingênua utopia, existente somente "na cabeça dos professores da nossa casa", a aspiração à centralidade da lei formal entre os modos de produção do direito

12. Conferir, em atenção, por todos, FERRAJOLI. *Diritto e ragione*. 7. ed. Laterza, 2002. p. 378 e ss.
13. BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. § IV, p. 68.
14. A linha de raciocínio reconstruída desenrola-se entre a Introdução (p. 61-63) e o § IV, dedicado à interpretação de leis (p. 68-70), onde Beccaria censura como perigoso "aquele axioma comum que obriga a consultar o espírito da lei" depois de ter definido como "criminais" os juízes munidos da autoridade de interpretar as leis penais "pela simples razão de que eles não são legisladores".
15. NUVOLONE. Op. cit., p. 306-307; a importância do escrito especialmente para o tema do processo penal é sublinhada, entre os outros autores, também por PISANI. Op. cit., p. 8 e ss.: "o tema do processo [...] está na raiz do livro, porque está na raiz da paixão moral que animava o escritor Beccaria".

penal e processual penal.[16] O período contemporâneo perto de nós caracteriza-se por uma atitude de intolerância difusa em todos os níveis, até de radical repúdio à tradição legal herdada do iluminismo da segunda parte do século XVII e corroborada pelo positivismo jurídico do século XVIII, com o exigido domínio metodológico de fidelidade ao texto.

Tanto é conclamada a tendência contrária à construção iluminista, que não há sequer necessidade de mais um chamamento às paternidades ilustres e às inúmeras razões em sustentação. Basta olhar, por exemplo, os vereditos de alguns dos mais presentes no debate científico recente a propósito do estado no qual versam os esquemas conceituais de origem iluminista: "relíquias" de um passado envolto de "mitologias plagiadas";[17] o escurecer do modo de abordar o direito típico da modernidade;[18] princípio da legalidade descarrilhado pelas orientações hermenêuticas que mudam o "código genético" do direito penal;[19] direito processual penal tornado "líquido", deformado pela intervenção da jurisprudência, em sentido contrário aos princípios considerados atualmente "obsoletos".[20]

Todos os observadores estão de acordo ao atribuir à progressão exponencial, mencionada na abertura, a incidência sempre maior no sistema penal de fontes supranacionais, especialmente o direito da União Europeia e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, assim como interpretada pela Corte de Estrasburgo. Novas fontes que vêm para derrubar as antigas, ordenadas hierarquicamente abrindo o horizonte para a perpétua releitura, caso a caso, dos balanceamentos entre fatores heterogêneos – princípios, valores e finalidades – encontrados pelos juízes em atos muitos diferentes de uma rede, por sua vez, indefinida.[21] Não se pode deixar de concordar. Todavia o ataque ao paradigma clássico do processo

16. Assim, BORGNA-CASSANO. *Il giudice e il principe*. Magistratura e potere politico in Italia e in Europa. Donzelli, 1997. p. 56.

17. Esse é o juízo de um grande mestre da história do direito, GROSSI. *Introduzione al Novecento giuridico*. Laterza, 2012. p. 31 e 33.

18. Assim, no âmbito da filosofia do direito, VOGLIOTTI. "*Introduzione*". In: VOGLIOTTI (Org.). *Il tramonto della modernità giuridica*. Un percorso interdisciplinare. Giappichelli, 2008. p. 9 e ss.

19. Nesse sentido, o penalista DONINI. *Europeismo giudiziario e scienza penale*. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte. Giuffrè, 2011. p. 55.

20. Com sentido crítico, MAZZA. Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido. *Giur. cost.*, 2012. p. 3467.

21. Cfr., também pelas indicações bibliográficas posteriores, o cenário pintado por MANES. *Il giudice nel labirinto*. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali. Dike, 2012. p. 5 e ss.

governado pela lei teve início bem antes que o fenômeno da hegemonia judiciária vestisse a veste suave e sedutora do europeísmo penal, exibindo como centro de gravidade a tutela dos direitos fundamentais, de modo a dissipar a hostilidade acesa dois séculos atrás pela ideologia iluminista contra a supremacia da jurisprudência na colocação do direito.[22] Sintomas prévios da ofensiva mais tardia encontram-se nas páginas contracorrente de quem – na embriaguez jacobina no início dos anos noventa do séc. XIX – foi capaz de relançar a discussão sobre o papel fundamental da legalidade processual e denunciar os riscos para as garantias individuais decorrentes do seu desejado abandono, a favor de um poder da magistratura não mais contido no molde formal do tipo penal.[23]

No nosso ponto de vista, é uma retrospectiva preciosa para mostrar qual a vontade surgida na recuperação da centralidade da jurisprudência na dimensão europeia do direito, que acompanha o diagnóstico da crise da legalidade (também) processual. O crescente aplauso a semelhante cenário por estudiosos, outrora guardiões da dogmática, deixa pensar que a reação ao princípio cardinal do projeto reformador de Beccaria – a partir do iluminismo do final do século XVIII – nunca tenha sido talvez tão forte como agora.

2. Processo ofensivo e processo informativo: quadro de uma exposição

Neste ambiente cultural, em que a recuperação da lição de Beccaria decai à liturgia monótona de antigos "ritos iluminísticos",[24] podemos revisitar as salas nas quais *Dos delitos e das penas* mistura ou alterna representações pertencentes ao direito substancial com imagens e pontos de vista do procedimento penal. É valor autêntico da obra a apresentação da "dinâmica do sistema criminal no seu global funcionamento".[25] Como se sabe, a primeira tradução de Beccaria em francês deu ao livro a forma incongruente de *Traité,* a qual separou irrefletidamente os diversos âmbitos jurídicos, antecipando da parte 2 a parte dedicada ao processo.[26]

22. Acerca da "desconfiança antimagistratual" de Beccaria, v. TARELLO. *Storia della cultura giuridica moderna.* Assolutismo e codificazione. Il Mulino, 1998. p. 472.
23. NOBILI. *"Nuovi modelli e connessioni: processo – teoria dello Stato – epistemologia"*. Ind. pen., 1999. p. 27 e ss.
24. GROSSI. "Il volto attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)". *Quad. fiorentini*, 2006. p. 1048.
25. PISANI. *Beccaria e il processo penale*, cit., p. 10.
26. O prefácio do tradutor André Morellet, no qual afirma que parecia "mais natural" começar com as considerações relativas "à instrução do procedimento, antes de tratar

Não é supérfluo reexaminar o estado de conservação daqueles afrescos, há um tempo tão vivos, avistando os temas eternos para cultivar ou as passagens para aproximar as questões típicas do panorama contemporâneo. Em suma, a releitura de um clássico do pensamento jurídico permanece sendo um exercício estimulante e benéfico, também porque restaura o contato com o estilo ágil, não pomposo e entusiasta desse memorável *pamphlet*, diante da atual saturação de palavras, metáforas e construções, por vezes desnecessariamente complicadas.

Está corretamente observado que, na polêmica contra os ordenamentos jurídicos do antigo regime, Beccaria não usa a antítese habitual entre processo inquisitorial e processo acusatório. Pode ocorrer que faltasse uma suficiente consciência histórica no autor milanês na elaboração da distinção dos modos de classificar a justiça criminal e no uso da relativa taxonomia.[27] Todavia já contava com alguma atitude crítica à compreensão que entende os modos de classificação do processo por meio de etapas temporais.[28] Certamente a reconstrução dos sistemas processuais considerando a dialética entre os métodos inquisitórios e acusatórios atualmente habitual[29] será desenvolvida plenamente 20 anos após a publicação de *Dos delitos e das penas*. Ela advém da maior atenção sobre as características estruturais do rito penal presente nas obras de Filangieri e Pagano, densas de referências a diferentes épocas históricas e citações doutrinais.[30]

A reflexão tecnicamente menos amadurecida e documentada de Beccaria serve-se de outra dupla de figuras antagônicas, todavia carregadas de tensão política imediata e palpitante. Ele contrapõe efetivamente o "processo ofensivo" ao que considera ser o "verdadeiro processo", ou seja "o informativo".[31] O processo in-

---

das penas em geral", é reproduzido na edição do *Dei delitti e delle pene*, organizada por Venturi, p. 331-332.

27. Aludindo aos "quadros de referência que, historicamente, ainda estavam por vir", PISANI. Op. cit., p. 13-14.

28. Conferir em atenção ao contexto histórico, DEZZA. *Accusa e inquisizione*. Dal diritto comune ai codici moderni. Giuffrè, 1989, p. 116 e ss., com particular referência às figuras de Thomasius e mesmo de Montesquieu.

29. ILLUMINATI. Accusatorio e inquisitorio (sistema). In: *Enc. giur*. Treccani, 1988. v. I. p. 1 e ss. Crítico acerca da persistente validade da contraposição entre aqueles dois modelos, à luz da elaboração da Corte Europeia de Direitos do Homem sobre os princípios do *fair trail,* UBERTIS. Giusto processo (dir. proc. pen.). In: *Enc. dir.*, Annali II. Giuffrè, 2008. t. 1. p. 424.

30. Concordam sobre o assunto, DEZZA. Op. cit., p. 169 e ss.; ALESSI. *Il processo penale*. Profilo storico. 9. ed. Laterza, 2011. p. 131 e ss.

31. BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. § XVII. p. 101.

formativo, "pouquíssimo usado nos tribunais europeus", manifesta-se na investigação do fato afastada das paixões e guiada pela razão, quando os casos judiciais são "tranquilos e indiferentes".[32] Já no modelo do processo ofensivo, dominante e terrível na condução do procedimento penal, o juiz "torna-se inimigo do réu", porque "não procura a verdade do fato, mas procura no prisioneiro o delito, arma-lhe ciladas e julga perder se não é bem-sucedido".[33]

O tiro vai ao alvo, com a eficácia das mensagens simples, diretas, livres de floreios. Verdadeiramente não havíamos podido imaginar quanto se revelaria atual aquela representação realizada com poucas e incisivas palavras há dois séculos e meio. Não se trata somente de perceber como dinâmicas violentas, semelhantes às do *ancien régime* censuradas pelo iluminismo, continuaram a existir nas bases obscuras de dispositivos policiais empregados nas democracias liberais de hoje. Tais dinâmicas estão na periferia ou no centro do espaço operatório reservado ao procedimento penal. A experiência dos últimos anos foi mais longe, ao mostrar-se inquietantemente análoga às atitudes perversas da justiça criminal descritas por Beccaria. Motivo de desconcerto foi o sustento intelectual meticuloso fornecido por influentes juristas a legislações e práticas do aparato punitivo que vieram reproduzir explicitamente, em modo programático, a lógica bélica do conflito com o "inimigo",[34] no crepúsculo de um Estado de Direito duvidoso de si mesmo. Propõem-se a transformar o processo criminal, por meio da sua fase de investigação preliminar tão exposta a torções securitárias, em um instrumento de "luta" partidária contra tipos selecionados de autor no âmbito da criminalidade organizada e do terrorismo internacional.[35]

Precisamente, depois dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, os ordenamentos ocidentais hão cedido novamente à pulsão de desencadear um processo de molde "ofensivo" para determinadas categorias de imputados. A definição de Beccaria continua perfeita, verdadeiramente contemporânea. O arsenal de medidas especiais para neutralizar a periculosidade de sujeitos gravados

32. Idem.

33. BECCARIA. Op. cit., § XVII, p. 100-101.

34. Tal é a posição de JAKOBS. Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità. In: GAMBERINI-ORLANDI (Org.). *Delitto politico e diritto penale del nemico*. Monduzzi, 2007. p. 109 e ss. Para uma reconstrução atenta e crítica ao debatido, cfr. BARTOLI. *Lotta al terrorismo internazionale*. Tra diritto penale del nemico, jus in bello e annientamento del nemico assoluto. Giappichelli, 2008. p. 10 e ss.

35. Fundamentais para compreender plenamente a dimensão também processual do fenômeno são as páginas de DONINI. Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico. In: GAMBERINI-ORLANDI (Org.). *Delitto politico*, cit., p. 135 e ss.; p. 152 e ss.

pela suspeita de pertencer a certas associações criminosas destacam-se como vértice mais agudo de uma tendência que, modulada de acordo com diferentes níveis de intensidade agressiva, é em realidade muito vasta. Exemplo emblemático é a legislação derrogatória da disciplina geral prevista originalmente pelo Código de Processo Penal, concernente aos crimes de máfia e estendida gradualmente a uma gama, cada vez maior, de tipos penais ligados ao alarme social ou concentradores do ímpeto eticista de qualquer setor influente na vida pública.

Além disso, é difícil não repensar as páginas de Beccaria sobre a vontade judicial que transcendem a verificação do fato na condução do processo, caso se leia as considerações finais de um insigne promotor público, ressentido pela perda de "uma grande oportunidade", quando a equipe de promotores a que fazia parte não conseguiu – nem mais, nem menos – "derrotar a corrupção" nos "tempos da operação Mãos Limpas" (*Mani Pulite*).[36] É fácil reconhecer o mesmo espírito combativo orientado ao melhoramento moral da espécie na exortação jornalística a fim de que o ministério público faça a "limpeza", clamada diante da cíclica emersão de condutas ilícitas danosas à Administração Pública perpetradas por expoentes da classe política.[37]

O processo penal concebido como campo de batalha com motivação ética é terreno propício ao retorno e ao apogeu da tortura, sendo a posição adequada ao "réu" – uma vez assemelhado à figura do inimigo – aquela de "um homem acorrentado, deixado como presa da desolação, dos tormentos, do futuro mais terrível".[38] A confiança no sentido progressivo da história levou aqueles – que celebravam *Dos delitos e das penas* há cinquenta anos – a concluir que não se poderia "nunca mais" falar "daquele fenômeno monstruoso, porque era o mesmo julgador que ordenava a imposição do tormento e o graduava, retirando dos resultados disso o critério da sua decisão".[39]

O prognóstico tem se revelado infelizmente errôneo à luz, sobretudo, da prática da tortura em interrogatórios de prisioneiros detidos nos procedimentos secretos de recolha de provas na base militar de *Guantánamo* ou no cárcere de *Abu Ghraib*.[40]

36. Entrevista do ex-promotor Gerardo D'Ambrosio ao jornalista Rinaldo Gianola, em *l'Unità*, 12 de fevereiro de 2012.

37. Assim, o jornalista Sergio Rizzo no artigo intitulado "*Legalità e buona volontà*", em *Corriere della Sera*, 12 maio de 2014.

38. BECCARIA. Op. cit., 2014, § XVII, p. 100.

39. Textualmente, VASSALLI. Op. cit., p. 592.

40. Sobre a questão, ver por todos, VERVAELE. La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges? *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005. p. 769.

A refutação mais evidente dessa previsão otimista, em razão da inesperada natureza da fonte, está na reabertura do debate jurídico sobre a justificação da tortura, cuja proibição absoluta há perdido o caráter de tabu obtido com a tese abolicionista de Beccaria.[41] No início do novo milênio, algumas opiniões foram expressas nos círculos científicos a favor da reintrodução da tortura como instituto jurídico, considerando preferível legalizar os tormentos como se fosse um mal menor. Defendia-se submeter o seu controle a um juiz que teria o poder, transparente e responsável, de dosar ou interromper a imposição de apropriado sofrimento.[42]

Desde a ótica processualista, deve ser imediatamente reiterado um dado sobre a questão da exigência de salvar vidas humanas mediante o uso da tortura, tão espinhosa e dramática, mas de modo algum insignificante em comparação a certas soluções flexíveis. O Código de Processo Penal italiano estabelece uma precisa guarnição contra o uso não somente dos métodos de pressão empurrados além do limiar brutal da tortura, mas também contra todos os meios idôneos a influenciar a liberdade moral da pessoa (art. 188, CPP italiano).[43] Tais práticas são objeto de expressa e inderrogável proibição, tendo como primeiros destinatários os órgãos do Poder Judiciário. Por sua vez, a proibição do seu emprego está estabelecida com a máxima sanção processual para o caso de inobservância: exclusão radical da lista de provas a qualquer fim do conhecimento obtido com coação à vontade individual (art. 191, CPP italiano).[44]

Não há concessões para a ponderação com outros bens ou interesses, por isso independe da relevância do interesse e do grau da coação para debilitar a

41. A queda do tabu é destacada por SALIGER. Absolutes im Strafprozeß? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung. *ZStW*, 2004. p. 35 e ss.

42. Uma ampla amostragem da tese expressa por autores como Luhmann, Dershowitz e Brugger, está localizado no excelente volume de LATORRE-LALATTA COSTERBOSA. *Legalizzare la tortura?* Ascesa e declino dello stato. Il Mulino, 2013. p. 117 e ss., ao qual se reenvia também para as pontuais referências bibliográficas específicas.

43. [Nota do tradutor] "Art. 188. Libertà morale della persona nell'assunzione della prova. 1. Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti".

44. [Nota do tradutor] "Art. 191. Prove illegittimamente acquisite. 1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento. 2-bis. Le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale".

capacidade de autodeterminação do sujeito em suas escolhas.[45] O introduzido com o art. 188 do CPP italiano é uma guarnição herdeira da batalha política e dos argumentos da melhor vertente iluminista,[46] porque no seu valor de preceito deontológico e de limite legal à prova confluem as razões, seja de ordem ética inspiradas na tutela da dignidade humana, seja de caráter epistêmico reportável a Beccaria na condenação da tortura. A tortura é causa de "real infâmia" no confronto de "quem é sua vítima" e incapaz de produzir alguma certeza sobre a responsabilidade penal do acusado.[47] É absurdo considerar a "dor" infligida a fim de confessar enquanto cadinho da "verdade, como se o critério residisse nos músculos e nas fibras de um infeliz".[48]

Certo é que a tentação de transformar em situação de violência o exercício dos enormes poderes conferidos para as finalidades institucionais do processo penal continua clandestinamente na realidade dos fatos apesar dos ditames normativos. Há casos quotidianos muito longe do Estado de Exceção invocado para legitimar a tortura. Não se encontra algo a acrescentar à observação sobre a diferença persistente entre a prescrição legal e o comportamento prático, feita por Nuvolene e Vassalli, dois advogados experientes. Em 1964, na esteira de Beccaria, ambos ressaltaram, o caráter repugnante de "certos métodos de interrogatório" perpetuados por "várias polícias" na busca da "confissão".[49] Não só pressões diretas e bruscas, mas também pressões psicológicas dissimuladas e manobras fraudulentas para combater a decisão defensiva de ficar em silêncio. Há um traço claro da proibição legal de obtenção probatória por meio da não colaboração do acusado com a Justiça (art. 274, *a*, CPP italiano).[50] Essa regra foi introduzida no Código

45. O tema foi abordado mais profundamente em NEGRI. "Il processo penale come scriminante". *Rev. Br. Ciências Crim.*, 2013. p. 43 e ss. No âmbito da jurisprudência de Strasburgo, inclinado às ponderações, Cfr. Tribunal Europeu de Direitos do Homem, 28 de junho de 2007, Harutyunyan c. Armenia, §§ 58-66; Tribunal Europeu de Direitos do Homem, 1º dezembro de 2009, Yusuf Geser c. Turchia, §§ 40-45; assim como, sobretudo, Tribunal Europeu de Direitos do Homem, Grand Chambre, 1º junho de 2010, Gäfgen c. Germania, §§ 169-188.

46. NOBILI. Commento all'art. 188 c.p.p. In: CHIAVARIO (Coord.). *Commento al nuovo codice di procedura penale*. Utet, 1990. v. II. p. 396.

47. BECCARIA. Op. cit., § XVI, p. 95.

48. BECCARIA. Op. cit., § XVI, p. 93.

49. Em plena sintonia entre eles, VASSALLI. Op. cit., p. 592-593; NUVOLONE. Op. cit., p. 311.

50. [Nota do tradutor] "Art. 274. Esigenze cautelari. 1. Le misure cautelari sono disposte: a) quando sussistono specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto ed attuale pericolo per

de Processo Penal para frear a tendência de uso anômalo da prisão cautelar como instrumento de eficaz persuasão para a confissão e a chamada de corréu.[51]

A exigência dessa norma expressa adveio das distorções repreendidas pelos métodos de investigação dos delitos de concussão e corrupção, nos anos noventa do século passado, sob o nome de Operação Mãos Limpas (*Mani pulite*). Confirma-se, assim, que não são excepcionais os casos nos quais o magistrado – retornando à explicação exitosa de Beccaria – "massacra" o "réu" com tamanha fúria por acreditar que, se não encontra "no prisioneiro o delito", pode "prejudicar" a sua própria "infalibilidade".[52] As recordações do promotor público protagonista e símbolo das investigações milanesas da Operação Mãos Limpas nos fornecem uma amostra quiçá inigualável dos instintos retratados um século antes no iluminismo dessa mesma cidade. Com sinceridade crua e desagradável, o promotor revive, do seu ponto de vista, o trágico fim da vida de um conhecido investigado, que foi colocado em xeque pela expectativa de prisão. Antonio di Pietro afirma que "a sua morte foi, para mim, um golpe duro e igualmente um *coitus interruptus*", pois "o interrogatório" desse grande empresário "seria", efetivamente, "um ponto de viragem para a investigação e para a história da Itália".[53] Depois, segue: "todas as vezes que, nos meses sucessivos, eu me aproximava da verdade, sempre acontecia alguma coisa, sempre conseguiam me parar".[54]

Sobre os ataques ao domínio da defesa, encontra-se ao longo desse percurso a questão crucial da liberdade pessoal restringida durante o processo. Esse tema é encorpado pela controvérsia suscitada no *Dos delitos e das penas*, não apenas sob o capítulo XXIX, que Beccaria intitula de "da captura". Entre tantos aspectos do

---

l'acquisizione o la genuinità della prova, fondate su circostanze di fatto espressamente indicate nel provvedimento a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio. Le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti; [...]".

51. Sobre os desvios da prática, AMODIO. Le misure coercitive nella procedura penale vivente. *Quest. giust.*, 1995. p. 16 e ss.; MARZADURI. Quale rimedio è invocabile dinanzi a prove costituite da dichiarazioni rese sotto la pressione della custodia in carcere in atto o annunciata da inequivoci precedenti giudiziari? In: *Crit. dir.*, 1995. p. 58 e ss.
52. BECCARIA. Op. cit., § XVII, p. 100-101.
53. Trecho da entrevista do jornalista Aldo Cazzullo ao ex-magistrado do Ministério Público Antonio Di Pietro, entitulada "O meu erro acerca de Raul Gardini. Não o prenderei por uma promessa", em *Corriere della Sera*, 21 de julho de 2013.
54. Trecho da entrevista do jornalista Aldo Cazzullo ao ex-magistrado do Ministério Público, Antonio Di Pietro, entitulada "O meu erro acerca de Raul Gardini. Não o prenderei por uma promessa", em *Corriere della Sera*, 21 de julho de 2013.

problema suscitados pela obra, dois atraem em particular o processualista pela surpreendente vocação de recorrência mesmo depois de tanto tempo e em um ordenamento jurídico tão alterado.

Quanto ao primeiro aspecto, impressiona a pretensão enérgica de que os indícios "bastantes para capturar um cidadão" antes da "declaração do delito" devem "ser estabelecidos pela lei e não pelos juízes".[55] O rol exemplificativo elaborado, logo após, desperta horror atualmente: salta aos olhos a primeira aparição da menção de "fama pública" do cidadão.[56] Ao mesmo tempo, tal rol conduz à comparação com a experiência das nossas últimas décadas, o fato de Beccaria, embora favorável ao critério do "bom senso" para a decisão final do processo,[57] ser, ao contrário, forte defensor do estrito vínculo legal sobre o pressuposto probatório necessário para a prisão. É possível que simplesmente emerja uma das contradições intrínsecas ao texto e ao próprio pensamento do autor, comuns à grande parte da concepção iluminista no tema central da "íntima convicção".[58] Existem razões válidas para crer que o motivo da posição diversa nos dois campos seja mais profundo, diretamente conectado à preocupação de reduzir – com a exigência de tipicidade dos indícios – o risco de prisão de quem possa resultar julgado inocente.

Essa passagem é geralmente desprezada pelos comentaristas de Beccaria de menor êxito, uma vez que é considerada fruto de uma aspiração "ingênua" historicamente explicável pela extrema desconfiança de Beccaria em relação aos magistrados do antigo regime.[59] O posicionamento jurisprudencial acerca dos critérios de valoração dos "graves indícios de culpabilidade" exigidos pela atual disciplina da prisão cautelar italiana remete ao dissenso.[60] Tal trajetória é distinta da solução hermenêutica, pouco inclinada ao rigor e fonte de evidente disparidade entre acusados em decorrência da mutabilidade do caminho a ser seguido – tanto que o legislador devia impor a aplicação de alguma essencial regra probatória, introduzida na subseção 1-*bis* do art. 273 do CPP italiano.[61]

---

55. BECCARIA. Op. cit., § XXIX, p. 126 e ss.
56. Idem.
57. BECCARIA. Op. cit., § XIV, p. 89.
58. NOBILI. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Giuffrè, 1974. p. 126 e ss.
59. PISANI. Op. cit., p. 24; VASSALLI. Op. cit., p. 597.
60. Para análise da legislação e jurisprudência vigente, ver NEGRI. *Fumus commissi delicti*. La prova per le fattispecie cautelari. Giappichelli, 2004. p. 205 e ss.
61. [Nota do tradutor] "Art. 273. Condizioni generali di applicabilità delle misure. 1. Nessuno può essere sottoposto a misure cautelari se a suo carico non sussistono gravi indizi

As palavras escritas na segunda metade do século XVIII portam advertência devida aos eventos mencionados como exemplo. Beccaria exige, em alto tom, a limitação do arbítrio do próprio magistrado quando do provimento da medida cautelar, já que as "decisões" do juiz "são sempre contrárias à liberdade política, quando não são proposições particulares de uma máxima geral existente no código público".[62]

O segundo aspecto destacável diz respeito à relação entre "captura" e presunção de inocência. No capítulo dedicado à tortura, encontram-se os fundamentos do princípio, enunciados talvez pela primeira vez de um modo tão claro e resoluto: "um homem não pode ser dito réu[63] antes da sentença do juiz".[64] É considerado "inocente, segundo as leis, o homem cujos delitos não estão provados"[65] e assim Beccaria faz emergir, entre os corolários, a regra de tratamento ao imputado no curso do processo. Sob a premissa que o sujeito "acusado de um delito, encarcerado e absolvido não deveria trazer consigo sinal algum de infâmia",[66] o autor indica um dos obstáculos ao cumprimento de seu desígnio garantista: a falta de distinção física dos lugares destinados à prisão cautelar e à prisão definitiva, pois "se lançam indistintamente no mesmo antro acusados e condenados".[67]

O fio condutor da argumentação é extraordinariamente adequado em colher a dificuldade na qual se debate o processo penal na atualidade. A perspectiva pela qual Beccaria vê o princípio da presunção de inocência não advém dos céus da teoria abstrata, mas é bem enraizada na realidade. O autor insiste na necessidade de tornar perceptível para a coletividade as diferenças jurídicas entre acusado e condenado. Para tal, parte da ideia de que "a infâmia" atribuída ao imputado pela desvantagem sofrida durante o processo é, apesar da absolvição, "mais ligada à forma

---

di colpevolezza. 1-bis. Nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza si applicano le disposizioni degli articoli 192, commi 3 e 4, 195, comma 7, 203 e 271, comma 1. 2. Nessuna misura può essere applicata se risulta che il fatto è stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione o di non punibilità o se sussiste una causa di estinzione del reato ovvero una causa di estinzione della pena che si ritiene possa essere irrogata".

62. BECCARIA. Op. cit., § XXIX, p. 127.
63. [Nota do tradutor] O termo "reo" advém do vocábulo latino "reus" e foi empregado por Beccaria no sentido de condenado, culpado pela realização do crime (*reatus*), e não apenas de acusado no processo judicial, conforme a designação corrente no Brasil. Beccaria afirma que ninguém pode ser considerado autor do crime antes da decisão condenatória.
64. BECCARIA. Op. cit., § XVI, p. 92-93.
65. Idem.
66. BECCARIA. Op. cit., § XXIX, p. 127.
67. Idem.

do que ao fundo, como todos os sentimentos populares".[68] A efetiva tutela do princípio passa pela imagem que o indivíduo sujeito ao processo possui diante da "opinião comum".[69] O fenômeno gigantesco e irrefreável da representação midiática do processo judicial na atualidade multiplicou o ataque à presunção de inocência, concebida por Beccaria também como baluarte contra interferências externas ao processo. Isto é, a presunção de inocência projetada para a tutela do cidadão no âmbito das relações sociais. Os laços com a lição advinda do *Dos delitos e das penas* mostram-se imediatos e evidentes, sendo que o eco daqueles ensinamentos ainda ressoa, particularmente na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. O Tribunal exige dos juízes e de toda autoridade pública um modo de comunicação das notícias relativas ao processo cujo vocabulário e tom da mensagem não impulsionem a coletividade ao convencimento antecipado da culpa.[70]

A reflexão tende a alargar-se excessivamente caso se enfoque o estado atual dos "sentimentos populares" em torno do princípio basilar do processo penal, consagrado no art. 27, 2, da Constituição italiana.[71] É interessante destacar o esforço que custa o ensino da presunção de inocência por aqueles que lecionam processo penal. Os estudantes, mesmo após anos de instrução nas escolas e em outros locais de debate público, não ouvem falar da "legalidade".[72] Por meio da corrupção do significado da legalidade, uma corrente pedagógica astuta induziu a crer que o respeito às leis coincide apenas com o triunfo eticamente justo e salutar da repressão penal. As garantias do imputado advindas do iluminismo apresentam-se como obstáculos ou, até mesmo, são silenciadas à quase inexistência.

3. Regularidade e irregularidade dos procedimentos criminais: ideologia e método

Pontos frutíferos para a atualidade não faltam na obra, mesmo assim são múltiplos os fluxos que alimentam a corrente impetuosa para longe da tradição

68. BECCARIA. Op. cit., § XXIX, p. 127.

69. Idem.

70. Sobre o problema e as soluções da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos do Homem, PAULESU. *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*. 2. ed. Giappichelli, 2009. p. 159 e ss., e G. MANTOVANI. *Informazione, giustizia penale e diritti della persona*. Jovene, 2011. p. 248 e ss.

71. [Nota do tradutor] "Art. 27. [...] L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva".

72. Veja-se, por exemplo, PEPINO. A quale legalità educare? *Animazione sociale*, 2014. p. 13 e ss.

jurídica construída desde o contributo determinante de Beccaria. As análises proclamam o retorno à fatualidade própria do direito comum, antes que a ideologia iluminista substituísse a aproximação dos casos concretos pela rígida abstração da legalidade formal.[73] Portanto, é possível concluir, acertadamente, que o "espírito historicista" está dominando o atual método jurídico.[74] Há cumplicidade das fontes supranacionais que contaminam o ordenamento normativo continental com a abordagem empírica sobrevivente nos sistemas do *common law*, devolvendo à jurisprudência, o papel de protagonista imerso nas contínuas mudanças da realidade social. Diante disso, a concepção de Beccaria encontra-se no polo oposto.

Resta apurar as consequências de semelhantes choques ao procedimento penal, sabendo que interpelar novamente as páginas de *Dos delitos e das penas* auxilia a se aprofundar além das fissuras visíveis na superfície. Beccaria vai direto ao cerne do problema, sendo que, após longo período negligenciado, é reapresentado agora talvez como irremediavelmente ultrapassado pelos novos cenários retrodescritos. O pensamento do iluminista milanês põe-se na origem da categoria da legalidade processual, portanto é legítimo aprofundar a avaliação do seu contributo nesse aspecto. Enuncia-se algo que consta na introdução do livro: "pouquíssimos têm examinado e combatido a crueldade das penas e a irregularidade dos processos criminais – parte da legislação tão importante e tão descurada em quase toda a Europa".[75]

Na passagem introdutória, aborda-se a equiparação entre a "crueldade" das penas e a "irregularidade" do procedimento – já que são semelhantes, mas não estão no mesmo plano. À primeira vista, induz a uma desproporção intransponível entre as duas patologias. Na primeira, Beccaria dispõe-se a denunciar o terrível espetáculo da pena de morte e os atrozes suplícios disponíveis ao arsenal punitivo do *ancien régime*. É verdade que a controvérsia do autor envolve o instituto da tortura, antes de tudo, enquanto instrumento processual orientado a extrair a verdade do corpo do arguido. Todavia não é somente no que respeita à barbárie da tortura ou aos horrores da prisão antecipada, que se limita a aproximação do processo à pena.

O discurso de Beccaria aponta diretamente às formas de processo e aos frutos defeituosos da sua inobservância. Acredita-se na legalidade reguladora do processo, compreendida como valor político essencial à certeza do direito e à

73. GROSSI. *Il volto attuale*, cit., p. 1045-1046.

74. DONINI. *Europeismo giudiziario*, cit., p. 175, nota 5.

75. BECCARIA. Op. cit., Introdução, p. 62.

salvaguarda das garantias do acusado na teoria iluminista.[76] Para isso, considerando que aqui se trata da passagem composta pela ideia mais recorrente de formalidade: enquanto exigência de racionalização técnica dos procedimentos. A irregularidade no procedimento, o desvio dos trilhos da lei, equivale à ferocidade da pena, porque o "mais cruel suplício dos desventurados" é "a incerteza",[77] como conclui Beccaria sem fazer qualquer tipo de distinção.

No capítulo XXXVIII, o desenho é completado com uma imagem erroneamente entalhada no discurso daquela parte remota do escrito. Esse trecho é frequentemente considerado contraditório em relação a outras afirmações do autor, tanto que a versão francesa do *Traité* o elimina[78] – o que parece equivocado diante da concepção de fundo da obra sobre o processo penal. Vêm à tona, esculpida com clareza plástica, as razões pelas quais as "formalidades e as cerimônias são necessárias na administração da justiça".[79] De um lado, as formas processuais prescritas em lei constituem um freio ao "curso demasiado livre de um poder mal dirigido", pois "nada deixam ao arbítrio" do magistrado aplicador.[80] De outro, a conformidade prática à ordem determinada pela fonte geral e abstrata dá "ideia ao povo de um julgamento não tumultuário e interessado", assim como "estável e regular".[81] Em suma, cabe exclusivamente à lei fixar as formas processuais de maneira que não se prejudique a "verdade".[82] O modelo é coerente ao conjugar a reflexão sobre o processo à teoria política da separação de poderes e confiar o controle do respeito das garantias individuais por parte dos órgãos jurisdicionais ao princípio da publicidade.

Faz-se necessário novamente se voltar à razão dessa construção. Nas páginas iniciais, Beccaria separa o direito penal substantivo e o processual, nomeando-os e unindo-os de acordo com o grau de importância, colocando um ao lado do outro. O direito processual é considerado, de mesmo título, "parte da legislação

76. A evolução histórica é recomposta nas ricas páginas de GALGANI. *Diritto probatorio e successione di leggi nel tempo*. Tempus regit actum? Giappichelli, 2012. p. 43 e ss.

77. BECCARIA. Op. cit., Introdução, p. 62.

78. A explicação pode ser lida na carta de 3 de janeiro de 1766, na qual André Morellet apresenta-se e a sua tradução a Beccaria, reproduzida na edição do *Dei delitti e delle pene*, organizada por Venturi, p. 354. A passagem é, todavia, devidamente valorizada no recente ensaio histórico de PORRET. *Beccaria* (2003), ed. it. Il Mulino, 2013. p. 57 e ss.

79. BECCARIA. Op. cit., § XXXVIII, p. 149.

80. Idem.

81. BECCARIA. Op. cit., § XXXVIII, p. 149.

82. Idem.

igualmente principal".[83] A equivalência entre os dois âmbitos da legalidade, posta pelo melhor iluminismo, prometia férteis desenvolvimentos e, em vez disso, perdeu-se na passagem destes dois séculos e meio. A relevância da regularidade formal se destinou a restar "negligenciada" em comparação à evolução do princípio estruturante do direito penal substantivo, por múltiplas razões aqui sequer enumeráveis. Essas parecem, de qualquer modo, depender de um vistoso defasamento temporal no percurso de elaboração dogmática e política.[84]

A legalidade material, como baluarte original do *nullum crimen sine lege*, seria levada às decomposições analíticas próprias da teoria geral do delito ao fim do século XIX. Por meio da fixação das doutrinas liberais democráticas ao texto das cartas constitucionais do segundo pós-Guerra, consolidou-se as suas premissas de garantia individual a partir dos corolários da taxatividade, determinismo e irretroatividade das normas incriminadoras.[85] Embora inserida na crise da explosão do pluralismo das fontes, aquela tradição mantém uma forte consciência que preserva na ciência penal instrumentos críticos adequados e capacidade de se orientar diante das labirínticas transformações do sistema atual.[86]

A especulação em torno do processo penal durante os primeiros três quartos do século XIX enfoca a disputa sobre as principais características do modelo acusatório e do inquisitorial, perdendo de vista o tema fundamental da legalidade. Com a doutrina pura do processo que se desenvolveu, em seguida, a partir da construção civilística, a separação do direito penal substantivo atingiu o seu ápice. Junto a isso, perdeu-se a ideia que a estrita observância das formas estabelecidas nas disposições processuais age como garantia da liberdade a par da necessária taxatividade das normas penais. A "irregularidade" do procedimento não seria mais percebida, no fundo e com consenso geral, como uma patologia grave tanto quanto ao arbítrio de punir fora das figuras penais típicas. O paralelo traçado por Beccaria seria atualmente impensável.

83. É curioso observar o paradoxo pelo qual o atributo resta conectado somente aos procedimentos criminais na versão traduzida para o francês e reordenada por MORELLET. *Traité des délits et des peines*. Lausanne (ma, Parigi), 1766. p. 4.

84. A censura histórica e metodológica é analisada em: LÜDERSSEN-JAHN, *Einleitung*, sez. M. In: LÖWE-ROSENBERG. *Großkommentar zur Strafprozeßordnung*. 26. ed. De Gruyter, 2006. nm. 7 e ss.; p. 510 e ss.

85. Sobre a orientação constitucionalística em matéria penal e, em particular, acerca da "construção toda jurispositivística de Franco Bricola", v. DONINI. *Europeismo giudiziario*, cit., p. 12 e ss.

86. Vide a trama delineada por: MANES. Op. cit., p. 43 e ss.

A esfera processual é mantida com legalidade débil,[87] endemicamente frágil, exposta às manipulações da práxis e à integração externa com critérios heterogêneos alteradores da regra preestabelecida, como se desvios similares não afetassem de todo – ou só em âmbitos circunscritos da disciplina pessoal – a esfera de liberdade do indivíduo.[88] Em suma, prevalece o posicionamento que considera o processo no seu aspecto prático congênito de fenômeno animado pelo agir dinâmico de seus protagonistas,[89] que é pouco adequado ao sistema estático da subsunção entre fato e norma fixada pela lei. A partir dessa visão, os preceitos de parte processual reduzem-se a meras indicações de comportamento, adotadas mais ou menos fielmente pelos sujeitos destinatários. Deve ser forçosamente repetido que a legalidade formal também consiste em tipos penais suscetíveis de se estabelecerem como parâmetros de verificação e juízo. Em outras palavras, o processo também deve ser compreendido na sua dimensão normativa e, assim, implica orientações de método ao raciocínio jurídico. Contudo, as múltiplas finalidades perseguidas e as mutáveis combinações entre os interesses tutelados fazem heterogênea a estrutura das regras de setores a respeito da tendente uniformidade que abrange o direito penal substantivo.[90]

Uma categoria tão tênue só poderia terminar aniquilada sob a passagem centrífuga dos últimos vinte anos, se no vórtice das fontes transfigura-se também a muito mais robusta legalidade material. O potente motivo da dissolução do princípio da legalidade nos compostos maleáveis do laboratório europeu – quase uma profecia que se autorrealiza – torna-se mais um persuasivo e, dessa vez,

87. Assim, com plena consciência: V. VALENTINI. *Diritto penale intertemporale*. Logiche continentali ed ermeneutica europea. Giuffrè, 2012. p. 30, aprofundando um diagnóstico análogo NEGRI. Corte europea e iniquità del giudicato penale. I confini della legalità processuale. *Dir. pen. proc.*, 2007. p. 1229 e ss.

88. Acerca das tentativas (sem sucesso) da doutrina, voltamos a referir a proibição de retroatividade desfavorável às normas processuais que incidam diretamente sobre a liberdade pessoal. Cf. MAZZA. *La norma processuale penale nel tempo*. Giuffrè, 1999. p. 169 e ss. Quanto aos problemas aventados sobre a proibição de analogia em sentença: C. Giust. UE, 16 giugno 2005, Pupino (C-105/03), v. ALLEGREZZA. Il caso "Pupino": profili procecessuali. In: SGUBBI-MANES (Ed.). *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*. Bononia University Press, 2007. p. 53 e ss; CAIANIELLO. *Il caso "Pupino"*: riflessioni sul nuovo ruolo riconosciuto al giudice alla luce del metodo adottato dalla Corte di Giustizia, ivi, p. 89 e ss. Em italiano.

89. ORLANDI. La prolusione di Rocco e le dottrine del processo penale. *Criminalia*, 2010. p. 210.

90. Essencial, nessa matéria, a discussão de: CHIAVARIO. Norma (dir. proc. pen.). *Enc. dir*. Giuffrè, 1978. v. XXVIII. p. 442 e ss.

talvez decisivo mascaramento de uma ambição nunca abrandada. Isto é, a oposição ideológica da jurisprudência italiana à reforma processual dos anos de 1987-1989.

A reforma processual demonstrou que o trabalho de codificação é ainda possível em nosso tempo, baseado em uma linha sistemática coerente no que concerne a precisas escolhas políticas – das quais é prioritária a tutela do imputado. Escolhas essas sustentadas por institutos e figuras jurídicas capazes de inserir, no molde formal da lei positiva, o produto da elaboração dogmática orientada a valorizar o texto constitucional, enquanto quadro de garantias para o indivíduo no conflito com a autoridade. Se houve a vã ilusão de que a ciência processual penal propositadamente tardou a perseguir velhas mitologias iluministas, o engano durou o espaço de uma manhã. Tiveram a ousadia de se posicionar contra a inescapável corrente da história ou, em favor do naufrágio, conspirou vontade muito prosaica. Essa é a questão que emerge com maior clareza no debate.

A tese fluída e policêntrica das fontes supranacionais da superação da legalidade formal como movimento avulso de interesses subjacentes, que emerge com expediente retórico na dimensão aberta à concretude do caso, não convence no que concerne aos equilíbrios do processo penal. Por trás do discurso sobre o método de interpretação e aplicação jurídica que retira a tutela da defesa no que tange ao limite fixado nas regras do Código, opera uma estratégia de poder para aumentar a supremacia da jurisprudência.[91] Essa estratégia está orientada não só de acordo com diretrizes reconhecidas por todos, mas também estendida especificamente em relação ao processo penal. Quase parece que uma parte influente da magistratura almeja, agredindo a legalidade processual, a revanche da batalha perdida contra o princípio do contraditório na formação da prova após a revisão do art. 111 da Constituição italiana.[92]

---

91. No sentido que, por trás da discussão acerca dos métodos interpretativos, encontra-se uma "luta oculta de poderes", que põe em jogo "a separação de poderes entre legislativo e judiciário", vide, decididamente, RÜTERS. Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Ipotesi per una discussione. *Criminalia*, 2007. p. 124.

92. [Nota do tradutor] "Art. 111. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di

São muitos os exemplos de tentações antiformalística da própria *Corte di cassazione*, que torna a confundir direito e moral, no sentindo pré-moderno, substituindo o juízo de valor próprio ao expresso na regra do Código, com o recurso à alguma instância superior, previamente ao balanceamento legislativo dos múltiplos interesses em jogo. A nulidade de ações pouco conhecidas seria fonte de regressão nociva à boa eficiência do sistema e da duração razoável do processo. Daí a preferência por mecanismos de cooperação virtuosa, eticamente aprováveis, entre Ministério Público e juiz, com o escopo de estabilizar a acusação em audiência preliminar.[93]

Neutralizada a nulidade de pares, integrando a estrutura formal do tipo penal com elemento externo mergulhado no caso concreto e sujeito a avaliações que distinguem, caso por caso, o justo do injusto: o prejuízo efetivo causado pela transgressão do esquema legal ao direito de defesa. Assim, é frustrada a reação programada contra a inobservância da disciplina processual.[94] Restam deterioradas as proibições de uso oriundas da proteção rígida da legalidade probatória, por causa da invalidade graduável nos efeitos à medida dos valores que a

---

ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione".

93. Faz alusão, obviamente, a Sez. un., 20 dicembre 2007, BATTISTELLA. *Cass. pen.*, 2008. p. 2310. Particularmente crítico ao endereçamento da Corte: MAZZA. Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008. p. 1.372 e ss., que estigmatiza a reconstrução "subversiva da *littera legis*", a "vocação legislativa" e o "horror regressionis".

94. É o caso, por exemplo, do princípio da correlação entre acusação e sentença. Critica a "liberdade incontrolada de disposições por parte do juiz no objeto da ação", a qual emerge de várias máximas em questão: CAIANIELLO. Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali. Bononia University Press, 2012. p. 56. No âmbito de um exame igualmente assaz aberto aos "novos sincretismos" que caracterizam o modo atual de se posicionar no direito: p. 95 e ss.

jurisprudência está disposta a reconhecer ao interesse protegido pela norma violada. Assim, segue a invenção de um regime de dedutibilidade do vício, em certas situações, assimilado às nulidades relativas, de todo estranho à regra única,[95] fixada no art. 191, 2, do CPP italiano.[96]

A aparição recente da figura do abuso de direito entre os critérios aplicativos das normas processuais penais é sinal inequívoco da vontade de se romper definitivamente as barreiras do princípio da legalidade contra o ingresso na esfera jurídica de impulsos externos de caráter ético. Notoriamente, o argumento serviu ao juízo de legitimação para desativar a *vis* operacional da nulidade, em consequência da reprovação suscitada pelas condutas obstrucionistas do acusado.[97]

É o ápice da reação ao método do positivismo jurídico que, conjugado ao individualismo da ordem burguesa, encontra suas próprias premissas culturais na visão legalista do iluminismo. A posição concorrente a tradição liberal preocupa porque incuba, ao seu redor, uma ideologia potente e sujeita a alianças perigosas. Com reforço ao abuso de direito, acentua-se a dimensão jurídica da lealdade. Tal repõe em primeiro plano o dever da pessoa nas relações com os outros,[98] o qual assinala historicamente a abertura dos rígidos esquemas legais em nome da

95. Um aprofundado exame da tendência jurisprudencial assinalada no texto é realizado por: GALANTINI. Inutilizzabilità della prova e diritto vivente. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012. p. 64 e ss. Cfr., também, C. CONTI. Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di reforma. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008. p. 1654, não de todo insensível ao fascínio criativo da jurisprudência, também se mantém, em conclusão, a reafirmar a primazia da taxatividade em relação à invalidade processual.

96. [Nota do tradutor] "Art. 191. Prove illegittimamente acquisite. 1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento. 2-bis. Le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale".

97. Sez. un., 10 gennaio 2012. ROSSI. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012. p. 2410. A pronúncia tem recebido críticas doutrinárias unânimes. Cfr., entre outros, CAPRIOLI. Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012. p. 2444 e ss.; CATALANO. Manipolazioni concettuali della nozione di abuso del processo. *Proc. pen. e giust.*, 2012. f. 4. p. 91 e ss.; MARANDOLA. La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale. *Dir. pen. proc.,* 2012. p. 1056 e ss.

98. Ainda se mantém esclarecedor, para compreender o fundo ideológico da categoria do abuso de direito, o estudo de: RESCIGNO. L'abuso del diritto. *Riv. dir. civ.,* 1965. p. 212 e ss. Sobre a situação subjetiva de direito e dever, em relação ao imputado, esmoi, também sob uma perspectiva histórica: NEGRI. *L'imputato presente al processo.* Una ricostruzione sistematica (2012), rist. Giappichelli, 2014. p. 51 e ss.

solidariedade ao sujeito mais fraco no âmbito civilístico,[99] agora quando transferida para a estrutura do processo penal, é revertida em vantagem ao mais forte.[100] O imputado, de fato, não mantém nenhuma relação voluntária no processo pela qual seja possível apelar a vínculos de colaboração, mas defende a própria liberdade do ataque dos órgãos de repressão penal munidos de poderes coercitivos. É desejável que tal isolamento antagonístico, protegido pelo escudo da lei, permaneça inalterado. Caso contrário, retorna-se à concepção autoritária inclinada a identificar o interesse individual com aquele de um ente coletivo superior, seja qual for o aspecto que assuma (*v.g.* comunidade, Estado).

O eterno temor de potencial desequilíbrio liberticida pressiona a se preferir soluções quiçá conservadoras,[101] como a exigência de atribuir ao tendencial princípio do critério interpretativo da fidelidade ao texto da "lei".[102] Próprio dessa ideia, aliás, é o art. 111 da Constituição italiana, que pretende que o "devido proceso" seja "regulado".[103] Poder-se-á objetar que a indicação da fonte do direito privilegiada não implica outrossim na sugestão de um determinado método jurídico para a aplicação dos dispositivos.[104] No plano constitucional, não pode ser irrelevante que os cânones hermenêuticos operados pela jurisprudência traiam a

99. A propósito, leia-se a convincente análise histórica de: CAZZETTA. Responsabilità civile e abuso del diritto fra otto e novecento. In: VELLUZZI (a cura di). *L'abuso del diritto*. Teoria, storia e ambiti disciplinari. Edizioni ETS, 2012. p. 56 e ss.

100. Analogicamente: Padovani, *A.D.R. sul c.d. abuso del processo*, em *Cass. pen.*, 2012, p. 3605.

101. A dialética entre "conservadores" e "inovadores", a propósito da reafirmação do princípio da legalidade, é bem tratada por: ORLANDI. Trasformazione dello Stato e crisi della giustizia penale. In: VOGLIOTTI (a cura di). *Il tramonto*, cit., p. 235 e ss.

102. No sentido que a "tensão sob a letra da lei deve permanecer um critério norteador", entre os penalistas, vide DONINI. *Europeismo giudiziario*, cit., p. 112.

103. Uma vigorosa reivindicação do princípio da legalidade, resguardo aos perigos de regressos autoritários realizados em nome de "confusas ideologias substancialistas", provém de: FERRUA. *Il 'giusto processo'*. 3. ed. Zanichelli, 2012. p. 95-96. A primogenitura no prestar da máxima atenção à categoria da legalidade processual penal coube, no período recente, a: NOBILI. Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola). *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995. p. 648 e ss.

104. Nesse sentido: HASSEMER. Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria. *Criminalia*, 2007. p. 76. Em sentido contrário: FERRAJOLI. Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista. *Giur. cost.*, 2010. p. 2.805, o qual considera a sugestão dos juízes à lei entre as normas prescritas pela Constituição "não foi neutralizável pelo princípio ético-político de criação legislativa ou por pior jurisprudência, mas vinculante a todas as autoridades públicas".

letra da lei até dispensá-la por completo. Confrontado com uma "irregularidade" similar do rito penal – segundo a expressão de Beccaria –, o sistema deverá reagir, porque na ausência dessa reação falta força ao ideal da segurança jurídica, ainda que simples previsibilidade na aplicação das normas processuais.[105]

Como ocorreu com o princípio do contraditório na formação da prova, a digna meta de compromisso futuro parece ser, nesse momento, a de aprimorar a qualidade da referência constitucional à legalidade processual. É necessário conferir um estatuto preciso à legalidade – sem a pretensão absurda de transformar o juiz num autômato da subsunção –, mas que proíba, ao intérprete singular, a reabertura do tipo legal formal ao sopesamento com valores, princípios ou interesses externos ao próprio, ou já considerados, à origem na sua *ratio*.

4. Bibliografia

ALESSI. *Il processo penale*. Profilo storico. 9. ed. Laterza: Bari, 2011.

ALLEGREZZA. Il caso "Pupino": profili processual. In: SGUBBI-MANES (Ed.). *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*. Bologna: University Press, 2007.

AMODIO. Affermazioni e sconfitte della cultura dei giuristi nella elaborazione del nuovo codice di procedura penale. *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 899-916, 1996.

AMODIO. Le misure coercitive nella procedura penale vivente. *Quest. giust.*, 1995.

BARTOLI. *Lotta al terrorismo internazionale*. Tra diritto penale del nemico, jus in bello e annientamento del nemico assoluto. Torino: Giappichelli, 2008.

BORGNA-CASSANO. *Il giudice e il principe*. Magistratura e potere politico in Italia e in Europa Roma: Donzelli, 1997.

CAIANIELLO. Il caso "Pupino": riflessioni sul nuovo ruolo riconosciuto al giudice alla luce del metodo adottato dalla Corte di Giustizia. In: SGUBBI-MANES (Ed.). *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*. Bologna: Bononia University Press, 2007.

CAIANIELLO. *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*. Bologna: Bononia University Press, 2012.

105. Discute a questão, sob a ótica europeia: MAZZA. La procedura penale. In: VIGANÒ-MAZZA. *Europa e giustizia penale*, *Speciale* di *Dir. pen. proc.*, 2011. p. 37, concluindo no sentido de que a legalidade processual não está "necessariamente correlacionada com a presença de uma lei formal": "o que conta é a qualidade da regra, prescindindo da sua fonte ou da sua forma". Considera a primazia do legislador como um valor a ser defendido: CORSO. Quale difesa dall'abuso della difesa? *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013. p. 119.

CAPRIOLI. Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012.

CATALANO. Manipolazioni concettuali della nozione di abuso del processo. *Proc. pen. e giust.*, 2012.

CAZZETTA. Responsabilità civile e abuso del diritto fra otto e novecento. In: VELLUZZI (a cura di). *L'abuso del diritto.* Teoria, storia e ambiti disciplinari. Edizioni ETS, 2012.

CHIAVARIO. Norma (dir. proc. pen.). *Enc. dir.*, Giuffrè, 1978. v. XXVIII.

CONTI C. Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di reforma. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008.

CORSO. Quale difesa dall'abuso della difesa? *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013.

DEZZA. *Accusa e inquisizione*. Dal diritto comune ai codici moderni. Milano: Giuffrè, 1989.

DONINI. Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico. In: GAMBERINI-ORLANDI (Org.). *Delitto politico e diritto penale del nemico*. Monduzzi, 2007.

DONINI. *Europeismo giudiziario e scienza penale.* Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte. Milano: Giuffrè, 2011.

DONINI. Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista. *Giur. cost.*, 2010.

FERRAJOLI. *Diritto e ragione*. 7. ed. Bari: Laterza, 2002.

FERRONE. *Storia dei diritti dell'uomo.* L'Illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni. Bari: Laterza, 2014.

FERRUA. *Il 'giusto processo'*. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 2012.

GALANTINI. Inutilizzabilità della prova e diritto vivente. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012.

GALGANI, *Diritto probatorio e successione di leggi nel tempo.* Tempus regit actum? Torino: Giappichelli, 2012.

GROSSI. IL volto attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini). *Quad. fiorentini*, 2006.

GROSSI. *Introduzione al Novecento giuridico*. Bari: Laterza, 2012.

HASSEMER. Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria. *Criminalia*, 2007. ILLUMINATI. Costituzione e processo penale. *Giur. it.*, 2008.

ILLUMINATI. Accusatorio e inquisitorio (sistema). *Enc. giur*. Roma: Treccani, 1988. v. I.

JAKOBS. Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità. In: GAMBERINI-ORLANDI (Org.). *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna: Monduzzi, 2007.

LATORRE-LALATTA COSTERBOSA. *Legalizzare la tortura?* Ascesa e declino dello stato. Il Mulino, 2013.

LEIGH. L'influenza di Beccaria sulla procedura penale inglese. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989.

LÜDERSSEN-JAHN. *Einleitung*, sez. m. In: LÖWE-ROSENBERG. *Großkommentar zur Strafprozeßordnung*. 26. ed. Berlim: De Gruyter, 2006.

MANES. *Il giudice nel labirinto*. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali. Roma: Dike, 2012.

MANTOVANI G. *Informazione, giustizia penale e diritti della persona*. Napoli: Jovene, 2011.

MARANDOLA. La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale. *Dir. pen. proc.,* 2012.

MARZADURI. Quale rimedio è invocabile dinanzi a prove costituite da dichiarazioni rese sotto la pressione della custodia in carcere in atto o annunciata da inequivoci precedenti giudiziari? *Crit. dir.*, 1995.

MAZZA. Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido. *Giur. cost.*, 2012.

MAZZA. Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008.

MAZZA. *La norma processuale penale nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1999.

MAZZA. La procedura penale. In: VIGANÒ-MAZZA. *Europa e giustizia penale*, *Speciale* di *Dir. pen. proc.*, 2011.

MOCCIA. Cesare Beccaria e la difesa dei diritti dell'individuo. *Critica dir.*, 2010.

NEGRI. Corte europea e iniquità del giudicato penale. I confini della legalità processuale. *Dir. pen. proc.*, 2007.

NEGRI. *Fumus commissi delicti*. La prova per le fattispecie cautelari. Torino: Giappichelli, 2004.

NEGRI. "Il processo penale come scriminante". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 101, v. 21, p. 13-50, 2013.

NEGRI. *L'imputato presente al processo*. Una ricostruzione sistematica (2012), rist. Torino: Giappichelli, 2014.

NOBILI. Commento all'art. 188 c.p.p. In: CHIAVARIO (Coord.). *Commento al nuovo codice di procedura penale*. Utet, 1990. v. II.

NOBILI. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974.

NOBILI. Nuovi modelli e connessioni: processo – teoria dello Stato – epistemologia. *Ind. pen.*, 1999.

NOBILI. Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola). *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.

NUVOLONE. Processo e pena nell'opera di Cesare Beccaria. In: *Atti del convegno internazionale su Cesare Beccaria promosso dall'Accademia delle Scienze di Torino nel secondo centenario dell'opera "Dei delitti e delle pene"* (Torino, 4-6 outubro 1964). Torino: Accademia delle Scienze, 1966.

ORLANDI. Diritti individuali e processo penale nell'Italia republicana. In: NEGRI-PIFFERI (Org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, Milano: Giuffrè, 2011.

ORLANDI. La prolusione di Rocco e le dottrine del processo penale. *Criminalia*, 2010.

ORLANDI. Trasformazione dello Stato e crisi della giustizia penale. In: VOGLIOTTI (Org.). *Il tramonto della modernità giuridica*. Un percorso interdisciplinare. Torino: Giappichelli, 2008.

PADOVANI. A.D.R. sul c.d. abuso del processo. *Cass. pen.*, 2012.

PALAZZO. Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole). *Dir. pen. proc.*, 2012.

PAULESU. *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2009.

PEPINO. A quale legalità educare? *Animazione sociale*, 2014.

PIFFERI. Le ragioni di un dialogo. Qualche riflessione sulle alterne vicende di un complesso confronto disciplinare. In: NEGRI-PIFFERI (Org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia republicana*. Milano: Giuffrè, 2011.

PISANI. Beccaria e il processo penale (1989). In: PISANI. *Attualità di Cesare Beccaria*. Milano: Giuffrè, 1998.

PORRET. Beccaria (2003), ed. it. Il Mulino, 2013.

RESCIGNO. L'abuso del diritto. *Riv. dir. civ.*, 1965.

RÜTERS. Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Ipotesi per una discussione. *Criminalia*, 2007.

SALIGER. Absolutes im Strafprozeß? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung. *ZStW*, 2004.

TARELLO. *Storia della cultura giuridica moderna.* Assolutismo e codificazione. Bologna: Il Mulino, 1998.

UBERTIS. Giusto processo (dir. proc. pen.). *Enc. dir.*, *Annali II*. Milano: Giuffrè, 2008.

VALENTINI V. *Diritto penale intertemporale*. Logiche continentali ed ermeneutica europea. Milano: Giuffrè, 2012.

VASSALLI. Cesare Beccaria nel bicentenario del "Dei delitti e delle pene". *Scuola positiva*, 1964.

VERVAELE. La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges*? Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005.

VOGLIOTTI. Introduzione. In: VOGLIOTTI (Org.). *Il tramonto della modernità giuridica*. Un percorso interdisciplinare. Torino: Giappichelli, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Beccaria e o pensamento jurídico-criminal, de Guilherme Costa Câmara – *RBCCrim* 44/301-335 (DTR\2003\316); e
- Beccaria ou o advento da ordem. O filósofo, os juristas e a emersão do problema penal, de Mario Sbriccoli e Ricardo Sontag – *RBCCrim* 131/249-261 (DTR\2017\910).

A prisão para garantia da ordem pública e (des)ordem constitucional: reflexões sobre linguagem e alteridade

The prison for ensure public order and Constitutional disorder: reflections on language and alterity

Fernando Oliveira Samuel

Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.
Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da IESGO (Formosa/GO).
Associado do IBCCrim. Juiz de Direito.
fernandoosamuel@gmail.com

Recebido em: 18.01.2018
Aprovado em: 15.03.2018
Última versão do autor: 26.06.2018

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O texto trata de um possível abuso do poder punitivo, notadamente na decretação de prisão preventiva para garantia da ordem pública, a partir do novo registro de aumento do encarceramento no Brasil e de significativa parcela de presos provisórios. A partir de um recorte a respeito de uma relação entre ordem pública e aparente abuso da prisão provisória, propõe-se uma análise da perspectiva linguística buscando as práticas operadas no Terceiro Reich, como forma de aflorar uma falsidade de discurso que se aproxima do poder punitivo brasileiro. Na sequência, questiona-se sobre critérios racionais que permitam relacionar logicamente garantia da ordem pública e prisão sem formação de culpa, notadamente pela semiologia do poder. Por fim, diante desse sistema punitivo de incoerência que se instalou neste país, pela filosofia da alteridade constata-se a necessidade de se colocar o ser humano como categoria central de qualquer construção teórica e, lado outro, identificar o problema da modernidade afastada de um humanismo concreto. Isso implica, portanto, a absoluta impossibilidade de se utilizar o fundamento da ordem pública no exercício do poder de

Abstract: The article deals with a possible abuse of punitive power, specifically in detention to ensure public order, noting the increase in incarceration in Brazil and the large number of provisional prisoners. Considering the relationship between public order and the abuse of provisional arrest, it is proposed to analyze the linguistic perspective, seeking the practices of the Third Reich as a way of suggesting a falsehood in the discourse of Brazilian punitive power. Then, rational criteria are questioned that logically relate the guarantee of public order and imprisonment without forming guilt, namely by the semiology of power. Finally, in view of the punitive system of incoherence established in this country and the philosophy of alterity showing the need to place the human being as the central category of any theoretical construction, we aim to identify the problem of modernity, moving away the concrete humanism. This implies, therefore, the absolute impossibility of using the foundation of public order in the exercise of the power to

concreto. Implica, com isso, na absoluta impossibilidade do fundamento da ordem pública no uso do poder punitivo e que, ao fim e ao cabo, o quadro apresentado da realidade carcerária brasileira seria o retrato de uma modernidade que se perdeu.

Palavras-chave: Encarceramento – Garantia da ordem pública – Linguagem – Falsidade do discurso – Alteridade.

punish and the presented image of Brazilian prison reality would be the portrait of a lost modernity.

Keywords: Imprisonment – Ensure public order – Language – Falsity of discourse – Alterity.

Sumário: 1. Introdução. 2. A linguagem e o exercício do poder: a repercussão para os direitos fundamentais. 2.1. O autoritarismo nazista e o *cuidado* com a linguagem. 2.2. A semiologia do poder e a ordem pública. 3. A ordem pública e a filosofia da alteridade. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. Introdução

Em dezembro de 2017, o Ministério da Justiça divulgou que a população carcerária no Brasil era de 726 mil pessoas em 30.06.2016. Propõe-se uma reflexão sobre as prisões provisórias, consideradas aquelas determinadas antes de haver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a partir da informação de que 40,2% (ou seja, 292 mil) sejam presos provisórios.[1-2]

1. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (atualização junho de 2016). Departamento Penitenciário Nacional/DEPEN – Ministério da Justiça. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 08.12.2017.
2. Até pouco tempo, o Conselho Nacional de Justiça anunciou em sua plataforma da internet que a população carcerária no Brasil alcançaria patamar superior a 654 mil pessoas em 2017 e que era de 34% a quantidade de presos provisórios. Como se viu, essas informações são distintas das publicadas pelo Depen, exatamente por conta da metodologia: o Depen utilizou de informações prestadas dos próprios estabelecimentos prisionais e o CNJ de informações dos tribunais. Parece muito mais próximo da realidade a informação do Depen quando comparada com a do Judiciário, tendo em vista que na segunda é mencionado o número de presos a partir dos processos existentes. Utiliza-se como exemplo o sistema que temos a oportunidade de conhecer: o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Nele, a listagem de presos provisórios disponível no sistema oficial (chamado SPG – sistema de primeiro grau) aponta a existência apenas das pessoas encarceradas que não tiveram nenhuma sentença proferida, assim, uma vez cadastrada a sentença condenatória com a definição da pena em primeira instância, a pessoa fica

Se, no Brasil, 40% da população carcerária está presa em caráter provisório, parece haver alguma incompatibilidade com a sistemática constitucional de 1988, que atribui um caráter excepcional à prisão provisória. Por isso, pretende-se analisar esse tipo de encarceramento, no sentido de investigar se a disciplina legal e as correspondentes práticas judiciais relacionadas à prisão preventiva de alguma forma colaboram para esse quadro.

O ordenamento jurídico autoriza duas maneiras de se determinar a prisão provisória: a prisão preventiva e a prisão temporária. Quanto à prisão preventiva, verifica-se que, uma vez reconhecida a existência de indícios de autoria e prova de materialidade pertinente ao crime em apuração, de acordo com os artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal (CPP), essa medida pode ser determinada por qualquer um desses motivos: (a) garantia da ordem pública; (b) garantia da ordem econômica; (c) conveniência para instrução criminal; (d) garantia de aplicação da lei penal; (e) em caso de violência doméstica ou familiar, para garantia da execução das medidas protetivas de urgência; (f) havendo dúvida sobre a identidade civil da pessoa processada criminalmente; (g) descumprimento de medida cautelar diversa da prisão.

Tal como indicado no título deste texto, restringe-se a análise da prisão preventiva sob o fundamento da *garantia da ordem pública* por se tratar do termo que mais se vê prevalecer em decisões judiciais desse jaez. Apenas como forma de comprovar essa assertiva a partir de critérios objetivos, realizou-se uma pesquisa jurisprudencial por meio da página da internet do Superior Tribunal de Justiça: digitamos o termo "prisão preventiva" e cada um dos fundamentos retroindicados no campo "pesquisa livre", anotando apenas "acórdãos", limitando a pesquisa ao ano de 2016 (ou seja, do dia 01.01.2016 a 31.12.2016)[3]. Alcançamos o resultado de que o fundamento "garantia da ordem pública" constou em expressiva e incontestável maioria dos casos, pois gerou o resultado de 2.714 acórdãos que continham esse fundamento para prisão preventiva, sendo que, nesse mesmo período, todos os demais fundamentos somados (ou seja, as outras cinco hipóteses que justificam a prisão preventiva juntas) alcançaram apenas 542 acórdãos.[4]

---

excluída dessa lista. Ou seja, após a sentença, o réu deixa de constar na lista de preso provisório do TJGO, ainda que tenha interposto recurso.

3. Consulta realizada no sítio eletrônico [www.stj.jus.br] no dia 29.05.2017.

4. A pesquisa foi realizada da seguinte forma: acessamos o sítio eletrônico do STJ e no campo pesquisa livre da jurisprudência, digitamos "prisão preventiva" "garantia da ordem pública", limitando a *acórdãos* e o período de *01.01.2016 a 31.12.2016*, o que gerou o resultado de 2.714 acórdãos; nova pesquisa com os termos "prisão preventiva" "garantia da ordem econômica", utilizando os demais critérios idênticos, resultaram

A prisão temporária não nos interessa neste texto pela sua natureza de aplicação pontual, ganhando contornos ainda mais excepcionais que a própria ideia de prisão antes do trânsito em julgado (uma espécie de *exceção da exceção*).[5]

Assim, a ideia inicial é expor, nesse tema, a existência de práticas institucionais aparentemente incompatíveis com a Constituição, a partir de uma perspectiva tanto do plano normativo (que diz respeito à própria existência da norma jurídica que contenha "garantia da ordem pública") como do aspecto judicial (referente a um suposto descuido da linguagem no julgamento das demandas).

Nessa exposição, busca-se ainda compreender algumas razões que possam explicar essa quantidade expressiva de decisões sob o fundamento *para garantia da ordem pública* e como isso influencia na quantidade de presos provisórios no país, principalmente numa perspectiva do uso do poder punitivo. E também refletir sobre a própria existência dessa cláusula em nosso ordenamento, no sentido de questionar a compatibilidade dela com a Constituição em vigor.

Como hipótese principal, apresentar-se-á como possíveis causas desse problema o aspecto semântico fortemente abstrato que parece predominar no termo *ordem pública* no plano normativo somado a um suposto descuido da linguagem no poder punitivo no âmbito jurisdicional, além do quadro de desagregação social que se percebe no Brasil.

Conceitos ligados ao estudo da linguagem serão abordados nessa temática, de tal forma que o texto se propõe a desenvolver uma análise tanto do plano legislativo (a respeito da escolha do termo *ordem pública*) como na esfera judicial (pertinente às decisões judiciais) acerca da possibilidade de prisão preventiva

em 4 acórdãos; outra com "prisão preventiva" "conveniência para instrução criminal" alcançou o resultado de 390 acórdãos; mais uma pesquisa jurisprudencial com os termos "prisão preventiva" "garantia de aplicação da lei penal" geraram 72 acórdãos; outra digitando "prisão preventiva" "violência doméstica" apareceram 52 acórdãos; por fim, pesquisando "prisão preventiva" "descumprimento de medida cautelar" constaram 24 acórdãos.

5. Trata-se de um tipo de prisão que somente cabe em fase de investigação policial, de tal sorte que, em fase judicial, já não torna mais cabível a prisão temporária, cujo prazo é previamente definido, em regra, de cinco dias, enquanto para imputação de crime hediondo com prazo de 30 dias, ambas situações podem ser prorrogadas uma vez. As críticas são muitas a esse instituto: "Não se pode admitir que uma prisão seja imprescindível para investigar um fato. A polícia deve ter informações e condições técnicas para realizar a investigação preliminar sem depender da prisão do suspeito. É importante não esquecer que o suspeito também está protegido pela presunção de inocência e, principalmente, pelo *nemo tenetur se detegere*, ou seja, não está ele obrigado a praticar nenhum ato de prova que lhe possa prejudicar" (LOPES JR., 2012. p. 881).

decretada para garantia da ordem pública. Para tanto, as reflexões de Arendt e de Warat serão destacadas nesse ponto, notadamente na parte em que os autores tratam do exercício dissimulado do poder por meio da linguagem.

No segundo capítulo, buscando apresentar uma ideia sobre o papel da racionalidade nessa questão, no sentido de agravar esse quadro de incoerências, ao passo que serão expostos os fundamentos básicos da filosofia da alteridade, a partir do pensamento de Emmanuel Levinas. Volta-se a um tipo de reflexão que coloca o *outro* como categoria central de qualquer categoria teórica, retomando a ideia de um *humanismo concreto*. E, ao final, apresenta-se as conclusões a respeito da necessidade de adequação do poder punitivo com as promessas constitucionais.

2. A linguagem e o exercício do poder: a repercussão para os direitos fundamentais

Como destacado no início, pretende-se construir uma percepção crítica acerca da possibilidade de prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública sob duas vertentes, que estão entrelaçadas: a primeira sobre a própria previsão legal (CPP, art. 312), no sentido de se destacar uma espécie de *estranhamento* (ou incompatibilidade lógica) desse dispositivo com a ordem constitucional em vigor; e a segunda voltada à atuação jurisdicional, em que se buscará compreender a utilização desse tipo de linguagem nas decisões judiciais e os supostos efeitos dela nessa percepção.

Em pesquisa legislativa, encontra-se a origem do termo "garantia da ordem pública" (ligado à prisão preventiva) na Lei 5.349, de 03.11.1967, que alterou o art. 312 do Código de Processo Penal, passando a viger:

> A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria[6],

cujo termo está presente até os dias atuais no mesmo dispositivo, sendo a última alteração ocorrida em 2011.[7]

6. A redação original do texto, de 1941, era: "A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos".

7. Alteração promovida pela Lei 12.403/11: "Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da

Como se observa, há mais de 50 anos existe a ideia de que a prisão antes do trânsito em julgado deveria ser fundamentada[8], ou seja, de que a prisão preventiva deve ser vista como medida acessória, instrumental ao processo principal, jamais como uma espécie de antecipação de pena ou vista a partir da premissa de presunção de culpabilidade. Inclusive, merece nota que o ambiente constitucional de criação da medida (CF/1967) não tinha presunção de inocência como direito fundamental, de tal arte que se baseava puramente no critério de excepcionalidade da prisão preventiva.

Com o advento da CF/1988, essa previsão é recepcionada sem maiores questionamentos, mesmo com a consagração do direito individual da presunção de inocência (art. 5º, LVII). Não pareceu constrangimento algum existir, no plano legal, a possibilidade de imposição de prisão preventiva para a garantia da ordem pública, mesmo que se veja a medida francamente excepcional.

Ora, se estamos diante de uma situação atípica, incomum ou de uso esporádico e pontual, difícil apontar algum motivo da escolha política de manter, no plano normativo, o termo *garantia da ordem pública* que seja compatível com a ordem constitucional. Daí uma percepção de aparente desordem entre o plano institucional-empírico e o normativo, tendo em vista que não apenas se convive com essa incompatibilidade, mas sobretudo porque a lógica da *ordem pública* é reconhecidamente a mais utilizada no plano judicial.

---

instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)".

8. Nesse plano forçoso reconhecer a plena novidade, porquanto desde o Código de Processo Penal do Império, a disciplina era oposta, para contemplar a ideia de presunção de culpabilidade: "Art. 133. Resultando do interrogatório suspeita contra o conduzido, o Juiz o mandará pôr em custodia em qualquer lugar seguro, que para isso designar; exceto o caso de se poder livrar solto, ou admitir fiança, e ele a der; e procederá na formação da culpa, observando o que está disposto a este respeito no Capítulo seguinte. [...] Art. 175. Poderão também ser presos sem culpa formada os que forem indiciados em crimes, em que não tem lugar a fiança; porém nestes, e em todos os mais casos, à exceção dos de flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da autoridade legitima. [...] Art. 100. Nos crimes, que não tiverem maior pena do que a de seis meses de prisão, ou desterro para fora da Comarca, poderá o réu livrar-se solto. Também poderá livrar-se solto, nem mesmo será conservado na prisão, se nela já estiver prestado fiança idônea nos crimes não excetuados no artigo seguinte. Art. 101. A fiança não terá lugar nos crimes, cujo máximo da pena for: 1º morte natural: 2º galés: 3º seis anos de prisão com trabalho: 4º oito anos de prisão simples: 5º vinte anos de degredo".

Esse *estado de coisas* pode autorizar a pensar em que jamais se quis concretizar as conquistas libertárias relacionadas ao poder punitivo (para ficar apenas na cláusula da presunção de inocência), mas antes *adaptar* o discurso que *pareça* compatível com a opção democrática realizada em 1988.[9]

A rigor, o anseio de superar a arbitrariedade (que remonta o movimento Iluminista) e a consagração do ideal positivista como instrumento racional de limitação de poder estatal[10] parece ainda longe de ser alcançado. A conquista mais elementar do direito seria a previsibilidade das atuações estatais – colocando a ciência jurídica como mecanismo de defesa do indivíduo frente ao poder público. Seria o aspecto fundamental, ou a gênese positivista ensinada por Comte (2016. p. 33): "o genuíno espírito positivo consiste em ver para prever, em estudar aquilo que existe a fim de concluir o que ele se tornará, segundo o dogma geral da invariabilidade das leis naturais". Assim, apoiando-se na teoria positiva seriam possíveis conclusões exatas acerca das regras de conduta, como aquelas obtidas na geometria[11], ainda que considerado o caráter relativo da ciência para esse pensador.[12]

9. As consequências de se buscar essa *adaptação de linguagem* nem sempre são muito claras, porquanto pode parecer que há alguma inspiração democrática nessa prática, como se vê na fala do Min. Fux em texto autobiográfico divulgado na comemoração de 70 anos da Faculdade de Direito da UERJ: "Primeiro procuro ver qual é a solução justa. E depois, procuro uma roupagem jurídica para essa solução. Não há mais possibilidade de ser operador de Direito aplicando a lei pura. Nós aprendemos assim por força de um engessamento levado pela política de repressão, e que hoje não existe mais. Então, hoje é muito importante que o professor se despoje desse ranço da ortodoxia do ensino, de que fica vinculado a só uma questão legalista". Repita-se: pode parecer ótima a intenção, porém toda escolha acarreta consequências, de tal sorte que, da mesma forma que se proclama ser essa medida uma forma de *fugir da repressão*, essa mesma escolha tem clara roupagem autoritária, tendo em vista abandonar um critério da racionalidade efetivamente compartilhada pelo processo político democrático para um outro critério de justiça individual que pode – e muitas vezes é – imposto até mesmo por decisões monocráticas revestidas de todo o poder e autoridade que acompanham o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal.

10. Ao tratar do direito penal, Álvaro Pires sustenta que a racionalidade moderna implica em claro limite epistemológico nas pesquisas científicas: "as ciências sociais, a filosofia e o saber jurídico têm dificuldade de pensar o crime e o sistema penal sem aplicar a esses objetos as categorias de pensamento produzidas e legitimadas pela própria racionalidade penal moderna" (PIRES, 2004. p. 42). Apresenta a absorção de um paradigma de belicosidade e de punitivismo (próprios da humanidade) que nem sempre ficam claros na exposição de ideias relacionadas ao sistema penal.

11. Sendo mais preciso, nesse aspecto ressalta Comte (2016. p. 79): "Segundo a teoria positiva da Humanidade, demonstrações irrecusáveis, apoiadas sobre a imensa experiência

Nessa primeira reflexão, o que se pretende analisar são as aparentes contradições racionais e lógicas a respeito do desenho institucional previsto na Constituição e a realidade do poder punitivo, mais especificamente sobre a *garantia da ordem pública*, avaliando até que ponto a linguagem pode desempenhar papel crucial para a legitimação de um quadro de aparente incoerência e de irracionalidade.

2.1. *O autoritarismo nazista e o* cuidado *com a linguagem*

Por se tratar de um dos eventos mais graves da história moderna, destaca-se a percepção de Arendt (1999) ao acompanhar, no ano de 1961, o julgamento de Otto Adolf Eichmann, funcionário do regime nazista, considerado gestor da distribuição de judeus para os campos de extermínio em massa na época da Segunda Guerra Mundial. A leitura da obra nos permite perceber que a determinação da morte em massa de milhões de judeus, iniciada em 1941, decorreu evidentemente de um processo de legitimação por quem detinha o poder e de convencimento ao longo do governo de Hitler (que foi eleito pelo voto da maioria), e que teve uma marca clara que diz respeito ao *cuidado com a linguagem*.

Conta Arendt (1999. p. 52) que, no ano de 1933, as Leis de Nuremberg já privavam direitos políticos de judeus, estabelecendo uma série de restrições que consagrava *no plano normativo* a existência de *judeu* como cidadão de segunda

---

que possui hoje nossa espécie, determinarão exatamente a influência real, direta ou indireta, privada ou pública, própria de cada ato, a cada costume ou a cada tendência ou sentimento; daí resultaram, naturalmente, como tantos corolários inevitáveis, as regras de conduta, gerais e especiais, mais conformes à ordem universal [...]. Apensar da extrema dificuldade deste grande tema, ouso assegurar que, convenientemente tratado, ele comporta conclusões tão certas quanto as da própria geometria".

12. Condiciona a ciência como mecanismo indispensável ao homem (e não ao universo, ao absoluto) para acessar o conhecimento e, com isso, atender aos propósitos de estabilidade e atividade, ou mais precisamente, de ordem e progresso. Buscando superar qualquer aspecto metafísico – que tentaria explicar o absoluto –, Comte (2016. p. 55 e 56) ressalta: "a única característica do novo espírito filosófico que falta indicar diretamente pela palavra positivo, consiste em sua tendência necessária em substituir sempre o absoluto pelo relativo". E conclui adiante: "Concebemos, de fato, que a natureza absoluta das antigas doutrinas, tanto teológicas como metafísicas, determinava necessariamente que cada uma delas se tornasse negativa em relação a todas as outras, sob pena de degenerar ela mesmo num absoluto ecletismo. É, pelo contrário, em virtude do gênio relativo que a nova filosofia pode sempre apreciar o valor próprio das teorias que lhe são mais contrárias, sem, no entanto, jamais chegar a qualquer verdadeira concessão capaz de alterar a nitidez de suas visões ou a firmeza de suas decisões".

categoria. Essa previsão legal, para muitos, seria um benefício tendo em vista que [...] "os judeus sentiam que agora haviam recebido leis próprias e não seriam mais postos fora da lei; se fossem discretos, como já eram forçados a ser, poderiam viver sem ser molestados".

Certamente, jamais poderiam imaginar as consequências que essa postura chegaria a alcançar.

Com a eclosão da guerra, ocorrida em 01.09.1939, "o regime nazista tornou-se abertamente totalitário e abertamente criminoso" (ARENDT, 1999. p. 82), passando a aglomerar judeus em locais únicos (campos de concentração) e se depararem com o problema: conforme documentos oficiais da época, tornou-se inviável evacuar milhões de judeus para outros territórios, como se cogitou por algum tempo, inclusive com o plano de enviá-los para Madagascar (o que, para Arendt, nunca foi levado a sério).

Diante desse quadro, Arendt (1999. p. 98) relata que, logo após a invasão à União Soviética (iniciada em 22.06.1941), foi estabelecida por Hitler uma "solução final para o problema judaico", o que era para designar exatamente: o assassinato em massa desses milhões de judeus já reclusos. Eis o ponto alto sobre o cuidado com a linguagem, narrado por Arendt (1999. p. 100):

> Toda correspondência referente ao assunto (extermínio de judeus) ficava sujeita a rígidas "regras de linguagem", e, exceto nos relatórios dos *Einsatzgruppen*, é raro encontrar documentos em que ocorram palavras ousadas como "extermínio", "eliminação" ou "assassinato". Os codinomes prescritos para o assassinato eram "solução final", "evacuação" (*Aussiedlung*), e "tratamento especial" (*Sonderbehandlung*).
>
> [...]
>
> Assim, por exemplo, um alto funcionário do Ministério das Relações Exteriores, propôs uma vez que toda a correspondência com o Vaticano a matança dos judeus fosse chamada de "solução radical".

Obviamente, não se pretende fazer uma relação direta entre o extermínio de judeus pelo Terceiro Reich e a atual situação carcerária brasileira, mas apenas registrar uma identidade da questão de fundo: justamente a *falsidade do discurso*. Trata-se de mecanismo utilizado para se pretender atingir objetivos não declarados por meio de palavras bem-postas e, com isso, legitimar determinada atuação estatal, ainda que seja efetivamente incompatível com a ordem constitucional vigente. Assim, do mesmo modo que não se falava em *extermínio* na Alemanha nazista, aqui também, atualmente, não se diz que a prisão provisória é *antecipação de pena* ou que se adota o paradigma da presunção de culpabilidade.

Parece certo pensar numa espécie de *naturalização* de violação de regras mínimas de convivência social (que para a sociedade brasileira poderíamos encontrá-las nos direitos individuais constantes na Constituição), autorizada por uma aparência de legalidade[13] a partir, repita-se, de uma linguagem que, de alguma forma, dificulte visualizar alguma inconsistência nesse sistema. Todos queremos que a coisa pública esteja em ordem. Porém, institucionalmente falando, o caminho escolhido da força punitiva oficial nos moldes aplicados no Brasil pode explicar uma das ideias mais relevantes de Arendt: a *banalidade do mal* que pode estar presente na sociedade[14]. O preço parece alto demais.

2.2. A semiologia do poder e a ordem pública

No primeiro momento deste texto procurou-se apresentar algumas dificuldades sobre acomodar ordem pública como uma *linguagem oficial* no uso do poder punitivo e, com isso, autorizar uma espécie de *falsidade* no compromisso constitucional de que alguém efetivamente somente pode ser considerado culpado (e, portanto, preso se assim for determinado) depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

De medida excepcional prometida, a prisão provisória hoje representa 40% da população carcerária, tornando essa promessa, na prática, uma espécie de mitologia no processo penal brasileiro.[15] Ou, como explica Zaffaroni (1991. p. 13) ao

13. Não por outro motivo, Arendt (1999. p. 167) esclarece que "a ordem do Füher para a Solução Final foi seguida por uma tempestade de regulamentos e diretivas, todos elaborados por advogados peritos e conselheiros legais, não por meros administradores; essa ordem, ao contrário de ordens comuns, foi tratada como lei. Nem é preciso acrescentar que a parafernália legal resultante, longe de ser mero sintoma do pedantismo ou empenho alemão, serviu muito eficientemente para dar a toda a coisa a sua aparência de legalidade".

14. Diz Arendt a respeito do que pode observar das reações a respeito do extermínio de judeus (1999. p. 299): "O problema com Eichmann era exatamente que muitos eram como ele, e muitos não eram nem pervertidos, nem sádicos, mas eram e ainda são terrível e assustadoramente normais. Do ponto de vista de nossas instituições e de nossos padrões morais de julgamento, essa normalidade era muito mais apavorante do que todas as atrocidades juntas, pois implicava que – como foi dito insistentemente em Nuremberg pelos acusados e seus advogados – esse era um tipo novo de criminoso, efetivamente *hostis generis humani*, que comete seus crimes em circunstâncias que tornam praticamente impossível para ele saber ou sentir que está agindo de modo errado".

15. Mitologia é uma expressão utilizada por Rubens Casara que faz uma relação entre o mito (nas promessas constitucionais e legais ligadas ao poder punitivo) e a acomodação de um caráter autoritário na sociedade brasileira, a exemplo do seguinte trecho de sua

dizer: [...] "o discurso jurídico-penal revela-se inegavelmente falso, mas atribuir sua permanência à má-fé ou à formação autoritária seria um simplismo que apenas agregaria uma falsidade à outra".

Como anunciado, procura-se agora avançar para uma compreensão das decisões judiciais sobre essa questão, ou seja, de como o Judiciário lida com a norma jurídica que autoriza a prisão provisória para garantia da ordem pública, a partir de outra perspectiva sobre a linguagem no exercício do poder.

A princípio, convém destacar o pensamento de Nino (2010. p. 291) quando diz: "os juízes estão vinculados não por um conjunto de normas, mas por uma série de orações cujo significado é atribuído de acordo com certas regras semânticas e sintáticas, quer o próprio legislador as tenha considerado ou não". A ideia que se apresenta no momento diz respeito a um descuido com a linguagem no plano judicial no trato da prisão provisória decretada sob o fundamento *para garantia da ordem pública* e como isso repercute no exercício do poder.

A respeito do poder punitivo no Brasil, retoma-se a ideia de que parece haver uma espécie de *naturalização* de conceitos sem a mínima reflexão necessária sobre eles. Como admitir que há o encarceramento de uma pessoa sem formação de culpa para garantir (resguardar/proteger) a *ordem pública*? O que vem a ser essa *ordem pública*? Parece haver um senso de normalidade na utilização desses conceitos – que, como foi visto na introdução, com incidência muito maior do que todos os demais fundamentos reunidos – sem que haja qualquer compromisso com o significado dele.

Com esses questionamentos destaca-se um ponto nem sempre refletido de que *o direito se concretiza por meio da linguagem*. Há um jogo de signos, significados e significantes que influem decisivamente na própria efetividade dos direitos fundamentais, notadamente na ideia da liberdade da pessoa humana como regra numa sociedade estabelecida nos moldes da que delineada na Constituição Federal brasileira de 1988 (CF/88).

Parece haver uma descrença tal acerca do discurso jurídico-penal, uma perda de fé nos direitos ou, no mínimo, o desencanto referente às qualidades formais que se esperava da ciência jurídica. A complexidade de se estabelecer clareza no uso da linguagem no meio jurídico é constatada por Warat (1984. p. 27):

> A convenção é quase que absoluta em sistemas como os sinais de trânsito, mas com uma forte graduação de convencionalidade nos códigos de cortesia

obra: "a versão/doutrina oficial esconde a funcionalidade real dos mitos e a sua importância na reprodução acrítica de práticas forenses, forjadas para modelos autoritários/antigarantistas de sociedade" (CASARA, 2015. p. 25).

> ou em uma retórica estereotipada. Por outro lado, torna-se profundamente imprecisa, intuitiva e subjetiva das enunciações poéticas e nos textos legais. Quanto mais vaga se torna a convenção, mais o valor do signo varia de acordo com os usuários.

Como foi visto na parte inicial do texto, nesses cinquenta anos de vigência, manteve-se a possibilidade de prisão provisória para garantia da ordem pública, sendo certo admitir as mais variadas motivações sobre as situações ou os comportamentos possíveis de se *enquadrar* nesse conceito ao longo desse período.[16] Na atualidade, percebe-se esforço no âmbito jurisprudencial em relacionar o fundamento da *ordem pública* do art. 312 do Código de Processo Penal com uma espécie de *gravidade concreta*[17], conceito que nos parece muito mais para deixar evidenciado que uma ideia de *gravidade abstrata* não seria fundamento para se determinar a prisão provisória.[18]

---

16. Já se decidiu que a dúvida sobre os antecedentes criminais seria motivo para a prisão preventiva para garantia da ordem pública, como se vê na seguinte ementa do STJ: "PROCESSUAL PENAL. PRIMARIEDADE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. FORTE NOS MOTIVOS DE ORDEM PÚBLICA INVOCADOS A BEM DA INSTRUÇÃO E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL AO FORAGIDO, NÃO OBSTA O DECRETO DA PRISÃO PROVISÓRIA A INVOCAÇÃO DA PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES, MORMENTE SE DUVIDOSA QUANTO A ESSE ÚLTIMO PREDICADO" (RHC 795/PR, rel. Min. José Dantas, 5ª T., j. 10.10.1990, DJ 29.10.1990. p. 12150).

17. Realizamos uma pesquisa jurisprudencial, digitando na pesquisa livre do sítio eletrônico do STJ os termos "prisão preventiva", "garantia da ordem pública" e "gravidade concreta", restringindo para acórdãos, 5ª e 6ª Turmas, no período de 01.01.2016 e 31.12.2016, o resultado foi 898 acórdãos; número que parece significativo (quase 1/3) quando se percebe (na consulta destacada na introdução deste texto que o total para o resultado "prisão preventiva" e "garantia da ordem pública" foi de 2.714 acórdãos.

18. A título de exemplo, apresenta-se a seguinte ementa do julgado: "RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE AGENTES. CORRUPÇÃO DE MENORES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. GRAVIDADE CONCRETA DOS DELITOS DENUNCIADOS. *MODUS OPERANDI*. HISTÓRICO CRIMINAL DO RÉU. PROBABILIDADE EFETIVA DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. PERICULOSIDADE SOCIAL. GARANTIA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. RECLAMO IMPROVIDO. 1. Não há que se falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na necessidade de garantir a ordem pública, vulnerada diante do histórico criminal do agente e das circunstâncias em que se deu a sua prisão em flagrante, indicativos da sua

Não se pretende aqui estabelecer uma crítica em relação a esse posicionamento ou outros semelhantes de maneira casuística (há muitos doutrinadores que tratam suficientemente da matéria), mas antes identificar que pode existir uma espécie de *convenção* em termos não muito claros da utilização da linguagem para se legitimar o *uso da força pública*, ou, mais precisamente, *naturalizar conceitos* que partem de quem detém o poder notadamente no uso de prisão preventiva.

A partir justamente de uma ideia da racionalidade é que se busca evidenciar a incompatibilidade entre *significante* e *significado* na prisão para garantia da ordem pública. Parece difícil desenvolver uma coerência na relação entre ordem pública (harmonia coletiva) e prisão sem julgamento. De todo modo, algum significado existe para o significante (ordem pública), mesmo porque com Warat se percebe que (1984. p. 25) "apenas se pode ter acesso a um significado, através de algum tipo significante. Os significantes, por sua vez, só são tais em razão do significado, pois, do contrário, seriam uma massa amorfa de sons, gestos, de objetos".

Daí se segue o problema ligado à *ordem pública* no contexto da lei processual penal, porque no significado atribuído se percebe uma ideia de *semiologia de poder*, o que, para Warat (1984. p. 18), se sustenta na pretensão de

> [...] analisar a significação como instrumento de controle social, como estratégia normalizadora e disciplinar os indivíduos, como fórmula produtora do consenso, como estágio ilusório dos valores de representação, como fetiche regulador da interação social.

habitualidade na prática de ilícitos. 2. Caso em que o recorrente está sendo acusado por roubo majorado, cometido em comparsaria com um adolescente, no qual os agentes, a bordo de uma motocicleta, surpreenderam o ofendido que caminhava em via pública e, mediante grave ameaça, lograram subtrair-lhe bem móvel, evadindo-se do local rapidamente, circunstâncias que, somadas, revelam a reprovabilidade diferenciada das condutas denunciadas, mostrando que a prisão antecipada é mesmo devida para o fim de acautelar o meio social, evitando, inclusive, a reprodução de fatos criminosos de igual natureza e gravidade. 3. O fato de o acusado ostentar outros registros criminais – inclusive da mesma natureza –, é circunstância que reforça a existência do *periculum libertatis* autorizador da prisão preventiva. 4. Concluindo-se pela imprescindibilidade da preventiva, está clara a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, cuja aplicação não se mostraria adequada para o restabelecimento e a preservação da ordem pública. 5. Condições pessoais favoráveis, sequer comprovadas na espécie, não têm o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade. 6. Recurso ordinário improvido" (RHC 78.889/BA, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 15.12.2016, *DJe* 01.02.2017).

Ora, uma reflexão acurada sobre o significado do que seria *ordem* deixaria clara a fragilidade ou abstração desse conceito. Bauman (1998. p. 14), por exemplo, liga essa questão a uma espécie de *pureza* para dizer que *ordem* significa que as coisas estão nos seus *lugares devidos*. Não seria algo intrínseco ao objeto em si, mas a definição de ordem estaria sujeita a um contexto tão complexo quanto frágil:

> Sapatos magnificamente lustrados e brilhantes tornam-se sujos quando colocados numa mesa de refeições. Restituídos ao monte de sapatos, eles recuperam a prístina pureza. Uma omelete, uma obra de arte culinária que dá água na boca quando no prato do jantar, torna-se uma mancha nojenta quando derramada sobre o travesseiro.

A reflexão do sociólogo polonês é relevante porque, nas ideias propostas neste texto, é forçoso reconhecer que são decretadas judicialmente milhares de prisões provisórias em que o discurso utilizado parte do pressuposto de que, com essa medida, a *pureza social* (ordem pública) ficará resguardada. Com isso, é permitido considerar a mensagem estatal de atribuir os problemas sociais, que acarretam alguma desordem coletiva, sob os ombros de quem é *acusado* (e não condenado) de praticar um crime; daí se justifica o cerceamento da liberdade, porque a ordem pública estaria resguardada. O desdobramento é que o Estado cumpriu seu papel: prendeu a pessoa causadora da desordem. A ordem foi restabelecida. Os problemas não mais existem, ou melhor, arregimentam-se as forças policiais para alcançar a próxima pessoa que causa a desordem para encarcerá-la.

Nessa perspectiva, seria possível concluir que, pelo significado de ordem pública adotado nas práticas judiciais, certamente a *pureza social* estaria ainda mais evidente em tempos atuais do que em 2005, porque nessa época a população carcerária era de 296.919 pessoas[19], ao passo que, no ano de 2016, existiam 726.712 pessoas presas. Claro que esse é o universo de todas as prisões, mas que se mantém o índice médio de presos provisórios (sempre ficou em torno de 40%[20]). De todo modo, permitido o raciocínio de que quanto maior o número de presos para resguardar a *ordem pública* melhor para a sociedade.

19. Dados constantes no Anuário Brasileiro de Segurança pública 2007, disponível no sítio eletrônico [www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2007.pdf]. Acesso em: 09.01.2016.

20. Dados constantes no relatório apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça durante o 2º Encontro Nacional do Judiciário em 2009, disponível no sítio eletrônico [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/.../603cc57a97583783cafaed1561f0ab25.pdf]. Acesso em: 26.06.2018.

Resgatando a ideia de que o direito (que se concretiza na linguagem) serve como instrumento de contenção de poder estatal, esse desiderato é sistematicamente abandonado no presente quadro de incoerências. Remonta-se ao arbítrio exatamente por conta do descuido na significação e que, em alguma medida, contribui para o excesso da população carcerária que se observa no Brasil. A respeito do arbítrio judicial, destaca-se o pensamento de Grau (2014. p. 120) na obra com título sugestivo que irá expor os motivos de que ele teria "medo dos juízes":

> Quem estabelece os valores? Os valores não são, existem apenas enquanto dotados de validez. Valem para algo ou para alguém. Em outros termos, existem somente enquanto valem para alguém; ou, por outra, não existem. Anota Shmitt (1961:71): "Quem diz valor quer fazer valer e impor. As virtudes se exercem, as normas se aplicam, as ordens se cumprem; mas os valores se estabelecem e se impõem. Quem afirma sua validez tem de fazê-los valer" [...]. E, adiante, Shmitt (1961:73) cita Nicolai Hartmann para observar que os valores sempre valem para alguém, aparecendo, desgraçadamente, o "reverso fatal": também valem contra alguém.

É o problema de sujeitar-se a um campo de arbitrariedades em que o direito se vê em muitas situações, sem muita clareza para explicar como, na crítica acerca da seletividade do direito penal, a garantia da ordem pública estaria fragilizada com uma pessoa presa por crime contra o patrimônio sem violência (como o caso do furto), mas não estaria para um caso de apuração de crimes contra a Administração Pública (como corrupção passiva ou peculato). A crítica, portanto, é voltada exatamente para uma linguagem "marcada por uma opacidade em que se abrigam vários sentidos podendo conotar esquemas, ideais, valores e crenças semanticamente opostos" (BRANDÃO, 2012. p. 22).

É a advertência de Warat (1984. p. 15) ao dizer que nesse espaço não muito esclarecido entre significante e significado que se estabelecem consensos não muito claros de quem detém o poder, para entender que, em verdade, "as linguagens não se esgotam nas informações transmitidas, pois elas engendram uma série de ressonâncias significativas e normalizadoras das práticas sociais".

E a legitimidade para engendrar esse quadro de forças configura expressão de semiologia do poder, o que Warat (1984. p. 18) designa como o "consenso sobre a legitimidade do poder é decorrência de um trabalho discursivo, e que só é obtido quando, adequadamente, manipula-se as palavras".

Nesse passo, parece evidente que para uma legislação que se afigurou, antes de tudo, incoerente com a opção constitucional de presunção de inocência e, ainda, o uso descuidado da linguagem na utilização do fundamento da prisão

preventiva para ordem pública podem ser fatores que auxiliam na compreensão do problema carcerário na atualidade.

Lado outro, como forma de perceber algum horizonte de entendimento, faz-se um esforço de poder pensar, a partir da alteridade, a questão carcerária, a ordem pública e a racionalidade.

3. A ordem pública e a filosofia da alteridade

Difícil pensar em um significado de *ordem pública* que mantenha a compatibilidade com a ordem constitucional em vigor. Mais que isso, as reflexões expostas no tópico anterior serviram para expor uma aparente irracionalidade presente no sistema de prisões provisórias, que pode contribuir para agravar o problema carcerário no país. Assim, é nesse aparente caos de comportamentos contraditórios a respeito do uso do poder punitivo que pode ganhar relevo a compreensão da *filosofia da alteridade*. Isso por que pode permitir o questionamento a respeito dos motivos de um *modelo de violência* que a sociedade se permitiu vivenciar, sob o pálio de um cientificismo que se esquece do *ser humano* (do outro).

Entretanto, o primeiro passo deve ser voltado para concretizar o que se pensa sobre alteridade, para fins deste texto. Adota-se, no ponto, o pensamento de alteridade exposto por Emmanuel Levinas (1990) e, para tanto, reconhece que o autor irá estabelecer uma crítica sobre a racionalidade, enquanto *busca da verdade*, ou seja, do paradigma da razão como forma de absorver a compreensão do mundo, de totalizá-lo.

Neste ponto, importante fazer a ressalva que Comte (2016. p. 30), considerado fundador do positivismo, deixou claro o pensamento de que o espírito positivista tem natureza relativa, quando diz: "não poderíamos garantir de modo algum a possibilidade de se constatarem assim, nem mesmo muito superficialmente, todas as existências reais, cuja maior parte talvez nos escape totalmente". Tal pensamento seria o oposto ao da *metafísica*, justamente porque supõe a totalização, ou seja, dar a última e definitiva palavra sobre o mundo. Assim, próprio da limitação humana, o positivismo (científico) teria como paradigma a observação, ao passo que a metafísica utilizaria a imaginação.

Ocorre que, para Levinas, a racionalidade positivista moderna se afastou desse modelo *relativista* proposto por Comte e pretendeu, de fato, absorver e postular a possibilidade de totalizar o mundo a partir dessa busca da verdade. E a metafísica, que permeia todo o pensamento de Levinas (como se verá adiante), é vista como ferramenta para se colocar o outro como elemento central de todas as construções teóricas, em uma percepção de infinitude de qualquer compreensão.

Na visão de Levinas, desde o pensamento grego e chegando a modernidade, a *negação do outro* permeou todas as ideias fundantes das escolas filosóficas, o que acarretou os grandes problemas da atualidade, notadamente o constante estado de guerra presente na sociedade. E isso somente ocorre, para o autor, porque consideramos o *outro* como mero objeto ("ponte ou obstáculo") para alcançar os objetivos individualistas (e totalizantes).

Desde logo, pretende-se deixar evidenciado o propósito humanista defendido pelo autor, uma vez que sustenta a necessidade de se romper com a busca da verdade ou da ontologia como *filosofia primeira*.[21]

Nessa busca proposta por Levinas, a metafísica é fator preponderante em todo seu pensamento e, com isso, a ideia de infinitude não pode ser vista como problema ou dificuldade, mas antes uma característica marcante do indivíduo e fundamental na compreensão da alteridade. E se apresenta o *primeiro paradoxo*: ao mesmo tempo em que reconhece a impossibilidade de totalização de qualquer objeto (ou das relações humanas), percebe a necessidade da abertura para o infinito em que a *intuição* (em oposição à razão) ganha importância fundamental nessa construção filosófica.

Por isso, o abandono deliberado da racionalidade e a consequente *defesa da subjetividade*, porque, como a verdade não ocupa o lugar de proeminência absoluta, justamente a intuição irá ganhar e possibilitar se influenciar pelo *outro*. Para ser mais preciso, como indica na introdução da obra mais expressiva, *Totalidade e Infinito*, em que Levinas (1980. p. 13) se propõe a "uma defesa da subjetividade, mas não a captará no nível do seu protesto puramente egoísta contra a totalidade, nem na sua angústia perante a morte, mas como fundada na ideia do infinito". E o reconhecimento da infinitude (em que insere a ideia do *rosto do outro*)[22] como forma de pretender deixar clara, ainda que paradoxalmente, a insuficiência de qualquer método humano para alcançar o pleno conhecimento e, ao mesmo

21. Com Foucault (1974, apud HABERMAS, 1990. p. 234) verifica-se a questão da verdade de outro modo, mas aponta-se como a vontade de verdade, resultado do poder: "É como se a vontade da verdade fosse para nós escondida pela própria verdade e na sua evolução necessária... O discurso verdadeiro que a necessidade da forma desliga o desejo e liberta do poder não pode reconhecer a vontade de verdade que o perpassa; e a vontade da verdade que há muito se nos impõe é de tal modo que a verdade que ela quer não pode deixar de a dissimular".

22. A ideia da infinitude (que não tem antes ou depois, pois é permanente) se revela por meio do rosto do outro, muito além do que qualquer percepção aprisionada na racionalidade, porque em realidade "o outro se revela, se manifesta. Ele é uma epifania constante. O conhecimento do outro não se realiza a partir das categorias construídas pelo eu, o conhecimento é acolhido daquilo que o outro manifesta de si mesmo" (RUIZ, 2008. p. 138).

tempo, defender que a intuição poderá permitir uma compreensão da filosofia que coloca o outro como ponto fundamental de qualquer postulado.

Como se observa nessas reflexões iniciais, é forçoso reconhecer como essa filosofia da alteridade de Levinas causa profundo impacto no pensamento moderno, pois, ao estabelecer a ética como filosofia primeira (e não a ontologia), percebe os inúmeros equívocos que foram e são praticados pela humanidade afastada da alteridade.[23]

Retomando uma vez mais sobre a repercussão da Segunda Guerra Mundial na compreensão do uso do poder punitivo e das formas de legitimação, parece certo verificar que o fato de Levinas ter sido prisioneiro entre 1940 e 1945 em Oflag (campo de oficiais presos, na Alemanha) e a perda de inúmeros familiares que estavam na Lituânia à época do nazismo (MARTINS, 2014) de alguma forma o levou a refletir mais profundamente sobre a filosofia. Assim, aponta o problema de o outro figurar como mero acessório (categoria teórica secundária) no pensamento moderno, levando a uma espécie de delírio de onipotência, ancorada na racionalidade.[24]

A percepção egoica das construções teóricas modernas parecem limitadas à ideia de autopreservação individualista e exclusivista, na exata medida da exclusão do outro. Com Habermas (1990. p. 133), analisando o discurso filosófico da modernidade, vamos perceber "a própria razão destrói a humanidade que ela mesma possibilitou", exatamente nessa percepção afastada de qualquer respeito ao outro, pois reconhece o problema do "processo do iluminismo se dever, desde os primórdios, ao impulso da autopreservação que mutila a razão porque só a reclama em formas de dominação da natureza e do instinto orientada para fins, justamente como razão instrumental".[25]

---

23. Ruiz (2008) destaca que há no pensamento de Aristóteles franca menção ao outro exatamente quando se trata da justiça, pois a percebe como a única virtude que demanda a existência do outro para ser concretizada. Ora, ninguém pode ser justo em relação a si mesmo. O outro se torna a essência do pensamento da justiça. Critica a existência de um pensamento que há uma espécie de autonomia autossuficiente de si mesmo, em que o outro ganha papel secundário. O ponto central desse pensamento reside na importância em realizar o bem e justiça para a felicidade da pessoa e da polis, razão por que é possível entender o porquê de conviver esses pensamentos nobres com uma cidade repleta de escravos.

24. Com Fabri (2007. p. 21) vamos encontrar essa expressão: "Vivemos numa época caracterizada pelo fim do humanismo. Nela, o homem corre o risco de se tornar um mero expectador da realidade, deixando de reconhecer a possibilidade de decidir (pensar) e mudar o curso das coisas. Paradoxalmente, jamais o homem se compreendeu tão poderoso. À sua passividade bem somar-se um delírio de onipotência".

25. O homem se torna escravo do que ele próprio criou, como aponta Fabri (2007. p. 29): "No pensamento contemporâneo, afirma Levinas, o homem como que desaparece nas

A partir desses conceitos basilares da filosofia da alteridade, a repercussão para compreender o encarceramento da realidade brasileira é imediata.[26] Difícil pensar em uma forma de questionar, de forma frutífera, o problema carcerário desconectado de uma responsabilização pelo outro. A sociedade atual demanda do poder público a solução de problemas estruturais a partir da penalização, entretanto, "nem sempre fica claro para a sociedade e seus agentes públicos o que separa a violência legítima da ilegítima" (SILVA FILHO, 2012. p. 45).

A objetificação do outro parece permear todas as funções estatais, mas ganha contornos quase dramáticos quando se admite o encarceramento de alguém sem formação da culpa em um processo judicial para o resguardo de uma *suposta* ordem pública, a partir de uma *proclamada* racionalidade (que parece impossível de alcançar).

Reduz-se qualquer espaço para *alteridade* numa visão de mundo que *instrumentaliza* o ser humano vulnerável socialmente (que parece prevalecer na população carcerária), colocando a responsabilidade estatal dos problemas estruturais mais graves em uma questão meramente criminal. Cria-se a ilusão de que a solução para a violência estaria voltada à ampliação desse poder punitivo, ante a ausência de alguma iniciativa diversa que possa alcançar a pessoa vulnerável em outra política pública, como a educação ou assistência social.

Lado outro, não parece haver nada de equivocado em buscar conter os indesejáveis socialmente, como forma de garantir que determinados padrões determinados se estabeleçam a partir de uma cultura dominante, notadamente aquelas

---

estruturas inteligíveis da linguagem. O ser humano, enquanto criador dessas estruturas, termina sendo lançado na ordem não-humana daquilo que ele próprio criou".

26. De todo modo, convém ressaltar que a regulamentação da audiência de custódia no sistema processual penal brasileiro, ainda que sem a (necessária) lei, pode ser vista sob o prisma de nítida inspiração da filosofia da alteridade de Levinas. Isso porque a única situação que realmente modificou com a audiência de custódia foi a necessidade de a pessoa presa ser entrevistada pelo juiz antes da decisão judicial (que decreta ou não a prisão provisória). Antes da implementação da audiência de custódia, conforme determina o art. 310 do CPP, caberia à mesma autoridade judiciária, ao receber o auto de prisão em flagrante, definir a manutenção ou não de prisão (sem qualquer audiência prévia), ou seja, a sistemática de que caberia ao juiz realizar essa análise era idêntica, modificando apenas a necessidade de audiência com o preso antes dessa decisão. Assim, parece certo pensar que eventual redução do número de presos provisórios a partir da implementação da audiência de custódia (que é clara expectativa institucional da parte do CNJ, pelo menos) pode ser explicada pela ideia do *rosto do outro* que o nosso autor expõe na filosofia da alteridade.

que parecem afetar diretamente o convívio humano. Eis o problema que envolve a alteridade, porque, ainda com Bauman (1998. p. 17), vamos perceber que:

> Entre as numerosas corporificações da "sujeira" capaz de minar padrões, um caso – sociologicamente falando – é de importância muito especial e, na verdade, única: a saber, aquele em que são *outros seres humanos* que são concebidos como um obstáculo para a apropriada "organização do ambiente"; em que, em outras palavras, é uma outra pessoa ou, mais especificamente, uma certa categoria de outra pessoa, que se torna "sujeira" e é tratada como tal. (Grifos originais).

Nesse passo, cria-se um *rótulo* que, ao fim e ao cabo, despersonaliza; um tipo ideal que discrimina e sempre parte de quem se coloca em patamar superior. Ninguém irá atribuir a si a *periculosidade social*, porque sabe bem que da complexidade humana, ou, no dizer de Levinas, da infinitude dos comportamentos humanos muitas vezes paradoxais.

Assim é que, nesse cenário de banalização de prisões provisórias para garantir a ordem pública, a *rotulação do outro* parece fundamento maior (e ao mesmo tempo oculto) desse comportamento de violência e de irracionalidade, tornando um verdadeiro retrato da *ontologia moderna*. A negação do outro irá implicar, na perspectiva de Levinas (1980), na negação de si mesmo, no desconhecimento de sua própria infinitude: eis a crise da modernidade de não reconhecermos a nós próprios.

4. CONCLUSÃO

Buscou-se abordar alguns aspectos do encarceramento brasileiro, considerando a existência de mais de 700 mil pessoas encarceradas e que cerca de 40% delas estão presas provisoriamente. Diante do desconforto que causa esse percentual de pessoas encarceradas sem formação de culpa, constatou-se altos índices de utilização do fundamento da ordem pública nesse tipo de prisão. Percebeu-se que a inserção desse tipo de tessitura aberta na regulamentação do poder punitivo, que conta com mais de 50 anos de existência em nosso ordenamento, não parece uma obra do acaso. Entendendo que o direito se concretiza na linguagem, há importantes espaços de poder que admitem o arbítrio a partir de conceitos vagos, tal como se deu na Alemanha nazista. Nessa ocasião, documentos oficiais comprovam que o assassínio em massa de judeus era determinado a partir de ordens do tipo "solução final para os judeus"; jamais continham informações claras sobre o extermínio de seres humanos.

A ânsia moderna de alcançar um poder punitivo higienizado de qualquer violência parece não resistir a uma realidade carcerária cada vez mais estigmatizante

e que aprofunda os problemas sociais. Ainda prevalece uma ideia forte que liga a ordem pública e pessoas processadas por crimes de pouca gravidade, como crimes contra o patrimônio sem violência ou tráfico de drogas de pequena monta, sem qualquer critério racional aparente.

Mais que isso, o resultado dessa anomalia revela a profunda falência da filosofia moderna, pois a privação da liberdade com a mensagem de que a ordem pública deve ser resguardada é sinal evidente de instrumentalização do *outro*. Esse cenário é denunciado por Emmanuel Levinas, quando estabelece o problema do paradigma moderno na busca da verdade e apresenta a necessidade de mudança para estabelecer a relação ética como principal ocupação da filosofia. A alteração da mudança de paradigma para um humanismo concreto pode significar o início de solução para os graves problemas da modernidade (muitos ocorridos justamente pelo individualismo, negação do *outro*) e também para compreender o preço que se paga por viver num estado de violência (ou estado de guerra), vivenciado por *mensagens* estatais como a da *prisão preventiva para garantia da ordem pública*.

Esse quadro de incoerências autoriza constatar que nunca se quis abandonar o uso da prisão sem formação de culpa no Brasil, mas antes criar mecanismos linguísticos que aparentam a compatibilidade com a ordem constitucional sem o compromisso efetivo de resguardar a excepcionalidade da prisão provisória. Esse estado de coisas culmina em um encarceramento irracional – notadamente o dos presos provisórios – e que irá revelar a coisificação da pessoa humana (do *outro*), em franca violação à Constituição Federal de 1988.

5. Bibliografia

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Ed. Betrand Brasil, Rio de Janeiro, 1989.

BRANDÃO, Helena Nagamine. *Enunciação e Construção do Sentido*. In: FIGARO, Roseli (Org.). Comunicação e Análise do Discurso. São Paulo: Contexto, 2012.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

COMTE, Auguste. *Discurso sobre o Espírito Positivo*: Ordem e Progresso. São Paulo: Edipro, 2016.

FABRI, Marcelo. *Fenomenologia e Cultura*. Porto Alegre: Edpucrs, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: Teoria do Garantismo Penal. 3 ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *Por Que Tenho Medo dos Juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*. Lisboa: Edições 70, 1980.

LEVINAS, Emmanuel. *Entre Nós*: Ensaios Sobre a Alteridade. 5. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2010.

LEVINAS, Emmanuel. *Humanismo do Outro Homem*. 4. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2012.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Processo Penal no Limite*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MARTINS, Rogério Jolin; LEPAGNEUR, Hubert. *Introdução a Lévinas*: Pensar e Ética no Século XXI. São Paulo: Editora Paulus, 2014.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

PIRES, Álvaro P. A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos. In: *Novos Estudos* – CEBRAP, 2004. v. 68.

RICOUER, Paul. *Caminos del reconocimiento* – Tres Estudios. México: FCE, 2006.

RUIZ, Castor B. Emmanuel Levinas, Alteridade & Alteridades – Questões da Modernidade e a Modernidade em Questão. In: *Alteridade e Ética*: Obra Comemorativa dos 100 Anos de Nascimento de Emmanuel Levinas. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino. *As Raízes do Crime*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Crimes de Estado e Justiça de Transição. In: *Criminologia e sistemas jurídico-penais Contemporâneos*. 2. ed. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2012.

WARAT, Luis Alberto. *O Direito e a sua Linguagem*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual, de Aury Lopes Júnior – *RBCCrim* 143/117-153 (DTR\2018\12745); e
- Ordem pública e constituição: um escorço de delimitação conceitual, de Luiz Regis Prado e Diego Prezzi Santos – *RT* 990/309-329 (DTR\2018\10737).

A relação histórica entre o processo de aquisição de direitos e o sistema acusatório no Brasil

The historical relationship between the process of acquiring rights and the accusatory system in Brazil

Gabriela Schneider

Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Advogada.
schd.gabriela@gmail.com

André Luís Callegari

Pós-Doutor em Direito pela Universidad Autónoma de Madrid. Doutor em Derecho Publico y Filosofia Juridica pela Universidad Autónoma de Madrid. Doutor *honoris causa* pela Universidad Autónoma de Tlaxcala (México) e pelo Centro Univesitário del Valle del Teotihuacan (México). Professor do programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Advogado criminalista.
callegari@callegariadvogados.com.br

Recebido em: 06.03.2018
Aprovado em: 25.04.2018
Última versão dos autores: 10.05.2018

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: O presente estudo busca avaliar a relação entre o processo histórico de aquisição de direitos civis, políticos e sociais pela população brasileira e a evolução do sistema processual penal no país. Assim como no caso das sociedades ocidentais, o caso brasileiro apresenta uma relação direta entre o processo de aquisição de direitos e o sistema processual penal. Entretanto, se nas demais sociedades ocidentais o sistema acusatório surgiu concomitantemente à aquisição de direitos civis e políticos, no Brasil, esse sistema surge quando direitos civis, políticos e também sociais são positivados de forma inédita na Constituição Federal de 1988. Trata-se do

Abstract: The present study seeks to evaluate the relationship between the historical process of acquiring civil, political and social rights by the Brazilian population and the evolution of the criminal justice system in the country. As in the case of Western societies, the Brazilian case shows a direct relationship between the process of acquiring rights and the criminal justice system. However, while in Western societies the accusatory system emerged concomitantly with the acquiring civil and political rights, in Brazil, this system arose when civil, political and social rights were established in the Federal Constitution of 1988. This is the landmark of the

marco da proposição do Estado Democrático de Direito – aqui compreendido como um conceito síntese que engloba as três esferas de direitos. Essa relação permite vincular o sistema acusatório no Brasil como um reflexo do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Sistema Acusatório – Aquisição de direitos – Direitos Sociais – Direitos Civis – Estado Democrático de Direito.

proposition of the Democratic State – understood here as a synthesis concept that encompasses the three spheres of rights. This relationship enables the perception of the accusatory system in Brazil as a reflection of the Democratic State.

Keywords: Accusatory system – Acquiring Rights – Social Rights – Civil Rights – Democratic State.

Sumário: 1. Introdução. 2. O processo histórico de aquisição de direitos no Brasil: a perspectiva sociológica e a análise das Constituições brasileiras (1824-1988). 3. O sistema processual penal diante da trajetória de aquisição de direitos no Brasil. 4. A relação contemporânea entre a garantia de direitos e o sistema processual penal acusatório. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A grande desigualdade social e econômica ainda presente no Brasil do século XXI e as insuficiências apresentadas pelo Estado na concretização de direitos insculpidos na Constituição Federal de 1988 repercutem de forma direta em desafios existentes no processo penal brasileiro. Inserem-se nessa realidade questões vinculadas ao sistema processual penal – que diz respeito especialmente às regras, atores e garantias do processo penal. A adequação desse sistema aos preceitos constitucionais norteia o debate sobre a construção de mecanismos mais democráticos de direitos e garantias que possibilitem a transição de estruturas do inquisitorialismo em direção à consolidação do sistema acusatório. Esse último sistema diferencia-se do primeiro pela capacidade de oferecer e garantir um processo penal igualitário, não excludente e humano à população.

Para contribuir com a discussão que envolve o sistema acusatório no Brasil, este artigo busca avaliar qual é a relação histórica entre o processo de aquisição de direitos e o sistema processual penal brasileiro. A hipótese levantada é que o sistema processual penal no Brasil resulta do desenvolvimento do processo de aquisição de direitos, sobretudo da síntese entre direitos civis, políticos e sociais estabelecida no Estado Democrático de Direito proposto pela Constituição Federal de 1988. Dessa forma, busca-se realizar uma análise da evolução do sistema processual penal brasileiro frente ao processo histórico e sociológico de conquista de direitos por parte população e avaliar a relação entre os desafios da consolidação do sistema acusatório e os limites de construção do Estado Democrático de Direito no país. A observância de tal relação visa a auxiliar na compreensão sobre

a permanência de resquícios inquisitoriais ainda existentes no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e coopera para a busca de caminhos coerentes e integrados para a consolidação do sistema acusatório.

Para tanto, o presente artigo tem como objetivo principal avaliar a relação entre o processo de aquisição de direitos e o sistema processual penal no Brasil em perspectiva histórica. Especificamente, busca-se (i) avaliar o processo histórico de aquisição de direitos no Brasil até a confirmação do Estado Democrático de Direito, por meio de estudo das Constituições e do diálogo com a Sociologia; (ii) compreender a evolução do sistema processual penal brasileiro em perspectiva macro-histórica, relacionando-a às características da formação do Estado e das relações entre Estado e sociedade; e (iii) avaliar a evolução do sistema processual penal brasileiro e a transição, ainda que limitada, do sistema inquisitorial para o sistema acusatório.

Assim, o estudo se divide em três seções. A primeira evidencia o processo histórico de aquisição de direitos no Brasil à luz da perspectiva sociológica, revisitando as Constituições brasileiras e a respectiva realidade vivenciada em cada época da história. Verifica-se que, diferentemente da trajetória padrão experimentada pelos países ocidentais, a conquista de direitos sociais no Brasil aconteceu anteriormente a dos direitos políticos e civis e que apenas recentemente tais direitos foram assegurados de forma integrada, concomitantemente ao momento em que a República se constituiu em um Estado Democrático de Direito.

Posteriormente, a segunda seção, ao buscar relacionar o processo de aquisição histórico de direitos com o sistema processual penal, faz uma análise sobre a evolução do sistema processual penal brasileiro e como ele acompanhou essa trajetória histórica de aquisição de direitos no país. A partir dessa análise, nota-se que o sistema acusatório surge no país apenas com a Constituição de 1988 e é garantido essencialmente por ela, que também marca a positivação de direitos civis, políticos e sociais de maneira inédita no Brasil.

Por fim, a terceira e última seção vincula o estudo das seções anteriores e apresenta a ideia de que há uma relação lógica entre o processo de aquisição de direitos e o sistema processual penal que, inclusive, permite vincular o sistema acusatório no Brasil como um reflexo do Estado Democrático de Direito. Destarte, os desafios que perpassam a consolidação do sistema acusatório e a consequente superação de resquícios inquisitoriais no ordenamento jurídico brasileiro são análogos às próprias características e incompletudes do processo mais amplo de aquisição de direitos no país e do próprio Estado Democrático de Direito, que, assim como o sistema processual penal, encontra-se em processo de transição.

2. O processo histórico de aquisição de direitos no Brasil: a perspectiva sociológica e a análise das Constituições brasileiras (1824-1988)

A presente seção busca avaliar a tese apresentada pela perspectiva sociológica sobre a aquisição histórica de direitos no Brasil, mediante estudo das Constituições brasileiras no contexto político de sua época. A abordagem sobre o processo histórico de aquisição de direitos no Brasil é bastante conhecida nas Ciências Sociais, principalmente por meio dos estudos de José Murilo de Carvalho[1] e Elisa Reis[2] e, englobando a América Latina como um todo, nos debates propostos por Guillermo O'Donnell.[3-4]

A contribuição de tais autores evidencia que, de forma geral, os direitos sociais foram assegurados pelo Estado à população antes dos direitos políticos e civis. Isso ocorreu de forma distinta da trajetória observada em outras sociedades ocidentais, nas quais direitos políticos e civis foram conquistados anteriormente aos direitos sociais.

Ao adentrar à discussão sobre o desenvolvimento do processo de garantia de direitos nas sociedades ocidentais (o que inicia normativamente com o surgimento do constitucionalismo moderno), Marshall, trazendo o exemplo da Inglaterra, propõe a divisão dos direitos em três categorias, que corresponde à tipologia tripartite da cidadania por ordem cronológica de aquisição: primeiramente os direitos civis, posteriormente os direitos políticos e, por fim, os direitos sociais.[5]

---

1. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*: o longo caminho. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
2. REIS, Elisa Pereira. *Processos e escolhas*: estudos de sociologia política. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 1998.
3. Ver, por exemplo, O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (In)Efetividade da Lei na América Latina. *Novos Estudos* – CEBRAP, São Paulo, n. 51, p. 37-61, jul., 1998.
4. Ressalta-se que tais abordagens se caracterizam pelo aspecto generalista, uma vez que buscam identificar processos macro históricos. Nessa tentativa, cortes e omissões históricas são necessários, assim como o apelo a generalizações. Importa que os estudos generalistas ajudam na compressão de algumas características particulares importantes da história, como o caso da trajetória dos direitos no país. É mais ou menos o que Elisa Reis enfatiza sobre os conceitos, os quais "têm origem em experiências históricas concretas, e nos ajudam a transcender a singularidade de tais experiências na busca por generalizações que por sua vez nos ajudem a compreender as particularidades" (REIS, Elisa Pereira. Op. cit., p. 27-28).
5. SCHNEIDER, Gabriela; CASTELLANO DA SILVA, Igor. Estado de Direito e Democracia: uma abordagem acerca da (não) aquisição de direitos nos países em desenvolvimento na América Latina. In: *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 64, jan.-jun. 2014. p. 446.

Thomas Humphrey Marshall chega a precisar os séculos que esses direitos teriam aparecido de forma mais visível. Os direitos civis no século XVIII, os direitos políticos no século XIX, e os direitos sociais a partir do século XX.[6]

Por sua vez, ao apresentar o processo de aquisição histórico de direitos no Brasil, Carvalho[7] salienta que com o Estado Novo, primeiramente, foram garantidos direitos sociais acompanhados da supressão de direitos políticos e civis, até então escassamente instituídos. Posteriormente, foram adquiridos direitos políticos (especialmente com a expansão do direito de voto), paradoxalmente em um período ditatorial em que a representação era apenas uma fachada. E, por último, vieram os direitos civis, que, contudo, ainda hoje são inacessíveis à maior parte da população.

Haveria, então, duas diferenças importantes no Brasil em relação à experiência do Ocidente. Primeiro, houve uma maior ênfase aos direitos sociais e, segundo, a inversão da sequência lógica e cronológica de Marshall na aquisição de direitos, visto que a esfera social antecedeu a esfera política e civil[8]. A fim de compreender como empiricamente ocorreu o processo de positivação e aquisição dos direitos nos diversos momentos da história brasileira, faz-se necessária uma breve análise das Constituições brasileiras (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967-69 e 1988) e a concretização de direitos em cada época.

A primeira Constituição brasileira, a do Império, de 1824, apenas privilegiava a elite minoritária (proprietários de terras)[9] e garantia voto censitário.[10] Os

6. MARSHALL, T.H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967. p. 75. Apesar do autor discorrer com maior precisão sobre a Inglaterra, a atribuição cronológica de Marshall parece ser de uma forma generalista lógica para o padrão ocidental.
7. CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., p. 219.
8. CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., p. 11-12.
9. A época imperial brasileira foi marcada por elementos de continuidade em relação ao período colonial, ao chamado panorama da colonização (CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., p. 25). A independência, em 1822, não trouxe consigo uma mudança significativa em estruturas jurídicas e sociais dos anos anteriores. A existência de direitos civis e políticos estava condicionada à presença da Igreja, da escravidão e da esfera econômica. Os direitos sociais praticamente inexistiam. A cidadania, como bem traduziu Carvalho (CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., p. 64), era uma "cidadania em negativo". Essa característica está diretamente relacionada ao processo de aquisição de direitos no período imperial.
10. Como afirma Boris Fausto, "entendia-se por 'povo' a minoria de brancos e mestiços que votava e que de algum modo tinha participação na vida política" (FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 13. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo. p. 149). Mulheres, pessoas de baixa renda, não católicos não possuíam direitos políticos; não proprietários

demais indivíduos, como os escravos, em termos de cidadania civil, política e social sequer foram mencionados no Texto Constitucional. A abolição da escravatura no ano de 1888 é considerada um avanço, porém não significativo em termos de direitos civis, uma vez que os estudos históricos demonstram que apenas a liberdade[11] não tornou os antigos escravos sujeitos de direitos.[12] Quanto aos direitos sociais, em específico, a Constituição do Império foi praticamente omissa. João Carlos Silva[13] recorda que autores como Bonavides e Andrade sustentam que tal Constituição englobou alguns direitos sociais (apesar de não os nomear como tais), como as normas dos socorros públicos e a de instrução primária gratuita a todos os cidadãos, dispostos no artigo 179, incisos XXXI e XXXII, respectivamente. Entretanto, a Constituição não fez menção a direitos sociais básicos como saúde, previdência, trabalho, educação secundária e superior, entre outros. Além disso, deve-se considerar que esse período foi marcado pela grande desigualdade social. Claro, um terço da população era escrava. Logo, por mais que em seus artigos a Constituição expressasse alguns aspectos sociais, o alcance era mínimo, pois poucos eram de fato considerados cidadãos.[14]

---

também estavam excluídos da votação e da candidatura (IGLESIAS, Francisco. *Trajetória Política do Brasil 1500-1964*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1993. p. 139). Além disso, mesmo com a existência desse direito de voto a uma pequena minoria, não é possível afirmar que existiam de fato direitos políticos. Isso, pois, apesar da estatística eleitoral do Império ser muito precária, tem-se notícia de que apenas 1% da população era efetivamente eleitor à época (PAIVA, Maria Arair Pinto. *Direito Político do Sufrágio no Brasil (1822-1982)*. Brasília: Thesaurus Editora, 1985).

11. "A libertação dos escravos não trouxe consigo a igualdade efetiva. Essa igualdade era afirmada nas leis, mas negada na prática" (CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., p. 53).

12. Ver. SOUZA, Venceslau Alves de. Direitos no Brasil: necessidade de um choque de cidadania. *Revista Sociologia e Política*, Curitiba, n. 27, p. 211-214, nov., 2006; e MOURAO, Juraci Lopes Filho; LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto. As origens do constitucionalismo brasileiro: o pensamento constitucional no Império. *CONPEDI*. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, jun., Fortaleza, 2010. p. 6275.

13. SILVA, João Carlos Jarochinski. Análise histórica das Constituições brasileiras. Ponto-e-Vírgula. *Revista de Ciências Sociais PUC/SP*, São Paulo, n. 10, 2011.

14. O processo de aquisição de direitos no Império pode ser relacionado com o surgimento do constitucionalismo brasileiro. No Brasil, o constitucionalismo parece ter seguido mais ou menos as mesmas bases axiológica e filosófica europeias, principalmente em seus discursos. Ou seja, como meio para a emancipação do ser humano, naturalmente livre e detentor de dignidade inata, pregava-se a necessidade da norma escrita. A separação dos poderes, as liberdades individuais e a estruturação do Estado nacional eram algumas das balizes liberais que poderiam ser encontradas no projeto do constitucionalismo. Mourão e Lima afirmam que esse processo "confundia-se mesmo com o movimento de independência do Brasil" (MOURAO, Juraci Lopes Filho; LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto. Op. cit., p. 6273).

Posteriormente, a Constituição republicana de 1891 permaneceu privilegiando os interesses da oligarquia latifundiária (especialmente os cafeicultores). Nesse período da história brasileira não se pode dizer que houve avanços significativos em relação à conquista de direitos pela população como um todo, sejam eles civis[15], políticos[16] ou sociais.[17] Durante a República Velha "a participação na

15. No que tange aos direitos civis, a Constituição republicana avançou de certo modo ao garantir alguns direitos liberais anteriormente inexistentes. Entre eles, ressalta-se a importância do reconhecimento da garantia do *habeas corpus* (que deveria ser utilizado sempre que alguém sofresse ou se achasse em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção) que não estava presente na Constituição Imperial. Em termos mais gerais, entretanto, em um país eminentemente rural, apenas os grandes proprietários possuíam alguns direitos civis efetivos. Por mais que se tenha oportunizado e positivado os direitos civis nos 31 incisos do artigo 72, esses direitos eram na verdade uma "ficção jurídica" (DE LUCA, Tânia Regina. Direitos Sociais no Brasil. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003. p. 469-70). Destaca José Reinaldo de Lima Lopes que, durante a vigência da Carta republicana, "anarquistas e estrangeiros foram deportados, vários grupos sociais foram vitimados por arbitrariedades policiais e a manutenção da ordem republicana dependeu em vários e longos períodos da pura e simples suspensão dos direitos políticos e civis dos cidadãos" (LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos Humanos e modernização do pensamento jurídico brasileiro. In: REIS, Elisa; ZILBERMAN, Regina (Orgs.). *Retratos do Brasil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 93).

16. Em termos políticos, a Constituição trouxe o voto direto e universal (o voto censitário que existia, até então, foi abolido), apesar de ainda excluir mendigos, analfabetos e mulheres. De Luca enfatiza que, por mais que se tenha estendido o direito de votar e ser votado a todo cidadão brasileiro maior de 21 anos do sexo masculino (ressaltadas as devidas exceções), havia uma grande distância entre a letra da lei e a realidade (DE LUCA, Tânia Regina. Op. cit., p. 469-470). Já nas primeiras décadas republicanas, o voto não foi exercido pela maioria daqueles que constitucionalmente estavam aptos a fazê-lo. Pode-se afirmar que, no fim da República Velha, apenas 5% da população eram de eleitores (PAIVA, Maria Arair Pinto. Op. cit., 1985; VILLA, Marco Antonio. *A história das Constituições Brasileiras*: 200 anos de luta contra o arbítrio, versão digital. São Paulo: Editora Leya, 2011. p. 21), o que faz com que não exista alcance ponderável para considerar o voto direto e universal um avanço na esfera dos direitos políticos.

17. Em consequência da baixa incidência de direitos civis e políticos, os direitos sociais quase inexistiam. Além disso, parece ter havido um retrocesso ainda maior em face à Constituição do Império. A Constituição republicana, por exemplo, retirou do Estado a obrigação de fornecer educação primária que constava na Constituição de 1824. De fato, apenas mais tarde, começaram a surgir alguns direitos sociais, tais como (i) uma lei de acidentes do trabalho, em 1919; (ii) a Caixa de Aposentadoria e Pensões (CAP), em 1923, restrita a categoria dos ferroviários; (iii) uma legislação do trabalho referente ao menor (proteção aos trabalhadores menores do Distrito Federal, no fi do século XIX, e Código do Menor, em 1927); e (iv) uma lei de férias para trabalhadores

política nacional, inclusive nos grandes acontecimentos, era limitada a pequenos grupos"[18], a quem também era destinada uma pequena parcela de direitos. A mudança desse quadro civil, político e social precário iniciou somente com a década de 1930, sobretudo a partir do Estado Novo. Entretanto, a mudança em caminho de uma maior aquisição de direitos no Brasil aconteceu – como ainda acontece – em passos lentos. Essa transformação foi marcada por avanços e retrocessos.

A Constituição de 1934 apresentou um significativo avanço quando preconizou, sobretudo, as leis trabalhistas. Essa maior ênfase nos direitos sociais, e o esquecimento paralelo dos direitos civis e políticos, é um reflexo do governo autoritário da época.[19] A criação do Ministério da Educação e Saúde e do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, já em 1930, abriria o caminho para uma transformação nessa rede de direitos.

Por outro lado, e na contramão, estavam os direitos políticos. Mediante o Decreto 22.194, de 9 de dezembro de 1932, Getúlio Vargas suspendeu os direitos políticos de parte da população, pelo prazo de três anos.[20] Já, com a Constituição

---

urbano-industriais e da agroindústria, em 1926. Entretanto, a análise cuidadosa de Décio de Saes sobre os direitos sociais na República Velha mostra que a maioria desses direitos não foram aplicados na prática (SAES, Décio Azevedo Marques de. Direitos sociais e transição para o capitalismo: o caso da primeira república brasileira (1889-1930). *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 11, n. 20, p. 23-51, 2006). Essa legislação, portanto, não significou um aumento significativo em termos de direitos sociais.

18. CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., p. 83.

19. Entre 1930 e 1937 "o Brasil viveu uma fase de grande agitação política" (CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., p. 97). A revolta civil-militar, em 1930, que pôs fim à Primeira República, de certa forma fez reviver no povo brasileiro alguns interesses cívicos. "O povo não esteve ausente como em 1889, não assistiu "bestializado" ao desenrolar dos acontecimentos" (CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., p. 96). Com a deposição de Washington Luís, o governo foi ocupado por uma junta de três militares que posteriormente passaram a presidência para Getúlio Vargas: "Da Junta Militar o poder passa a Vargas", que assume a chefia do Governo Provisório (IGLESIAS, Francisco. *Trajetória Política do Brasil 1500-1964*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2001. p. 233). O Congresso foi suspenso, a imprensa começou a ser cada vez mais censurada e os governos dos estados, com exceção de Minas Gerais, foram substituídos por interventores. O Executivo, o único poder que estava em funcionamento, aprovou e outorgou diversas legislações (IGLESIAS, Francisco. Op. cit., p. 233).

20. Em 10 de dezembro de 1932, a notícia da suspensão foi estampada na capa do jornal "Diário de Notícias", do Rio de Janeiro. A manchete anunciada foi: "Suspensos, por 3 anos, os direitos políticos de muitos brasileiros" (sic). Entre aqueles que teriam seus direitos cassados, estavam, além de diversos políticos, todos aqueles que publicaram, de

da República dos Estados Unidos do Brasil, instituída em 1934[21], os direitos civis e políticos receberam capítulos próprios e instituiu-se a obrigatoriedade de voto para as mulheres que exerciam função pública remunerada. O Capítulo II trouxe expressos os direitos e garantias individuais, sem maiores inovações. A novidade realmente surgiu com os direitos sociais, os quais receberam o Título IV exclusivamente para si, intitulado "Da Ordem Econômica e Social". Bernardo Fernandes afirma que "no Brasil, a preocupação da ordem constitucional com os direitos sociais assume na Constituição de 1934 o seu marco".[22]

Todavia, é ao Estado Novo que se confere, de modo geral, o surgimento dos direitos sociais no Brasil, com a Constituição de 1937 – período novamente marcado pela supressão de direitos civis e políticos.[23] Os direitos sociais, de modo geral, surgem em decorrência da urbanização e ampliação do proletariado. A ampliação e mobilização da classe trabalhadora é de extrema relevância para a "concretização de mecanismos mais amplos de participação na vida pública e na busca por uma divisão mais justa e igualitária da riqueza social".[24] Nesse ponto, houve um aumento dos direitos sociais, especialmente em razão da vasta legislação trabalhista e previdenciária, completada em 1943 com a Consolidação das Leis do Trabalho[25]. Por outro lado, paralelamente a essa realidade, se arrastava no país uma fase de instabilidade, alternando ditaduras e regimes democráticos,

---

alguma forma, no exterior, notícias falsas referentes às forças legais do Brasil, à marcha das operações militares, ou sobre a situação política ou ordem pública no país.

21. A comissão, diante do quadro econômico e social que se alastrava pelo país e com a ideia de incorporar ao Texto Constitucional brasileiro o que o novo direito no exterior criava, buscou inspiração, além do cunho ideológico do próprio Texto de 1891, em Constituições internacionais, como a de Weimar de 1919, na Alemanha, e a espanhola, de 1931 (IGLESIAS, Francisco. Op. cit., p. 235).
22. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 462.
23. Nesse período autoritário ficou totalmente evidente a ausência de direitos civis e políticos. No aspecto socioeconômico, Fausto sintetiza o Estado Novo como uma representação de uma "aliança da burocracia civil e militar e da burguesia industrial, cujo objetivo imediato era o de promover a industrialização do país sem grandes abalos sociais" (FAUSTO, Boris. Op. cit., p. 367) . Nesse sentido, em meio ao clima repressivo do golpe de Estado, a Constituição de 1937 adotou amplo programa em defesa dos direitos sociais, sobretudo com a legislação do trabalho (VILLA, Marco Antonio. Op. cit., p. 42).
24. DE LUCA, Tânia Regina. Op. cit., p. 469.
25. Contudo, no início, os direitos sociais eram adquiridos e assegurados em razão da categoria profissional a que pertencia o indivíduo, por isso somente ingressavam nessa esfera aqueles que tivessem profissões reconhecidas, o que não era o caso dos trabalhadores rurais, domésticos e autônomos (DE LUCA, Tânia Regina. Op. cit., p. 481).

o que fez com que os direitos políticos avançassem lentamente e os direitos civis fossem relativamente suprimidos.[26]

O Estado Novo não durou muito e logo movimentos de luta pela democratização adquiriram força. Em 29 de outubro de 1945 um golpe militar derrubou Getúlio Vargas e, após o governo transitório e a eleição de Eurico Gaspar Dutra à presidência, no dia 18 de setembro de 1946, foi promulgada uma nova Constituição brasileira. A Constituição de 1946 trouxe de modo geral apenas uma transformação significativa no que diz respeito aos direitos políticos, quando igualou homens e mulheres no direito de voto.[27] Por seu turno, os direitos civis à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade também foram consagrados no Texto (artigos 141 a 144). Pela primeira vez, o direito de greve foi reconhecido constitucionalmente e, de maneira geral, os direitos sociais foram positivados de forma semelhante à Constituição de 1934, mediante uma política populista. Em síntese, foi, então, com a Constituição de 1946 que os brasileiros tiveram maior acesso aos direitos políticos e o momento que se abria era de grande importância: aprender a lidar com os direitos políticos e a exercer os direitos civis.[28] A experiência democrática durou quase vinte anos até o golpe civil-militar de 1964.

Diante do período político autoritário e arbitrário que se instaurou no país com o golpe civil-militar, a Constituição de 1967 foi outorgada, porém praticamente esquecida e ignorada em razão dos Atos Institucionais (AIs)[29], que

26. CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., p. 87-88.

27. A Constituição de 1946 trouxe a igualdade de voto para homens e mulheres, o que caracteriza um avanço significativo nos direitos políticos. Somente após 1945 o sufrágio, como experiência democrática real, teve seu curso regular, ou seja, "o grande eleitorado se fez presente na cena política brasileira" (PAIVA, Maria Arair Pinto. Op. cit., p. 225 e 241). Entretanto, lembra Carvalho que ainda havia exclusão dos analfabetos que, à época, representavam em torno de 57% da população brasileira (CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., p. 145).

28. FERREIRA, Jorge. Apresentação. Dossiê. 1946-1964: a experiência democrática no Brasil. *Revista Tempo,* Niterói, v. 14, n. 28, jun. 2010. p. 12.

29. Comandantes do Exército e da Marinha baixaram o Ato Institucional 1 (AI-1) e, apesar de revogarem grande parte do Texto Constitucional, mantiveram formalmente alguns aspectos da Constituição de 1946. Entretanto, o comando militar passou a governar por meio dos Atos Institucionais (no total, 17 AIs foram baixados). O AI-1 estabeleceu, em seu artigo segundo, a eleição de um novo presidente e, em 15 de abril de 1964, o general Humberto de Alencar Castelo Branco foi eleito indiretamente. Destaca-se que durante a Ditadura Militar, os presidentes da República eram escolhidos em eleições indiretas, por meio do Colégio Eleitoral, composto por congressistas e delegados das Assembleias Legislativas de todo o país. Em janeiro de 1967, por meio do AI-4, uma nova Constituição foi outorgada. A Constituição de 1967 permaneceu formalmente em vigor, entretanto, como aconteceu anteriormente, concomitante a ela vigoravam os

marcavam um nítido período de supressão de direitos civis e políticos da população. Os direitos sociais, por seu turno, mantiveram a sua característica básica de servir como suporte de regimes autoritários pouco legítimos. Nesse tipo de regime, a ênfase do indivíduo coletivo (coleção de indivíduos) implica obstáculos aos direitos civis e políticos, enquanto os direitos sociais passam a ser vistos como concessões de autoridades benévolas.[30]-[31] Houve a supressão de grande parte dos direitos civis[32] e políticos[33] que haviam sido conquistados até então, sendo que a Emenda 1 de 1969 seguiu praticamente o mesmo caminho.[34]

Atos Institucionais. Em março de 1967, o general Artur da Costa e Silva foi eleito presidente e por meio do AI-5, em 1968, Costa e Silva fechou o Congresso: "o curso de uma ditadura brutal era evidente no país" (FAUSTO, Boris. Op. cit., p. 466-480).

30. REIS, Elisa Pereira. *Processos e escolhas*: estudos de sociologia política. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 1998. p. 34.

31. Contudo, é preciso reconhecer os pontos positivos. Por exemplo, o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) e Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) foram criados em 1966 e, em 1971, foi estabelecido o Fundo de Assistência Rural (Funrural). Além disso, em 1972 e 1973, as empregadas domésticas e os autônomos foram incorporados no plano da previdência.

32. "No caso do Brasil, o balanço dos governos militares mostra que, apesar dos retrocessos dos direitos políticos, os direitos civis foram os mais prejudicados. O *Habeas Corpus* foi suspenso para crimes políticos [...]. A privacidade do lar e o segredo de correspondência eram violados impunemente. Prisões eram feitas sem mandado judicial, os presos eram mantidos isolados e incomunicáveis, sem direito a defesa. Pior ainda: eram submetidos por métodos bárbaros que não raro levavam à morte da vítima. A liberdade de pensamento era cerceada pela censura prévia [...]" (CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., p. 193).

33. Entretanto, há um paradoxo no tocante aos direitos políticos que se deve ressaltar. Por mais que o direito de expressão e organização (essenciais à participação política) tenham sido suprimidos durante a ditadura, o direito ao voto permaneceu. Houve certo crescimento do eleitorado nos governos militares, mesmo sem liberdade de oposição. Em 1960, votaram 18% dos brasileiros; em 1980, 47%. A expansão do voto foi de 161% entre 1960 e 1980. CARVALHO, José Murilo de. Fundamentos da política e da sociedade brasileiras. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. *Sistema político brasileiro*: uma introdução. São Paulo: Unesp, 2007. p. 28-29. Um dos motivos desse aumento possivelmente deve-se a urbanização do país. Pode-se dizer que o Brasil, em 1960, já possuía 45% da população morando nas cidades; e em 1980, 68%. Ou seja, o país tornou-se um país predominantemente urbano justamente durante a ditadura militar. CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., p. 27-28.

34. No ano de 1969, após um derrame cerebral sofrido pelo então presidente Costa e Silva, a Junta Militar assumiu o poder (o AI-12 impediu a posse do vice-presidente Pedro Aleixo) e prontamente outorgou a Emenda Constitucional 1/69, que praticamente substituiu a Constituição de 1967, ficando conhecida como a "Carta Ditatorial". Nesse mesmo ano, indicado pelas Forças Armadas, tomou posse o presidente Emílio Garrastazu Médici (1969-1974), que comandou o período conhecido como anos de chumbo.

Somente com a redemocratização e a Constituição de 1988 que uma nova era para os direitos civis, políticos e sociais iniciou. Após a passagem pela Presidência do General Ernesto Geisel (1974) e do General João Baptista Figueiredo (1979), em 1985, o Colégio Eleitoral elegeu Tancredo Neves e José Sarney para a Presidência e Vice-presidência. A Nova República entrava em cena, marcando o fim do Regime Militar. Tancredo Neves não chegou a assumir o cargo por motivos de doença e faleceu em seguida. José Sarney tornou-se, assim, o primeiro presidente civil desde 1964 e encaminhou ao Congresso Nacional a proposta de convocação de uma Constituinte, seguindo o compromisso de campanha assumido por Tancredo Neves. Em 1987, a Assembleia Nacional Constituinte já iniciava as suas reuniões para a elaboração de uma nova Constituição. Os direitos civis e políticos, em grande parte suprimidos da população no período ditatorial, e demais direitos sociais eram esperados com ansiedade.[35]

A atual "Constituição Cidadã", assim apelidada por Ulysses Guimarães, trouxe em seu texto direitos civis, políticos e sociais de maneira integrada e inédita na história do Brasil. Os direitos políticos, por exemplo, tiveram grande ampliação e o direito de voto foi estendido de modo facultativo aos maiores de 70 anos, aos analfabetos e aos maiores de 16 anos, tornando-se obrigatório a partir dos 18 anos de idade.[36] Sobre os direitos civis[37] e sociais[38], importa referir que o Título

---

Entre outros fatores, chama-se atenção, nesse período histórico, para a tortura generalizada de presos políticos, que imprimiu na história brasileira uma mancha que jamais se apagará. BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. *Revista Justitia*, São Paulo, n. 65, jan.-jun., 2008. p. 257.

35. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 256-58.

36. Além disso, o capítulo IV da Constituição de 1988, especificamente em seu artigo 14, apresentou expressamente que "a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos". Ficou também estabelecida a vedação da cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só é possível nos casos de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; incapacidade civil absoluta; condenação criminal transitada em julgado (enquanto perduraram seus efeitos); recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa (nos casos do artigo 5°, inciso VIII); e nos casos de improbidade administrativa.

37. O artigo 5º da Constituição estabelece, nos seus setenta e oito incisos, as garantias individuais e coletivas de todos os cidadãos (à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade), salientando que todos são iguais perante a lei, independentemente de qualquer natureza. Entre os direitos civis fundamentais estão a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; a liberdade de pensamento e religião; a plena liberdade de associação para fins lícitos; a segurança de que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; a segurança de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado e de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; a concessão de *habeas corpus*; entre outros.

II do texto constitucional os apresenta como garantias fundamentais, o que não deixa dúvidas sobre a importância e natureza desses direitos na atualidade. Lenio Streck destaca que um dos motivos pelos quais tantos direitos foram assegurados é "a desconfiança para com o legislador ordinário e para com o próprio Poder Executivo". Esse fato "fez com que fossem colocados no texto da Constituição direitos que até então o Brasil nem sonhava alcançar".[39]

Ao fazer uma breve análise da história das Constituições brasileiras (1824-1988) e do processo gradativo de garantia de direitos (civis, políticos e sociais) nos textos constitucionais é possível considerar que a tese apresentada pela perspectiva sociológica é coerente e encontra respaldo na própria história constitucional do país, assim como no contexto político de cada época. Ou seja, é possível argumentar que constitucionalmente, no Brasil, os direitos sociais, de forma geral, surgiram antes dos direitos políticos e civis e que apenas recentemente tais direitos foram assegurados de forma integrada.

A partir desse rápido balanço, algumas questões relacionadas ao processo penal brasileiro surgem, quais sejam: Como o sistema processual penal brasileiro acompanhou o processo de aquisição de direitos do país? Qual a relação e a importância entre o processo de aquisição histórico de direitos no país e o sistema processual penal? Esses questionamentos orientam o debate que segue.

3. O sistema processual penal diante da trajetória de aquisição de direitos no Brasil

Esta seção busca responder quando surge o sistema processual penal acusatório no Brasil, mediante a análise dos elementos que definem o seu núcleo duro,

38. Já os direitos sociais são identificados no artigo 6º da Constituição: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Salienta-se que, além de terem sido considerados acertadamente como direitos fundamentais, os direitos sociais têm sido gradualmente inseridos no debate dos direitos humanos. O argumento levantado é de que os direitos sociais se inserem na categoria de direitos humanos em torno da ideia de responsabilidade social do Estado (dimensão definidora do Estado Democrático de Direito) – fato que se encontra consagrado em alguns textos constitucionais através do princípio da solidariedade (BARRETO, Vicente de Paulo. Ética e Direitos Humanos: aporias preliminares. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Diretos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 597-599).

39. STRECK, Lenio Luiz. Ativismo não é bom para a democracia, 15 de março de 2009. *CONJUR*. Entrevista concedida a Aline Pinheiro.

ou seja, a separação das funções de acusar, defender e julgar.[40] Procura-se ainda prospectar como a configuração desse sistema relaciona-se com o processo histórico mais amplo de aquisição de direitos no país. Nesse sentido, optou-se por rever a trajetória processual penal brasileira a partir dos seus códigos, de modo também a facilitar a busca pelas características do sistema processual penal de cada época.

De modo introdutório, cumpre ressaltar que poucos códigos de processo penal nacionais foram estabelecidos no Brasil.[41] Em 1832 foi proclamado, por Dom

40. Não é objetivo do presente trabalho adentrar nas complexas discussões que envolvem a classificação do sistema processual brasileiro, tema que nem sempre é uníssono na doutrina (para tanto, ver, por exemplo, PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantias constitucionales del proceso*. 3. reimpressão. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 2002; ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2010; ARMENTA, Teresa Deu. *Principio Acusatorio y Derecho Procesal Penal*. Barcelona: José Mª Bosch. EDITOR S.A., 1995; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, entre outros). No entanto, é importante referir que, para este trabalho em específico, a identificação de um núcleo mínimo necessário para a definição de sistemas processuais penais acontece a partir da análise da separação (ou não) das funções de acusar, defender e julgar. Se houver um órgão independente responsável pela acusação, outro pela defesa e um terceiro atuando na função jurisdicional (juiz), o sistema configura-se acusatório; por outro lado, se houver a possibilidade do juiz assumir funções de acusação e julgamento simultaneamente, o sistema configura-se inquisitório. Contudo, desde já é importante enfatizar que isso não significa que a existência/presença do núcleo duro seja suficiente para a consolidação de um determinado sistema, conforme se argumentará posteriormente.

41. Anteriormente à instituição do primeiro Código Penal no Brasil, em 1830, e do Código de Processo Penal, em 1832, vigoravam no país as Ordenações do Reino (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) e tinham como marca principal a severidade extrema. De acordo com Luís Francisco Carvalho Filho, "a mutilação física fazia parte das regras do jogo. A pena de morte era estabelecida para a maioria das infrações. Como lembra António Hespanha, conta-se que Frederico o Grande, da Prússia, ao ler o Livro V das Ordenações, no século XVII, teria perguntado se em Portugal ainda 'havia gente viva'" (CARVALHO, Luís Francisco Filho. Impunidade no Brasil: Colônia e Império. In: *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, ago. 2004. p. 182). O sistema inquisitivo era a regra. Carvalho Filho refaz, através de relatos históricos, uma reconstrução interessante do que acontecia à época colonial (incluindo os primeiros anos do regime imperial), o que não pode ser esquecido por nós: "Em novembro de 1822 foram executados, sem processo, 51 negros aquilombados a mando do general francês Pedro

Pedro II, o primeiro Código de Processo Penal brasileiro – intitulado "Código de Processo Criminal de primeira instância", que viria regular o "Código Criminal do Império do Brasil", de 1830. Já em 3 de dezembro de 1841, foi promulgada a Lei 261, que instituiu uma reforma ao Código de Processo Criminal de 1832. Na República Velha, por sua vez, os estados brasileiros puderam legislar em matéria processual penal: como se verá adiante, o Rio Grande do Sul, por exemplo, estabeleceu um Código Processual específico para os gaúchos. E, posteriormente, apenas em 1941, um novo Código de Processo Penal nacional foi instituído. Com devidas reformas parciais posteriores, esse último é o Código que ainda vige em nosso país.

Especificamente, o primeiro Código de Processo Criminal brasileiro[42], de 1832, no Império, apresentou uma estrutura processual paradoxal. Em um primeiro olhar descuidado se poderia pensar que o legislador estava adotando o modelo acusatório como sistema processual. Contudo, após uma análise mais aprofundada, o que se vê é exatamente o contrário. O Código fazia expressa menção à figura do Promotor Público, a quem pertencia as atribuições de (i) denunciar crimes públicos e policiais e acusar os envolvidos perante os jurados[43]; assim

---

Labatut, comandante do Exército Pacificador da Bahia. Segundo o relato do próprio Labatut, 'mesmo presos e amarrados, insultavam os nossos com o nome de 'caibras', que lhes foi ensinado pelos lusitanos; eu os mandei fuzilar [...]'. [...] Em Belém, província do Pará, em outubro de 1823, o oficial inglês John Pascoe Greenfell determinou o aprisionamento de 256 soldados e paisanos, envolvidos em 'desordens', nos porões do brigue Diligente, ancorado no porto, dando ensejo a uma experiência precursora de massacre de presos que jamais deixaria de ocorrer entre nós" (CARVALHO, Luís Francisco Filho. Op. cit., p. 188).

42. É importante compreender de que forma era definida a Administração da Justiça Criminal nessa época. O Império era dividido por províncias e cada uma delas possuía os Distritos de Paz, Termos e Comarcas. Em cada Distrito, que era demarcado por pelo menos setenta e cinco casas habitadas, havia uma Câmara Municipal. Em cada Distrito deveria existir um juiz de paz, um escrivão, inspetores (de acordo com a quantidade de quarteirões) e oficiais de justiça (tantos quantos fossem necessários). Em cada Termo deveria existir um Conselho de Jurados, um Juiz Municipal, um Promotor Público, um escrivão das execuções e oficiais de justiça. Em cada Comarca deveria haver um Juiz de Direito e, nas mais populosas, até três Juízes com jurisdição cumulativa, sendo um deles o Chefe de Polícia.

43. Havia, na época Imperial, o "Jury de accusacão" (sic) e o "Jury de Sentença" (sic). O júri de acusação era formado, via de regra, por quarenta e oito jurados (art. 314). A atribuição destes jurados era dizer se havia ou não suficiente esclarecimento da autoria e materialidade para que pudesse se proceder com uma acusação. Se houvesse elementos suficientes para a acusação, o acusador denunciaria em juízo o seu "libello accusatorio"

como (ii) denunciar e acusar os crimes de escravizar pessoa livre; cárcere privado; homicídio e tentativa de homicídio; crimes de ferimentos; roubos; calúnias e injúrias contra o Imperador e membros da família imperial; contra a Regência e a cada um de seus membros; contra a Assembleia Geral; e contra cada uma das Câmaras. Além disso, o promotor tinha a responsabilidade de promover a acusação dos crimes de responsabilidade dos empregados públicos, quando não houvesse parte. Entretanto, a função de acusar não era exclusividade do Promotor Público.

Os Juízes de Paz que foram instituídos pela Constituição de 1824 praticamente para atuarem em reconciliações ganharam maiores poderes com o Código de Processo de 1832. Agora eles poderiam obrigar àqueles que perturbavam o sossego público (como os vadios, mendigos, bêbados e prostitutas) a assinarem um termo, chamado de "bem viver", caso ofendessem os bons costumes, a tranquilidade pública e a paz das famílias. Além disso, tais juízes poderiam prender os "legalmente suspeitos" da pretensão de cometer algum crime e obrigá-los a assinar um "termo de segurança". Uma multa de até trinta mil réis poderia ser aplicada nesses casos também. Os Juízes de Paz receberam, ademais, a atribuição de prender os culpados (fosse em seu ou em qualquer outro juízo), além de conceder fiança. E, além disso, também eram aptos a julgar crimes menores de contravenções e aqueles que não tivessem pena de prisão ou de multa de até cem mil réis.

Nota-se, pois, a presença do sistema inquisitorial. Pode-se dizer que o Juiz de Paz, nessas circunstâncias apresentadas, atuava como se acusador fosse, pois ele poderia, a qualquer momento, mandar comparecer à sua presença os acusados de perturbação e das infrações menores supracitadas e, caso os termos de "bem viver" ou de "segurança" fossem quebrados, ele estaria autorizado a aplicar imediatamente a pena[44]. Além disso, nesses casos, a defesa era facultativa.[45] Ou seja,

---

(sic) e um segundo conselho de jurados (também chamados de "juízes de facto" (sic)) seria formado, o júri de sentença. Este último composto de doze jurados, julgaria se o acusado é ou não "criminoso" (art. 269) e a sentença condenaria o réu a pena correspondente (art. 272).

44. "Art. 122. Quebrado o termo, o Juiz de Paz, por um processo conforme ao que fica disposto no artigo antecedente, imporá ao réo a pena comminada, que será tantas vezes repetida quantas forem as reincidências" (sic).

45. "Art. 121. O Juiz de Paz a quem constar que existe no respectivo Districto algum individuo em circumstancias dos que se acham indicados nos §§ 2º e 3º do art. 12, o mandará vir a sua presença com as testemunhas, que souberem do facto: se a parte requerer prazo para dar defesa, conceder-se-lhe-há um improrogavel; e provado, mandará ao mesmo indivíduo que assigne termo de bem viver, em o qual se fará menção, na presença do réo, das provas apresentadas pró, ou contra; do modo de bem viver prescripto pelo Juiz, e da pena comminada, quando o não observe" (sic).

além da defesa ser optativa, o juiz acumulava as funções de acusar, julgar e até mesmo executar determinados crimes.[46] Raimundo Faoro bem descreveu a preocupação de Ruy Barbosa em relação aos Juízes de Paz da época:

> É impossível que deixeis de conhecer todos os excessos dos juízes de paz. [...] Abri a sua história e vereis cada página manchada com os fatos mais monstruosos, filhos da ignorância e da maldade, um luxo de arbitrariedades e perseguições contra os bons, inaudita proteção aos maus e porfiada guerra às autoridades.[47]

Dessa forma, o sistema vigente à época poderia ser considerado como inquisitivo, sobretudo porque não havia exclusividade na acusação. Por um lado, a busca por um sistema diferenciado daquele das Ordenações Filipinas trazia aspectos de aproximação a mecanismos do sistema acusatório, com a figura do promotor, do juiz de direito e do júri de acusação. Por outro lado, adicionalmente à figura do Juiz de Paz, outros elementos inquisitoriais complementares iam além do núcleo duro do sistema. Por exemplo, a atuação de ofício do juiz[48], inclusive na busca de provas, era permitida em muitas situações.[49]

Outro destaque para a legislação penal e processual penal do Império era o modo pelo qual o caso dos escravos era abordado. Como visto na seção anterior, o escravo não era considerado sujeito de direitos. No entanto, quando concretizada a legislação criminal, sua menção não foi esquecida. De acordo com a legislação criminal imperial,

---

46. Além disso, o Juiz de Paz, ainda que pelas primeiras informações não tivesse obtido o conhecimento de quem seria o delinquente, não poderia deixar de proceder nas diligências na busca dele, até que fosse descoberto, enquanto não prescrevesse o crime.
47. FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Editora Globo, 2001. p. 367.
48. Por exemplo, o artigo 84 dispunha que "As testemunhas serão offerecidas pelas partes, ou mandadas chamar pelo Juiz ex-officio". Já o artigo 138 referia que: "O Juiz procederá a auto de corpo de delicto a requerimento de parte, ou ex-officio nos crimes, em que tem lugar a denúncia". O artigo 167 também trazia atribuição de ofício do juiz: "Da sentença que não pronunciar, appellará o Juiz ex-officio para a Relação do Districto, e os autos serão immediatamente remettidos pelo Escrivão respectivo ex-officio sem formalidade alguma" (sic).
49. Pode-se citar, como exemplo, os artigos 46, 6º, e 80 do Código Processual Imperial, respectivamente: "Art. 46. Ao Juiz de Direito compete: [...] 6º. Lembrar ao Conselho todos os meios, que julgar ainda necessarios para o descobrimento da verdade; [...]. Art. 80. Os Juizes devem fazer ao denunciante, ou queixoso as perguntas, que lhes parecerem necessarias, para descobrirem a verdade, e inquerir sobre ellas testemunhas" (sic) (BRASIL, 1832).

> [...] o negro era reconhecido como *possível autor de crimes, mas nunca como vítima destes*, de forma que quem matasse um escravo ofendia a propriedade de seu Senhor e não a vida de um indivíduo.[50]

Para os negros escravos a pena de morte e as penas cruéis eram permitidas. Inclusive, em 10 de junho de 1835, uma nova lei específica foi constituída e determinava as penas com que deveriam ser punidos os escravos que matassem, ferissem ou cometessem outra qualquer ofensa física contra seus senhores etc. – além de estabelecer novas regras para o processo. Os escravos podiam ser condenados à morte, sem unanimidade do júri, ou a penas desumanas, como a de açoite, e não tinham direito a qualquer recurso.

Além disso, a seção anterior mostrou que, na época imperial, não houve maiores avanços em termos de direitos civis, políticos e sociais. Contudo, é importante em matéria criminal citar o *habeas corpus*, introduzido em 1832 pelo Código Processual. Por si só o *habeas corpus* não caracteriza um avanço civil, até mesmo pela grande maioria da população estar excluída desse direito. No entanto, a posição de Mônica de Camargo mostra-se oportuna. A autora recorda as críticas de que esse instrumento teria sido instituído apenas para preservar a elite dominante e mesmo encontrando frontais contradições num ambiente pouco propício para sua perfeita adaptação. Não obstante, a pesquisadora afirma que

> [...] a adoção do *Habeas Corpus* no Brasil representou um avanço sem limites, comparado ao período atroz vivenciado nas Ordenações Filipinas. A mudança entre os dois sistemas foi rápida, mas urgia traspassar os procedimentos bárbaros proporcionados pelas Ordenações, para superar, enfim, a maioria de suas perigosas permissões, sedimentadas nas concepções excludentes e retrógradas que sua literalidade previa.[51]

Dessa forma, em síntese, pode-se dizer que a legislação processual penal do Império se mostrou importante para a trajetória brasileira. Não como um avanço, sobretudo em razão da escravidão e de se tratar de uma época na qual a maioria dos indivíduos não possuía qualquer tipo de direitos, mas como uma transformação que precisa ser levada em consideração. Não se pode olvidar o fato de que o caminho traçado pela primeira legislação criminal, apesar de possuir a estrutura inquisitorial, pareceu abrir espaço para a busca futura de um sistema acusatório. Já em 1832 pensava-se, mesmo que de forma limitada, na liberdade física,

50. CAMARGO, Mônica Ovinski de. O *Habeas Corpus* no Brasil Império: liberalismo e escravidão. *Revista Sequência*, Santa Catarina, n. 49, dez. 2004. p. 88.

51. CAMARGO, Mônica Ovinski de. Op. cit., p. 91.

na exclusão de penas cruéis[52], e, no que diz respeito ao sistema processual, em entregar, em alguns casos, a acusação para uma figura distinta do julgador. Nesse sentido também é a posição de Geraldo Prado:

> Se considerarmos a brutalidade dos procedimentos das Ordenações Filipinas haveremos de acatar a tese da evolução do sistema processual que as sucedeu, em que pese a intensa concentração de poderes nas mãos dos juízes de direito, municipais e de paz, encarregados de deflagrar o processo penal condenatório, por crime público, independentemente de provocação do ofendido ou de qualquer do povo.[53]

Em 1841, o Código Processual Criminal sofreu uma reforma. Uma nova lei foi instituída em 3 de dezembro daquele ano. Importa destacar que os Juízes de Paz perderam importância em favor da polícia.[54] O modelo inquisitório não foi modificado, uma vez que agora, no lugar dos Juízes de Paz, os Chefes de Polícia, com amparo dos delegados e subdelegados, assumiram inclusive funções de julgar causas criminais pequenas. Houve grande confusão entre as funções de magistrado (sobretudo com as novas funções dos Juízes de Paz e dos Juízes Municipais), Chefes de Polícia, delegados e subdelegados e um descontentamento dos liberais da época.

Foram por um lado atribuídas funções judiciais à polícia e funções policiais aos magistrados. Como ressaltou Fausto, "passava, pois, a polícia, em alguns casos, a ter atribuições não só de investigar como de processar pessoas e aplicar penas".[55] Os Juízes Municipais também receberam encargos que eram de atribuição dos Juízes de Paz, como a competência de propor denúncia *ex officio* nos crimes públicos. Além disso, com a reforma de 1841, foi extinto o júri de acusação, o qual existia desde o Código Criminal de 1830. Desse modo, como não havia exclusividade na acusação de crimes públicos e separação das funções de acusador e julgador (núcleo duro do sistema), mesmo que para delitos menores, o sistema

52. Salienta Luís Francisco Carvalho que "não fosse o paradoxo da escravidão, da pena de açoite, poder-se-ia dizer que adotamos um regime punitivo tecnicamente liberal. A incidência da pena de execuções passou a ser realizadas de forma austera, sem o espetáculo da mutilação e da exposição do cadáver, com os julgamentos se efetivando por um conselho de jurados formado por doze cidadãos, todos 'eleitores' (o que, na época, significava dispor de poder econômico) e de 'reconhecido bom senso e probidade'" (CARVALHO, Luís Francisco Filho. Op. cit., p. 189).

53. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 170.

54. FAUSTO, Boris. Op. cit., p. 175.

55. FAUSTO, Boris. Op. cit., p. 175-176.

acusatório não podia se estabelecer. Percebe-se, assim, uma associação entre a escassez de direitos civis, políticos e sociais do período e a inexistência de um sistema acusatório propriamente dito.

Com a pressão dos liberais por mudanças, em 20 de setembro de 1871, foi publicada e promulgada a Lei 2033, pela Princesa Isabel, em nome de Dom Pedro Segundo, que alterou disposições na legislação judiciária. A Lei visava a, sobretudo, organizar e separar as funções dos magistrados das autoridades policiais. Foi aí que nasceu o inquérito policial, amparado no Decreto 4.824 de 1871. Muito embora, desde 1871, houvesse um forte movimento de reforma da lei processual anterior, foi com a proclamação da República, em 1889, e com a primeira Constituição republicana, de 1891, que novamente as modificações políticas repercutiram no processo penal.

Ressalta Prado que, com a Constituição de 1891, "a introdução de um modelo federalista, inspirado no norte-americano, repercutiu de modo a deferir aos estados membros a competência legislativa em termos de processo penal" [56]. Rompeu-se com a unidade de fontes legislativas tradicionais, introduzindo uma política estadual que deveria ter base na Constituição.[57] Dessa forma, os estados passaram a ter competência para legislar em matéria processual penal, além de poderem realizar suas próprias Constituições Estaduais e atuar na produção de legislação comercial e civil. No entanto, salienta Regina Mendes[58], a cultura jurídica era nacionalmente a mesma, tendo em vista que os juristas republicanos foram todos socializados nas mesmas faculdades de Direito.

É importante mencionar que alguns estados permaneceram processando os crimes por meio do Código Processual Criminal do Império, como é o caso do estado de São Paulo, de Alagoas, do Mato Grosso, do Pará (que sofreu algumas reformas com o Decreto 1.352/1905) e de Goiás. Entretanto, outros estados optaram por decretar seus próprios códigos, os quais foram sofrendo parciais reformas ao longo dos anos.[59]

---

56. PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 171.

57. Importa destacar que, assim como a Constituições do Império, a Constituição de 1891, vigente à época, não fez qualquer referência ao que se pudesse vincular à novidade sobre um sistema processual penal; inclusive não houve referência aos Promotores Públicos ou ao Ministério Público – o que aconteceria somente na Constituição de 1934.

58. MENDES, Regina Lúcia Teixeira. A invenção do inquérito policial brasileiro e uma perspectiva histórica comparada. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 22, 2008. p. 165-66.

59. Como exemplos, citam-se os Códigos: do Distrito Federal (Decreto-lei 16.751/1924); de Minas Gerais (Decreto 7.259/1926); da Bahia (Lei 1.119/1915); do Maranhão (Lei 507/1909); do Rio de Janeiro (Leis 1.137/1912 e 1.580/1919); do Amazonas (Lei 920/1917);

Diante da impossibilidade de o presente artigo abarcar o estudo de todas as Constituições estaduais e códigos processuais penais de todos os estados brasileiros durante a República Velha, sob pena, inclusive, de perder-se o foco do estudo, optou-se por trazer como exemplo apenas o caso do Rio Grande do Sul. A história conta que a República Velha no Rio Grande do Sul foi marcada por períodos de violência, sobretudo em razão da política coronelista. Por meio de estudos realizados pelo Centro de Memória do Judiciário Gaúcho[60], tem-se notícia que a proclamação da República chegou ao Rio Grande do Sul em um telegrama de Quintino Bocaiúva, um dos líderes do movimento republicano no centro do país. Esse telegrama teria sido encaminhado, em 1884, à redação do jornal *A Federação* (órgão propagandista fundado pelo incipiente Partido Republicano Rio-grandense – PRR). A partir de então, iniciou-se um período turbulento, com uma profunda instabilidade institucional e política[61]. O Rio Grande do Sul chegou a ter 16 governos em três anos.[62] O domínio político no Estado foi marcado "a ferro e fogo".[63]

Com a possibilidade de os estados também instituírem Constituições estaduais, em 14 de julho de 1891, após menos de um mês de instalada a Assembleia

do Rio Grande do Norte (Lei 449/1918); do Paraná (Lei 1.916/1920); do Piauí (que durante muito tempo também vigorou o Código Imperial, mas em 1919 foi promulgada a Lei 962/1919, instituindo o seu Código regional); da Paraíba (Lei 336/1910, que, nos casos omissos, determinava a aplicação do Código Imperial); do Ceará (Lei 1.950/1921); do Sergipe (Lei 753/1918); de Pernambuco (Lei 1.750/1925); do Espírito Santo (Lei 1.891/1914); de Santa Catarina (Lei 1.526/1925); do Acre (Decreto 9.831/1912 e, posteriormente, com o Decreto 14.338/1920); e do Rio Grande do Sul (Lei 24/1898). PIERANGELLI, José Henrique. *Processo Penal*: Evolução Histórica e Fontes Legislativas. São Paulo: Jalovi, 1983. p. 161-165.

60. Ver, por exemplo, AXT, Gunter. Constitucionalidade debatida: a polêmica Carta Estadual de 1891. Justiça & História, Porto Alegre, v. 2, n. 3, 2002; AXT, Gunter. O Judiciário e a Dinâmica do Sistema Coronelista de Poder no Rio Grande do Sul. *Revista MÉTIS*: história & cultura, Caxias do Sul, v. 11, n. 21, p. 39-88, jan./jun., 2012; e AXT, Gunter. O Poder Judiciário na sociedade coronelista gaúcha (1889-1930). *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 1, n. 82, p. 319-349, 2001.

61. Duas guerras civis ocorreram nesse período: a Revolução Federalista, entre 1893 e 1895 (que matou quase 1% da população masculina do Estado) e a Revolução de 1923, entre 1923 e 1925 (WASSERMAN, Claudia. O Rio Grande do Sul e as elites gaúchas na Primeira República: guerra civil e crise no bloco do poder. In: GRIJ, Luiz Alberto; KUHN, Fabio; GUAZZELLI, Cesar Augusto Barcelos; NEUMANN, Eduardo Santos (Orgs.). *Capítulos de História do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Editora da Universidade, 2004. v. 1. p. 273).

62. WASSERMAN, Claudia. Op. cit., p. 275.

63. AXT, Gunter. Op. cit., 2012; e AXT, Gunter. Op. cit., 2001.

Constituinte, foi outorgada a Carta Constitucional gaúcha "de caráter autoritário e fortemente centralizador".[64] A Carta foi orientada e redigida por Júlio de Castilhos, que, logo em seguida, assumiu o poder do estado. Os diversos pontos polêmicos presentes na Carta (entre eles, os mecanismos de intervenção do poder estadual nos municípios, para a elisão do conceito liberal de separação dos poderes e para a possibilidade de reeleição indefinida do primeiro mandatário do governo estadual e dos chefes dos Executivos municipais) fizeram com que, durante anos, mais especificamente até 1923, a constitucionalidade do texto fosse discutida no Congresso Nacional.[65-66]

Diante desse contexto, em 1898, foi decretada a Lei Estadual 24, de 15 de agosto, que estabeleceu o Código de Processo Penal do estado do Rio Grande do Sul. Em referência específica ao núcleo duro do sistema processual vigente à época, importa analisar alguns detalhes importantes.

Havia uma divisão no Poder Judiciário entre os Juízes Distritais e os Juízes da Comarca.[67] As funções do Juiz Distrital – que não precisava ter diploma, nem ser concursado e era nomeado pelo presidente do estado –, em matéria criminal, era atuar no preparo dos processos criminais para encaminhá-los ao Juiz da Comarca.[68] Ao Juiz da Comarca – de quem não era exigido diploma de curso superior,

64. WASSERMAN, Claudia. Op. cit., p. 275.

65. AXT, Gunter. Op. cit., 2001.

66. "Com a assinatura do Pacto de Pedras Altas, em 14 de dezembro de 1923, que pôs termos à Revolução Assisista [maragatos liderados por Joaquim Francisco de Assis Brasil], abriu-se caminho para a reforma constitucional. Fundamentalmente, o acordo de paz estabeleceu a proibição de reeleição do primeiro mandatário, a adaptação das eleições estaduais e municipais à legislação federal, a determinação de nomeação de intendentes provisórios apenas nos casos de completa acefalia administrativa – sendo que os mesmos teriam fixado o prazo de 60 dias para convocar novas eleições –, consignação à Justiça de competência para julgar recursos referentes às eleições municipais, eleição do vice-presidente do estado nas mesmas condições do presidente, garantia de representação federal das minorias em todos os distritos eleitorais, divisão do Estado em seis distritos eleitorais, garantia de representação mínima da minoria na Assembleia de um representante por distrito e, finalmente, anistia para os presos e perseguidos políticos gaúchos. [...] Depois de avaliado e formalmente aprovado pela quase totalidade dos conselhos municipais, o projeto foi promulgado pela Lei 327, de 6 de fevereiro de 1924, e incorporado à Constituição" (AXT, Gunter. Op. cit., 2002).

67. Há também menção no Código sobre os Juízes de *Facto*, o que em uma leitura rápida poderia confundir o leitor. Juízes de *Facto* era a nomenclatura utilizada para referir-se aos jurados escolhidos para julgar os crimes de competência do tribunal do júri.

68. O artigo 406 do referido Código dispunha que "Os juizes districtaes da séde de municipios, que não são cabeças de comarca, têm competencia para o preparo e apresentação dos processos que devam ser submettidos ao julgamento do jury" (sic).

mas sim concurso –, incumbia a função de pronunciar os crimes de competência do tribunal do júri e julgar os processos criminais do processo sumário (crimes de resistência; os de tirada de presos do poder da Justiça; contrabando e falência; crimes comuns cometidos no exercício da função pública; dos administradores ou fiscais da sociedade ou de companhias anônimas; os de violação dos direitos de patentes de invenção e descobertas e dos direitos de marcas de fábrica e de comércio). Havia também a previsão do Promotor de Justiça, o qual tinha a obrigação de oferecer denúncia nos crimes de ação pública. Nesse sentido, os tribunais (juízes) não poderiam *ex officio* promover a ação penal[69]. Além disso, o capítulo X trazia as especificações da defesa, que facultava ao acusado atuar em defesa própria ou mediante a assistência de um defensor.[70]

Se os fatos narrados fossem analisados rapidamente, seria possível concluir que existia a presença do núcleo duro do sistema acusatório, ou seja, diferentes órgãos para acusar, defender e julgar. Entretanto, em uma análise mais aprofundada percebe-se o oposto. Um exame minucioso do Código revela que os promotores eram subordinados aos Juízes das Comarcas[71], o que leva a concluir que não existia independência funcional nessa categoria. Além disso, o fato de os tribunais não poderem oferecer denúncia de ofício parece ser uma máscara utilizada na República Velha para encobrir arbitrariedades. O artigo 111 é claro ao afirmar que se os tribunais descobrissem ou conhecessem da existência de algum crime em que fosse possível a denúncia, eles deveriam determinar ao Ministério Público que promovesse a ação penal.[72] O sistema inquisitório estava, assim, estabelecido.

69. O artigo 110 dispõe que "Os tribunaes não podem ex-officio promover a acção penal. Devem, porém, remetter ao Ministerio Publico as indagações policiaes ou outras quaesquer provas que receberem para que sirvam de base á denuncia" (sic).

70. Dispõe o artigo 292 que "E' facultadi ao réu defender-se por si ou com a assistencia de um defensor" (sic); e o artigo 293, que "Toda pessoa póde livremente patrocinar a defesa de outrem" (sic) (RS, 1898).

71. O que pode ser verificado, por exemplo, no artigo 551: "O accusador particular ou o promotor publico podem espontaneamente apparecer e intervir na liquidação, qualquer que seja seu estado. O juiz tambem póde ordenar que o promotor público intervenha" (sic).

72. Dispõe o artigo 111 que "Quando em autos e papeis de que tiverem de conhecer, descobrirem os tribunaes a existência de crime em que cabe denuncia, *determinarão* ao Ministerio Público que promova a respectiva acção penal" (sic) (grifo nosso). Além disso, o artigo 108 é claro ao mencionar que é dever de todo cidadão que presenciar um fato criminoso comunicar os tribunais ou ao Ministério Público sobre o ocorrido. Nesse caso, se comunicado ao tribunal, o juiz também determinará que o Ministério Público ofereça a denúncia. O juiz atua indiretamente como se órgão acusador fosse. Além

Para além do núcleo duro, outros fatores demonstram também a inquisitorialidade do Código Rio-grandense de 1898. A atuação de ofício em busca de provas para sustentar a verdade é exemplo comum nos códigos inquisitoriais e esse não era diferente. Por exemplo, antes mesmo das fases de instrução (secreta e pública) precedentes ao tribunal do júri, o Juiz Distrital já poderia atuar na formação da culpa. A polícia judiciária poderia também ser responsável pela fase preparatória (seria uma espécie de inquérito policial da atualidade). Porém, caso o juiz já estivesse iniciando a formação da culpa, antes da indagação policial, ele poderia requerer à autoridade policial que encaminhasse todos os resultados de diligências que já estivessem concluídos, bem como *ex officio* poderia cooperar no descobrimento de provas. Já na primeira fase de instrução, após autuada a denúncia ou queixa, novamente as provas eram realizadas pelo Juiz Distrital, porém acompanhadas de outra característica clássica do sistema inquisitivo: o segredo. Inicialmente o juiz deveria realizar um procedimento secreto, sem a presença das partes (defesa e promotor) durante o prazo de 15 dias (prorrogáveis por mais 15), no qual interrogaria o réu, ouviria as testemunhas que ele ponderasse pertinentes e buscaria todas as provas necessárias para a elucidação da verdade, inclusive *ex officio*.

Em síntese, diversos aspectos inquisitoriais estavam presentes no Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul, tais como: (i) o juiz poderia determinar ao promotor a oferecer denúncia e a iniciar a ação penal pública (uma espécie de acusação indireta); (ii) havia a possibilidade de o juiz requerer provas de ofício na fase de investigação e de instrução; (iii) o procedimento era secreto; e (iv) havia a possibilidade de obtenção de qualquer prova em busca da verdade dos fatos.

O processo penal inquisitório do estado do Rio Grande do Sul nada mais foi que uma consequência da própria República Velha. Como visto na seção anterior, os direitos e garantias dos cidadãos, sobretudo políticos e civis, apesar de alguns constitucionalmente estabelecidos, não foram respeitados na prática. Além disso, houve inclusive retrocessos no tocante aos direitos sociais com a Constituição republicana de 1891. A ausência (ou insuficiência generalizada) de direitos é uma característica que acontecia concomitantemente à presença de um sistema processual penal inquisitório, como visto também na época imperial. Inclusive, como referido anteriormente, alguns estados brasileiros permaneceram com a vigência do Código Imperial em plena República Velha.

---

disso, os artigos 103, 104 e 105 do Código também confirmam essa posição quando trazem o dever de o Ministério Público oferecer denúncia, quando determinado pelo juiz, nos casos de representação contra algum funcionário ministerial (ou seja, nesse caso, depois de ouvir o funcionário do MP, o juiz poderá ordenar o oferecimento da denúncia).

Após a década 1930, período marcado por nova mudança política, e depois da instalação do Estado Novo, um novo Código de Processo Penal foi instituído, em 3 de outubro de 1941, por Getúlio Vargas. Em 1º de janeiro de 1942, o Código de Processo Penal brasileiro entrou em vigor. Com devidas mudanças e reformas pontuais, esse é o Código que vigora no país até os dias atuais. Quando estabelecido o Código de 1941 encontrava-se em vigor a Constituição de 1937, que ficou conhecida como "Polaca", por ter fortes influências da Constituição autoritária da Polônia. Nenhuma referência ao sistema processual penal foi feita no Texto Constitucional, mesmo que implicitamente. Esse fato direciona o estudo sobre o sistema processual penal da época novamente para a análise do Código infraconstitucional.

O CPP de 1941 – o qual, de acordo com Jacinto Nelson de Miranda Coutinho,[73] é uma cópia do *Codice Rocco*, da Itália, de 1930 – foi instituído com a base da estrutura inquisitorial. Os antigos artigos 26[74] e 531[75] do Código de Processo Penal garantiam que não haveria exclusividade na acusação, ou seja, ela não era privativa. Era permitido ao magistrado, nas contravenções penais, iniciar de ofício a ação penal. Fato esse que demonstra que o núcleo duro do sistema processual penal inquisitório se fazia presente. O núcleo duro do sistema inquisitório perdurou de 1941 a 1988, assim como outros aspectos inquisitoriais complementares (alguns permanecem até hoje no Código, tais como a produção de prova pelo juiz e o recurso de ofício).

De 1941 a 1988 duas Constituições foram estabelecidas: a de 1946 e a de 1967 (com a respectiva Emenda 1 de 1969). Ambas não mencionaram novidades que pudessem ser consideradas relevantes ao processo penal. É curioso, no entanto, que, no período 1946-1964 (para alguns, conhecido como o primeiro período democrático da história brasileira), nenhuma reforma processual penal foi

73. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, jul.-set., 2009. p. 109.

74. A redação fornecida ao artigo 26 do CPP, quando da promulgação do Código de 1941, foi clara ao afirmar que a ação penal, em crimes menores, poderia ser iniciada pelo juiz e até mesmo pela autoridade policial (Artigo 26, do CPP: "A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial"), o que significa uma clara continuidade inquisitorial das atribuições que eram, antigamente, fornecidas aos juízes de paz e chefes de polícia.

75. O artigo 531 dispunha que "O processo das contravenções terá forma sumária, iniciando-se pelo auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público".

levada a cabo para superar os elementos do núcleo duro do inquisitorialismo. A Constituição de 1946 não estabeleceu um Estado Democrático de Direito no Brasil, mas garantiu alguns direitos sociais e ampliou de certa forma os direitos civis e políticos, apesar das particularidades vistas na seção anterior no tocante ao voto dos analfabetos, por exemplo. Entretanto, o sistema processual penal permaneceu inquisitorial com a vigência dos artigos 26 e 531 do Código Processual. Já o período ditatorial (1964-1985) foi marcado novamente pela ênfase dos direitos sociais e a supressão de direitos civis e políticos (com as devidas ressalvas, já referidas, sobre o aumento nominal do número de votantes). O sistema processual penal manteve-se inquisitorial; e aqui, como se sabe, de forma agravada, com a presença de tortura, ausência total de defesa em alguns casos etc.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a constituição do Estado Democrático de Direito, o sistema processual penal, pela primeira vez na história brasileira, tomou outro rumo. O artigo 129, inciso I, estabeleceu a função institucional privativa do Ministério Público para promover a ação penal pública, separando definitivamente as funções de acusar, defender e julgar. Dessa forma, os artigos 26 e 531 do CPP, após perpassarem por uma leitura constitucional, foram considerados revogados. Assim, restou esclarecido, inclusive por jurisprudência, que o processo das contravenções penais também somente poderia ter início mediante denúncia do órgão acusador, o Ministério Público.[76] Surgem, assim, as bases para um sistema acusatório no processo penal brasileiro, com partes delimitadas e funções distintas. Contudo, ainda na atualidade permanecem desafios para superação de resquícios inquisitoriais que sobreviveram com o passar dos anos e que permanecem na estrutura legislativa infraconstitucional.

4. A relação contemporânea entre a garantia de direitos e o sistema processual penal acusatório

A partir da análise das duas seções anteriores é possível observar que o sistema acusatório surge no Brasil apenas com a Constituição de 1988 e é garantido

76. "A ação penal pública é privativa do Ministério Público (CF, art. 129, I), admitida apenas a exceção inscrita no art. 5º, LIX, da Lei Maior. As disposições legais, que instituíam outras exceções, foram revogadas pela Constituição, porque não recepcionadas por esta. STF, Pleno, HC 67.931-5/RS. O processo das contravenções penais somente pode ter início mediante denúncia do Ministério Público. Revogação dos arts. 26 e 531, CPP, porque não recepcionados pela CF/1988, art. 129, I" (STF, RE 134.515, 2ª T., rel. Min. Carlos Velloso, j. 13.08.1991, *DJ* de 13.09.1991). No mesmo sentido: HC 72.073, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª T., j. 02.04.1996, *DJ* de 17.05.1996.

essencialmente por ela, a qual é responsável pela fundamentação de alterações significativas em um Código de Processo Penal caracteristicamente inquisitorial. Nesse aspecto, é importante perceber que o Brasil não segue a mesma lógica histórica percebida de forma geral pelo Ocidente[77], conforme se verá a seguir.

No caso ocidental, pode-se afirmar, por meio da análise do sistema processual penal vinculado aos direitos garantidos a sociedades antigas (por exemplo, Roma) e modernas (Europa e, mormente, Itália), que há uma conexão mútua entre o processo histórico de aquisição de direitos nessas sociedades e as características dos sistemas processuais penais ao longo da história.[78] Aqui, tanto na era antiga quanto na moderna, evidencia-se que o surgimento do sistema acusatório (em oposição ao inquisitorial) coincidiu com o processo de aquisição de direitos civis e políticos por parte da maioria da população. Ou seja, no Ocidente o sistema acusatório surge de forma primária concomitantemente à aquisição de direitos civis e políticos da população, mas não necessariamente de direitos sociais amplos.

No Brasil, ao contrário, o sistema acusatório surge, e acredita-se que não por acaso, no mesmo momento em que começam a ser adquiridos pela população brasileira em maior amplitude não somente direitos civis e políticos, mas também os sociais. Por um lado, poder-se-ia sugerir que o caso brasileiro apenas reproduz o modelo ocidental, já que o sistema acusatório surge igualmente junto à conquista de direitos civis e políticos. Por outro lado, o pilar social parece ter sido (e permanece sendo) fator determinante para essa transformação. A garantia de direitos sociais tornou-se constitucional em 1988, acabando por adquirir importância inédita.[79] Tais direitos sociais, em um país em desenvolvimento, podem configurar-se como condição necessária para a garantia de direitos civis e políticos efetivos. Por isso, é possível argumentar que, no caso brasileiro, o estabelecimento do sistema acusatório está vinculado à tríade de direitos como um todo, inclusive os direitos sociais.

Ademais, a Constituição brasileira – ao assentar o fundamento da República no Estado Democrático de Direito, compreendido como princípio sintético de

77. Aqui refere-se, de forma geral, especialmente às bases das estruturas históricas da *civil law*.

78. Para aprofundamento do estudo mencionado, ver SCHNEIDER, Gabriela. *Do inquisitorialismo à consolidação do sistema acusatório no Brasil*: uma análise crítica das soluções qualitativas diante da transição inacabada do Estado Democrático de Direito. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos: São Leopoldo, 2014.

79. MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

direitos civis, políticos e sociais, e ao instaurar os princípios básicos do sistema acusatório – acaba por vincular esses dois elementos, em uma lógica simbiótica. Isto é, estabelece um vínculo íntimo entre esses organismos (sistema acusatório e Estado Democrático de Direito) que torna esta relação quase obrigatória. Daí a importância e a necessidade de se debater e estudar o sistema acusatório de forma vinculada a esses pilares de direitos, incluindo mandatoriamente os direitos sociais, na base da estrutura do sistema processual penal brasileiro. A inexistência de um Estado Democrático de Direito, como síntese mais acabada de direitos civis, políticos e sociais, em qualquer período da história do país anterior a 1988, assim como a recorrência do sistema inquisitório nesse período, parece demonstrar a relação de associação entre o Estado Democrático de Direito e o sistema acusatório.

Outra evidência dessa relação direta é a persistência comum de desafios para a efetiva consolidação do sistema acusatório e do Estado Democrático de Direito no Brasil, sobretudo no que diz respeito à sua aplicação. Apesar dos avanços e das diversas transformações na tríade de direitos (políticos, civis e sociais), todos devidamente insculpidos no Texto Constitucional democrático, o processo de garantias e efetividade prática desses direitos no Brasil ainda enfrenta diversos problemas que precisam ser superados em um Estado Democrático de Direito que se encontra ainda em transição. Há ainda no país, assim como em outros países em desenvolvimento, uma dificuldade de aplicação dos direitos na realidade prática. Isso pode ser explicado, conforme estudos de Guillermo O'Donnell[80], em razão da própria aquisição de direitos ter sido falha, de forma que (i) direitos políticos e a democracia, por exemplo, são prejudicados pela própria deficiência de direitos civis; e (ii) direitos sociais ainda são muito precários.

Não obstante, a história demonstra que a superação da inquisitorialidade presente ainda na atualidade processual penal brasileira parece depender da união de esforços na busca de efetividade e concretização de direitos civis (individuais) e políticos de forma conjunta e concomitante aos direitos sociais. Além disso, no caso de países em desenvolvimento, com grande índice de criminalidade e violência, a inclusão cada vez maior de garantias vinculadas aos direitos sociais é fator determinante para o processo penal. Ou seja, além das implicações negativas decorrentes da inexistência de acesso e concretização de direitos civis a toda a população e do processo ainda incipiente de consolidação democrática, as dificuldades relacionadas ao desenvolvimento econômico-social parecem dificultar de forma particular a consolidação do sistema acusatório brasileiro.

80. O'DONNELL, Guillermo. Op. cit., 1998.

5. Considerações finais

O tema do sistema acusatório no processual penal brasileiro tem sido objeto de amplo estudo contemporâneo no Brasil, mas sem uma perspectiva que relacione seus desafios ao processo de consolidação do sistema processual penal ao processo histórico de aquisição de direitos. Esse estudo buscou discutir a perspectiva histórica de aquisição de direitos da população no Brasil e a evolução do sistema processual penal diante das características da formação do Estado e das relações entre Estado e sociedade. A evolução dos sistemas de processo penal parece estar diretamente relacionada ao processo de transformação das Constituições e da garantia histórica de direitos pela população, especialmente vinculados à síntese entre direitos civis, políticos e sociais estabelecida no Estado Democrático de Direito.

Com a redemocratização e a Constituição de 1988 firmam-se no Brasil, de forma inédita, direitos civis, políticos e sociais (Estado Democrático de Direito), e, concomitantemente, na esfera processual penal, as bases do sistema acusatório. O surgimento do sistema acusatório juntamente com a necessidade de se congregar de maneira integrada os três pilares de direitos parecem ser de extrema importância para a compreensão sobre os desafios para a consolidação desse sistema no Brasil, como parte da construção do próprio Estado.

Contemporaneamente, as dificuldades de implementação de direitos civis, políticos e sociais enfrentadas por um país periférico refletem as próprias dificuldades de consolidação do sistema processual penal e do processo penal como um todo. A existência de resquícios inquisitoriais no ordenamento jurídico brasileiro relaciona-se às próprias características e incompletudes no processo mais amplo de aquisição de direitos.

Por isso, importaria para o Brasil esforços práticos de superação dos resquícios inquisitoriais em pontos vinculados ao asseguramento de direitos civis, políticos e sociais. Por exemplo, tão importante quanto lutar pela retirada do texto infraconstitucional de todos os dispositivos que façam menção à possibilidade de gestão da prova de ofício pelo juiz (estrutura legislativa do processo penal), é perceber que sem políticas públicas de inclusão, que garantam acesso à justiça (em seu conceito ampliado) e educação em matéria criminal para a população como um todo (para que seja possível exercer a cidadania sem exclusão, para que exista defesa técnica e pessoal no processo e possibilite um contraditório pleno), não existirá um processo penal democrático, algo que afeta igualmente a consolidação do prometido Estado Democrático de Direito no Brasil.

6. Referências bibliográficas

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2010.

ARMENTA, Teresa Deu. *Principio acusatorio y derecho procesal penal*. Barcelona: José Mª Bosch. Editor, 1995.

AXT, Gunter. Constitucionalidade debatida: a polêmica Carta Estadual de 1891. *Justiça & História*, Porto Alegre, Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, v. 2, n. 3, 2002.

AXT, Gunter. O judiciário e a dinâmica do sistema coronelista de poder no Rio Grande do Sul. *Revista MÉTIS*: história & cultura, Caxias do Sul, v. 11, n. 21, p. 39-88, jan.-jun., 2012.

AXT, Gunter. O Poder Judiciário na sociedade coronelista gaúcha (1889-1930). *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 1, n. 82, p. 319-349, 2001.

BARRETO, Vicente de Paulo. Ética e direitos humanos: aporias preliminares. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos diretos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. *Revista Justitia*, São Paulo, n. 65, jan.-jun., 2008.

CAMARGO, Mônica Ovinski de. O *habeas corpus* no Brasil Império: liberalismo e escravidão. *Revista Seqüência*, Santa Catarina, n. 49, p. 71-94, dez. 2004.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*: o longo caminho. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CARVALHO, José Murilo de. Fundamentos da política e da sociedade brasileiras. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. *Sistema político brasileiro*: uma introdução. São Paulo: Unesp, 2007.

CARVALHO, Luís Francisco Filho. Impunidade no Brasil: colônia e império. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, ago., 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul.-set. 2009.

DE LUCA, Tânia Regina. Direitos sociais no Brasil. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Editora Globo, 2001.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 13. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERREIRA, Jorge. Apresentação. Dossiê. 1946-1964: a experiência democrática no Brasil. *Revista Tempo*, Niterói, v. 14, n.28, jun., 2010.

GIACOMOLLI, José Nereu. *Reformas (?) do processo penal*: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008.

IGLESIAS, Francisco. *Trajetória política do Brasil*: 1500-1964. São Paulo: Companhia das Letras, 1993 e 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos humanos e modernização do pensamento jurídico brasileiro. In: REIS, Elisa; ZILBERMAN, Regina (Orgs.). *Retratos do Brasil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na História*: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e* status. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. A invenção do inquérito policial brasileiro e uma perspectiva histórica comparada. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 22, p. 147-169, 2008.

MOURAO, Juraci Lopes Filho; LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto. As origens do constitucionalismo brasileiro: o pensamento constitucional no Império. *CONPEDI*. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, jun. 2010. Disponível em: [www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4226.pdf]. Acesso em: 24.03.2014.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. *Novos Estudos* – CEBRAP, São Paulo, n. 51, p. 37-61, jul. 1998.

PAIVA, Maria Arair Pinto. *Direito político do sufrágio no Brasil (1822-1982)*. Brasília: Thesaurus Editora, 1985.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantias constitucionales del proceso*. 3. reimpr. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 2002.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal*: evolução histórica e fontes legislativas. São Paulo: Jalovi, 1983.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REIS, Elisa Pereira. *Processos e escolhas*: estudos de sociologia política. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 1998.

SAES, Décio Azevedo Marques de. Direitos sociais e transição para o capitalismo: o caso da primeira república brasileira (1889-1930). *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 11, n. 20, p. 23-51, 2006.

SCHNEIDER, Gabriela. *Do inquisitorialismo à consolidação do sistema acusatório no Brasil*: uma análise crítica das soluções qualitativas diante da transição inacabada do Estado Democrático de Direito. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos: São Leopoldo, 2014.

SCHNEIDER, Gabriela; CASTELLANO DA SILVA, Igor. Estado de Direito e democracia: uma abordagem acerca da (não) aquisição de direitos nos países em desenvolvimento na América Latina. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 64, p. 435-469, jan./jun. 2014.

SILVA, João Carlos Jarochinski. Análise histórica das Constituições brasileiras. Ponto-e-Vírgula. *Revista de Ciências Sociais PUC-SP*, São Paulo, n. 10, 2011.

SOUZA, Venceslau Alves de. Direitos no Brasil: necessidade de um choque de cidadania. *Revista Sociologia e Política*, Curitiba, n. 27, p. 211-214, nov. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Ativismo não é bom para a democracia, 15 de março de 2009. *CONJUR*. Entrevista concedida a Aline Pinheiro. Disponível em: [www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul]. Acesso em: 08.04.2014.

VILLA, Marco Antonio. *A história das Constituições brasileiras*: 200 anos de luta contra o arbítrio. Versão digital. São Paulo: Editora Leya, 2011.

WASSERMAN, Claudia. O Rio Grande do Sul e as elites gaúchas na Primeira República: guerra civil e crise no bloco do poder. In: GRIJ, Luiz Alberto; KUHN, Fabio; GUAZZELLI, Cesar Augusto Barcelos; NEUMANN, Eduardo Santos (Orgs.). *Capítulos de História do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Editora da Universidade, 2004. v. 1.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- Por uma releitura dos conceitos de sistema processual penal inquisitório e acusatório a partir do princípio da igualdade, de Tiago Kalkmann e Evandro Piza Duarte – *RBCCrim* 142/171-208 (DTR\2018\10714).

Entre dúvidas e certezas: a resposta correta no processo penal

Between doubts and certainties: the right answer in the criminal process

Israel Domingos Jorio

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor da graduação e da especialização em Ciências Criminais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor da Escola do Ministério Público do Espírito Santo. Parecerista da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (*RBCCrim*). Advogado.
criminalista.idjorio@gmail.com

Alexandre de Castro Coura

Pós-Doutor em Direito pelo Washington College of Law, EUA. Pós-Doutor em Direito pelo Federal Judicial Center, EUA. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor da pós-graduação *stricto sensu* e da graduação da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Promotor de Justiça.
acastrocoura@gmail.com

Recebido em: 23.02.2018
Aprovado em: 08.04.2018
Última versão do(a) autor(a): 04.06.2018

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: A "verdade" e o "justo" ou "correto" são temas centrais da Filosofia ocidental há muitos séculos. Constituem os objetos das investigações da Gnoseologia e da Ética, e são conceitos de grande importância para o Direito. Discute-se se é possível alcançar a verdade, de um lado, e se é possível estabelecer uma única ação eticamente correta para cada contexto, e esse debate repercute no processo penal: será possível alcançar a verdade sobre os fatos apurados? E haveria uma única resposta correta para cada lide penal? O estudo começa com uma abordagem inicial acerca das concepções retóricas sobre a "verdade" e o "correto", e segue com a aplicação dessas premissas filosóficas ao processo penal.

Abstract: The "truth" and the "fair" or the "right thing to do" have been central issues of the western Philosophy for many centuries. They constitute the objects of the investigations performed by the Epistemology and the Ethics, as well as they are concepts of great use for the Law Science. It is debatable if it is possible to reach the truth, on one hand, and if it is possible to establish the one and only ethical thing to do in each context, and this discussion repercutes on the criminal process: would be possible to reach the truth about the facts investigated? And would exist only one right answer to each criminal process? The study begins with an approach about the Rhetoric concepts around the "truth" and the

Como o resultado dessas reflexões é a admissão de uma parcela ineliminável de dúvida, são estudados os princípios do *in dubio pro reo* e do *favor rei*. Também compõe a reflexão aqui pretendida uma análise da noção de "resposta correta" tal qual concebida por Ronald Dworkin, para que se possa concluir, ao final, se é ou não possível conceber a existência de resposta correta para cada caso que enseje um processo penal, e qual o papel desempenhado pela dúvida no contexto da *persecutio criminis*.

Palavras-chave: Processo penal – Resposta correta – Verdade – *In dubio pro reo* – *Favor rei*.

"right thing to do" and follows with the application of these philosophical premises to the criminal process. As the result of these reflections is the admission of an inevitable portion of doubt, will be studied the principles of the *in dubio pro reo* and the *favor rei*. Also constitute objects of the reflections proposed here an analysis of the Ronald Dworkin's notion of "the right answer", to make possible the conclusion, in the end, if it is reasonable to accept, or not, the existence of one single right answer to each criminal process, and to discuss the role played by the doubt in the context of the *persecutio criminis*.

Keywords: Criminal process – The right answer – Truth – *In dubio pro reo* – *Favor rei*.

Sumário: Introdução. 1. O conhecimento e a certeza sob uma perspectiva retórica. 2. A resposta judicial "correta". 2.1. A certeza quanto ao conhecimento do fato. 2.2. A certeza quanto à aplicação das normas. 2.3. Uma resposta correta possível. 3. O papel da dúvida no processo penal. 3.1. O *in dubio pro reo*. 3.2. O *favor rei*. Considerações finais. Referências.

Introdução

"Como é possível o conhecimento?" "Como se dá o processo cognitivo na mente humana?" "Como se formam os conceitos e como se elaboram as definições dos objetos da análise da atividade cognitiva?" Essas, seguramente, são algumas das perguntas mais intrigantes e mais complexas da Filosofia. Ligadas à área da *Gnoseologia*, podem ser respondidas pelas mais diversas vias, mas, por enquanto – e sabe-se lá até quando – de modo precário e transitório.

Há várias linhas filosóficas a se considerar na busca de respostas para as questões apresentadas. Cada uma representará um prisma cujos resultados obtidos serão exclusivos. Para uma abordagem aprofundada, certamente teríamos que passar por tópicos como "a verdade" e "o ato de conhecer", objetos de tratados homéricos por parte de vários dos maiores pensadores da filosofia ocidental e que, apenas para uma compilação das ideias centrais, demandariam textos de milhares de páginas – o que, obviamente, jamais pode figurar como um propósito viável para o presente artigo. Para o que aqui nos importa, é essencial considerar que há divergências de todas as espécies, recaindo muitas delas sobre a espécie de relação existente entre o sujeito cognoscente e o objeto a ser conhecido, ao processo de produção do conhecimento e, mais além, sobre a própria existência de uma "verdade".

De um modo geral, e com o aviso expresso de se tratar de uma simplificação extremada, poderíamos colocar em franca oposição as ideias das *ontologias clássicas* e as que pertencem às vertentes da *Filosofia da Linguagem* e da *Retórica*. Em nova simplificação, demandada pelos estreitos limites em que deve se manter o presente trabalho, diremos que as ontologias clássicas têm por marca registrada a crença na existência de uma verdade e, predominantemente, na efetiva possibilidade de que essa verdade seja descoberta, desvelada ou, em outros termos, conhecida pelo sujeito observador, desde que adotados os procedimentos e métodos mais adequados. Retóricos e filósofos da linguagem, de outro lado, tenderão a discordar de um, de outro, ou de ambos os pontos há pouco firmados: ou a verdade não existe, mas é fruto das convenções estabelecidas por meio da linguagem, ou ela existe, mas não pode ser diretamente alcançada, formando-se uma representação conceitual que, no fundo, também não passa de um construto humano, artificial e precário.

É bem visível que a adoção de um ou de outro prisma conduzirá a conclusões diametralmente opostas, eis que em frontal oposição estão as premissas que instruem cada uma dessas formas de pensar. Também não nos é dado, no escopo desse artigo, expor as duas linhas filosóficas, ressaltar suas diferenças e traçar caminhos diversos em busca de conclusões divergentes. É preciso fazer a opção por uma das correntes de pensamento, e, no presente trabalho, nos declinamos pela *Retórica*.

Será por meio da Filosofia Retórica e seu método próprio, então, que realizaremos a árdua empresa de examinar a verdade e o conhecimento aplicados à específica área do Direito Processual Penal, para resposta para os dilemas: é possível pressupor a existência de uma resposta correta no âmbito das decisões judiciais proferidas em processos criminais? É compatível a existência de dúvidas com a noção de resposta correta? A hipótese presentemente defendida é a de que sim, em razão da existência de princípios processuais pensados com o específico propósito de suprir as incertezas potencialmente presentes em qualquer caso criminal.

Para tanto, será preciso passar por reflexões sobre a atividade de conhecer e sobre a própria existência de uma verdade, além de investigar se é possível afirmar a viabilidade de uma resposta judicial correta para casos criminais únicos e irrepetíveis, e, finalmente, discutir o papel da dúvida na seara processual penal. Serão discutidas, destarte, a possibilidade da certeza quanto ao conhecimento do fato imputado, em si, bem como a viabilidade de uma certeza quanto à aplicação das normas corretas para o caso concreto, passando pela noção de "resposta correta" tal qual concebida por Ronald Dworkin e, finalmente, examinando os princípios processuais penais do *in dubio pro reo* e do *favor rei*.

Jorio, Israel Domingos; Coura, Alexandre de Castro. Entre dúvidas e certezas: a resposta correta no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 149. ano 26. p. 227-257. São Paulo: Ed. RT, novembro 2018.

1. O conhecimento e a certeza sob uma perspectiva retórica

As filosofias ontológicas clássicas buscam, em sua maioria, a verdade na Ética e na Gnoseologia. Significa que, para grande parte dos pensadores das culturas ocidentais, há uma verdade sobre os valores, sobre "a coisa certa a se fazer" (Ética), bem como sobre "a essência" ou a "natureza" das coisas, isto é, sobre o conhecimento (Gnoseologia). Nosso trabalho debruça-se, mais especificamente, sobre as instigantes reflexões acerca da (in)existência e da (im)possibilidade do alcance da verdade como resultado de um processo criminal.

No campo da Ética, há pensadores que, como Nicolai Hartmann e outros alinhados a uma forma de pensamento denominada "platonismo axiológico", entendem que os valores são positivos ou negativos em si mesmos, independentemente do olhar que sobre eles seja lançado pelo homem. Creem, destarte, que há o que seja essencialmente bom ou essencialmente mau, a despeito da época, do lugar e de qualquer contexto histórico ou cultural. A título de exemplificação, poderíamos supor que a escravidão, a tortura e a vingança deveriam ser consideradas coisas essencialmente malignas no Oriente e no Ocidente, no século XXI ou na Idade Antiga. Quem pensasse de modo diferente estaria, necessária e invariavelmente, enganado. O bem e o mal existem mesmo que ninguém seja capaz de alcançá-los ou reconhecê-los, e ainda que não haja ninguém para deles se aperceber.

Esse raciocínio parece ser discutível a partir da mais rudimentar observação das profundas divergências existentes no campo da política, da religião e dos valores culturais entre os povos e entre as épocas, e, inclusive, pelo dinamismo com que se modificam profundamente. Essa crítica não é recente. Aristóteles a formulou há mais de dois mil anos, julgando-a estar em diametral contradição com os fatos da vida.[1] Diante de tantas e tão acentuadas discordâncias e alternâncias, as perguntas centrais são: quem está com a razão e por quê? É possível estabelecer critérios estanques para ditar o certo e o errado com plena segurança? Em magistral síntese, João Maurício Adeodato[2] indaga: quais são os critérios, quem está autorizado a estabelecê-los e por quê?

Se a prática de relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo já foi punida, no Brasil, com pena de morte[3], discute-se, hoje, se não seria necessário ter uma

1. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* Trad. António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009. p. 149.
2. ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito:* uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 265.
3. No Livro V, Título XIII, das Ordenações Filipinas, previa-se a infração da sodomia. O destino do condenado: "seja queimado, e feito per fogo em pó, para que nunca de seu

legislação criminalizando o preconceito contra a homoafetividade. Ela é ainda considerada uma prática criminosa em vários países do mundo, mas, ao mesmo tempo, movimentos sociais buscam e legislações instituem direitos e garantias voltados à realização da tão desejada igualdade entre todas as pessoas, independentemente da orientação sexual ou de outras idiossincrasias. Parece que, no campo da Ética, é atualmente algo próximo do indefensável a imutabilidade dos valores e, portanto, a própria existência de uma verdade absoluta, de ações que sejam necessariamente certas ou erradas, boas ou más. Há, sim, aquilo que se pode considerar uma verdade precária, uma versão predominantemente aceita, com maior ou menor índice de adesão, e que João Maurício Adeodato[4] habilmente denominou "relato vencedor": certezas provisórias, simplesmente aceitas ou convencionadas, e revogáveis, sujeitas ao tempo, ao lugar, ao contexto e a uma infinidade de variáveis.

No campo da Gnoseologia, no entanto, a incerteza e a inconsistência parecem encontrar maior resistência. Principalmente por força da expectativa de segurança mantida pelas ciências, a admissão da precariedade do conhecimento e da transitoriedade das verdades incomoda muito mais. O ser humano, frágil, submetido às leis naturais e às intempéries do mundo, precisa "conhecer" a "realidade" que o circunda. Precisa entender o meio em que vive, compreender os fenômenos, identificar as causas e os efeitos, explicar os fatos, para que continue a ter uma (talvez ilusória) sensação de controle sobre sua própria vida. A angústia de ver-nos lançados em um ambiente inóspito nos força a buscar os porquês. A insegurança, se esse ambiente é incompreendido e se falta a mínima previsibilidade, é insuportável. Segundo visões mais radicais, como a de Nietzsche, leis naturais e relações de causalidade são invenções humanas decorrentes de um desespero por segurança, e o que se pode denominar "conhecimento" não passa de uma ilusão criada com o propósito de nos fornecer algum conforto. Segundo ele, não existe "sujeito" cognoscente e "objeto" cognoscível. O que há é "[...] determinada espécie animal que somente prospera sob o império de uma *exatidão* relativa às suas percepções, e antes de tudo com a *regularidade* dessas". Por isso, é necessário que as coisas sejam consideradas conhecidas e verdadeiras; mas não

corpo e sepultura possa haver memoria, e todos os seus bens sejam confiscados para a Coroa de nossos Reinos, posto que tenha descendentes; pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inhabiles e infames, assim como os daquelles que commetem crime de Lesa Magestade".

4. "A 'realidade', para a filosofia retórica, é assim o relato vencedor". ADEODATO, João Maurício. *Retórica jurídica, filosofia do direito e ciência não-ontológica.* Disponível em: [www.ibet.com.br/retorica-juridica-filosofia-do-direito-e-ciencia-nao-ontologica-por-joao-mauricio-adeodato/]. Acesso em: 11.07.2017.

quer dizer que, de fato, o sejam. Simplesmente não existe "conhecer", mas, apenas, "esquematizar", o que significa "[...] impor ao caos suficiente regularidade e formas para satisfazer nossa necessidade prática".[5]

Retoricamente falando, "verdade" é um "relato vencedor" (Adeodato) e "conhecimento" é uma versão dominante sobre um objeto ou um evento.

A Terra já foi plana e tinha o sol girando ao seu redor. Plutão, recentemente, foi rebaixado da condição de planeta. A gordura animal, que foi nociva à saúde por décadas, é hoje a mais recomendada. Fissura do átomo, relatividade, DNA, partícula-de-Deus, matéria escura, inteligência artificial, clonagem, células-tronco, internet e um dos maiores pontos de instabilidade científica imaginável – a física quântica – são evidências da precariedade do conhecimento e do quanto ilusórias podem ser as certezas.

Dogmas e verdades absolutas caem com frequência. Novas invenções (telescópio, microscópio, sondas, *scanners*, equipamentos médicos, técnicas laboratoriais) potencializam os aparelhos cognitivos de que dispõem os seres humanos. Levam-no a romper paradigmas, a reescrever a realidade, a reinterpretar o passado e a alterar todas as previsões sobre o futuro.

Adeptos das ontologias clássicas, alguns fenomenólogos e positivistas científicos costumam sustentar que a verdade está ali, à espera de ser descoberta. Com os métodos adequados, com a abordagem mais apropriada e com as necessárias depurações, essa verdade pode ser alcançada. Ou seja, ela existe, consigamos vislumbrá-la ou não. Retóricos, de um modo geral, discordam. Essa verdade simplesmente não existe. Ela é uma versão da realidade, que pode ser estabelecida pelos mais diversos trajetos. A autoridade, seja ela política ou científica. A desenvoltura argumentativa e a capacidade de persuasão. A sedução carismática. O diálogo. Até mesmo a coação e a enganação são caminhos possíveis. A instituição de uma "verdade" se processa por um ou por vários desses meios, e sua estabilidade depende do nível de adesão e da qualidade/autoridade dos que a sustentam.

Assim se explica, por exemplo, por que as verdades científicas são tão respeitadas pela maioria das pessoas leigas, ditando a dinâmica do mundo enquanto não substituídas por outras, igualmente subscritas por cientistas respeitáveis. É que as premissas e os métodos científicos estão fora do alcance da maioria, e isso também se passa com as linguagens das ciências, altamente codificadas e específicas, praticamente exclusivas por área do conhecimento.[6]

5. NIETZSCHE, Friedrich. *Vontade de potência.* Trad. Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 346-349.

6. Vale lembrar interessante reflexão induzida por Anthony Giddens ao mencionar a confiança que as pessoas depositam nos chamados "sistemas peritos", na modernidade.

Ora, se as "verdades" que permeiam as ciências naturais ou exatas, consideradas tão mais estáveis e dependentes de esforços tão qualificados para sua alteração, são ilusórias, que dizer das certezas jurídicas?

O Direito é uma construção humana. É um produto artificial. Fruto de acordos e convenções que, muito raramente, passam próximos de um consenso. Leis, preceitos e institutos jurídicos costumam ser frutos da prevalência de uma visão de mundo, e, com frequência, as visões que norteiam a criação e a aplicação do Direito são as dos detentores do poder (econômico, político, cultural etc.). Muito mais razão há na consideração da precariedade de todo o conhecimento produzido no âmbito jurídico. Seja ele em abstrato (o direito positivado e a Ciência do Direito), seja em concreto (interpretação dos fatos e aplicação das normas). Interesses, valores sociais ou individuais, idiossincrasias, experiências pessoais, circunstâncias espaço-temporais e culturais sempre influem e, ainda que de modo camuflado ou mesmo subterrâneo (escuso), são determinantes na resolução das questões jurídicas e dos processos.

Diante dessa constatação, e restando estabelecido que a instabilidade do conhecimento, de um modo geral, e do Direito, em especial, é inafastável, que tipo de segurança se pode esperar das decisões judiciais? E a pergunta é feita em duplo sentido: que tipo de segurança se pode ter quanto ao conhecimento do fato concreto, em primeiro lugar, e quanto à correta aplicação das normas, em momento subsequente?

2. A resposta judicial "correta"

2.1. A certeza quanto ao conhecimento do fato

A opção por um Estado Democrático de Direito, assim como o posicionamento da dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos (art. 1º, III, da CF), estabelece um paradigma e importa determinadas posturas consideradas, no atual contexto, como praticamente irrecusáveis. Nesse tipo de ambiente, há, por parte dos cidadãos, uma expectativa da *máxima liberdade possível*. Isso passa, não só, como lembra Alexy[7], por uma "disciplina jurídica na qual se ordena e se

Muito pouco ou verdadeiramente nada sabemos sobre medicina, farmacologia, aviação, mecânica etc., mas viajamos de avião, dirigimos carros, tomamos remédios, submetemo-nos a cirurgias. Parte da falta de conhecimento se deve à especificidade do seu conteúdo (alto grau de especialização), mas, também, em boa medida, à codificação das linguagens (GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 35 e ss).

7. *Vide* ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 177.

proíbe o mínimo possível", mas, também, pelo estabelecimento de parâmetros rigorosos para a imposição de uma sanção penal. Podemos destacar, entre muitos, três efetivamente elementares: a) o respeito a uma presunção de inocência (ou presunção inicial de não culpabilidade); b) a necessidade da prova para a condenação criminal; c) a necessidade da fundamentação judicial das decisões condenatórias.

Já se entende, hoje, que o grau de consolidação do princípio da presunção de inocência em países democráticos é tal que nem mesmo seria necessário que estivesse positivado.[8] Nossa Constituição, porém, o previu expressamente (art. 5º, LVII), deixando claro que muito mais relevante do que o interesse na identificação e responsabilização penal de alguém por um dano a um bem jurídico é o respeito pelas prerrogativas de tratamento respeitoso que defluem do princípio da dignidade da pessoa humana.[9]

Por óbvio, até mesmo em razão da proclamação do princípio da presunção da inocência, tem-se como inafastável a exigência de um robusto corpo probatório para a imposição de uma pena. A pena pressupõe condenação e a condenação, a seu turno, pressupõe provas. Lembra Ferrajoli que não se pode pensar em um Estado que se mostre mais arbitrário do que aquele que admita uma condenação criminal sem a produção de provas por parte da acusação.[10]

A prova, no processo penal, pode ser pensada a partir de duas dimensões: a extensão e a consistência. A extensão da prova se refere à necessidade de que todas as ações e circunstâncias imputadas ao acusado sejam demonstradas, e que se aponte em sua conduta a presença de todos os elementos constitutivos de determinado tipo legal de crime. De outro lado, a consistência da prova deve ser sólida de modo a impedir a persistência de qualquer dúvida minimamente razoável acerca da autoria e da materialidade do fato apurado.

Outra exigência que decorre da escolha pelo Estado Democrático de Direito se refere à fundamentação das decisões judiciais. É ela que nos indica de que forma os eventos e as leis foram interpretados pelo julgador, e por esse motivo é alto o padrão de qualidade que se deve exigir. Coerência, clareza e, enfim, racionalidade de uma decisão dependem visceralmente de sua fundamentação.

8. CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 51.
9. SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo legal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 232.
10. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 4. ed. Madrid: Ed. Trotta, 2000. p. 98.

Decidir sem lastro de justificação é um atentado contra a dignidade da pessoa humana, pois pressupõe a *coisificação* do indivíduo: ele se curva, ou é curvado, à vontade do julgador, que decide sua vida e seu futuro da maneira como quer, sem a necessidade de prestar-lhe contas ou a preocupação mínima de fazê-lo entender os motivos pelos quais lhe são, ainda que parcial e temporariamente, retiradas as rédeas de seu destino. Segundo entende Kant[11] (e grande parte dos juristas que discorrem sobre o tema da dignidade da pessoa humana partem de bases kantianas[12]), o ser humano, por ser um fim e si mesmo, não pode ser posicionado como meio sob nenhuma circunstância –, e em hipótese alguma pode estar sujeito aos arbítrios de outrem. Ora, é somente por meio da fundamentação que faz desaparecer a impressão de que um réu foi condenado "porque o juiz quis". Dizendo mais abertamente: "A motivação da sentença penal é a maior garantia contra o capricho humano [...]".[13] Como pode o Estado exigir um comportamento respeitoso para com bens jurídicos essenciais se ele, na condução do próprio processo, não respeitar o réu enquanto ser humano racional?[14]

Dizia Carnelutti[15] que o ato de julgar seria análogo à atitude de "dar um salto no além". O julgador não executa esse salto imbuído da certeza plena, mas o mínimo que se espera é que haja firme apoio sob seus pés. Refere-se o eminente processualista às provas. Em outra oportunidade, o mestre italiano comparou as provas a chaves, por meio das quais o juiz abre as portas do desconhecido[16], sendo certo que, nem sempre, essas se abrem o suficiente, deixando, não raras vezes,

11. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 58-59.
12. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV: direitos fundamentais. p. 180 e ss; TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional.* 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 538-539; COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos,* cit., p. 33 e ss.; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais:* o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. ampl., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 124; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. A dignidade da pessoa humana e o mínimo essencial. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 252, set.-dez. 2009. p. 51.
13. BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal:* entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: RT, 2009. p. 107.
14. Adauto Suannes indaga: "Se o Estado, por meio do juiz, age arbitrariamente, como esperar que o cidadão comum aja não-arbitrariamente?" (SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo legal.* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 282).
15. CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal.* Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004. v. 1. p. 273.
16. Ibidem, p. 273-274.

margens a inquietantes dúvidas. Embora se possa pensar a prova como sendo a alma do processo, não é correto supô-la como uma garantia de acerto. Na verdade, provas são "provas de verossimilitude".[17]

Gustavo Badaró, em advertência crucial, diz que o objeto da prova criminal não é um fato, mas a alegação de um fato. O que se examina é o que se reconstitui sobre um evento que, talvez, tenha ocorrido.

> Os "fatos" debatidos no processo são enunciados sobre os fatos do mundo real, isto é, aquilo que se diz em torno de um fato; é a enunciação de um fato e não o próprio fato. Em consequência, o objeto da prova não é o próprio fato. O que se prova são as alegações dos fatos feitas pelas partes como fundamentos da acusação e da defesa. Os "fatos" debatidos no processo são enunciados sobre os fatos do mundo real, isto é, aquilo que se diz em torno de um fato; é a enunciação de um fato e não o próprio fato. Em consequência, o objeto da prova não é o próprio fato. O que se prova são as alegações dos fatos feitas pelas partes como fundamentos da acusação e da defesa.[18]

Se decidirmos emprestar à palavra "prova" um sentido mais rigoroso – especialmente se a adotarmos com a acepção preferida pelas ciências naturais e pelo positivismo científico – nenhuma prova será factível, e em nenhum processo. Todo fato, por conceito, é pretérito, único e irrepetível, de modo que "o passado só existe no imaginário, na memória" e, por isso, "jamais será real".[19]

Tudo o que acreditamos conhecer, na verdade, é fruto de uma construção do nosso cérebro. Muitas pessoas não percebem que, entre a atividade cerebral e o mundo exterior há uma "linguagem construtiva", e, por isso, não apreendemos os eventos como eles "são", mas construímos versões úteis para nós mesmos.[20] Não conhecemos praticamente nada, inclusive, pelas profundas limitações cognitivas e sensoriais geneticamente estabelecidas para os seres humanos. Tentamos suprir essas deficiências cognitivas e sensoriais por meio de magníficas invenções (do microscópio à sonda espacial), mas, ainda assim, estamos fadados a obter uma versão precária sobre o objeto de estudo. Quando evoluirmos ainda

17. CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra D. F. Barbery. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3. p. 269.
18. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 159-160.
19. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 572-573.
20. ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito:* uma crítica à verdade na ética e na ciência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 291.

mais esses mecanismos de pesquisa, descobriremos propriedades até então ocultas, e essa é uma operação de perseguição que remonta ao infinito.[21] Como observa Salah H. Khaled Jr.[22], "não há mecanismo capaz de eliminar os inúmeros impedimentos à obtenção de uma verdade correspondente ao real, que efetivamente possibilite essa ideia de que o historicamente verificável possa ser obtido sem qualquer espécie de deformação".

Ora, à luz de tudo isso, não seria muita ousadia crer na possibilidade de efetiva compreensão de um fato pretérito, se os fatos são inacessíveis, e se o passado é inacessível?

Do mesmo modo que retóricos e filósofos da linguagem já perceberam que a contemplação da verdade não é mais do que um sonho de um ser carente e limitado em busca de conhecimentos que lhe permitam sentir o mínimo de segurança em um mundo natural frequentemente enigmático e hostil, há juristas que reconhecem, mais do que a falibilidade dos instrumentos cognitivos do homem, a própria inatingibilidade das essências e das verdades. Conforme Ferrajoli[23]:

> La "verdad" de una teoría científica y, más en general, de cualquier argumentación o proposición empírica es siempre, en suma, una verdad no definitiva sino contingente, no absoluta sino relativa al estado de los conocimientos y experiencias llevadas a cabo en orden a las cosas de que se habla: de modo que, siempre, cuando se afirma la "verdad" de una o varias proposiciones, lo único que se dice es que éstas son (plausiblemente) verdaderas por lo que sabemos, o sea, respecto del conjunto de los conocimientos confirmados que poseemos.

Só o que é possível é uma reconstrução do passado por meio da linguagem, sem uma inocente pretensão de verdade ou de exatidão. A verdade é a versão majoritariamente aceita ou posta como a "oficial" por quem detém o poder. Um fato pretérito "provado", assim, é um fato sobre o qual prevaleceu uma determinada linguagem ou um determinado discurso de afirmação ou negação. No fim, nunca

21. Ibidem, p. 69 e 166.

22. KHALED JUNIOR, Salah. H. *A busca da verdade no processo penal:* para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 173.

23. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 4. ed. Madrid: Ed. Trotta, 2000. p. 50. "A 'verdade' de uma teoria científica e, em geral, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, senão contingente, não absoluta, senão relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levadas a cabo a respeito das coisas de que se fala: de modo que, sempre, quando se afirma a 'verdade' de uma ou várias proposições, só o que diz é que elas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos, ou seja, a respeito do conjunto dos conhecimentos confirmados que possuímos". (Tradução nossa).

se prova nada, mas apenas se tenta convencer por meio da concatenação de argumentos. À concatenação "bem-sucedida" e aceita, chama-se "prova".

Tais considerações assumem especial relevo em se tratando de um processo criminal, que tem como marca registrada a busca de algo a que se resolveu chamar de "verdade real". Apontada por nove entre cada dez processualistas penais clássicos como sendo a meta do processo criminal, a "verdade real", para além dos defeitos linguísticos (a redundância é gritante), apresenta desgastes que deveriam cancelar a própria crença na viabilidade de sua obtenção. Bem mais produtivo e consciente é o posicionamento segundo o qual se enxerga o processo penal como um instrumento desenvolvido pelo homem – e falível, portanto – cujo objetivo não é o de descobrir a "única e incontroversa verdade real", mas o de eleger um posicionamento que se apresente como mais justificável diante dos elementos de convicção e dos argumentos sopesados ao longo do percurso.[24]

E eis um paradoxo interessante, destacado por Salah Khaled Jr.[25] com apoio em Roxin, Taruffo, Maier e outros nomes de grande prestígio: o alcance da verdade real, um objetivo específico do processo penal, é especialmente prejudicado, exatamente nos procedimentos criminais, pelas próprias limitações trazidas por uma série de garantias impostas pelo modelo garantista que deflui da opção pelo Estado democrático de Direito. Não se pode perseguir essa verdade a qualquer custo, e a inadmissibilidade da tortura é só um exemplo dos mais óbvios. Com efeito, com alguma frequência, somos obrigados a descartar elementos de convicção altamente contundentes – como conversas e mensagens interceptadas ou objetos apreendidos dentro de domicílios, quando inexista autorização judicial – porque constituem provas ilícitas. E, indo um pouco além, torna-se visível que o reconhecimento de qualquer nulidade processual de caráter formal representa uma opção consciente pelo respeito às garantias individuais, ainda que às custas do sacrifício da verdade.

Diante de todo o exposto, é necessário reavaliar o sentido em que se têm empregado as palavras "verdade" e "certeza" em âmbito processual. Não é possível alcançar qualquer delas em sua plenitude, de modo que não é razoável eliminar por completo as chances de que se esteja cometendo um equívoco na interpretação dos fatos ou na identificação de suas circunstâncias. *Em suma, uma parcela de dúvida, a partir da visão aqui desenvolvida, é ineliminável*. No dizer de Salah

24. CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo penal aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 187.

25. KHALED JUNIOR, Salah. H. *A busca da verdade no processo penal:* para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 179 e ss.

Khaled Jr.,[26] "a incerteza conforma uma marca insuprimível do conhecimento sobre o passado" e "a verdade correspondente é inatingível", de modo que a própria "conclusão atingida no processo também deve ser provisória". O que há, no fim, é a *versão oficial* ou o *relato vencedor* (Adeodato), fatalmente precário e sujeito à deposição.

2.2. A certeza quanto à aplicação das normas

A discussão que aqui pretendemos desenvolver passa pela questão, incialmente abordada, acerca da existência ou inexistência de uma "resposta correta" no campo da Ética. Haveria condutas e valores invariavelmente considerados positivos ou corretos em si, independentemente das circunstâncias espaço-temporais e culturais? Como o Direito finca suas raízes no mundo da Ética[27], acabamos nos vendo forçados a repisar essa reflexão, embora em bases ligeiramente diferentes.

Por óbvio, devemos partir da premissa de que existe um ordenamento jurídico que é, em alguma medida, vinculante. Isso, inicialmente, parece facilitar a tarefa de descobrir se é possível apontar a resposta correta no campo do Direito. Mas surgem complicadores. Primeiramente, mesmo o que está posto, escrito, expresso, está sujeito à interpretação. Simplesmente não existe signo (gesto ou palavra, escrita ou falada) que traga, em si, uma significação unívoca. Equivale a dizer que nunca se dispensa a interpretação, processo por meio do qual se chega a atribuir algum sentido ao que se ouve ou se vê. Nem mesmo termos e comportamentos aparentemente "óbvios"[28] dispensam a interpretação, sendo, todos os símbolos e ações, porosos e polissêmicos. Nenhum texto legal é dotado de sentido único predefinido, de modo que as normas que dele se podem extrair não são, igualmente, preclaras e autoexecutáveis de modo automático. A aplicação do Direito passa por uma dupla interpretação, do fato e das normas, e por isso é sempre dinâmica.[29]

---

26. KHALED JUNIOR, Salah. H. *A busca da verdade no processo penal:* para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 329-330.
27. REALE, Miguel. *Filosofia do direito.* 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 676 e ss.
28. "Por mais claro que seja um dispositivo legal, ainda assim será necessária a tarefa exegética do intérprete, até porque a própria verificação da clareza já demanda, por si só, uma atividade hermenêutica" (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 161).
29. Embora faça parte dos esforços dos aplicadores a tentativa de construir sistemas mais seguros e previsíveis, como o dos precedentes, não é possível alcançar o grau da "certeza" apodítica.

E, sem segundo lugar, há a antiga e dificilmente superável polêmica quanto ao fato de o Direito se circunscrever, ou não, a normas expressamente positivadas. Atualmente, a doutrina e a jurisprudência pátrias se inclinam a favor de uma tendência que se denominou "pós-positivismo" (ou "neoconstitucionalismo"[30]), na tentativa de superação do clássico embate "juspositivismo x jusnaturalismo". A adoção dessa leitura neoconstitucionalista do ordenamento conduz ao reconhecimento de uma abertura ainda maior na textura das normas, especialmente pelo reconhecimento da dimensão dos *princípios* (normas de espectro mais abrangente, cujo conteúdo é determinado por componentes morais e pretensões de equidade e de justiça, pertencentes ao paradigma adotado pela comunidade que é, a um só tempo, a autora das normas e sua destinatária).

Conforme lembram Coura e Azevedo[31], Hans Kelsen desenvolveu sua "Teoria Pura do Direito" com o objetivo de isolar do campo do Direito todas as influências extrajurídicas, impedindo uma contaminação das normas pelas ideologias e pela moral, segundo ele, oportunizada pelo jusnaturalismo. O próprio Kelsen percebeu, no entanto, que não se poderia apontar uma única resposta correta, tal qual ingenuamente pretendia a antiga Escola da Exegese, por meio de uma interpretação metodologicamente adequada. Segundo ele, não haveria como estabelecer critério seguro para determinar qual das leituras da norma é a verdadeiramente correta, afigurando-se viável, no máximo, trabalhar com a ideia de "molduras", isto é, possibilidades interpretativas limitadas entre as quais se poderia "escolher", livremente, qualquer delas. A ciência do Direito serviria, exatamente, para

30. Há dúvidas, inclusive, quanto ao uso das expressões como sinônimas. Mas, partindo do pressuposto de que se refiram à mesma tendência, segue breve definição de neoconstitucionalismo: "[...] mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços extensos em favor da opção legislativa ou regulamentadora; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário e por último coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditória, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um pequeno grupo de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas" (SANCHÍS, Luis Prieto apud MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do Neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina et al. (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 11.

31. AZEVEDO, Silvagner de Andrade; COURA, Alexandre de Castro. Indeterminação do direito e discricionariedade judicial: pensando a crise do positivismo a partir de Kelsen, Hart e Dworkin. In: COURA, Alexandre de Castro (Org.); BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (Org.). *Direito, política e constituição:* reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Curitiba: CRV, 2014. p. 102 e ss.

fornecer os critérios adequados à formação dessa moldura, ou seja, a propiciar essa limitação das possibilidades de leitura das normas. Mas o apontamento da específica solução correta, pela ineliminável abertura da linguagem, estaria, ainda, à mercê de um "ato de vontade": a escolha, dentro da moldura, é ato de vontade do julgador. Mais tarde, o próprio Kelsen chegou a admitir que há casos difíceis em que nem mesmo a moldura pode servir como parâmetro da decisão, podendo o julgador decidir "fora dela", revelando, ainda mais, a feição arbitrária do próprio ato de julgar, eventualmente transformado em uma pura expressão da vontade do julgador e legitimado pela autoridade de que está investido.

Lembram, também, os autores, que Hart, enxergando o problema da típica indeterminação do conteúdo da linguagem, concebe a atividade judicial como um exercício de criação, reconhecendo que nos casos difíceis – por ele situados no que denominou "zona obscura ou de incerteza" – abre-se um amplo espaço para o uso da "discricionariedade" por parte dos julgadores.[32]

Contra o decisionismo, contra a concepção do julgamento como ato de vontade ou como uso discricionário de poder, ergue-se a teoria do Direito de Ronald Dworkin. Especialmente em um ordenamento democrático, dizer o Direito não pode corresponder a uma atividade solipsista e arbitrária de alguém que detém autoridade, mas, sim, ao fruto da aplicação de um Direito cuja legitimidade vem exatamente do fato de ter sido instituído pelos próprios destinatários da norma ("autonomia"), por meio dos procedimentos legislativos constitucionalmente adequados. Para Dworkin, há uma maneira de se chegar à "resposta correta". E ela não passa pela discricionariedade, além de não se legitimar pela autoridade.

Dworkin parte da divisão do "instrumental" jurídico em três elementos: a regra (que se submete ao modelo da subsunção e ao critério do *all or nothing*, sendo puramente válida ou inválida)[33]; a política (correspondente a metas a serem alcançadas para que se estabeleçam determinados padrões de qualidade em aspectos econômicos, sociais e políticos da comunidade); e o princípio ("padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável [como faria a "política"], mas porque é uma exigência de justiça e equidade ou alguma outra dimensão da moralidade").[34]

32. Ibidem, p. 113-115.

33. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 39.

34. Ibidem, p. 36. Distinção bastante objetiva entre regras e princípios, segundo o modelo de Dworkin, pode ser observada em CHUERI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade:* Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba:

Em um ambiente democrático, a interpretação e a aplicação do Direito, mesmo nos casos mais difíceis, não pode se transformar em um ato de vontade. O próprio ordenamento deve fornecer as respostas para tais casos, ou o Judiciário estará usurpando, sem qualquer legitimidade democrática (especialmente em países em que os juízes não são eleitos, como é o caso do Brasil), funções pertencentes ao Legislativo para criar livremente em cada caso uma norma jurídica. Dworkin refuta a discricionariedade porque, a partir dela, são violados, ao mesmo tempo, postulados democráticos (separação de Poderes) e liberais (segurança jurídica, violada pela legislação criada "ao vivo" dentro de um processo e aplicada de modo retroativo ao caso julgado).[35]

Uma resposta sempre deve ser dada, e é natural, pela pretensão de justiça, exigir que ela seja a correta. Como alcançá-la sem deixar os lindes do ordenamento jurídico democraticamente posto passa ser a questão principal.

Ora, considerando que o Legislativo não é capaz de prever todas as situações da vida e de regular cada uma delas pormenorizadamente, e, considerando que, mesmo que isso fosse possível, não haveria certeza quanto à única interpretação correta da norma, o primordial é estabelecer que os recursos pelo meio dos quais se buscará essa resposta correta sejam fornecidos pelo próprio Direito. É interessante, aqui, relembrar o conceito de "Direito como integridade" fornecido pelo próprio Dworkin. Embora os estreitos limites do trabalho não permitam o devido aprofundamento, é relevante que seja abordado.

A noção de "Direito como integridade" se apresenta como alternativa às vertentes do "convencionalismo em sentido estrito" e do "pragmatismo". O primeiro volta-se para o passado e apenas reconhece a existência de Direitos na medida em que já estejam expressamente contemplados pelas legislações e precedentes. Somente há regras e subsunções. Se não há um direito posto, ou a demanda se resolve em prejuízo do indivíduo, ou o juiz usa seu poder discricionário para "criar um direito" e suprir a lacuna a partir de um ato de vontade ou de escolha. O segundo é dirigido ao futuro. Baseia-se, predominantemente, em uma linha de raciocínio política. Visa ao "bem comum", ao interesse público em geral, e tem por pretensão instituir uma "melhoria" nas condições de vida a partir de avanços políticos, econômicos ou sociais. Os direitos individuais acabam ocupando posição

JM, 1995. p. 73: "toda decisão jurídica cujo argumento seja baseado em princípios atenderá a um *direito individual*; entretanto, se o mesmo for baseado em políticas, atenderá a um *fim coletivo*, tendo em vista o bem-estar geral da comunidade" (grifo nosso).

35. RODRIGUES, Sandra Martinho apud AZEVEDO, Silvagner de Andrade; COURA, Alexandre de Castro. Op cit., p. 123.

de menor importância.[36] O "Direito como integridade" parece superar ambas as vertentes, na medida em que reconhece que "[The] Law's attitude is constructive: it aims, in the interpretative spirit, to lay principle over practice to show the best route to a better future, keeping the right faith with the past. It is, finally, a fraternal attitude, an expression of how we are United in community though divided in project, interest, and conviction".[37]

A principal característica do "Direito como integridade" é a *negativa da existência de lacunas no sistema*, o que fecha as portas para a discricionariedade enquanto atividade "legislativa", isto é, "criadora" de direitos. Pensar o Direito de uma forma integral significa reconhecer que há instrumental suficiente, fornecido pelo próprio sistema jurídico, para cobrir as supostas lacunas, de modo que nenhuma decisão, por mais difíceis e peculiares que se apresentem os casos concretos, seja dada "fora do Direito". Usam-se, assim, os parâmetros democraticamente estabelecidos (leis), os costumes e preceitos morais consagrados e compartilhados (princípios), além das tradições jurídicas consolidadas (precedentes). O recurso a tais "instrumentos" permite decisões, em *hard cases*, situadas inteiramente *dentro do campo jurídico*, sem o revés do eventual desamparo de direitos individuais por ausência de positivação expressa, e sem o inconveniente da ingerência entre os poderes e da falta de segurança jurídica.[38]

A partir dessa visão integralista, Dworkin redefine o conceito de Direito: "That is, anyway, what Law is for us: for the people we want to be and the community we aim to have".[39]

A partir das considerações expendidas, podemos afirmar que, tomando como baliza o "Direito como integridade", é sempre possível chegar a uma resposta

36. Boas noções sobre convencionalismo e pragmatismo norte-americanos são fornecidas por CHUERI, Vera Karam de. Op cit., p. 110-125; e LAGES, Cíntia Garabini. A proposta de Ronald Dworkin em O império do Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito;* Belo Horizonte, v. 4, n. 7 e 8, 1º e 2º sem. 2001. p. 41-45.

37. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Massachusetts: Harvard University Press, 1986. p. 413. "A atitude do Direito é construtiva: ela visa, em espírito interpretativo, a estabelecer o princípio sobre a prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com o passado. Ele é, finalmente, uma atitude fraterna, uma expressão sobre como somos unidos em comunidade, embora divididos em projetos, interesses e convicções" (tradução nossa).

38. Vide, para mais conteúdo sobre "Direito como integridade", CHUERI, Vera Karam de. Op. cit., p. 121-134.

39. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Massachusetts: Harvard University Press, 1986. p. 413. "Isso é, então, o que o Direito é para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que queremos ter."

jurídica para cada caso. Por resposta jurídica entenda-se a solução criada a partir dos instrumentos e diretrizes fornecidos pelo próprio Direito, sem a necessidade do recurso a elementos de pura vontade (discricionariedade) ou à atividade de legiferar retroativamente para dirimir algum caso concreto.

Um incômodo permanece: se dissemos que, com uma visada retórica, não é possível definir *a priori* a positividade ou a negatividade de uma ação ou de um valor, o bem e o mal, o justo e o injusto, como admitir a existência de uma resposta correta para cada caso? Como supor um acerto ontológico ou uma concordância unívoca a dar suporte à classificação de uma solução como "correta"? Volta à cena a insegurança quanto "a coisa certa a se fazer", cerne da Ética.

De fato, não se podem compatibilizar as premissas da Retórica com a admissão de uma *única* resposta correta para cada caso. Essa "correção" jamais será ontológica. Ela é um rótulo, aposto circunstancial e provisoriamente por quem detém autoridade ou, na melhor das hipóteses, a partir de algum grau de concordância entre as pessoas envolvidas no processo de tomada de decisão. O que se considera acerto, hoje, pode ser o equívoco de amanhã. O "correto" de agora pode muito bem ser o "incorreto" do depois, e vice-versa. Não se pode acreditar, destarte, em uma única resposta invariável e definitivamente correta para cada caso. Mas é perfeitamente admissível crer na existência de *"uma resposta correta possível"*, isto é, um determinado *tipo de resposta* que se considere correta por motivo do espaço, do tempo, das circunstâncias e, obviamente, dos pressupostos normativos em vigor. Nessa linha, parece-nos produtiva e possível a adoção da teoria de Dworkin contra a ideia de discricionariedade e em oposição ao pensamento de que existem múltiplas respostas corretas e igualmente válidas para cada caso.

2.3. Uma resposta correta possível

Para prosseguir na reflexão, a primeira providência a se adotar é o reconhecimento de que, por pressuposto utópico necessário (depuradas as perversões e promiscuidades em relação aos fins, assim como os preconceitos e idiossincrasias contaminantes), todos os estudiosos e aplicadores do Direito perseguem "a melhor resposta possível". Alguns entendem que essa "melhor resposta" é "a resposta" correta, a única efetivamente acertada para cada caso, e que ela sempre pode ser alcançada por meio dos métodos adequados. A resposta existe, só precisa ser descoberta. Outros, no entanto, dizem que a "melhor resposta" não corresponde a uma única solução invariavelmente correta, como algo que exista *a priori*, mas, sim, a uma resposta adequada que se constrói diante do caso concreto. *Substancialistas* são partidários da primeira corrente. *Procedimentalistas*, da segunda.

O embate entre substancialistas e procedimentalistas se dá em vários níveis do debate jurídico. Daniel Sarmento e Cláudio Pereira Souza Neto nos lembram alguns deles, tais como as discussões que se referem "ao papel da Constituição na sociedade" ou "ao espaço adequado da jurisdição constitucional". Ao que aqui nos importa, é útil a distinção feita no que tange à atividade hermenêutica desenvolvida por cada um dos grupos opositores:

> Essa distinção entre posições procedimentalistas e substancialistas não é relevante apenas no momento de elaboração das constituições. Ela assume importância também no contexto de interpretação constitucional. No campo hermenêutico, um substancialista tende a buscar respostas para um grande número de controvérsias na Constituição, interpretando-a de forma abrangente, enquanto um procedimentalista adota posição mais cautelosa, no afã de preservar um maior espaço para a política majoritária, a não ser que se refira aos pressupostos para funcionamento da própria democracia.[40]

Bem se vê que, em nossas considerações, ampliamos um pouco a área de incidência das nomenclaturas "substancialismo" e "procedimentalismo", para que não se atenham, com exclusividade, às divergências que atinem ao conteúdo da Constituição e à jurisdição constitucional, mas, sim, ao conteúdo do Direito e às decisões judiciais como um todo.

Substancialistas, no Direito, comportam-se como os adeptos das ontologias clássicas, na Filosofia. Creem na essência das coisas, na verdade, no que é necessariamente bom ou justo em si. Creem que, por meio do procedimento adequado, é possível chegar a uma decisão *materialmente correta*, isto é, uma solução necessariamente correta quanto ao seu *conteúdo*. Não tendo sido dada essa específica resposta ao caso, será forçoso concluir que não se lhe deu uma resposta correta. Eutanásia, aborto, descriminalização do porte de certas drogas para consumo pessoal, legalização do casamento homoafetivo e outros assuntos polêmicos devem receber um determinado tratamento que, segundo os substancialistas, é o único que pode ser considerado juridicamente correto (isto é, acertado à luz dos parâmetros legais – constitucionais ou infraconstitucionais – e jurisprudenciais em vigor). Esse substancialismo pode se dar no plano legislativo ou judicial, isto é, pode-se sustentar que a eutanásia deve permanecer criminalizada e o casamento gay deve ser banido em nível legal (decisão legislativa) ou, em um caso concreto, que a resposta dada deve passar pela punição da eutanásia ou

40. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 89-90.

recusa do direito à formalização do matrimônio homoafetivo (decisão judicial). A decisão (legislativa ou judicial, que é a que aqui nos interessa) somente será correta se, em seu conteúdo, identificar-se com alguma dessas posições Éticas.

Procedimentalistas divergiriam profundamente. Descrentes na possibilidade de se alcançar essa verdade plena, tudo o que concebem fazer é buscar o procedimento mais seguro, que, pelo menos *ab initio*, traga as maiores chances de sucesso, por apoiar-se em maior racionalidade, envolvendo debates, trazendo à participação pessoas interessadas, com conhecimento de causa, permitindo a colisão de visões diversas e eventualmente até antagônicas, enfim, possibilitando a solução mais arejada e iluminada possível. Mas não necessariamente "certa", materialmente falando (quanto ao seu conteúdo). Vê-se uma proximidade com a Retórica na medida em que se abandona a ideia de verdade, da existência da "única coisa certa a se fazer", já que muitas concepções são inconciliáveis e simplesmente não se pode definir qual delas é a "melhor" e deve prevalecer. Pelo menos, não em um ambiente democrático. A democracia é regida pela igualdade e isso impede que eu considere minha visão de mundo melhor que a do meu semelhante. Se somos iguais, não é possível dizer que a minha visão seja a correta e a dele, a equivocada. "Certo" e "errado" serão resultados do procedimento, do jogo democrático. E sempre podem mudar, a qualquer tempo. O "certo" e a "verdade" são o que se definiu a partir de um jogo cujas regras são ditadas pelo paradigma da democracia.

A ideia de debater para alcançar as melhores condições possíveis para a tomada de decisões, e de envolver ao máximo as pessoas interessadas e afetadas, é um compromisso que decorre do paradigma adotado. Trata-se de uma obrigação de coerência. Poderia ter sido escolhido outro paradigma, ou poderíamos, até mesmo, estar subjugados a uma autocracia. Se somos regidos pela democracia, é da dinâmica da intersubjetividade entre iguais que se pode extrair uma resposta. Não necessariamente "a correta", mas a melhor *possível*. Afinal, somos levados a crer que, "do mesmo modo que é impossível alcançar a verdade, não é possível afirmar peremptoriamente ou inexoravelmente que, para aquele caso concreto, a única alternativa é a decisão x ou y, até porque 'o que pode ser dito, pode ser dito de outra maneira'".[41]

A resposta correta, no Direito, como um todo, ou em um processo criminal, mais especificamente, *é a resposta responsável*. É a resposta de um juiz compromissado, atento às particularidades do caso concreto e, ao mesmo tempo, às

41. FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê; COURA, Alexandre de Castro. Existe uma resposta correta sobre o problema da resposta correta no Direito? *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, n XLI, 2013/2. p. 687.

regras determinadas pelo paradigma do Estado Democrático de Direito. A solução ainda é falível, precária, provisória, na medida em que os equívocos e divergências, quer no plano cognitivo, em relação ao fato, ou hermenêutico, em relação ao Direito, são inextinguíveis. Como já se disse, "Não há, portanto, uma fórmula mágica, panaceia para todos os casos, mas há como se cobrar o percurso, como analisar a postura do juiz e quais os fundamentos da decisão, exatamente ali desvenda-se o respeito ou não ao cidadão e à complexidade do caso concreto."[42]

É razoável, nesses termos, conceber uma resposta correta. Ela é impossível quanto ao seu conteúdo, *a priori*, mas plenamente possível quanto à sua forma, se partir da análise de caso concreto, passar pelo recurso ao instrumental jurídico do "Direito como integridade" e, por fim, apresentar-se por meio de uma concatenação de argumentos racionais voltados ao convencimento de todos os envolvidos e da sociedade (fundamentação racional). Sob essa forma, ela tem as maiores chances de ser considerada "certa" quanto ao seu conteúdo.

3. O papel da dúvida no processo penal

Como visto, desde que aceitemos como premissa uma característica de incapacidade dos seres humanos de conhecer a essência dos objetos e de alcançar a verdade última sobre os fatos, seremos compelidos a assumir que toda prova processual é uma versão dominante sobre um evento e a admitir que ela pode ser bastante imprecisa. Com isso, somos irremediavelmente forçados a conviver com a dúvida.

A dúvida tem um papel de grande importância no processo penal. Indiscutivelmente, sua relevância, aqui, é bem maior do que a ostentada nos processos de natureza cível, por exemplo. Há um regime jurídico próprio para a dúvida no campo da processualística penal. Ele pode ser bem sintetizado a partir dos conhecidos brocardos *in dubio pro reo* e *favor rei*.

3.1. O in dubio pro reo

Não é estranhável, pela dinâmica paradoxal do processo[43], que fatos alegados, muitas vezes, não sejam devidamente esclarecidos. Não é toda investigação que

42. Ibidem, p. 687.

43. "[...] um juiz, julgando no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido em um passado distante (anteontem), com base na prova colhida em um passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã). Assim como o fato jamais será real,

será concludente. Nem toda apuração será um sucesso. Em verdade, todo processo começa com uma dúvida, e muitos deles vão chegar a seu fim sem que tenha sido possível solucioná-la.

Até mesmo pela incansável busca por segurança do homem (*vide* considerações de Nietzsche, anteriormente), é compreensível que as dúvidas sejam angustiantes. Mas a convivência com elas seria bem mais tranquila se o postulado do *in dubio pro reo*, descendente imediato do princípio da presunção de inocência, fosse levado mais a sério. Toda e qualquer questão duvidosa (leia-se: que permaneça duvidosa) deve resolver-se a favor do acusado. É óbvio: se a dúvida lhe fosse desfavorável, seria presumidamente culpado. Há, então, uma presunção *juris tantum* de inocência.[44]

O princípio da presunção de inocência, embora seja hoje um pilar central da maioria dos sistemas processuais minimamente humanizados – havendo quem chegue a afirmar que é definitivamente impossível conceber-se um Estado de Direito que não o consagre[45] – não acompanha a justiça criminal desde sempre. Pode-se dizer que ele corresponde, apenas, a um princípio do Direito dogmaticamente organizado das democracias modernas, fruto de um dado paradigma "político-ideológico"[46], pois, à luz da história do Direito Penal, faz-se presente apenas em uma ínfima porção da existência desse último. Ordálias, barbáries e suplícios, da Idade Antiga e da Idade Média, são prova disso.

Estamos a falar de um importante fruto do pensamento iluminista. Ele pode ser lido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no art. 9º: "Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei". Daí em diante, ele passa a constar em praticamente

---

pois histórico, o homem que praticou o fato não é o mesmo que está em julgamento e, com certeza, não será o mesmo que cumprirá essa pena, e seu presente, no futuro, será um constante reviver o passado" (LOPES JÚNIOR. Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 535).

44. MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 77. Aramis Nassif é ainda mais enfático: a inocência do réu é "uma verdade pré-estabelecida no processo" que deve ser desfeita pela acusação (NASSIF, Aramis. *Sentença penal*: o desvendar de Themis. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 123 e ss.).

45. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. 1. p. 16.

46. MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro:* análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2010. p. 273.

todos os documentos internacionais que consagram direitos humanos. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, lemos, no art. 11, item 1: "Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas". E, também, no pacto de San José da Costa Rica (art. 8º, item 2): "Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa".

O *in dubio pro reo*, embora não esteja escrito em nossa Constituição, é uma decorrência lógica do princípio da presunção de inocência. A menos que seja provada a responsabilidade do acusado sobre o fato danoso, deve ele ser inocentado. Em que pese também não conste de modo expresso na legislação infraconstitucional, está tacitamente insculpido no art. 386, VII, do Código de Processo Penal: "O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] VII – não existir prova suficiente para a condenação" Pode até ser que exista alguma "prova" no sentido de firmar a responsabilidade penal do acusado. Mas o fato é que não basta que essa prova exista. Ela deve ser "suficiente" para embasar uma condenação. Essa "suficiência", visivelmente, está ligada ao espancamento de dúvidas acerca da responsabilidade do réu.

Evidentemente, é preciso especificar o tipo de dúvidas a que nos referimos. Isso porque, como dito anteriormente, algum espaço para dúvidas sempre há, se adotada uma gnoseologia mais cética ou retórica. A dúvida a que aqui aludimos é a denominada *dúvida razoável*. Sua existência impede a responsabilização penal de qualquer acusado.

Reasonable doubt é um preceito de origem anglo-saxônica que rege a dinâmica processual penal norte-americana com reconhecido vigor. Como preceito, pode-se dizer que:

> Guilt in a criminal case must be proved beyond a reasonable doubt and by evidence confined to that which long experience in the common law tradition, to some extent embodied in the Constitution, has crystalized into rules of evidence consistent with that standard. These rules are historically grounded rights of our system, developed to safeguard men from dubious and unjust convictions, with resulting forfeitures of life, liberty and property. Brinegar v. United States, 338 U. S. 174.[47]

47. "A culpa, em um caso criminal, deve ser provada além de uma dúvida razoável e por evidência que, circunscrita àquela longa experiência do Direito consuetudinário, e em alguma medida corporificada na Constituição, cristalizou-se em regras de evidência

E, em julgamento paradigmático da Suprema Corte dos Estados Unidos, em que se procurou fazer apanhado das instruções para os jurados acerca do conceito de *reasonable doubt,* o *Justice* Guinsburg assim se posicionou:

> Proof beyond a reasonable doubt is proof that leaves you firmly convinced of the defendant's guilt. There are very few things in this world that we know with absolute certainty, and in criminal cases the law does not require proof that overcomes every possible doubt. If, based on your consideration of the evidence, you are firmly convinced that the defendant is guilty of the crime charged, you must find him guilty. If on the other hand, you think there is a real possibility that he is not guilty, you must give him the benefit of the doubt and find him not guilty. Federal Case 511 US 1.[48]

Em síntese, uma dúvida razoável é a consideração da real possibilidade de que um acusado seja inocente, diante das provas contra ele produzidas. Tais provas devem ser capazes de formar o convencimento dos jurados, exatamente, para além de qualquer dúvida razoável (racional).

Considerando os impactos das decisões proferidas, respectivamente, por um juiz criminal e outro que atue na área cível, não é descabido supor que, como regra, o peso de decidir seja mais intensamente sentido pelo primeiro. Mas a dúvida deveria afligir mais o segundo. Simples: em um sistema processual penal consentâneo com a Constituição, *a dúvida é uma resposta*. O juiz criminal está completamente a salvo das atribulações do *non liquet*. O juiz cível, ao chegar à dúvida, tem ainda que decidir. O juiz criminal, não. Se ao final do processo deparar-se com a dúvida, não terá que decidir. Só haverá uma única solução cabível: a que favoreça o acusado.

---

consistentes com tais padrões. Essas regras são direitos historicamente consolidados do nosso sistema, desenvolvidos para salvaguardar os homens das condenações duvidosas e injustas, com consequente perdimento da vida, da liberdade e da propriedade" (Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/358/case.html]. Acesso em: 11.07.2017).

48. "Prova além da dúvida razoável é a prova que o deixa firmemente convencido acerca da culpa do acusado. Há poucas coisas nesse mundo que sabemos com a absoluta certeza, e em casos criminais a lei não exige que a prova supere todas as dúvidas possíveis. Se, baseado em sua consideração sobre as evidências, você estiver firmemente convencido de que o acusado é culpado pelo crime que lhe é imputado, você deve considerá-lo culpado. Se, de outro lado, você pensa que há uma real possibilidade de que ele não seja culpado, você deve lhe dar o benefício da dúvida e considerá-lo inocente" (Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/511/1/case.pdf]. Acesso em: 11.07.2017).

Isso é parte do nosso sistema processual penal. É um princípio moral não escrito, mas profundamente arraigado e amplamente compartilhado. Encaixa-se, com perfeição, na ideia de *integridade*, suscitada por Ronald Dworkin. Assim, decidir com base na dúvida razoável é dizer o direito, é aplicar a lei, é dar uma resposta judicial considerada correta para aqueles casos em que a prova estabelecida não é robusta o suficiente para embasar a condenação de alguém que, sempre, pode estar sendo alvo de uma injustiça.

3.2. *O* favor rei

Como vimos, sempre há espaço para dúvidas acerca da existência de um fato, da autoria de uma conduta, das suas consequências e das circunstâncias em que foi praticada. Mas há um outro tipo de dúvida a se considerar. Não mais sobre os fatos, mas sobre o Direito – sobre quais seriam as normas jurídicas a serem aplicadas a determinado caso concreto. O primeiro dos questionamentos, aliás, seria exatamente sobre se realmente há uma resposta que se possa considerar correta para cada caso, diante da reconhecida inexistência de verdades e valores absolutos. Enfrentamos essa questão anteriormente (itens 2.2 e 2.3). Aqui, então, apenas nos ateremos ao papel da dúvida nos casos em que se identifiquem como aplicáveis duas ou mais normas ao caso concreto.

Em razão do princípio da legalidade penal (mais especificamente, em sua vertente *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, também denominada de "taxatividade penal"), trabalhamos, na seara criminal, com *tipicidade estrita*. Significa que a lei deve prever (e de modo claro) em abstrato, modelos de comportamentos que, se praticados em concreto, suscitarão a incidência da sanção penal prevista. Trata-se de uma relação de identidade, e não de mera proximidade ou semelhança, restando definitivamente vedada a hipótese de aplicação por analogia *in malam partem*.

Parece, então, que se for levada a sério a obrigação de observância da adequação típica estrita, não haverá espaço para dúvidas quanto à aplicação da lei penal. Ou o comportamento está especificamente descrito em uma norma penal incriminadora, e é típico, ou não conta com previsão expressa, e é atípico. É evidente que essa suposição, por mais que traduza uma expectativa de aplicação ideal da lei penal, não consegue oferecer a pretendida segurança, na medida em que *tanto o comportamento, praticado em concreto, quanto os elementos inscritos no tipo penal, previstos em abstrato, estarão irremediavelmente sujeitos à interpretação*. Algum espaço para dissidências é inevitável e o nível de precisão da tipificação pode, pelo menos, reduzir as margens de discutibilidade consideradas aceitáveis pela maioria.

Doutrina e jurisprudência reconhecem a possibilidade de que exista um conflito entre as normas penais, suscitando eventual possibilidade de igual aplicação de duas ou mais regras ao mesmo caso. Esse conflito, no entanto, é denominado "aparente" porque o próprio sistema expõe princípios que devem ser usados para dirimi-lo. Referimo-nos à especialidade, à subsidiariedade, à consunção e à alternatividade.[49]

Nas hipóteses em que o conflito de normas pode ser solucionado por algum dos quatro princípios mencionados, estaremos a falar, em regra, de uma resposta correta. O que impede a certeza absoluta, destarte, é a incapacidade do ser humano de alcançar a verdade plena sobre o fato a ser apurado, de um lado, e a porosidade e o dinamismo da linguagem por meio da qual são construídos os tipos penais. Mas essa certeza absoluta não é e não pode ser a pretensão última do processo penal. A resposta correta, então, será aquela que mais habilmente conseguir fundamentar-se nas regras e nos princípios de Direito Penal e Direito Processual Penal.

Mas pode ser que, a despeito dos muitos princípios pensados com o específico propósito de impedir o conflito de normas penais, essa sobreposição aconteça. É essa a hipótese que aqui nos interessa, pois é sobre ela que incidirá o *favor rei*.

Melhor, nesse caso, trabalhar diretamente com exemplos.

O artigo 225 do Código Penal estabelece, em seu *caput*, que "Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação." Logo em seguida, em seu parágrafo único, estatui que "Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável". Ora, o Capítulo II, referido pelo *caput*, é, exatamente, aquele que versa sobre todos os crimes sexuais cometidos contra pessoas vulneráveis. Então, na cabeça do artigo, o "Capítulo II" (crimes cometidos contra vulneráveis) é processado por ação pública condicionada. E, no parágrafo único do mesmo dispositivo, os "crimes cometidos contra

49. Em uma explicação bem econômica, compatível com a oportunidade, a especialidade determina a prevalência das normas específicas sobre as genéricas; a subsidiariedade estabelece que determinados tipos penais que componham outros tipos mais graves ou mais complexos, ou que sejam etapas necessárias para a realização de outros crimes de gravidade superior, serão por eles absorvidos; a consunção determina a absorção do crime-meio pelo crime-fim, quando aquele é um caminho natura para a prática deste; e alternatividade estipula a regra interpretativa segundo a qual crimes de ação múltipla (que possuem vários verbos nucleares) se configuram a partir da realização de qualquer dos núcleos, e continuam a caracterizar crime único mesmo que sejam praticados vários deles em um mesmo contexto.

vulneráveis" (leia-se: do Capítulo II) são alvo de ação penal pública incondicionada. Pela lógica do *favor rei*, deveria prevalecer a regra da ação condicionada, muito mais benéfica para o acusado e identicamente aplicável à hipótese. Não é, no entanto, o posicionamento majoritário da doutrina, tampouco da jurisprudência.

Outro exemplo: a Lei 11.343/06, que instituiu a nova política criminal de combate às drogas, trouxe, simultaneamente, um aumento de pena para o crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*), mas uma causa de diminuição de pena para os casos de "pequenos traficantes" (§ 4º). A pena, segundo a Lei anterior (6.368/76), era de 3 a 15 anos de reclusão, e foi elevada para 5 a 15 anos. Em compensação, para os traficantes primários e que não estejam ligados a organizações criminosas, a pena pode ser diminuída de 1/3 a 2/3. Compete ao julgador, em tais situações, fazer integralmente a dosimetria da pena para fazer incidir sobre o acusado a pena que se apresente menos intensa, entre as duas hipóteses. Também não é a prática.

Como visto, também nesses casos há uma resposta correta. A solução, definitivamente, não está à mercê da discricionariedade, nem sujeita ao arbítrio do julgador. A sentença não pode ser um mero ato de vontade seu. Há uma resposta que se impõe, e que deve ser tida como a correta. É a que decorre do princípio do *favor rei*. Na dúvida entre a aplicabilidade de duas ou mais normas penais, deve o julgador optar pela mais benéfica para o acusado. Isso, assim como julgar com base no *in dubio pro reo*, é dizer o direito. É aplicar a lei. É dar uma resposta correta em um processo penal.

Considerações finais

1. A "discricionariedade" não constitui fundamento válido para as decisões judiciais. Ela parte da premissa de que o julgador pode decidir com uma certa liberdade de escolha que torna imprevisível a aplicação do Direito. A decisão não pode se apresentar como um "ato de vontade". Uma condenação sem fundamentação racional – uma justificação argumentativa que explique o porquê de sua existência – significa a submissão do réu não às leis democraticamente estabelecidas, de cuja criação ele teoricamente "participou", direta ou indiretamente, mas à pura vontade do julgador. Fundamentar é exatamente demonstrar que a solução oferecida a um determinado caso se dá como resultado da "correta" (argumentativamente sustentável) aplicação de uma lei, e não do uso arbitrário e megalomaníaco de um poder que é artificial e circunstancial – o poder de julgar. Pensar que a legitimidade da intervenção estatal constritora da liberdade venha do cargo, ou da toga, implica considerar o homem como objeto posto

à disposição do Estado e de seus representantes. Isso – essa *coisificação* – viola a dignidade da pessoa humana.

2. Vagueza, lacunosidade, tautologia, impressão pessoal e mera opinião, tão presentes em decisões judiciais, representam formas de menoscabo da inteligência e da expectativa de liberdade que habita todo ser humano. Se, em certa medida, pode-se sempre esperar algum nível de instabilidade na linguagem, pela porosidade das palavras e pelo dinamismo do plano pragmático (dos contextos e das relações intersubjetivas), é somente a partir de uma decisão judicial que se apoie em argumentação coerente e solidamente embasada em elementos de prova constantes nos autos que se podem reduzir as inseguranças a níveis toleráveis pelos seres humanos.

3. É plausível supor a existência de "uma resposta correta" para cada processo criminal, desde que partamos de conceitos retóricos de "verdade", "certeza" e "correção". A verdade, a certeza e a correção, no campo da Gnoseologia ou da Ética, não nos podem remeter a características ontológicas ou dados essenciais, de um lado, nem a valores absolutos e imutáveis, de outro. Nem mesmo se fizermos uso fiel dos mais avançados métodos e técnicas, pois, como aponta Salah Khaled Jr.[50], "a fé exagerada na capacidade do método para dar conta da complexidade do real é um indicativo do paradigma da modernidade, cuja ingenuidade epistemológica e ontológica foi extensamente discutida e denunciada". Lembrando Gadamer, assevera: "a verdade zomba do homem metódico". Assim, verdades e conceitos não são frutos de um processo de observação/identificação e descrição, mas de uma ação *construtiva*. Correspondem, assim, a "relatos vencedores" (Adeodato) ou versões predominantemente aceitas da realidade e do que são o bem e o mal, o justo e o injusto. Essa resposta correta, então, não possui conteúdo predefinido, e nem pressupõe a invariável chegada a determinados resultados. Sua "correção" se apoia no *procedimento*, isto é, na observância dos critérios e parâmetros normativamente impostos ao julgador: a) produção de provas; b) manuseio de regras e princípios; c) fundamentação, calcada em argumentação coerente sobre os elementos de prova extraídos dos autos e sobre os caminhos interpretativos que conduziram à aplicação daquelas regras e princípios ao caso concreto.

4. A noção de "Direito como integridade", tal qual proposta por Ronald Dworkin, refuta a existência de lacunas no ordenamento jurídico e, portanto, impede que o julgador se valha da discricionariedade para decidir. Nos casos em que

50. KHALED JUNIOR, Salah. H. *A busca da verdade no processo penal:* para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 306.

falte uma regra expressa, ou em que ela se apresente contrária aos pressupostos morais da igualdade e da justiça, vigas centrais da ordem democrática, o julgador deve se valer dos *princípios*. Como eles integram o instrumental jurídico que é fornecido pelo próprio sistema, nenhuma decisão é dada fora do Direito, isto é, com apoio em um ato de vontade.

5. A pressuposição da existência de uma "resposta correta" parece ser incompatível com a admissão da possibilidade de se chegar ao fim de um processo com uma *dúvida*, seja ela quanto ao fato ou quanto às normas jurídicas a serem aplicadas. Mas no caso do processo penal, o reconhecimento da dúvida deve ser considerado como uma resposta, em si, por força dos *princípios* – altamente consolidados – do *in dubio pro reo* e do *favor rei*.

6. A partir das diretrizes dos princípios do *in dubio pro reo* e do *favor rei*, chega-se, mesmo em caso de dúvidas razoáveis, a uma "resposta correta" e a um Direito previsível. A dúvida não abre margem à discricionariedade e não submete o acusado aos arbítrios do julgador, na medida em que, por princípio, pressupõe que se percorra o caminho interpretativo e se apliquem as normas jurídicas que conduzam à adoção da solução mais benéfica para o caso, seja ela a absolvição ou somente a imposição da pena mais branda cabível.

Referências

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito*: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2013.

ADEODATO, João Maurício. *Retórica jurídica, filosofia do direito e ciência não-ontológica*. Disponível em: [www.ibet.com.br/retorica-juridica-filosofia-do-direito-e-ciencia-nao-ontologica-por-joao-mauricio-adeodato/]. Acesso em: 11.07.2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

AZEVEDO, Silvagner de Andrade; COURA, Alexandre de Castro. Indeterminação do direito e discricionariedade judicial: pensando a crise do positivismo a partir de Kelsen, Hart e Dworkin. In: COURA, Alexandre de Castro (Orgs.); BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (Org.). *Direito, política e constituição:* reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Curitiba: CRV, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. 1.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais:* o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. ampl., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal:* entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: RT, 2009.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra D. F. Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004. v. 1.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo penal aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CHUERI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade:* Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 4. ed. Madrid: Ed. Trotta, 2000.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KHALED JUNIOR, Salah. H. *A busca da verdade no processo penal:* para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

LAGES, Cíntia Garabini. A proposta de Ronald Dworkin em o império do direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito;* Belo Horizonte, v. 4, n. 7 e 8, 1º e 2º sem. 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina et al. (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV: direitos fundamentais.

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

NASSIF, Aramis. *Sentença penal*: o desvendar de Themis. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich. *Vontade de potência*. Trad. Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2011.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. A dignidade da pessoa humana e o mínimo essencial. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 252, set.-dez. 2009.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo legal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A busca da verdade no processo (ou o "ouro de tolo"), de Erik Navarro Wolkart – *RePro* 222/315-323 (DTR\2013\7223);
- Da atuação dos juízes penais, de ambas as instâncias, na pesquisa da verdade real, de José Luiz Vicente De Azevedo Franceschini – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 2/847-866 (DTR\2012\450188); e
- Subjetividade e processo penal: assumindo a complexidade ínsita à decisão, de Thiago Alessandro Fattori – *RBCCrim* 103/191-244 (DTR\2013\7214).

"Processo penal do inimigo": elementos para a compreensão de sua estrutura e metodologia

"The enemy criminal procedure": considerations on its structure and methodology

Stephan Doering Darcie

Doutorando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo – USP (desde 2017). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (2012). Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Prática Penal da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Coordenador da Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal da UNISINOS. Advogado.
stephan@ddac.com.br

Recebido em: 09.02.2018
Aprovado em: 25.04.2018
Última versão do(a) autor(a): 24.05.2018

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente trabalho analisa a dimensão processual do Direito Penal do Inimigo, aqui denominado de Processo Penal do Inimigo, tendo por base não as suas manifestações pontuais, mas sim a finalidade e método que lhe distinguem do chamado Direito Penal do Cidadão. Demonstra-se que o Processo Penal do Inimigo opera segundo dois modelos: i) reconstruindo fatos de Direito Penal do Inimigo, diversos dos fatos tradicionalmente objeto do Direito Penal (*processo penal retrospectivo*); ii) apurando fatos ainda não descobertos (*processo penal prospectivo em sentido fraco*) ou sequer ocorridos (*processo penal prospectivo em sentido forte*). Em todos os casos, há supressão de garantias que não se justificam diante de alguma particularidade do fato apurado no processo, mas sim em razão de uma qualidade do autor, voltando-se o processo para a neutralização do risco por ele representado. Tal método – supressão de garantias

Abstract: This paper analyzes the procedural dimension of the Enemy Criminal Law, here referred the Enemy Criminal Procedure, based not on its specific manifestations but rather on the purpose and method that distinguish it from the Citizen Criminal Procedure. It is here demonstrated that the Enemy Criminal Procedure operates according to two models: i) reconstructing facts of Enemy Criminal Law, different from those of Criminal Law (*retrospective criminal procedure*); ii) investigating facts not yet discovered (*prospective criminal procedure in a weak sense*) or even occurred (*prospective criminal procedure in a strong sense*). In either case, there are suppressions of guarantees that are not justified by some particularity of the fact investigated in the process, but rather by reason of a quality of the author, this way turning the process itself to the neutralization of the risk represented by him. Such a method – suppression of procedural

processuais com o escopo de neutralização de riscos – possui um grave problema: precisa pressupor aquilo que teria de demonstrar, a saber, a condição de inimigo do processado. Ao operar dessa maneira, viola o princípio da presunção de inocência, afigurando-se como um modelo inconstitucional.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo – Processo Penal do Inimigo – Processo penal do cidadão – Processo penal prospectivo – Processo penal retrospectivo.

guarantees in order to neutralize risks – has a serious problem: it presupposes what it would have to demonstrate, namely the enemy's status of the defendant. By operating in this manner, it violates the principle of presumption of innocence, appearing as an unconstitutional model of criminal procedure.

Keywords: Enemy criminal law – Enemy criminal procedure – Citizen criminal procedure – Prospective criminal procedure – Retrospective criminal procedure.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito Penal do Inimigo. 2.1. Pressupostos teóricos. 2.2. O caráter preventivo do Direito Penal do Inimigo. 2.3. Características. 3. Processo Penal do Inimigo: aspectos estruturais. 3.1. Noções gerais. 3.2. Esboço teórico acerca do fundamento e da função do processo penal. 3.3. Tentativa de definição do Processo Penal do Inimigo: dois modelos possíveis. a) Modelo 1: Processo Penal retrospectivo. b) Modelo 2: Processo Penal prospectivo. c) Conclusão parcial. 4. Uma ulterior delimitação: de que falamos quando falamos em Processo Penal do Inimigo?. 4.1. Processo Penal do Inimigo e escolhas procedimentais. 4.2. Processo penal do inimigo e perversões cotidianas. 5. Podem coexistir um Processo Penal do Inimigo e um Processo Penal do Cidadão?. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Na abertura de uma conferência proferida a pesquisadores em sua temporada como visitante na Universidade de Harvard, em 1959, Hart afirmara que, acerca do tema da discricionariedade judicial, uma das principais dificuldades então existentes talvez fosse precisamente determinar quais as perguntas que se buscava responder. E manifestara a crença de que a simples enunciação, com clareza, dessas perguntas, talvez pudesse tornar as respostas mais claras e menos evasivas[1].

De forma similar, o estudo da temática do Direito Penal Inimigo demonstra que muitas das controvérsias suscitadas por essa teoria decorrem da ausência de clareza quanto às perguntas que os autores que dela se ocupam intencionam responder, assim como quanto às premissas teóricas e conceituais das quais partem. Poucos temas no Direito Penal têm gerado tantos e tão acalorados debates. Mas é possível perceber que, não raro, os discursos tanto de defensores quanto de opositores de Jakobs situam-se em planos distintos de análise. Jakobs pode ser criticado ou defendido i) pela *descrição* correta ou incorreta que fez da realidade

1. HART, Herbert L. A. Discretion. *Harvard Law Review*, v. 127, n. 2, dec. 2013. p. 652.

jurídico-penal; ii) por sua *atitude*, resignada ou irresignada, perante a realidade descrita. E obviamente que a análise da segunda questão pressupõe algum consenso quanto à primeira[2].

Assim vistas as coisas, fica mais claro perceber o quão inadequado é criticar um autor que enaltece Jakobs pela correta descrição que fez da realidade jurídico-penal através de argumentos como o da "*inadmissibilidade de se tratar alguém como não pessoa*". Da mesma maneira que não se pode divergir ou mesmo concordar com a *posição* de alguém acerca do valor de um determinado objeto sem que se estabeleça previamente um acordo acerca do objeto submetido à crítica. Em outras palavras, sendo-nos permitida a metáfora, duas pessoas não falam a mesma coisa quando enaltecem frutas, sendo que uma delas, ao fazê-lo, refere-se a *laranjas*, enquanto a outra se refere a *maçãs*.

Isso reforça nossa crença de que a melhor maneira de abordar o tema em questão é enunciar, com toda a clareza possível, quais as perguntas que estamos tentando responder através das nossas considerações. Ao fazê-lo, por certo as respostas ganham em clareza e inteligibilidade, e a discussão resulta mais fértil.

O presente trabalho busca responder a uma grande questão: *é possível a coexistência entre o chamado Processo Penal do Inimigo e o Processo Penal do Cidadão?* Para que essa questão seja respondida, outras tantas precisam ser enfrentadas com precedência. São elas: (i) o que é o Processo Penal do Inimigo? (ii) como o Processo Penal do Inimigo se distingue do Processo Penal do Cidadão em uma perspectiva estrutural e metodológica? (iii) que elemento ou característica permite qualificar uma determinada disposição como pertencente ao Processo Penal do Inimigo? (iv) é legítimo o chamado Processo Penal do Inimigo?

De um modo geral, os autores que se ocupam da temática do Direito Penal do Inimigo possuem como preocupação central a sua legitimidade ou validade material – que parece abranger, como que por extensão, o Processo Penal do Inimigo. Mas muito pouco se escreve especificamente sobre o Processo Penal do Inimigo, que, no mais das vezes, é tratado de maneira acessória ou lateral, como

2. De forma similar, ver os planos de análise apresentados por Greco, denominados "conceito descritivo", "crítico-denunciador" e "legitimador-afirmativo" (GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 56, set.-out. 2005. p. 92 e ss.). Também atentando para essa distinção, Ferrajoli faz referência a um significado "empírico-descritivo", consistente em um tipo de perversão prática do direito penal, e a outro "normativo", de caráter teórico, segundo o qual o Direito Penal do Inimigo se ofereceria como um "novo paradigma" ou "novo modelo" (FERRAJOLI, Luigi. Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale. *Questione Giustizia*, fasc. 4, 2006. p. 88).

sendo apenas um adendo do Direito Penal do Inimigo[3]. Daí que o Processo Penal do Inimigo acabe por ser definido a partir de manifestações pontuais, sem qualquer pretensão de se estabelecer, entre elas, algum tipo de vinculação lógica ou de intencionalidade.

Essa carência de abordagens científicas preocupadas com o Processo Penal do Inimigo possui consequências perversas. Acabam por ser inseridas em seus domínios as mais diversas manifestações, algumas das quais se afiguram tão presentes e arraigadas em nosso sistema processual que passa a ser difícil, a partir do momento em que as aceitamos, negar a possibilidade de existência de um Processo Penal do Inimigo entre nós. O problema é que, a partir do momento em que o admitimos, pouco ou nada resta para indagações acerca da legitimidade dos institutos processuais penais.

Daí o escopo do presente texto: *determinar, a partir de uma análise estrutural e metodológica do Processo Penal do Inimigo, a possibilidade de sua coexistência com o Processo Penal do Cidadão.*

Para esse desiderato, apresentaremos, inicialmente, as linhas gerais do pensamento de Jakobs, tratando de abordar os seus pressupostos teóricos, o seu conceito de *inimigo* e as características do fenômeno por ele denominado Direito Penal do Inimigo. Em um segundo momento, apresentaremos uma proposta de sistematização do Processo Penal do Inimigo a partir de dois modelos de atuação – um *retrospectivo* e outro *prospectivo*. Em um terceiro momento, buscaremos delimitar o fenômeno denominado Processo Penal do Inimigo, filtrando-o através de distinções para com determinadas manifestações a ele comumente associadas. Finalmente, buscaremos dar resposta à questão acerca da possível coexistência do Processo Penal do Inimigo com o Processo Penal do Cidadão. O trabalho finda com uma breve conclusão.

2. Direito Penal do Inimigo

2.1. Pressupostos teóricos

A própria interpretação da atitude de Jakobs, em relação ao fenômeno por ele denominado Direito Penal do Inimigo, não escapou à polêmica que sua teoria

3. Veja-se que o próprio Jakobs não dedicou muita atenção ao fenômeno processual penal para além do que ele próprio chamou de "esboço em relação ao Direito Processual Penal". Nesse sentido JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 43 e ss. Para uma análise do fenômeno do processo penal do inimigo, ver, entre nós, MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 14, n. 59, p. 223-259, mar.-abr. 2006.

veio a suscitar. Parece-nos correto dizer que, em linhas gerais, o autor apresenta, ao longo dos anos, ao menos duas[4] atitudes essencialmente distintas em relação à realidade por ele descrita: de uma preocupação inicialmente *descritiva* e quem sabe até crítica, passa a uma preocupação justificadora ou *prescritiva*[5].

Com efeito, Jakobs apresenta seu pensamento em 1985, em escrito intitulado *Criminalização no estado prévio à lesão de um bem jurídico*[6]. Nesse escrito, ele imputa ao princípio da proteção de bens jurídicos uma das principais responsabilidades por ocasionar o fenômeno da antecipação da tutela penal para estágios prévios à afetação do bem. Afirma que esse princípio autoriza concluir pela "legitimação de tudo aquilo que possa ser posto em uma relação positiva com o conceito de bem jurídico"[7], e que "tomar como exclusivo ponto de partida o bem jurídico conduz sem dúvida ao desbordamento, porque com isso cai por completo fora da perspectiva a esfera jurídica do *autor*", que passa a vir definido somente "pelo fato de que pode constituir um perigo para o bem jurídico", com o

4. Para uma minuciosa análise da cronologia dos escritos de Jakobs, remetemos o leitor a POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2. p. 591 e ss. O autor, na parte inicial do texto, analisa o pensamento jakobsiano em três fases: a primeira corresponde ao escrito de 1985, acerca da criminalização de comportamentos em estágio prévio à lesão ao bem jurídico; a segunda, por ele denominada de "desenvolvimentos posteriores dos anos 90 e seguintes", composta por escritos isolados e conferências proferidas por Jakobs entre 1997 e 2003; e a terceira, denominada de "aportes monográficos sobre o Direito penal do inimigo", a partir do ano de 2003. Para fins do presente texto, confrontaremos o pensamento de Jakobs, tal como apresentado em seu primeiro texto, com aquele apresentado a partir de 2003, em textos como JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 19-56; JAKOBS, Günther. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2. p. 93-116; JAKOBS, Günther. ¿Terroristas como personas en Derecho?. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2. p. 79-92.
5. Também utilizando os termos *descrição* e *prescrição* (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Normatividad del ciudadano *versus* facticidad del enemigo: crítica al fundamento científico del Derecho Penal del Enemigo. *Revista de Estudos Criminais*, n. 24, jan.-mar. 2007. p. 34 e ss).
6. JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. *Estudios de Derecho Penal*. UAM Ediciones. Madrid: Civitas, 1997. p. 293-324.
7. JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. *Estudios de Derecho Penal*. UAM Ediciones. Madrid: Civitas, 1997. p. 295.

acréscimo de que "cabe antecipar, potencialmente sem limite algum, o começo de tal perigo"[8]. A partir dessa lógica, segundo o autor, esvanecem-se os limites da intervenção penal, uma vez que o sujeito deixa de possuir um âmbito de esfera privada a que o Estado tenha necessariamente de respeitar, sendo considerado somente "fonte de perigo ou, em outras palavras, inimigo do bem jurídico"[9].

Jakobs cita, ainda, uma série de normas incriminadoras vigentes no direito alemão que se situam fora do marco denominado de Direito Penal do Cidadão, integrando, portanto, o chamado Direito Penal do Inimigo. Trata-se, entre outros, dos crimes de associação criminal ou terrorista, delitos de falsidade documental e a falsificação de moeda, nas modalidades de fabricação e obtenção de documentos falsos, considerados pelo autor, em um sentido material, como atos preparatórios[10].

Para Jakobs, em síntese, o Direito Penal pode ver no indivíduo um cidadão, hipótese em que, diante da esfera privada de liberdade de que dispõe, somente poderá intervir nos casos de uma perturbação exterior; ou pode ver no indivíduo um inimigo, alguém que não possui esfera privada de liberdade, e que é percebido como simples fonte de perigo, podendo ser responsabilizado por seus pensamentos[11].

Nesse primeiro momento do pensamento jakobsiano é possível identificar uma atitude crítica do autor em relação às manifestações desse modelo vigentes no direito alemão. E isso porque, para além de cunhar o conceito de Direito Penal do Inimigo, o autor destaca que tal modelo "somente pode se legitimar como um Direito Penal de emergência, que vigora excepcionalmente"[12]. Já aqui o autor enfatiza a necessidade de os preceitos penais que o integram serem separados do Direito Penal do Cidadão "de modo tão claro que não exista perigo algum de que possam se infiltrar por meio de uma interpretação sistemática ou por analogia de qualquer outra forma"[13].

---

8. JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. *Estudios de Derecho Penal*. UAM Ediciones. Madrid: Civitas, 1997. p. 295.
9. JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. *Estudios de Derecho Penal*. UAM Ediciones. Madrid: Civitas, 1997. p. 295.
10. JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. *Estudios de Derecho Penal*. UAM Ediciones. Madrid: Civitas, 1997. p. 298.
11. Trata-se de síntese levada a efeito por GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 56, set.-out. 2005. p. 82.
12. JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. *Estudios de Derecho Penal*. UAM Ediciones. Madrid: Civitas, 1997. p. 322.
13. JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. *Estudios de Derecho Penal*. UAM Ediciones. Madrid: Civitas, 1997. p. 323.

A mesma atitude crítica definitivamente já não se encontra nos escritos posteriores de Jakobs. Especialmente a partir de 2003, o autor nitidamente acresce à *descrição* do fenômeno uma tentativa de *justificá-lo* e de *legitimá-lo*[14] a partir de diversas ordens de argumentos.

O Direito, para Jakobs, não pode ser um sistema puramente normativo, que leve "uma vida própria na qual a única coisa que interessa é se as normas jurídicas e suas concreções foram inferidas de modo formalmente correto"[15]. Pouco importa ao proprietário de um valioso *notebook* que o Direito proteja a sua propriedade, estabelecendo que ela *não deve* ser furtada ou roubada; ele ainda assim evitará caminhar à noite em uma região de grande incidência de assaltos. O exemplo se presta a ilustrar algo que, para Jakobs, é fundamental: um ordenamento jurídico evoluído deve ser capaz de garantir às pessoas "não somente um Direito nu, mas também o uso do Direito"[16].

Isso vale tanto para o que podemos denominar de *pessoa-vítima*, quanto para a *pessoa-autora*. Essa, apesar de poder orientar-se de acordo com uma norma apenas com base em sua correção, poderá também não respeitar uma norma que, apesar de correta, não esteja estabelecida na realidade social. Daí a necessidade

14. Reconhece-se, no entanto, que há certa polêmica em relação a isso. O próprio Jakobs não o admite. Refere não ser seu propósito "converter alguém artificialmente em inimigo, mas apenas *descrever* a quem o sistema jurídico trata como inimigo, e prognosticar a quem atribuirá, no futuro, esse papel" (JAKOBS, Günther. ¿Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2. p. 95). Apesar dessa consideração, não nos parece que sua pretensão se limite a uma simples descrição quando o próprio autor enfatiza a importância de se atribuir cidadania ao Direito Penal do Inimigo com o intuito de mitigar os riscos de contaminação do Direito Penal do Cidadão. Mais do que isso, quando o próprio autor busca, na filosofia política – especialmente de Hobbes e Kant –, elementos para justificar o tratamento de determinados indivíduos como não pessoas. Concordando que os escritos de Jakobs a partir do ano 2000 possuem certa dose de preocupação legitimadora, ver GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Normatividad del ciudadano *versus* facticidad del enemigo: crítica al fundamento científico del Derecho Penal del Enemigo. *Revista de Estudos Criminais*, n. 24, jan.-mar. 2007. p. 36 e ss.

15. JAKOBS, Günther. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2. p. 98.

16. JAKOBS, Günther. ¿Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2. p. 98.

de a violação da norma receber a resposta sancionatória, de maneira a proporcionar a ela a necessária força de orientação ou "cimentação cognitiva"[17]. Nessa lógica, a imposição da pena – manutenção contrafática da norma – se presta a demonstrar precisamente a realidade de uma norma faticamente violada – i.e., não é a sua simples violação que a torna irreal[18].

No entanto, defende Jakobs que a manutenção contrafática da norma não pode ser infinita, uma vez que isso acabaria por equivaler ao retorno ao puro normativismo, por ele rechaçado. O Estado deve buscar a vigência real do ordenamento, de modo que se a norma é violada, deve haver punição; se a punição não tem lugar, deve ser punido o funcionário incompetente da administração da justiça; e se nada disso ocorrer, a vigência da norma se vê comprometida tanto na perspectiva do autor quanto da vítima, o que esvazia por completo o seu papel na sociedade[19].

Paralelamente, Jakobs parte da premissa de que Direito é o "vínculo entre pessoas que são, por sua vez, titulares de direitos e deveres, enquanto que a relação com um inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação"[20]. Diferentemente de autores como Rousseau e Fichte, para os quais todo o delinquente seria considerado por si um inimigo – na medida em que a quebra do contrato decorrente da prática do delito implicaria, por parte do indivíduo, a não participação nos benefícios desse, isto é, não mais lhe caberia a qualidade de cidadão[21] –, para Jakobs também o criminoso deve ser mantido dentro do ordenamento jurídico

17. Termo utilizado por JAKOBS, Günther. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2. p. 99.
18. Nesse sentido, JAKOBS, Günther. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2. p. 100.
19. Nesse sentido, JAKOBS, Günther. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2. p. 101.
20. JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 25-26.
21. JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 26-27.

por uma dupla razão: em primeiro lugar, porque "possui direito de tornar a encontrar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu *status* de pessoa"; em segundo lugar, porque "tem o dever de promover a reparação, e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade"[22].

Influenciado pela obra de autores como Hobbes e Kant, Jakobs não despersonaliza o delinquente normal, mas apenas o delinquente que se desvia do ordenamento por princípio[23]. Para o autor, "a vigorosa sentença segundo a qual ao menos hoje todos devem ser tratados como pessoas em Direito [...] necessita de um acréscimo: sempre que aqueles 'todos' cumpram com seus deveres, ou, no caso contrário, sempre que se os tenha controlados, é dizer, que não possam resultar perigosos"[24]. Ou ainda: "todo aquele que prometa, de modo mais ou menos confiável, fidelidade ao ordenamento jurídico, tem direito a ser tratado como pessoa em Direito"[25]. Não sendo o caso, se tais indivíduos causam estragos, "devem ser combatidos", e se existe a possibilidade de que o façam, "devem ser tomadas medidas preventivas"[26].

Jakobs, portanto, admite que determinados indivíduos sejam tratados como não pessoas, na medida em que apresentam uma espécie de aversão, de princípio, ao ordenamento jurídico. Em relação a esses indivíduos, a intervenção penal terá uma finalidade marcadamente preventiva. Esse caráter preventivo é precisamente o que o distinguirá, de forma substancial, do chamado Direito Penal do Cidadão. A essa questão dedicaremos as próximas linhas.

---

22. JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 28.
23. JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 32.
24. JAKOBS, Günther. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2. p. 96.
25. JAKOBS, Günther. ¿Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2. p. 106.
26. JAKOBS, Günther. ¿Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2. p. 96.

2.2. O caráter preventivo do Direito Penal do Inimigo

O Direito Penal lida, portanto, com dois tipos de delinquentes: os indivíduos denominados *pessoas*, destinatários de todas as garantias asseguradas à pessoa humana; e os indivíduos denominados *inimigos*, que não se beneficiam das prerrogativas inerentes ao conceito de pessoa, e que apenas podem ser alvo de coação pelo Direito. O que determinaria a classificação de alguém como *pessoa* ou como *inimigo*, ao menos conceitualmente, seria precisamente a atitude de princípio desse indivíduo perante o ordenamento jurídico: enquanto o cidadão o aceita, o inimigo o rejeita.

Assim, enquanto no Direito Penal do Cidadão a finalidade da pena – que recai sobre a pessoa – é a estabilização contrafática das expectativas comunitárias na validade da norma violada, no Direito Penal do Inimigo a finalidade da pena – que já não recai sobre a pessoa, mas sobre o inimigo – é a simples eliminação de perigos[27]. Dito de outra forma, enquanto a pena, no Direito Penal do Cidadão, possui uma função preponderantemente *comunicativa* ou *simbólica* e caráter *retrospectivo*, no Direito Penal do Inimigo a pena possui uma função meramente *coativa* ou *assecuratória* e caráter *prospectivo*, dirigindo-se à evitação de riscos futuros[28]. Nas palavras de Zaffaroni, o Direito Penal, nesse caso, operaria como "puro impedimento físico"[29].

Nisso se surpreende uma importante distinção ao nível do próprio método do Direito Penal: *de um Direito Penal responsivo ou reativo, passamos a falar de um Direito Penal eminentemente preventivo*. A intervenção penal passa a se justificar não em razão de fatos desvaliosos pretéritos, mas sim em razão de fatos desvaliosos futuros, ou de possíveis fatos desvaliosos, cabendo ao Direito Penal o papel de evitá-los.

Para esse desiderato, o Direito Penal (do Inimigo) passa a operar sem respeitar princípios tradicionais, tais como o princípio da ofensividade e da culpabilidade[30].

---

27. Conferir, nesse sentido, JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 33.

28. POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2. p. 602-603.

29. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 156.

30. Exemplo de uma flexibilização do princípio da ação, para Jakobs, é a distinção de

Tem lugar, aqui, o fenômeno da antecipação da tutela penal a estágios prévios de afetação do bem jurídico. E aqui, precisamente, encontram espaço as críticas que aproximam a construção de Jakobs à ideia de um Direito Penal do autor, uma vez que esse modelo se notabiliza por uma intervenção que tem por objeto não o fato delitivo em si, mas já a mera inclinação, tendência ao delito ou periculosidade criminal de determinados agentes[31].

2.3. Características

Como consequência de uma distinção que se deixa surpreender já no próprio plano teleológico, o Direito Penal do Inimigo, segundo o comum dos autores[32], apresentará quatro características fundamentais: i) antecipação da tutela penal para estágios prévios à afetação do bem jurídico; ii) ausência de diminuição da pena proporcional a essa antecipação; iii) alteração de uma legislação penal de

---

tratamento dispensada, por um lado, ao homicida, que só começa a ser punido quando se dispõe imediatamente a realizar o tipo, e, por outro, ao chefe de uma associação terrorista, que já é punido a partir do momento em que a funda (JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 43).

31. Ver, nesse sentido, por todos, MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el derecho penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2. p. 345 e ss.

32. É comum encontrar autores que, ao analisar a obra de Jakobs, façam referência a *três*, e não quatro características. Nesse sentido, POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2. p. 600-601; CANCIO MELIÁ, Manuel. De novo: "direito penal" do inimigo? In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo:* noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 90. Tais autores, em regra, ou deixam de fora a terceira característica por nós apontada, de valor mais retórico, que se prende com as legislações "de combate", ou deixam de fora a quarta característica, relacionada à dimensão processual do fenômeno. Fazendo referência a essas quatro características, YACOBUCCI, Guillhermo J. Política criminal y delincuencia organizada. In: YACOBUCCI, Guillhermo J. (Org.). *El crimen organizado*: desafios y perspectivas en el marco de la globalización. Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 68-69; SACK, Fritz. El derecho penal del enemigo, ¿un caminho hacia una política criminal diferente? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Criminología, n. 4. Editorial Ad Hoc: Buenos Aires, 2007. p. 150; COSTA, Nuno Dias. Direito penal do inimigo: inimigo do direito penal? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 18, n. 4, out.-dez. 2008. p. 421-422.

proteção ou de tutela para uma legislação penal de combate; e iv) supressão de garantias processuais.

3. Processo Penal do Inimigo: aspectos estruturais

3.1. Noções gerais

O Processo Penal do Inimigo é a face processual do Direito Penal do Inimigo. Conforme referido anteriormente, uma das características do fenômeno descrito por Jakobs é a supressão de garantias processuais a determinados tipos de autores – inimigos – e em determinados tipos de processo. Essa precisa dimensão do fenômeno é o que podemos denominar de Processo Penal do Inimigo.

Apesar de muitos autores afirmarem ser o processo penal o campo em que o Direito Penal do Inimigo mais se faz sensível[33], há grandes dificuldades definitórias, uma vez que o fenômeno em questão – Processo Penal do Inimigo – não é normalmente objeto de abordagens analíticas que lhe emprestem autonomia como objeto de análise. Os autores normalmente se referem a ele, a exemplo do próprio Jakobs, de forma acessória ou lateral, como sendo apenas um adendo do Direito Penal do Inimigo[34].

33. Nesse sentido, afirma Díez Ripollés que "é, sem dúvida, o âmbito do processo penal aquele em que o direito penal do inimigo concentra seus esforços. E não somente através da preconizada maior facilidade de imposição da prisão preventiva [...], mas também mediante uma panóplia de propostas que desmontam sem contemplações o direito penal garantista: facilitação de controles corporais, de intervenção nas comunicações ou de intromissão em âmbitos privados sem controle judicial ou com controle deficiente, uso generalizado de agentes encobertos, prolongamento dos períodos de incomunicabilidade, restrições do direito de não declarar contra si mesmo, limitações do direito de defesa, reconsideração da invalidade da prova ilicitamente obtida etc." (DÍEZ RIPOLLÉS, Jose Luiz. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-01 (2005). p. 23-24. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf]. Acesso em: 01.11.2017).

34. Entre nós, uma tentativa mais consistente de abordagem sistemática do fenômeno pode ser encontrada em fenômeno do processo penal do inimigo, ver, MALAN, Diogo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 14, n. 59, p. 223-259. mar.-abr. 2006, quando sublinha, em referência a Jakobs, que o processo penal do inimigo transformaria o acusado não em sujeito processual titular de direitos fundamentais, mas antes em "objeto de inúmeros atos de coação física". Ainda assim, segundo vemos, a abordagem do autor não se ocupa tanto da definição do fenômeno quanto das suas manifestações, essas abordadas com maior vagar. Não deixa de ser sintomático, nesse sentido, que o autor se ocupe, em referência à antiga Lei 9.034/95, dos mecanismos por ela concebidos,

A despeito de sobrarem exemplos de manifestações na literatura jurídica, a verdade é que raras vezes identificamos uma tentativa de definição geral do fenômeno. Limitam-se os autores, no mais das vezes, em um esforço de síntese, a destacar a existência de um maior peso ao princípio da efetividade em detrimento dos princípios do Estado de Direito[35]. É que, como já referido, o Processo Penal do Inimigo vem definido a partir de suas manifestações pontuais ou características. Citam-se, de regra, com uma ou outra variação, expedientes processuais como: (i) prisão preventiva fundada na periculosidade do agente; (ii) agente infiltrado; (iii) interceptações telefônicas e violações à intimidade sem controle judicial ou com menos controle judicial; (iv) incomunicabilidade do imputado; (v) admissibilidade de provas ilícitas; (vi) institutos premiais; (vii) restrições ao privilégio contra a autoincriminação; (viii) restrições ao direito de defesa.

Segundo vemos, contudo, definir o Processo Penal do Inimigo a partir de suas manifestações equivale a confundir a doença com seus sintomas. Diga-se de passagem, o próprio Jakobs parece ter compreendido isso quando, valendo-se de um método nitidamente indutivo, acabou por identificar um padrão em determinados dispositivos vigentes no direito penal alemão, uma espécie de eixo central explicativo daquelas disposições, sistematizando-as de maneira a dar corpo à sua teoria.

Daí a pertinência de uma tentativa de definição do fenômeno específico do Processo Penal do Inimigo tendo por base não as suas manifestações pontuais, mas sim a finalidade e a metodologia que lhe distinguem do chamado Direito Penal do Cidadão.

---

de captação ambiental, infiltração, realização de diligências diretamente pelo juiz da causa, proibição de concessão de liberdade provisória, proibição de apelar em liberdade e regime inicial obrigatoriamente fechado, considerados por ele como manifestações do processo penal do inimigo. Ressalta o autor, a esse respeito, que tal legislação, a pretexto de neutralizar determinados riscos relacionados aos indivíduos integrantes de organizações criminosas, "abrandou de forma excessiva ou até mesmo suprimiu pura e simplesmente diversas garantias processuais", diante do que tal diploma deveria ser considerado como "um subsistema do Processo Penal do Inimigo". No entanto, por razões que serão abordadas ao longo do texto, não nos parece correto que a identificação de disposições características do Processo Penal do Inimigo seja associada ao simples abrandamento ou supressão de garantias processuais. Tal constatação pode ser perfeitamente válida para se questionar a legitimidade dos institutos em questão, mas não para enquadrá-las como disposições pertencentes ao Processo Penal do Inimigo, sob pena de incidirmos em um indevido alargamento do conceito.

35. Nesse sentido, ver SACK, Fritz. El derecho penal del enemigo, ¿un caminho hacia una política criminal diferente? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Criminología, n. 4. Editorial Ad Hoc: Buenos Aires, 2007. p. 150.

No entanto, por razões de coerência expositiva, antes de iniciar a abordagem do problema do processo penal em sua feição de Processo Penal do Inimigo, afigura-se oportuno dedicar alguma reflexão ao fundamento e à função do Processo Penal do Cidadão.

3.2. Esboço teórico acerca do fundamento e da função do processo penal

Uma mãe, em razão de um ato de indisciplina de seu filho, coloca-o de castigo. Acaso interpelada, por uma determinada visita que desconheça a situação, sobre o *porquê* do castigo, a mãe tenderá a descrever o ato de indisciplina por ele praticado – ex.: "*ele está de castigo porque falou um palavrão*". Assim, ao questionar o porquê do castigo, a visita não receberá, de imediato, razões pelas quais o castigo se apresenta como resposta adequada para a assimilação, pela criança, de determinados valores intencionados pela mãe. Por outro lado, se, após narrado o fato que motivou o castigo, a mãe vier a receber a indagação "*para quê castigar a criança?*", a tendência é que sejam apresentados argumentos pedagógicos que ressaltem a importância do castigo para a assimilação de determinadas lições.

Esse exemplo pretende ilustrar a distinção que se impõe estabelecer entre as noções de *fundamento* e *função*. Termos esses que, a despeito de serem comumente associados, possuem acepções e intencionalidades bastante diversas[36].

Enquanto o *fundamento* de algo se refere, nas palavras de Castanheira Neves, a "sentidos de validade que postulam valores" e envolvem juízos de validade ou invalidade, a sua *função* se prende com a análise dos efeitos, envolvendo juízos de utilidade[37]. Enquanto o fundamento possui uma perspectiva normativa[38], a

36. Para a mais lúcida percepção, na doutrina brasileira, acerca da distinção entre *fundamento* e *função*, em análise voltada especificamente para o Direito Penal, remetemos o leitor à excelente contribuição de SCALCON, Raquel Lima. *Ilícito e pena*: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: GZ, 2013. p. 5 e ss. Também atento a essa distinção, elucidando as noções de *fundamento*, *finalidade*, *sistema* e *função* do Direito Penal, FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 19 e ss.

37. Essa, a nossa interpretação de CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": modelos actualmente alternativos da realização do direito. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXIV, 1998. p. 41 e ss.

38. CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": modelos actualmente alternativos da realização do direito. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXIV, 1998. p. 41.

função possui uma perspectiva programática[39]; enquanto o tempo do fundamento é o passado[40], o tempo da função é o futuro[41]. Em última análise, pensar sobre o fundamento de algo é pensar sobre o seu *porquê*, ao passo que pensar em sua função é pensar sobre o seu *para quê*[42].

Assim, qual o fundamento e a função que podem ser atribuídos ao processo penal? Trata-se de questão complexa e objeto de escassa preocupação doutrinária[43], em relação a qual se afigura necessário dispensar algumas linhas[44].

Como já dissemos, refletir sobre o *fundamento* de algo equivale a refletir sobre o seu *porquê*. O que significa dizer que refletir sobre o fundamento do processo penal é refletir sobre a razão mesma de sua existência. Em uma palavra: por que existe o processo penal?

Uma resposta que se pretenda aceitável não poderá invocar funções, finalidades, juízos de utilidade ou programas. Respostas como "assegurar a paz social",

39. CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": modelos actualmente alternativos da realização do direito. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXIV, 1998. p. 42.
40. CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": modelos actualmente alternativos da realização do direito. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXIV, 1998. p. 41.
41. CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": modelos actualmente alternativos da realização do direito. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXIV, 1998. p. 42.
42. Nesse sentido, SCALCON, Raquel Lima. *Ilícito e pena*: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: GZ, 2013. p. 5 e ss., em especial p. 10.
43. Note-se que mesmo autores que se propõem a responder à questão do fundamento da existência do processo penal acabam pecando por confundir os conceitos de *fundamento* e *função*. Um bom exemplo parece ser Lopes Jr., que, após afirmar a necessidade de discutir o *fundamento* da existência do processo penal, afirma que essa pergunta poderia ser sintetizada da seguinte maneira: "um processo penal, *para quê* (quem)?" (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 29.). Tal passagem deixa nítido que o autor confunde os conceitos de fundamento e função, pois a questão por ele formulada somente poderá receber como resposta a descrição de uma *função* do processo penal.
44. Trata-se de questão de dimensões monográficas, e que, por razões óbvias, não podem ser aprofundadas no presente trabalho, dado o seu escopo. No entanto, para que possamos evidenciar o problema metodológico que imputamos ao chamado Processo Penal do Inimigo, afigura-se fundamental a exposição, mesmo que superficial, do que reputamos ser o fundamento e a função próprios do processo penal (do cidadão).

"realizar justiça penal" ou "viabilizar o exercício do *jus puniendi*" são inservíveis como postulantes a fundamentos exatamente em virtude disso. O mesmo podemos afirmar da "instrumentalidade" do processo, seja ela uma instrumentalidade de viés punitivista, seja uma "instrumentalidade garantista" ou uma "instrumentalidade constitucional"[45]. Todas essas respostas têm em comum a tentativa de ressaltar as *funções* desempenhadas pelo processo penal dentro do sistema jurídico, mas nunca o fundamento mesmo de sua existência. Em síntese: o processo penal não existe *para* algo, mas *por força de* algo.

Não nos parece que o processo penal exista apenas *por força* do crime – e que, portanto, seja esse, o crime, o seu fundamento de existência. A dimensão material do ilícito se afigura, de fato, como fundamento para o Direito Penal substantivo[46], mas não já para o processo, na medida em que, ao menos em teoria, se revela possível pensar em sistemas nos quais a prática do crime seja respondida com a imediata imposição da pena, por particulares ou pelo próprio Estado, dispensando-se o processo.

A questão talvez ganhe em clareza se pensarmos nos casos em que o Estado pode e não pode prescindir do processo penal. Pensemos, por exemplo, em um primeiro caso, de simples resolução, no qual o indivíduo seja preso em flagrante, na frente de diversas testemunhas, e venha a confessar a prática do delito, dispondo-se, inclusive, a cumprir sua pena imediatamente. O que é que justifica, em casos como esse, nos quais sequer há resistência real à pretensão punitiva, a abertura de um processo penal para viabilizar a imposição da pena?

Deixemos a resposta, por ora, em suspenso, e pensemos em um segundo caso, também de simples resolução, no qual uma determinada pessoa venha a óbito, mas desta feita seja impositivo excluir, já à partida, que tal tenha se devido à conduta de alguém. Ou mesmo que, apesar de a conduta de alguém ser causa física da morte, seja livre de dúvidas a circunstância de que a morte não pode ser imputada a essa pessoa por se tratar de culpa exclusiva da vítima – ex.: vítima que, com intenção suicida, cruza de surpresa uma estrada movimentada. Nesse caso, o que é que justifica a possibilidade de o processo penal sequer ter lugar?

A pergunta que talvez estejamos a responder, nessa dimensão, é: por que a aplicação dos critérios jurídico-penais para adjudicação da qualidade de crime a um determinado comportamento – e, de consequência, para a atribuição das

45. LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 29.

46. Nesse sentido, ver SCALCON, Raquel Lima. *Ilícito e pena*: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: GZ, 2013, passim, mas especialmente p. 153 e ss.

consequências ao seu autor – precisa ser feita, num caso, *dentro* do processo penal, e pode ser feita, no outro, *fora* do processo penal[47]?

Segundo vemos, *o que justifica a existência do processo penal é o princípio da presunção de inocência*[48]. Em algum momento, a sociedade passou a repudiar a possibilidade de imposição de penas sem que ao acusado fosse oportunizado o direito de defender-se. Surge o processo, assim, como um instrumento de resistência, depurador de acusações e como anteparo de punições injustas. Mas que somente possui razão de ser, frise-se, quando pressuposta a possibilidade de inocência – que, quanto nós, é o que inspira a própria regra do devido processo legal.

O Estado não necessitaria do processo para punir. O Estado por certo dispõe de todos os meios para fazê-lo, e o processo se revela muito mais um entrave à punição do que um facilitador. Nele, o acusado tem assegurado o direito de defesa, através da qual a punição pode ser evitada. A sua obrigatoriedade, assim, decorre de uma autorrestrição: o Estado limita o seu poder de punir, condicionando a punição à observância do processo. Parte-se da premissa de que o processo pode – *e sempre poderá* – revelar a injustiça da acusação, de modo que sua existência somente se explica pelo zelo do Estado no trato do acusado. Zelo esse que, insiste-se, apenas faz sentido porque a inocência do acusado está a ser considerada ao menos como possibilidade.

47. Aliás, exatamente em razão disso, vemos com alguma reserva a afirmação de Lopes Jr., para quem "o direito penal é despido de coerção direta e, ao contrário do direito privado, não tem atuação nem realidade concreta fora do processo correspondente" (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 32). Veja-se que no segundo exemplo citado, no qual não existem dúvidas acerca da impossibilidade de imputação do resultado, a resolução do caso passa necessariamente pela análise e aplicação de critérios jurídico-penais que sinalizam pela irrelevância penal do comportamento. O mesmo poderíamos afirmar de casos que, diante da incidência manifesta de excludentes, acabam por não redundar em processos penais. Em todos esses casos, podemos falar, tecnicamente, em atuação do Direito Penal fora do processo.

48. Com o que não se está a afirmar que essa sempre foi a razão que esteve pressuposta, em todas as sociedades e experiências jurídicas, para a existência do processo. Não se desconhece a existência de diversas sociedades nas quais o processo existiu, mas para as quais a presunção de inocência foi apenas uma ilustre desconhecida – para uma aprofundada análise histórica a esse respeito, remetemos o leitor a MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. 2008. 603 f. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 23-98. O que se faz aqui é uma leitura do fundamento do processo à luz do *ethos* da sociedade atual, marcadamente após o Iluminismo. Trata-se de conceber a prática processual penal a partir de sua melhor luz, pressupondo-se os valores hoje vigentes, bem como as próprias normas que o informam.

Disso resulta que o fundamento mesmo da existência do processo é a presunção de inocência que recai sobre o acusado. Uma presunção de inocência que, ao menos nesse sentido, revela-se como *regra de consideração de inocência*[49]. Ou, em outras palavras, *uma proibição de desprezo pela possibilidade de inocência*. Não sendo pressuposta essa regra – i.e., permitindo-se, em determinados casos, a desconsideração da possibilidade de inocência –, então o processo se revelaria, nesses casos, como simples e desnecessária formalidade. Em outras palavras, careceria de uma razão para existir ou de um *fundamento*.

E isso bem explica a distinção de tratamento entre os exemplos antes propostos, de uma imputação de crime sem qualquer resistência do acusado, de um lado, e de uma não imputação de crime sem qualquer resistência da sociedade, de outro. Não havendo resistência em nenhum dos dois casos, por que é que apenas no primeiro é que o processo se afigura obrigatório?

É que se a inocência é *presumida*, não há necessidade de um processo para afirmá-la. Embora essa afirmação – na realidade, uma reafirmação – por vezes possa vir a ter lugar na forma de uma sentença absolutória, não se trata de algo necessário do ponto de vista do sistema processual penal (basta pensar, por exemplo, nos casos de não instauração de inquérito policial ou de arquivamento). Por outro lado, mesmo em eventual cenário de consenso sobre a punição, apenas o processo é que poderá elidir o *status innocentia* do acusado. Exatamente porque, como já referido, a regra determina que se considere não a culpa, mas a inocência.

Dito isso, sendo a presunção de inocência o fundamento de existência do processo penal, ou o seu "*porquê*", qual seria a sua função, ou o seu "*para quê*"?

A função do processo penal[50], quanto a nós, parece ser a de legitimar eventual imposição de pena. Trata-se, pois, de uma função que podemos denominar de

49. Embora se possa aproximar desse significado de presunção de inocência aquilo que a doutrina costuma denominar de presunção de inocência como *regra de tratamento*, não estamos tão seguros quanto à identificação absoluta dos dois conceitos. É que à presunção de inocência como norma de tratamento corresponde a ideia de "garantia de que o cidadão será tratado na persecução penal como inocente" (MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. 2008. 603 f. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 459). No entanto, quando nos referimos à presunção de inocência como uma exigência de *consideração de inocência* ou de *não desprezo pela possibilidade de inocência*, queremos aludir algo quiçá ainda mais profundo e anterior: a própria razão de ser daquela persecução penal. É dizer, o processo se justifica exatamente diante da consideração da hipótese de inocência.

50. Não estamos empregando o termo *função* tal como a doutrina processual clássica, que fala em garantia da observância do direito substantivo ou "satisfação de pretensões". No

legitimadora. A sociedade e o próprio acusado devem *aceitar* o desfecho do processo, seja ele a condenação do acusado – fruto, então, de um processo no qual tenha sido oportunizada a defesa – seja a sua absolvição – hipótese em que resultara reafirmada a sua inocência. O consenso das partes quanto ao resultado somente se revelará possível diante de um processo no qual tenham sido observadas as regras estabelecidas através de algum tipo de convenção.

Verifica-se, assim, que a observância das regras processuais convencionadas está atrelada à própria função que o processo exerce. É dizer, a função legitimadora somente se revela possível em cenário de observância dessas regras. Um processo repleto de violações, cujo resultado seja a imposição da pena, por certo terá falhado em sua função legitimadora. Ainda assim, convém destacar que sua função não *é* a própria observância das regras estipuladas, sendo a observância das regras estipuladas uma condição necessária ao adequado exercício de sua função[51].

Diante do que ora vai valorado, é possível afirmar que o Processo Penal do Cidadão opera com um método de reconstrução do fato mediante a observância das regras processuais convencionadas, e com as limitações que lhe são inerentes.

3.3. Tentativa de definição do Processo Penal do Inimigo: dois modelos possíveis

Se a existência do Processo Penal do Cidadão decorre do princípio da presunção de inocência – que está na base, segundo vemos, da própria exigência de devido processo legal –, qual o fundamento e a lógica que justificam e presidem o Processo Penal do Inimigo?

Como já referido em linhas anteriores, o estudo da dimensão processual do Direito Penal do Inimigo não costuma ser objeto de reflexão por parte dos autores, que mais se ocupam de analisar as suas manifestações pontuais.

---

primeiro sentido, ver FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 40-41. No último sentido, ver JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 28.

51. Na medida em que emprestamos ao processo penal uma função legitimadora, concordamos com a afirmação de Lopes Jr., para quem "o processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena" (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 32). Apesar disso, não permanecemos em sua companhia quando afirma, logo a seguir, que "somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas". Ora, a existência do processo não pressupõe a observância das regras convencionadas. O que sucede é que a inobservância dessas regras conduzirá a um déficit de otimização da função do processo.

Parece válido buscar as ideias reitoras do Processo Penal do Inimigo a partir de uma simetria com o que se deixa surpreender no Direito Penal do Inimigo. Sendo esse orientado à mera neutralização de indivíduos perigosos, parece que também o Processo Penal do Inimigo estaria orientado a essa finalidade. O próprio Jakobs afirma, nas poucas linhas que dedicou a respeito do tema, que "como no Direito material, as regras mais extremas do processo penal do inimigo se dirigem à eliminação de riscos terroristas"[52].

Assim, é lícito concluir que a mitigação de garantias processuais que marca o Processo Penal do Inimigo seria orientada, tal como o Direito substantivo, à contenção de riscos e inocuização de agentes perigosos (inimigos).

Essa relação entre a diminuição de garantias processuais e a contenção de riscos e inocuização de agentes perigosos, segundo vemos, pode se estabelecer a partir de duas lógicas: uma lógica retrospectiva e uma lógica prospectiva.

a) Modelo 1: Processo Penal retrospectivo

No primeiro modelo, o Processo Penal do Inimigo promove a reconstrução de um fato pretérito, configurador de delito próprio do Direito Penal do Inimigo. Há um fato que, ao menos na perspectiva do Direito Penal do Inimigo, autoriza a intervenção penal correspondente. Para ficarmos com um exemplo tipicamente jakobsiano, pensemos no crime entre nós tipificado no art. 5º da Lei 13.260/2016, que consiste em "Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumar tal delito".

Nesse modelo, o processo assume uma feição clássica, reconstruindo esse fato – *v.g.*, ato preparatório realizado com o propósito de praticar ato de terrorismo. A reconstrução desse fato, contudo, dá-se mediante a flexibilização de garantias processuais, bem como mediante a adoção de mecanismos de investigação específicos. Inserem-se, aqui, exemplos como o do agente infiltrado[53] e da colaboração premiada, aplicáveis por força do inc. II do § 2º do art. 1º da Lei 12.850/13.

Se isso é assim, coloca-se inevitavelmente a pergunta: qual a finalidade da flexibilização de garantias processuais? Se o processo pretende reconstruir um

52. JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo:* noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 38.

53. Especificamente enfatizando o caráter autoritário da investigação realizada por agente infiltrado, e sua contrariedade à Constituição, ver BRAUM, Stefan. La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 24.

determinado fato – ainda que esse fato seja diverso do fato próprio do Direito Penal do Cidadão –, por que é que o processo deveria ou mesmo poderia obedecer a uma lógica distinta? Qual a razão forte para a flexibilização de determinadas garantias?

Se a resposta a essa pergunta for "*para que se consiga obter a finalidade de neutralização de agentes perigosos*" – o que somente se revela possível em um cenário de condenação –, então é impositiva a conclusão de que a flexibilização de garantias é orientada à facilitação da condenação.

O maior problema teórico desse modelo, portanto, é que ele, ao menos em tese, concebe um processo já enviesado, com uma finalidade repressiva *a priori*, que não se coaduna com o próprio fundamento de existência do processo penal. Essa crítica será desenvolvida com mais vagar nos itens subsequentes.

b) Modelo 2: Processo Penal prospectivo

Por outro lado, considerando também a mesma finalidade de inocuização de agentes perigosos, é possível pensar em um modelo de processo que não reconstrói fatos, mas que descobre fatos. Nesse sentido, pode-se falar de Processo Penal *prospectivo*. Prospectivo em dois sentidos: um sentido fraco e um sentido forte.

O *Processo Penal prospectivo em sentido fraco* tem por objeto a averiguação de fatos pretéritos ainda desconhecidos. Uma averiguação que se justifica em virtude de uma determinada qualidade do autor. Pense-se, por exemplo, em eventual interceptação telefônica por prospecção, realizada sobre indivíduo com o intuito de descobrir a existência de crimes por ele praticados; pense-se, ainda, para ficarmos com um exemplo nacional, na exigência, em acordo de colaboração premiada, de comunicação, pelo colaborador, de todos os fatos ilícitos conhecidos pelo colaborador, mesmo que não sejam presentemente objeto de apuração[54].

54. No acordo de colaboração firmado por Paulo Roberto Costa, um dos primeiros da denominada Operação Lava-Jato, assim constou: "Parte III [...] Clausula 15 [...] Parágrafo único: "Parágrafo único. A enumeração de casos específicos nos quais se reclama a colaboração do acusado não tem caráter exaustivo, *tendo ele o dever genérico de cooperar*, nas formas acima relacionadas, com o MPF ou com outras autoridades públicas por este apontadas, para o *esclarecimento de quaisquer fatos relacionados ao objeto deste acordo*" (Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/lava-jato-acordo-delacao-paulo-roberto.pdf]. Acesso em 29.10.2017). Além disso, parece inserir-se aqui o acordo de colaboração premiada oferecida ao acusado Joesley Mendonça Batista, em rumoroso caso nacional: "Parte IV – Condições da proposta: [...] Cláusula 12: Para tanto, o colaborador obrigar-se-á, sem malícia ou reservas mentais, a: a) esclarecer espontaneamente *todos os esquemas criminosos de que tenham conhecimento, especialmente aqueles apontados*

Afiguram-se potencialmente enquadráveis aqui, ainda, os casos de conhecimentos fortuitos obtidos em determinadas investigações, ou os casos em que a punição acabe por resultar, em última análise, de fatos diversos dos inicialmente compreendidos na investigação. Um bom exemplo disso é o caso Martha Stewart, ocorrido nos Estados Unidos, no qual a acusada, uma vez investigada por determinados crimes, no curso da investigação veio a praticar determinados atos considerados obstrução de justiça. Após, veio a ser condenada somente pela obstrução, e não pelo delito inicialmente investigado, que supostamente justificou a investigação[55]. Ou seja: a punição, no fim do dia, não decorreu do fato investigado no processo, mas acabou sendo consequência da própria atividade persecutória.

Por sua vez, o *Processo Penal prospectivo em sentido forte* promove uma averiguação tendente à descoberta e eliminação de riscos futuros. Trata-se de um processo penal que não possui sequer a pretensão de punir, mas sim a de conter o risco. Em outras palavras, cuida-se de um processo antefato, ou um processo sem acusação formada.

Veja-se que o próprio Jakobs parece fazer alusão a esse tipo de processo quando afirma que, no contexto alemão, no livro oitavo da primeira seção do Código de Processo Penal, constam métodos de investigação que "não estão completamente orientados para a averiguação de fatos passados [...], como para a prevenção de atos delitivos ulteriores"[56]. Lembra o autor, aqui, os casos de prisão preventiva por risco de reiteração delitiva, que somente podem ser compreendidos como forma de defesa, pelo aparato processual, contra eventuais riscos.

Aqui se inserem, outrossim, as medidas de investigação contínuas para a prevenção de crimes. Exemplo mais paradigmático é o *Patriot Act*, que permitiu a realização de investigações preventivas por agências de inteligência, através de medidas de vigilância eletrônica como interceptação de comunicações orais ou

nos anexos deste acordo, fornecendo todas as informações e evidências que estejam ao seu alcance, bem como indicando provas potencialmente alcançáveis [...]" (Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/05/joesley-PET_7003_APENSO_1-1.pdf]. Acesso em: 29.10.2017).

55. DUBBER, Markus D. Guerra y paz: derecho penal del enemigo y el modelo de potestad de supervisión policial del derecho penal estadounidense. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 1. p. 706 e ss.

56. JAKOBS, Günther. ¿Terroristas como personas en Derecho?. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2. p. 78.

eletrônicas, sem a necessidade de mandado judicial[57]. Pertinente, também, no particular, a referência feita por Badaró acerca do ordenamento jurídico italiano, que passou a prever, a certa altura, a interceptação telefônica preventiva contra a delinquência mafiosa[58].

Para além dos exemplos citados, parece encontrar espaço aqui, como exemplo de um Processo Penal prospectivo em sentido forte, o caso mais dilemático de tortura: o chamado *ticking time bomb scenario*. Nesse cenário hipotético, a tortura é utilizada como meio para a revelação e evitação de futuros danos – em particular, ataques de bomba. E isso, por óbvio, como já referido, parece justificável somente no contexto de um Processo Penal prospectivo em sentido forte[59].

Parece-nos que, ao falarmos em um Processo Penal prospectivo em sentido forte, o seu objeto já não é um fato histórico situado no tempo, que se pretende reconstruir; o processo passa a ser simplesmente um veículo através do qual medidas de segurança são concretizadas. Nessa situação, pouco resta de processo penal, podendo-se falar, com muito mais razão, em Estado de Polícia ou vigilância.

c) Conclusão parcial

No fim do dia, quer tratemos um processo penal retrospectivo, que suprime de antemão garantias por presumir ser o imputado o *inimigo* – coisa que ao processo caberia demonstrar –, quer falemos de um processo penal prospectivo – cuja verdadeiro objeto não são os fatos já conhecidos, mas sim aqueles por conhecer –, estaremos necessariamente trabalhando com um outro tipo de processo penal, incorporando a ele determinadas finalidades políticas, e fatalmente convertendo a figura do juiz em um agente que implementa diretrizes de

57. Para uma minuciosa análise do USA Patriot Act, ver DOYLE, Charles. *Terrorism*: section by section analysis of the USA Patriot Act. CRS Report for Congress. Disponível em: [https://epic.org/privacy/terrorism/usapatriot/RL31200.pdf]. Acesso em: 29.10.2017. Ver, também, CHEVIGNY, Paul. Repressão nos Estados Unidos após o ataque de 11 de setembro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 47, mar.-abr. 2004. p. 390 e ss.

58. BADARÓ, Gustavo. Interceptações de comunicações telefônicas e telemáticas: limites ante o avanço da tecnologia. In: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R. R (Orgs.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito*: homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 496.

59. Apesar disso, a tortura pode aparecer também no modelo retrospectivo, na forma de uma tortura para obter confissão – situação cuja ilicitude mesmo o mais punitivista parece hoje reconhecer sem maiores problemas.

segurança pública. Para utilizarmos o termo de Moccia, o juiz passa a ser um "sujeito em luta"[60].

Resgatando as ideias de *fundamento* e *função* trabalhadas anteriormente[61], percebe-se que o Processo Penal do Cidadão parece possuir fundamento e função próprios e autônomos em relação ao Direito Penal do Cidadão. Como visto, a pergunta sobre o "porquê" do processo penal é respondida invocando-se a presunção de inocência que milita a favor daquele acusado de haver praticado um delito, obrigando a sua existência. A pergunta sobre o "para quê" do processo penal é respondida invocando-se a necessidade de legitimar a imposição da pena mediante a observância das regras legalmente instituídas para a reconstrução dos fatos. Parâmetros, como se vê, próprios, estranhos àqueles imputáveis ao Direito Penal e a quaisquer políticas públicas.

Diferentemente, em relação ao Processo Penal do Inimigo, a pergunta sobre o seu "porquê", isto é, sobre o seu fundamento, justificativa de existência, passa a ser respondida mediante já a invocação de uma *função* (o "*para quê*?")[62]. E essa resposta sequer pode ser encontrada no contexto de uma reflexão própria, atenta às características do Processo Penal, mas sim em uma política de segurança que, na realidade, lhe é essencialmente estranha. É dizer: a função do processo penal é neutralização de indivíduos considerados perigosos. Da mesma maneira que o Direito Penal. E da mesma maneira que qualquer outro instrumento servível a essa finalidade.

O processo penal é, portanto, transformado em simples instrumento de política de segurança[63]. E o juiz está na ponta dessa política de segurança. Isso é criticado, por exemplo, por autores como Moccia e Donini. Para Moccia, "o juiz não

60. MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2. p. 314.

61. Ver *supra*, item 3.2.

62. Tal inversão metodológica, diga-se de passagem, é que dá ensejo, também, a uma das críticas de Scalcon ao funcionalismo penal de Roxin. Nesse sentido, remetemos o leitor a SCALCON, Raquel Lima. *Ilícito e pena*: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: GZ, 2013. p. 78 e ss.

63. Veja-se que mesmo construções segundo as quais o processo se apresenta como "instrumento de política criminal" não deixam de reconhecer que os juízos sobre funcionalidade do processo penal estariam subordinados à observância de determinadas garantias fundamentais. É dizer, a consideração da funcionalidade apenas pode ter lugar dentro de um determinado espaço de legitimidade. É essa a leitura que fazemos, por exemplo, de FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001, *passim*, em especial p. 46, 51 e 67.

pode ser considerado um sujeito 'em luta'; em primeiro lugar, isso produz o efeito de criar uma distorção das funções de comprovação da jurisdição, colocando em crise o próprio caráter de terceiro do juiz, com a consequente involução inquisitória do modelo jurisdicional"[64]. Ainda, como nos lembra Donini, "esse tipo de Direito penal de luta, ainda que em parte inevitável, carece de legitimação científica e política no contexto do Direito Penal ordinário e deve ser mantido fora da cultura do juiz"[65].

4. Uma ulterior delimitação: de que falamos quando falamos em Processo Penal do Inimigo?

No último tópico, buscamos demonstrar que o que se poderia denominar de Processo Penal do Inimigo – braço processual do Direito Penal do Inimigo – possui uma estrutura própria, que o difere da estrutura convencional do Processo Penal.

Estabelecidas essas premissas, e antes de avançarmos quanto à questão acerca da possibilidade de coexistência do Processo Penal do Inimigo e do Cidadão, parece-nos oportuno promover uma ulterior delimitação do fenômeno que denominamos de Processo Penal do Inimigo, para que se evite a inclusão, nessa categoria, de casos que com ela não guardam relação. Como já destacado na abertura deste escrito, a banalização da atribuição, a um determinado dispositivo, da qualidade de exemplo de Processo Penal do Inimigo, pode levar a uma indevida resignação quanto à sua aceitação.

4.1. Processo Penal do Inimigo e escolhas procedimentais

Em primeiro lugar, afigura-se necessário distinguir uma disposição característica de Processo Penal do Inimigo de uma simples escolha legislativa de ordem procedimental. Tomemos como exemplo o número de testemunhas em um determinado rito. Essa escolha poderia ser interpretada da seguinte maneira: por que é que um acusado pelo delito de tráfico de drogas, a teor do art. 54, inc. II, da Lei 11.343/06, pode arrolar somente cinco testemunhas, e não oito, como

64. MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2. p. 314.

65. DONINI, Massimo. El derecho penal frente al "enemigo". In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 1.

permite o procedimento comum ordinário? Por acaso ele seria menos destinatário de ampla defesa do que, por exemplo, um acusado pelo delito de roubo?

Segundo vemos, isso seria confundir as coisas. Não será qualquer distinção procedimental que poderá ensejar a conclusão de que se cuida de um dispositivo que materialize uma legislação penal de combate ao inimigo. E isso porque as relativizações de garantias próprias do Processo Penal do Inimigo se caracterizam por alguns traços específicos: i) colocam o imputado em uma posição de desvantagem em relação ao Estado; ii) essa desvantagem se fundamenta em um conceito prévio de inimigo que já lhe é imputado; iii) e visam à sua neutralização – seja através da condenação (processo retrospectivo), seja pela descoberta de novos fatos (processo prospectivo).

Elucidativo continuar com o exemplo da Lei de Drogas. O menor número de testemunhas no rito de drogas não coloca o imputado em uma posição de desvantagem, na medida em que também a acusação se sujeita a essa diretriz. Além disso, o ônus da prova recai sobre a acusação, de modo que se poderia até concluir que um número mais restrito de testemunhas se afigura mais prejudicial àquele que possui a carga da prova.

Por outro lado, o mesmo não se pode dizer da posição do interrogatório. Não se desconhece que o interrogatório na Lei de Drogas foi posicionado no início do procedimento pela simples razão de que, na altura, era esse o procedimento comum ordinário vigente. Houve apenas o espelhamento do procedimento comum ordinário vigente, e não uma opção deliberada por prejudicar a defesa do acusado. Dito isso, no entanto, a despeito de não podermos falar propriamente em um sistema – cujo conceito reclama coesão[66] –, ao intérprete cabe interpretar o ordenamento em seu conjunto, assumindo-o de maneira lógica e coordenada. Por essa razão, a única conclusão que se pode chegar quando constatamos que, no contexto de um sistema que se pretende coordenado, para um tipo de delito dá-se ao acusado a oportunidade de manifestar-se somente ao final, enquanto que, em outro, exige-se sua manifestação mesmo antes de ter conhecimento das provas que sobre ele recaem, essa disposição exerce a função única de colocar o imputado em uma posição de desvantagem, reduzindo-lhe as chances de resistência. Não é de causar estranheza, assim, que o STF, em 2016, tenha reconhecido que o interrogatório deva ser realizado ao final da instrução

66. A ausência de um sistema, segundo vemos, liga-se à própria ausência de uma política criminal no contexto brasileiro. Sobre isso, remetemos o leitor a MORAES, Mauricio Zanoide de. Política criminal, constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. *Arquivos do Ministério da Justiça,* Brasília, v. 51, n. 190, jul.-dez. 2006, em especial p. 193 e ss.

criminal em todos os procedimentos[67] – ainda que o fundamento utilizado tenha sido diverso.

Assim, recapitulando, e para efeitos deste escrito, chamaremos de disposição do Processo Penal do Inimigo aquela que restringe uma garantia *i) colocando o imputado em uma posição de desvantagem em relação ao Estado; ii) fundamentando essa desvantagem em um conceito prévio de inimigo que já lhe é imputado; iii) visando à sua neutralização, seja de maneira retrospectiva (busca da condenação), seja de maneira prospectiva (não é processo)*.

Eventuais escolhas que, mesmo interferindo em direitos do acusado, justificam-se por determinadas particularidades do objeto do processo[68], e não da pessoa imputada (réu), não deveriam ser consideradas disposições de Processo Penal do Inimigo e, a nosso ver, ao menos em princípio, não apresentam problemas de legitimidade.

4.2. Processo penal do inimigo e perversões cotidianas

Parece-nos necessário, ainda, separar o que pode ser considerado como uma simples perversão cotidiana daquilo que é resultado de uma lógica distinta. Dizer que algo às vezes – e por equívoco – se revela de uma maneira "x", não pode se misturar com a essência mesma do fenômeno. Sendo-nos permitido o emprego de uma metáfora, o fato de um jogador de futebol fazer um gol de mão não autoriza a dizer que gols de mão são admitidos no futebol.

É bem verdade que temos visto excessos em alguns casos. Especificamente em relação à classe política, os "inimigos" do momento, a doutrina tem denunciado prisões desnecessárias, conduções coercitivas, excessos de colaborações, entre outros problemas. Mas também é verdade que o processo penal dos hipossuficientes por vezes se mostra como um ambiente bastante fértil para a prática de diversas transgressões à ordem processual e constitucional: decisões imotivadas, inversões de ônus da prova e violações corriqueiras ao direito à não autoincriminação, por exemplo. Isso acontece no furto, no roubo, no pequeno tráfico, entre outros tipos de crime de menor *glamour*.

O fato é que se considerarmos todas essas mazelas manifestações do Processo Penal do Inimigo, então, curiosamente, nada será Processo Penal do Inimigo.

67. BRASIL. STF. HC 127900, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 03.03.2016, Processo Eletrônico *DJe*-161 Divulg. 02.08.2016 Public. 03.08.2016.

68. Tomando-se por base, aqui, um conceito de "objeto do processo" vinculado à ideia de fato punível. Nesse sentido, ver MONTERO AROCA, Juan. *Principios del processo penal*: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 128 e ss.

Podemos até pensar dessa maneira, mas o conceito restará tão inflado que, paradoxalmente, acabará esvaziado. Passará a ser um conceito estéril, alusivo simplesmente ao processo penal mal aplicado.

Dito isso, parece-nos que a única maneira de emprestar alguma valia científica ao conceito é defini-lo enquanto sistema, a partir de uma finalidade e de um método próprio, tal como postulado anteriormente. E nesse sentido, é possível perceber que, tendencialmente, o Direito Penal do Inimigo opera intervindo não sobre fatos, mas sobre agentes presumidamente perigosos, visando à evitação de fatos. Seguindo essa lógica, insiste-se que o Processo Penal do Inimigo poderá assumir duas feições: i) reconstruindo fatos de Direito Penal do Inimigo, diversos dos fatos tradicionalmente objeto do Direito Penal (processo penal retrospectivo); ii) apurando fatos ainda não ocorridos ou descobertos (processo penal prospectivo). Nos dois casos, contudo, surpreende-se uma supressão de garantias teleologicamente orientadas à contenção de risco.

5. Podem coexistir um Processo Penal do Inimigo e um Processo Penal do Cidadão?

A pergunta que propusemos na abertura deste trabalho, acerca da possibilidade de coexistência entre o Processo Penal do Inimigo e o Processo Penal do Cidadão, agora encontra pressupostos teóricos suficientes para se ensaie uma resposta. Uma resposta que se pretende, aqui, específica para a questão jurídico-processual implicada[69].

69. Não nos parece pertinente, dado o escopo do texto, reproduzir críticas que tradicionalmente são dirigidas à concepção de Jakobs desde a perspectiva política e jurídico-penal. Convém frisar, contudo, que embora nossa pretensão seja enfrentar o problema a partir da dimensão processual, isso não exclui a pertinência de outras críticas, de igual ou mesmo maior peso, à concepção jakobsiana. Diga-se, inclusive, que estamos de pleno acordo com boa parte das críticas tradicionalmente formuladas. Em especial, a despeito de não ser essa a principal crítica do autor, também acreditamos, com Prittwitz, que "o conceito de 'não pessoa' não pode mais ser usado após 1945" (PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: Tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 47, mar.-abr. 2004. p. 43). Também acreditamos firmemente, com Costa, que "Qualquer ordem jurídica concreta, exactamente por pretender ser Direito, não pode conceber uma qualquer pessoa como seu inimigo, sob pena de deixar de ser, quanto a essa pessoa, Direito. Tratar esse alguém como interlocutor e participante é, neste sentido, um imperativo do Direito. A impossibilidade de tal acontecer é a 'impossibilidade do Direito', o que não se pode aceitar" (DIAS COSTA, Nuno. Direito penal do inimigo: inimigo do direito penal?. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 18, n. 4, out.-dez. 2008. p. 444).

Jakobs, por óbvio, diria que a coexistência é possível. O autor, em algumas oportunidades, refere que a distinção é normalmente apresentada em termos de tipos ideais ou abstratos. Não há um Direito Penal do Cidadão puro contraposto a um Direito Penal do Inimigo puro – o que Donini chamará de "lógica binária"[70]. O que há, na realidade, é justamente uma mescla, ou uma lógica *fuzzy*[71]. Um Estado real que se vale de determinadas normas supostamente de exceção, que se fundam em lógica e pressupostos distintos.

Mas a resposta a essa pergunta, como destacado inicialmente, depende de um consenso prévio acerca do que se entende por Processo Penal do Inimigo. E aí a pertinência da tentativa de delimitação do tópico anterior.

Se, ao falarmos de Processo Penal do Inimigo, estamos nos referindo a meras escolhas atinentes ao procedimento que se justificam pelo objeto do processo – tipo de acusação – ou mesmo as simples perversões cotidianas na aplicação do direito processual penal, se é isso o que se entende por Processo Penal do Inimigo, então diremos que o Processo Penal do Inimigo e o Processo Penal do Cidadão não só podem, como efetivamente coexistem e sempre coexistirão. Nesse sentido, a teoria de Jakobs muito pouco terá revelado de novo, e quase poderíamos dizer que seu valor está em apenas ter batizado um fenômeno jurídico-penal.

Mas se, por outro lado, partirmos de um conceito mais restrito do fenômeno, verificando no Direito Penal do Inimigo e no Processo Penal do Inimigo um método próprio[72] – intervenção antefato fundada na perigosidade (presumida) de autores –, *então não vemos como possível a coexistência entre um Processo Penal do Inimigo e o Processo Penal do Cidadão*.

Nota-se, preliminarmente, que as restrições a garantias do Processo Penal do Inimigo se justificam em razão da figura do inimigo. Isso é pressuposto da teoria, sendo precisamente a figura do inimigo que legitima a restrição de garantias – que, portanto, não se afigura legítima no caso de cidadãos.

70. DONINI, Massimo. El derecho penal frente al "enemigo". In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 1. p. 608.

71. DONINI, Massimo. El derecho penal frente al "enemigo". In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 1. p. 608.

72. Partindo-se de um conceito de *método* como caminho ou "proceder (*modus*, processo) que visa um fim específico" e de *metodologia* como pensamento sobre esse proceder, ou a "razão intencional de um método" (CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica*: problemas fundamentais. Stvdia Jurídica, n. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 9-10).

Por razões de lógica, dado que o processo penal promove uma reconstrução fático-probatória da hipótese vertida na acusação, a constatação da figura do inimigo somente poderia ser consequência dessa reconstrução, e jamais poderia ser pressuposta pelo processo. O processo é, pois, *causa*, enquanto a constatação da figura do inimigo e a correlata restrição das garantias são *consequência*.

No entanto, ao antecipar-se essa restrição, antecipa-se o que deveria ser uma consequência do processo. Nesse momento, a consequência transforma-se em causa, esvaziando-se a própria atividade reconstrutiva do processo, que perde o seu caráter dialógico e passa a possuir caráter meramente confirmatório: o processo se presta a confirmar aquilo que já se sabe.

Imaginemos um jogo de futebol, partindo-se da premissa de que a disputa da partida acabará por revelar o melhor time. Mas imaginemos que, por força de uma regra prévia (disposição de início), um dos dois times, apontado de antemão como melhor, inicie a partida com dois gols de vantagem. Duas questões se colocam: (i) a disposição de início influenciará o resultado; logo, é ela, a disposição do início, e não o jogo em si, que condicionará a conclusão de que um time é melhor que outro; (ii) se a disposição de início tem por base exatamente o pressuposto de que um determinado time é melhor, a partida passa a não fazer mais sentido.

Assim, retornando ao campo processual penal, considerando sua própria razão de ser e método, não se mostra possível uma disposição de início que consista em restrição de garantias "de face", baseada unicamente em uma determinada condição da pessoa, na medida em que a demonstração dessa condição pressupõe o processo. E com menos razão ainda se pode admitir eventual restrição de direitos que condicionem o resultado do processo – ex.: admissibilidade de provas ilícitas ou alteração das regras probatórias –, na medida em que o processo passa a figurar como mero instrumento de legitimação servível à confirmação de uma hipótese já estabelecida[73-74].

73. Sobre isso, destacamos que nem mesmo um julgador bem-intencionado estaria imune à influência decorrente da prévia rotulação do imputado como inimigo. E isso porque o julgador encontra-se suscetível, aqui, ao que no campo do estudo dos vieses cognitivos (*cognitive biases*) denomina-se de "viés de confirmação" (*confirmation bias*), que, entre outras manifestações, consiste na "tendência de conferir maior peso às informações que dão suporte às crenças ou opiniões existentes do que às informações que as infirmam" (NICKERSON, Raymond S. Confirmation bias: a ubiquitous phenomenon in many guises. *Review of General Psychology*, v. 2, n. 2, 1998. p. 178. Disponível em: [http://psy2.ucsd.edu/~mckenzie/nickersonConfirmationBias.pdf]. Acesso em: 26.10.2017). Para Dobelli, "o viés de confirmação é o pai de todos os erros de pensamento – a

Essa crítica, que denominamos de *crítica metodológica*, parece encontrar eco entre autores que se debruçaram sobre a dimensão processual do Direito Penal do Inimigo.

Kai Ambos ressalta que o problema passa pela definição abstrata do inimigo, que decorre não somente de uma classificação legal, mas já de uma "postura inimiga a respeito da ordem estatal", consistente na oposição presumivelmente duradoura a valores do ordenamento e na incapacidade, também presumida, de orientação, pelo indivíduo, em conformidade com tal ordenamento[75]. A partir daí, e já no campo processual, estabelece-se "a questão de conforme quais regrais procedimentais se produz a 'identificação de inimigos'", ressaltando o autor a existência de duas possibilidades: "ou se procede conforme as regras do direito penal do cidadão e se procura separar a palha (os inimigos) do trigo (os

tendência de interpretar novas informações de modo que sejam compatíveis com nossas teorias, visões de mundo e convicções. Em outros termos: filtramos novas informações que estão em contradições com nossas visões (na sequência designadas como evidência desconfirmatória (*disconfirming evidence*)). Isso é perigoso. 'Os fatos não deixam de existir só porque são ignorados', disse Aldous Huxley" (DOBELLI, Rolf. *A arte de pensar claramente*. Como evitar as armadilhas do pensamento e tomar decisões de forma mais eficaz. Trad. Karina Janini. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 23). Esse fenômeno, embora pouco estudado no direito, recebe amplo tratamento pela literatura psicológica.

74. É interessante notar como a civilização evolui, mas determinadas práticas teimam em se fazer presentes. O fenômeno de uma restrição de garantias *a priori* longe está de ser novo. Já no processo da Santa Inquisição "el procesado por herejía tendría que enfrentar, como reo de *lesa mejestad*, poderosos obstáculos para defenderse de esa acusación, no sólo por la disminución de garantias legales debido a la gravedad del delito, sino también por la presunción de culpabilidade de la que partía el proceso penal en el Antiguo Régimen". Para além do anonimato das testemunhas e da manipulação das provas, chama atenção que "al reo de herejía le estuvo negada toda defensa, como correspondía, por la importancia de su delito, a la naturaliza de su causa, concebida como processo sumarisimo en el que se eliminaba, por supérfluo, el juicio. Las Decretales prohibían, bajo penas muy severas, que los abogados asistieran legalmente a los presuntos hereges" (GONZÁLEZ DE CALDAS, Victoria. *¿Judíos o Cristianos?* El proceso de fe *Sancta Inquisitio*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla, 2004. p. 292-293). Razão tem, assim, Castanheira Neves, ao observar que "na história cultural as sobrevivências são um fenômeno conhecido e há mortos que morrem devagar" (CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" – modelos actualmente alternativos da realização do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. LXXIV. Coimbra, 1998, p. 22).

75. AMBOS, Kai. Direito penal do inimigo. *Panoptica*, v. 2, n. 7, 2007. p. 14. Disponível em: [www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.7_2007_1-45/270]. Acesso em: 25.10.2017.

cidadãos), ou se procede conforme as regras do direito penal do inimigo e se atribui de maneira abstrata o *status* de inimigo"[76]. No primeiro caso, estaríamos diante de um simples processo penal clássico, ou do cidadão, no qual vigoraria a presunção de inocência e se desacreditaria do discurso do direito penal do inimigo. No entanto, ressalta o autor, e sublinhamos sua pertinente observação, "desde a perspectiva do direito penal do inimigo, resulta mais consequente a segunda possibilidade, *a qual significaria, ademais – exatamente no sentido de uma* petitio principii *–, que se pressupõe aquilo que antes de mais nada teria que demonstrar*"[77]. É dizer, tal como por nós afirmado, o Processo Penal do Inimigo estaria a pressupor aquilo que deveria demonstrar, a saber: o *status* de "inimigo" de determinados indivíduos.

No mesmo sentido é a crítica de Gracia Martín[78], que aponta o problema de a condição de inimigo ter de vir determinada já antes da aplicação do ordenamento, pois não se afigura possível saber se essas disposições se aplicam a um inimigo ou a um cidadão. De um modo geral, determinar se o indivíduo infringiu o Direito Penal do Cidadão pressupõe submetê-lo a um processo penal "que obviamente também deve seguir as regras do Direito do Cidadão", a significar que o sujeito ingressa no processo com a condição de cidadão, sendo protegido por todas as garantias a ele inerentes, em especial a presunção de inocência[79]. Por outro lado, e agora na perspectiva do Processo Penal do Inimigo, questiona o autor: "onde pode encontrar o Direito Penal do Inimigo os seus destinatários, é dizer, indivíduos que careçam da condição de pessoa e que preexistam logicamente a

76. AMBOS, Kai. Direito penal do inimigo. *Panoptica*, v. 2, n. 7, 2007. p. 15. Disponível em: [www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.7_2007_1-45/270]. Acesso em: 25.10.2017.

77. AMBOS, Kai. Direito penal do inimigo. *Panoptica*, v. 2, n. 7, 2007. p. 15. Disponível em: [www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.7_2007_1-45/270]. Acesso em: 25.10.2017.

78. Crítica essa que, por óbvio, parece-nos extremamente relevante, a despeito de o próprio autor tratar de diminuir sua relevância ao afirmar que a crítica possuiria "valor meramente dialético", não podendo ser utilizada "como decisiva contra o Direito Penal do Inimigo" (GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), n. 07-02, 2005. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf]. Acesso em: 31.10.2017. p. 28-29).

79. GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), n. 07-02, 2005. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf]. Acesso em: 31.10.2017. p. 29.

toda pretensa regulação e aplicação do Direito?"[80]. Para ele, sendo o processo precisamente o que poderia determinar a privação da condição de pessoa decorrente de sua declaração como inimigo, "isso em absoluto afetaria que o processo tivesse que se desenvolver com todas as garantias próprias do cidadão, pois desde o início daquele, e ao menos até sua conclusão mediante uma sentença condenatória, o imputado não pode encontrar-se em nenhum outro *status* que não seja o do cidadão"[81].

Não é difícil perceber que um tal modelo de processo penal viola o princípio constitucional da presunção de inocência em sua dimensão de norma de tratamento[82]. Ainda, o processo deixa de possuir um fundamento claro, pervertendo-se a sua própria conotação de instrumento de resistência, de anteparo perante acusações potencialmente injustas. Transmuda-se em uma *ferramenta de poder*, da qual se vale o Estado para fins de segurança pública. O fundamento se vê substituído pela função: no caso do Processo Penal do Inimigo, a neutralização de indivíduos considerados perigosos.

Somente por aí já se revela a incapacidade de coexistência do Processo Penal do Inimigo com o Processo Penal do Cidadão: em um ordenamento jurídico que preveja, em sua Constituição, o princípio da presunção de inocência, repudia a ideia de um processo penal que não trabalhe a partir desse pressuposto.

Além disso, ainda que pudéssemos aceitar um tal processo a título "de exceção"[83] para determinados casos excepcionais – com o que discordamos –, seria

80. GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), n. 07-02, 2005. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf]. Acesso em: 31.10.2017. p. 29.

81. GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), n. 07-02, 2005. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf]. Acesso em: 31.10.2017. p. 29.

82. E isso porque partimos da premissa de que "violam a presunção de inocência como 'norma de tratamento' todos os dispositivos legais que, de forma absoluta e apriorística, imponham antecipação de qualquer espécie de sanção que, *prima facie*, somente adviria por força de decisão condenatória definitiva" (MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. 2008. 603 f. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 459). Ora, trata-se da situação que se apresenta aqui: o indivíduo processado vê-se em determinado sentido sancionado, já que experimenta restrições a determinadas garantias processuais apenas em virtude de uma condição que já lhe é imputada antes mesmo de o processo ter início.

83. Reputamos questionável a utilização do termo *excepcional* para fazer referência ao tipo de realidade posta em causa quer no Direito Penal do Inimigo, quer no Processo do

considerável o risco de contaminação. Como bem nos lembra Zaffaroni[84], vivemos um Estado Policial encapsulado dentro de um Estado de Direito, um Estado Policial que pretende tomar o poder.

Nesse sentido, a preocupação de Jakobs, de que o Direito Penal do Cidadão possa ser contaminado pelo Direito Penal do Inimigo[85], talvez seja um dos principais argumentos para que não se reconheça legitimidade a essa categoria. Percebe-se até certa contradição na lógica jakobsiana, uma vez que o próprio autor jamais escondeu trabalhar com uma lógica de tipos ideais, do tipo weberiana, reconhecendo que isso não sucede assim na prática – é dizer, não trabalhamos e não trabalharemos com um código processual penal do inimigo. Sendo assim, a atribuição de "cidadania" jurídica a um Processo Penal do Inimigo, antes de auxiliar no seu controle, tendencialmente pode vir apenas a representar a aceitação de um "Cavalo de Troia"[86] no sistema processual penal. Nesse ponto, não podemos senão reeditar a advertência de Moraes, ao observar que "as piores noites sempre são precedidas de bonitos entardeceres", e que, após, "a escuridão vai se assenhorando dos espaços, dos recantos, de nossos espíritos e nossas mentes", restando muito pouco a fazer depois que nos damos por conta "das perdas sofridas, dos direitos renunciados e das garantias ardilosamente furtadas, sem dor, sem gritos"[87].

Inimigo. A ideia de excepcionalidade pressupõe transitoriedade, não sendo o caso de nenhuma das manifestações correntes do Direito Penal do Inimigo. Tal consideração parece encontrar eco em Donini, que destaca que "para quem prefere utilizar o termo 'Direito Penal de Emergência', a tentação seria enquadrar as diversas emergências (terrorista, máfia, imigração clandestina etc.) como espaços temporais dentro do Direito Penal normal, mas dessa forma simultâneos, salvo se se queira discutir continuamente não somente a legitimidade, mas também a duvidosa temporalidade tanto dos fenômenos como dos remédios normativos previstos a efeito" (DONINI, Massimo. El derecho penal frente al "enemigo". In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F. v. 1. 2006).

84. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 168 e ss.

85. Nesse sentido já se manifestara o primeiro Jakobs, em JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. *Estudios de derecho penal*. UAM Ediciones. Madrid: Civitas, 1997. p. 323.

86. Termo esse que tomamos emprestado de Zilli, que o utiliza em alusão ao fenômeno de "irradiação gerada pela incorporação de fórmulas que escapam à tradição e à cultura do sistema processual receptor" (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim do IBCCRIM*, n. 300, n. 2017. p. 2).

87. MORAES, Maurício Zanoide de. Crônica de uma inconstitucionalidade anunciada (Análise crítica da Lei Complementar 105, de 10.01.01, que institui as hipóteses de

Diante dessa possibilidade, parece extremamente oportuna a advertência de Jorge Miranda, de que os regimes liberais e pluralistas não podem, a pretexto do terrorismo, distanciar-se daqueles princípios jurídicos tão duramente sedimentados em suas Constituições, legislações e culturas cívicas. Nas palavras do autor, "o pior que poderia acontecer seria, afinal, a pretexto do terrorismo, ficarem abalados os fundamentos do Estado de Direito"[88].

6. Conclusão

Jakobs postulou a existência de determinadas normas de Direito Penal que arrancam de um pressuposto teórico distinto do direito penal clássico. Tais normas têm como destinatários não *pessoas*, mas *inimigos*, indivíduos cuja atitude de princípio perante o ordenamento jurídico é de rejeição. À diferença do que sucede no Direito Penal do Cidadão, a intervenção penal não possui um caráter retrospectivo, mas sim um caráter prospectivo, dirigindo-se à evitação de riscos futuros. A esse fenômeno denominou Direito Penal do Inimigo, cujas características são: i) antecipação da tutela penal para estágios prévios à afetação do bem jurídico; ii) ausência de diminuição da pena proporcional a essa antecipação; iii) alteração de uma legislação penal de proteção ou de tutela para uma legislação penal de combate; e iv) supressão de garantias processuais.

A quarta característica do fenômeno descrito por Jakobs corresponde à sua dimensão processual, o que podemos denominar de Processo Penal do Inimigo. No entanto, são raros os trabalhos que se ocupam de analisá-lo com alguma pretensão definitória e sistemática. Em geral, os reflexos processuais do Direito Penal do Inimigo costumam ser tratados de maneira episódica, a partir de determinadas manifestações pontuais. De certa maneira, pode-se dizer que a doutrina tem se limitado a tratar apenas da "Parte Especial" do Processo Penal do Inimigo, dando pouca ou nenhuma importância ao que se poderia chamar de "Parte Geral".

O presente trabalho busca inserir-se na lacuna diagnosticada. Ocupa-se de definir o fenômeno específico do Processo Penal do Inimigo tendo por base não as suas manifestações pontuais, mas sim a finalidade e método que lhe distinguem

---

quebra do sigilo financeiro). *Boletim do IBCCRIM,* ano 8, n. 100, mar. 2001. p. 1. Vale destacar que o autor não se ocupa, no texto, da questão objeto de nossa atenção. Ainda assim, a lógica parece perfeitamente aplicável.

88. MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais perante o terrorismo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Terrorismo e direito*: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil. Perspectivas político-jurídicas. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 67.

do Processo Penal do Cidadão e, a partir desse pressuposto teórico, determinar a possibilidade de sua coexistência com esse modelo.

Segundo vemos, o Processo Penal do Cidadão possui como fundamento a presunção de inocência, bem como possui uma função legitimadora, para cujo desempenho se exige a fiel observância das regras processuais convencionadas. Em outras palavras, o Processo Penal do Cidadão opera com um método de reconstrução do fato mediante a observância das regras processuais convencionadas, e com as limitações que lhe são inerentes.

Diferentemente, o Processo Penal do Inimigo substitui o fundamento pela função, a saber: a neutralização de indivíduos considerados perigosos. Para tanto, o Processo Penal do Inimigo opera segundo dois modelos: i) reconstruindo fatos de Direito Penal do Inimigo, diversos dos fatos tradicionalmente objeto do Direito Penal (*processo penal retrospectivo*); ii) apurando fatos ainda não descobertos (*processo penal prospectivo em sentido fraco*) ou sequer ocorridos (*processo penal prospectivo em sentido forte*). Em todos os casos, há supressão de garantias que não se justificam diante de alguma particularidade do fato apurado no processo, mas sim em razão de uma qualidade do autor, voltando-se o processo para a neutralização do risco por ele representado.

Sucede que o *método* adotado pelo Processo Penal do Inimigo – supressão de garantias processuais com o escopo de neutralização de riscos – possui um grave problema: *precisa pressupor aquilo que teria de demonstrar, a saber, a condição de inimigo do processado*. Precisamente ao operar dessa maneira é que o Processo Penal do Inimigo substitui o fundamento (presunção de inocência) pela função (neutralização de agentes perigosos), esvaziando a atividade reconstrutiva nele levada a efeito, que perde o seu caráter dialógico e passa a possuir caráter meramente confirmatório: o processo se presta a confirmar aquilo que já se sabe. Perde, assim, sua razão de ser.

Um modelo de processo penal tal como o representado pelo Processo Penal do Inimigo, quer em sua feição retrospectiva, quer em sua feição prospectiva, não é sustentável no contexto de qualquer ordenamento jurídico que preveja, em sua Constituição, o princípio da presunção de inocência. Além disso, sua admissibilidade, mesmo que a título excepcional, representaria sério risco à subsistência dos princípios jurídicos e dos valores que inspiram o processo penal pós-Iluminista.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. Direito Penal do Inimigo. *Panoptica*, v. 2. n. 7, 2007. Disponível em: [www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.7_2007_1-45/270]. Acesso em: 25.10.2017.

BADARÓ, Gustavo. Interceptações de comunicações telefônicas e telemáticas: limites ante o avanço da tecnologia. In: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R. R (Org.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito*: homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRAUM, Stefan. La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

CANCIO MELIÁ, Manuel. De novo: direito penal do inimigo? In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo:* noções e críticas. Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica*: problemas fundamentais. Stvdia Jurídica n. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" – modelos actualmente alternativos da realização do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXIV, p. 1-44, 1998.

CHEVIGNY, Paul. Repressão nos Estados Unidos após o ataque de 11 de setembro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, p. 386-408, mar.-abr. 2004.

DIAS COSTA, Nuno. Direito penal do inimigo: inimigo do direito penal? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 18, n. 4, p. 415-445, out.-dez. 2008.

DÍEZ RIPOLLÉS, Jose Luiz. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 07-01, p. 1-37, 2005. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf]. Acesso em: 01.11.2017.

DOBELLI, Rolf. *A arte de pensar claramente*. Como evitar as armadilhas do pensamento e tomar decisões de forma mais eficaz. Trad. Karina Janini. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

DONINI, Massimo. El derecho penal frente al "enemigo". In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 1.

DOYLE, Charles. *Terrorism*: section by section analysis of the USA Patriot Act. CRS Report for Congress. Disponível em: [https://epic.org/privacy/terrorism/usapatriot/RL31200.pdf]. Acesso em: 29.10.2017.

DUBBER, Markus D. Guerra y paz: derecho penal del enemigo y el modelo de potestad de supervisión policial del derecho penal estadounidense. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 1.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale. *Questione Giustizia*, fasc. 4, p. 87-99, 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Normatividad del ciudadano *versus* facticidad del enemigo: crítica al fundamento científico del Derecho Penal del Enemigo. *Revista de Estudos Criminais*, n. 24, jan.-mar. 2007.

GONZÁLEZ DE CALDAS, Victoria. *¿Judíos o Cristianos?* El Proceso de Fe *Sancta Inquisitio*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla, 2004.

GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), n. 07-02, p. 02:1-02:43, 2005. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf]. Acesso em: 31.10.2017.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 56, p. 80-112, set.-out. 2005.

HART, Herbert L. A. Discretion. *Harvard Law Review*, v. 127, n. 2, p. 652-665, dec. 2013.

JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. *Estudios de Derecho Penal*. UAM Ediciones. Madrid: Civitas, 1997.

JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2.

JAKOBS, Günther. ¿Terroristas como personas en derecho?. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 59, p. 223-259, mar.-abr. 2006.

MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais perante o terrorismo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Terrorismo e direito*: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil. Perspectivas político-jurídicas. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del processo penal*: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

MORAES, Maurício Zanoide de. Crônica de uma inconstitucionalidade anunciada (Análise crítica da Lei Complementar 105, de 10.01.01, que institui as hipóteses de quebra do sigilo financeiro). *Boletim do IBCCRIM,* ano 8, n. 100, p. 1-4, mar. 2001.

MORAES, Mauricio Zanoide de. Política criminal, constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 51, n. 190, p. 175-209, jul.-dez. 2006.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro:* análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. 2008. 603 f. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el Derecho Penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2.

NICKERSON, Raymond S. Confirmation bias: a ubiquitous phenomenon in many guises. *Review of General Psychology*, v. 2, n. 2, p. 175-220, 1998. Disponível em: [http://psy2.ucsd.edu/~mckenzie/nickersonConfirmationBias.pdf]. Acesso em: 26.10.2017.

POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 47, p. 31-45, mar.-abr. 2004.

SACK, Fritz. El derecho penal del enemigo, ¿un caminho hacia una política criminal diferente? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Criminología, Editorial Ad Hoc: Buenos Aires, n. 4, p. 129-158, 2007.

SCALCON, Raquel Lima. *Ilícito e pena*: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: GZ, 2013.

Termo de acordo de colaboração premiada de Joesley Mendonça Batista. Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/05/joesley-PET_7003_APENSO_1-1.pdf]. Acesso em: 29.10.2017.

Termo de acordo de colaboração premiada de Paulo Roberto Costa. [www.conjur.com.br/dl/lava-jato-acordo-delacao-paulo-roberto.pdf]. Acesso em: 29.10.2017.

YACOBUCCI, Guillhermo J. Política criminal y delincuencia organizada. In: YACOBUCCI, Guillhermo J (Org.). *El crimen organizado*: desafios y perspectivas en el marco de la globalización. Buenos Aires: Depalma, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim do IBCCRIM*, n. 300, p. 2-4, nov. 2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação lava jato como processo penal do inimigo, de Gustavo de Souza Preussler – *RBCCrim* 134/87-107 (DTR\2017\2542); e
- 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, de José Francisco Dias da Costa Lyra – *RBCCrim* 119/127-164 (DTR\2016\4877).

Medida (de segurança) cautelar: uma análise dogmática e criminológica do art. 319, VII, do Código de Processo Penal

Safety (security) measure: a dogmatic and criminological analysis of art. 319, VII, of the Code of Criminal Procedure

Thayara Castelo Branco

Doutora em Ciências Criminais pela PUCRS, com área de pesquisa em Violência, Crime e Segurança Pública (2016). Mestra em Ciências Criminais pela PUCRS, com linha de pesquisa em Criminologia e Controle Social (2010). Especialista em Ciências Criminais pelo CESUSC (2008). Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/MA. Professora da graduação e da pós-graduação da Universidade CEUMA. Coordenadora da Pós-Graduação em Ciências Criminais da Universidade CEUMA. Professora substituta da UEMA. Pesquisa sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos. Advogada.
thaybranco@yahoo.com.br

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Pós-Doutor em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidade Nacional da La Matanza, Argentina. Doutor e Mestre em Filosofia pela UFRJ. Mestre em Direito pela Universidade de Granada, Espanha. Professor Titular do IBMEC/RJ. Professor Adjunto de Direito Processual Penal do PPGD/UFRJ. Professor Adjunto do PPGD/UCP. Advogado
antonio.santoro@ucp.br

Claudio Alberto Gabriel Guimarães

Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Especialista em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Docência Superior pelo Centro Universitário do Maranhão – UNICEUMA. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina, com área de concentração em Direito Penal. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com área de concentração em Criminologia. Professor Pesquisador do CNPq e UNICEUMA. Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão.
calguimaraes@yahoo.com.br

Recebido em: 02.04.2018
Aprovado em: 25.04.2018
Última versão do(a) autor(a): 24.05.2018

Castelo Branco, Thayara; Santoro, Antonio Eduardo Ramires; Guimarães, Claudio Alberto Gabriel. Medida (de segurança) cautelar: uma análise dogmática e criminológica do art. 319, VII, do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 149. ano 26. p. 299-325. São Paulo: Ed. RT, novembro 2018.

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: Em 2011, entrou em vigor a Lei 12.403 que alterou o CPP com a finalidade de reformar o sistema de cautelares do processo penal brasileiro. Uma das principais mudanças foi a introdução de um rol de medidas cautelares diversas da prisão, entre as quais está a internação provisória de inimputável ou semi-imputável. O problema enfrentado pelo presente trabalho é perquirir o que justifica a inclusão dessa medida entre as novas cautelares. Trabalha-se com a hipótese de que se trata de um ranço do positivismo criminológico que coloca a categoria de periculosidade como verticalizadora do Sistema de Justiça Criminal brasileiro. Metodologicamente, realizou-se uma pesquisa sobre a genealogia, os fundamentos e a natureza jurídica das medidas cautelares diversas da prisão no Brasil. Em seguida, traçaram-se as bases não declaradas da herança do tradicionalismo penal-psiquiátrico e do conceito de periculosidade do agente construído pela criminologia positivista no processo penal brasileiro para então, sob um viés crítico-reflexivo, finalizar com uma análise da internação psiquiátrica cautelar juntamente com os requisitos do exame pericial, confirmando-se a hipótese.

Palavras-chave: Medidas cautelares diversas – Periculosidade – Medidas de segurança – Internação provisória.

Abstract: Law 12,403 entered into force in 2011, which amended the CPP with the purpose of reforming the system of provisional measures in the Brazilian criminal proceedings. One of the main changes was the introduction of a series of provisional measures different from the prison, among which is the provisional hospitalization of unimputable or semi-imputable. The problem faced by the present study is to investigate what justifies the inclusion of this measure among the new provisional measures. We work with the hypothesis that it is a permanence of criminological positivism, which places the category of dangerousness as a verticaliser of the Brazilian Criminal Justice System. Methodologically, a research was carried out on the genealogy, the foundations and the legal nature of the various provisional measures other then arrest in Brazil. Then, the undeclared bases of the heritage of traditional penal-psychiatric and the concept of dangerousness of the agent constructed by positivist criminology in the Brazilian criminal process were traced, and then, under a critical-reflexive bias, to conclude with an analysis of the temporary psychiatric hospitalization together with the requirements of the expert examination, being confined to the hypothesis.

Keywords: Various provisional measures – Dangerousness – Security measures – Temporary hospitalization.

Sumário: 1. Introdução. 2. Medidas cautelares diversas da prisão. 2.1. Genealogia das medidas cautelares diversas da prisão no Brasil. 2.2. Natureza e fundamentos das medidas cautelares diversas da prisão. 2.3. Admissibilidade e fundamentos específicos da internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável. 2.4. Aportes críticos à internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável e ao requisito do exame pericial. 3. O ranço do tradicionalismo penal-psiquiátrico no processo penal brasileiro. 4. A herança da periculosidade do agente. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução

Em 2011, o sistema processual penal brasileiro sofreu uma importante alteração no que tange ao rol de medidas cautelares. A Lei 12.403/2011 trouxe ao ordenamento jurídico uma série de medidas alternativas à prisão preventiva,

colocando-se em primazia de aplicação ao caso concreto, atendendo assim, determinantes constitucionais de ter a prisão (sobretudo provisória) como *ultima ratio*. Dessa forma, pensou o legislador em garantir mais alternativas à prisão, ajustar o Código de Processo Penal à Constituição e colocá-lo em consonância com modernas legislações estrangeiras.

No entanto, apesar de medidas diversas da prisão, elas apresentam significativas restrições de liberdades, tendo requisitos rígidos de aplicação (*fumus commissi delicti e periculum libertatis*) que não podem ser suprimidos ou banalizados. Assim, estão submetidas às características das medidas cautelares, entre elas: motivação, excepcionalidade, proporcionalidade, provisoriedade, provisionalidade e contraditório.

Tem-se, portanto, uma lei que estabeleceu vários instrumentos para serem aplicados como "alternativas"[1] à prisão, mas que, quando observada com mais cuidado, apresenta algumas incoerências.

No presente trabalho, como recorte metodológico, optou-se pela problematização do seguinte ponto: o que justifica a inclusão de uma medida de internação penal-psiquiátrica "cautelar" no rol de medidas cautelares diversas da prisão, estabelecida no art. 319, VII, do Código de Processo Penal?

Sem presunção de esgotar o tema ou estabelecer verdades, traça-se como hipótese um ranço do positivismo criminológico, que coloca a categoria de periculosidade como verticalizadora do Sistema de Justiça Criminal brasileiro, justificando segregações (provisórias) penal-psiquiátricas – sob a justificativa da condição biopsicopatológica do sujeito – como medida cautelar diversa da prisão.

Assim, para traçar a investigação, parte-se da genealogia das medidas cautelares diversas da prisão no Brasil, apresentando os fundamentos e a natureza jurídica de tais medidas e, posteriormente, os critérios específicos da internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável.

No capítulo seguinte, procura-se demonstrar as bases não declaradas da herança do tradicionalismo penal-psiquiátrico e, consequentemente, do conceito de periculosidade do agente construído pela criminologia positivista no processo penal brasileiro.

Por fim, sob um viés crítico-reflexivo, finaliza-se com uma análise da internação psiquiátrica cautelar juntamente com os requisitos do exame pericial.

1. A utilização deste termo será mais detidamente discutida em tópico posterior.

2. Medidas cautelares diversas da prisão

2.1. Genealogia das medidas cautelares diversas da prisão no Brasil

O Código de Processo Penal de 1941 tinha por objetivo declarado a necessidade de "[...] maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado [...]", pois o Ministro da Justiça, Francisco Campos, entendia que a legislação então vigente garantia aos réus "[...] um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade"[2].

A prisão antes da decisão condenatória definitiva foi, sob esse fundamento, ampliada no Código de inspiração fascista de 1941, tendo sido "[...] restringida a aplicação do *in dubio pro reo*, [...] ampliada a noção de flagrante delito, para o efeito de prisão provisória"[3] e tornado a prisão preventiva, em certos casos, um dever imposto ao juiz. O tratamento dado do processo penal brasileiro em torno das cautelares produzia um binarismo intransponível, ou seja, o acusado respondia ao processo preso ou solto, não havendo que se falar na possibilidade de outras medidas diversas a essa situação.

No ano de 2001, começou a tramitar no Congresso Nacional o Projeto de Lei 4.208, cujo objetivo era alterar o Código de Processo Penal no que concerne à regulamentação da prisão, medidas cautelares e liberdade. Esse projeto teve origem na proposta elaborada pela comissão de juristas constituída pela Portaria 61, de 20 de janeiro de 2000, composta por Ada Pellegrini Grinover, como presidente, Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, Rogério Lauria Tucci, Sidney Beneti e René Ariel Dotti, posteriormente substituído por Rui Stoco.

O Projeto de Lei 4.208/2001 foi encaminhado pelo Poder Executivo para o Congresso pela Mensagem 214/01[4] e terminou por alterar o Código de Processo Penal pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011[5].

---

2. CAMPOS, Francisco. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*. *DOU* 13.10.1941.
3. Idem.
4. BRASIL. Mensagem 214/01. *Diário da Câmara dos Deputados 30 mar. 2001*. p. 09532.
5. A partir de então, a doutrina dedicou amplamente ao novo sistema de cautelares do processo penal. Cf. BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Nova prisão cautelar:* doutrina, jurisprudência e prática. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2014; COSTA, Domingos Barroso da; PACELLI, Eugenio. *Prisão preventiva e liberdade provisória:* a reforma da Lei 12.403/2011. São Paulo: Atlas, 2013; LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões cautelares*. 4. ed.

Ada Pellegrini Grinover escreveu um artigo sobre o movimento de reforma do Código de Processo Penal em que esclareceu a opção pela reforma parcial, uma vez que a reforma total, embora tivesse a seu favor a harmonia do novo sistema, seria, no seu entendimento, "inexequível operacionalmente"[6]. Por isso, o Ministro José Carlos Dias convidou o Instituto Brasileiro de Direito Processual, pelo Aviso 1.151/1999, a apresentar propostas de reforma do Código de Processo Penal para posterior envio ao Congresso Nacional, constituindo a comissão pela já citada Portaria 61/2000 que passou a ter um prazo de 90 dias a partir da instalação para apresentar a proposta de reforma.

A comissão apresentou 11 anteprojetos sobre os seguintes assuntos: 1 – Investigação policial; 2 – Procedimentos; 3 – Prisão, medidas cautelares e liberdade; 4 – Efetividade da defesa; 5 – Interrogatório; 6 – Prova pericial; 7 – Prova testemunhal; 8 – Provas ilícitas; 9 – Citação por edital e suspensão do prazo prescricional; 10 – Júri e 11 – Recursos.

Remodelar institutos inteiros, sempre na preocupação da adequação das normas processuais à Constituição de 1988 e à Convenção Americana sobre os Direitos do Homem foram as razões que motivaram a comissão a elaborar os anteprojetos de reforma, segundo Ada Pellegrini Grinover[7]. Especificamente quanto ao anteprojeto sobre a prisão, medidas cautelares e liberdade, a professora afirmou que as finalidades eram "superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com reformas sucessivas, que desfiguraram o sistema e, ao mesmo tempo, ajustá-lo às exigências constitucionais e colocá-lo em consonância com as modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e de Portugal"[8-9].

São Paulo: Saraiva, 2013; GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013; MINAGÉ, Thiago. *Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

6. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A reforma do Código de Processo Penal*. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13200-13201-1-PB.pdf]. Acesso em: 20.02.2017.
7. Idem.
8. GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit.
9. De se observar que o professor Antonio Scarance Fernandes, um dos membros da comissão, produziu dois trabalhos exatamente para comparar as cautelares diversas da prisão no Brasil com a Itália (FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais diversas da prisão: Brasil e Itália. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coords.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=105096]. Acesso em: 31.01.2018. p. 83-95; FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais diversas da prisão: Brasil e Portugal. In: SILVEIRA;

Quanto ao conteúdo do anteprojeto de reforma do sistema de cautelares pessoais, Ada Pellegrini Grinover afirmou que:

> [...] as principais alterações da reforma projetada são: a) o tratamento sistemático e estruturado das medidas cautelares e da liberdade provisória; b) o aumento do rol das medidas cautelares, antes centradas essencialmente na prisão preventiva e na liberdade provisória sem fiança; c) a manutenção da prisão preventiva, genericamente, para garantia da instrução do processo e da execução da pena e, de maneira especial, para acusados que possam vir a praticar infrações de criminalidade organizada, de grave ofensa à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira, ou mediante violência ou grave ameaça às pessoas; d) a possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar em situações taxativas, bastante restritas, indicadoras da inconveniência ou desnecessidade de se manter o recolhimento em cárcere; e) a impossibilidade de, antes de sentença condenatória transitada em julgado, ocorrer prisão que não seja de natureza cautelar; f) a valorização da fiança.[10]

De fato, os pontos mais sensíveis foram (1) a tentativa de superação do pensamento binário prisão/liberdade, inserindo as possibilidades de medidas cautelares diversas da prisão de forma preferencial à prisão cautelar, (2) a redução das possibilidades de admissão da prisão preventiva, bem como (3) a impossibilidade de execução de pena sem trânsito em julgado da condenação.

O primeiro e o terceiro pontos interessam mais diretamente a este trabalho.

O último ponto se concretizou na revogação dos dispositivos que estabeleciam a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e a prisão decorrente de pronúncia como efeito automático, bem como da obrigação de se recolher preso para garantir o direito de apelar, tendo inclusive dado nova redação ao art. 283 do Código de Processo Penal estabelecendo que antes do trânsito em julgado da sentença condenatória recorrível só se admite prisão de natureza cautelar. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover:

> A revogação dos artigos 393, 594, 595 e dos parágrafos do artigo 408 do Código de Processo Penal tem como objetivo assentar que toda prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória somente pode ter caráter

Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Orgs.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=111521]. Acesso em: 31.01.2018. p. 61-71).

10. Idem.

> cautelar. A execução antecipada da sentença penal não se coaduna como os princípios garantidores do Estado de Direito.[11]

O entendimento de que não cabe execução de pena antes do trânsito em julgado foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, quando do julgamento do HC 84.078 pelo Pleno. Todavia, em 2016, no julgamento do HC 126.292, houve uma nova mudança de entendimento e a execução da pena passou a ser admitida a partir do encerramento da jurisdição de segunda instância, entendimento esse que foi reafirmado no julgamento da medida cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, bem como no julgamento do HC 152.752 em 2018 (caso do ex-Presidente Lula), discussão que mereceria um novo trabalho a respeito.

No entanto, para efeito deste trabalho, inobstante os autores deste trabalho discordem dos fundamentos do atual entendimento prevalecente no Supremo Tribunal Federal, é possível afirmar que não se admite execução da pena antes do exaurimento da jurisdição de segunda instância, o que, de toda forma, é importante para o desenvolvimento dos argumentos aqui expostos.

Tomando, portanto, esse ponto (a impossibilidade de execução de pena sem trânsito em julgado da condenação ou sem o exaurimento da jurisdição de segunda instância) e o primeiro (inserção das medidas cautelares diversas da prisão), uma grande questão é se as medidas cautelares diversas da prisão têm de fato natureza cautelar ou se representam uma execução antecipada de pena. Mais precisamente, de forma peculiar, se a internação provisória do acusado inimputável prevista no art. 319, inciso VII, do Código de Processo Penal é uma medida cautelar ou uma antecipação da medida de segurança.

2.2. Natureza e fundamentos das medidas cautelares diversas da prisão

Embora o texto do art. 319 do Código de Processo Penal denomine as medidas nele elencadas de "diversas" da prisão, Badaró afirma que são medidas "alternativas" à prisão. O jurista esclarece que essas medidas são "alternativas" e não "substitutivas", porque se assim fossem a prisão preventiva seria concretamente cabível, "mas o juiz pode deixar de aplicá-la, substituindo-a por medida menos gravosa"[12].

Fauzi Hassan Choukr, por outro lado, afirma que, como as medidas devem preceder à determinação de prisão, elas não são "alternativas", mas "precedentes",

11. Idem.

12. BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 999.

"da mesma forma que a prisão como pena é a *ultima ratio* em relação a penas não privativas da liberdade"[13].

No entanto, um ponto de extrema relevância e que antecede a discussão quanto à denominação "diversa", "alternativa", "substitutiva" ou "precedente" é aquele referente à sua cautelaridade.

No processo penal, não existe propriamente um processo cautelar autônomo ao processo principal, uma vez que a tutela cautelar é prestada por meio de medidas independente do exercício de uma ação. Ademais, é doutrinariamente comum o entendimento de que as medidas cautelares são instrumentais. Divergem, entretanto, os processualistas quanto ao objeto de tutela do instrumento que são as medidas cautelares penais. Há quem compreenda o processo como "um instrumento para realização do direito material" e, nesse sentido, "a medida cautelar é um instrumento para assegurar a utilidade e eficácia do resultado final do processo"[14]. Há quem compreenda a instrumentalidade como a garantia do desenvolvimento do processo, ou seja, "são medidas destinadas à tutela do processo"[15]. E, por fim, os que vislumbram uma dupla finalidade, qual seja, garantia do desenvolvimento processual e do resultado final do processo.

Há, por outro lado, quem não veja qualquer legitimidade na prisão preventiva enquanto medida cautelar penal, diante de sua incompatibilidade com a presunção de inocência. Segundo Luigi Ferrajoli, o encarceramento preventivo reduz "a presunção de inocência a um inútil engodo" e "contradiz na raiz o princípio da submissão à jurisdição, que não consiste na possibilidade de detenção apenas por ordem de um juiz, mas na possibilidade de sê-lo só com base em um julgamento"[16].

Não obstante a compreensão de Ferrajoli sobre a ilegitimidade da prisão antecedente ao julgamento, além de ser necessário trabalhar com o direito posto, tal como consta do nosso texto legal, cumpre aqui não apenas discutir a legitimidade da custódia cautelar, mas de qualquer medida cautelar, sobretudo aquelas diversas da prisão. Nesse ponto, é preciso trabalhar com a instrumentalidade das

13. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal:* comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. v. 1. p. 778.
14. BADARÓ, Gustavo. Op. cit., p. 938, que a chama de "instrumentalidade hipotética", porque garantiria o resultado prático de uma condenação hipotética.
15. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 581.
16. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. 4. ed. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 511.

cautelares e afastar a possibilidade de que estas sejam utilizadas como um sucedâneo antecipado da sanção.

A análise que se pretende realizar aqui não é prática, mas do texto legal. Em outras palavras, tal como o texto de lei está posto pelo inciso VII do art. 319 do Código de Processo Penal, é possível falar em instrumentalidade da medida cautelar de internação provisória?

Fato é que a Lei 12.403/2011 alterou o sistema de cautelares do Código de Processo Penal, introduziu as medidas diversas da prisão, mas não definiu seus fundamentos. Para Aury Lopes Júnior, os fundamentos das medidas cautelares diversas da prisão são os mesmos da prisão preventiva, ou seja, "exigem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, [...] inclusive, se durante uma prisão preventiva desaparecer completamente o requisito e/ou fundamento, deve o agente ser libertado sem a imposição de qualquer medida alternativa".

Para Aury Lopes Júnior[17], os critérios que definem a utilização da prisão preventiva ou das medidas cautelares diversas são: (1) a proporcionalidade, pois que se houver uma medida menos gravosa para alcançar o mesmo objetivo, ela deve ser utilizada; (2) os casos de admissibilidade para a prisão preventiva determinados em lei, qual seja, aqueles previstos no art. 313 do Código de Processo Penal, que se não satisfeitos impedem a custódia preventiva, mas não a cautelar diversa da prisão.

O problema é que, no que respeita aos fundamentos para decretação da prisão preventiva previstos no art. 312 do Código de Processo Penal (que também são os mesmos das medidas cautelares diversas da prisão), embora o anteprojeto tenha proposto uma alteração considerável dos requisitos configuradores do *periculum libertatis*, ao fim estes restaram mantidos[18], inclusive os casos de perigo de liberdade com conceitos absolutamente abertos, a saber: a ordem pública e a ordem econômica[19].

17. Op. cit., p. 658.

18. Para alguns doutrinadores, houve o acréscimo de uma "nova situação de *periculum libertatis*: o descumprimento de medida cautelar alternativa à prisão", que "se soma às anteriormente existentes" (BADARÓ, Gustavo. Op. cit., p. 985).

19. O texto original do anteprojeto eliminava estas hipóteses e conferia a seguinte redação ao art. 312 do CPP: "A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa".

Para Geraldo Prado, isso configura uma inconstitucionalidade que deve ser analisada sob dois vieses:

> [...] a inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública (e da ordem econômica) não decorre exclusivamente do que ela não é: de não se tratar de uma medida cautelar. Esta prisão é inconstitucional também pelo que ela é: medida de polícia judicial que antecipa a punição, o castigo, e o faz mais gravemente desvinculada da questão controvertida no processo – se o acusado é penalmente responsável pela conduta que lhe é atribuída – valendo-se do processo como mero veículo ou pretexto para impor privação da liberdade.[20]

Ora, a configuração do *periculum libertatis* a partir de fórmulas tão genéricas como asseguração da ordem pública e da ordem econômica, além de desnaturar a cautelar como tal, implica em que a possibilidade do juiz aplicar uma medida cautelar diversa da prisão depende muito mais da subjetividade do julgador, eis que a lei não é "dotada de denotação empírica taxativa"[21]. A falta de legalidade estrita acaba por gerar uma exposição a "integrações substancialistas"[22] por parte do juiz, desvinculando-o de um cognitivismo processual.

Sendo os fundamentos das medidas cautelares diversas da prisão os mesmos que aqueles utilizados para a prisão preventiva, estaríamos diante dos mesmos vícios de constitucionalidade?

A resposta é positiva quanto ao desvinculamento do cognitivismo judicial, mas a questão não se afigura tão simples quanto ao caráter não cautelar das medidas e sua aproximação com o que Geraldo Prado entendeu como uma antecipação da punição, porquanto é necessário analisar a medida concretamente em si.

É o que será feito especificamente em relação à medida cautelar de internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável.

2.3. Admissibilidade e fundamentos específicos da internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável

O artigo 319, VII, do CPP, estabelece a "internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os

20. PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. Comentários aos artigos 311-318 na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal:* prisões e suas alternativas: Comentários à Lei 12.403 de 04.05.2011. São Paulo: Ed. RT, 2011.
21. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 348.
22. Idem.

peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver riscos de reiteração". Para aplicação da medida exige-se, cumulativamente, que: a) o crime tenha sido praticado com violência ou grave ameaça; b) seja comprovada pelo perito a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade do agente; c) exista o risco de reiteração criminosa.

Das três exigências legais referidas, é possível verificar que a primeira se trata de um caso de admissibilidade, a segunda configura um requisito formal para sua aplicação e a última constitui um fundamento específico dessa medida cautelar.

Com efeito, na prisão preventiva, antes da análise dos fundamentos (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*), faz-se necessário verificar se a prisão é admissível na forma do art. 313 do Código de Processo Penal, ou seja, (1) se o crime é doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; (2) se o investigado ou acusado já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressaltado o caso do art. 64 do Código Penal; ou (3) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Ocorre que às medidas cautelares diversas da prisão não se aplicam os casos de admissibilidade, de tal forma que apenas os fundamentos da prisão preventiva são necessários para que o juiz aplique uma (ou mais, em razão da cumulatividade) medida cautelar diversa da prisão.

Todavia, no caso específico da cautelar de internação provisória, antes de se analisarem os fundamentos, deve ser verificado se a mesma é admissível, isto é, se o crime do investigado ou acusado foi praticado com violência ou grave ameaça. Uma vez que se verifique ser admissível, passa-se à análise dos fundamentos.

Como visto anteriormente, os fundamentos das medidas cautelares diversas da prisão são os mesmos da prisão preventiva: o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Ocorre que, especificamente quanto à medida cautelar de internação provisória, o *periculum libertatis* tem outra compreensão.

Em relação ao *fumus commissi delicti* nada muda especificamente em relação à medida cautelar de internação provisória. Em outras palavras, tal como consta do art. 312 do Código de Processo Penal, é preciso haver prova da existência do crime e indícios de sua autoria. Contudo, o *periculum libertatis* não é aquele previsto para a prisão preventiva no art. 312 do Código de Processo Penal, mas especificamente a existência de "riscos de reiteração".

Essa expressão traz em si dois graves problemas: (1) sua incompatibilidade com a presunção de inocência e (2) a presunção de um fato futuro.

O primeiro problema, que diz respeito à incompatibilidade com a presunção de inocência, decorre do fato de que não se pode afirmar que alguém reiterará uma prática criminosa antes de ter sido julgado, ao mesmo tempo em que a Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos afirmam que todos são considerados inocentes (termo usado pela Convenção) ou não culpados (conforme a Constituição) até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (no caso da Constituição) ou até a prova legal da culpa (no caso da Convenção). Ninguém pode reiterar o que presumidamente não fez.

O segundo problema é que ainda que se ignorasse a presunção de inocência, afirmar que alguém vai ou tem uma grande probabilidade de reiterar uma conduta criminosa seria um claro exercício de adivinhação, "completamente subjetiva e impossível de ser aferida"[23]. O que ocorre aqui, na realidade, são duas presunções: (1) presunção de culpa e (2) presunção de reiteração.

Mas por que especificamente esta medida se fundamenta em duas presunções? Estamos com Aury, quando afirma que "pode representar um grave retrocesso essa internação provisória do inimputável ou semi-imputável, pois significa a aplicação da medida de segurança cautelar, fundada na 'periculosidade' do agente"[24].

E o pior, como o pressuposto da aplicação dessa verdadeira medida de segurança não é o julgamento, que ainda não terá havido, há um vínculo dessas presunções com a aferição da inimputabilidade ou semi-imputabilidade pelos peritos, o que ratifica a conclusão de que o fundamento é, na realidade, a periculosidade da pessoa, nada tendo a ver com o fato que deveria ser o objeto do julgamento.

Faz-se necessário, portanto, aportar as considerações críticas ao requisito dessa específica cautelar, consistente na comprovação pelo perito da inimputabilidade ou da semi-imputabilidade do agente.

2.4. Aportes críticos à internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável e ao requisito do exame pericial

Primeiramente, há que se destacar que o legislador, ao estabelecer a medida cautelar de internação provisória, não especificou o local de internação, nem tampouco o limite máximo de cumprimento.

O art. 96 do Código Penal prevê que as medidas de segurança detentivas (ou de internação) devem ser cumpridas em Hospital de Custódia e Tratamento

23. LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 666.

24. Idem.

psiquiátrico, ou à falta, em outro estabelecimento adequado. Esse artigo do Código Penal, por si só, já é problemático ao prever a possibilidade de internação "em outro estabelecimento adequado", proporcionando assim internações indevidas em estabelecimentos prisionais comuns. Devido à omissão do legislador e por analogia, o juiz poderá determinar os locais explícitos (e subentendidos) no referido artigo do Código Penal para a internação provisória, abrindo brechas para mais violações aos dispositivos da Lei 10.216/01, que em hipótese nenhuma autoriza a internação em cadeias públicas ou delegacias[25]. Pelo contrário, a Lei Antimanicomial, fruto da reforma psiquiátrica[26], fundamenta-se na cidadania plena dos pacientes, determinando que a internação, em qualquer de suas modalidades, somente ocorra quando os recursos extra-hospitalares forem ineficazes e em locais dignos e adequados. Ou seja, a própria internação "provisória", como "inovação" legislativa, vem na contramão do que se aplica como medida de segurança em casos graves de crimes punidos com reclusão, segundo Haroldo Caetano:

> Impõe-se agora uma nova interpretação da regra do parcialmente derrogado art. 97 do CP conjugadamente com o art. 4º, *caput*, da Lei 10.216/2001, de forma que, mesmo que o fato seja punível com reclusão, deve o juiz preferir a medida de segurança não detentiva, utilizando a internação apenas nos casos em que esta severa medida mostrar-se comprovadamente necessária. Entretanto, não havendo recursos extra-hospitalares suficientes e uma vez determinada pelo juiz a internação, esta deve obedecer aos estreitos limites definidos pela Lei da Reforma Psiquiátrica, sendo obrigatoriamente precedida de "laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos" (art. 6º, *caput*), vedada a internação, mesmo quando imposta como medida de segurança, sem a recomendação médica de sua real necessidade[27].

25. Sobre essas denúncias ver o relatório do censo 2011 (DINIZ, Débora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil*: censo 2011. Brasília: Editora UNB, 2013).
26. Em resumo, as diretrizes da reforma psiquiátrica são: a) ampla mudança do atendimento público em Saúde Mental, garantindo o acesso da população aos serviços e o respeito a seus direitos e liberdade; b) novo modelo de tratamento com pleno convívio familiar e comunitário; c) fortalecimento da rede extra-hospitalar: Centro de Atenção Psicossocial – CAPS, Residências Terapêuticas, Ambulatórios, Centros de Convivência; d) as internações, quando necessárias, são feitas em hospitais gerais ou nos CAPS/24 horas. Os hospitais psiquiátricos de grande porte vão sendo progressivamente substituídos/extintos.
27. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. Centro de apoio operacional de defesa do cidadão. *Implementação da reforma psiquiátrica na execução das medidas de segurança.* Texto: Haroldo Caetano. Goiás, 2009. p. 16.

Cabe destacar ainda que os semi-imputáveis, que no referido artigo também estão submetidos à internação cautelar, se condenados, a lei prevê que "a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento" (art. 26 do Código Penal). E somente se necessitar o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos (art. 98 do Código Penal). Ou seja, o presente dispositivo prevê uma internação cautelar ao sujeito, sem previsão de durabilidade, que se condenado for, não será internado.

Sobre a ausência de limitação temporal da internação provisória, este mesmo erro está previsto no art. 97, § 1º, do Código Penal sobre a duração das medidas de segurança (detentiva e ambulatorial). No entanto, o STF, desde 2005, expôs a proibitiva de que:

> A interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos[28].

Na mesma linha, em maio de 2015, o STJ aprovou uma súmula que, embora não tenha efeito vinculante, serve de orientação a toda a comunidade jurídica sobre a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal, que tem a missão constitucional de unificar a interpretação das leis federais. Em conformidade com o entendimento do STF, a Súmula 527 do STJ expõe que "o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado".

Levando-se em consideração os entendimentos pacificados dos Tribunais Superiores e dos dispositivos da Lei Antimanicomial, e tratando-se de uma internação provisória (o que já é equivocado e complexo), seria minimamente prudente que o Legislador tivesse especificado limites máximos de duração para não gerar abusos, aplicações arbitrárias e ilegais como ocorre de forma recorrente com as prisões provisórias no Brasil e na América Latina[29].

---

28. *Habeas Corpus* 84.219, relator ministro Marco Aurélio, julgamento em 16.08.2005, Primeira Turma, *DJ* de 23.09.2005. No mesmo sentido, houve votação do ministro Ricardo Lewandowski (HC 98.360, julgamento em 04.08.2009, 1ª Turma, *DJe* de 23.10.2009) e do Min. Cezar Peluso (HC 97.621, julgamento em 02.06.2009, 2ª Turma, *DJe* de 26.06.2009).

29. Assim aponta o Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas, elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: [www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf].

Outro aspecto importante e perigoso do dispositivo versa sobre a confirmação da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente ao tempo da ação ou omissão por parte da perícia, como visto no item anterior.

Aqui recai uma questão crucial: com quais instrumentos se pode comprovar empiricamente que uma pessoa é materialmente sã ou doente, ou, inclusive, que era momentaneamente desconhecedora do que fazia ao tempo da ação ou omissão?

Na verdade, parece comprovada a tendência de "supervalorização da periculosidade criminal no exame psiquiátrico, com inevitável prognose negativa do inimputável"[30], assim como, por outro lado, parece óbvia a confiança ingênua dos operadores jurídicos na capacidade do psiquiatra de prever comportamentos futuros de pessoas consideradas inimputáveis ou semi-imputáveis, ou de determinar e quantificar a periculosidade de seres humanos.

Para Foucault, na perícia psiquiátrica trabalha-se com a noção de perversão – que permite costurar conceitos médicos e jurídicos – e a noção de perigo – que permite justificar e fundar em teoria uma cadeia ininterrupta de instituições médico-judiciárias. "Perigo e perversão: é isso que constitui a espécie de núcleo essencial, o núcleo teórico do exame médico-legal"[31].

Insistindo na mesma linha, percebe-se o exame como um maximizador de poder. "É um instrumento que permite impor ao acusado uma inércia, um assujeitamento que escapa inclusive ao modelo inquisitorial. A sofisticação é retirar do acusado qualquer possibilidade de fala"[32].

Venturini esboça bem o problema das perícias psiquiátricas que apresentam uma fisionomia técnico-científica anacrônica:

> A linguagem é estereotipada; o desenvolvimento e o tipo de indagações são comprimidos em uma visão da psicopatologia predominantemente biológica e tradicional; a argumentação se concentra em um raciocínio centrado no "juízo consumado". Para compensar o esquema convencional e previsível, concedem-se longas citações, reveladoras da situação crítica de uma ciência que, como a psiquiátrico-forense, raramente consegue se ancorar em sólidas certezas científicas. Na realidade, dever-se-ia admitir que o problema da indeterminação atinge toda a psiquiatria. Com efeito, bastaria considerar que a hipótese multifatorial da doença mental, adotada em nossos dias, demonstra

30. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena*... cit., p. 193.

31. FOCAULT, Michel. *Os anormais*... cit., p. 43.

32. GLOECKNER, Ricardo; AMARAL, Augusto Jobim do. *Criminologia e(m) crítica*. Curitiba: Editora Champagnat – PUC-PR; Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013. p. 350.

> exatamente a subsistência de uma não resolvida crise epistemológica da disciplina e a tentativa de chegar a um compromisso, diante de sua incapacidade de se reconhecer em um paradigma definível cientificamente[33].

Afirma ainda Aury Lopes Jr.[34] que, considerando a urgência inerente às cautelares, nem sempre haverá condições de se fazer um exame de insanidade como necessário e, com isso, poderá ser criada a situação do "inimputável provisório" – portanto, absolutamente ilegal – correndo o risco, posteriormente, de o laudo definitivo ser bem diferente.

O que se verifica, portanto, é não apenas o fundamento da medida em duas presunções (de culpa e de reiteração), mas ser baseado em uma perícia provisória, remetendo o sistema penal a um sistema psiquiátrico, de tal forma que se faz necessário abordar esta tradição brasileira.

3. O ranço do tradicionalismo penal-psiquiátrico no processo penal brasileiro

Vive-se no século XXI com fortes pulsões à sombra do século XIX. É a era da medicalização, da normalização e da produção de doenças, no sentido da determinação social dos transtornos mentais que compõem o atual e "moderno" modelo de *psiquiatrização do cotidiano*.

Já não se debate a fragilidade epistemológica de conceitos como transtornos mentais, doenças, distúrbios, desordens mentais etc. Isso porque, como cuidadosamente trabalhou Thomas Szasz[35], a "doença mental é metáfora[36], [...] a terapia é inexistente e a custódia é apelidada de tratamento", ou seja, as pessoas são confinadas em hospitais psiquiátricos não por serem "perigosas" nem por serem

33. MATTOS, Virgílio de (Org.); VENTURINI, Ernest; CASAGRANDE, Domenico; TORESINI, Lorenzo. *O crime louco*. Trad. Maria Lúcia Karam. Brasília: CFP, 2012. p. 228.

34. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

35. SZASZ, Thomas. *Ideologia e doença mental:* ensaios sobre a desumanização psiquiátrica do homem. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1977. p. 111-118.

36. Insiste-se nesse quesito, trazendo novamente as explicações de Szasz: "Se por doença denominamos uma desordem do mecanismo psicoquímico do corpo humano, então podemos afirmar que o que chamamos de doenças mentais funcionais não são doenças em absoluto. Pessoas consideradas portadoras de tais desordens são socialmente marginais ou inaptas, ou estão em conflito com indivíduos, grupos ou instituições. Já que não sofrem de nenhuma doença, é impossível 'tratá-las' de qualquer doença. [...] Em resumo, o confinamento de pessoas que sofrem de psicoses funcionais serve a propósitos morais e sociais mais que médicos e terapêuticos" (SZASZ, Thomas. Op. cit., p. 113).

"mentalmente insanas", mas por serem bodes expiatórios da sociedade cuja perseguição é justificada pela propaganda e retórica psiquiátrica. Porém, ressalva o autor, qualquer classificação, mesmo falsa, é uma forma de limitar o comportamento do outro dentro de uma categoria e serve de esperança para um domínio bem-sucedido, pois, se é difícil controlar um homem, "pior ainda é não controlá-lo, reconhecer sua autonomia e respeitar sua liberdade". Logo, a privação da liberdade do "louco perigoso" é um tranquilizante, uma terapêutica social.

As "classes perigosas" surgidas no final do século XIX, ligadas à noção do sujeito "doente e perigoso", encontravam-se no rol dos indesejáveis, social e politicamente determinados. Essa demanda produziu uma estratégia sofisticada e precisa, capaz de sustentar um mecanismo de (bio) poder duradouro, científico e eficaz (enquanto eficácia invertida) que desaguou diretamente no Sistema de Justiça Criminal.

Essa (re) produção socioindividual da necessidade de *controle penal-psiquiátrico* no Brasil pautou-se em três eixos básicos: *criminalidade/anormalidade* (a aproximação entre crime e doença entendida pelo viés da antropologia criminal desenvolvida e modificada ao longo dos anos), *periculosidade* (associada diretamente ao "louco-criminoso"), *medo/insegurança* (conceito intrínseco à doença mental e às relações sociais modernas). A construção do estereótipo do criminoso no século XIX com todos os seus atributos (negro/miscigenado, pobre, doente, degenerado, perigoso etc.), somada à tônica do medo[37] – que, segundo Robert Castel[38], é o alicerce das sociedades modernas, pois não encontram em si

37. Segundo Bauman, o medo do século XX é fruto de um duplo movimento: por um lado, é nas grandes áreas urbanas que se concentram as funções mais avançadas do capitalismo. [...] As cidades tornam-se objeto de novos e intensos fluxos de população e de uma profunda redistribuição de renda. Essa cidade social-democrata que se afirmou no segundo pós-guerra torna-se ameaçada em suas fundações, pois o tecido social é submetido a intensas pressões que produzem uma verticalização crescente. O efeito desse duplo movimento é evidente na vida cotidiana de quem mora na cidade contemporânea: enquanto os bairros centrais são valorizados e tornam-se objeto de grandes investimentos urbanísticos, outras áreas são corroídas pela degradação e tornam-se marginais. Quem possui recursos econômicos ou tem condições de deslocar-se tenta se defender criando verdadeiros enclaves nos quais a proteção é garantida por empresas privadas de segurança, ou transferindo-se para áreas mais tranquilas e nobres. Os mais pobres são forçados, ao contrário, a suportar as consequências mais negativas das mudanças. Isso só pode gerar um crescente e difuso sentimento de medo. Se essa é a dinâmica estrutural a que estão sujeitas as cidades, não surpreende que alguns especulem com o medo, transformando-o na base de uma política de controle e repressão (BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. p. 08-09).

38. CASTEL, Robert. *A insegurança social:* o que é ser protegido? Petrópolis: Vozes, 2005.

a capacidade de assegurar proteção – (re) legitimaram a ideologia da defesa social, a política recrudescida de controle e repressão, o direito penal moderno autodefinido como *direito penal de tratamento*[39] e um processo penal psiquiatrizado pautado no perigosismo.

A execução atual da engrenagem penal-psiquiátrica no Brasil é o que se pode dizer de "leitura mais conservadora do sistema político-criminal da escola positiva"[40], por se manifestar de forma rígida e combativa à anormalidade biológica do "delinquente".

O surgimento dessas *novas classes perigosas*[41] – reconhecidas por Bauman como aquelas consideradas incapacitadas para reintegração e classificadas como não assimiláveis, porque não saberiam como se tornar úteis nem depois de uma "reabilitação" – provocou, no século XX, um processo de exclusão não como algo remediável e momentâneo, mas definitivo, ativamente encorajado pela *sociedade líquida*[42]. Esse modo permanente, característico das instituições totais destinadas a pessoas em sofrimento psíquico (com cometimento de injustos penais ou não), dá o alívio e a tranquilidade necessários ao convívio social. "A 'morte' de cada 'malvivente' surte efeitos farmacêuticos sobre os bem-viventes"[43]. E é importante que se diga o óbvio: *o Estado psiquiatriza o perigo público, enjaula e joga a chave fora.*

Não se teve nenhuma ruptura histórica com os antecessores da medicina social (e psiquiátrica) que governaram o País. Pelo contrário, do acúmulo histórico sobreveio a reprodução e repaginação da "política psiquiatrizada" novecentista,

39. "Na era do industrialismo, a disciplina é mais sutil. Não se centra na programação de seleção de inimigos para eliminá-los, mas na submissão de massas e nações para incorporá-las à sua tecnologia e torná-las funcionais para o poder industrial. Seu principal objetivo não é matar, mas domesticar para explorar. Isso tende a criar uma humanização das penas: do corpo se passa à alma e a pena privativa de liberdade se expande". (BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et. al. *Direito penal brasileiro I:* teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 395).

40. LILLY, Robert; CULLEN, Francis; BALL, Richard. *Criminological theory.* Londres: Sage, 1995. p. 31-37.

41. O autor chama de novas classes perigosas porque as originais eram constituídas por gente em "excesso", temporariamente excluída e ainda não reintegrada, que a aceleração do progresso econômico havia privado da utilidade funcional, e de quem a rápida pulverização das redes de vínculos retirava, ao mesmo tempo, qualquer proteção. (BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*... cit., p. 22).

42. Sobre o tema, ver: BAUMAN, Zymunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

43. GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar:* a escola do mundo ao avesso. Porto Alegre: L&PM, 2010. p. 81.

gestora dos corpos e das mentes, com os seus vínculos fortes com a (nova?) política criminal atuarial, em que é primordial prever, analisar e disciplinar eventos, ainda que hipotéticos, visando o bem-estar coletivo.

No entre-lugar entre o moderno e o pós-moderno, vive-se a era da normalização e da operação terapêutica, da psiquiatrização do cotidiano, campos por onde se dá o exercício do poder e do controle social. Trata-se de uma dimensão biopolítica extremamente complexa e sofisticada, na qual a herança do saber médico penetrou em diferentes instâncias de poder, e como já foi destacado anteriormente, a dialética entre o normal e o patológico é que dita a diretriz do regimento da sociedade e não mais os códigos tradicionais[44].

4. A herança da periculosidade do agente

O *indivíduo perigoso* construído no Brasil[45], oficialmente a partir do século XIX, passa a ser o principal alvo de intervenção punitiva, tornando-se o fio condutor subsequente do desenvolvimento das legislações no âmbito das ciências criminais e *psi*, bem como da Política Criminal oficial.

Com o Código Penal de 1940, a periculosidade, definida como probabilidade de delinquir, passa a ser um dos pressupostos das medidas de segurança, assim definida por um perito médico que garantirá a segurança do diagnóstico e a legitimidade da imposição da sanção.

É assim que o Estado Penal-Psiquiátrico funciona como *reação à periculosidade (presumida) do agente* – adepta ao tradicional direito penal do autor –, ou seja, além de esta ser um requisito da dogmática penal de imposição da medida de segurança, após o incidente penal, o núcleo duro do processo penal (tanto na fase de instrução como de execução) também está voltado (única e exclusivamente) para a questão subjetiva do agente, ou seja, para a probabilidade de cometer novos crimes em decorrência da sua condição biopsicológica supostamente "comprovada" pela ciência médica. "O direito de punir, mesmo do século XIX, foi modulado não somente a partir do que os homens fazem, mas a partir do que eles são ou daquilo que se supõe que eles sejam"[46] e cada vez mais, no nível do

44. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* Rio de Janeiro: Graal. 1979. p. 193-207.

45. Sobre o paradigma racista-higiênico-normalizador-disciplinar dos "alienados fabricados", ver: CASTELO BRANCO, Thayara S. *A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil*. Belo Horizonte: D´Plácido, 2016.

46. FOUCAULT, Michel. *Ética, sexualidade, política (ditos e escritos V)*. Organização e seleção de textos Manoel Barros da Motta. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 24.

funcionamento, "os juízes necessitam acreditar que eles julgam um homem tal como ele é e segundo aquilo que ele é"[47].

É a nova psiquiatria – que desponta no século XIX – que apresenta essa subjetividade criminosa, ou seja, o crime patológico que tem por motivo aquilo que está fora de sua responsabilidade. O psiquiatra entra como uma modalidade de poder[48] nessa esfera, tratando o perigo social como uma enfermidade e atribuindo a necessidade do exame psiquiátrico para legitimar a sanção, fornecendo um nexo causal a cada momento processual. O exame, então, "edifica um mecanismo de distribuição do poder-dizer a outros protagonistas, externos ao campo jurídico, são eles: médicos, psicólogos e psiquiatras" [49], os juízes paralelos do processo penal.

Essa periculosidade, que se viu ressignificada nos últimos tempos pela retórica do risco, justificando o paradigma segregacionista, sugere agora um questionamento importante que não gira mais em torno do ponto se o confinamento protege ou não a sociedade, mas sim, de qual perigo o confinamento verdadeiramente protege? Tentando aclarar esse ponto, necessária se faz uma referência sobre a questão dos *racismos*.

Os racismos[50] como mecanismos fundamentais de poder surgem como um corte entre o que deve viver e o que deve morrer. No campo biológico da espécie humana a que se dirige o biopoder, a distinção e a hierarquia das raças surgem como maneiras de desqualificar grupos em relação a outros. Outra função é deixar morrer para garantir a sobrevivência; em outros termos, a morte da raça ruim, inferior, garantirá a vida sadia dos demais. Em uma sociedade de normalização, *o direito de matar do Estado necessariamente passa pela trilha do racismo*, afirma Foucault. E foi por esse eixo que se estabeleceu o vínculo entre a teoria biológica e o discurso de poder e se encontrou "uma maneira de pensar as relações de

47. FOUCAULT, Michel. *Ética, sexualidade, política (ditos e escritos V)*... cit., p. 25.

48. Isso porque, nesses casos, subtrai-se a capacidade do sujeito e sua possibilidade de confissão, confissão esta que além de reconhecer a responsabilidade do acusado, a partir do século XVIII passou a admitir a soberania e a legitimar a punição. Já que não há responsabilidade e possibilidade de confissão, fez-se necessário criarem-se outros artifícios que legitimasse a sanção penal, por isso a importância dos exames e dos médicos psiquiatras. Sobre o assunto, ver em: FOUCAULT, Michel. *Obrar mal, decir la verdad:* la función de la confesión em la justicia. Curso de Lovaina. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 1981.

49. GLOECKNER, Ricardo; AMARAL, Augusto Jobim do. Op. cit. p. 351.

50. Não o racismo propriamente étnico, mas também do tipo evolucionista, biológico, científico.

colonização, a necessidade das guerras, a criminalidade, o fenômeno da loucura e da doença mental, a história das sociedades com suas diferentes classes, etc."[51]

Dessa forma, a raça adversa, o miscigenado (degenerado[52]) representa o perigo biológico das raças declaradas superiores e os racismos asseguram a mortificação na economia do biopoder. A noção de degeneração permite ligar o menor dos criminosos a todo um perigo patológico para a sociedade e para a espécie humana[53]. Os racismos modernos, assinalados por Foucault, tratam de uma técnica de poder utilizada pelo Estado para exercer o mecanismo de eliminação ou contenção e não uma simples ideologia ou uma espécie de operação biológica[54]. Faz todo o sentido observar que o combate à criminalidade foi pensado através dos racismos, justificando e legitimando a eliminação do criminoso perigoso ou seu isolamento. De igual forma se deu com a loucura e as diversas anomalias.

Alinhado a Foucault, Franco Basaglia[55] endossa que os racismos são a busca do bode expiatório dentro de um grupo, a necessidade de excluir a parte de si que se tem medo, a parte que se teme por ser inacessível. É um modo de negá-lo em si mesmo, negando o outro; de afastá-lo, excluindo os grupos em que foi reificado.

Foram os racismos científico e biológico, utilizados pela medicina (psiquiátrica), que inspiraram e afirmaram o conceito de periculosidade e ditaram o plano de inocuização e extermínio como fundamento do direito de prevenir comportamentos futuros. E respondendo ao questionamento inicial, é desse "perigo" (?) que o Estado penal-psiquiátrico, com suas estratégias de confinamento e eliminação, supõe querer proteger a sociedade.

Nesse ponto, o "perigo" é posto em questão porque, devido aos usos e abusos de diagnósticos psiquiátricos, poder-se-ia concluir que nada significam, mas não é bem assim.

> Quando os psiquiatras chamam as pessoas de "paranoicas" ou "compulsivas", em geral se referem a algo tão real como a pele escura de um negro ou a pele

51. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 304-307.
52. Sobre a teoria da degenerescência, ver: MOREL, Benedict-Augustin. *Traité des dégénérescences physiques, intelectuelles et Morales de l´espèce humaine et les causes qui produisent ces variétés maladives*. Paris: Baillière, 1857.
53. FOUCAULT, Michel. *Ética, sexualidade, política (ditos e escritos V)*... cit., p. 19.
54. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*... cit., p. 308-309.
55. BASAGLIA, Franco. *Escritos selecionados em saúde mental e reforma psiquiátrica.* Org. Paulo Amarante. Trad. Joana Angélica d'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Garamond, 2005. p. 37.

> rósea de um homem branco. A questão não é que os diagnósticos psiquiátricos não tenham significado, mas que podem ser, e geralmente são, usados como cassetetes semânticos: golpear a respeitabilidade e dignidade do sujeito o destrói, efetiva e frequentemente, mais do que golpear seu crânio. A diferença é que o homem que empunha um cassetete é reconhecido por todos como uma ameaça pública, mas aquele que empunha um diagnóstico psiquiátrico não é[56].

Apesar de vazios, monótonos e impessoais – segundo Hulsman e Jacqueline Celis[57] – tais diagnósticos empreendem consequências desastrosas, que vão desde a fixação de estereótipos e invalidação dos seres humanos à inocuização cautelar, como no caso do art. 329, VII, do CPP.

Por isso, Zaffaroni sinaliza que a periculosidade e seu ente portador (o perigoso) ou inimigo onticamente reconhecível, cedo ou tarde, devido à sua segurança individualizadora, termina na supressão física dos inimigos. "O desenvolvimento coerente do perigosismo, mais cedo ou mais tarde, acaba no campo de concentração".[58]

Com efeito, a periculosidade social não corresponde a nenhum dos critérios que constroem o diagnóstico psiquiátrico sobre os quais se funda o método científico e não se reveste de qualquer valor terapêutico, cumprindo, tão somente, a função de defesa social. Segundo Venturini[59], o juízo de periculosidade se funda em um critério de probabilidade, muito mais que de possibilidade: expressa, do ponto de vista estatístico, uma perspectiva de recaída no evento negativo superior a 50%. Esse critério, que talvez seja válido em alguns âmbitos médicos, é totalmente arbitrário no campo psíquico, porque o comportamento humano é extremamente complexo e não pode ser facilmente reduzido a estatísticas.

Ainda sob essa perspectiva, a face que se expõe é o tipo de relação que se tem com esse "doente/criminoso", previamente selecionado. O significado estigmatizante e todas as consequências da doença mental imposta variam de acordo com essa abordagem. Ou seja, confirmam a perda do valor social do indivíduo muito anterior à suposta doença, enquanto entidade mórbida. Essa, por sua vez, "adquire significados concretamente distintos segundo o nível socioeconômico

56. SZASZ, Thomas. Op. cit., p. 194.
57. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas:* o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: LUAM, 1993. p. 81.
58. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 104.
59. MATTOS, Virgílio de (Org.); VENTURINI, Ernest; CASAGRANDE, Domenico; TORESINI, Lorenzo. Op. cit., p. 237.

de quem está doente"[60]. Tudo vai depender de quem se trata e não da doença que se impõe ou do incidente penal supostamente cometido.

A indissociabilidade preconceituosa e institucionalizada entre sofrimento mental e perigo é o fundamento desse sistema processual/penal psiquiatrizado que trabalha no funcionamento da punição (retributiva) como técnica de transformação individual, contenção dos riscos e prevenção, assim como na procura dos estigmas patológicos para marcar os rotulados como "perigosos".

5. Considerações finais

O que se verifica pela fundamentação exposta é que o inciso VII do art. 319 do Código de Processo Penal, apesar de fruto de um processo de reforma e pretendida modernização do sistema de cautelares e sua adequação aos paradigmas de proteção de direitos e garantias processuais da Constituição brasileira e convenções das quais o Brasil é signatário, traz consigo o tradicionalismo penal-psiquiátrico do processo penal novecentista brasileiro.

Trata-se de uma medida supostamente cautelar diversa da prisão que, sob o aspecto ontológico, em nada diverge da Medida de Segurança detentiva. Mas é ainda pior.

Isso porque essa medida não se fundamenta na instrumentalidade que deveria legitimar as medidas cautelares. Ao contrário. Ainda que se admita que a instrumentalidade pode ter um duplo viés, ou seja, garantir o processo ou a investigação, bem como assegurar a aplicação de eventual pena, essa medida não tem nenhuma dessas finalidades.

Como bem observa Badaró[61], as medidas constantes do art. 319 do Código de Processo Penal, que têm por fundamento evitar a prática de novas infrações, o que é o caso dos incisos II, IV e VII, são apenas rotuladas de cautelares.

Na verdade, são medidas que visam, em tese, uma prevenção especial, o que é apontado pela doutrina tradicional como finalidade da pena[62]. No caso específico do inciso VII, a internação provisória fundada no risco de reiteração se baseia

60. BASAGLIA, Franco. Op. cit., p. 99.

61. Op. cit., p. 1001.

62. Ronaldo Bezerra dos Santos aponta que a prisão provisória, nos moldes brasileiros, é uma espécie de pena antecipada e tem por fundamento a relação com as finalidades da pena pela prisão de natureza provisória (SANTOS, Ronaldo Bezerra dos. *A prisão cautelar e seu aspecto jurídico como pena processual antecipada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 213 e ss.).

em duas presunções (de culpa e de reiteração), que além de afastarem a natureza cautelar, corroboram, como dito, a tradição penal-psiquiátrica brasileira.

A internação decorrente da incidência do inciso VII do art. 319 do Código de Processo Penal é, em realidade, uma medida de segurança aplicada antecipadamente, sem que o fato tenha sido julgado, fundado na periculosidade do agente, no qual o *saber médico psiquiátrico se sobrepõe ao jurídico e se estabelece um direito penal do autor.*

Punir o delinquente, sem julgamento, por suas características pessoais é a vitória histórica das premissas da escola positiva. Significa principalmente fortalecer uma legitimação ilimitada de uma punição do delinquente em detrimento do delito cometido. É uma porta escancarada por onde adentrou, avançou e se perpetua a defesa social sem limites em seu maior grau. Há uma rigorosa e econômica mecânica da lei que possibilitou e deu espaço à plêiade de saberes e a inflação de instâncias anexas à judicial, todas prontas a parasitar, com medidas individualizantes em termos de norma, e a legitimar o sistema penal[63].

E pior, incorrer novamente na (in)determinação do prazo máximo é cair na armadilha da intersecção entre o direito e a medicina e o poder dos laudos psiquiátricos autorizadores de prisões/internações perpétuas – (in)constitucionais. Continuam tentando neutralizar a periculosidade em nome de uma nova defesa social. A avaliação sobre a periculosidade é sempre um procedimento de alta especialização e potenciais incertezas. Certezas essas que acabam "determinando um padrão universal de mediocratização dos laudos, desfavoráveis como regra, premidos talvez pelo temor da libertação desavisada"[64].

6. Referências

AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva:* a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014.

BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

BASAGLIA, Franco. *Escritos selecionados em saúde mental e reforma psiquiátrica*. Org. Paulo Amarante. Trad. Joana Angélica d'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

63. AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva*: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014. p. 259-263.

64. DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. *As razões da tutela*. Rio de Janeiro: Te Corá, 1992. p. 9-11.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro I:* teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Nova prisão cautelar:* doutrina, jurisprudência e prática. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

CAMPOS, Francisco. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal. DOU* 13.10.1941.

CASTEL, Robert. *A insegurança social:* o que é ser protegido? Petrópolis: Vozes, 2005.

CASTELO BRANCO, Thayara S. *A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil*. Belo Horizonte: D´Plácido, 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal:* comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. v. 1.

COSTA, Domingos Barroso da; PACELLI, Eugenio. *Prisão preventiva e liberdade provisória:* a reforma da Lei 12.403/2011. São Paulo: Atlas, 2013.

DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. *As razões da tutela.* Rio de Janeiro: Te Corá, 1992.

DINIZ, Débora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil:* censo 2011. Brasília: Editora UNB, 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais diversas da prisão: Brasil e Itália. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coords.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior.* Rio de Janeiro: G/Z, 2014. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=105096]. Acesso em: 31.01.2018.

FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais diversas da prisão: Brasil e Portugal. In: SILVEIRA; Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Orgs.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=111521]. Acesso em: 31.01.2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal. 1979.

FOUCAULT, Michel. *Obrar mal, decir la verdad:* la función de la confesión em la justicia. Curso de Lovaina. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 1981.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade:* curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

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

FOUCAULT, Michel. *Ética, sexualidade, política (ditos e escritos V)*. Organização e seleção de textos Manoel Barros da Motta. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar:* a escola do mundo ao avesso. Porto Alegre: L&PM, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GLOECKNER, Ricardo; AMARAL, Augusto Jobim do. *Criminologia e(m) crítica*. Curitiba: Editora Champagnat – PUC-PR; Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A reforma do Código de Processo Penal*. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13200-13201-1-PB.pdf]. Acesso em: 20.02.2017.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas:* o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: LUAM, 1993.

LILLY, Robert; CULLEN, Francis; BALL, Richard. *Criminological theory*. Londres: Sage, 1995.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões cautelares*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MATTOS, Virgílio de (Org.); VENTURINI, Ernest; CASAGRANDE, Domenico; TORESINI, Lorenzo. *O crime louco*. Trad. Maria Lúcia Karam. Brasília: CFP, 2012.

MINAGÉ, Thiago. *Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. Centro de apoio operacional de defesa do cidadão. *Implementação da reforma psiquiátrica na execução das medidas de segurança*. Texto: Haroldo Caetano. Goiás, 2009.

MOREL, Benedict-Augustin. *Traité des dégénérescences physiques, intelectuelles et Morales de l´espèce humaine et les causes qui produisent ces variétés maladives*. Paris: Baillière, 1857.

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. Comentários aos artigos 311-318 na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og. (Coord.) *Medidas cautelares no processo penal:* prisões e suas alternativas: Comentários à Lei 12.403 de 04.05.2011. São Paulo: Ed. RT, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena:* fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Ronaldo Bezerra dos. *A prisão cautelar e seu aspecto jurídico como pena processual antecipada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SZASZ, Thomas. *Ideologia e doença mental:* ensaios sobre a desumanização psiquiátrica do homem. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A (dis)funcionalidade da medida de segurança no paradigma da reforma psiquiátrica, de Soraia da Rosa Mendes – *RBCCrim* 144/217-250 (DTR\2018\14305);
- A medida de segurança como a pior opção: por que os neurocientistas não devem dizer sobre como punir?, de Regina Geni Amorim Juncal – *RBCCrim* 130/399-426 (DTR\2017\666);
- Medida de segurança: estudo sobre a possibilidade de um modelo único de responsabilidade penal, de Regina Geni Amorim Juncal – *RBCCrim* 142/47-77 (DTR\2018\10710); e
- Perigo real ou imaginário: uma reflexão crítica e uma proposta de modelo alternativo ao exame de verificação de cessação da periculosidade vigente no código penal brasileiro, de Cezar Augusto Rodrigues Costa, Katia Mecler, Liana Escovedo Selles, Renata Fernandes de Oliveira e Tiago Mascarenhas da Costa Marques – *RBCCrim* 144/323-355 (DTR\2018\14323).

Terrorismo: perspectivas políticas e psicanalíticas

Terrorism: political and psychoanalytic perspectives

Amanda Bessoni Boudoux Salgado
Doutoranda em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
amandabessonibs@gmail.com

José Roberto Macri Jr.
Doutorando em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
macrijunior@hotmail.com

Recebido em: 16.01.2018
Aprovado em: 21.03.2018
Última versão do(a) autor(a): 09.05.2018

Áreas do Direito: Penal, Filosofia

Resumo: A despeito da ausência de uma definição universalmente aceita de terrorismo, pode-se afirmar que a sua caracterização geral reside no uso deliberado de violência dirigida a um grande público, com o objetivo de coagir a comunidade ou o governo a atender exigências de motivação política e/ou ideológica. O presente artigo discute alguns aspectos centrais relacionados à temática do terrorismo, partindo de uma perspectiva psicanalítica com o intuito de questionar a melhor forma de enfrentar esta manifestação extrema de violência. Tratamos, inicialmente, das disfunções provocadas pelo contexto de violência nos níveis individual, grupal e cultural. Posteriormente, são apontados fatores que podem, em maior ou menor grau, influenciar a formação de grupos terroristas, destacando-se, no entanto, que a junção dos elementos é particularmente determinante. O terceiro aspecto analisado diz respeito aos papéis que a desumanização, o ódio

Abstract: In spite of the absence of a universally accepted definition of terrorism, it can be said that its general characterization is the deliberate use of violence directed at a large public, with the aim of compelling the community or government to meet demands of political motivation and/or ideological. This article discusses some central aspects related to the theme of terrorism, starting from a psychoanalytical perspective in order to question the best way to confront this extreme manifestation of violence. We deal initially with the dysfunctions caused by the context of violence at the individual, group and cultural levels. Subsequently, factors that may, to a greater or lesser extent, influence the formation of terrorist groups are pointed out, although it is important to highlight that the combination of elements is particularly determinant. The third aspect analyzed concerns the roles that dehumanization, hatred and revenge

e a vingança desempenham na articulação de grupos fundamentalistas e na efetiva realização de atentados terroristas. Em seguida, abordamos os sintomas dos traumas psíquicos, individualmente e de forma coletiva (as sociedades traumatizadas). Conclui-se que as estratégias de enfrentamento ao terror devem considerar perspectivas pautadas pela reumanização e promoção do diálogo, de modo a evitar respostas irrefletidas, movidas unicamente pelo ódio e pelo desejo de vingança.

Palavras-chave: Terrorismo – Violência – Desumanização – Trauma – Diálogo.

play in the articulation of fundamentalist groups and terrorist attacks. Next, we address the symptoms of psychic trauma, individually and collectively (traumatized societies). It is concluded that strategies for coping with terror should consider perspectives based on the rheumanization and promotion of dialogue in order to avoid reckless responses, motivated solely by hatred and the desire for revenge.

Keywords: Terrorism – Violence – Dehumanization – Trauma – Dialogue.

Sumário: 1. Introdução. 2. Disfunções relacionadas à violência. 3. Fatores que podem contribuir para a formação de grupos terroristas. 4. Desumanização, ódio e vingança. 5. Trauma e consequências. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

Qualquer discussão acerca do terrorismo pressupõe um sério desafio: a definição do objeto analisado. Com efeito, a conceituação de terrorismo tem sido objeto de longas polêmicas.[1] Entretanto, há alguns traços comuns a todas as concepções: motivação política do ato; ação violenta; objetivo de causar ampla repercussão psicológica ("espalhar o terror"[2]); alguma inspiração ideológica; ação perpetrada por grupo subnacional ou entidade não estatal.[3]

1. Cf. HOFFMAN, Bruce. *Inside terrorism*. New York: Columbia University Press, 2006. p. 2 e ss.
2. "Em razão de utilizar por definição a violência psíquica para alcançar efeitos psicológicos em um determinado público (ou vários públicos), o terror está fadado ao palco e, por isso, sempre fez teatro. O teatro do terror é um espetáculo especial de pavor, seu cenário é o mundo real e suas mortes não são simuladas. O seu sentido, este teatro deve também à tríade de protagonistas, antagonistas e espectadores. Isso não impede que o medo também atinja os próprios atores – nem que as figuras sejam correlatas, mas orientadas por diferentes roteiros" (SCHEERER, Sebastian. Terror. Trad. Raphael Boldt. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 1, jan.-abr. 2016. p. 298).
3. HOFFMAN, Bruce. Op. cit., p. 48.

Tais características permitem algumas observações. Em primeiro lugar, tem-se que o terrorismo é uma violência política calculada[4], de sorte que o ato violento nunca é irracional.[5] As vítimas, em regra, são aleatórias; os alvos, não.[6] Prova evidente dessa constatação são os atentados de 11 de setembro de 2001: o *World Trade Center* e o Pentágono simbolizavam o poderio econômico e militar dos Estados Unidos.

Em segundo lugar, tem-se que a definição de terrorismo (e, consequentemente, de terrorista) é uma questão política.[7] Efetivamente, terrorista pode ser simplesmente aquele que se rebela contra o poder estabelecido.[8] E é exatamente essa a razão pela qual os terroristas jamais se percebem como terroristas. Ao contrário: julgam-se verdadeiros guerreiros da liberdade, que lutam, com as armas disponíveis, contra a opressão sofrida por seu povo.[9] O terrorista sempre tem uma "causa justa" para suas condutas: genericamente, resistência contra sistemas injustos.[10]

A atribuição da condição de terrorista é, portanto, bastante dificultada por essa inconsistência conceitual. Nesse sentido é que Sebastian Scheerer aponta que o "terror se tornou uma etiqueta que diz mais sobre o rotulado do que sobre

4. VEDANTAM, Shankar. Quando a violência se disfarça de virtude: uma breve história do terrorismo. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* Reflexões psicanalíticas sobre terror e terrorismo. São Paulo: Perspectiva, 2008. p. 5-6.
5. Com efeito, a violência não pressupõe irracionalidade ou descontrole emocional: "A distinção básica é a seguinte: a violência, ainda que irracional, traz a marca de um desejo, que pode ser voluntário, deliberado, racional e consciente (violência racional), ou inconsciente, involuntário e irracional (violência irracional)" (SÁ, Alvino Augusto de. Algumas questões polêmicas relativas à psicologia da violência. *Psicologia:* teoria e prática, 1 (2), 1999. p. 53-63).
6. VEDANTAM, Shankar. Op. cit., p. 5-6. Ver também: AKHTAR, Salman. Desumanização: origens, manifestações e soluções. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* cit., p. 130-131.
7. RODRIGUES, Thiago. Guerra e terror. In: CASTELO BRANCO, Guilherme (Org.). *Terrorismo de Estado.* 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 218.
8. Nada ilustra melhor como o conceito de terrorista é fluido como a "propaganda" conhecida como *Affiche Rouge*. Trata-se de um cartaz vermelho distribuído pelo governo colaboracionista francês e pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial. A propaganda tratava como verdadeiros terroristas os opositores ao governo da época. Terminada a guerra, com a derrota dos nazistas, os terroristas de outrora foram considerados, postumamente, heróis nacionais. Cf. RODRIGUES, Thiago. Op. cit., p. 204 e ss.
9. HOFFMAN, Bruce. Op. cit., p. 22.
10. VEDANTAM, Shankar. Op. cit., p. 7.

o rótulo."[11] Isso porque o "rótulo" de terrorista já vem acompanhado de uma valoração negativa, verdadeiro estigma que classifica o indivíduo como um fora da lei. O "poder de definição", também nas palavras de Scheerer, é o que decide qual das etiquetas prevalecerá em cada caso: a de terrorista ou a de combatente pela liberdade.

Em consequência de a definição de terrorismo ser uma questão política, costuma-se pensar que o terrorismo jamais deriva de uma ação estatal. As mortes de civis decorrentes das ações estatais são vistas como meros efeitos colaterais de guerras e intervenções militares necessárias.[12] No entanto, a verdade é que não deixa de assumir caráter terrorista o ato do Estado consistente na atemorização da população com o intuito de garantir a submissão e o controle de grupos políticos divergentes daquele que ocupa o poder. Nesse caso, o terrorismo de Estado é empregado como meio de dominação política, gerando confusão e insegurança entre os membros da comunidade, em flagrante deturpação dos objetivos para os quais a noção de Estado foi construída.[13]

A despeito da ausência de uma definição universalmente aceita de terrorismo, pode-se afirmar que a sua caracterização geral reside no uso deliberado de violência dirigida a um grande público, com o objetivo de coagir a comunidade ou o governo a atender exigências de motivação política e/ou ideológica. Segundo Tim Krieger e Daniel Meierrieks, os principais objetivos dos grupos terroristas, a curto prazo, são: (1) receber atenção pública e da mídia; (2) desestabilizar a política vigente e (3) prejudicar economias nacionais. Os objetivos a longo prazo incluem a redistribuição de poder, de influência e de riqueza.[14]

O terrorismo, compreendido como violência com motivação política, não se resume ao mero ataque de símbolos de prestígio com o objetivo de causar

11. SCHEERER, Sebastian. Op. cit., p. 300.

12. Como acertadamente observa Shankar Vedantam: "[...] alguns comentaristas argumentam que uma guerra entre Estados-nações pode ser também terrorismo – já que atos calculados de violência durante a guerra têm o intuito de criar um teatro de intimidação e forçar oponentes políticos à submissão. Essa crítica radical poderia apagar totalmente as distinções entre atos de violência calculada e premeditada individuais, extra-oficiais e os patrocinados pelo Estado" (VEDANTAM, Shankar. Op. cit., p. 12 e 17).

13. RUIZ RODRÍGUEZ, Virgilio. *Democracia y derechos humanos en México:* situación actual. Toluca, México: Centro de Estudios de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, p. 209. Ver também: CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. El terrorismo de Estado como violación a los derechos humanos, en especial la intervención de los agentes estatales. *Estudios Constitucionales*, ano 13, n. 2, p. 203-236, 2015.

14. KRIEGER, Tim; MEIERRIEKS, Daniel. What causes terrorism? *Public Choice*, v. 147, abr. 2011. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=1148682]. Acesso em 30.05.2017. p. 3.

terror. A ação terrorista sempre objetiva algum tipo de retaliação. Como anota Vedantam:

> Se o ataque não produzir resposta, um dos objetivos centrais do terrorismo falhou. O terrorismo geralmente ignorado conduz à irrelevância do movimento terrorista ou a um ataque mais dramático – um processo de escalada que, em algum momento, vai engatilhar uma resposta. Confrontado por um inimigo invisível, que não usa uniforme e pode ser de dezenas, centenas ou milhares, as respostas governamentais a movimentos terroristas subnacionais às vezes tomam como alvo um grande número de pessoas, incluindo inevitavelmente pessoas que não fazem parte da rede terrorista. Quanto mais brutal o ataque terrorista inicial, maior o risco da resposta do governo ser indiscriminada.[15]

A retaliação – que pode ser até mais agressiva do que o atentado terrorista – favorece a proliferação de comportamentos políticos extremos, reduzindo a possibilidade de posicionamentos neutros.[16] Dessa forma, a questão é reduzida a um "nós *vs.* eles". E essa redução faz com que os discursos sejam intercambiáveis. Com efeito, ambos os lados justificam seus posicionamentos com base em ideias transcendentais (Deus, a Razão, a democracia, o Estado), reivindicando a virtude.[17]

Apesar da incerteza teórica quanto aos grupos que podem ser considerados "terroristas", a história revela que o termo se popularizou e ganhou sentido como forma de combate às arbitrariedades do Estado a partir da Revolução Francesa e o reinado de Robespierre, no fim do século XVIII (1793-1794). Robespierre advogou a aplicação do terror a serviço da virtude, escolhendo a violência como forma de alcançar seus objetivos políticos.[18] Contudo, mesmo após a conquista do poder, o Grande Terror persistiu como estratégia de libertação da França da ideologia feudal. A característica principal do discurso de Robespierre era a defesa da virtude aliada ao terror, uma vez que não haveria revolução sem terror, por ele compreendido como justiça severa e inflexível diante das necessidades do povo oprimido: "virtude, sem a qual o terror é fatal; terror, sem o qual a virtude é impotente".[19]

15. VEDANTAM, Shankar. Op. cit., p. 14.
16. VEDANTAM, Shankar. Op. cit., p. 14.
17. RODRIGUES, Thiago. Op. cit., p. 217. HOBSBAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 128.
18. VEDANTAM, Shankar. Op. cit., p. 8.
19. "If virtue be the spring of a popular government in times of peace, the spring of that government during a revolution is virtue combined with terror: virtue, without which terror is destructive; terror, without which virtue is impotent. Terror is only justice prompt, severe and inflexible; it is then an emanation of virtue; it is less a distinct

O reinado de Robespierre demonstra que, frequentemente, a utilização do terrorismo não é uma escolha irracional, mas decorre de análise consciente e minuciosa. Nesse cenário, a linha que divide revolucionários e terroristas é tênue. Muitos dos movimentos, espalhados pelo mundo, de luta pela independência de governos estrangeiros foram classificados pelos seus opositores como terroristas. Na segunda metade do século XX, destacaram-se as propostas de Joseph Stalin e Adolf Hitler, igualmente apoiando-se no uso sistemático do terrorismo.

Após a Segunda Guerra Mundial, persistindo a lógica do terror como instrumento de libertação de regimes coloniais (embora não mais da forma radical como se deu na França do século XVIII, com a condenação daqueles que não apoiavam consistentemente a revolução à guilhotina), projetou-se a estrutura de terrorismo contra o Estado que é mais comum no período contemporâneo, caracterizado por grupos menores utilizando-se da violência em massa para provocar o terror, muito mais do que destruição.[20]

A dinâmica do terrorismo na atualidade incorporou novas estratégias, especialmente com o aproveitamento da tecnologia de mídia. A veiculação constante das imagens dos ataques terroristas e a cobertura massiva de tais situações, a exemplo dos atentados de 11 de setembro, consolidam o objetivo primário de causar terror, facilitando a transmissão da mensagem pretendida e intensificando o sentimento de vítima[21] daqueles que não foram alvos diretos do ataque, mas que também se sentem atingidos. É precisamente o que diferencia o terrorismo de outros tipos de crimes, o intuito de ameaçar e amedrontar vítimas indiretas, afetando a sociedade em geral como se todos fossem vítimas, ao passo que os demais crimes afetam a sociedade e o público como uma terceira parte interessada.[22]

Com a sofisticação de técnicas e a crescente utilização de homens-bomba, o terrorismo tem se manifestado com uma frequência alarmante. Segundo

---

principle than a natural consequence of the general principle of democracy, applied to the most pressing wants of the country" (ROBESPIERRE, Maximilien. *Justification of the use of terror*, 1794. Disponível em: [www.worldfuturefund.org/wffmaster/Reading/Communism/ROBESPIERRE%27S%20SPEECH.htm]. Acesso em: 07.05.2018.

20. VEDANTAM, Shankar. Op. cit., p. 10-11.

21. Acerca do fenômeno de identificação social com a vítima, ver: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. ¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), n. 11-08, 2009. p. 11. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal:* aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 50 e ss.

22. PEMBERTON, Antony. Terrorism, forgiveness and restorative justice. *Oñati Socio-legal Series* [online], 4 (3), p. 369-389, 2014. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=2467107]. Acesso em: 29.05.2017.

relatório realizado pelo Instituto de Estudos para Segurança Nacional de Tel Aviv, Israel, o ano de 2016 teve recorde de atentados terroristas suicidas: foram 469 ataques realizados no mundo, por 800 pessoas em 28 países distintos, deixando 5.650 mortos e 9.480 feridos. Os dados apontam que o principal responsável pelos atentados suicidas permanece sendo o grupo Estado Islâmico, autor de cerca de 70% dos ataques, exatamente 322.[23]

O presente artigo discute alguns aspectos centrais relacionados à temática do terrorismo, fenômeno essencialmente político que provoca uma variada gama de efeitos nocivos não somente na psique de vítimas diretas (sobreviventes), mas também no desenvolvimento das comunidades atingidas, que sofrem o temor e a ameaça da extrema violência e da destruição. Nesse sentido, utilizam-se aportes teóricos da psicanálise para a sugestão de elementos facilitadores da formação de grupos fundamentalistas, com inspiração na ideia de psicologia das massas.

O estudo tem por objetivo, a partir da descrição do problema apresentado, questionar a melhor forma de enfrentar o terrorismo, trazendo a crítica das políticas de retaliação e "guerra ao Terror" comumente adotadas pelos governos contemporâneos. Para tanto, entendemos ser conveniente abordar quatro aspectos da relação entre violência e formação de grupos. Trataremos, inicialmente, das disfunções provocadas pelo contexto de violência nos níveis individual, grupal e cultural. Posteriormente, serão apontados fatores que podem, em maior ou menor grau, influenciar a formação de grupos terroristas, destacando-se, no entanto, que a junção dos elementos é particularmente determinante. O terceiro aspecto a ser analisado diz respeito aos papéis que a desumanização, o ódio e a vingança desempenham na articulação de grupos fundamentalistas e na efetiva realização de atentados terroristas. Em seguida, abordaremos os sintomas dos traumas psíquicos, individualmente e de forma coletiva (as sociedades traumatizadas), para então discutir, em conclusão, as estratégias de enfrentamento ao terror, defendendo a necessidade de priorizar perspectivas pautadas pela reumanização e promoção do diálogo.

Quanto à metodologia adotada, trata-se de pesquisa bibliográfica, fundamentalmente teórica, que trabalha com conceitos oriundos da psicanálise (desumanização, ódio, vingança, entre outros), capazes de demonstrar o impacto do terrorismo nas sociedades atingidas. Para a exposição didática de tais conceitos, cuja pertinência no estudo da criminologia é evidente, faz-se uso de investigações

23. Ano de 2016 teve recorde de atentados terroristas suicidas, diz relatório. In: *O Dia*. Disponível em: [http://odia.ig.com.br/mundoeciencia/2017-01-06/ano-de-2016-teve-recorde-de-atentados-terroristas-suicidas-diz-relatorio.html]. Acesso em: 25.06.2017.

desenvolvidas e/ou coordenadas por Vamik Volkan[24], Professor Emérito de Psiquiatria na Universidade de Virginia e pesquisador de destaque nas temáticas que envolvem a compreensão de conflitos políticos sob o viés da psicanálise.

2. Disfunções relacionadas à violência

A participação em atos terroristas, a partir da identificação com um ideal étnico, político ou religioso pressupõe, justamente em razão destes fatores, o pertencimento a um grupo. A mente humana, coletivamente considerada, apresenta mudanças em relação ao seu funcionamento individual. Isso significa que as "massas" podem provocar transformações na personalidade, temporárias ou não, incentivadas pela pressão do grupo.

A análise de Freud a respeito da "psicologia das massas" demonstra uma busca pela compreensão dos elementos que mantêm a coesão de uma massa de indivíduos, partindo-se do fato de que nela ocorre a identificação uns com os outros em seus "eus". Ainda em Freud, tem-se que a massa provoca uma modificação por vezes profunda na atividade psíquica do indivíduo, que abre mão de suas conformações pessoais em prol do ideal da massa, corporificado pelo líder.[25]

Desde a infância, as condições do ambiente em que o indivíduo vive são responsáveis por direcioná-lo a investir em categorias de pertencimento, relacionadas a questões culturais (religiosas e étnicas, por exemplo). Durante a adolescência, os investimentos nas imagens dos familiares e pessoas mais próximas se modificam, por vezes fortalecendo-se, por outras se enfraquecendo em detrimento de novas identificações alcançadas por meio de experiências com pessoas para além do círculo familiar.[26] Nesse período é que se consolida a formação da identidade individual, bem como a identidade de grande grupo.

---

24. Com absoluto destaque para o livro *Violência ou diálogo?*, composto de artigos de autores diversos que apresentam, cada um a seu modo, pontos de vista por vezes até mesmo conflitantes a respeito dessa expressão de violência humana, o que enriquece a obra e estabelece o ponto de partida para as reflexões aqui expostas.

25. "Partimos do fato fundamental de que um indivíduo numa massa, devido à influência desta, experimenta uma modificação muitas vezes profunda de sua atividade psíquica. Sua afetividade se intensifica extraordinariamente e sua capacidade intelectual se limita de maneira notável, e é evidente que ambos os processos estão orientados para uma adaptação aos demais indivíduos da massa; um resultado que só pode ser atingido mediante a supressão das inibições dos impulsos próprias a cada indivíduo e mediante a renúncia às conformações especiais de suas inclinações" (FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu*. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 65).

26. VOLKAN, Vamik D. *Psychoanalysis, international relations and diplomacy*: a sourcebook on large-group psychology. London: Karnac, 2014. p. 21.

No contexto da psicologia das massas, torna-se fácil o desprendimento de convicções individuais, a "perda parcial do teste de realidade e a imersão em um estado mental em que há apenas 'uma solução'".[27] Decorre desse processo a desconsideração das características humanas das vítimas em potencial (falta de empatia), possibilitando o surgimento de um comportamento assassino. O efeito imediato é o desenvolvimento de um estado de medo generalizado na população afetada, de forma a potencializar a divisão entre "nós" e "eles", bem como o ódio exaltado para justificar ações de matança e destruição.

No caso dos ataques cometidos por homens-bomba, por exemplo, suas ações são determinadas pela psicologia do grande grupo, muito mais do que por influência de suas próprias mentes. O apoio que recebem dos demais membros do grupo deriva do fato de que o mártir é visto como o portador da identidade do grupo.[28] O recrutamento desses homens, em sua grande maioria jovens, é realizado levando em consideração aqueles que demonstram algum tipo de trauma, causado por experiências de humilhação. A "educação" a eles fornecida utiliza-se de elementos religiosos como solução para o sentimento pessoal de desespero, vergonha e humilhação.

Desse modo, tenta-se atribuir um significado plausível à violência utilizada, em dois níveis diversos: grupal e individual. No nível grupal, aponta Sverre Varvin, a violência é consequência da ameaça à identidade e à coesão do grupo, justificando a intolerância àqueles que não fazem parte dele. No nível individual, também a violência é buscada como reação à ameaça extrema à identidade e à individualidade, pois a habilidade de utilização do outro para preservar o senso de individualidade (ter satisfação, evitar frustrações e emoções negativas) encontra-se sob ameaça.[29]

Há três níveis – cultural, grupal e individual – de desajustes ou de disfunções relacionados à violência.

A primeira dimensão (sujeito-outro, nível individual) do desajuste caracteriza-se pelo déficit de capacidade de integração, o qual pode ser efeito de traumas ou de ruptura humilhante da autoestima. Assim, na tentativa de recuperação da autoestima, pode desenvolver-se um desejo pelo ideal ou pelo perfeito, livre de tudo o que for impuro. "As partes desvalorizadas e humilhadas do *self* podem ser projetadas em outros e, no pior dos casos, pode surgir um desejo de se livrar dessas partes não

27. VARVIN, Sverre. Terrorismo e vitimização: dinâmicas individual e de grandes grupos. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Org.). *Violência ou diálogo?* cit., p. 49.

28. VOLKAN, Vamik D. *Psychoanalysis, international relations and diplomacy*. cit., p. 115.

29. VARVIN, Sverre. Terrorismo e vitimização: dinâmicas individual e de grandes grupos. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* cit., p. 52.

desejadas do *self* através de ações violentas."[30] Trata-se do complexo clínico conhecido como cisão esquizoparanoide com identificação projetiva. Na posição esquizoparanoide, a pessoa pensa que o ódio e a agressão – "o mal" – residem no outro e o *self* retém todo o bem. Na medida em que a cisão aumenta, o *self* fica ameaçado de fragmentação e de desintegração. O mundo interno do indivíduo passa a se organizar basicamente em sentimentos de ameaça e perigo, de modo que ele vivencia o mundo externo como agressor e ameaçador, respondendo de acordo. Há a possibilidade de que o *self* perceba que há bom e mau tanto em si como no outro e, consequentemente, diminua a cisão. Entretanto, é possível que a cisão aumente a um ponto de se entender como solução para os medos persecutórios ou paranoicos destruir o que ou quem quer que seja que tenha recebido a projeção de objeto mau: "a violência baseada em cisão esquizoparanoide projeta maldade no objeto, levando à ansiedade persecutória e à consideração do *self* como totalmente bom e ameaçado."[31]

A segunda dimensão (sujeito-grupo) do desajuste caracteriza-se pela dificuldade de relacionamento entre o indivíduo e o grupo. Nessa situação, o indivíduo sente falta de apoio do grupo e não é capaz de dar apoio. "Geralmente, a empatia com o outro desaparece e se desenvolve o egocentrismo no grupo. As relações íntimas tendem também a se deteriorar, e muitas vezes observa-se uma tendência a explorar o outro."[32] Contudo, mais relevante é o fato de que o sentimento de comunidade como um todo – "a experiência do nós" – pode ser abandonado. O indivíduo deixa de fazer parte de um grupo, e pode experimentar uma perda do aspecto de identidade pessoal relacionada ao grupo ou à família. Na dimensão individual, sociedades em que a família e o grupo são as unidades organizadoras, e em que pertencer a esse grupo é de fundamental importância tanto para a identidade pessoal como para a social, distúrbios nessa dimensão podem ter graves efeitos desorganizadores. Por outro lado, o grupo pode projetar partes não desejadas em outros grupos, como forma de, ao menos temporariamente, liberar tensões. Ademais, podem desenvolver-se tendências destrutivas em relação ao outro grupo.[33]

A terceira dimensão refere-se à relação do indivíduo com a cultura e com a sociedade – a dimensão do sujeito-discurso. Como esclarece Varvin, significa:

30. VARVIN, Sverre. Terrorismo e vitimização: dinâmicas individual e de grandes grupos. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* cit., p. 54.

31. CHODOROW, Nancy J. Ódio, humilhação e masculinidade. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* cit., p. 92.

32. VARVIN, Sverre. Terrorismo e vitimização: dinâmicas individual e de grandes grupos. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* cit., p. 54.

33. VARVIN, Sverre. Terrorismo e vitimização: dinâmicas individual e de grandes grupos. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* cit., p. 55.

> [...] o relacionamento do sujeito com a cultura no sentido mais amplo: mitos, filosofias, ideologias, ética, princípios morais, folclore, poesia, literatura, jurisdição e outros discursos sociais. O discurso consiste, a princípio, de signos do viver escrito, inseridos no tempo e memorizados de uma cultura. Esses signos não são especialmente estáveis por longos períodos, mas são suficientemente estáveis para produzir mitos convergentes e divergentes, narrativas, ideologias e paradigmas de crença e de raciocínio.[34]

Uma dimensão sociocultural perturbada pode surgir como ideologia inflexível, fundamentalista ou discurso autodeclarando-se verdade absoluta, solução para todos os problemas[35], de modo que perspectivas alternativas são rejeitadas e tomadas como venenosas, estranhas.[36]

Todas essas disfunções que decorrem da exposição a uma situação de extrema violência, em seus diversos níveis, tendem a potencializar não somente a identificação com os demais integrantes do grande grupo, mas também a cisão e a ausência de identificação com o "outro". Vejamos, a seguir, que aspectos podem colaborar para o surgimento de grupos extremistas, tão preocupados com a manutenção da identidade e da coesão do grupo que chegam a defender e promover ações para a destruição de outras "massas".

3. Fatores que podem contribuir para a formação de grupos terroristas

A violência, notadamente a violência grupal masculina, é inerente à espécie humana.[37] Com efeito, há várias vantagens adaptativas nesse tipo de comportamento de extermínio:

---

34. VARVIN, Sverre. *Terrorismo e vitimização*: dinâmicas individual e de grandes grupos. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* cit., p. 55. A propósito da ideia de mito como algo que confere sentido e valor à existência humana, ver: ELIADE, Mircea. *Mito e Realidade*. Trad. Pola Civelli. São Paulo: Perspectiva, 2013. p. 8 e ss. Sobre a cultura como fórum de negociação e renegociação de sentido, possibilitando a construção de sentidos compartilhados, garantindo a coesão cultural, ver BRUNER, Jerome. *Actual minds, possible worlds*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 122 e ss.
35. Cf. VOLKAN, Vamik D. *Psychoanalysis, international relations and diplomacy.* cit., p. 33.
36. VARVIN, Sverre. Terrorismo e vitimização: dinâmicas individual e de grandes grupos. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* cit., p. 56.
37. THOMSON JR., J. Anderson. Primatas assassinos na American Airlines, ou: como a religião foi o principal sequestrador em 11 de setembro. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* cit., p. 68.

> [...] ataques letais permitem aos homens atraírem ou assegurarem, com sucesso, fêmeas na idade reprodutiva, enfraquecerem vizinhos, inspirarem medo, protegerem-se de incursões, expandirem suas fronteiras e correrem muito menos risco quando o ataque é em grupo.[38]

Há ao menos três níveis de evidência de que a violência grupal masculina tem estado sempre conosco: (I) evidências comparativas com outras espécies; (II) evidências paleontológicas; (III) evidências interculturais. No âmbito das evidências comparativas com outras espécies, tem-se o curioso fato de que entre os chimpanzés toda violência assassina ocorre em grupamentos masculinos. Essa é a evidência mais forte de que esse tipo de comportamento existiu em nossos ancestrais comuns. Como evidências paleontológicas, tem-se a natureza das fraturas nos esqueletos humanos, da frequência de traumatismo craniano, da presença de feridas de flechas, da predominância de esqueletos masculinos e da proporção de feridas do lado esquerdo, ocorrência esperada em ataques de espécies predominantemente destras. Por fim, têm-se evidências interculturais por meio das chamadas tribos primitivas, pelas quais se pode ter um vislumbre de parte da história evolutiva do *Homo sapiens*.[39]

O fato de a violência se manifestar majoritariamente entre grupos masculinos[40] é questionado e investigado por Nancy Chodorow. A autora aponta dois

38. THOMSON JR., J. Anderson. Op. cit., p. 68-69.

39. THOMSON JR., J. Anderson. Op. cit., p. 69.

40. É certo que também há notícias de mulheres-bomba que atuam em nome de grupos terroristas. Contudo, os líderes parecem ser sempre do sexo masculino. Mulheres foram usadas por organizações no Líbano nos anos 1980 e por grupos etnosseparatistas como o PKK curdo e a organização Tigres pela Libertação do Tâmil Eelam (LTTE), no Sri Lanka, na década de 1990. Em 2000, grupos tchetchenos começaram a efetuar ataques suicidas cometidos por mulheres, as chamadas "viúvas negras". O grupo que mais faz uso de mulheres-bomba é a organização nigeriana Boko Haram, algumas delas crianças de apenas dez anos. Entre as justificativas para a utilização de mulheres está o fato de elas causarem menos suspeitas, podendo passar por parte de um casal. Além disso, a participação de mulheres-bomba parece ser uma boa estratégia para chamar a atenção da mídia, visto que os objetivos dos grupos incluem atrair o máximo possível de cobertura midiática (BURKE, Jason. Mulheres-bomba como a da França atuam há décadas em nome do terror. *Folha de São Paulo*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/11/1708012-mulheres-bomba-como-a-da-franca-atuam-ha-decadas-em-nome-do-terror.shtml]. Acesso em: 24.06.2017). Acerca da organização Boko Haram, interessante é o depoimento dado à BBC por uma menina com idade entre 17 e 18 anos que se recusou a participar de missões terroristas. Hauwa (nome fictício) conta que seus captores afirmaram que, em contrapartida pela missão, que atingiria um campo de refugiados em Dikwa, ela iria para o "paraíso". Em abril de 2014, o Boko Haram

traços psíquicos falhos da masculinidade e da vivência masculina de *self*, relacionados ao desenvolvimento e às fantasias defensivas: (1) a masculinidade como não feminino, ou seja, o medo de feminilização e de perda da identidade que percorre a dicotomia homem-mulher; e (2) a masculinidade como homem adulto, referindo-se ao não ser menino-criança em relação ao pai adulto ou a homens mais poderosos, na dicotomia homem-menino. Esta última explica por que o homem reage violentamente à subordinação por outros homens e à ameaça destes. Ainda assim, por vezes pode ocorrer um impulso de submissão e identificação com um líder masculino aparentemente poderoso e invulnerável, levando à formação de líderes e seguidores que, dentro do grupo, nutrem confiança e respeito perante os primeiros.[41] O indivíduo, então, abdica de sua consciência crítica para se submeter a um chefe, no qual são depositadas as perfeições e que passa a ser a representação do "eu" ideal de todos os membros do grupo.[42]

Compete ressaltar que a ameaça de modificação e destruição desses dois complexos pode conduzir às piores formas de violência, a exemplo da limpeza étnica, que em sua raiz demonstra a necessidade de exercício da dominação masculina:

> [...] a violência do nacionalismo e da limpeza étnica cruza-se com a misoginia e com o desejo de humilhar o macho inimigo, levando a estupros em massa de mulheres e meninas. A tortura política, como se sabe, inclui geralmente tortura sexual tanto de homens quanto de mulheres, como se os criminosos estivessem exercendo sua dominação masculina, assim como a dominação política ou étnica.[43]

A religião, como fator de formação de grupos, merece atenção especial no contexto em que muito se fala de terrorismo islâmico. Entretanto, em um estudo

---

sequestrou mais de 200 estudantes da cidade de Chibok, muitas das quais continuam desaparecidas (SOY, Anne. Como estive a ponto de virar uma mulher-bomba. *BBC*. Disponível em: [www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160327_mulher_bomba_boko_haram_lgb]. Acesso em: 24.06.2017.

41. CHODOROW, Nancy J. Op. cit., p. 96-97.

42. SCHWEIDSON, Edelyn. Notas sobre psicanálise e terrorismo. In: LEWIN, Helena (Coord.). *Judaísmo e modernidade:* suas múltiplas inter-relações [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. p. 638-657. Disponível em: [http://books.scielo.org]. Acesso em: 30.05.2017. A respeito da figura do líder, observa Freud: "[...] não esqueçamos que a exigência de igualdade da massa vale apenas para seus indivíduos, não para o líder. Todos os indivíduos devem ser iguais entre si, mas todos querem ser governados por um só. Muitos iguais, que podem se identificar entre si, e um único superior a todos eles, essa é a situação que encontramos concretizada na massa capaz de sobreviver" (FREUD, Sigmund. Op. cit., p. 121).

43. CHODOROW, Nancy J. Op. cit., p. 89.

sobre o terrorismo, interessa compreender como a religião pode fomentar a violência do grupo.

O que nos torna humanos também nos torna religiosos, isto é, a religião, genericamente considerada, apresenta vários elementos que tornam os indivíduos vulneráveis a crenças religiosas.[44] Em primeiro lugar, pode-se citar o sistema de apego: em momentos de aflição, o ser humano se volta para alguém que possa protegê-lo, como um pai ou uma mãe. Na religião, temos a figura do criador, que pode substituir os pais.[45] Em segundo lugar, tem-se o conceito de parentesco. Basicamente, tendemos a favorecer as pessoas que têm nossos genes mais do que as que não têm. As religiões evocam e exploram as emoções de parentesco (*e.g.* irmãs de caridade, irmandade religiosa etc.).[46] Por fim, pode-se citar o altruísmo recíproco. Os humanos têm um programa cognitivo complexo de troca recíproca. O que se dá e o que se recebe têm registro estrito. Daí as ideias de sacrifício, oferendas e promessas.[47]

O 11 de setembro demonstra como a religião é um constructo cultural, cujo *design* permite aos líderes religiosos explorarem a tendência violenta do homem, utilizando-a para seus próprios fins. Os líderes religiosos pregam baseados no sentimento de grupo para assegurar lealdade à fé e a seus adeptos.[48] Inteligentemente, os líderes religiosos adotam a postura de "meros mensageiros". É uma forma de garantir autoridade (especialmente ao fazer referência a um poder muito superior) sem assumir total responsabilidade pelas consequências dos atos.[49]

As religiões são muito eficazes para anular competições. Nenhuma religião obteve sucesso sendo tolerante com competidoras. As religiões devem redirecionar lealdades para triunfar, ainda que tenham de se sobrepor aos laços familiares.[50] Com efeito, as famílias constituem alianças rivais, o que é um perigo para as religiões.[51]

---

44. THOMSON JR., J. Anderson. Op. cit., p. 71.
45. THOMSON JR., J. Anderson. Op. cit., p. 72.
46. THOMSON JR., J. Anderson. Op. cit., p. 72-73.
47. THOMSON JR., J. Anderson. Op. cit., p. 73.
48. THOMSON JR., J. Anderson. Op. cit., p. 75.
49. THOMSON JR., J. Anderson. Op. cit., p. 75.
50. A propósito, uma das fátuas de Al-Ghariani preconiza que um jovem muçulmano, ao ouvir de seus pais uma ordem de não se unir ao Estado Islâmico, deve desobedecer, pois os pais não seriam bons muçulmanos. Cf. ECHEVERRÍA, Carlos. La radicalización en el norte de África. *Cuadernos del Centro Memorial de las Víctimas del Terrorismo*, n. 2, 2016. p. 45.
51. THOMSON JR., J. Anderson. Op. cit. p. 76.

O nacionalismo é, também, um importante fator de formação de grupos e de justificação de violências. Com efeito, a "legitimação ideológica da violência nacional étnico-religiosa parece geralmente usar a linguagem da cisão: *nós* somos totalmente bons, *eles* são totalmente maus; *eles* devem ser mortos, exterminados ou torturados".[52]

Um terceiro fator que exerce influência sobre a formação de grupos vinculados a uma identidade compartilhada é a globalização, associada à ideia de modernidade. Abdulkadir Çevik observa que a globalização, para o indivíduo, implica o desenvolvimento de um tipo de cidadania mundial, influenciada sobretudo pelas normas culturais, econômicas e políticas da América do Norte e da Europa Ocidental.[53]

O autor explora as similaridades existentes entre as psicodinâmicas envolvidas na imigração e na globalização, entendendo que as mudanças drásticas vivenciadas pelos imigrantes e a necessidade de adaptação a novos padrões também são efeitos do mundo globalizado. No entanto, as perdas e transformações são sempre acompanhadas de resistência. Tais mudanças causam ameaça tanto às identidades individuais quanto às de grande grupo e, quando ressaltadas por líderes políticos como formas de dominação e subordinação, podem impulsionar atos violentos que culminam no terrorismo.[54]

Desse modo, a distribuição global de riqueza e poder e o estabelecimento de alianças políticas desempenham um papel relevante no desenvolvimento de resistências contra a globalização. A violência pode ser adotada como meio para conter essa modernização e a dominação estrangeira (a supremacia ocidental ou dos Estados Unidos). Se a ordem econômica e política global é percebida por diversos segmentos como injusta, certamente a violência contra ela e seus representantes será maior.[55]

Entre os fatores que, sob a teoria psicanalítica, podem facilitar a formação de grupos devem ser mencionadas, ainda, questões relativas às desigualdades e à falta de oportunidades, que colaboram para o "recrutamento" de seguidores frustrados por parte dos líderes, motivados por um sentimento de revolta que rapidamente se transforma em pertencimento e identificação perante o grupo. Ressalta-se que:

52. CHODOROW, Nancy J. Op. cit., p. 92-93.
53. ÇEVIK, Abdulkadir. Globalização e identidade. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* cit., p. 79.
54. ÇEVIK, Abdulkadir. Op. cit., p. 86.
55. KRIEGER, Tim; MEIERRIEKS, Daniel. Op. cit., p. 8.

> [...] o desemprego e a distância entre os países ricos e pobres têm sido mencionados por muitos como responsáveis pela construção de um "exército" de jovens insatisfeitos sem qualquer esperança de futuro, que podem servir então como base de recrutamento de grupos e organizações fundamentalistas ou extremistas.[56]

A ordem política e institucional é igualmente um aspecto relevante, considerando que a atividade terrorista tende a diminuir com maiores níveis de qualidade institucional. As características, políticas e estratégias governamentais influenciam a disseminação do terror. Nesse sentido, a instabilidade política cria vácuos que os grupos terroristas utilizam para impulsionar suas agendas.[57]

Krieger e Meierrieks enfatizam o papel do choque cultural permeado pela noção de identidade de grande grupo. Os grupos terroristas constroem ideologias que reforçam a supremacia de suas respectivas identidades, exaltando a si mesmos como "o povo escolhido" ou os representantes da "única fé verdadeira". Por isso, o terrorismo é utilizado não só como um mecanismo de conferir voz e visibilidade ao grupo, impondo sua visão de mundo sobre os outros, mas também para provocar mudanças materiais a seu favor. Por fim, aponta-se o perigo de "contágio": a atividade terrorista ocorrida em um país pode conduzir a comportamentos similares em países vizinhos. De modo semelhante, os grupos terroristas emergentes beneficiam-se da experiência de grupos mais antigos situados em países adjacentes.[58]

4. DESUMANIZAÇÃO, ÓDIO E VINGANÇA

Até então se esclareceu que a dinâmica do terrorismo envolve, primordialmente, a construção de inimigos e a utilização de atos de violência e destruição como instrumentos para transmissão de uma mensagem (política, religiosa, social, econômica) àqueles que não integram o grupo, frequentemente o Estado. Nesse processo, a desumanização das vítimas é uma estratégia necessária, pois impede a criação ou o aumento de um sentimento de empatia que poderia obstar a capacidade dos grupos terroristas de empreender ataques e assassinatos em massa.

Salman Akhtar, ao discorrer sobre as origens da desumanização e suas manifestações, define-a como o estado caracterizado:

56. VARVIN, Sverre. Op. cit., p. 64.
57. KRIEGER, Tim; MEIERRIEKS, Daniel. Op. cit., p. 4.
58. KRIEGER, Tim; MEIERRIEKS, Daniel. Op. cit., p. 8.

> [...] por uma combinação variável de desrespeito empedernido pelo próprio corpo, "desmentalização" focal ou difusa, inabilidade em conter afetos e fantasias por meio de simbolização, por um terrível afastamento dos outros e profunda falta de empatia por eles, pela redução grotesca ou o exagero de uma ou mais necessidades psicológicas básicas mencionadas acima, apego à onipotência infantil, tanatofilia, renúncia à linguagem como veículo predominante de comunicação, e colapso das barreiras erguidas pela civilização contra o incesto e o assassinato. Esse estado de coisas pode permanecer confinado dentro da mente atormentada do indivíduo ou pode ser violentamente projetado nos outros para fazê-los se sentirem desumanizados.[59]

Trata-se, portanto, de um estado mental de fundamentalismo extremo em que as características humanas do outro não são assimiladas, sendo que a vitimização se torna algo prático e necessário. Segundo o mesmo autor, a desumanização pode se manifestar de cinco formas diferentes: por deficiência, falha, regressão, identificação e estratégia.

A (I) desumanização por deficiência refere-se, por exemplo, às "crianças selvagens", que durante muito tempo permaneceram isoladas do contato humano, e, em virtude disso, cresceram de forma não humanizada.[60] A ausência de cuidado humano e amoroso, associada aos casos não tão raros de criação por animais, faz com que o tornar-se humano seja impossibilitado e a criança desenvolva características e hábitos "selvagens", irracionais.

A (II) desumanização por falha diz respeito às situações de autismo infantil e síndrome de Asperger, em que se desenvolve um desligamento pessoal, "indiferença ou aversão a carinho, crueldade ocasional com os outros, aquisição deficitária de linguagem e uma atitude geral de retraimento psíquico e solipsismo."[61] Por sua vez, a (III) desumanização por regressão é aquela presente na esquizofrenia, licantropia e outros estados psicóticos. Esses estados peculiares de desumanização ocorrem nos delírios de licantropia (transformar-se em lobo) e outras formas de metamorfose zoofílica. Neles, é comum a confusão entre animado e inanimado e a falta de distinção com o universo.[62]

O quarto tipo de desumanização mencionado por Akhtar é a (IV) desumanização por identificação, que é a dos assassinos seriais. A pessoa demonstra um

59. AKHTAR, Salman. Desumanização: origens, manifestações e soluções. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* cit., 124.

60. AKHTAR, Salman. Op. cit., p. 126.

61. AKHTAR, Salman. Op. cit., p. 127.

62. AKHTAR, Salman. Op. cit., p. 128.

regozijo sádico ao matar outros, pois acredita que isso alivia a sua incapacidade de sentir prazer e a falta de sentido da vida.[63] Os atos dos assassinos seriais, com grande frequência, apresentam uma relação com experiências anteriores de humilhação: costumam ter um passado marcado por experiências de solidão catastrófica e isolamento existencial, sendo que sua psique intuitivamente expulsa este núcleo desumanizado e o lança contra outros, também os desumanizando.

Por fim, há a (V) desumanização por estratégia, presente no terrorismo. Esse difere do assassinato serial em alguns aspectos importantes: (1) primeiro, quanto à motivação, pois enquanto o assassinato serial apresenta motivação pessoal, o terrorismo tem motivação política; (2) o assassinato geralmente é perpetrado de modo solitário, ao passo que o terrorismo é, na grande maioria das vezes, produto de um grupo organizado; (3) para o assassino serial, o assassinato é o objetivo final, sendo que no terrorismo este é apenas um artifício para interferir na situação política de um determinado país ou nação e provocar modificações; (4) da constatação anterior decorre que, enquanto no assassinato serial alvo e vítima do ódio são as mesmas pessoas, no terrorismo a vítima não é o alvo e o alvo não é a vítima; (5) finalmente, o assassino serial sente prazer ao torturar a vítima, ao passo que o terrorista possui pouco envolvimento emocional com aqueles que mata (ele pode sentir prazer diante da grandiosidade do seu ato e aos impactos subsequentes, mas demonstra indiferença quanto à angústia e à dor das vítimas).[64] Com efeito, nos ataques terroristas, responsáveis por promover assassinatos em massa, a individualidade das vítimas é apagada, uma vez que são impedidos os rituais de luto responsáveis por inscrever simbolicamente a perda. Como aponta Edelyn Schweidson, "o terrorismo atual esconde, através do espetáculo, a morte e o seu luto, que não pode ser feito."[65]

A desumanização, em contextos de violência política (por exemplo, genocídios), ocorre por etapas. Primeiramente, os nomes são suprimidos. As vítimas são vistas como coisas. Em processos de extermínio organizado, como o Holocausto, os nomes são substituídos por números. Além disso, os nomes dos torturadores são ocultados. Em segundo lugar, há a aniquilação do corpo. Isso pode ocorrer de várias formas, repentina ou demoradamente. "Nem o próprio corpo do torturador lhe pertence mais: ele o ofereceu à Causa, que pode mandar que seja desintegrado", como efetivamente ocorre nos atentados suicidas perpetrados por homens-bomba.[66]

63. AKHTAR, Salman. Op. cit., p. 129.

64. AKHTAR, Salman. Op. cit., p. 131.

65. SCHWEIDSON, Edelyn. Op. cit., p. 645.

66. WELSH-JOUVE, Geneviève. As vozes do silêncio. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* cit., p. 181. A propósito, sobre a desumanização

Assim, pode-se compreender a desumanização por estratégia como uma manobra defensiva de dupla face: por um lado, desumanizar as vítimas de um ataque impede que o terrorista tenha qualquer empatia com os atingidos, o que poderia ser um obstáculo insuperável para a conduta; por outro, o terrorista desumaniza a si próprio, com o objetivo de criar espécie de imunidade contra temores de danos corporais e contra a tristeza por uma vida perdida.[67]

Pode-se falar em duas dimensões psicodinâmicas presentes na mentalidade terrorista, envolvendo a preparação para a violência desumanizadora. A primeira delas é a dimensão da vergonha/narcisismo. Refere-se às consequências da exposição a traumas e à humilhação em um contexto de violência social e política. A vítima dessa humilhação tende a experimentá-la em nível pessoal e como membro de um grupo, o que faz surgir a noção de vingança e retificação do mal sofrido. Essa necessidade se relaciona tanto ao nível de ofensa individual quanto ao sentimento de rompimento da identidade e da honra do grupo. A segunda dimensão, projetivo-persecutória, é a projeção no outro (a vítima) de aspectos acusatórios de si do qual a pessoa quer se livrar, decorrentes do sentimento de vergonha e humilhação anterior. A partir de então, justificam-se atrocidades como a limpeza étnica, o genocídio e os atos terroristas.[68]

A interação entre essas duas dimensões psicodinâmicas geralmente está inserida, portanto, em um contexto de intensa vergonha e humilhação, que resulta na projeção de partes vergonhosas de si mesmo para restaurar a coerência do *self* (o senso de individualidade). A fim de atingir tal objetivo, o indivíduo é capaz de desumanizar os outros e praticar atos violentos para destruir as partes vergonhosas e humilhantes de si mesmo.[69] Essas dinâmicas são utilizadas para explicar os motivos pelos quais frequentemente a vítima torna-se vitimizador no futuro: em razão da ofensa narcísica que resulta na identificação projetiva e na busca por vingança.

5. Trauma e consequências

Os ataques terroristas certamente são eventos que provocam traumas. A magnitude dos atos, o número de vítimas e as repercussões nacionais e internacionais

---

no Holocausto, ver a obra de título bastante sugestivo de Primo Levi, É isto um homem? Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

67. AKHTAR, Salman. Op. cit., p. 131.

68. VARVIN, Sverre. Terrorismo e vitimização: dinâmicas individual e de grandes grupos. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* cit., p. 61.

69. VARVIN, Sverre. Terrorismo e vitimização: dinâmicas individual e de grandes grupos. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* cit., p. 61.

são elementos que acentuam o trauma, tanto para o indivíduo quanto para o grupo atingido, considerado este como toda uma sociedade que se sente amedrontada e vitimada.

Nesse tópico, serão apresentadas reflexões propostas principalmente por Sverre Varvin, psicanalista norueguês cujas principais linhas de pesquisa envolvem a traumatização e a psicoterapia com pacientes traumatizados. Segundo o autor, o trauma psíquico é um golpe para a mente, que invade suas fronteiras e resulta num estado de desamparo. É resultado de um ou mais atos maldosos perpetrados por pessoas, organizações ou Estados com o objetivo de causar dano ao indivíduo, a grupos e a organizações sociais, ou mesmo produzir uma situação de medo, desamparo e desestabilização duradoura e prolongada.[70] O risco ao qual o indivíduo é submetido na situação traumática o coloca em estado de terrível impotência, sem ser capaz de assimilar o ocorrido ou fazer algo para aliviar a dor, por exemplo, fugir ou lutar, pois, em regra, suas capacidades físicas e mentais ficam total ou parcialmente paralisadas. O trauma, portanto, afeta a capacidade de dar sentido à experiência e de reagir.[71] Seus sintomas abarcam três categorias de problemas essenciais, ainda conforme Varvin: "1. uma vivência de intrusão de lembranças, imagens e imagens oníricas derivadas da cena traumática; 2. retraimento emocional e fuga ao contato com pessoas, locais e tudo que possa lembrar o trauma; 3. sensação intensificada de alerta e 'nervosismo'".[72]

Os efeitos do trauma podem ser duradouros e interferem no modo como a pessoa se relaciona com o mundo externo, da seguinte forma: (1) nas relações sujeito/corpo-outro: há um retraimento emocional que diminui a capacidade de relacionamento e de utilização dos outros como auxílio na modulação dos afetos negativos; (2) na relação do indivíduo com o grupo, afetando o sentimento de pertencimento a uma família ou grupo; e (3) na dimensão cultural, que se refere à relação do indivíduo com a cultura (religião, narrativas, lendas populares, textos filosóficos, códigos morais, normas e outros).[73] Tal aspecto é relevante porque, como já sugerido anteriormente, os instrumentos de expressão cultural são utilizados pelo indivíduo no processo de atribuição de sentido à vida. Se líderes

70. VARVIN, Sverre. O trauma e suas consequências. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* cit., p. 199.

71. VARVIN, Sverre. O trauma e suas consequências. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* cit., p. 201.

72. VARVIN, Sverre. O trauma e suas consequências. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* cit., p. 206.

73. VARVIN, Sverre. O trauma e suas consequências. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* cit., p. 205.

políticos ou religiosos lidam com o trauma de modo a clamar por vingança ou mecanismos de superação baseados na destruição e na desumanização, evidentemente a sociedade enfrentará cenários perigosos de disseminação do terror e do ódio.

Mostra-se relevante investigar, ainda, como os eventos traumáticos provocam consequências danosas ao grupo social coletivamente considerado. Isso significa que as sociedades também podem ser traumatizadas e apresentam respostas peculiares a traumas massivos. Volkan divide essas respostas em duas categorias: (1) a modificação ou iniciação de processos sociopolíticos que refletem respostas psicológicas compartilhadas ao desastre massivo; e (2) a transmissão transgeracional de funções psicológicas do grupo afetado às gerações seguintes, mantendo "viva" a influência do trauma original. As vítimas diretas desses traumas depositam autoimagens danificadas que são transmitidas às identidades em formação dos filhos, nascidos ou não à época do evento traumático.[74] O que Volkan chama de *depositing* refere-se ao processo iniciado na infância que culmina na construção de uma espécie de "DNA psicológico", ligado a um senso de pertencimento.[75]

Exemplo da primeira hipótese de resposta da sociedade é o conflito entre turcos e gregos na Ilha do Chipre, que se articulou a partir de 1963. Com a invasão da ilha pelo exército da Turquia em 1976, iniciou-se uma guerra. Volkan diagnosticou, nos anos após o conflito, a ocorrência do "fenômeno da coceira": os cipriotas turcos passaram a acreditar que as águas das praias do norte do Chipre continham algum organismo que causava coceira, muito embora não fosse constatada pelas autoridades a presença de qualquer substância que provocasse esta reação. Ocorre que a ação militar promovida pela Turquia teve início justamente nas praias, que ficavam repletas de cipriotas gregos e turistas. Muitos foram mortos ali e cal virgem foi espalhada sobre os corpos como medida higiênica, sendo que as manchas permaneceram até o ano seguinte. O fenômeno da coceira parece ser uma extensão simbólica da conexão com os mortos, visto que a cal virgem realmente provocava coceira e queimadura. Mesmo depois de seu desaparecimento, essa crença continuou a se difundir como uma representação do sentimento de culpa dos sobreviventes.[76]

Outro exemplo de modificação ou início de processos sociais e políticos em sociedades traumatizadas está nos efeitos da invasão do Iraque ao Kuwait, em

74. VOLKAN, Vamik D. Sociedades traumatizadas. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* cit., p. 209.

75. VOLKAN, Vamik D. *Psychoanalysis, international relations and diplomacy.* cit., p. 23.

76. VOLKAN, Vamik D. Sociedades traumatizadas. Op. cit., p. 217-218.

1990. Observou-se que a percepção dos jovens kuwaitianos do sexo masculino em relação às mulheres kuwaitianas mudou com a ocorrência de estupros pelos iraquianos: eles acreditavam que todas elas estavam maculadas, e acabaram por desfazer noivados e evitar relacionamentos sérios. Isso causou certa ansiedade social, visto que a cultura do Kuwait tradicionalmente desvaloriza as mulheres estupradas.[77]

Exemplos de transmissão transgeracional do trauma são os descendentes de vítimas do Holocausto: sua função pode ser de manter viva a memória do trauma dos pais, de fazer o luto por suas perdas, de reverter a situação de humilhação ou de vingar-se em nome deles.[78]

Observa-se que há uma grande diferença de tratamento psíquico entre desastres causados por inimigos e outras catástrofes como terremotos, tsunamis, entre outros desastres naturais e acidentais. Quando a natureza mostra sua fúria, causando danos às pessoas, estas tendem a aceitar os fatos como se fosse o destino ou a vontade de Deus, algo que não podem modificar. No caso de acidentes causados por falha humana, pode ser que um pequeno número de pessoas ou autoridades públicas sejam vistas como as culpadas, mesmo assim não houve a imposição de um sofrimento intencional por parte de um grupo identificado como os "Outros".[79]

No entanto, quando o trauma decorre de uma situação de violência (guerra, terrorismo, conflitos étnicos, nacionais ou religiosos), cria-se um senso de humilhação e de raiva impotente, bem como um desejo frustrado de vingança contra aqueles que deliberadamente infligiram dor. É necessário que os membros do grupo afetado façam o luto por suas perdas e transformem sua passividade em atividade, pois do contrário o senso de vitimização compartilhada se vincula à identidade de grande grupo e é transmitido às gerações seguintes, fomentando a cisão de mundo entre "nós" e "eles".[80]

77. VOLKAN, Vamik D. Sociedades traumatizadas. Op. cit., p. 219.

78. VOLKAN, Vamik D. Sociedades traumatizadas. Op. cit., p. 223.

79. VOLKAN, Vamik D. *Psychoanalysis, international relations and diplomacy.* cit., p. 46.

80. Vale destacar: "Quando o grupo está sob estresse, submete-se aos dois princípios seguintes: (1) manter a identidade de grande grupo separada da identidade do inimigo e (2) manter fronteiras psicológicas entre os dois grandes grupos a qualquer preço. Mais ainda, quando surge um conflito com outro grupo, há uma tendência maior de um grupo projetar seus aspectos indesejados em seu inimigo. [...] A segurança da 'fronteira' às vezes leva à demonização e à desumanização do inimigo em diversas gradações, a fim de preservar a 'diferença' entre os dois grupos e dar sustentação à coesão da identidade de cada um deles" (VOLKAN, Vamik D. Sociedades traumatizadas. cit., p. 214).

Os descendentes, por sua vez, assumem uma tarefa compartilhada que permanece sendo essencialmente a de manter viva a representação mental do trauma. Volkan denomina tais representações mentais de "trauma escolhido de grande grupo", que pode continuar a existir por anos ou séculos, sendo constantemente revisitado a fim de consolidar a identidade do grupo.[81] Esse trauma, transmitido às gerações seguintes, é a imagem mental utilizada para unir todos os membros do grupo.[82] A reativação do trauma escolhido leva a um colapso no tempo, pois ansiedades, expectativas, fantasias e defesas associadas ao passado irão potencializar os conflitos atuais. Em consequência, os membros dos grandes grupos tornam-se mais suscetíveis a praticar atos de violência, hostilidade e sadismo contra os "outros", a exemplo, é claro, de ataques terroristas[83]

Considerações finais

Pode-se considerar que há dois tipos de soluções de conflitos: (I) as soluções definitivas, baseadas em respostas mediadas pelo pensamento, reflexão, pela simbolização; e (II) soluções que apelam para respostas imediatas, calcadas predominantemente no ato e na ação irrefletida. As soluções do primeiro tipo (soluções definitivas) nunca podem ser atingidas por meio da violência. As soluções do segundo tipo são impulsivas e, em regra, violentas. Exemplo de solução do segundo tipo seria a famigerada "Solução Final" nazista.[84]

No que concerne ao enfrentamento do terror, é necessário um exercício de reflexão e debate constante, como forma de evitar respostas irrefletidas, movidas pelo ódio e pelo desejo de vingança. A Guerra ao Terror, caracterizada pela repressão, ameaça e uso de forças militares para combater terroristas é uma estratégia pouco eficiente, que acaba por aumentar a cisão e fortalecer a ideia de que há um inimigo que retém todo o mal, devendo por isso ser destruído. Hobsbawm, a propósito, indicava que os terroristas devem ser compreendidos como "sintomas".[85] Assim, mais importante do que tentar encontrar as

81. VOLKAN, Vamik D. Sociedades traumatizadas. cit., p. 224.

82. VOLKAN, Vamik D. *Psychoanalysis, international relations and diplomacy.* cit., p. 24.

83. VOLKAN, Vamik D. *Psychoanalysis, international relations and diplomacy.* cit., p. 31.

84. SÁ, Alvino Augusto. *Criminologia clínica e psicologia criminal.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 62. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007. p. 17.

85. HOBSBAWM, Eric. Op. cit., p.135.

características individuais do terrorista é definir quais são as condições que efetivamente dão margem ao terrorismo, especialmente na dinâmica de grandes grupos, e as condições humanas básicas para o uso da violência desumanizadora.[86]

Dessa forma, a resposta adequada ao fenômeno terrorista não pode ser mais violência, pois a retaliação, como salientado anteriormente, somente provoca a saída de membros "moderados" de determinados grupos do campo da neutralidade, fortalecendo a identificação com a ideologia do grupo à medida que se tornam mais próximos da radicalização. Ao contrário de movimentar o ciclo de violência, deve-se estimular a tolerância e o diálogo.[87] Para tanto, propõe-se um processo de três etapas[88]: (1) aumentar a capacidade de pensar do povo "oprimido", (2) diminuir sua raiva e (3) criar e aumentar sua empatia em relação aos "opressores".

Para atingir o primeiro objetivo, deve-se restaurar a segurança física e a dignidade psicossocial do "oprimido"[89], atendendo suas necessidades psicológicas básicas, que incluem a afirmação da identidade, a receptividade por parte dos

86. VARVIN, Sverre. Enfrentando o terror: um apelo a favor da reflexão e do diálogo. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Org.). *Violência ou diálogo?* cit., p. 234.

87. "The perception of the peace negotiations as a business negotiation, where you start at one point and end at another, and therefore have to raise the price in advance, and so on, needs to be examined. It is a distorted perception of the peace process. It is a superficial approach. It is true that during the process we made more and more concessions, and moved further and further away from our opening positions, but if you look at it that way you lose sight of the fact that at the same time a genuine emotional process was underway; we went deeper and deeper in asking ourselves what is really important to us and what we could and could not give up" (GROSBARD, Ofer. *Israel on the Couch.* The psychology of the peace process. New York: State University of New York Press, 2003. p. 20).

88. AKHTAR, Salman. Op. cit., p. 135 e ss.

89. Bastante ilustrativo dessa sensação de indignidade é o depoimento de Khaled Kelkal fornecido antes de sua total radicalização: "Yo no tengo ningún tipo de derechos. Si estando yo en la calle alguien me ataca y yo me defiendo, en ese caso el otro está en su derecho y yo no. Eso está claro. Y ello simplemente porque yo ya he estado en la cárcel. Incluso en el caso de una banda de *skins*, si ellos me atacan y yo actúo en legítima defensa –en ese caso soy yo el que va a la cárcel". Entrevista traduzida disponível em: CANO PAÑOS, Miguel Ángel. El caso "Khaled Kelkal": una clave para entender la radicalización islamista en la Europa del año 2015. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), n. 17-09, 2015. O trecho destacado encontra-se na página 23.

outros, a possibilidade de autoexpressão e criatividade. A relação com a cultura é fundamental para esse objetivo, visto que é por meio dela que o indivíduo atribui sentido à vida e à sua própria existência.

Em segundo lugar, deve-se permitir ao grupo "que odeia" desafogar sua indignação em encontros públicos e privados; as causas dos sentimentos de dor e vergonha devem ser investigadas e, na medida do possível, corrigidas. O terceiro objetivo pode ser atingido por meio do "contato cordial" entre os dois grupos. Deve-se buscar conhecer o outro e seus pontos de vista. A interação entre grupos com diferentes opiniões e perspectivas possui enorme potencial de redução de ideias extremistas, aumentando a possibilidade de cooperação.

Nesse mesmo sentido, Frey e Luechinger sugerem como medida de enfrentamento ao terror a garantia de outras oportunidades aos indivíduos, como incentivo para que deixem os grupos fundamentalistas extremos (por exemplo, a possibilidade de realizar estudos em instituições de ensino e pesquisa situadas em outros países). Essa estratégia teria diversas vantagens: em primeiro lugar, reduziria a dependência do grupo terrorista, facilitando a saída dele; criaria um conflito entre o terrorismo e outras atividades, provocando tensões no funcionamento das organizações terroristas e a diminuição do controle dos líderes (ao contrário das políticas de repressão, que somente acentuam a solidariedade entre os membros); por fim, a interação entre terroristas e outras pessoas e grupos tornaria possível uma soma positiva, aumentando as chances de se encontrar uma solução pacífica ao problema.[90]

As estratégias que priorizam o diálogo, a diminuição do ódio e do abismo entre nações inimigas certamente possuem um grande potencial pacificador, diferentemente das políticas de combate ao terrorismo que se baseiam unicamente na violência e na punição. Com efeito, a reaproximação entre as partes toma como princípios norteadores a reconciliação e a consciência do que se está fazendo, sem negar a existência de um conflito, mas considerando as armadilhas e os efeitos contraproducentes do desejo de retribuir o mal sofrido: "toda pena que se reveste de vingança, apesar de satisfazer nosso instinto de vingança, que também é violento, não passa de uma reedição da violência e, portanto, de sua perpetuação."[91]

90. FREY, Bruno S.; LUECHINGER, Simon. *How to fight terrorism:* alternatives to deterrence. Working Papers of the Institute for Empirical Research in Economics, University of Zurich, December 2002. p. 9.

91. SÁ, Alvino Augusto de. Razões e perspectivas da violência e da criminalidade: uma análise sob o enfoque da criminologia clínica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* ano 7, n. 28, p. 231-251, out.-dez. 1999.

Contudo, a realidade demonstra que as preferências governamentais, em geral, são outras. O enfrentamento ao terror da atualidade, especialmente tomando por base as políticas adotadas pelos Estados Unidos após os ataques de 11 de setembro, demonstra que o ódio tem prevalecido, talvez pela necessidade de mostrar ao mundo e aos cidadãos que algo está sendo feito para combater o terrorismo a qualquer custo.

As alternativas aqui defendidas ainda não conquistaram abertura suficiente no cenário mundial, sendo provável que a receptividade almejada só ocorra quando se constatar, de fato, o quanto as medidas repressivas são ineficientes e quando se reconhecer que o diálogo é uma estratégia viável, apesar de trabalhosa. Impõe-se a necessidade de restaurar a dignidade dos indivíduos e dos grupos em desvantagem, o que traria efeitos positivos em termos de prevenção ao terrorismo e enfraquecimento de grupos extremistas.

Referências

AKHTAR, Salman. Desumanização: origens, manifestações e soluções. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* Reflexões psicanalíticas sobre terror e terrorismo. São Paulo: Perspectiva, 2008.

Ano de 2016 teve recorde de atentados terroristas suicidas, diz relatório. *O Dia*. Disponível em: [http://odia.ig.com.br/mundoeciencia/2017-01-06/ano-de-2016-teve-recorde-de-atentados-terroristas-suicidas-diz-relatorio.html]. Acesso em: 25.06.2017.

BRUNER, Jerome. *Actual minds, possible worlds*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

BURKE, Jason. Mulheres-bomba como a da França atuam há décadas em nome do terror. *Folha de S. Paulo*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/11/1708012-mulheres-bomba-como-a-da-franca-atuam-ha-decadas-em-nome-do-terror.shtml]. Acesso em: 24.06.2017.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel. El caso "Khaled Kelkal": una clave para entender la radicalización islamista en la Europa del año 2015. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), n. 17-09, 2015.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. El terrorismo de Estado como violación a los derechos humanos, en especial la intervención de los agentes estatales. *Estudios Constitucionales*, ano 13, n. 2, p. 203-236, 2015.

ÇEVIK, Abdulkadir. Globalização e identidade. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* Reflexões psicanalíticas sobre terror e terrorismo. São Paulo: Perspectiva, 2008.

CHODOROW, Nancy J. Ódio, humilhação e masculinidade. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Org.). *Violência ou diálogo?* Reflexões psicanalíticas sobre terror e terrorismo. São Paulo: Perspectiva, 2008.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. ¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), n. 11-08, 2009.

ECHEVERRÍA, Carlos. La radicalización en el norte de África. *Cuadernos del Centro Memorial de las Víctimas del Terrorismo*, n. 2, 2016.

ELIADE, Mircea. *Mito e realidade*. Trad. Pola Civelli. São Paulo: Perspectiva, 2013.

FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu*. Porto Alegre: L&PM, 2013.

FREY, Bruno S.; LUECHINGER, Simon. *How to fight terrorism:* alternatives to deterrence. Working Papers of the Institute for Empirical Research in Economics, University of Zurich, December 2002.

GROSBARD, Ofer. *Israel on the Couch*. The psychology of the peace process. New York: State University of New York Press, 2003.

HOBSBAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HOFFMAN, Bruce. *Inside terrorism*. New York: Columbia University Press, 2006.

KRIEGER, Tim; MEIERRIEKS, Daniel. What causes terrorism? *Public Choice*, v. 147, abr. 2011. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=1148682]. Acesso em: 30.05.2017.

PEMBERTON, Antony. Terrorism, forgiveness and restorative justice. *Oñati Socio-legal Series* [online], 4 (3), p. 369-389, 2014. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=2467107]. Acesso em: 29.05.2017.

RODRIGUES, Thiago. Guerra e terror. In: CASTELO BRANCO, Guilherme (Org.). *Terrorismo de Estado*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

RUIZ RODRÍGUEZ, Virgilio. *Democracia y derechos humanos en México:* situación actual. Toluca, México: Centro de Estudios de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México.

SÁ, Alvino Augusto de. Algumas questões polêmicas relativas à psicologia da violência. *Psicologia:* teoria e prática, 1 (2), p. 53-63, 1999.

SÁ, Alvino Augusto de. Razões e perspectivas da violência e da criminalidade: uma análise sob o enfoque da criminologia clínica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 28, p. 231-251, out.-dez. 1999.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SCHEERER, Sebastian. Terror. Trad. Raphael Boldt. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 1, p. 297-302, jan.-abr. 2016.

SCHWEIDSON, Edelyn. Notas sobre psicanálise e terrorismo. In: LEWIN, Helena (Coord.). *Judaísmo e modernidade:* suas múltiplas inter-relações [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. Disponível em: [http://books.scielo.org]. Acesso em: 30.05.2017.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal:* aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SOY, Anne. Como estive a ponto de virar uma mulher-bomba. *BBC*. Disponível em: [www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160327_mulher_bomba_boko_haram_lgb]. Acesso em: 24.06.2017.

THOMSON JR., J. Anderson. Primatas assassinos na American Airlines, ou: como a religião foi o principal sequestrador em 11 de setembro. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* Reflexões psicanalíticas sobre terror e terrorismo. São Paulo: Perspectiva, 2008.

VARVIN, Sverre. Enfrentando o terror: um apelo a favor da reflexão e do diálogo. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* Reflexões psicanalíticas sobre terror e terrorismo. São Paulo: Perspectiva, 2008.

VARVIN, Sverre. Terrorismo e vitimização: dinâmicas individual e de grandes grupos. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* Reflexões psicanalíticas sobre terror e terrorismo. São Paulo: Perspectiva, 2008.

VARVIN, Sverre. O trauma e suas consequências. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Org.). *Violência ou diálogo?* Reflexões psicanalíticas sobre terror e terrorismo. São Paulo: Perspectiva, 2008.

VEDANTAM, Shankar. Quando a violência se disfarça de virtude: uma breve história do terrorismo. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* Reflexões psicanalíticas sobre terror e terrorismo. São Paulo: Perspectiva, 2008.

VOLKAN, Vamik D. Sociedades traumatizadas. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Org.). *Violência ou diálogo?* Reflexões psicanalíticas sobre terror e terrorismo. São Paulo: Perspectiva, 2008.

VOLKAN, Vamik D. *Psychoanalysis, international relations and diplomacy*: a sourcebook on large-group psychology. London: Karnac, 2014.

WELSH-JOUVE, Geneviève. As vozes do silêncio. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* Reflexões psicanalíticas sobre terror e terrorismo. São Paulo: Perspectiva, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual, de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho – *RT* 990/405-441 (DTR\2018\12585);
- EL terrorismo de estado como violación a los derechos humanos: en especial la intervención de los agentes estatales, de Raúl Carnevali R. – *RBCCrim* 136/69-102 (DTR\2017\6317);
- O combate ao terrorismo: entre a guerra ao terror e a construção da paz em casos extremos como o da *ticking time bomb*, de André Luís Callegari e Raul Marques Linhares – *RBCCrim* 125/279-304 (DTR\2016\24346); e
- Terrorismo: reflexões a partir da criminologia crítica, de Maurício Stegemann Dieter – *RBCCrim* 75/295-338 (DTR\2008\666).

Criminologia no contexto da modernidade periférica: as agências de controle do sistema penal e a criminalidade

Criminology in the context of peripheral modernity: the criminal control agencies and the criminality

Cláudio Brandão

Professor Titular de Direito Penal. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã (PE). Professor da UFPE.
brandaoclaudio@hotmail.com

Autor convidado

Área do Direito: Penal

Resumo: A criminalidade não é um conceito universal, mas sim sujeito às diferenças. Por isso, não é viável a importação de modelos vindos da modernidade central de forma acrítica, com o fim de investigar esse objeto na modernidade periférica, nomeadamente na realidade latino-americana. Os desafios da criminologia na modernidade periférica são singulares e não se desvinculam das agências de controle do sistema penal.

Palavras-chave: Criminologia latino-americana – Agências de controle penal – Criminalidade.

Abstract: Criminality is not an universal concept, but subject to differences. For this reason, it is not viable to import models from the central modernity in an uncritical way, in order to investigate this object into the peripheral modernity, namely in Latin American reality. The challenges of criminology into the peripheral modernity are unique and are not separate from the criminal control agencies.

Keywords: Latin American criminology – Criminal control agencies – Crime.

Sumário: Introdução: os desafios conceituais da criminologia. 1. A criminologia positivista e sua crise. 2. A conceituação da criminologia vinda da modernidade central. 3. Os desafios da construção de um conceito de criminologia na modernidade periférica. Conclusão: as agências de controle penal e a criminalidade na modernidade periférica. Referências.

Brandão, Cláudio. Criminologia no contexto da modernidade periférica: as agências de controle do sistema penal e a criminalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 149. ano 26. p. 359-375. São Paulo: Ed. RT, novembro 2018.

Introdução: os desafios conceituais da criminologia

A criminologia foi objeto de tantos debates nos últimos 50 anos que não é possível falar de "uma" criminologia. Somente para os positivistas do século XIX essa nomenclatura não era tida como problemática, visto que, para eles, ela representava a investigação do crime e de suas causas. Referidos positivistas possuíam uma verdadeira crença na eficácia da investigação empírica e invocavam "as palavras crime e criminalidade com maiúsculas para especular com fórmulas mágicas, supostamente idôneas para combater a criminalidade"[1].

De início, registre-se que a criminologia é produto de uma construção teórica que se iniciou em período recente, especificamente do século XIX. A própria formação desse vocábulo, por um processo de hibridismo do latim *crimen* com o sufixo grego *logia*, denota sua não utilização em tempos remotos. O primeiro a empregar o termo criminologia, no citado século, foi o físico e antropólogo francês Paul Topinard[2], porém o vocábulo ganhou notoriedade com Rafael Garofalo, que em 1885 intitulou a sua obra que versava sobre o delito natural de *Criminologia.*

No século XIX, a Sociologia e a Antropologia, aí historicamente surgidas, eram as ciências gerais da criminalidade. Isso se deu porque a função punitiva sempre esteve presente desde os primeiros estudos científicos da sociedade e a figura do criminoso fora associada ao evolucionismo, pois o delinquente teria um defeito da escala evolutiva. Portanto, o crime e o criminoso são importantes capítulos da Sociologia e da Antropologia, respectivamente. Paul Topinard, por exemplo, trata do crime no seu *Elementos de antropologia geral*[3]. Somente após ele, a citada obra de Garofalo fez a *criminologia* ascender à designação específica de ciência geral da criminalidade, e é nesse contexto que o vocábulo ganhou notoriedade.

A questão fulcral do positivismo se centrava no caráter ontológico da criminalidade, mas os estudos sociológicos do mundo anglo-saxão no século XX revelaram outro paradigma: a criminalidade era um *status* atribuído. A ciência geral da criminalidade transmudou a etiologia, a clínica e a terapêutica da delinquência para o protótipo teórico do desvio e do controle social, o que gerou a consequência da subtração da criminologia do âmbito de domínio do direito penal.

1. MARTÍNEZ, Maurício. El estado actual de la criminología y de la política criminal. *Capítulo criminologico,* v. 27, n. 2, 1999. p. 34.
2. LIRA, Roberto. *Criminologia.* Rio de Janeiro: Forense. 1964, p. 37; CANEVELLO, Paula. *Criminología*. La evolución del pensamiento internacional. La Plata: Centro Argentino de Estudios Internacionales, 2000. p. 3.
3. TOPINARD, Paul. Éléments d'anthopologie générale. Paris:Delahaye & Lecrosner, 1885. p. 57 e ss.; p. 75 e ss.; p. 278 e ss.

Essa subtração provocou rupturas, pois, se de um lado criminólogos imputaram aos estudos penais o caráter de instrumento de dominação contraposto à criminologia (apresentada como o instrumento de liberação[4]), de outra parte, penalistas associaram o saber criminológico a um conhecimento desorientado epistemologicamente, que abatia a investigação científica em face da luta social[5]. Parafraseando Zaffaroni, tanto há irracionalismo na atitude dos penalistas que rechaçam indiscriminadamente toda criminologia chamada crítica quanto há irracionalismo nos criminólogos radicais que negam em bloco toda legitimidade do direito penal[6]. Mas é nesse contexto que se forja a criminologia latino-americana.

1. A criminologia positivista e sua crise

A criminologia positivista é autodefinida como a ciência do delito, que investiga suas causas e os meios para combatê-lo. Garofalo explicitou que não iria dedicar-se ao estudo do criminoso, mas sim ao estudo do delito natural. Com efeito, o estudo do criminoso já tinha se iniciado com Lombroso e, por isso, foi consignado que, no afã de se estudar o criminoso, deixou-se de lado o estudo do crime[7], que era o objeto daquele livro. Nele não se tratava da definição legal do delito, que o autor diz não ser um conceito jurídico[8], mas sim do delito natural, que seria presente em todas as sociedades, visto que violaria os sentimentos altruístas de piedade e de probidade[9].

Note-se que o período positivista negou o caráter de ciência ao Direito Penal, que era um saber normativo. As relações entre a criminologia e o direito penal eram tão harmoniosas que se construiu o conceito de ciência integrada do direito penal, assim denominada porque a criminologia era mesmo subordinada ao direito penal. O método das ciências naturais utilizado para explicar os comportamentos delitivos esgotava o saber criminológico, que não era pertinente com a realização de juízos de valor. Com efeito, esses juízos de valor, na ciência

4. ANIYAR, Lola. El jardín de al lado o respondiendo a Novoa sobre la criminología critica. *Doctrina Penal,* Buenos Aires, n. 33/34, 1986. p. 313.
5. NOVOA MONREAL, Eduardo. Desorientacion epistemologica en la criminologia critica?. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 30, 1985. p. 19 e ss. Sobre a objeção de Novoa à tese da dominação, veja-se a p. 27.
6. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política criminal latinoamericana*. Buenos Aires: Hammurabi, 1982. p. 46.
7. GAROFALO, Raffaele. *Criminology*. Boston: Little, Brown and Company, 1914. p. 3.
8. GAROFALO, Raffaele. *Criminology*. Boston: Little, Brown and Company, 1914. p. 4.
9. GAROFALO, Raffaele. *Criminology*. Boston: Little, Brown and Company, 1914. p. 6 e ss.

integrada do direito penal, corresponderiam à política criminal. A criminologia positivista, nesse panorama, apresentava-se como uma disciplina apolítica e sem ideologia, sendo posteriormente

> acusada de ser uma instância legitimante do sistema penal, não só porque seu objeto de estudo era traçado por este, mas sim porque as especulações sobre as causas eram e são utilizadas pelo sistema para elaborar e justificar as construções conceituais e o funcionamento de suas instituições[10].

Nessa concepção, cabia à criminologia a realização de investigações sobre os objetos selecionados pelo direito penal se utilizando do método empírico. O escopo da criminologia seria investigar as causas do crime e as respostas para combatê-lo, porquanto o crime é visto como um ente causalmente determinado. Nesse panorama,

> o pressuposto, pois, de que parte a Criminologia positivista é que a criminalidade é um meio natural de comportamentos e indivíduos que os distinguem de todos os outros comportamentos e de todos os outros indivíduos. Sendo a criminalidade esta realidade ontológica, pré-constituída ao Direito Penal (crimes "naturais") que, com exceção dos chamados crimes "artificiais", não faz mais do que reconhecê-la e positivá-la, seria possível descobrir as suas causas e colocar a ciência destas ao serviço do seu combate em defesa da sociedade.[11]

Ressalte-se que os resultados da investigação criminológica empírica seriam valorados pela política criminal, que era, por sua vez, vista como uma disciplina autônoma tanto perante o direito penal quanto diante da criminologia. Assim, a criminologia positivista investigava: (1) a etiologia criminal, referente às causas do delito; (2) a clínica criminológica, referente às formas de manifestação do delito, e (3) a terapêutica criminal, referente às medidas aplicadas ao delinquente[12].

A ciência do direito penal, por dar a definição estatal e coercitiva do crime, também no século XIX procurou se vincular a criminologia e, mais que isso, trazê-la para a sua seara, subordinando-a vez que ela se incumbiria de realizar estudos empíricos sobre o que fosse determinado pelo direito penal como crime.

10. MARTÍNEZ, Maurício. El estado actual de la criminología y de la política criminal. *Capítulo criminologico*, v. 27, n. 2, 1999. p. 47-48.
11. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Sequencia*, Florianópolis, v. 16, n. 30, 1995. p. 25.
12. INGENIEROS, José. *Criminología*. Madrid: Daniel Jorro, 1913. p. 46 e ss.

Nesse panorama, Von Liszt construiu o conceito de ciência total do direito penal, conjugando ao direito penal os saberes oriundos da criminologia e da política criminal, defendendo que as três ciências fazem parte do mesmo sistema. Devem estrategicamente ser conjugados esses três conhecimentos, que seriam sujeitados à coercibilidade da norma, o que daria uma proeminência ao direito penal.

Entretanto, a criminologia positivista foi posta em xeque por uma série de argumentos, que se relacionavam com o rechaço da busca das causas do delito. Eles podem ser sintetizados em três dimensões: (1) não é possível estudar as causas de um objeto determinado por uma definição legal, já que isso significaria assimilar como verdade um conceito criado pela vontade do legislador, que, por não ter natureza ontológica, não poderia ser tratado como tal; (2) o caráter de delinquente é produto de um *status* atribuído a uma pessoa, portanto, não se podem buscar as causas que levaram alguém a delinquir, apenas se podendo buscar as causas que levaram alguém a ser processado; (3) o estudo de "causas da delinquência" pressupõe a crença no determinismo, o qual era defendido pelo positivismo.

Essas críticas não significam a inexistência de resquícios do positivismo criminológico hoje. Ricardo Gloekner e Marcelo Ramos alertam, ao tratar no sentido hodierno do populismo penal, que:

> À toda evidência, encontra-se em curso, na atualidade, o retorno gradual da política criminal brasileira à dantesca matriz ideológica do positivismo criminológico clássico, onde o que importa, apenas, é a nulificação dos potenciais riscos encarnados na figura do desviante, alguém que está para além da redenção[13].

Entretanto, tais críticas trouxeram consequências.

A primeira delas diz respeito à subordinação da criminologia ao direito penal. Se não é o direito penal quem dirá o que deve ser tomado como comportamento delituoso, a criminologia não estará a ele subordinada. Ao contrário, terá ela o olhar externo à norma, que possibilitará a crítica do que o direito penal aponta ser o delito.

A segunda consequência é metodológica. A criminologia realiza juízos de valor na medida em que rechaça o caráter ontológico do delito e reconhece nele uma definição. Ao investigar essa definição normativa, também a criminologia se

13. RAMOS, Marcelo Butelli; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Os sentidos do populismo penal: uma análise para além da condenação ética. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Crime*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, 2017. p. 250.

torna uma ciência normativa e valorativa, na medida quem que busca, por exemplo, a origem, conteúdo, aplicação de tais definições normativas[14]. Essa consequência metodológica diferencia a criminologia da sociologia enquanto ciência e, por esse motivo, é difícil de ser assimilada pelos sociólogos ingleses e norte-americanos, que estudam o controle voltado para a área penal. Pode-se afirmar, entretanto, que as sociologias do desvio e do controle, em outras esferas que não a do controle jurídico-penal, têm o condão de ser investigadas de forma diversa, porquanto não versam sobre o delito enquanto instituição.

A terceira consequência é relacionada à política criminal. Foi Zaffaroni quem alertou não ter sentido a separação da criminologia da política criminal, sobretudo no estudo científico que tem por base a realidade latino-americana. No nosso "realismo marginal", por nos situarmos na modernidade periférica, a criminologia tem que se debruçar sobre os mecanismos que permitam a contenção da violência exercida pelo próprio sistema penal. Nesse sentido, o saber criminológico marginal "está previamente delimitado por uma intencionalidade política e a criminologia não é uma ciência, mas sim um saber – proveniente de uma multiplicidade de ramos – necessários para instrumentalizar uma decisão política, que é a de salvar vidas humanas e diminuir a violência política"[15]. Assim, a Política Criminal não pode mais ser definida como a política estatal de luta contra o crime, mas sim como ideologia política que orienta o controle social punitivo.

Com essa multiplicidade de dimensões críticas, não há acordo sobre a condição epistemológica da criminologia, mas hodiernamente se encontram dois pontos de convergência que são fundamentais para que ela seja compreendida. Primeiramente, a criminologia organiza dentro de si elementos de saberes específicos diferentes, portanto, ela é uma ciência interdisciplinar. Em segundo lugar, a criminologia não se integra no discurso normativo jurídico penal, porque ela possibilita uma crítica externa àquele sistema, tendo o condão de exercer uma espécie de controle externo do sistema de justiça criminal[16].

Nesse contexto, a criminologia é uma ciência interdisciplinar e crítica, nela a contribuição de vários saberes faz com que sua definição seja multívoca. Rosa

14. "En la dimensión jurídico-penal, que era inconcebible en la criminologia tradicional, puesto que no se podia dedicar a 'estudios jurídicos normativos' sino exclusivamente faticos, y que sigue siendo dificil para los criminologos provenientes de la area sociologica, como los ingleses y norteamericanos" (MARTÍNEZ, Maurício. El estado actual de la criminología y de la política criminal. *Capítulo criminologico*, v. 27, n. 2, 1999. p. 49).
15. MARTÍNEZ, Maurício. El estado actual de la criminología y de la política criminal. *Capítulo criminologico*, v. 27, n. 2, 1999. p. 49.
16. Cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia y sistema penal*. Buenos Aires: BdeF, 2004. p. 149.

del Olmo já apontou que existem três grandes correntes, engendradas nos países da modernidade central, que pretendem delimitá-la conceitualmente: (1) uma sociológica, que se qualifica de interacionista porquanto rotula que a sociedade é quem seleciona os seus delinquentes; (2) uma clínica, que busca sistematizar os resultados dos estudos sobre o delinquente; e (3) uma dirigida às ciências sociais aplicadas, que se interessa no estudo do funcionamento de sistemas, como a administração da justiça[17]. A autora, com acerto, também nos adverte que a variedade de escolas e de concepções se deve, sobretudo, a questões de forma, não de substância.[18]

Dessas três correntes, a primeira, que é vinculada a uma criminologia sociológica, ganhou mais eco, tanto pela maior quantidade de teorias produzidas quanto por seu cultivo em muitas cátedras universitárias. Entretanto, essas teorias sociológicas da criminologia não apresentam uma incompatibilidade de fundo com as outras duas correntes, as quais partem de caminhos diversos do *controle social*. Tal como foi advertido anteriormente, pela própria natureza interdisciplinar do seu saber, a criminologia permite que se integrem no seu método de investigação os conhecimentos produzidos em torno do delinquente (aí com especial destaque à psicanálise criminal), tanto no conhecimento produzido pelas instituições das ciências sociais aplicadas como aquele proveniente do sistema de administração da justiça penal.

Zaffaroni adverte que é difícil para um latino-americano aproximar-se da criminologia e mesmo tratar da criminologia[19]. As teorias agrupadas segundo o esquema apresentado foram construídas fora da realidade latino-americana, e as ideologias desenvolvidas nos países centrais não têm o mesmo significado no contexto de nossa periferia[20].

17. DEL OLMO, Rosa. Por que la necesidad de una criminología crítica? *Capitulo Criminologico*, Maracaibo, n. 1, 1973. p. 83.

18. "La variedad de escuelas y de concepciones sobre la misma, evidencian este hecho. Sin embargo, las diferencias en su gran mayoria son de forma y no de fondo" (DEL OLMO, Rosa. Por que la necesidad de una criminología crítica? *Capitulo Criminologico*, Maracaibo, n. 1, 1973. p. 83).

19. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología*: una aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988. p. 1.

20. "Casi todas las discusiones que se registran en los países centrales tiene su repercusión (o reproducción) en Latinoamérica o, al menos, en algunos países latinoamericanos, pero las ideologías en pugna en los países centrales no tienen el mismo significado en este contexto de nuestra periferia" (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Criminología*: una aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988. p. 1.

Feita essa advertência, passemos, pois, aos contornos definitórios dados pela modernidade central, para posteriormente realizar a sua crítica.

2. A conceituação da criminologia vinda da modernidade central

O pensamento europeu permaneceu relativamente estanque no período posterior à criminologia positivista. Com efeito, foram, sobretudo, os estudos sociológicos norte-americanos que possibilitaram novas perspectivas para a criminologia. Vera Andrade relata que o ponto de partida do desenvolvimento desses estudos sociológicos foi o *labelling approach:*

> Foi assim que a introdução do *labelling approach*, devido sobretudo à influência de correntes de origem fenomenológica (como o interacionismo simbólico e a etnometodologia) na sociologia do desvio e do controle social e de outros desenvolvimentos da reflexão histórica e sociológica sobre o fenômeno criminal e o Direito penal determinaram, no seio da Criminologia contemporânea, a constituição de um paradigma alternativo relativamente ao paradigma etiológico: o paradigma da "reação social" (*social reation approach*) do "controle" ou da "definição" [21].

Tais estudos sociológicos refutaram a tese que defende um paradigma ontológico para a criminalidade. A criminalidade passou a ser considerada um *status* atribuído, cujas características variarão em face da corrente teórica da sociologia que irá fundamentá-la. Essa construção teórica iniciada nos Estados Unidos ecoou noutra parte da modernidade central, isto é, na Europa, que também superou a concepção positivista. Hassemer e Muñoz Conde trazem uma definição bastante adequada para iniciarmos o debate conceitual, visto que definem a criminologia como a ciência empírica da *criminalidade*. Mas advertem que, sem que se esclareça o que se entende por criminalidade, tal definição é vazia de conteúdo, pois a criminalidade pode tanto dizer respeito à conduta socialmente desviada (um conceito fora da esfera da ciência penal) quanto pode dizer respeito à conduta legalmente prevista como crime.

Nesse panorama, segundo os autores,

> por um lado, a criminalidade é o conjunto das ações ou omissões puníveis dentro de um determinado âmbito temporal e espacial. Neste sentido, o conceito

21. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Sequencia*, Florianópolis, v. 16, n. 30, 1995. p. 27.

> de criminalidade vem marcado pelo Direito penal que, ao mesmo tempo, delimitaria o objeto da Criminologia. Mas, por outro lado, o objeto da Criminologia não pode limitar-se nem depender das cambiantes normas legais, nem a Criminologia mesma pode converter-se em uma simples ciência auxiliar do Direito penal. Se se quer atribuir uma importância autônoma, deve estender seus interesses além dos estritos limites das normas jurídico-penais[22].

Para além disso, há posicionamentos na criminologia que sustentam que a criminalidade não tem que ser vinculada à punibilidade do comportamento no âmbito do direito penal, pois as normas do direito penal e as normas sociais nem sempre têm uma correspondência em face da reprovabilidade. Assim, o que é castigado pelo direito penal poderá não ser reprovado no âmbito social. Nessa toada:

> as explicações criminológicas da conduta punível não tem que limitar-se à punibilidade mesma, mas sim que também devem valorar as mudanças que se produzem na punibilidade, as razões por que se consideram puníveis umas condutas e outras não e, sobretudo, investigar em que se diferenciam as infrações das normas penais e as infrações de outras normas de conduta. As normas do Direito penal e as normas sociais estão em uma relação que nem sempre é paralela nem conduz ao mesmo fim, ainda que tenham elementos estruturais comuns que as aproximam irremediavelmente. Nem tudo o que castiga o Direito penal (pense-se no delito ecológico, no fiscal ou no aborto) é desaprovado igualmente no âmbito social. E nem tudo o que socialmente merece desaprovação é elevado à categoria de infração punível ou nem tampouco de infração jurídica.[23]

Embora as normas penais e sociais tenham as citadas relações que nem sempre são paralelas e nem sempre conduzem ao mesmo fim, como citado anteriormente, podemos encontrar um traço comum em ambas: elas representaram um "desvio" ou uma "conduta desviada" da expectativa de comportamento social ou jurídico. Esse ponto comum torna a criminalidade objeto da mesma preocupação científica[24].

---

22. HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989. p. 17.
23. HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989. p. 17.
24. "Pero tanto las normas jurídicopenales como las sociales tienen un factor común que las relaciona inevitablemente y las hace objeto de la misma preocupación científica: una 'desviación' o 'conducta desviada' de las normas de referencia, y su forma de sanción, el

3. Os desafios da construção de um conceito de criminologia na modernidade periférica

No contexto latino-americano, o estudo científico da criminologia é uma tarefa muito mais desafiadora do que aquela empreendida na modernidade central. Além de desafios maiores, são maiores os obstáculos à pesquisa, por conta da notória inferioridade do desenvolvimento teórico na modernidade periférica, aliado à escassez dos recursos disponíveis[25].

É própria da realidade latino-americana a interface substancial entre o poder político e a criminalidade. Com muita lucidez, afirma Zaffaroni que o objeto da criminologia dentro da nossa realidade periférica, chamada por ele de marginal, não pode ser construído alheio a esse dado: o poder político[26]. Nesse panorama, o propósito da criminologia é explicar como os sistemas punitivos, como expressões do poder e do controle social, operam, tanto de maneira formal como de maneira informal, mostrando o lado obscuro e perverso da criminalidade.

Com efeito,

> isso pode explicar, ao menos em parte, a grande ênfase que colocam os criminólogos latino-americanos na dimensão jurídica do controle social, entendida como expressão da opressão, e dentro da qual o conhecimento informado se considera como uma via para a mudança da justiça penal, trazendo algum consolo aos desafortunados[27].

Essa criminologia latino-americana, denominada por muitos como criminologia crítica, é uma teoria crítica do controle social, mas possui uma relação necessária com o direito. Rosa del Olmo aponta que, com o surgimento desse movimento crítico, as relações de subordinação entre a criminologia e o direito penal foram desconstruídas, a ponto de se qualificar o direito penal como uma *filosofia da dominação*. Mas isso não significa que o saber criminológico esteja

---

'control social'" (HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989. p. 17).

25. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Criminología*: una aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988. p. 3 e ss.

26. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología*: una aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988. p. 2 e ss.; p. 27 e ss.

27. GABALDÓN, Luís Geraldo. La criminología latinoamericana: temas, perspectivas y politicas públicas en el transito del milenio. *Espacio Abierto: Cuaderno Venezoelano de Sociologia*, Maracaibo, v. 19, n. 2, 2010. p. 256.

desvinculado do direito, porque se não se subordina mais ao direito penal, segue coligado à filosofia do direito[28].

O epicentro desse cenário desafiador não é encontrado na modernidade central com as mesmas características: a utilização do poder por parte das agências estatais de controle para a realização de ações que se vinculam com a criminalidade, conforme se verá adiante. O vocábulo agência expressa a atividade de pessoas que realizam condutas em nome do Estado. Zaffaroni propôs esse termo para que se evitassem outros substantivos que expressam um conteúdo mais valorativo, tais como burocracia, instituições etc. Agência é uma palavra que deriva do latim *agens*, particípio do verbo *agere,* que quer dizer fazer; por conseguinte, ela significa *entes ativos*, isto é, entes que atuam[29].

O conceito legal de crime é gestado e aplicado por essas estruturas de poder: as agências. A criminologia tem por objeto desvendar os reais processos que levam à formalização como tipos penais, por aquelas agências detentoras do poder do Estado, de condutas e a aplicação correlata de suas penas. Nesse sentido, já escreveu Rosa del Olmo:

> se torna cada dia mais evidente a necessidade de fomentar uma criminologia crítica em nosso país que comece por questionar: as visões imperantes sobre o que é o delito e quem é um delinquente. Mas é preciso ir mais além, é preciso que se chegue até o estudo minucioso da lei, de sua formulação, dos processos que intervieram para sancionar um fato como delito e a um indivíduo como delinquente, é necessário que se conheça quem são os responsáveis na sociedade por essa situação e pelas implicações que levam[30].

Com essa constatação, todas as elaborações conceituais realizadas pelo centro serão sempre parciais e incompletas quando estudamos a criminalidade latino-americana.

> Para tentar uma aproximação 'desde a margem latino-americana' é necessário, em primeiro lugar, assumir a posição marginal, a qual não custa nada as nossas populações subalternas mas resulta relativamente difícil ao investigador, não só por sua procedência de classe, mas também porque toda a preparação e

28. DEL OLMO, Rosa. Criminologia y derecho penal: aspectos gnosiológicos de una relación necesaria en América Latina. *Doctrina Penal*. a. 10, n. 37, 1987. p. 25-26.
29. ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 7.
30. DEL OLMO, Rosa. Por que la necesidad de una criminología crítica? *Capitulo Criminologico*, Maracaibo, n. 1, 1973. p. 84.

> treinamento o condiciona para discorrer de forma "universal", como se "centro" e "margem" do poder não existissem. [31]

Na realidade latino-americana, dessarte, a criminologia será uma ciência interdisciplinar que tem por objeto a investigação dos "desvios" ou das "condutas desviadas" da expectativa de comportamento social ou jurídico, aí incluídos seus autores, processos/interações, causas e suas implicações com as agências estatais de controle penal.

Conclusão: as agências de controle penal e a criminalidade na modernidade periférica

O controle punitivo institucionalizado pelo Estado é realizado e exercido por um conjunto de agências estatais, as quais se convencionou a chamar "sistema penal"[32]. Esse conjunto de agências age com um alto nível de violência[33] e é integrado por grupos e subgrupos de diferentes segmentos, os quais são gerados pela complexidade das funções do Estado, porém no sentido técnico do termo o que se denomina de "sistema criminal" não é propriamente um sistema, mas sim um conjunto assistemático de diversas agências. Isso se dá porque há o isolamento dos seguimentos em face dos outros (compartimentalização), há disparidade de critérios de eficácia entre as agências, há diferenças qualitativas nas formas com que as agências assumem o seu papel perante a opinião pública por meio dos veículos de comunicação de massa[34].

Na realidade latino-americana, adverte-nos Zaffaroni, as agências estatais de controle estão integradas com a criminalidade, inclusive causando mortes. Segundo ele:

> o maior número de mortes é causado, na América Latina, por agências do Estado, e não só nas ditaturas nem nas zonas de guerra, mas também nos países com sistemas constitucionais. Anualmente, são milhares os "mortos

31. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología*: una aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988. p. 3.
32. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología*: una aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988. p. 15.
33. Segundo Zaffaroni: "Los multiples poderes que sustentan esta realidad letal se apoyan en buena medida en el ejercicio de poder de las agencias de nuestros sistemas penales que, en la mayoria de los paises de la region, operan con un nivel tan alto de violencia que causan mas muertes que la totalidad de los homicidios dolosos entre desconocidos cometidos por particulares" (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar, 1998. p. 17).
34. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología*: una aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988. p. 15.

> sem processo" em execuções protagonizadas pelo pessoal estatal armado; um simples corte orçamentário na rubrica sanitária ocasiona a morte de milhares de pessoas; a supressão de dispensários condena a morte por desidratação de milhares de crianças, para mencionar só alguns exemplos de causa de morte direta e com toda evidência, em circunstâncias que podem ser consideradas "normais" em nossa área geográfica.[35]

Na modernidade periférica, por conseguinte, as agências estatais de controle são parte significativa do próprio objeto da criminologia, que não pode ser construída cientificamente sem ter presente esse aspecto do seu objeto. No caso brasileiro, os dados referentes a essa interface são de tal forma notórios que a mídia (inclusive a de comunicação de massa) os descortina sem pudores. Com referência às agências centrais de controle, que estão no vértice do exercício do poder do Estado, vejam-se, a título de exemplo, os seguintes dados: (1) o mandatário da Presidência da República foi, no ano de 2017, denunciado criminalmente duas vezes, sendo-lhe imputada a prática de delitos no exercício do mandato[36]; (2) no ano de 2016, um terço dos mandatários do Senado Federal respondia a ações criminais[37]; (3) já foi noticiado que o Superior Tribunal de Justiça julgava processos criminais contra governadores de 11 estados-membros e tramitavam nele 42 ações contra desembargadores estaduais e federais[38]. A investigação das relações das agências de controle penal com a criminalidade é indispensável porque:

---

35. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología*: una aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988. p. 2. Em outra obra o autor assim se expressa: "La violencia policial directa se traduce en miles de muertos (no menos de veinte mil anualmente, según cálculos optimistas) por ejecuciones sin proceso, sea por las policías o por grupos de exterminio no directamente políticos, a los que cabe agregar las "muertes anunciadas",las "ejemplarizadoras", etc; a ello debemos agregar el enorme número de muertos de tránsito, que prácticamente no son tomadas en cuenta, pese a constituir una de las principales causas de muerte de adultos jóvenes en la región. En este aspecto es notable la total omisión del sistema penal. Agreguemos a ello las omisiones estatales en la provisión de alimentación o atención médica elemental en los primeros eses o años de vida, que cuesta la vida de doscientos mil niños por año, a lo que cabe agregar un número aproximadamente igual o mayor de personas que jamás alcanzarán el completo desarrollo psicofísico, por secuelas de las mismas carencias" (ZAFFARONI, Eugenio Raul. Derechos humanos y sistemas penales en america latina. *Criminologia crítica y control social*, Rosario, 1993. p. 66).
36. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/poder/2017/09/1918472-janot-denuncia-temer-sob-acusacao-de-organizacao-criminosa-e-obstrucao.shtml].
37. Disponível em: [https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/um-terco-do-senado-responde-a-acusacao-criminal/].
38. Disponível em: [https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/944318/autoridades-com-foro-no-stj-respondem-a-110-acoes-penais].

> o Estado e suas instituições não se limitam a responder (com frequência, indignamente) ao delito e ao delinquente, mas também (prévia e posteriormente) estruturam o delito e rotulam o delinquente mediante a elaboração de leis que outorgam tratamentos preferenciais para os detentores do (e os próximos ao) poder. Também, mediante a aplicação das leis nos campos judicial e penitenciário que beneficia escandalosamente os membros das classes privilegiadas[39].

As agências de controle do sistema penal são as estruturas de poder que formalizam no âmbito do direito a criminalidade. Para exemplificar, tomemos a função da agência legislativa: a delimitação de um tipo, com a descrição da conduta e a cominação de uma pena, traduz-se em um verdadeiro ato de "batismo"[40]. Quando há uma interface da magnitude apresentada pelos dados brasileiros entre as agências e o delito, cabe *a criminologia investigar os reais processos que levam a formalização de condutas como tipos penais e a aplicação correlata de suas penas*. Nesse sentido, já advertiu Rosa del Olmo que, na América Latina, há a necessidade de um questionamento além do vulgar sobre a visão estatal do que é o delito e de quem é um delinquente. A investigação deve abranger um detido estudo sobre os porquês da formulação das leis penais e os processos que intervieram para a tipificação de uma conduta como crime[41].

Note-se que, com a desconstituição do paradigma positivista, a criminalidade é tida como um *status* assinalado[42]. Quem assinala essa etiqueta são as agências

39. BERISTEIN, Antonio. *Nova criminogia*: à luz do direito penal e da vitimologia. Brasília: UNB, 2000. p. 74-75.

40. Diz Zaffaroni: "El ámbito de lo penal lo establece el concepto de pena, que resulta delimitado por un acto de bautismo legislativo, o sea que es la agencia legislativa la que pretende decidir el horizonte de proyección del saber penal" (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: BdeF, 2005. p. 107).

41. DEL OLMO, Rosa. Porque la necesidad de una criminología crítica? *Capítulo Criminologico*, Maracaibo, 1973. p. 84.

42. Traga-se à colação a posição de Baratta: "a criminalidade não é mas uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e determinados indivíduos, mas se revela melhor como um status assinalado a determinados indivíduos por meio de uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente e dos comportamentos ofensivos a estes bens adotados nos casos particularmente penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que cometem infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é um "bem negativo", distribuído desigualmente segundo a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconómico e segundo a desigualdade social entre os indivíduos" (BARATTA, Alessandro. Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad. *Nuevo foro penal*, Bogotá, n. 15, 1982. p. 740).

de controle penal, por meio da dogmática penal, que é o discurso jurídico-penal, embora ele tenha em grande parte o caráter simbólico (mas não exclusivamente, pois o simbolismo abrange outros meios de controle social)[43]. É essa dogmática que possibilita a aplicação do controle jurídico formal da criminalidade[44], que não pode ser prescindido, porquanto ainda não foi construída outra forma de controle que a suprima. Porém, as inter-relações entre as instâncias controladora e controlada, no âmbito da criminalidade, põem a nu uma vinculação desconcertante, tanto na construção quanto na aplicação do discurso jurídico-penal. Nesse panorama, conhecer essa face da criminalidade latino-americana é o primeiro passo para superar a crise que dela decorre.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Seqüência*, Florianópolis, v. 16, n. 30, 1995.

ANIYAR, Lola. El jardín de al lado o respondiendo a Novoa sobre la criminología critica. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 33/34, 1986.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia y sistema penal*. Buenos Aires: BdeF, 2004.

BARATTA, Alessandro. Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad. *Nuevo foro penal,* Bogotá, n. 15, 1982.

BERISTEIN, Antonio. *Nova criminogia: à luz do direito penal e da vitimologia.* Brasília: UNB, 2000.

CANEVELLO, Paula, *Criminología*. La evolución del pensamiento internacional. La Plata: Centro Argentino de Estudios Internacionales, 2000.

DEL OLMO, Rosa. Criminologia y derecho penal: aspectos gnosiológicos de una relación necesaria en América Latina. *Doctrina Penal,* a. 10, n. 37, 1987.

DEL OLMO, Rosa. Porque la necesidad de una criminología crítica?. *Capítulo Criminologico,* Maracaibo, 1973.

43. "Bestimmend dafür war der Umstand, dass soziale Kontrolle in spätmodernen Gesellschaften weitgehend diskursiv, also über Kommunikation und symbolische Praktiken, ausgeübt wird" (KUNZ, Karl-Ludwig. *Zur Symbolik des Strafrechts. Verbrechen, Strafe, Resozialisierung. Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag.* (Dieter Dölling, Bert Götting, Bernd-Dieter Meier, Torsten Verrel Hgrs.). Berlin: de Gruyter, 2010. p. 3). Tradução livre: "Isso se deve ao fato de que o controle social nas sociedades pós-modernas é praticado em grande parte discursivamente, nomeadamente através das comunicações e das práticas simbólicas".

44. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo juridico penal marginal.* Caracas: Monte Ávila, 1993. p. 23.

GABALDÓN, Luís Geraldo. La criminología latinoamericana: temas, perspectivas y politicas públicas en el transito del milenio. *Espacio Abierto*: Cuaderno Venezoelano de Sociologia, Maracaibo, v. 19, n. 2, 2010.

GAROFALO, Raffaele. *Criminology*. Boston: Little, Brown and Company, 1914.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.

INGENIEROS, José. *Criminología*. Madrid: Daniel Jorro, 1913.

KUNZ, Karl-Ludwig. *Zur Symbolik des Strafrechts. Verbrechen, Strafe, Resozialisierung. Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag*. (Dieter Dölling, Bert Götting, Bernd-Dieter Meier, Torsten Verrel Hgrs.). Berlin: de Gruyter, 2010.

LIRA, Roberto. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

MARTÍNEZ, Maurício. El estado actual de la criminología y de la política criminal. *Capítulo criminologico*, v. 27, n. 2, 1999.

NOVOA MONREAL, Eduardo. Desorientacion epistemologica en la criminologia critica? *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 30, 1985.

RAMOS, Marcelo Butelli; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Os sentidos do populismo penal: uma análise para além da condenação ética. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Crime*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, 2017.

TOPINARD, Paul. Éléments d'anthopologie générale. Paris: Delahaye & Lecrosner, 1885.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología*: una aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Derechos humanos y sistemas penales en america latina. *Criminologia crítica y control social*, Rosario, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: BdeF, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo juridico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política criminal latinoamericana*. Buenos Aires: Hammurabi, 1982.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- As calças do diabo: capitalismo e criminologia, de Pedro Dalla Bernardina Brocco – *RBCCrim* 111/293-310 (DTR\2015\246);
- Ensino e aprendizado das ciências criminais no século XXI, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 69/237-278 (DTR\2007\671);
- Globalização, adolescência e vulnerabilidade: um exame em paralelo com a escola criminológica de Chicago, de Ana Paula Motta Costa e Guilherme Aresi – *RBCCrim* 148/351-372 (DTR\2018\19812); e
- La criminología hoy: política criminal como síntesis de la criminología. política penal y relaciones con la teoría de la responsabilidad. Un control social alternativo o la criminología de los derechos humanos, de Lolita Aniyar de Castro – *RBCCrim* 32/252-268 (DTR\2000\465).

Polícia violenta: natural ou inverossímil?

Violent police: natural or improbable?

Eduardo Augusto Paglione

Doutor em Direito pela USP (área de concentração: Direitos Humanos).
Mestre em Letras pela Unesp/Assis (área de concentração: Literatura e Vida Social).
Professor da Academia de Polícia Civil de São Paulo. Delegado de Polícia em São Paulo.
e.paglione@gmail.com

Recebido em: 19.01.2018.
Aprovado em: 21.03.2018.
Última versão do (a) autor (a): 25.04.2018.

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O artigo parte de dois textos que se opõem para discutir se a violência da polícia pode ser aceita, por ser necessária, ou deve ser rejeitada, por ser injusta. Em 2017, Chico Buarque lançou uma canção que trata da violência policial praticada contra os moradores de subúrbios cariocas que pretendem frequentar uma praia do Rio de Janeiro; porém, em 1898, Rui Barbosa havia abordado, em artigo de jornal, a violência policial que expulsava da cidade do Rio de Janeiro as pessoas que ameaçavam o bem-estar dos moradores. A violência policial contra os marginalizados é o objeto dos dois textos – embora tratados sob óticas diferentes –, o que mostra que o problema social permanece. A argumentação desenvolve-se apoiada em pensadores nacionais e estrangeiros que tratam do tema, inclusive no romance *O estrangeiro*, de Albert Camus, que é citada na canção de Chico Buarque. Conclui que é necessário que cada polícia cumpra suas atribuições, mas também aponta não ser ela a única envolvida no problema da criminalidade, sendo

Abstract: The article comes from two opposite texts discussing whether police violence should be accepted because it is necessary, or should it be rejected because it is unjust. In 2017 Chico Buarque released a song about police violence upon people who lived in carioca suburbs and intend to go to the beach in Rio de Janeiro; on the other hand, in 1898, Rui Barbosa, in a newspaper article, addressed the police violence when expelling people who threat the well being of those living there. Both texts are about the same subject: Police Violence against discriminated people – although under a different point of view – they show that the social problem, remains the same. The discussions develop under national and foreigner thinkers who address the issue, including the romance "The Stranger" by Albert Camus stated in Chico Buarque's song. It concludes with the requirement that each police force fulfills its duties but also points that the police is not the only involved in the criminality problem: it is necessary a political action to

imprescindível uma atuação política de garantia dos direitos constitucionalmente previstos para que as instituições sejam fortalecidas e a população possa contar com serviço público mais eficiente.

Palavras-chave: Direitos humanos – Estado – Monopólio de violência – Violência policial.

guarantee the constitutional provided rights to strengthen the institution and that people may count with a better public service.

Keywords: Human rights – State – Violence monopoly – Police violence.

Sumário: 1. Introdução. 2. No século XXI como no XIX. 3. A concepção weberiana do monopólio da violência. 4. Polícia e segurança pública. 4.1. A doutrina de segurança nacional. 4.2. A polícia e o uso da força. 5. Conclusão. Referências.

Esses fatos parecerão a alguns perfeitamente naturais e a outros, pelo contrário, inverossímeis.
(Albert Camus, *A peste*, 2003, p. 11.)

Por um lado, era inverossímil.
Por outro lado, era natural.
(Albert Camus, *O estrangeiro*, 2005, p. 84.)

1. Introdução

As letras das canções de Chico Buarque dificilmente passam despercebidas. Com sua inquestionável vocação de cronista, o compositor capta com rara sensibilidade os temas sociais, sobre eles compondo poesias[1]. Em seu álbum de 2017, "Caravanas", Chico Buarque, na canção título (de sua autoria), traz uma crítica mordaz à ação da polícia a serviço da classe média, que age contra os moradores da periferia. Um trecho da composição dialoga diretamente com um artigo de jornal de Rui Barbosa, publicado em 1898. Rui e Chico demonstram que a população apoia a violência policial e a polícia utiliza esse apoio para suas arbitrariedades, como que buscando legitimidade para sua ação opressora. Naturalmente, como adverte Maria Vitalina de Matos (2001, p. 69-70) a respeito da intertextualidade, "nenhum texto vive isoladamente; pelo contrário, surge inserido num vasto sistema, o sistema literário; e aí entra em diálogo, aproveita, cita, contradiz ou parodia textos anteriores ou contemporâneos". Em outras palavras, de acordo

1. Com a ressalva de que o próprio compositor já disse que não escreve poesia, mas sim letras para música, no que vai ao encontro de parcela de teóricos da literatura (mas não da unanimidade) que não reconhece o caráter literário das letras de música popular.

com a mesma autora, "nenhum texto nasce do nada", pois ecoam nele obras que seu autor conhece[2].

Exemplo bastante eloquente é o verso "filha do medo, a raiva é mãe da covardia" que é quase um quiasmo do título do Capítulo XXVII, do Livro II, dos *Ensaios* de Montaigne: "A covardia é mãe da crueldade" (1972, p. 321). Escreve o pensador bordelês: "Nossa conduta atual leva-nos a buscar a morte de quem ofendemos da mesma forma que buscamos a de quem nos ofende" (MONTAIGNE, cit., p. 322) e, pouco adiante, faz um ataque à tortura que antecedia as execuções: "Tudo o que ultrapassa a morte pura e simples se me afigura cruel. Nossa justiça não pode esperar que se amedronte ante a morte pelo fogo ou a tortura, e deixe de cometer crimes, quem os comete apesar da ameaça da forca e da decapitação" (idem): a crítica aplica-se ao mesmo desejo da turba descrito por Chico ("tem que bater, tem que matar, engrossa a gritaria"). Enquanto para Montaigne a covardia gera a crueldade, e para Chico Buarque o medo gera a raiva que, por usa vez, gera a covardia, em Thomas Hobbes encontramos a afirmação de que a guerra gera a mentira e a violência[3].

Hannah Arendt observa que "a raiva não é, de modo algum, uma reação automática à miséria e ao sofrimento", mas "a raiva aparece apenas quando há razão para supor que as condições poderiam ser mudadas mas não são" (ARENDT, 2009, p. 81)[4]. A multidão que, de acordo com a letra da música, incentiva as agressões, agiria por medo decorrente da descrença no poder estatal, que gera a

2. "A análise do jogo que se estabelece entre textos, jogo que vai da citação, da imitação, da tradução assumida até a mais radical contestação constitui uma forma privilegiada de interpretação do texto e de compreensão das relações que estabelece com o contexto histórico e literário em que se insere" (MATOS, 2001, p. 70).

3. Hobbes é um exemplo clássico da prosopopeia que encontramos em Montaigne e Chico: "Para ser imparcial, ambos os ditos são certos – que o homem é um deus para o homem, e que o homem é lobo do homem. O primeiro é verdade, se comparamos os cidadãos entre si; e o segundo, se cotejamos as cidades. Num, há alguma analogia e semelhança com a Divindade, através da *Justiça e da Caridade, irmãs gêmeas da paz*; no outro, porém, as pessoas de bem devem defender-se usando, como santuário, *as duas filhas da guerra, a mentira e a violência* – ou seja, para falar sem rodeios, recorrendo à mesma rapina das feras" (HOBBES, 2002, p. 3-4 – grifamos).

4. A poetisa Wisława Szymborska, a respeito do ódio, escreveu no final do século XX: "Vejam como ainda é eficiente, / como se mantém em forma / o ódio no nosso século. / Com que leveza transpõe altos obstáculos. / Como lhe é fácil – saltar, ultrapassar". E conclui: "Pronto para novas tarefas a cada instante. Se tem que esperar, espera. / Dizem que é cego. Cego? / Tem a vista aguda de um atirador / e afoito olha o futuro / – só ele" (2016, p. 198-199).

raiva e, em virtude desta, surge a covardia. Tamanha é a covardia que, no final da letra, o eu lírico nega a realidade: "doido sou eu que escuto vozes" (as que dizem que "tem que bater, tem que matar"), recusando-se a crer que há pessoas que cheguem a esse grau de loucura ("não há gente tão insana") e até mesmo negando, no último verso, a existência da "caravana do Arará", referida na primeira estrofe e que surge da zona Norte carioca para invadir a praia de Copacabana.

Retomando o raciocínio arendtiano – "recorrer à violência em face de eventos ou condições ultrajantes é sempre extremamente tentador em função de sua inerente imediação e prontidão" (ob. cit., p. 82). Aqui o ultraje é recíproco. Porém, quem tem o poder utiliza a violência policial como instrumento para afastar o evento que reputa ofensivo[5].

A letra de Chico já foi destaque em discussão do Supremo Tribunal Federal[6], embora pareça que não tenha repercutido o quanto seria necessário junto àqueles que atuam na segurança pública.

A música nos remete, assim, à violência e, como bem adverte Tzevetan Todorov, "não basta condenar a violência. Se há a pretensão de impedir o seu retorno, convém tentar compreendê-la: ela nunca eclode sem motivo" (2010a, p. 223). Antes de tratarmos da violência policial, é necessário tentarmos compreender o que é "polícia". Politicamente, trata-se de "uma função do Estado que se concretiza numa instituição de administração positiva e visa a pôr em ação as limitações que a Lei impõe à liberdade dos indivíduos e dos grupos para salvaguarda e manutenção da ordem pública", incluídas nesta última as várias manifestações que vão desde a "segurança das pessoas à segurança da propriedade, da tranquilidade dos agregados humanos à proteção de qualquer outro bem tutelado com disposições penais" (BOVA, 2016, p. 944). Porém, o tema não é muito aprofundado nos meios acadêmicos. E não ocorre isso apenas no Brasil. Apoiando-se em Weber e Trotsky, David Bayley afirma:

5. O tema nos reporta aos linchamentos havidos no Brasil no início da década de 1980 e que mereceram detido estudo de Maria Victoria Benevides e Rosa Maria Fischer Ferreira: "A estigmatização do pobre é incorporada pela população em geral, levando às reações de apoio às arbitrariedades, ao mesmo tempo em que o reconhecimento da ineficácia desses procedimentos policiais para garantir a segurança da comunidade provoca reações de revolta, cujos exemplos dramáticos são os linchamentos" (1983, p. 242).

6. Durante embate entre os Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, este disse àquele: "Vossa Excelência deveria ouvir a última música do Chico Buarque: 'A raiva é filha do medo e mãe da covardia'. Vossa Excelência fica destilando ódio o tempo inteiro..." (apud PIRES; MOURA, 2017, p. A4).

> O pouco interesse sobre a polícia nos meios acadêmicos é, de fato, curioso. Causa especial perplexidade no caso dos cientistas políticos. A manutenção da ordem é a função essencial do governo. Não apenas a própria legitimidade do governo é em grande parte determinada por sua capacidade em manter a ordem, mas também a ordem funciona como critério para se determinar se existe de fato algum governo. Tanto conceitual quando funcionalmente, governo e ordem andam juntos (BAYLEY, 2006, p. 17).[7]

O autor, demonstrando seguir a doutrina da *law and order* e com base na realidade dos Estados Unidos da América, considera que as atividades da polícia "determinam os limites da liberdade numa sociedade organizada", o que seria "essencial para se determinar a reputação de um governo. Embora governos imponham restrições de outras maneiras, a maneira pela qual eles mantêm a ordem certamente afeta de modo direto a liberdade real" (id.). Entretanto, o pesquisador que se disponha a ingressar nesse universo "deve estar disposto a realizar um trabalho de campo intensivo em ambientes cheios de desconfiança, dobrar a intransigência burocrática, tornar-se politicamente suspeito e socialmente malvisto" (ibid., p. 19), por isso poucos de dispõem a fazê-lo. Convém ainda termos em vista o argumento de Hannah Arendt, no sentido de que a teoria da "Lei e ordem" serve apenas de fachada para suportar "uma ideologia racista plenamente desenvolvida", podendo a sociedade onde ele for aplicada "deteriorar-se a ponto de a maioria de seus cidadãos desejar pagar o preço do terror invisível de um Estado policial que garantisse a Lei e a ordem nas ruas" (2009, p. 97).

Talvez por isso a polícia seja, segundo lição de Paulo Sérgio Pinheiro, a "instituição mais adequada" para testar "os limites da legalidade" impostos por um Estado (2013, p. 278).

Este artigo procura, assim, analisar o motivo pelo qual o emprego da força pelo Estado contra grupos marginalizados[8] não choca a população e, embora devesse ser visto como uma medida inverossímil, é por muitos tida e havida como natural.

---

7. O autor indica e explica quatro motivos pelos quais, segundo ele, isso ocorre: (a) ausência de um "papel importante" da polícia nos eventos históricos; (b) a atividade policial não tem magnetismo popular; (c) há repugnância moral em relação ao trabalho da polícia; (d) falta de organização do material a ser pesquisado (BAYLEY, cit., p. 17-19).
8. "Loucos, prostitutas, prisioneiros, negros, hispânicos, árabes, curdos, judeus, ianomâmis, aidéticos, homossexuais, travestis, crianças, operários, irão nascer e morrer sem terem conhecido o comedimento do Leviatã. As graves violações dos direitos humanos pelo Estado revelam a rotina do Terror no cotidiano das populações" (PINHEIRO, 2013, p. 271).

2. No século XXI como no XIX

A imprensa já se referiu mais de uma vez à citação que a letra de Chico Buarque faz à obra *O estrangeiro*, romance de Albert Camus sobre o qual voltaremos mais à frente. Porém, os dois primeiros versos nos remetem às primeiras estrofes do *Navio negreiro*, de Castro Alves: o leitor/ouvinte (Castro Alves compunha seus versos para serem declamados, e não apenas lidos) é convidado a acompanhar uma bela paisagem para, em seguida, ser sequestrado pelo eu lírico que o conduz rapidamente para a trágica cena do convés de um navio negreiro (na poesia de Castro Alves) ou para uma praia "invadida" por suburbanos (na música de Chico Buarque). Tanto em um caso como em outro, o idílico é confrontando e contaminado pela realidade, a cor azul some das vistas do leitor/ouvinte para ser substituída pelas cenas de violência. Chico Buarque nos remete, assim, diretamente a Castro Alves e lembra ainda a conhecida símile do navio negreiro com os presídios superlotados ("Crioulos empilhados no porão / De caravelas no alto mar / E essa zoeira dentro da prisão"). Aqui o compositor já faz um paralelo com o romance de Camus: o sol aparece na primeira estrofe com a responsabilidade de danificar a razão ("sol de torrar os miolos"), assim como em *O estrangeiro*, ao sol, presente em toda a narrativa, é atribuída, pelo protagonista, a responsabilidade pelo crime por ele praticado.

O poema de Chico Buarque contém, assim, evidentes intertextualidades, pouco importando se elas são propositais ou não. Uma delas – a que serve de mote para o presente estudo – denuncia o caráter autoritário da segurança pública e dialoga[9] com um artigo de Rui Barbosa, "Coisas da fábula", publicado em 10 de novembro de 1898 no jornal *A Imprensa* (do qual ele era redator-chefe). Nele, Rui denuncia o envolvimento escandaloso da polícia carioca com os contraventores do *jogo do bicho*. O jurista baiano foi um crítico ferrenho da polícia de sua época (PAGLIONE, 2006). Embora longo, é necessário transcrever todo o parágrafo do artigo, uma vez que parafrasear Rui Barbosa não é tarefa fácil, além de macular seu estilo pitoresco:

> Ruim sempre foi a polícia do Rio de Janeiro. Coube-lhe, porém, algumas vezes a fortuna de ter à sua frente homens de consciência sã e pulso rijo, que sobre ela exerceram grande ação depuradora, e, varrendo-a dos sedimentos grosseiros, que

9. Usamos o conceito dialógico de Bakhtin para quem "a linguagem é, por constituição, dialógica e a língua não é ideologicamente neutra e sim complexa, pois, a partir do uso e dos traços dos discursos que nela se imprimem, instalam-se na língua choques e contradições. [...] Assim caracterizada, a língua é dialógica e complexa, pois nela se imprimem historicamente e pelo uso as relações dialógicas dos discursos" (BARROS, 2005, p. 33).

> tinha acumulado, limpavam, ao mesmo tempo, a vassoiradas formidáveis a borra das ruas. De vez em quando um arrastão violento retirava da circulação da cidade vastas levas de capoeiras, vagamundos e réus de polícia, desopressando a população, que sentia profundamente o alívio, e não regateava louvores ao benfeitor. Nem sempre nesses golpes de arrancada se saía incólume a lei; mas os seus mais severos amigos não podiam negar, ao menos, à autoridade o mérito relativo de que os seus desvios representavam medidas saneadoras contra a canalha mais vil, em defesa das classes pacíficas, honestas e laboriosas (BARBOSA, 1947, p. 72).

Portanto, para Rui Barbosa o mérito da polícia carioca de seu tempo havia sido apenas o de "retirar de circulação" as "vastas levas de capoeiras, vagamundos e réus de polícia". Mas já não o fazia mais e, em vez de expulsá-los da cidade, permitia que trabalhassem para a própria polícia:

> Ultimamente, porém, se extinguiram de todo essas ideias bolorentas, e a escória, de que aqueles chefes, em largas tarrafadas periódicas, expurgavam a capital, os artistas da rasteira e da navalha, os ociosos de todas as castas, os espertos em todos os crimes, os paus-mandados para as missões mais desprezíveis, ou perigosas, foi incorporada e assimilada à instituição protetora da ordem sucessivamente, sob a forma do espião, do secreta e, afinal, do *encostado*, a sordícia moral, a preamar da boçalidade, insolência e crime, que com esse elemento soez a invadiu, não há descrevê-la. Mas está entrando pelos olhos como a lama das calçadas. Hoje, nesta terra, não há coisa, de que mais se arreceie um homem limpo que o encontro, noturno, ou diurno, com a autoridade sob uma dessas figuras, que enxovalham esqualidamente as funções da lei. É medo e asco, a impressão que infundem os reptís (ibid., p. 72-73).

No século XIX, o substantivo "capoeira" significava "malandro típico" (em especial no Rio de Janeiro, na Bahia e no Recife) que lutava capoeira na rua "armado de navalha ou faca, para combater bandos rivais ou provocar desordens públicas"; mas também se referia ao próprio capoeirista (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 613)[10]. A ação policial exaltada pelo jurista baiano visava a "desoprimir"

10. Para compreendermos a amplitude do substantivo, é importante termos em conta o Código Penal da República (Decreto 847, de 11 de outubro de 1890), cujo art. 402, previa: "Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal: Pena – de prisão cellular por dous a seis mezes. Paragrapho unico. É considerado circumstancia aggravante pertencer o capoeira a alguma banda ou malta. Aos chefes, ou cabeças, se imporá a pena em dobro" (Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/

a população que, aliviada, louvava a polícia. Ainda que houvesse alguma ilegalidade, de acordo com o argumento ruiano, os mais puristas tinham de reconhecer que os abusos "representavam medidas saneadoras contra a canalha mais vil", e a polícia defendia as "classes pacíficas, honestas e laboriosas". Este trecho é o que dialoga diretamente com os seguintes versos buarqueanos:

> Com negros torsos nus deixam em polvorosa
> A gente ordeira e virtuosa que apela
> Pra polícia despachar de volta
> O populacho pra favela
> Ou pra Benguela, ou pra Guiné (BUARQUE, 2017).

Sabemos que a marginalização decorre, em grande parte, da forma como a abolição de 1888 foi feita, sem qualquer preparo para que os escravos, ao se livrarem da servidão, fossem acolhidos e passassem a integrar a sociedade dos ditos "senhores". Em discurso de 1906, Sílvio Romero – cuja posição a respeito dos negros nunca foi das mais acolhedoras – sentencia:

> Acontece, porém, que o largo espaço compreendido entre a alta classe dirigente e os escravos (agora criados e empregados de toda ordem) por ela utilizados não se acha suficientemente preenchido. Seis milhões (atualmente mais) de habitantes, pelo menos, nascem, vegetam e morrem sem ter quase servido à sua pátria. No campo serão agregados de fazendas, caipiras, matutos, caboclos; nas cidades serão capangas, capoeiras, ou simplesmente vadios e ébrios (ROMERO, 2001, p. 94).[11]

Trata-se de uma consequência da "política de branqueamento", que tem suas raízes na ideologia racial do século XIX, sob influência de doutrinas estadunidenses. "A formulação e consolidação da ideologia racista ocorrida nesse período

---

decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html]. Acesso em: 22.12.2017). Esse tipo é posterior ao artigo de Rui Barbosa e, ao comentá-lo, Oscar de Macedo Soares destaca a brasilidade do ilícito: "A figura delictuosa da *capoeiragem* não era conhecida no Codigo anterior. Forma de delinquencia *indigena*, como diz João Vieira, os *capoeiras* escapavam á sancção penal, salvo quando dos exercícios resultavam ofensas corporaes ou mortes, e n'estes casos respondiam pelos crimes commettidos" (2004, p. 776). Em seguida, afirma: "hoje esta gente pertence a grupos carnavalescos, aos denominados *cordões*, ou são capangas elitoraes ao serviço dos políticos da mesma laia" (id.).

11. Ao apresentar uma coletânea de contos populares, Sílvio Romero é mais direto: "Pela Lei da adaptação elas [as raças] tendem a modificar-se nele [no mestiço], que, por sua vez, pela Lei da concorrência vital, tendeu e tende ainda a integrar-se à parte, formando um tipo novo em que predominará a ação do branco" (2000, p. 15).

permitiu a naturalização das desigualdades raciais que foram, assim, reafirmadas em um novo ambiente político e jurídico" que se iniciou com a República (JACCOUD, 2008, p. 51-52).

É historicamente sabido que se pretendia que os negros dos países americanos retornassem à África ou fossem confinados em algum território específico (a fundação da Libéria, no século XIX, patrocinada pela ACS, American Colonization Society, é exemplo dessa ideologia, apoiada pelo então presidente dos Estados Unidos da América James Monroe). Também daquele país, é conhecida a política de expulsão dos negros, incrementada por Thomas Jefferson, que pretendia que os escravos fossem emancipados e depois saíssem do solo estadunidense, levando os instrumentos e os animais domésticos que lhes fossem úteis para que sobrevivessem e, em contrapartida, buscava incentivar que trabalhadores brancos emigrassem para o país em substituição aos negros (MAGNOLI, 2009, p. 208). Ressalte-se, a propósito, que Rui Barbosa foi combativo abolicionista[12], além de crítico contundente da forma como houve a promulgação da Lei Áurea; ele defendia que a libertação fosse seguida de uma política de acolhimento dos libertos (a reforma agrária era uma das medidas propostas).

Rui e Chico traçam, com olhares diferentes – e objetivos colidentes –, um retrato fiel da sociedade de seu tempo e surpreende-nos a perenidade dos valores que alimentam as "classes pacíficas, honestas e laboriosas" (elogia Rui) ou "a gente ordeira e virtuosa" (ironiza Chico), que tem de ser defendida da "canalha mais vil" ou do "populacho". É evidente, nos dois textos, o reducionismo de urbano = civilizado e favelado = bárbaro. E quando nos referimos a "bárbaro", empregamos o conceito na definição de Tzvetan Todorov, para quem são bárbaros "aqueles que negam a plena humanidade dos outros: em vez de significar que eles ignoraram ou esquecem, realmente, a natureza humana dos outros, eles comportam-se como se os outros não fossem – ou, de qualquer modo, não inteiramente – seres humanos" (2010a, p. 27). Ou, como define em outra obra, ao abordar a questão da alteridade, é bárbaro aquele que não consegue se fazer compreender: "cada um é bárbaro do outro; basta, para sê-lo, falar uma língua que esse outro ignora: para ele, será apenas um burburinho" (TODOROV, 2010b, p. 277). Essa incapacidade de compreensão do outro – e mesmo de negação do outro como ser humano – gera o medo do desconhecido e "o medo dos bárbaros é o que ameaça converter-nos em bárbaros" (TODOROV, 2010a, p. 15). Como nos adverte

12. Além de um sem-número de biografias laudatórias a respeito dele que destacam esse aspecto, é relevante a obra de Eduardo Silva, *As camélias do Leblon e a abolição da escravatura* (2003).

Camus (2005, p. 115-116), "exageramos sempre as coisas que não conhecemos". Portanto, a barbárie não é um fenômeno de um período ou uma época histórica: "ela está em nós, assim como nos outros; nenhum povo, nem indivíduo, está imunizado contra a possibilidade de executar atos bárbaros" (TODOROV, 2010a, p. 30).

Nesse diálogo com interlocutores em séculos diferentes, podemos entrever dois vetores sociais relevantes para a compreensão da ação policial: primeiro, como a população vê o diferente? e, segundo, como a polícia é usada pelo poder dominante que pretende defender-se desse diferente?

Ao tratar da violência, Amartya Sen destaca a importância de reconhecermos e respeitarmos a diferença:

> Na vida normal, nós nos vemos como membros de vários grupos – pertencemos a todos eles. A cidadania, a residência, a origem geográfica, o sexo, a classe, a política, a profissão, o emprego, os hábitos alimentares, os interesses esportivos, o gosto musical, os compromissos sociais etc. de uma pessoa são o que a tornam membro de vários grupos. Cada um desses agrupamentos, aos quais a pessoa pertence simultaneamente, dá a ela uma identidade específica. Nenhum deles pode ser considerado como a única identidade da pessoa ou a categoria singular de associação (SEN, 2015, p. 35).

Sabemos, no entanto, que muitas vezes uma determinada característica (cor da pele, orientação sexual, origem) acaba por se sobrepor às demais para que a pessoa seja excluída de "favores" ou incluídas nos "rigores" da atuação estatal. Nancy Cardia coordenou uma pesquisa na cidade de São Paulo, há quase 20 anos, na qual concluiu que, para a parcela da população pouco exposta à violência, "a polícia é ágil no atendimento aos chamados da população, consegue manter as ruas do bairro tranquilas, dá assistência às vítimas, e é educada no trato com as pessoas" (CARDIA, 2003, p. 314); por outro lado, o grupo que está mais exposto à violência considera que a polícia nunca é educada nas abordagens e é ineficiente em manter as ruas seguras, "e pior é percebida como, ou tendo medo dos traficantes, ou sendo subornada por eles, protegendo o tráfico ou ainda usando força excessiva quando aborda jovens. Esta imagem é pior entre os grupos mais expostos a violência nos bairros da Zona Sul" (CARDIA, 2003, p. 314).

Tem-se, assim, "a sensação de que a polícia não garante a segurança das pessoas e que as leis não protegem os cidadãos. Esta sensação é maior entre aqueles que mais foram vítimas de violência, mas também subsiste entre os que tiveram pouca exposição" (id.). Ainda de acordo com essa pesquisa, a mesma parcela da população que se encontra mais sujeita à violência é aquela que melhor aceita que a tortura policial para investigar determinados delitos (autores de estupro,

de tráfico de drogas e sequestrados seriam os criminosos "torturáveis", de acordo com o apurado)[13] (NANCY, 2003, p. 322). Conforme arremata a pesquisadora,

> Maior a exposição à violência, menor a crença nas forças encarregadas de aplicar as leis e maior o risco de cinismo em relação às leis, e paradoxalmente maior a aceitação do arbítrio e da violência, contanto que aplicados contra suspeitos da prática de delitos percebidos como muito graves e sérios e como devendo sempre ser punidos (ibid., p. 326-327).

Portanto, a convivência entre polícia e população está regulada pelo grau de legitimidade das ações da primeira. Chico Buarque mostra como a Praia de Copacabana – terra de "gente virtuosa" – é invadida pela "caravana do Arará – do Caxanguá, da Chatuba / a caravana do Irajá, o comboio da Penha": "não há barreira que retenha esses estranhos", por isso que, para a "gente honesta", os "suburbanos tipo muçulmanos" – ou bárbaros – não teriam o direito de estar ali. E monstra a razão disso: "Sol, a culpa deve ser do sol / Que bate na moleira, o sol / Que estoura as veias, o suor / Que embaça os olhos e a razão". A referência à obra *O estrangeiro*, de Camus, aqui é direta. O réu Mersault (acusado de haver matado um árabe em uma praia), durante os primeiros dias de seu julgamento (após um período preso), admite ser interessante ouvir falar de si, mais de si do que do próprio crime, porém ele não tinha o direito de falar. "De algum modo, pareciam tratar deste caso à margem de mim. Tudo se desenrolava sem a minha intervenção. Acertavam o meu destino, sem me pedir uma opinião" (CAMUS, 2005, p. 102), muito embora, em seu primeiro encontro com o juiz, no início do processo e logo após ser preso, quando este lhe perguntou sobre ter ele "um caráter taciturno e fechado", respondeu: "É que nunca tenho grande coisa a dizer. Então fico calado" (2005, p. 71). Quando, finalmente, é interrogado em juízo, explica-se: "Disse rapidamente, misturando um pouco as palavras e consciente do meu ridículo, que fora por causa do sol" (CAMUS, 2005, p. 107). O mesmo sol que lhe vinha à mente nos dias em que durava o seu julgamento ("Mais uma vez revi a praia vermelha e senti o sol queimar-me a testa" – ibid., p. 72). O sol – presença constante em toda a narrativa, particularmente no momento do crime – não apenas cega Mersault (com o seu suor que escorre, além do reflexo na lâmina do árabe), mas o faz reviver o enterro de sua mãe (primeiro fato do romance) e subtrai-lhe

13. A autora esclarece que que a expressão "tortura" sempre é rejeitada, mas quando os entrevistados são indagados a respeito de se conceder maior "liberdade de ação para a polícia", acabam por apoiar condutas tais como "bater no suspeito, espancar, dar choques, deixar sem água e sem comida, ameaçar a família do suspeito" (CARDIA, 2003, p. 322 – sobre a questão específica da tortura, v. p. 324 e seguintes).

a racionalidade, sua mão contrai-se e ocorre o disparo que mata o árabe; quando percebe o que aquela ação provocara, faz mais quatro disparos no cadáver – como que se vingando daquele que provocou o desequilíbrio em sua vida que a partir de então se iniciava[14].

No julgamento, a forma distante como Mersault se comportou durante o velório e sepultamento de sua mãe é que serve de motivo para a condenação, ou seja, seus antecedentes e não sua ação, uma vez que "se o acusado não sabe do seu crime, parece no entanto que a razão pela qual o réu foi condenado ficou bem clara: condenaram-no porque ele não pranteou adequada e suficientemente a morte de sua mãe. É um insensível. Não tem bons sentimentos" (SILVA, 2010, p. 116).

Chico resume todo esse episódio nos versos "Sol, a culpa deve ser do sol / Que bate na moleira, o sol / Que estoura as veias, o suor / Que embaça os olhos e a razão". A culpa, na letra da canção, pode ser dos "invasores" que não têm consciência da violência que estariam praticando contra a "gente ordeira", pelo fato de buscarem a diversão em uma praia ou a culpa é da mesma "gente ordeira" que prega a violência da polícia contra o "populacho" porque pretende preservar seu território da invasão. Tanto a "gente ordeira" como o "populacho" buscam o mesmo fim: o sol. Algo que seria absolutamente prosaico em outras sociedades, adquire valor raro quando há uma disputa pelo espaço e uma busca de marcar territórios.

Como o compositor usa a antífrase, uma interpretação possível é que, se o "populacho" utilizasse a razão – e não desafiasse ir em busca do sol na praia –, não "ousaria" invadir o espaço da "gente ordeira". A ironia de Chico busca justamente demonstrar que não há explicação para que parte da população seja excluída, que lhe seja negado o direito de usufruir de uma praia, por mais exclusiva que alguns possam querê-la. Mas se é assim, o que justifica (para Rui Barbosa) ou o que contamina (para Chico Buarque) a ação policial?

Hegel, em seus *Princípios da filosofia do direito* (1997, p. 203), trata das ações privadas que excedem "os crimes que o poder público universal deve impedir ou

14. A descrição que o autor faz cria no leitor a imagem do sol dominando todo o ambiente e passa a atormentar Mersault física e mentalmente ("era o mesmo sol do dia em que enterrara mamãe"). O sol vibrava, queimava, provocava dor, cegava, ardia, até que houve o disparo num gesto que, para o leitor, tanto pode ser voluntário ou involuntário: "Todo o meu ser se retesou e crispei a mão sobre o revólver. O gatilho cedeu, toquei o ventre polido da coronha e foi aí, no barulho ao mesmo tempo seco e ensurdecedor, que tudo começou. Sacudi o suor e o sol. Compreendi que destruíra o equilíbrio do dia, o silêncio excepcional de uma praia onde havia sido feliz. Então atirei quatro vezes ainda num corpo inerte em que as balas se enterravam se que se desse por isso. E era como se desse quatro batidas secas na porta da desgraça" (CAMUS, 2005, p. 62-63).

submeter a um tratamento judiciário", as quais "tornam-se algo de contingente que escapa ao meu poder e é suscetível de ocasionar ou ocasiona danos ou prejuízos a outrem" (§ 232), daí a necessidade de "a previdência administrativa" empenhar-se em

> realizar e salvaguardar o que há de universal na particularidade da sociedade civil, sob a forma de ordem exterior e de instituições destinadas a proteger e assegurar aquela imensidade de fins e interesses particulares que, efetivamente, no universal se alicerçam (ibid., p. 211, § 249).

Assim, o Estado deve proteger os direitos dos particulares, porém deve zelar para que todos os particulares tenham seus direitos garantidos, sem que privilegie um em detrimento de outros, a fim de estabelecer e promover a ordem universal.

Paulo Sérgio Pinheiro anota que "desenvolvimento, modernidade ou mesmo contemporaneidade com o progresso não implicam necessariamente pacificação" (2013, p. 276).

A legislação alterou-se bastante desde a época de Rui Barbosa até nossos dias. De Império passamos a República, de escravagistas nos tornamos sociedade de libertos, depois de duas ditaturas chegamos a um Estado Democrático de Direito. Não se pode acreditar que um século (entre o artigo de Rui Barbosa e a letra de Chico Buarque) não seja suficiente para alterar a mentalidade da população. Em períodos bem menores que esse, a História registra grandes transformações do pensamento e da política.

Jean Paul Sartre, ao tratar da violência exercida pelos colonizadores contra a população argelina e angolana, explica o que denomina efeito "bumerangue" ou "o terceiro tempo da violência", ou seja, "ela volta para nós, ela nos golpeia, e, como das outras vezes, não compreendemos que ela é a nossa" (2005, p. 37). Ou seja, a violência com que os colonizados passaram a tratar os colonizadores é a mesma violência com que foram por ele tratados. Sartre chega mesmo a defender essa violência contra os europeus: "o colonizado se cura da neurose colonial expulsando o colono pelas armas" e explica:

> A arma de um combatente é a sua humanidade. Pois, no primeiro tempo da revolta, é preciso matar. Abater um europeu é matar dois coelhos com uma só cajadada, suprimir ao mesmo tempo um opressor e um oprimido: restam um homem morto e um homem livre; o sobrevivente, pela primeira vez, sente o solo *nacional* sob a planta dos pés (SARTRE, ob. cit., p. 38-39 – grifo do autor)[15].

15. A respeito dessa afirmação do pensador socialista, Hannah Arendt escreve: "Esta é uma frase que Marx jamais poderia ter escrito" (2009, p. 28).

Essa violência do europeu tem um fundamento bem claro para o filósofo francês: "nossas belas almas são racistas" (p. 38), pois, como havia denunciado páginas atrás, "nada será poupado para liquidar suas [dos colonizados] tradições, para substituir suas línguas pelas nossas, para destruir sua cultura sem dar-lhes a nossa; nós os transformaremos em brutos pela fadiga" (ibid., p.32). Até que, "espancado, subalimentado, doente, amedrontado, mas até certo ponto apenas"; o colonizado, na visão do colonizador, é descrito com rudeza: "amarelo, preto ou branco, ele tem sempre os mesmos traços de caráter: é preguiçoso, fingido e ladrão, vive de nada e só reconhece a força. Pobre colono: eis a sua contradição posta a nu" (ibid., p. 32-33).

São a esses colonizados que jamais chegariam ao mesmo nível intelectual do colonizador a que se referem, com diferentes vieses, Rui Barbosa e Chico Buarque. Dessa mentalidade colonialista surgiu o favelado como "populacho" e "canalha mais vil", indignos de frequentar a Praia de Copacabana. É evidente que não pretendemos fixar o comportamento atual puramente na política de colonização imposta ao Brasil. Temos bem presente a advertência de Amartya Sen, no sentido de que "os limitados horizontes da mentalidade colonizada e sua fixação com o Ocidente – seja por ressentimento, seja por admiração – têm de ser superados" (2015, p. 103), porém, acrescentamos, jamais poderão ser ignorados.

3. A concepção weberiana do monopólio da violência

Podemos encontrar em Max Weber a compreensão sobre o uso da violência pelo Estado. Em palestra que proferiu em 1919, na Universidade de Munique, depois editada com o título *A política como vocação*, Weber estabelece a premissa de que o Estado monopoliza a violência da sociedade, uma vez que, de acordo com Trotsky, "todo Estado se funda na força" (2011, p. 66). Assim, o Estado contemporâneo

> reivindica o *monopólio do uso legítimo da violência física*. É, com efeito, próprio de nossa época o não reconhecer, em relação a qualquer outro grupo ou aos indivíduos, o direito de fazer uso da violência, a não ser nos casos em que o tolere: o Estado se transforma, portanto, na única fonte do "direito" à violência (WEBER, 2011, p. 67 – grifos do autor).[16]

16. Convém esclarecer, entretanto, que a noção de transferência do poder e do direito ao uso de violência pelos integrantes de um grupo social a "um homem ou a um conselho" pode ser encontrada anteriormente em Thomas Hobbes (1588-1679), particularmente em seu *Do cidadão*, cuja primeira edição (em latim) é de 1647 (v., p. ex., Parte II, Cap.

A polícia (e o substantivo aqui é empregado genericamente para as diversas forças policiais criadas pelo Estado) é o principal (ou, ao menos, o mais visível) meio pelo qual essa "violência física legítima" é exercida. Tanto é assim que o Código de Processo Penal vigente ainda utiliza a expressão "força pública" para se referir à ação policial[17], sugerindo associação direta entre força e violência (ainda que seja a violência legal). Como acrescenta Max Weber, "o Estado consiste em uma relação de *dominação* do homem sobre o homem, fundada no instrumento da violência legítima (isto é, da violência considerada legítima)" (2011, p. 67 – grifo do autor).

Hannah Arendt, em clássico ensaio sobre o tema – observa que a violência policial apenas faz recrudescer as manifestações de oposição às políticas estatais, afinal, quem já "duvidou de que aqueles que sofreram violência sonham com violência; de que os oprimidos sonham pelo menos uma vez por dia em colocar-se a si mesmos no lugar dos opressores; de que o pobre sonha com as posses dos ricos" (2009, p. 37). Lamenta a filósofa o fato de a Ciência Polícia não efetuar a distinção entre "poder", "vigor", "força", "autoridade" e "violência", pois que se trata de "fenômenos distintos e diferentes" (2009, p. 59). Observa, no entanto, que, embora haja distinções entre elas, "dificilmente correspondem a compartimentos estanques no mundo real, do qual, entretanto, são extraídas" (ibid., p. 63)[18]. Assim, enquanto o "poder" não é individual, mas "pertence a um grupo e permanece em existência apenas enquanto o grupo se conserva unido", o "vigor, de modo inequívoco, designa algo no singular, uma entidade individual", pois é "inerente a um objeto ou pessoa e pertence ao seu caráter"; por sua vez, a "força" (que muitas vezes é empregada como sinônimo de "violência") "deveria ser reservada, na linguagem terminológica, às 'forças da natureza' ou à 'força das circunstâncias'", ou seja, "deveria indicar a energia liberada por movimentos físicos ou sociais". Finalmente, a "violência", cujos "implementos", assim como "todas as outras ferramentas, são planejados e usados com o propósito de multiplicar o vigor natural até que, em seu

V, n. 7, 8 e 11 e Cap. 6, n. 6 – na edição HOBBES, 2002, respectivamente p. 96, 96, 98 e 104). Também Baruch de Espinosa (1632-1677) trata do tema no Cap. II, n. 17, do seu *Tratado político* (editado postumamente, em 1677) (ESPINOSA, 2009, p. 20); Paulo Sérgio Pinheiro (2013, p. 273) ainda aponta antecedente da teoria do monopólio da força na *Genealogia da moral*, de Nietzsche (1844-1900).

17. V. arts. 218, 251 e 794, que ainda mantêm a redação original de 1941. O inciso III do art. 497, embora com a redação alterada pela Lei 11.689/2008, também emprega a anacrônica locução "força pública".

18. Embora para Alessandro Passerin D'Entrèves: "forza, potere, autorità sono indissolubilmente legati: allo 'stato puro' non si riscontrano mai" (2009, p. 24).

último estágio de desenvolvimento, possam substituí-lo". Violência e poder combinam-se com muita frequência sendo raro encontrar um e outro "em sua forma pura e, portanto, extrema" (ARENDT, cit., p. 60-63). A essência de todo governo está no poder, e não na violência; esta lhe é auxiliar: "como todos os meios, ela sempre depende da orientação e da justificação pelo fim que almeja" (ibid., p. 68). Porém, "poder e violência são opostos; onde um domina absolutamente, o outro está ausente" (ibid., p. 73). Mais adiante complementa: "a violência, sendo instrumental por natureza, é racional à medida que é eficaz em alcançar o fim que deve justificá-la" (id., p. 99), afinal, "a prática da violência, como toda ação, muda o mundo, mas a mudança mais provável é para um mundo mais violento" (ibid., p. 101).

A polícia é uma instituição subordinada ao Poder Executivo em decorrência de normas legais que assim estabelecem, ou seja, a autoridade daquela se impõe em razão da legalidade, "em razão da crença na validez de um estatuto legal e de uma 'competência' positiva, fundada em regras racionalmente estabelecidas" (WEBER, cit., p. 68). Vale trazer a advertência de Herman Goldstein: "A função da polícia é incrivelmente complexa. [...] Qualquer um que tencione criar uma definição viável do papel da polícia normalmente irá se perder em fragmentos de velhas imagens" (2003, p. 37). David Bayley, no entanto, vai direto ao ponto: "a única característica exclusiva da polícia é que ela está autorizada a usar a força física para regular as relações interpessoais da comunidade"[19] (2006, p. 117). Para Norbert Elias, "a licença especial para uso da violência" é "rotineiramente concedida a algumas forças armadas especializadas, como a polícia, cuja função geral é proteger os membros do estado em suas relações mútuas, exigindo a prestação de contas daqueles que agem contra a lei" (ELIAS, 1998, p. 210). Naturalmente, a "prestação de contas" opera-se igualmente por forma estabelecida em lei, ou seja, por meio do processo e da punição dos agentes públicos que contrariam as disposições fixadas pelo Estado.

Entretanto, essa concepção de que a Lei regulamenta todos os aspectos da sociedade e que seria o caminho para se alcançar o bem comum, fim de todo o Estado, necessita ser vista com reserva.

Hannah Arendt defende ser o "apoio do povo" o que "confere poder às instituições de um país", apoio esse que "não é mais que a continuação do consentimento que trouxe as leis à existência", isso porque, em um "governo representativo, supõe-se que o povo domina aqueles que o governam" (2009, p. 57)[20]. Naturalmente,

19. O próprio autor, no entanto, pondera: "Mas não é uma descrição de tudo o que a polícia faz. A polícia frequentemente recebe outras responsabilidades" (BAYLEY, 02006, p. 117).

20. Apoiando-se em Jouvenel e Passerin d'Entrèves, Arendt afirma: "Todas as leis são 'mais diretivas do que imperativas'. Elas dirigem o relacionamento humano como as regras

a filósofa não tem a visão edulcorada da adesão ao "pacto social". Em outra obra, observa que "todo homem nasce membro de uma comunidade particular e só pode sobreviver se nela é bem-vindo e se sente à vontade" (2008a, p. 78); a todo recém-nascido corresponde uma "espécie de consentimento; ou seja, um tipo de conformação às regras com as quais é jogado o grande jogo da vida" no grupo ao qual ele pertença, assim, "todos nós vivemos e sobrevivemos por uma espécie de *consentimento tácito* que, no entanto, seria difícil chamar de voluntário". Esse "consentimento tácito", ao ver da autora, "é completamente fictício" (2008a, p. 78-79 – grifos da autora).

Nicos Poulantzas, por sua vez, entende que

> a Lei é parte integrante da ordem repressiva e da organização da violência exercida por todo Estado. O Estado edita a regra, pronuncia a lei, e por aí instaura um primeiro campo de injunções, de interditos, de censura, assim criando o terreno para a aplicação e o objeto da violência (2015, p. 74).

Por isso que, para ele, a Lei nada mais é do o "código da violência pública organizada" (POULANTZAS, cit., p. 75). A função da lei, assim, seria garantir o monopólio da violência:

> Concluir que o poder e o domínio modernos não mais se baseiam na violência física é a ilusão atual. Mesmo que essa violência não transpareça no exercício cotidiano do poder, como no passado, ela é mais do que nunca *determinante*. Sua monopolização pelo Estado induz as formas de domínio nas quais os múltiplos procedimentos de criação e de consentimento desempenham o papel principal (ibid., p. 78 – grifo do autor).

Coerente ao seu ideal socialista, afirma, sobre a violência física monopolizada, que ela "sustenta permanentemente as técnicas do poder e os mecanismos do consentimento, está inscrita na trama dos dispositivos disciplinares e ideológicos, e molda a materialidade do corpo social sobre o qual age o domínio", e isso ocorre mesmo "quando essa violência não se exerce diretamente" (2015, p. 79).

A simples existência da Lei não assegura a paz pública: "não há Estado, por mais ditatorial que seja, sem lei, e a existência de Lei e de legalidade jamais impediu qualquer barbárie ou despotismo" (POULANTZAS, 2015, p. 83).

O objetivo de quem está no poder, não se questiona, é nele manter-se. Assim, retomando o pensamento de Weber, "toda empresa de dominação que reclame

---

dirigem o jogo. E a garantia decisiva de sua validade está condita na velha máxima: *Pacta sunt servanda*" (2009, p. 123).

continuidade administrativa exige [...] que a atividade dos súditos se oriente em função da obediência devida aos senhores que pretendem ser os detentores da força legítima" (2011, p. 70). Tal argumento nos remete ao jurista Richard Posner, que afirma serem os legisladores

> maximizadores racionais de suas satisfações tanto quanto as outras pessoas. Portanto, nada do que fazem é motivado pelo interesse público enquanto tal. Todavia, eles querem ser eleitos e reeleitos, e precisam de dinheiro para fazer uma campanha eficaz. O mais provável é que esse dinheiro venha de grupos bem organizados, e não de indivíduos desorganizados (2007, p. 474).

A ânsia de manter-se no poder faz com que os seus "inquilinos" direcionem suas metas aos meios mais eficazes para financiar suas campanhas, uma vez que, no sistema democrático, o poder apenas é alcançado por meio do voto. Portanto, não podemos negar a estreita ligação entre a economia e a segurança pública; é Norbert Elias quem bem aborda essa questão:

> De fato, as regularidades específicas das transações econômicas que formam o tema e a *raison d'être* da ciência econômica só se tornam operativas em conjunto com a formação de estados internamente pacificados com monopólio de poder imparcial e eficaz que proporcione certo grau de segurança física nas trocas econômicas, incluídas aquelas entre estados. A formação dos monopólios estatais de forca física, por sua vez, é funcionalmente interdependente de desenvolvimentos econômicos, como a formação de capital social e a crescente divisão de trabalho, entre outros. Os processos de formação dos estados e os processos econômicos, ou seja, os processos de integração e diferenciação social, são funcionalmente interdependentes, mas não redutíveis uns aos outros (ELIAS, 1998, p. 211).

Em outra obra, Norbert Elias aprofunda-se no tema e mostra como o monopólio estatal da violência exerce controle sobre o indivíduo por ameaça indireta, uma vez que este se encontra sujeito a uma coação previsível e aplicada por inúmeras maneiras pelo órgão repressor. Em consequência dessa força, o próprio indivíduo impõe-se uma "compulsão real", uma vez que ele tem conhecimento de que seus atos serão refreados pelo detentor do monopólio:

> A monopolização da violência física, a concentração de armas e homens armados sob uma única autoridade, torna mais ou menos calculável o seu emprego e força os homens desarmados, nos espaços sociais pacificados, a controlarem sua própria violência mediante precaução ou reflexão. Em outras palavras, isso impõe às pessoas um maior ou menor grau de autocontrole (ELIAS, 1993, p. 201).

A propósito, apoiado em Elias, Paulo Sérgio Pinheiro (2012, p. 275) destaca que "o monopólio da violência está estreitamente imbricado com o monopólio fiscal, do recolhimento de tributos que permite a um Estado sobreviver e desenvolver políticas públicas". E não é apenas isso, também os meios de produção são atingidos pela imposição da vontade de um homem ou de um grupo, pois, quando se verifica o monopólio "dos meios de produção, dos meios 'econômicos'", vemos que, obrigatoriamente, também "os meios de violência física se tornam monopolizados" (ELIAS, 1993, p. 198; v. também p. 235).

Entretanto, convém, uma vez mais, retomarmos o pensamento weberiano, segundo o qual o governante sempre "deve, em tese, submeter-se às regras que delimitam sua autoridade, neutralizando, assim, as dimensões de particularismo e arbítrio decorrentes da obediência a pessoas", o que gera a consequência de que "os governados apenas obedeçam dentro de determinados limites, ou seja, dentro daqueles limites estipulados pela competência objetiva – racionalmente estabelecida – daquele que comanda" (PORTO, 2000, p. 316). E é dentro desses limites que se encontram as hipóteses do uso da força:

> Por meio de um direito racional, de procedimentos jurídicos e legais igualmente racionais, racionaliza a utilização da força física, monopolizando-a nas mãos do Estado moderno que dela faz seu meio específico de ação e, por meio de seu uso, define-se como associação política que organiza racionalmente os meios de dominação (PORTO, 2000, p. 319).

Portanto, "como meio a violência se legitima, e como meio ela participa da definição do Estado, o qual não pode ser limitado por seus fins sempre mutuantes ao longo do desenvolvimento histórico" (PORTO, cit., p. 319). Weber vai buscar na sociologia das religiões os fundamentos necessários para estabelecer sua noção de violência legítima, imprescindível para a "sua sociologia da dominação", uma vez que, para ele, há um ponto comum no estudo da legitimidade na sociologia da religião e na sociologia política, pois, enquanto naquela os indivíduos buscam a salvação ao mesmo tempo que querem "justificar moralmente sua predestinação e a condenação dos excluídos dos bens da graça", ou seja, "precisam legitimar sua condição de eleitos", na segunda, "também se 'explora' a ética como meio de estar com a razão", pois "o poder não deseja apenas governar, mas também ver legitimada sua situação de mando" (PORTO, 2000, p. 321).

Dessa forma, é a legitimidade que sustenta as formas de dominação e explica a gênese da obediência.

Brasilmar Ferreira Nunes conjuga o pensamento de Weber ao de Louis Wirth e, sob a ótica dos espaços urbanos, afirma que estes "tendem a se especializar em função de um uso, determinado por critérios de natureza, à dominante

econômica: áreas de trabalho, de residência, de lazer, de comércio são, dessa forma, estruturadas segundo usos predominantes" (2010, p. 290). Esclarece o autor que não há como estabelecer uma característica homogênea de um grande centro: "ao contrário, é na justaposição de personalidades e de modos de vida, muitas vezes divergentes, que a visão do indivíduo urbano se relativiza e vai no sentido de tolerar as diferenças" (id.). Todavia, convém observarmos que essa tolerância das diferenças apenas ocorre quando há uma política de Estado que a incentiva, que lhe dê condições de desenvolver-se e que reprima os intolerantes. Quando, ao contrário, o próprio Estado incentiva a discriminação e usa sua força policial para apoiá-la, ela tende a acentuar-se com alguns cidadãos sentindo-se com mais direitos do que os outros.

Menos cidadãos com mais direitos representa, obrigatoriamente, mais cidadãos com menos direitos, replicando o modelo capitalista de divisão da riqueza: manda a minoria que tem mais, valendo-se, para impor sua vontade, das forças estatais compostas, na maior parte (se não na unanimidade), de membros da maioria à qual obrigam a obedecer. O paradoxo parece não incomodar os que se encontram no lado do poder, enquanto os que estão do outro lado não têm como reagir.

Conforme bem aponta Paulo Sérgio Pinheiro, a "violência ilegal do Estado" é um fato que não pode ser negado: "em muitos Estados, e especialmente naqueles países que retornaram ao regime democrático, prevalece certa passividade em pôr cobro à violência ilegal" (2013, p. 271). Afinal, "em muitas sociedades, por mais aprimorados que sejam os estatutos legais, haverá sempre grupos sociais permanentemente sujeitos à atuação ilegal das agências do Estado" (ibid., p. 277). Estas, acrescentamos, valem-se da força estatal para impor sua vontade, utilizando os meios legislativos, se necessários, para fazê-la valer.

4. Polícia e segurança pública

A violência como monopólio estatal tem de estar limitada e circunscrita a normas legais. Todavia, esses limites são fictícios, uma vez que, conforme ensina Paulo Sérgio Pinheiro, ao escoliar Nicos Poulantzas,

> o Estado age frequentemente transgredindo a sua lei, desviando-se da Lei ou agindo contra a própria lei. Todo o sistema jurídico inclui a legalidade como lacunas da Lei que oferecem margens de manobra. Todo Estado é organizado em sua estrutura institucional de modo a funcionar segundo a Lei e contra a lei. A ilegalidade é frequentemente parte da lei, sublinha Nicos Poulantzas, mesmo quando legalidade e ilegalidade distintas, separadas, fazem parte de uma única e mesma estrutura institucional (PINHEIRO, 2013, p. 277).

A força policial, em sua gênese, não se caracteriza por criar nas pessoas um autocontrole que as fazem colaborar com o monopolizador da violência. Como bem observa Norbert Elias, "em vez disso, habituou os homens, desde a infância, num grau muito mais alto, a uma ordem rigorosa de superioridade e inferioridade, a uma ordem de obediência e comando em vários níveis" (1993, p. 262). Talvez isso explique porque os burgueses lutaram pelo domínio monopólio da violência (ELIAS, 1993, p. 240 e 266), tanto que – podemos acrescentar –, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), dois dos 17 artigos (os de números 12 e 13) tratam justamente da força pública e sua manutenção. Buscou-se, assim, e retornamos a Elias, implementar o costume de uma força que seria pública, ou seja, atende a todos, mas que serve apenas à elite, gerando um equilíbrio que apenas se verifica em decorrência da força e da violência. Esse aspecto – o costume criando o equilíbrio – foi bem demonstrado por Camus, no início de seu romance *A peste,* quando descreve a cidade de Oran: "O importante era ressaltar o aspecto banal da cidade e da vida. Mas os dias passam-se sem dificuldades, desde que se tenham criado hábitos. A partir do momento em que a nossa cidade favorece justamente os hábitos, pode-se dizer que tudo vai bem" (CAMUS, 2003, p. 11).

4.1. A doutrina de segurança nacional

Não se pode negar que a ideia de segurança pública vigente no Brasil ainda se encontra fortemente contaminada pela noção de Segurança Nacional. A Constituição Federal de 1988 assume a expressão em seu art. 173, *caput*, ao registrar um dos valores mais caros para a doutrina da Escola Superior de Guerra: a atividade econômica[21]. Com efeito, estabelece o referido artigo que, "ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei". Mas não é apenas aí que a ideologia da Segurança Nacional é perceptível.

Ao tratar das polícias militares, o art. 144 invoca o dever de "preservação da ordem pública" (§ 5º) e, logo em seguida, as define como "forças auxiliares e reserva do Exército" (§ 6º). Em outro dispositivo, a própria Constituição já havia consignado que os integrantes das polícias militares "são militares" e não servidores públicos (art. 42, "caput", com a redação dada pela EC 19/1998).

21. Joseph Comblin, ao tratar da chamada "linha-dura" da Doutrina de Segurança Nacional na ditadura militar brasileira, esclarece: "É a linha de intransigência na luta anticomunista, intransigência na busca de um modelo de desenvolvimento econômico que leve o país a um poderio econômico, e intransigência no elitismo militar" (1978, p. 160-161).

A propósito, a existência mesmo das polícias militares já é uma demonstração de como a teoria que alimentou o regime militar brasileiro após 1964 persiste nos dias de hoje[22]. O Decreto-Lei 667/1969 (art. 3º, *d*) estabelece competir a elas

> atender à convocação, inclusive mobilização, do Governo Federal em caso de guerra externa ou para prevenir ou reprimir grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção, subordinando-se à Força Terrestre para emprego em suas atribuições específicas de polícia militar e como participante da Defesa Interna e da Defesa Territorial.[23]

Relativamente às polícias civis, o mesmo art. 144, em seu § 4º, estabelece que elas apurarão as infrações penais, porém excluídas as militares, a fim de evitar que haja intromissão de uma instituição civil em outra de natureza militar.

Quanto à polícia federal, o texto constitucional novamente denuncia sua opção pela doutrina da Segurança Nacional ao estabelecer que se trata de órgão destinado, entre outras atribuições, a "apurar infrações contra a ordem política e social" (§ 1º, I).

Joseph Comblin (1978, p. 54), em obra clássica, busca definir a Segurança Nacional como "a capacidade que o Estado dá à Nação para impor seus objetivos a todas as forças oponentes. Essa capacidade é, naturalmente, uma força. Trata-se, portanto, da força do Estado, capaz de derrotar todas as forças adversas e de fazer triunfar os Objetivos Nacionais". Em seguida esclarece o autor: "Os Objetivos Nacionais constituem um conjunto bastante vago." (id.). A primeira norma que tratou desses objetivos foi o Decreto-Lei 314/1967, cujo art. 2º estabelecia que "a segurança nacional é a garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos"; os dois diplomas que o sucederam (Dec.-Lei 898/1969 e Lei 6.620/1978) mantiveram a regra. A Lei 7.170/1983 (que "define os crimes contra a segurança nacional, a ordem

22. Criadas por meio do Decreto-Lei 667, de 02 de julho de 1969, as polícias militares têm, desde então, de subordinar-se ao "controle e a coordenação" do Exército (art. 1º, parágrafo único), tanto que seu art. 27 expressamente determina que "em igualdade de posto e graduação os militares das Forças Armadas em serviço ativo e da reserva remunerada têm precedência hierárquica sobre o pessoal das Polícias Militares". Dalmo Dallari fez um completo estudo sobre o surgimento da força policial paulista da qual se originou, sob ditadura miliar pós-1964, a Polícia Militar (DALLARI, 1977).

23. O vigente "Regulamento para as Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares (R-200)", aprovado pelo Decreto 88.777/1983, em seus arts. 4º a 6º, trata especificamente dessa atuação como organismo da Segurança Nacional. No Estado de São Paulo, a Lei 616/1974 (arts. 1º e 2º, IV) refere-se à atuação da Polícia Militar em situação de guerra externa.

política e social, estabelece seu processo e julgamento"), ainda vigente, suprimiu a expressão "objetivos nacionais" e resumiu aqueles que eram indicados nas leis anteriores, o que significa que não abandonou sua doutrina. Heleno Claudio Fragoso, ao tratar do conceito dos "objetivos nacionais", explica ser "mero esquema conceitual sem conteúdo, pois se caracteriza pela imprecisão e absoluta indeterminação", autorizando que "se criasse uma certa mística da segurança nacional, como algo relativo aos mais graves e transcendentais interesses do Estado"; essa haura permitiu "a montagem de um aparato repressivo que se caracterizou pelo arbítrio e pela violência, com largo emprego da tortura" (FRAGOSO, 1980, p. 17)[24]. Observe-se que não é menos vaga e imprecisa a redação do já citado art. 173, *caput*, da Constituição Federal, ao referir-se aos "aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei". Comblin, afirma que a doutrina de Segurança Nacional

> elimina a fronteira entre a prevenção e a repressão. Leva ao uso indiscriminado da violência tanto para a prevenção de possíveis agressões quanto para a repressão de delitos. E num Estado de Segurança Nacional que leva a suspeita ao infinito, a prevenção não tem limites. [...] Consequentemente, a segurança nacional gera automaticamente a insegurança dos cidadãos. Podemos dizer que segurança nacional e segurança individual são inversamente proporcionais (COMBLIN, 1978, p. 229).

Não há como negar que o emprego de doutrina militar na área de segurança pública gera consequências que vão de encontro aos deveres do Estado Democrático em relação à segurança da população. Não se nega que a segurança pública tem o dever de manter a ordem, porém deve desempenhar essa atividade dentro dos princípios que regem o Estado ao qual ela se subordina.

Retomando o estudo weberiano de Maria Stela Grossi Porto (2000), denuncia ela os mecanismos por meio dos quais

> a ação policial, com vistas à manutenção da ordem, assume ares de guerra civil e produz uma violência que, ao engendrar seu próprio contexto, viabiliza, por meio de efeito paradoxal, o fato de os mesmos indivíduos responsáveis pelo monopólio legítimo da violência serem, por meio de sua atuação legal, portadores da violência ilegítima, privatizada e desconcentrada (2000, p. 327).

24. São muitas as obras que tratam do tema, mas um estudo acadêmico, contemporâneo aos fatos e bastante relevante, é o de Eliézer R. de Oliveira, *As Forças Armadas*: política e ideologia no Brasil (1976); sob a ótica do poder então vigente, há a obra de Mário Pessoa, *O direito da segurança nacional* (1971).

A recente alteração do Código Penal Militar, por meio da Lei 13.491/2017, que excluiu das polícias civis a investigação de qualquer ação que corresponda a algum tipo penal que seja cometido por militares e retirou do julgamento pela justiça comum os crimes por eles praticados (nova redação dada ao inciso II do art. 9º do CPM, com a ressalva expressa do julgamento pelo tribunal do júri, porém não aplicável a todas as hipóteses: art. 9º, §§ 1º e 2º do CPM) reforça a tese de que a Segurança Nacional ainda se impõe como uma força sobre o sistema jurídico brasileiro.

As polícias militares integram o chamado "Sistema de Defesa Nacional"[25], portanto, submetem-se a uma doutrina uniforme como convém a uma força nacional. Uma das críticas que se faz a essa doutrina é utilizar a mesma retórica de segurança nacional para a segurança pública e, portanto, traz os temas bélicos para as questões da criminalidade. Bakhtin alerta que "a consciência adquire forma e existência nos signos criados por um grupo organizado no curso de suas relações sociais" (2004, p. 35), acrescentando que "os signos são o alimento da consciência individual, a matéria de seu desenvolvimento, e ela reflete sua lógica e suas leis" (id.)[26]. Assim, o criminoso não é visto como uma pessoa, um ser humano igual e pertencente à mesma sociedade que o policial; ao contrário, ele se torna o "inimigo"[27]; a investigação não seria o procedimento legalmente previsto

25. "O Sistema de Defesa Nacional, onde as PM estão inseridas por força das normas constitucionais, vem sendo aperfeiçoado e não pode ser visto *somente* sob o enfoque militar. Deve ser visto em toda sua plenitude, em todas as áreas que direta ou indiretamente exercem alguma influência" (SANTOS, 2010, p. 34 – grifamos).

26. Para o pensador, "A realidade dos fenômenos ideológicos é a realidade objetiva dos signos sociais. As leis dessa realidade são as leis da comunicação semiótica e são diretamente determinadas pelo conjunto das leis sociais e econômicas. A realidade ideológica é uma superestrutura situada imediatamente acima da base econômica. A consciência individual não é o arquiteto dessa superestrutura ideológica, mas apenas um inquilino do edifício social dos signos ideológicos" (BAKHTIN, 2004, p. 36).

27. "O avanço do crime organizado, apesar de constituir hoje um *inimigo real* e imediato, não se apresenta na forma de força militar convencional e não deve, portanto, ser enfrentado por forças armadas regulares. A questão do narcotráfico é, no Brasil, de natureza policial, a quem cabe seu *combate* por disposição constitucional expressa" (SANTOS, 2010, p. 35 – os grifos não são do autor. Destacamos o substantivo composto "inimigo real" e verbo "combater" por serem expressões que estão mais ligadas à caserna que à segurança pública). Pouco adiante: "Já como força operativa militar a doutrina preconiza que sua atuação [da PM] deve ficar restrita à defesa territorial, praticando medidas de *eliminação* contra o *inimigo*" (ibid., p. 40 – grifamos). Acrescenta-se que a expressão "eliminação do inimigo" era recorrente nas inúmeras chamadas "Instruções

que parte do crime para identificar o criminoso, mas sim uma "guerra" contra o "inimigo" da sociedade – o que nos remete à teoria do Direito Penal do Inimigo e seus reflexos diretos no respeito aos direitos e garantias individuais[28].

Ainda sobre a influência da doutrina de Segurança Nacional na segurança pública, é pertinente citarmos as 18 estrelas do brasão de armas da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Em sua página na internet, atualmente, a corporação informa simplesmente que elas representam "marcos históricos da Instituição", sem especificar quais seriam esses marcos[29], porém, até o ano de 2013, havia a indicação do que significava cada uma dessas estrelas e podíamos saber, por exemplo, que a 8ª e a 9ª, referiam-se, respectiva, à Campanha de Canudos (de 1897) e à Revolta do Marinheiro João Cândido (de 1910), fatos havidos muito antes da criação da corporação paulista mas que ela afirma serem seus "marcos históricos". A última das estrelas, a 18ª, é identificada como sendo a "Revolução de Março" (de 1964). Em 2013, durante os trabalhos da Comissão da Verdade paulista, essa louvação a períodos históricos no mínimo questionáveis foi objeto de críticas, talvez por isso o texto do *site* tenha sido convenientemente resumido. Todavia, é possível consultar os detalhes do brasão e a especificação de cada uma das 18 estrelas no Decreto 17.069, de 21 de maio de 1981, assinado pelo então Governador Paulo Salim Maluf [30]. Esse decreto modificou o de n. 34.244, de 17 de dezembro de 1958, referente à Força Pública do Estado e que fazia referência a 16 estrelas, porém sem especificá-las.

Convém lembrarmos da advertência de Walter Benjamin: "O militarismo é a imposição do emprego universal da violência como meio para fins do Estado" (2013, p. 131).

É relevante observar ainda que o *caput* do art. 144 estabelece que a segurança pública se destina à "preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas

---

provisórias" (ou IP) que o Exército brasileiro editava, sobretudo no final da década de 1960 e que visavam a orientar seus integrantes e as polícias sobre como "enfrentarem" os "inimigos" revolucionários.

28. "O termo 'inimigo' tem uma significação clara e simples ao ser aplicado a uma situação de guerra: ele designa o país, cujas forças armadas tentam conquistar o nosso e que, por conseguinte, estão preparadas para nos aniquilar; como resposta, procuramos neutralizar e destruir o inimigo. O assassinato deixa de ser, neste caso, crime e torna-se um dever" (TODOROV, 2010a, p. 118).

29. Disponível em: [www.policiamilitar.sp.gov.br/institucional/brasao-de-armas]. Acesso em: 08.01.2018.

30. Disponível em: [www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1981/decreto- 17069-21.05.1981.html]. Acesso em: 06.01.2018.

e do patrimônio". Portanto, para o constituinte, encontram-se num mesmo patamar a incolumidade das pessoas e do patrimônio: são bens jurídicos cuja defesa impõe o mesmo empenho do Estado. Vale dizer: equivalem-se e estão imbricados.

No Rio de Janeiro, uma pesquisa realizada com jovens indagou "o que é mais suspeito: uma pessoa pobre andando na Zona Sul ou uma pessoa rica andando perto de uma favela?". O resultado foi que os dois são suspeitos, mas por motivos diversos:

> Um jovem negro e pobre andando a pé em um bairro de classe média é visto pela polícia como provável assaltante ou traficante, tornando-se candidato a uma abordagem violenta, enquanto um jovem branco com aparência de classe média, em um carro, dentro ou próximo de uma favela, é visto como possível usuário adquirindo drogas e torna-se candidato à extorsão (RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 78).

Temos de reconhecer, entretanto, que o preconceito policial não é exclusividade brasileira. Recentemente, um jornal italiano publicou matéria (LA REPUBBLICA, 2017) a respeito do jovem senegalês Cheikh, de 19 anos de idade e que foi abrigado por uma família em Turim (que participa do projeto *rifugio diffuso*, da diocese local, responsável pelo acolhimento de estrangeiros) e da qual ele ganhou uma bicicleta dobrável; quando transitava com seu presente, foi abordado por policiais que lhe disseram que aquela bicicleta não poderia ser sua e perguntaram-lhe se a havia roubado; anteriormente, um outro garoto (italiano), vendo a bicicleta ao lado dele, pensou que ela estivesse abandonada, porque jamais poderia ser de um jovem senegalês. Cheikh, de acordo com a matéria, viu-se então obrigado a andar sempre com a nota fiscal da bicicleta no bolso para evitar incidentes.

Em São Paulo, também em 2017, o tenente-coronel que assumiu o comando das Rondas Ostensivas Tobias de Aguiar (ROTA), um Batalhão da Polícia Militar de São Paulo que atua apenas na Capital, fez uma afirmação bastante eloquente: seus integrantes têm maneiras diferentes de abordagem de acordo com o bairro onde estão ou, em suas palavras, por entender que, como "são pessoas diferentes que transitam" em um ou outro local, "a forma de ele abordar tem de ser diferente. Se ele [o policial militar] for abordar uma pessoa da mesma forma que ele for abordar uma pessoa aqui nos Jardins, ele vai ter dificuldade. Ele não vai ser respeitado". E acrescentou que até a linguagem utilizada pelo policial varia: "se eu coloco um da periferia para lidar, falar com a mesma forma, com a mesma linguagem que uma pessoa da periferia fala aqui no Jardins, ele pode estar sendo grosseiro com uma pessoa do Jardins que está ali, andando". Isso demonstra a concepção de que os habitantes dos "Jardins" (bairro nobre paulistano) e os da

periferia seriam "pessoas iguais" apenas aos seus respectivos vizinhos. A necessidade de outra "linguagem" para o policial comunicar-se com os diferentes moradores remete-nos ao conceito de "bárbaro" de Todorov, anteriormente citado (aquele que fala uma língua ignorada). Ao final, o comandante da ROTA denuncia sua concepção de segurança pública submetida à segurança nacional: "Muitas das ocorrências que a Rota pega, envolvem o PCC. São membros da facção. Isso aí é um combate diário. E precisamos do apoio, não só da polícia, mas do Ministério Público, do Judiciário, da Polícia Federal e da população para esse enfrentamento" (apud ADORNO, 2017).

Ora, de acordo com Paul Amar,

> Há racismo institucional quando uma organização ou estrutura social cria um fato social racial hierárquico – um estigma visível, identidades incorporadas e geografias sociais – mas desloca as implicações raciais deste processo. Em vez de reconhecer raça e racismo, referem-se ao reino das práticas profissionais cotidianas, "técnicas", que só estão ligadas à raça por "coincidência" (2005, p. 234).

Assim, sem utilizar a expressão "raça", as polícias adotam critérios sobretudo de local e de horário de atuação, além de natureza de delitos, que bem demonstram a parcela da população que buscam atingir, e não raro é a mesma que já se encontra socialmente marginalizada; dessa maneira, esse grupo recebe ainda mais uma chancela do poder para que não ouse invadir território que não lhe seja destinado. Uma vez mais lembrando Todorov, "a tortura, a humilhação e o sofrimento infligidos aos outros têm a ver com a barbárie" sobretudo quando se verifica a existência de um "critério que tenha permitido delimitar o grupo a ser eliminado: a 'raça' (ou características físicas visíveis), a etnia, a religião, a classe social ou as convicções políticas" (2010a, p. 35).

Todavia, não podemos ignorar que todo preconceito traz "oculto dentro de si algo do passado", ou seja,

> examinando com atenção, percebemos que um preconceito genuíno sempre esconde algum juízo anteriormente formado que em sua origem teve uma base apropriada e legítima na experiência e evoluiu como preconceito por ter sido arrastado ao longo do tempo sem ter sido reexaminado ou revisto (ARENDT, 2008b, p. 153).

Esse apoio no passado é o que torna o preconceito perigoso e o que o difere de uma mera opinião. Se não pudermos identificar essa sua origem histórica, não será possível lutar contra ele, pois,

> do contrário, batalhões de oradores ilustrados e bibliotecas inteiras não servem para nada, como deixam cristalinamente claro os esforços infindáveis e

> infindavelmente infrutíferos para resolver questões carregadas de antigos preconceitos, como os problemas dos judeus ou dos negros nos Estados Unidos (ARENDT, ob. cit., p. 154).

Evidentemente, recorrer ao passado não significa "levar uma vida em que o ressentimento contra uma inferioridade imposta na história passada passa a dominar as prioridades de uma pessoa no presente só pode ser injusto para essa pessoa mesma" (SEN, 2015, p. 103). Trata-se, porém, de conhecer as razões que geraram aquele preconceito para desvelá-lo e mostrar que ele se refere ao passado, a humanidade venceu aqueles valores que o sustentavam e que, exatamente por isso, deve ser ele sepultado também.

4.2. A polícia e o uso da força

A polícia sabe muito bem qual é o seu papel na sociedade e quais são os recursos dos quais deve lançar mão para desempenhá-lo com eficiência. Se tem ou não de todos os meios necessários é uma outra questão que deve ser respondida de acordo com as habilidades de que dispõe para, primeiro, valer-se dos meios que lhe são acessíveis e, segundo, organizar-se para enfrentar períodos de crise e de recessão.

O dever das polícias é oferecer segurança pública à população ou, na dicção do art. 144, *caput*, da Constituição Federal, para "a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio". Álvaro Lazzarini entende "que a segurança pública é um aspecto da ordem pública" e que ambas "são valores etéreos, de difícil aferição", daí por que "costuma-se dizer que a ordem pública, como ausência de desordens, é mais fácil de ser sentida do que definida" (2008, p. 13-14). Para o mesmo autor, "ordem pública é sempre efeito de uma realidade nacional que brota da convivência harmônica resultante do consenso entre a maioria dos homens comuns, variando no tempo e no espaço em função da própria história" e acrescenta, em seguida: "evidentemente, às elites intelectuais do país cabe papel importante, pois mercê de sua bagagem cultural podem e devem mostrar caminhos para a evolução dos componentes" (ibid., p. 14).

O texto de Lazzarini é bastante esclarecedor da visão orienta a segurança pública, pois que abusa da retórica para fugir da dificuldade de se definir o que seria ordem pública[31], afinal, qualquer definição deveria compreender todas as

31. Giuseppe Vergottini esclarece que "fala-se de ordem pública com significados completamente diferentes em hipóteses dificilmente conciliáveis com um sistema orgânico de conceitos". No âmbito do Direito Público, é "sinônimo de convivência ordenada,

pessoas da sociedade – e não apenas "a maioria dos homens comuns" a que se refere, como se fosse mais fácil estabelecer o que seja "homem comum" do que "ordem pública". Agostinho Ramalho Marques Neto, a propósito, é enfático, ao tratar do julgamento do personagem de Camus: "Mas o *homo medius* não existe! O *homo medius* seria o próprio avesso do homem absurdo, e, em sendo assim, este já entraria previamente condenado. O que acaba ficando de fora é o homem concreto, singular" (2010, p. 24).

O professor da Academia Militar do Barro Branco[32] chega a ratificar a crítica de Sartre, a que nos referimos anteriormente, uma vez que pretende que as "elites intelectuais" estabeleçam "os caminhos para evolução" de todos, como se apenas essa elite fosse capaz de raciocinar e decidir, pois o restante da população – assim como o colono para o europeu – seria incapaz de tomar os rumos de sua vida, ou, nas palavras de Sartre, "vive de nada e só reconhece a força" (2005, p. 37).

A afirmação de Lazzarini lembra a figura dos "pontífices do dever social", referidos, ainda no início do século XX, por Georges Sorel, os quais supõem "que a violência não poderá mais aumentar, ou até que diminuirá à medida que os intelectuais se mostrarem mais amáveis, vulgares e fingidos em honra da união das classes" (SOREL, 1992, p. 211). Esses "homens de bem" acreditam que "o futuro do mundo não será entregue a homens grosseiros que não respeitam sequer o Estado, que zombam das ideologias burguesas e têm tão pouca admiração pelos profissionais do pensamento elevado quanto pelos padres" (ibid., p. 210). Criar uma casta de intelectuais responsáveis por dizer as regras a respeito da violência monopolizada seria permitir que os ideais de um pequeno grupo fossem impostos à maioria. Ora, "os padrões sociais não são padrões legais e, se a legislatura segue o preconceito social, a sociedade se torna tirânica" (ARENDT, 2004, p. 276) e o que poderia ser considerado abuso torna-se regra, desde que vá ao encontro dos sonhos dessa minoria.

---

segura, pacífica e equilibrada, isto é, normal e conveniente aos princípios gerais de ordem desejados pelas opções de base que disciplinam a dinâmica de um ordenamento" (2016, p. 851).

32. Em 27 de julho de 2016, o Governo do Estado de São Paulo, por meio do Decreto 62.064, instituiu a "Medalha Mérito do Estado-Maior da Polícia Militar do Estado de São Paulo 'Desembargador Álvaro Lazzarini'", que será outorgada pelo Comandante Geral da Corporação (art. 3º, *caput*) e cujo objetivo (art. 1º) é "galardoar personalidades civis, militares, instituições públicas e privadas, que tenham contribuído para a produção de estudos institucionais de relevância na área de segurança pública, bem como nas várias áreas de gestão de Polícia Militar, cooperando, desta forma com os objetivos do Estado-Maior da Polícia Militar do Estado de São Paulo na construção da doutrina de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública em seus diversos aspectos".

Apoiado na teoria weberiana, Norbert Elias (1998, p. 216) adverte que "sem dúvida, o monopólio da violência física e o uso de força física organizada de acordo com regras rígidas estão sujeitos a abusos", entretanto, "a questão de como controlar os controladores e seus agentes é um dos problemas sociais práticos que ainda não tiveram solução".

Como aponta Frantz Fanon, em obra cujo prefácio é escrito por Sartre,

> O mundo colonizado é um mundo cortado em dois. A linha de corte, a fronteira, é indicada pelas casernas e pelos postos policiais. Nas colônias, o interlocutor legítimo e institucional do colonizado, o porta-voz do colono e do regime de opressão é o policial ou o soldado (FANON, 2005, p. 54).

Esse caldo de cultura colonialista sobreviveu até nossos dias, porém modernizado e apurado. Mais uma vez denunciando um preconceito que podemos encontrar na afirmação de Lazzarini, Fanon, falando da visão que o colono tem do colonizado, denuncia: "o indígena é declarado impermeável à ética. A ausência de valores, e também negação de valores. Ele é, ousemos dizer, o inimigo dos valores" (ibid., p. 58). Essa elite intelectual (esclarecida) também é atacada por Fanon:

> Os governos burgueses dos países capitalistas superaram há muito tempo essa fase infantil do poder. Friamente, eles governam com a ajuda de leis, do seu poder econômico e da polícia. Não são obrigados, agora que o seu poder está solidamente estabelecido, a perder tempo em atitudes demagógicas. Governam no seu interesse e têm a coragem do seu poder. Criaram uma legitimidade e acreditam no seu destino (ibid., p. 209).

Ou seja, "a massa informe do povo é percebida como força cega, que se deve constantemente manter na coleira, seja pela mistificação, pelo medo que lhe inspiram as forças policiais" (FANON, ob. cit., p. 210). Assim, o colonizador lança mão de sua polícia para garantir a segurança dos colonos e controlar os colonizados.

Mas não é apenas uma questão cultural – que pode ser atribuída à gênese da polícia e seu vínculo com a metrópole – que se destaca quando tratamos da violência policial. Para Hannah Arendt, a brutalidade policial está diretamente ligada à sua ineficiência: "quaisquer que sejam as causas para o declínio espetacular da eficiência da polícia, o declínio do poder da polícia é evidente, e, com ele, aumenta a probabilidade da brutalidade" (2009, p. 124). O argumento da filósofa é inquestionável, uma vez que a polícia eficiente vale-se dos meios preventivos e investigativos para evitar ou investigar os crimes; apenas quando sua falta de eficiência passa a ser visível para a população é que os policiais apelam para a brutalidade como meio de alcançar resultados que – acreditam – não poderiam obter

por meio de ação legítima (coibir atos criminosos ou obter informações sobre crimes já consumados).

Portanto, a violência (que vai além da legalidade) praticada pela polícia pode ser explicada seja em decorrência de sua origem como instrumento de arbítrio do colonizador, seja em decorrência dela não conseguir, pelos meios legais, alcançar os resultados que são esperados.

Walter Benjamin trata de dois tipos de violência, a que instaura o direito e a que o mantém: aquela tem de ser comprovada por meio da vitória, e esta não pode ter por objetivo novos fins. Por isso que, para ele, "a violência da polícia está isenta de ambas as condições", pois

> Ela é instauradora do direito – com efeito, sua função característica, sem dúvida, não é a promulgação de leis, mas a emissão de decretos de todo tipo, que ela afirma com pretensão de direito – e é mantenedora do direito, uma vez que se coloca à disposição de tais fins. A afirmação de que os fins da violência policial seriam sempre idênticos aos do resto do direito, ou pelo menos teriam relação com estes, é inteiramente falsa. Pelo contrário. O "direito" da polícia assinala o ponto em que o Estado, seja por impotência, seja devido às conexões imanentes a qualquer ordem de direito, não consegue mais garantir, por meio dessa ordem, os fins empíricos que ele deseja alcançar a qualquer preço (BENJAMIN, 2013, p. 135).

Quando é violenta, a polícia não apenas afronta o direito, mas nega o direito do Estado que a criou e que a mantém, o que não significa que contrarie a vontade do governante, pelo contrário, é justamente para atendê-lo que assim age, assumindo o seu papel de "polícia de governo". Em uma sociedade democrática, a Lei ainda é a fonte mais segura – apesar de todas influências espúrias que recebe do seu nascimento à sua promulgação – de deixar claro quais são as regras que vigem, os benefícios da sua observância e as consequências do seu descumprimento, para que ninguém seja surpreendido com arbitrariedades dos agentes do Estado.

5. Conclusão

A arbitrariedade da polícia resulta do somatório de fatores que podem ser identificados de acordo com cada realidade e com períodos específicos. Alguns, entretanto, costumam estar sempre presentes: cobrança de resultados pelo Governo sem os correspondentes investimentos (o que gera leniência administrativa na apuração das faltas praticadas pelos policiais); falta de autoridade do Estado (o que faz com que seus agentes imponham pelo medo o que não podem obter pelo

respeito); legislação ineficiente ou editada ao sabor dos modismos (gerando o descrédito da população que, assim, aceita a violência praticada pela polícia); ausência de uma política comprometida com a doutrina de Direitos Humanos.

Se "a formalização de graus crescentes de autonomia do espaço público poderia constituir condição de possibilidade para acolher ordenamentos sociais de caráter universalista possíveis de reconhecer o espaço de atuação da sociedade civil" (PORTO, 2000, p. 328), em sentido inverso, podemos concluir que a negativa de autonomia no espaço público é garantia de que esse "caráter universalista" – aqui compreendido como oposição ao individualismo[33] – jamais exista, de forma a manter os privilégios de uma elite *soi-disant* honesta e decente, em prejuízo de uma massa classificada como estranha àquele ambiente, porém necessária para manter e sustentar os privilégios da mesma elite.

A ação policial que visa a restringir o espaço público, sustentando uma cultura que existe em oposição ao Direito, age como organismo cujo dever principal seria defender a paz pública, mas passa a incentivar a desobediência às normas sobre as quais ela se sustenta. Em artigo publicado no jornal *O Estado de S. Paulo*, Luis Fernando Verissimo (2017) bem aponta que "o Brasil sempre foi de uma minoria autoperpetuada no poder, mas nunca, no passado, a maioria teve como agora uma noção tão nítida do seu banimento interno, do seu exílio sem sair do lugar". Rui Barbosa e Chico Buarque falam sobre esse "banimento interno" da maioria da população e que não se resume, obviamente, à praia de Copacabana. O banimento é social – e a orla carioca é apenas uma bem empregada sinédoque na canção[34]. Rui Barbosa acolhe o arbítrio que convém à sua posição de aristocrata que necessita da força para defendê-lo da invasão plebeia[35]. Chico Buarque denuncia o preconceito contra a população que reivindica o direito de usufruir da cidade na qual habita. Um e outro tratam da marginalização e evidenciam como a violência policial é instrumento eficaz para sustentar e manter privilégios.

33. O adjetivo remete-nos ao substantivo "universalismo" que, para Abbagnano (2007, p. 1.170), além do sentido teológico ("doutrina de que Deus quer salvar todos os homens, não existindo, pois, predestinação à danação"), e da doutrina defendida por Leibniz ("oposição entre 'universalistas' e 'particularistas'"), significa, "em sentido ético, qualquer doutrina contrária ao individualismo que afirma a subordinação do indivíduo a uma comunidade qualquer (Estado, povo, não, humanidade, etc.)".

34. A propósito, o compositor já havia, em letra de 1987 ("Estação derradeira", quarta faixa no LP *Francisco*), demonstrado o caráter multicultural do Rio de Janeiro: "Rio de ladeiras / Civilização encruzilhada / Cada ribanceira é uma nação".

35. Contrariando, assim, o texto da Constituição de 1891, escrita pelo próprio Rui Barbosa, cujo art. 72, *caput*, estabelecia a "inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade" e seus §§ 1º e 2º declaravam a vigência dos princípios da legalidade e da igualdade.

A jactância de um e a crueza do outro (para usarmos substantivos que parecem bem identificar um e outro) necessitam ser recebidas pelas polícias como críticas às suas práticas e propósitos. Mais que isso, deveriam orientar o legislador a estabelecer garantias para que cada polícia possa cumprir sua tão decantada "missão constitucional" de forma a não sofrer injunções hierárquicas que as fazem dar apoio às arbitrariedades. Trata-se de criarmos uma "polícia de Estado" e não uma "polícia de Governo", ou seja, instituição com objetivos perenes, plano de ação que exceda ao mandato do respectivo governo e, sobretudo, filosofia de trabalho compartilhada por todos os seus integrantes e direcionada à sua atividade-fim: prestar segurança pública à população de acordo com suas respectivas atribuições, sem que uma consuma suas energias e recursos ingerindo nas atribuições de outra e que esta outra, com o mesmo dispêndio, coloque-se em posição defensiva ou mesmo de ataque contra aquela, as duas em uma competição estéril da qual nunca haverá vencedores, mas cujo único perdedor é o povo. E a questão não é apenas da segurança pública. As polícias atuam na ponta do problema que se inicia muito antes. É óbvio que se educação e escolas fossem eficientes para evitar os crimes, nos países ditos do Primeiro Mundo não haveria cadeias[36]. Mas, se houvesse escola, trabalho, hospitais, lazer com qualidade para todos, certamente os presídios brasileiros estariam bem menos habitados.

É por meio da polícia que o Estado exerce o seu monopólio da força, o que se destina a garantir a paz, daí a relevância de uma política voltada a esse objetivo, afinal, "[...] o provimento da existência humana só pode ser realizado pelo Estado, que detém o monopólio da força bruta e impede a guerra de todos contra todos" (ARENDT, 2008b, p. 169).

O acesso à praia de Copacabana é apenas uma figura de retórica, ou um recorte exato, para demonstrar o quanto aqueles que, por qualquer razão, excedem ou não alcançam o padrão de "normalidade" definido pelas "elites culturais" que têm a nobre missão de "mostrar o caminho para a evolução" da sociedade (como defende Álvaro Lazzarini) não conseguem acesso aos "favores" do Estado: respeito, liberdade, saúde, educação, lazer, trabalho, enfim, aqueles direitos que a Constituição assegura a todos, mas que Paulo Sérgio Pinheiro bem caracterizou como aqueles que "irão nascer e morrer sem terem conhecido o comedimento do Leviatã" (2013, p. 271).

36. Hannah Arendt nos ensina que "a ideia de que se pode mudar o mundo educando as crianças no espírito do futuro tem sido uma das marcas registradas das utopias políticas desde a Antiguidade. O problema com essa ideia tem sido sempre o mesmo: só pode dar certo se as crianças são realmente separadas de seus pais e criadas em instituições do Estado, ou doutrinadas na escola de tal como que acabam se virando contra os próprios pais. É o que acontece nas tiranias" (2004, p. 265).

Paulo Sérgio Pinheiro é contundente: "o cassetete de borracha, os choques elétricos e o pau de arara, suados no Brasil como instrumentos de tortura nos distritos policiais, vieram para ficar" (ibid., p. 280). Em outra obra é ainda mais enfático:

> Apesar do fim da ditadura, a tortura continuou a ser administrada a um mais largo contingente e em escala muito maior do que durante os períodos de exceção. É aplicada sistematicamente, automaticamente, em todos os distritos policiais do Brasil a todos os cidadãos das classes populares que caiam sob a suspeita policial (PINHEIRO; SADER, 1985, p. 83).

Entretanto, não há como concordar com a generalizações hiperbólicas, como se em todas as delegacias de polícia houvesse a prática da tortura. Não há fundamento científico, teórico ou empírico para uma afirmação dessa natureza. O argumento não é aceitável nem mesmo como figura de retórica, pois as generalizações carregam consigo o peso do preconceito, que é uma das piores pragas que podem acometer a sociedade. Da mesma forma, não podemos negar que haja violência praticada por policiais no interior das respectivas repartições públicas e de viaturas ou mesmo em via pública. Essa violência, como buscamos demonstrar, decorre do poder que não é da polícia, mas sim do Estado, e é exercido pelos seus diversos órgãos. Tanto há violência na delegacia de polícia quanto há nos hospitais, nas escolas, em creches, nos fóruns, ou seja, em todo lugar onde haja agentes do Estado. A polícia é o órgão que está mais próximo da violência, pois lida com ela diariamente; certamente o ambiente no qual os policiais são obrigados a atuar, e os riscos a que estão submetidos propiciam maiores condições para o arbítrio. Mas isso não significa que a violência opressiva lhes seja exclusiva, tampouco que todos sejam arbitrários, pois a sociedade não suportaria um bando de carrascos atuando justamente no lugar daqueles que lhes deveriam garantir a segurança.

Sente-se que há decadência gerada pela luta dos dirigentes do Estado em perpetuarem-se no poder e isso corrompe o sistema que mantém a violência nos limites do monopólio legal. A sociedade sentiu isso durante a ditadura militar, enquanto ela batia-se para não soçobrar. Com a democratização do País, houve sensível redução das arbitrariedades, mas não foi eliminada, como é sabido. Apenas com uma política de segurança pública direcionada para a consecução do Estado Democrático de Direito é que a violência será reduzida aos limites da legalidade.

A violência policial não pode ser vista com naturalidade. Ela precisa ser transformada em uma ideia que se caracteriza pela inverossimilhança. Aqueles que a defendem tem de saber que nenhuma sociedade pode tolerar que seus integrantes sejam vítimas de arbítrio, porque tolerar uma polícia violenta é – para raciocinarmos com Sartre – lançar um bumerangue, que irá voltar-se contra nós sem que possamos nos dar conta disso.

Se algum dia todos – "sem distinção de qualquer natureza", como sonha o art. 5º da Constituição Federal – tivermos reconhecidos e protegidos nossos direitos, tivermos asseguradas e disponíveis nossas garantias[37], as caravanas para a praia de Copacabana não serão mais vistas como hordas, tampouco seus integrantes precisarão intimidar os demais moradores para usufruírem do sol. E a polícia poderá dedicar-se à prevenção ou investigação dos crimes sem ter de atropelar a incolumidade da Lei (o que era tolerado por Rui Barbosa), pois a Lei não será mero instrumento de perpetuação no poder, mas sim meio de se alcançar as garantias constitucionais.

Isso virá? Sim. Em breve? Não se sabe, e qualquer prognóstico, em tempos politicamente conturbados como o nosso, seria futurologia rasteira. Mas, primeiramente, é preciso termos consciência histórica da responsabilidade de todos na existência e perpetuação da violência do Estado e, depois, que acreditemos e defendamos a melhoria das condições sociais como meio imprescindível para que possamos ter esperanças. Ou então a humanidade não terá valido a pena. Entramos no século XXI com a sensação de que o XX ficou nos devendo algo, sensação essa muito bem definida por Wisława Szymborska, em 1987, justamente intitulada "Ocaso do século"[38] (2011, p. 75-76):

> Era para ter sido melhor que os outros o nosso século XX.
> Agora já não tem mais jeito,
> os anos estão contados,
> os passos vacilantes,
> a respiração curta.
> Coisas demais aconteceram,
> que não eram para acontecer,
> e o que era para ter sido
> não foi.

37. "os direitos humanos se tornam uma realidade palpável apenas quando os próprios Estados assumem sua defesa – ou, dito por outras palavras, quando eles se tornam também direitos políticos" (TODOROV, 2010b, p. 219).

38. Também a poesia "Filhos da época", da mesma autora, nos chama à responsabilidade já em seus versos iniciais: "Somos filhos da época / e a época é política. / Todas as tuas, nossas, vossas coisas / diurnas e noturnas, / são coisas políticas. / Querendo ou não querendo, / teus genes têm um passado político, / tua pele, um matiz político, / teus olhos, um aspecto político. / O que você diz tem ressonância, / o que silencia tem um eco / de um jeito ou de outro político. [...]" (SZYMBORSKA, 2011, p. 77).

Era para se chegar à primavera
e à felicidade, entre outras coisas.
Era para o medo deixar os vales e as montanhas.
Era para a verdade atingir o objetivo
mais depressa que a mentira.
Era para já não mais ocorrerem
algumas desgraças:
a guerra por exemplo,
e a fome e assim por diante.
Era para ter sido levada a sério
a fraqueza dos indefesos,
a confiança e similares.
Quem quis se alegrar com o mundo
depara com uma tarefa
de execução impossível.
A burrice não é cômica.
A sabedoria não é alegre.
A esperança
já não é aquela bela jovem
et cetera, infelizmente.
Era para Deus finalmente crer no homem
bom e forte
mas bom e forte
são ainda duas pessoas.
Como viver – me perguntou alguém numa carta,
a quem eu pretendia fazer
a mesma pergunta.
De novo e como sempre,
como se vê acima,
não há perguntas mais urgentes
do que as perguntas ingênuas.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ADORNO, Luís. Abordagem nos Jardins tem de ser diferente da periferia, diz novo comandante da Rota. São Paulo, 24 ago. 2017. UOL notícias Cotidiano. Disponível em: [https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/24/abordagem-no-jardins-e-na-periferia-tem-de-ser-diferente-diz-novo-comandante-da-rota.htm]. Acesso em: 30.10.2017.

AMAR, Paul. Táticas e termos da luta contra o racismo institucional nos setores de polícia e de segurança. In: RAMOS, Sílvia; MUSUMECI, Leonarda. *Elemento suspeito*: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

ARENDT, Hannah. *A promessa da política*. Trad. Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Difel, 2008a.

ARENDT, Hannah. Desobediência civil. In: ARENDT, Hannah. *Crises da República*. Trad. José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 2008b.

ARENDT, Hannah. Reflexões sobre Little Rock. In. ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. Trad. Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

BAKHTIN, Mikhail. *Marxismo e filosofia da linguagem*: problemas fundamentais do Método Sociológico na Ciência da Linguagem. Trad. Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. 11. ed. São Paulo: Hucitec, 2004.

BARROS, Diana Luz Pessoa de. Contribuições de Bakhtin às teorias do discurso. In: BRAIT, Beth (Org.). *Bakhtin, dialogismo e construção do sentido*. Campinas: Editora da Unicamp, 2005.

BARBOSA, Rui. Coisas de fábula. In: BARBOSA, Rui. *Obras completas*: a imprensa. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde. v. XXV. t. II, 1947.

BAYLEY, David H. *Padrões de policiamento*: uma análise comparativa internacional. Trad. Renê Alexandre Belmonte. 2. ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2006.

BENEVIDES, Maria Victoria; FERREIRA, Rosa M. Fischer. Respostas populares à violência urbana: o caso de linchamento no Brasil (1979-1982). In: PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Crime, violência e poder*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

BENJAMIN, Walter. Para a crítica da violência. In: BENJAMIN, Walter. *Escritos sobre mito e linguagem*. Trad. Susana Kampff Lages e Ernani Chaves. 2. ed. São Paulo: Duas Cidades, Editora 34, 2013.

BOVA, Sergio. Polícia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Grianfranco. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília: Editora UnB, 2016. v. 2.

BUARQUE, Chico. As caravanas. In: BUARQUE, Chico. *Caravanas*. Direção e produção musical: Luiz Claudio Ramos. Rio de Janeiro: Biscoito Fino, 2017. 1 disco sonoro (*compact disc*), faixa 9.

CAMUS, Albert. *A peste*. Trad. Valerie Rumjanek. 14. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

CAMUS, Albert. *O estrangeiro*. Trad. Valerie Rumjanek. 26. ed. Rio de Janeiro: 2005.

CARDIA, Nancy. Exposição à violência: seus efeitos sobre valores e crenças em relação a violência, polícia e direitos humanos. Núcleo de Estudos da Violência – Universidade de São Paulo (NEV-USP). Disponível em: [www.nevusp.org/downloads/down066.pdf]. Acesso em: 02.01.2018.

COMBLIN, Joseph Pe. *A ideologia da segurança nacional*: o poder militar na América Latina. Trad. A. Veiga Fialho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O pequeno exército paulista*. São Paulo: Perspectiva, 1977.

D'ENTRÈVES, Alessandro Passerin. *La dottrina dello Stato*: elementi di analisi e di interpretazione. 3. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009.

ELIAS, Nobert. *Envolvimento e alienação*. Trad. Alvaro de Sá. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*: formação do estado e civilização. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1993. v. 2.

FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Trad. Enilce Albergaria Rocha e Lucy Magalhães. Juiz de Fora: EFJF, 2005.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lei de Segurança Nacional*: uma experiência antidemocrática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

GOLDSTEIN, Herman. *Policiando uma sociedade livre*. Trad. Marcelo Rollemberg. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2003.

HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOBBES, Thomas. *Do cidadão*. Trad. Renato Janine Ribeiro. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sales. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JACCOUD, Luciana. O combate ao racismo e à desigualdade: o desafio das políticas públicas de promoção da igualdade racial. In: THEODORO, Mário (Org.) *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil*: 120 anos após a abolição. 2. ed. Brasília: IPEA, 2008.

LA REPUBBLICA. "Torino, giovane senegalese fermato in stazione: 'La tua bici è troppo bella, dove l'hai rubata?'". 31.10.2017. Disponível em: [http://torino.repubblica.it/cronaca/2017/10/31/news/torino_giovane_senegalese_fermato_instazione_la_tua_bici_e_troppo_bella_dove_l_hai_rubata_-179836573/?ref=RHRS-BH-I0-C6-P13-S1.6-T1]. Acesso em: 31.10.2017.

LAZZARINI, Álvaro. A ordem constitucional e a segurança pública. *A Força Policial*, São Paulo, Polícia Militar, n. 57, p. 11-18, jan.-fev.-mar. 2008.

MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue*: história do pensamento racial. São Paulo: Contexto, 2009.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Estrangeiro: a Justiça absurda. In: COUTINHO, Jacinto n. de Miranda (Coord.). *Direito e psicanálise*: interseções a partira de "o Estrangeiro" de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MATOS, Maria Vitalina Leal de. *Introdução aos estudos literários*. Lisboa: Editorial Verbo, 2001.

MONTAIGNE, Michel de. *Ensaios*. Trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Abril Cultural, 1972.

NUNES, Brasilmar Ferreira. Weber, Simmel e Wirth: a cidade e o cidadão na sociedade de mercado. In: COELHO, Maria Francesca P.; BANDEIRA, Lourdes. MENDEZES, Marilde Loiola de (Org.). *Política, ciência e cultura em Max Weber*. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

OLIVEIRA, Eliézer R. de. *As Forças Armadas*: política e ideologia no Brasil (1964-1969). Petrópolis: Vozes, 1976.

PAGLIONE, Eduardo A. A Polícia Civil na visão de Rui Barbosa. *Arquivos da Polícia Civil*, São Paulo: Academia de Polícia Civil, v. 49, p. 173-186, 2006.

PESSOA, Mário. *O direito da segurança nacional*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército; Editora Revista dos Tribunais, 1971.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Estado e terror. In: NOVAES, Adauto (Org.). Ética. São Paulo, Companhia das Letras, 2013.

PINHEIRO, Paulo Sérgio; SADER, Emir. O controle da polícia no processo de transição democrática no Brasil. Temas IMESC: sociedade, Direito, Saúde. São Paulo: IMESC, v. 2, n. 2, p. 77-95, dez. 1985. Disponível em: [www.imesc.sp.gov.br/IMESC_pub/18.pdf]. Acesso em: 10.01.2018.

PIRES, Breno; MOURA, Rafael Moraes. Ministros trocam acusações em sessão plenária do STF. *O Estado de S. Paulo*. Política, São Paulo, 27.10.2017, p. A4.

PORTO, Maria Stela Grossi. A análise weberiana da violência. In: COELHO, Maria Francesca P.; BANDEIRA, Lourdes. MENDEZES, Marilde Loiola de (Org.). *Política, ciência e cultura em Max Weber*. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Trad. Rita Lima. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

RAMOS, Sílvia; MUSUMECI, Leonarda. *Elemento suspeito*: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

ROMERO, Sílvio. Estado social do povo brasileiro. In: ROMERO, Sílvio. *O Brasil social e outros estudos sociológicos*. Brasília: Senado Federal, 2001.

ROMERO, Sílvio. Introdução. In: ROMERO, Sílvio. *Contos populares do Brasil*. São Paulo: Landy Editora, 2006.

SANTOS, Paulo Sérgio dos. Administração de material bélico de polícia militar e estratégia de defesa nacional. *A Força Policial*, São Paulo, Polícia Militar, n. 67, p. 29-48, jul.-ago.-set. 2010.

SARTRE, Jean Paul. Prefácio. In: FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Trad. Enilce Albergaria Rocha e Lucy Magalhães. Juiz de Fora: EFJF, 2005.

SILVA, Eduardo. *As camélias do Leblon e a abolição da escravatura*: uma investigação de História cultural. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

SILVA, Cyro Marcos. Prisões e sonos inocentes. In: COUTINHO, Jacinto n. de Miranda (Coord.). *Direito e Psicanálise*: interseções a partira de "o Estrangeiro" de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. [edição fac-similar]. Brasília: Senado Federal, 2004. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496205/000689665.pdf?sequence=1]. Acesso em: 05.11.2017.

SOREL, Georges. *Reflexões sobre a violência*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

SZYMBORSKA, Wisława. *Poemas*. Trad. Regina Przybycien. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SZYMBORSKA, Wisława. *Um amor feliz*. Trad. Regina Przybycien. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

TODOROV, Tzvetan. *O medo dos bárbaros*: para além do choque das civilizações. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 2010a.

TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América*: a questão do outro. Trad. Beatriz Perrone-Moisés. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

VERGOTTINI, Giuseppe. Ordem pública. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Grianfranco. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília: Editora UnB, 2016. v. 2.

SEN, Amartya. *Identidade e violência*: a ilusão do destino. Trad. José Antonio Arantes. São Paulo: Iluminuras, Itaú Cultural, 2015.

VERISSIMO, Luis Fernando. "Adevolve!". *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 29.10.2017. Caderno 2, p. C10.

WEBER, Max. A política como vocação. In: WEBER, Max. *Ciência e política*: duas vocações. Trad. Leonidas Hegenberg e Octany S. da Mota. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

WEBER, Max. *Ciência e política*: duas vocações. Trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- "Mal de polícia" – À propósito de uma criminologia radical, de Augusto Jobim do Amaral – *RBCCrim* 111/263-291 (DTR\2015\245);
- Letalidade policial e segurança pública. Uma análise metapsicológica da violência legítima, de Paulo Keishi Ichimura Kohara – *RBCCrim* 130/145-176 (DTR\2017\663);
- Policiados e policiais: dois tempos de uma história de criminalização, de Fernanda Lima da Silva, Manuela Abath Valença e Marília Montenegro Pessoa de Mello – *RBCCrim* 135/97-129 (DTR\2017\5645);
- Segurança pública, polícia e violência policial. Perspectivas diante do endurecimento penal, de Luís Antônio Francisco de Souza – *RBCCrim* 51/253-288 (DTR\2004\661); e
- Violência, polícia e direitos humanos, de Benoni Belli – *RBCCrim* 39/231-240 (DTR\2002\606).

Os "soldados do fogo": um estudo sobre violência institucional na profissão bombeiro militar

The "fire soldiers": a study about institutional violence in the military firefighter profession

Fábio Gomes de França

Mestre em Sociologia pela Universidade Federal da Paraíba (2012).Doutor em Sociologia pela Universidade Federal da Paraíba (2014).Pós-Doutor pelo Núcleo de Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas da Universidade Federal da Paraíba (2018). Professor de Criminologia do Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública do Centro de Educação da PMPB.
filhosdalegiao@gmail.com

Recebido em: 23.07.2017.
Aprovado em: 12.03.2018.
Última versão do autor: 16.05.2018.

Área do Direito: Penal

Resumo: Objetivamos neste artigo compreender a relação que se estabelece entre a cultura militarista e a violência institucional presente na profissão bombeiro militar. Para tanto, por meio de uma pesquisa qualitativa, analisamos notícias encontradas em *sites* da internet, sobre casos de trote, instruções (aulas) e punições administrativas envolvendo bombeiros militares. O que está em jogo é a forma como alunos e profissionais formados dos Corpos de Bombeiro Militares são tratados por meio de uma pedagogia que exalta o sofrimento físico e psíquico para que sejam profissionais fortes e corajosos, segundo a cultura militarista. Se os bombeiros militares não são treinados para a guerra, como se justifica o sofrimento a eles impingido com base na cultura militar? Por fim, chegamos à conclusão de que a cultura bélica inerente ao militarismo consegue exercer seu caráter violento até mesmo em instituições que não têm por objetivo os ideais da guerra, a exemplo dos bombeiros militares.

Abstract: We aim at this article to understand the relationship between the military culture and the military firefighter profession institutional violence. For this purpose, we have analyzed cases found in the Internet It is a qualitative research on hazings, military training and administrative punishments against military firefighters. What is at stake is the treatment for the Military Fire Brigade students and professional. They are trained through a pedagogy of suffering (physical and psychological) accordance with the military culture. Why do the military firefighters train with suffering if they do not need (theoretically) to go to the war? Finally, we concluded that the military war culture is violent and it can turn institutions like the military firefighters for them to have ideals of war.

França, Fábio Gomes de. Os "soldados do fogo": um estudo sobre violência institucional na profissão bombeiro militar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 149. ano 26. p. 419-453. São Paulo: Ed. RT, novembro 2018.

Palavras-chave: Militarismo– Bombeiros– Disciplina– Violência– Cultura bélica.

Keywords: Militarism– Firefighter– Discipline– Violence– War culture.

Sumário: 1. Introdução. 2. A violência institucional no contexto histórico das instituições militares. 3. Os "soldados do fogo" e o militarismo dos Corpos de Bombeiro. 4. Reflexões sobre a violência institucional nos Corpos de Bombeiro Militares. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. Introdução

Os Corpos de Bombeiro Militares (BMs)[1] em nosso país sempre tiveram uma imagem pública associada a epítetos como "anjos da vida" ou "heróis". As características principais da profissão encontram como objetivo a busca e o salvamento de pessoas em perigo (incêndios, afogamentos), nas atividades de defesa civil ou no atendimento pré-hospitalar.Ainda consiste no combate a situações que venham destruir patrimônios públicos ou privados, como no caso de incêndios. Desse modo, os Bombeiros tornam-se uma das instituições mais valorizadas pela opinião pública.[2]

No entanto, no campo acadêmico, pouco se sabe a respeito da cultura *intra corporis* de tais profissionais, pelo menos em nosso país, não havendo quase nenhum trabalho cujo tema seja os bombeiros e a relação deles com o sistema militar, especialmente durante a formação pedagógica dos futuros profissionais.[3] Ao contrário, sabemos que as Polícias Militares têm sido objeto de discussões especialmente no que tange aos estudos sobre Direitos Humanos e à formação de seus agentes, já que elas representam o "braço armado do Estado" no campo da Segurança Pública. Mas, assim como as PMs, os BMs também estão elencados no art. 144 da Constituição Federal como órgão de Segurança Pública e, também juntamente com as PMs, são instituições estaduais e seus profissionais carregam o emblema do militarismo.

Se muitos escritos sobre as PMs colocam como problema para nossa democracia o fato de a cultura bélica comum ao militarismo potencializar uma atuação

1. Assim como a utilização da sigla PM, para se referir às Polícias Militares e aos seus profissionais, utilizaremos ao longo do texto a sigla BM tanto para denotar os Corpos de Bombeiro Militares como os profissionais bombeiros militares, de modo que a compreensão dependerá do contexto no qual a sigla está sendo empregada.
2. Em pesquisa realizada pelo Ibope, os BMs, em 2014, foram eleitos pelo quinto ano consecutivo a instituição mais confiável do País. Ver em: [www.brasil.gov.br/defesa-e-seguranca/2015/07/ibope-corpo-de-bombeiros-e-a-instituicao-mais-confiavel-do-brasil].
3. Exceção feita à Dissertação de Mestrado de Silva S. (2015).

policial mais violenta e truculenta, como então observar as prerrogativas militares em uma instituição como a de Bombeiro Militar? Quais consequências advêm da presença de uma estrutura militar, que é em essência beligerante, na formação de profissionais que são preparados para salvar vidas e enfrentar grandes perigos durante a atuação? A partir de quais condições ideológicas, no Brasil, os Corpos de Bombeiro precisaram ser militarizados para atuarem na defesa da população civil como um todo?

Para melhor responder às indagações anteriormente suscitadas, pesquisamos notícias de *sites* na internet sobre violência institucional praticada contra bombeiros militares. As notícias analisadas serviram-nos de dados de pesquisa por terem tido repercussão midiática. Além disso, notícias de internet já são consideradas fontes de pesquisa que possibilitam estudos verificáveis na esfera científica.[4] Os dados foram analisados por uma perspectiva qualitativa, visto que nossa intenção foi compreender o significado das ações[5] relacionadas à prática da violência institucional por parte dos bombeiros militares.

Inicialmente,definiremos o que vem a ser violência institucional, bem como abordaremos como esse tipo de violência sempre esteve presente nas instituições militares em nosso país. Em seguida, refletiremos sobre como os Corpos de Bombeiro no Brasil foram criados e porque permanecem até hoje como instituições militarizadas. Por fim, problematizaremos algumas situações que demonstram a força da violência presente na cultura militar e seus desdobramentos nos Corpos de Bombeiro Militares.

Portanto, fica-nos a reflexão de que instituições que são construídas por meio da cultura militar baseiam-se em formas autoritárias de organização. No caso dos cursos de formação ou na atuação dos profissionais BMs, as punições e trotes aplicados aos alunos bem como as sanções disciplinares contra os bombeiros já em atividade demonstram que a violência institucional simula lições que devem construir heróis e heroínas pelo sofrimento.

2. A violência institucional no contexto histórico das instituições militares

No campo dos Direitos Humanos, a violência, não importa de que forma se manifeste (física, psíquica ou moral), é algo que fere diretamente a dignidade da pessoa humana. Esta última, com toda a problematização que o conceito

4. Flick (2009).

5. Weber (2003); Minayo (2009).

comporta, "é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade".[6] Para preservar a cidadania em um regime democrático cabe ao Estado, através de agentes públicos nas diversas áreas que lhe competem e nas várias instituições da conhecida máquina estatal, garantir direitos e preservar a liberdade jurídica dos cidadãos. O objetivo é que os princípios constitucionais sejam preservados e, assim, os Direitos Humanos de qualquer pessoa sejam assegurados. Não por acaso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 proclama em seu artigo 1º que "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade". Além disso, foi com base nessa premissa que a Constituição brasileira de 1988, cunhada de "cidadã", passou a destacar em seu art. 5º que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".[7]

O problema reside no fato de quando o próprio Estado não consegue garantir as prerrogativas constitucionais em face dos Direitos do homem e do cidadão e torna-se o perpetrador de situações violentas gerando, portanto, a violência institucional. Esta última se configura como aquela "que nasce e se desenvolve no âmbito de uma instituição, seja ela familiar, educacional, religiosa, civil, estatal ou simplesmente representativa".[8] No caso de ser praticada por agentes estatais, a violência institucional ocorre desde o atendimento dispendido aos presos em delegacias de polícia civil e nas penitenciárias, no descaso cometido nos hospitais públicos, no terror psicológico praticado nas esferas judiciárias, por meio da brutalidade, tortura e mortes causadas por policiais. Nesse sentido, a violência tem que ser observada em oposição ao

> *direito fundamental à segurança*, previsto no art. 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); no art. 9º, n. 1, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966); no art. 7º, n. 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e, finalmente, no art. 5º, *caput,* da Constituição Federal Brasileira (1988).[9]

Se ao Estado foi delegado o monopólio legítimo da força física, de modo que aos indivíduos em sociedade coube o controle interno das pulsões e da agressividade

6. Sarlet (2012, p. 73).
7. Ver em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm].
8. Melo (2016, p. 46).
9. Ibidem, p. 43, grifo do autor.

para que "homens de armas" especializados ficassem incumbidos de prover a segurança social[10], percebe-se em nosso país que essa premissa sócio-histórica tem sofrido reveses desde que éramos colônia portuguesa. Especialmente a partir do século XIX, quando conquistamos independência política e passamos a criar oficialmente instituições geridas pelo Estado brasileiro, a violência institucional sempre esteve presente na forma como o governo imperial tratava a população, com destaque para o tratamento dispendido aos escravos. Se as elites imperiais pertenciam a outro mundo, àquele que deveria ser protegido dos negros e das classes pobres, com a criação de órgãos policiais públicos, por exemplo, foram negros e pobres que continuaram sendo vítimas de atrocidades e crueldades nas ruas, nas sessões de tortura e na Casa de Correção.[11]

A continuidade histórica da violência institucional em nosso país sempre teve nos órgãos policiais estatais o seu representante mais legítimo. No período ditatorial (1964-1985), as Polícias Militares tornaram-se protagonistas mais evidentes desse fenômeno. Após a abertura político-democrática com o fim do regime militar e a promulgação da Carta Constitucional de 1988, a violência institucional cometida por policiais mudou o foco dos subversivos comunistas para a população pobre das periferias, especialmente jovens do sexo masculino, negros e com baixa escolaridade. A guerra ao crime contra o tráfico de armas e drogas é a perspectiva ideológica que alimenta a violência institucional atualmente no embate que se estabelece entre forças policiais e "traficantes".

Foi apenas com a abertura democrática e com a militância pelos Direitos Humanos em nosso país que toda uma perspectiva crítico-objetiva foi aberta para que alguns fenômenos pudessem ser debatidos, com especial contribuição das ciências sociais e do próprio campo de estudos dos Direitos Humanos, o qual se transformava em saber academicamente legitimado. Um desses pontos, para melhor compreendermos a violência institucional, foram as pesquisas que se voltaram para a análise das Polícias Militares para além da atuação violenta dos PMs nas ruas, mas, ao contrário, o olhar voltava-se para a vida das casernas, para a cultura *intra corporis*.[12]

Esse caminho no qual os cientistas sociais passavam a adentrar os fechados ambientes das casernas para superar a "natural" desconfiança dos militares em relação a ciências que foram consideradas subversivas durante o período ditatorial foi iniciado no campo antropológico. Isso se deveu à realização de uma

10. Weber (2010); Elias (1993).
11. Holloway (1997); Vargas (2012); Koerner (2006).
12. Ver Muniz (1999); Sá (2002); Nummer (2014); Silva (2002); Albuquerque & Machado (1999).

etnografia do cotidiano dos alunos da Academia Militar das Agulhas Negras[13], a escola de formação de Oficiais do Exército, no final da década de 1980. O interessante desse novo enfoque foi a possibilidade de os pesquisadores perceberem e, com novas pesquisas, constatarem que existe uma correlação entre o *ethos* guerreiro próprio do militarismo e a violência praticada pelos indivíduos que internalizam essa lógica cultural.

Novos estudos revelaram[14] que não é preciso uma estrutura administrativo-burocrática a nível estatal para que a relação entre *ethos* guerreiro e violência se estabeleça. Isso fica claro na realidade dos guerrilheiros das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia – Exército do Povo (FARC-EP), os quais, vivendo nas selvas colombianas desenvolveram uma vida clandestina em luta contra o Estado baseada em valores violentos que são sustentados por características da doutrina militar.[15] Assim, desperta-nos a reflexão de que é a lógica cultural militar que deve ser analisada e, no nosso caso, como ela se atrela aos mecanismos de defesa externa e segurança interna estatais.

Em estudo sobre a sociedade alemã do segundo império (1871-1918)[16], especialmente a partir da fase escolar universitária, revela-se que os alemães orientavam seus comportamentos e sentimentos por códigos de conduta que valorizavam princípios aristocráticos de corte, os quais eram sustentados por uma ideologia militarista. As pessoas em sociedade, imbuídas do senso militarista de distinção, desenvolveram personalidades dependentes direcionadas para o autocontrole ou para o controle por outra pessoa, o que significa dizer que a consciência individual era sobrepujada em favor de assumir papéis ou comportamentos sociais que dependiam, desde o início, de comando e obediência. Os jovens duelavam com espadas nos ritos de iniciação nas Universidades para serem socialmente aceitos e, ao longo de décadas, valores humanitários passaram a ser vistos como moralmente e socialmente inferiores. A internalização do *habitus* guerreiro traduzido em hierarquia, disciplina, força e obediência fez da honra bélica um modelo a ser seguido em detrimento de princípios humanizadores. Esse modelo, que se desenvolveu antes da chegada do nazismo, preparou a sociedade alemã para o período hitlerista, de modo que,

> O sucesso dessa penetração de uma mentalidade militarista na sociedade alemã não quer dizer, portanto, que todas as pessoas tenham aderido à guerra,

13. Castro (2004).
14. Villota (2006).
15. Villota (2006).
16. Elias (1997).

> mas que se desenvolveu um marco no qual elas compartilhavam o sistema de valores militar ou, pelo menos, não o questionavam. Na verdade, já havia ocorrido uma radicalização desse elemento militarista décadas antes; os nazistas tinham por onde começar.[17]

No caso do Brasil, foram exatamente os estudos sobre a cultura militar, que também está presente nas PMs, que possibilitou compreendermos melhor fenômenos como os trotes e a forma como os regulamentos militares são utilizados para provocar punições. E, se as PMs historicamente herdaram a cultura das Forças Armadas, estas últimas sempre tiveram a violência como seu produto. Em acréscimo, desde a independência do Brasil, a violência institucional em forma de castigos corporais contra as Praças militares era a forma utilizada para combater a indisciplina e a insubordinação.

Na Marinha brasileira, durante o período imperial, herdamos de Portugal códigos militares e disciplinares como o Regimento Provisional (1796) e os Artigos de Guerra (1799), que eram utilizados com crueldade especialmente contra os recrutados à força (a grande maioria de criminosos) que preenchiam os quadros da Armada Imperial.[18] Era a origem social dos forçadamente recrutados que justificava as punições corporais violentas, já que, além de criminosos existiam escravos negros. Exemplo desse período é a existência da presiganga, um tipo de navio-prisão para trabalhos forçados que absorvia escravos, "vagabundos", militares infratores, prisioneiros de guerra, capoeiras, criminosos, os quais eram punidos violentamente de diversas formas incluindo chibatadas.[19]

E a Revolta da Chibata, já no período republicano, em 1910, ocorreu quando os marinheiros (na maioria negros) insurgiram-se contra, entre outros motivos, os castigos corporais a eles infligidos pelos Oficiais[20], o que indica que as práticas violentas contra a casta inferior da Marinha perduraram por todo o regime imperial, contrariando a proibição aos castigos corporais editada desde a Constituição de 1824. Um caso publicizado à época foi o do marinheiro Marcelino Rodrigues Menezes que, por faltas disciplinares, foi castigado com duzentas chibatadas, no dia 16 de novembro de 1910, dias antes da Revolta da Chibata eclodir.[21] Décadas depois, até mesmo na Escola Naval, a qual prepara alunos do ensino médio para

17. Neitzel; Welzer (2014, p. 67).
18. Silva R. (2008).
19. Fonseca (2004).
20. Nascimento (2002).
21. Idem, 2002.

o curso no qual se formam os cadetes da Marinha, a estrutura militar reproduz a violência institucional com a presença dos trotes.[22] Um deles é a "lavagem cerebral", no qual a cabeça do aluno novato é colocada dentro do vaso sanitário com fezes por um veterano e é dada descarga.

No Exército não era diferente. Mesmo os castigos físicos tendo sido proibidos no Exército desde 1875, por meio do Decreto 5.884, eles continuaram sendo utilizados de forma ilegal até o início do século XX. No entanto, assim como na Marinha, eram as Praças que sofriam com os castigos físicos que eram ordenados pelos Oficiais. Como exemplo, o açoite de um soldado negro demonstra-nos como essas punições ocorriam, visto que, "o clarim-mor recebia as varas das mãos de um cabo e ia castigando, cruelmente, o desgraçado voluntário. Cada vergastada, assoviando no ar, cortava o silêncio sob a estupefação de todos e enroscava-se no dorso robusto do soldado".[23] Na verdade, o Código Militar de 1899, no Brasil, era o código da Marinha aplicado ao Exército. E, independentemente das punições previstas no regulamento, o que prevalecia era o capricho dos Oficiais na hora de aplicá-las, o que fazia com que o "dever de punir" se transformasse no "direito de castigar".[24] A crueldade das punições revelava-se nas "surras, o "marche-marche", que consistia em marchar por horas em um pátio juncado de telhas, o confinamento na solitária a pão e água por 21 dias, e os golpes de palmatória nas mãos e pés do desafortunado soldado".[25]

A violência contra as Praças também pode ser constatada nas famosas "Comissões Rondon", que eram comissões militares comandadas pelo engenheiro-militar e Marechal Cândido Rondon para a construção de linhas telegráficas no Oeste do Brasil, de 1890 a 1930. Seguindo a lógica do Código do Conde de Lippe, que foi a legislação militar adotada em Portugal em 1763 e abolida no Brasil em 1828, o Marechal Rondon usava de métodos disciplinares e corretivos "para conter as insubordinações no trabalho da linha, as fugas ou as revoltas nos acampamentos, variavam desde surras, prisões, trabalho aos domingos, repreensões e ameaças, até destinar serviços mais pesados aos mais vadios, indolentes ou indisciplinados".[26] Em síntese, "o problema era que o castigo corporal era permitido pelos códigos militares e utilizado por oficiais da Marinha e do Exército desde o século XIX, independentemente da constituição proibi-los ou não".[27]

22. Castro (2009).
23. Ferreira; Martins Júnior (2009, p. 15).
24. McCann (2009).
25. Ibidem, p. 112.
26. Maciel (1998, p. 125).
27. Nascimento (2002, p. 37).

Ainda assim, no decorrer do século XX, por mais que os castigos físicos como punição regulamentada, ou não, tenham sido abolidos nas Forças Armadas brasileiras, restaram os trotes nos cursos de formação e aperfeiçoamento e os castigos morais dos regulamentos disciplinares. Quanto aos trotes na formação de alunos no Exército, em um caso recente, ocorrido em 2016, um ex-soldado do 27º Batalhão de Infantaria Paraquedista, no Rio de Janeiro, foi agredido por um grupo de Cabos (seus superiores hierárquicos) em um trote no alojamento. A tortura foi realizada com o uso de pedaços de madeira, fios cortados e cordas, cujas agressões levaram-no a ser cirurgiado e a perder um dos testículos. Essas agressões eram constantes com os calouros e, em uma delas, o soldado foi amarrado e agredido por cerca de 18 pessoas. Outro soldado que se encontrava com ele desmaiou.Após a cirurgia, o ex-militar foi obrigado a retomar os serviços no quartel e sofreu pressão psicológica por parte dos agressores para não os delatar. O caso foi denunciado à justiça.[28]

Nas Polícias Militares, que por muito tempo subordinaram institucionalmente os Corpos de Bombeiro Militares em todo o Brasil, e as quais copiaram a tradição dos trotes do Exército[29], dado o modelo estrutural e simbólico herdado desta última organização, o currículo oculto (os trotes) diz respeito a uma forma primordial de internalização de pensamentos, valores e comportamentos.[30] Destaca-se, nesse sentido, especialmente a linguagem da violência, assim como a obediência à hierarquia e à autoridade para conformar o *habitus* do grupo, no melhor sentido bourdieusiano. Sendo identificados como "bichos", assim como no Exército, logo que iniciam um curso policial militar, os alunos passam a sofrer trotes físicos e morais para serem "adestrados".

> O *bicho* não tem o direito nem mesmo de alimentar-se da mesma forma que os outros alunos, entra por último no refeitório e por vezes só pode comer aquilo que sobrava, os restos, e até mesmo debaixo da mesa, como se fosse um cão. Pode parecer que estou exagerando, mas a dramatização da condição de *bicho* às vezes operava em um sentido literal, pois eram obrigados a ficar nus no pátio, a imitar animais como o boi, servir de montaria como se fossem cavalos ou até mesmo a se comportar como animais de estimação, sempre para marcar a superioridade do veterano sobre o bicho.[31]

28. Ver em: [http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/soldado-do-rj-que-perdeu-testiculo-apos-trote-quer-abandonar-carreira-militar.ghtml].
29. Ver vídeo sobre a formação policial militar no Espírito Santo nos anos 90. Disponível em:[www.youtube.com/watch?v=8kdPtnQdOBk].
30. Alvito (2009).
31. Ibidem, p. 164.

Os trotes, portanto, acontecem pela relação estabelecida entre veteranos e bichos[32], de modo que se torna inconcebível ao bicho desobedecer a uma ordem do veterano.[33] Caso isso ocorra, certamente, o novato, por passar a ser considerado inadequado para a carreira militar, sofrerá uma pressão psicológica do grupo para que desista do curso. Esse fato foi percebido em estudo[34] que acompanhou a semana inicial do Curso de Formação de Oficias da PM, na Paraíba. Durante o que os militares chamam de "semana zero", ou semana de adaptação, uma aluna sofreu trotes físicos e psicológicos por parte dos veteranos, de forma diferenciada dos demais alunos novatos, como retaliação por ela ter feito comentários nas redes sociais antes mesmo de começar a referida semana. Os comentários, que tiveram um tom depreciativo acerca do que viria a ser a semana zero, atingiu, segundo os alunos PMs veteranos, o moral do grupo, o que fez da aluna uma vítima de perseguições e situações humilhantes e vexatórias. A intenção era desligá-la do curso.

Pesquisa semelhante[35] também analisou os trotes, só que na Polícia Militar da Bahia, durante a chegada dos novos cadetes e no momento de realização da Jornada de Instrução Militar. Esta última é realizada como forma de acampamento para os alunos PMs aprenderem técnicas de sobrevivência na selva, numa clara alusão às formas de treinamento do Exército que valorizam o sofrimento e o *ethos* guerreiro como relata um aluno: "A gente fica perdendo tempo no mato, tomando porrada e morrendo de fome".[36] Nos dois momentos, os autores constatam que o trote, enquanto rito de passagem, funciona como contracurrículo informal que impede transformações institucionais próximas de uma perspectiva democrática, a qual é discursivamente destacada no currículo formal. Os trotes permanecem sendo realizados por meio de uma "comicidade agressiva" e com "caráter penitencial", como destacam as palavras de um cadete:

> Nos trotes da APM[37], procura-se trabalhar bastante o psicológico. Somos levados a participar de situações que consideramos ridículas como contar piada

32. Nos últimos anos, com as políticas governamentais de Direitos Humanos e denúncias públicas acerca das práticas pedagógicas nos quartéis militares, alguns elementos culturais da formação têm sido modificados, como a utilização da palavra bicho para nomear alunos recém-incorporados nas escolas militares. Geralmente, tem-se utilizado da palavra aluno, mas isto não significa que os trotes tenham acabado na cultura militar.
33. Castro (2004, 2009).
34. França (2013).
35. Albuquerque; Machado (2001a, 2001b, 2003).
36. Ibidem, p. 13.
37. Academia de Polícia Militar.

> para estátuas, dizer coisas engraçadas quando alguém chama o nosso nome etc. Trabalha- se muito o psicológico também através da pressão e do estresse como acordar às três horas para correr até as seis, ouvir ordens diferentes ao mesmo tempo, obedecer a uma delas e ainda ser considerado errado... Alimenta-se a idéias que pode-se extrapolar nos exercícios, há um poder secreto e opressor, o trote é um mergulho no melhor estilo militar da pura pressão.[38]

Se o trote é "um mergulho no melhor estilo militar da pura pressão", quando aplicado para tropas especiais policiais militares, essa pressão é redobrada. As condições adversas de sofrimento é a tônica central do Curso de Operações Especiais que formam os "caveiras" do Batalhão de Operações Policiais Especiais (BOPE).[39] Nesse curso, a privação do sono, apanhar no rosto de um instrutor e pagar flexões até a exaustão são alguns exemplos do que ocorre durante a formação. Em outro estudo sobre tropas especiais de PM, a presença do castigo corporal contra um aluno revela-se pelas palavras de um participante: "Aí ele (o instrutor) pegou e bateu num aluno que quebrou o pedaço de pau, que o pedaço de pau voou longe na perna do dez[40], aí o dez chega caiu no chão e deu um suspiro forte e caiu no chão do meu lado".[41]

No caso dos Bombeiros Militares, considerando o trote uma forma de violência institucional, quais as consequências que foram herdadas da cultura militar? Nada sabemos por meio de outros escritos sobre os trotes nos cursos de bombeiro ou de fenômenos como o assédio moral entre os profissionais do fogo. De todo modo, no Brasil, a cultura militar acompanhou quase toda a trajetória histórica dos Corpos de Bombeiro e, por exceção dos BMs do Rio de Janeiro, quando aí tínhamos a capital federal até 1960, os demais Corpos de Bombeiro do País foram criados subordinados às Polícias Militares. Essa subordinação findou-se com os processos de emancipação que separou as PMs e os BMs, iniciados no final da década de 1980 e início da década de 1990, em quase todos os Estados da Federação.[42]

É nesse caminho que veremos como esses rituais violentos passaram a ser vivenciados, como herança da cultura militar, entre os bombeiros militares. Os

38. Ibidem, p. 114.
39. Storani (2008).
40. Em cursos militares, os alunos são chamados e reconhecidos pelo nome de guerra, o qual geralmente é o sobrenome, ou por um número, o que indica o despojamento da identidade, "a morte civil", o que Goffman (2007) identifica como a "mortificação do eu".
41. França; Gomes (2015, p. 153).
42. Costa (2002).

objetivos profissionais dos bombeiros militares se diferem das Forças Armadas e das PMs, porém, a internalização do "espírito militar"[43]segue os mesmos princípios.Forja-se, por meio de técnicas pedagógicas, uma identidade militar presa a distinções que colocam em mundos opostos militares e paisanos, estes últimos sendo vistos pelos primeiros de forma pejorativa e diferenciada. Ser militar, nesse sentido, denota, na crença dos militares, certa superioridade social e de caráter. Se os bombeiros não trabalham com o policiamento ostensivo nem desenvolvem ações repressivas contra a população, nas ruas, resta a violência institucional contra seus próprios membros internos como forma de legitimar os princípios da cultura militarista. No entanto, conheçamos antes como se caracteriza o militarismo dos bombeiros.

3. Os "soldados do fogo" e o militarismo dos Corpos de Bombeiro

Ao vermos a atuação dos bombeiros militares, nas ruas, logo nos chega a percepção de que se tratam de homens e mulheres virtuosos e corajosos que abraçam uma profissão em que o risco e o perigo sempre estão presentes. As imagens de profissionais bombeiros subindo altas escadas de edifícios combatendo incêndios ou realizando um resgate em alto-mar de uma vítima em afogamento constroem no imaginário coletivo o quanto deve ser difícil a formação e o treinamento de quem opta pela profissão que, como já dito, em todos os Estados brasileiros, carrega o emblema do militarismo. No Brasil, a Lei 11.901, de 12 de janeiro de 2009, instituiu a criação dos bombeiros civis ou brigadistas profissionais, os quais atuam em atividades privadas e não são agentes estatais, de modo que não se confundem com os bombeiros militares.[44]Ao contrário dos bombeiros civis, por serem considerados militares estaduais, os BMs também podem ser reconhecidos como os "soldados do fogo". Abaixo, temos a Canção do soldado do fogo, uma espécie de hino oficial dos BMs em nosso país. Na letra, percebemos como se destacam ideais de guerra misturados com a missão institucional de "vida alheia e riquezas salvar":

> Contra as chamas e lutas ingentes
> Sob o nobre alvirrubro pendão,
> Dos soldados do fogo valentes,
> É a paz, a sagrada *missão*.
> E se um dia houver *sangue e batalha*.

43. Castro (2004).

44. Guimarães (2017).

Desfraldando a auriverde bandeira,
Nossos peitos são férreas muralhas,
Contra audaz *agressão estrangeira*.
Missão dupla o dever nos aponta:
Vida alheia e riquezas salvar
E, na *guerra punindo uma afronta*
Com valor pela pátria lutar.
[...]
Rija luta aos heróis aviventa,
Inflamando em seu peito o valor,
Para frente que importa a tormenta
Dura marcha de sóis ou rigor?
Nem um passo daremos atrás,
Repelindo inimigos canhões
Voluntários da morte na paz
São na guerra indomáveis leões.

Os termos em destaque deixam claro como o ideal bélico está presente de forma ideológica na atividade dos bombeiros militares. Se, ao contrário das Polícias Militares, os bombeiros não precisam ir às ruas promover policiamento ostensivo fardado para manter a ordem pública[45], ainda assim, a força discursiva da letra da canção traduz bem como as prerrogativas militares influenciam a profissão, pois, deve-se em "missão", caso haja "sangue e batalha", "com valor pela pátria lutar". Para tanto, "repelindo inimigos canhões", os bombeiros também devem ser "na guerra indomáveis leões".

Os primeiros bombeiros surgiram como uma especialidade da Marinha para combater incêndios em navios, os quais eram fabricados de madeira e receberam a denominação de bombeiros exatamente por operarem bombas-d'água.[46] No Brasil, a história dos Corpos de Bombeiro inicia-se a partir da chegada da família real portuguesa no início do século XIX, mas somente em 1856 o imperador D. Pedro II criou o Corpo de Bombeiros Provisório da Corte.[47]

45. Exceção que ocorre durante os processos eleitorais, quando os bombeiros militares são empregados em serviços policiais.
46. Guimarães (2017).
47. Toassi (2008).

Inicialmente, os Corpos de Bombeiro não eram militares, isso vindo a ocorrer a partir de 1880, com a justificativa de tornar a instituição mais organizada e eficiente. Em 1881, através do Decreto 8.337, de 17 de dezembro, os profissionais do Corpo de Bombeiros da Corte passavam a poder ser empregados na guerra como "sapadores"[48] ou "pontoneiros"[49],estando organizados em um Batalhão de engenheiros.[50]Em 31 de dezembro de 1887, a Princesa Isabel aprovou a reforma do Corpo de Bombeiros da Corte através do Decreto 9.829, mantendo a organização da instituição nos moldes militares (com um quadro hierárquico dividido entre Praças e Oficiais), assim como a convocação para a guerra nas mesmas funções do Decreto de 1881.

Esse modelo organizativo ensejou que os Corpos de Bombeiro fossem ratificados legalmente como Forças auxiliares do Exército, com possibilidades de convocação para a guerra, a partir do Decreto 11.497, de 23 de fevereiro de 1915. Antes, em 1912, no Rio de Janeiro, havia sido criada a primeira escola do Corpo de Bombeiros, a Escola Regimental, comandada por Oficiais do Exército e oferecendo estudos no nível médio e primário aos que necessitavam de alfabetização ou ainda continuar os estudos no Curso de Formação de Oficiais. Além disso, a Escola Regimental passa a formar e instruir também os sargentos bombeiros.[51] Em 1917, a Lei 3.216, de 03 de janeiro, torna mais claro em seu texto que, tanto a Brigada Policial do Distrito Federal como o Corpo de Bombeiros da capital federal e as polícias militarizadas dos Estados passavam a constituir Forças auxiliares do Exército nacional (artigos 7º e 8º). Com exceção do Corpo de Bombeiros do Rio de Janeiro, que era a capital da República, os demais Corpos foram criados nos Estados subordinados às Forças Públicas, mais tarde Polícias Militares, o que pode ser encontrado no texto do Decreto-Lei 8.660, de 14 de janeiro de 1946, que especifica em seuart. 3º que os Corpos de Bombeiro dos Estados só poderiam possuir organização militar caso fossem incorporados às respectivas forças policiais. No caso das PMs, desde a Constituição de 1934, elas já eram consideradas reservas do Exército.[52]

Na Constituição de 1967, em pleno regime militar, de acordo com oart.13, § 4º, em modificação à Constituição de 1946, os Corpos de Bombeiro, assim como as PMs, passavam a ser Forças auxiliares e reserva do Exército para a manutenção da ordem e segurança interna nos Estados, Territórios e Distrito Federal.

48. Soldado responsável por desenvolver atividades variadas de engenharia militar.
49. Soldado da arma de engenharia responsável pela construção de pontes.
50. Idem, 2017.
51. Dalabeneta (2015).
52. Krok (2008).

Nesta época, em todos os Estados, PMs e Corpos de Bombeiro possuíam os mesmos integrantes, de modo que, "na prática, ocorria que, ora o militar estadual atuava como policial no combate à subversão e na manutenção da ordem pública, ora atuava no combate a incêndio e na função de defesa civil, desenvolvendo uma interação de caráter cívico-social".[53]Na verdade, as ações cívicas eram usadas estrategicamente pelos militares para garantir uma boa imagem junto à população.

Em Santa Catarina, por exemplo, desde a criação de um Centro de Formação para os PMs em 1927 que o mesmo local era usado para formar os Oficiais bombeiro militares com conhecimentos policiais. Os conhecimentos bombeirísticos eram adquiridos por meio de especializações quando o Oficial BM adquiria a transferência da PM para o BM ou havia indicação de um superior hierárquico. Quanto às Praças, a formação era realizada juntamente com os policiais militares nas Companhias e Batalhões espalhados pelo Estado até o ano de 1993, quando foi criado um Centro de Formação para as Praças PMs em Santa Catarina. De todo modo, o local também passou a formar as Praças BMs, só que o conhecimento ensinado já era diferenciado para ambas as Corporações.[54]

Com a aprovação do Decreto-Lei 317, de 13 de março de 1967, que reorganizou as PMs e os BMs, criou-se também a Inspetoria Geral das Polícias Militares (IGPM), órgão do Exército que ampliou a subordinação, o controle e fiscalização sobre aquelas instituições. O dado a se observar é que dos trinta artigos do Decreto-Lei, apenas um (art. 28) refere-se aos BMs, ressaltando que todas as disposições atinentes às PMs se aplicam também aos bombeiros, salvo exceção dos artigos 5º e 6º e seus parágrafos. A *posteriori*, o Decreto-Lei 667, de 02 de julho de 1969, novamente reorganizou as PMs e os BMs com alteração de alguns artigos do Decreto-Lei 317. Em 24 de junho de 1975, aprova-se o Decreto-Lei 1.406, que alterava especificamente o parágrafo único do art. 26 do Decreto de 1969, acrescentando aos BMs o alcance dosartigos 6º e 7º e seus parágrafos, que eram relativos apenas às PMs. Em 12 de janeiro de 1983, houve outra alteração na organização das PMs e BMs com a aprovação do Decreto-Lei 2.010, ao qual se seguiu o Decreto-Lei 88.777, de 30 de setembro de 1983, que aprovava o regulamento do Exército (R-200) às PMs e BMs. Neste último, tornava-se claro que os BMs, à semelhança das PMs, para serem considerados militares e Forças auxiliares, reserva do Exército, passavam a ser controlados e coordenados pelo Ministério do Exército; poderiam ser componentes das PMs, ou não, desde que neste último caso tivessem condição de vida autônoma, proporcionadas pelas Unidades da

53. Ibidem, p. 41-42.

54. Dalabeneta (2015).

Federação e pelo Estado-Maior do Exército; e, deveriam ser estruturados com base na hierarquia e disciplina.

Percebe-se que a aprovação de tantos decretos-lei, em curto espaço de tempo, eram formas de o governo militar manipular a utilização das PMs e BMs de modo que, "os policiais militares ficaram sujeitos ao trinômio: instrução militar, regulamento militar e justiça militar".[55] Assim, pela subordinação direta dos BMs ao Exército e às Polícias Militares, o trinômio também se aplicava aos bombeiros, além de que, juntando Forças Armadas e forças estaduais (PMs e BMs), ampliava-se o contingente total das forças da ordem (eram quase 500.000 homens) reguladas e podendo ser mobilizadas pelo Governo Federal em exercício na ditadura.[56]

Torna-se fato que a centralização regulamentar dos Corpos de Bombeiro durante tantos anos pela esfera administrativa militar não poderia deixar de influenciar a cultura organizacional legitimando a existência dos soldados do fogo. E, ao contrário do que se esperava, a Constituição de 1988 manteve os BMs como instituições militares. No art.42, especifica-se que os bombeiros são servidores militares estaduais junto com os PMs e, noart. 144, inciso V, os BMs figuram, juntamente com as PMs, como órgãos de Segurança Pública. O § 5º ainda regula que, além das atribuições definidas em lei, aos BMs compete à execução da defesa civil e, o § 6º ratifica o legado autoritário e classifica os BMs como Força auxiliar e reserva do Exército ao lado das PMs, sendo diretamente subordinados, junto com as Polícias Civis, aos governadores estaduais.

Como qualquer instituição militar, a sociedade pouco sabe acerca da formação dos bombeiros militares, ao contrário das PMs, para quem já existe bibliografia[57] que correlaciona o *ethos* guerreiro da profissão e a possível violência praticada nas ruas como reflexo de uma "pedagogia do sofrimento".[58]Nesse caso, os bombeiros não produzem violência externa, mas resta-lhes a violência institucional para preencher os princípios da ordem e obediência.

Em pesquisa sobre os bombeiros militares de Santa Catarina, durante as entrevistas, era perceptível como os entrevistados se precaviam nas críticas ao militarismo, fazendo referências veladas para evitar possíveis punições devido às opiniões externadas.[59] Em outra pesquisa[60], também sobre os BMs de Santa Ca-

55. Zaverucha (2007, p. 33).
56. Krok (2008).
57. Ver Albuquerque & Machado (2001a, 2001b); França & Gomes (2015); Storani (2008).
58. França; Gomes (2015).
59. Toassi (2008).
60. Delabeneta (2015).

tarina, uma supervisora pedagógica entrevistada afirma que: "alguns instrutores Bombeiros enxergam o aluno soldado como... Nada, ou pouco menos que nada. Tem gente que chega e fala: 'Ah, o aluno é tudo bicho do demônio'".[61] Um instrutor, na mesma pesquisa, ao dividir a aula ministrada aos soldados BM com outro instrutor formado no Exército, relata que este último dizia: "Tá errado, é assim, *seu bisonho*,[62] seu isso, seu aquilo", o que gerava medo nos alunos na hora de dirimir dúvidas sobre a aula.[63]

Em análise[64] sobre a aplicação da Matriz Curricular Nacional ao Curso de Formação de Soldados BM do Pará, constata-se como a força da cultura e da administração militar impede mudanças que possam promover autonomia aos Soldados BM considerados, apenas, como elementos de execução. Nas palavras de um Tenente instrutor BM: "Nosso medo enquanto instrutores é que eles (soldados) pensem demais, comecem a questionar algumas coisas que vão de encontro ao militarismo".[65]Um Soldado BM entrevistado acrescenta: "Os instrutores de formação militar, não permitem a gente fazer um questionamento, não era aceito, acabava impedindo a troca de conhecimento".[66]

> A formação dos Soldados Bombeiros Militares não se destina somente a ensinar os procedimentos tanto operacionais quanto administrativos atinentes ao desenvolvimento profissional, também se ocupa em construir um padrão de comportamento que se encontra relacionado com seu papel institucional de executor, que se reflete na predominância de disciplinas militares e técnicas, em detrimento de disciplinas que ensejem o debate e a valorização de experiências anteriores que possam gerar desta forma, questionamentos que possam vir a contrariar a estrutura estabelecida histórica e culturalmente.[67]

As situações antes expostas, de certa forma, traduzem a força do sistema militar sobre os indivíduos que o experienciam, já que a disciplina, a hierarquia e a obediência são os seus pilares fundamentais, os quais existem regulamentados em códigos prescritos exercendo vigilância contínua sobre todos os gestos,

61. Ibidem, p. 102-103.
62. Segundo Delabeneta (2015), bisonho é uma expressão nativa da cultura militar de caráter pejorativo e depreciativo, quando usada contra um subordinado.
63. Ibidem, p. 138, grifo do autor.
64. Silva S. (2015).
65. Ibidem, p. 64.
66. Ibidem, p. 69.
67. Ibidem, p. 44-45.

olhares e palavras dos militares.[68] Desse modo, como o sistema militar objetiva disciplinar corpos que produzam violência tanto física quanto simbólica, a ordem surge caracterizando-se como um aguilhão que fere aquele(a) que a recebe. E a ordem enquanto aguilhão, com toda a violência a ela atrelada, tenta encontrar maneiras de se exteriorizar, o que faz do militarismo seu modelo *par excellence*.

> A acumulação progressiva desses aguilhões no soldado é um processo que avança rapidamente. Em se tratando de um soldado raso, o grau mais baixo da hierarquia militar, toda e qualquer oportunidade de livrar-se de seus aguilhões permanece-lhe vedada, pois não lhe é possível dar ordem alguma. Faz sempre o que lhe mandam. Obedece e, em sua obediência, torna-se cada vez mais rígido.[69]

Nesse contexto, os aguilhões da ordem chegam ao extremo, quando o sofrimento aos alunos militares faz parte dos ritos institucionais legitimando o currículo oculto, em muitos casos acrescidos de violência física. O currículo oculto, nas escolas militares, é utilizado no cotidiano paralelamente ao currículo formal, incutindo nos alunos ideais como a honra, o brio, a força, o vigor, de modo que essa perspectiva curricular se traduz na valorização dos símbolos militares.[70] Não por acaso os testes e instruções militares estarem culturalmente sedimentados por elementos da "dominação masculina"[71]. Se à mulher foi socialmente construída a visão pejorativa de sexo frágil, ao homem dominador torna-se "natural" o sofrimento para se obter um "brevê de virilidade militar".[72][73] Às mulheres, para serem aceitas em um mundo de predominância masculina, cabe também internalizarem a "sobredeterminação militar"[74], aprendendo pela lógica dos ensinamentos militares como a violência é inerente à incorporação do *ethos* militar.

---

68. Foucault (1987).
69. Canetti (1995, p. 316).
70. Cerqueira (2009).
71. Bourdieu (2002).
72. Bertaud (2013).
73. Brevês, na cultura militar, são símbolos usados no uniforme indicativos do término de cursos pelos militares. Cada brevê carrega consigo distinções sociais e institucionais que referencia a pessoa que o possui diante do grupo de militares, especialmente quando são símbolos que identificam o término de um curso desgastante nos quais as dores físicas e morais chegam ao extremo, exigindo, muitas vezes, momentos de superação que vão além da resistência corporal e psicológica.
74. Calazans (2004).

Em relação aos bombeiros militares, a utilização do currículo oculto faz parte da cultura interna por meio principalmente dos trotes. Um dos mais conhecidos na cultura bombeirística é o "caldo", o qual é aplicado nas aulas em piscinas ou no mar. No caldo, o(a) aluno(a) é forçado(a) por alguém que faz pressão por cima de sua cabeça empurrando-o(a) com violência até a submersão. Ao perder o fôlego, o(a) aluno(a) tenta colocar a cabeça para fora d'água, mas é impedido(a), de modo que o caldo se repete por inúmeras vezes.[75]

Nesse ponto, torna-se interessante revisitarmos, com outro olhar, a perspectiva foucaultiana acerca das "instituições disciplinares"[76] ao analisarmos as Forças Armadas, as Polícias Militares e Corpos de Bombeiro Militares em nosso país. Em uma releitura[77] da clássica obra de Foucault, *Vigiar e punir*, compara-se a trajetória histórica de nossa sociedade, especialmente o mundo prisional, a uma sociedade regida por controle e disciplina.O argumento é que, no Brasil, estivemos distantes, até hoje, de termos uma sociedade que se configurou com base em corpos "dóceis e produtivos", ou seja, corpos submissos, que seriam produtos acabados para o modo de produção capitalista.

Foi possível, a partir do século XIX, a implantação de um modelo próximo do sistema panóptico pensado por Bentham[78-79] para uma prisão ideal que substituiu a violência suplicial dos espetáculos públicos do período Absolutista para as prisões modernas.[80] Servindo como exemplo, as prisões, em vez de serem a arma da justiça penal para mutilar os corpos dos prisioneiros como ocorria nos suplícios, passaram a ser um sistema de vigilância no qual a ideia era fazer o preso ser o fiscal constante de si mesmo. Para isso, a disciplina e todas as técnicas a ela atreladas juntamente com o confinamento e o trabalho seriam os instrumentos

75. O autor deste texto, por ser policial militar, constatou esse fenômeno pessoalmente ao participar de uma instrução com bombeiros militares durante sua formação profissional anos atrás.
76. Foucault (1987, 2003).
77. Oliveira (2009).
78. Bentham (2008).
79. O panóptico, ou casa de inspeção, diz respeito a um modelo de prisão ideal que foi descrito pelo utilitarista Jeremy Bentham por meio de cartas enviadas no final do século XVIII de Crecheff (atual Bielorrússia) para um amigo na Inglaterra. O plano consistia em uma torre ao centro de celas dispostas ao redor da mesma em forma de anel. No alto da torre apenas um vigia fiscalizaria todas as celas por meio de persianas colocadas em uma janela. Das celas, todos veriam o vigia, mas ele último poderia se ausentar sem ninguém perceber, de modo que a sensação de vigilância permaneceria a mesma.
80. Idem, 1987.

ortopédicos de correção da consciência. O panoptismo, nesse sentido, age por um duplo processo a partir do qual os indivíduos exercem controle moral sobre si próprios, enquanto são fiscalizados por uma única pessoa que vigia todo um grupo ao mesmo tempo. O modelo poderia ser aplicado a outras instituições como o Exército, a escola, a fábrica, o hospital, o asilo.

No caso do Brasil, a tese foucaultiana merece ressalvas, pois a violência sempre esteve presente em nossa sociedade, desde a escravidão às primeiras prisões, da violência policial aos negros nas ruas à palmatória usada como castigo físico nas escolas.[81] Ao falarmos das reformas no recrutamento e no sistema disciplinar da Marinha brasileira, por exemplo, em fins do século XIX, podemos dizer que,

> As proposições de Foucault acerca da passagem do regime punitivo para o regime disciplinar, no século XIX, não se dava por inteiro dentro da Armada, pois, os castigos direcionados ao corpo do infrator, revestido de todo um cerimonial, continuavam sendo eficientes do ponto de vista do estabelecimento da disciplina. Contudo, desde o início do século XIX, os gestores políticos demonstram a necessidade de uma melhor definição entre penas e castigos. Mas, é somente na década de 1880 que ocorre mudanças efetivas em torno dos *Artigos de Guerra* de 1799. Isto se deve, em grande parte, ao fato de que neste momento a estrutura da Armada e a sociedade imperial vivenciam um período de transição, marcado pelo desequilíbrio entre uma estrutura de recrutamento e disciplina – com características do Antigo Regime – e as ordens da nova nação.[82]

Sabemos que Foucault também fala de castigos nas instituições de disciplina, mas seu argumento centra-se na ideia de que a disciplina como forma de controle e ortopedia social está próxima de relações de poder que se fortalecem pelo consentimento de quem aceita a obediência pela crença em um saber ditado por especialistas (médicos, psiquiatras, psicólogos, magistrados, educadores). Não constitui poder usar da violência para obrigar alguém a realizar algo. Por isso, chega-se à conclusão[83] de que, no Brasil, tivemos uma sociedade indisciplinar que se prova, por exemplo, pela violência praticada nos presídios pelos presos que não se dobram aos códigos disciplinares das instituições de encarceramento.

Para nós, seria exagero tratar a nossa sociedade como indiferente à disciplina institucional. Tal argumento, não se sustenta, dado que, mesmo em tempos de

81. Aragão; Freitas (2012).

82. Silva R. (2008, p. 102).

83. Oliveira (2009).

uma sociedade regida por mecanismos tecnológicos,[84] nossas instituições sempre apresentaram "características disciplinares" como se torna evidente nas Forças Armadas, Polícias Militares e Corpos de Bombeiro Militares. Mas também não podemos negar que a violência faz parte da realidade dessas instituições. Vejamos, assim, alguns casos cujas notícias repercutiram na mídia acerca da violência institucional envolvendo membros dos Bombeiros Militares.

4. Reflexões sobre a violência institucional nos Corpos de Bombeiro Militares

Como[85] estamos tentando argumentar ao longo do artigo, a violência institucional também está presente nos Corpos de Bombeiro Militares quando aplicada a seus próprios membros. Em 2008, um Sargento de 34 anos e 15 anos de profissão faleceu durante uma instrução em um curso de mergulho no Lago Paranoá, em Brasília. A versão relatada pelo Comando dos Bombeiros, à época, foi que o Sargento teria desmaiado após nadar certo percurso. Testemunhos contraditam a versão oficial e relatam que o sargento teria sido deixado por um barco 500 metros distante da margem e, "No percurso, mergulhadores dos bombeiros, apelidados de 'tubarões', davam o que eles chamam de 'caldo', ou seja, dificultavam o nado, segurando e afundando o militar. Em um desses 'caldos', Nunes teria se afogado e não pôde ser reanimado".[86] Em 2013, quatro bombeiros militares foram condenados a cumprir um ano de prisão pela morte do sargento.[87]

Em caso mais recente, no final de 2016, Rodrigo Claro, de 21 anos, veio a óbito após passar mal em uma aula de instrução e salvamento e ser internado em Cuiabá, Mato Grosso. Uma Tenente, que era instrutora do jovem, após inquérito militar e inquérito na esfera civil, foi indiciada pelo crime de tortura, já que, segundo trechos do inquérito da Polícia Civil,"O aluno Claro apresentava muitas

84. Fala-se atualmente não mais em sociedade disciplinar e sim em sociedade de controle, na qual o sistema panóptico teria sido aperfeiçoado aliando-se aos avançados aparatos tecnológicos, como as câmeras de monitoramento, para vigiar-nos e controlar-nos das mais variadas formas. Ver Deleuze (2013); Bauman (2013).

85. Todas as falas destacadas nesse tópico foram retiradas das notícias analisadas e encontradas nos portais eletrônicos na internet. Para evitar a repetição de citação da fonte (os endereços eletrônicos), esclarecemos que as falas, quando aparecem no texto, têm como fonte as mesmas referências dos casos indicados e relacionadas em notas de rodapé.

86. Ver em: [http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL771473-5598,00-bombeiro+morre+durante+treinamento+em+brasilia.html].

87. Ver em: [http://noticias.r7.com/distrito-federal/justica-condena-bombeiros-militares-por-provocar-morte-de-sargento-em-treinamento-de-mergulho-28052013].

dificuldades para nadar, quando a tenente Ledur se aproximou do aluno e começou a afundá-lo na água, a jogar água no rosto do aluno quando este retornava à superfície, além de puxar o aluno para dificultar seu nado".[88] Em mensagem enviada à mãe pelo telefone celular, o próprio Rodrigo demonstra medo e deixa claro o posicionamento dos instrutores bombeiros acerca de alunos que viessem a fracassar no treinamento: "Se você não conseguir, passar mal, sei lá. Até eles te pegarem e verem que você não está de corpo mole".

Outro aluno do Corpo de Bombeiros de Mato Grosso desistiu do curso de formação faltando um mês para o término, após ter superado oito meses de curso. O caso envolveu a mesma Tenente indiciada pela morte de Rodrigo Claro. Ela teria torturado e humilhado o aluno, o que o levou à desistência durante uma aula de salvamento aquático. De acordo com suas palavras:

> Eu já estava muito cansado, fui rebocado pelos meus colegas em uma boia. No meio da lagoa ela [a tenente] pediu que me soltassem e me chamou até ela. Ela pegou a boia, o cabo que os meninos me puxavam, ela passou por volta do meu pescoço, embaixo do meu braço e começou a fazer os afogamentos. Ela começou a me puxar pra baixo por várias vezes. Em algum momento, eu peguei nela e disse: "pelo amor de Deus, para, para, porque você vai me matar". Eles me tiraram para fora da lagoa e eu comecei a vomitar toda aquela água que eu tinha engolido. No meio da lagoa ela [a tenente] gritava: "Você vai voltar, tem que voltar." Eu só disse que não ia voltar. Ela começou a fazer esse mesmo procedimento e afogar mais dois alunos, uma menina e um menino. [Ocorriam] muitos excessos, principalmente nas instruções de salvamento aquático. Eu não ia conseguir me formar se tivesse continuado. É muita maldade, parece que ela sente prazer em fazer isso. Ela xinga, fala palavrões e tortura psicologicamente. Te chama de frouxo, diz que você não vai conseguir, não vai aguentar, diz que você é um lixo. São palavras que ofendem até os pais e as famílias.[89]

Mesmo sendo a protagonista das sessões de afogamento, a Tenente, nos dois casos em que se envolveu e que vieram a público, contava com o apoio de uma equipe e, ninguém fez nada para impedir a violência praticada contra os alunos no momento da aula. Isso demonstra a naturalização da violência institucional como modelo de obtenção de valores como a honra, virilidade, coragem e autossuperação próprios da cultura militar. As palavras do aluno ("Te chama de frouxo, diz que você não vai conseguir, não vai aguentar, diz que você é um lixo")

88. Ver em: [http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2017/03/bombeira-e-indiciada-por-tortura-apos-morte-de-aluno-em-cuiaba.html].

89. Ver em: [http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2016/11/aluno-diz-que-desistiu-de-curso-dos-bombeiros-apos-tortura-me-afogou.html].

traduzem o que no meio militar é conhecido por "pressão".[90] Mesmo que possa ser uma exigência física, a "pressão" se caracteriza, na maioria das vezes, por humilhações verbais nas quais os Tenentes e outros Oficiais cobram, aos gritos, agilidade e vivacidade por parte dos alunos militares. Existe também certo "sadismo" nos trotes e instruções militares[91] revelado pela brutalidade dos instrutores e pelo sofrimento dos alunos, para se forjar nos últimos a identidade militar como também revelam as palavras do aluno: "É muita maldade, parece que ela sente prazer em fazer isso", ou seja, "Ela começou a me puxar pra baixo por várias vezes. Em algum momento, eu peguei nela e disse: 'pelo amor de Deus, para, para, porque você vai me matar'".

Essa crença coletiva baseada em uma formação pautada no sofrimento[92] como herança das Forças Armadas serve para alimentar um imaginário de que, na guerra, a covardia deve ser superada, assim como o cansaço. Os bombeiros militares, ao reproduzirem essas práticas culturais de ordem organizacional, exercem sofrimento sobre seus próprios componentes não apenas nos cursos de formação e aperfeiçoamento, mas também nas formas de punição, que também copiam os regulamentos do Exército. Foi o que aconteceu no início do ano de 2017 quando uma Tenente do Corpo de Bombeiros Militar do Rio de Janeiro foi presa por desobediência. Ao trabalhar em uma escala de 24 horas de plantão, a Tenente, por ter sofrido de depressão e síndrome de *burnout* (causada por estresse e excesso de trabalho), não se sentiu bem e pediu a seus superiores hierárquicos para ser dispensada. Ao ter o pedido negado, ela afirmou que não tinha condições de continuar a trabalhar, o que serviu de motivo para sua prisão administrativa.[93]

Vê-seque nos casos relatados anteriormente "vigiar, punir e castigar" diz respeito a um processo de educação comum às instituições militares que não diferenciam aquelas preparadas especificamente para a guerra de outras que têm a função de proteger vidas, no sentido estrito da palavra, como é o caso dos bombeiros militares. Carregar o emblema de militar, no caso dos bombeiros, é adaptar à cultura institucional o aprendizado e o ensinamento da violência que se desenvolveu com o surgimento do Exército moderno.

> A força e a resistência ao cansaço, a aptidão para superar o sofrimento físico e a dor moral, enfim, a aceitação de derramar seu sangue para a defesa do país

90. Castro (2004).

91. Albuquerque; Machado (2001a).

92. França; Gomes (2015); Idem, 2001a.

93. Ver em: [http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/tenente-do-corpo-de-bombeiros-e-presa-apos-passar-mal-e-pedir-para-ser-dispensada-11012017].

> são um conjunto de qualidades viris que encontram sua completa satisfação no estado militar. Os exercícios físicos e as manobras militares criam um indivíduo de corpo alinhado e aspecto tão característico que se reconhece neles o militar mesmo quando estão sem uniforme. Muitos sofrimentos marcam a carne e o espírito do recruta até que ele chegue a possuir a forma de soldado. A instrução militar se dá, com efeito, muitas vezes, sob o temor permanente da punição e em meio a gritos, insultos e golpes.[94]

Ser um soldado do fogo, nesse contexto, é assumir, como qualquer militar, uma identidade institucional eivada por regulamentos morais, símbolos e valores grupais que fazem com que o "espírito militar"[95] esteja alinhado ao "espírito de corpo", ou seja, à valorização de se pertencer a um grupo profissional diferenciado. O que nos fica de lição é que esses valores grupais se tornam perigosos para os próprios indivíduos inseridos no grupo, diante de casos de excesso na formação bombeiro militar, bem como, nas relações cotidianas com as práticas de assédio moral.

Podemos perceber claramente essa lógica cultural opressiva em um caso ocorrido em 2010, na Paraíba.[96] Tatiana Farias de Andrade teria sofrido uma lesão na perna durante o Curso de Formação de Soldados Bombeiro Militar provocada por uma carga excessiva de atividade física. A aluna recebeu um atestado de sete dias, mas o mesmo não foi aceito pela Coordenação do Curso que a obrigou a assistir às aulas, mesmo que sentada em uma cadeira e tendo de andar de muletas. Segundo o pai da aluna, "Colocaram ela dentro de uma cisterna, junto com 46 alunos, onde ela não teve condições de se locomover. Os membros inferiores dela não correspondiam mais. Ela foi tirada pelos colegas. E foi transportada indevidamente, não para o hospital, mas para o alojamento, onde a situação se agravou ainda mais". A aluna possuía uma hérnia discal na região lombar e o seu quadro de saúde piorou por conta dos treinamentos ao ponto de Tatiana perder os movimentos das pernas.[97] Segundo ela mesma: "Eu estava em instrução na terça-feira à noite, sob comando de um oficial, e o major fez um monte de exercícios e, quando terminou, já por volta da meia noite, quando cheguei no alojamento, senti uma dormência e uma dor muito forte na coluna".

94. Bertaud (2013, p. 74-85).
95. Castro (2004).
96. Ver em: [http://brejo.com/2011/10/21/paraibana-diz-que-sofre-com-lesoes-provocadas-em-curso-de-bombeiros/].
97. Ver em: [www.jornaldaparaiba.com.br/vida_urbana/noticia/57421_bombeira-perde-o-movimento-das-pernas-apos-treinamento-em-cg].

Nesse caso, o disciplinamento e o condicionamento do treinamento aliam-se ao princípio pedagógico militarista da uniformização[98], o que impossibilita os instrutores militares de levarem em consideração as idiossincrasias e o tempo de aprendizagem particular de cada aluno(a) em específico. Todos(a) devem sofrer e aprender juntos, homens e mulheres, como se todos os corpos estivessem fisicamente preparados para a carga de "pressão"[99] que irá uniformizá-los.

Contrapondo a violência institucional entre os bombeiros, em 2014, alunos do Curso de Formação de Cabos do Corpo de Bombeiros do Amapá escreveram uma carta denunciando a prática de abusos e maus-tratos durante aulas e testes físicos. Segundo a carta, "durante instrução de salvamento aquático, instrutores aplicaram o chamado "caldo" (afogamento doloso, em que os instrutores puxam o aluno ao fundo da piscina ou rio até o mesmo perder a consciência). 'Alguns alunos por pouco não tiveram um afogamento completo'".[100] Os alunos ainda relatam outras formas de violência:

> No mesmo dia, alguns militares teriam se ferido ao realizar flexões de braço em um local com pedras pontiagudas e quentes por causa do sol de meio-dia. De acordo com a denúncia, alguns alunos tiveram queimadura de primeiro grau. No dia seguinte, os alunos teriam doado sangue e mesmo assim foram obrigados a voltar para os treinamentos, quando o certo é um repouso mínimo de12 horas após a doação. Pelo menos 15 alunos teriam passado mal com vertigens e desmaios. À noite, durante mais um exercício, um aluno teve o ombro deslocado durante uma atividade não prevista na grade curricular do curso. A carta afirma que não havia ambulância no local. "Uma das finalidades do Corpo de Bombeiros é a prevenção, no entanto, em nenhuma das atividades havia ambulância para prestar o devido socorro em caso de acidente. [...] É notória a total despreocupação com a integridade física dos seus próprios militares".

Na cultura militar, marcar o corpo com sinais que notabilizem a distinção que se obtém pelo sofrimento é um atributo moral visto positivamente, o que leva os militares a realizarem flexões de braço "em um local com pedras pontiagudas". Esse fato foi observado de forma semelhante nas cicatrizes nos rostos dos jovens alemães nos duelos de esgrima nos ritos universitários[101], assim como no Curso do Batalhão

98. Foucault (1987).
99. Castro (2004).
100. Ver em: http://selesnafes.com/2014/11/bombeiros-denunciam-maus-tratos-em-curso-de-formacao/.
101. Elias (1997).

de Operações Policiais Especiais da Polícia Militar do Distrito Federal[102], no qual os alunos usam os ferimentos nas mãos devido às flexões realizadas com os punhos fechados como símbolo de honra e orgulho. Assim, não se preocupar com a segurança dos alunos ou não respeitar o tempo devido de repouso após doar sangue são elementos que fazem parte da mesma lógica simbólica: sofrer para ser um militar legítimo, que é capaz de suportar toda e qualquer situação adversa.

Na carta dos bombeiros amapaenses também existe um trecho alusivo à morte do aluno do Curso de Formação de Sargentos dos Bombeiros do Amapá Edson Ferreira de Brito, ocorrida em 2009. O Cabo faleceu durante uma das provas de resistência submersa que aconteceu em um rio. A família da vítima alegou que foram praticados excessos pelos comandantes à época do curso, o que teria vitimado o Cabo Edson. Os 35 alunos do curso passavam muito tempo sem se alimentar nem descansar. No entanto, os três Oficiais acusados de negligência (dois Coronéis e um Capitão) foram absolvidos após julgamento.[103] A tese da defesa foi a de que Edson morrera de parada cardíaca, portanto, de causas naturais, mas, nesse caso, o Laudo técnico sobre a morte dificilmente tem como levar em consideração que o cansaço seja danoso ao corpo, visto tratar-se de atividade física.

Em 2014, tivemos outro caso, dessa vez em Rondônia, com a morte do bombeiro militar Aussiner Dutra Ferreira. Por ironia do destino, ele morreu afogado em uma piscina durante treinamento de afogamento. A vítima, juntamente com outros colegas, estava na piscina há mais de três horas realizando exercícios. Quando foram liberados por um auxiliar, receberam uma ordem contrária do Tenente Coordenador do curso, de modo que todos retornaram à piscina para realizar novos exercícios. Devido ao cansaço extremo, a vítima e outro colega começaram a passar mal. Temendo o pior, colegas tentaram ajudar os dois, o que também foi proibido pelo Tenente, para que eles se virassem sozinhos. O colega conseguiu alcançar a borda da piscina, ao contrário de Aussiner, que afundou e se afogou. Mesmo sendo resgatado, não sobreviveu. O Tenente foi condenado a dez anos de reclusão por tortura seguida de morte.[104] Novamente, o que está em jogo é a crença de que o militar deve ser capaz de autossuperação, por isso a ordem do Tenente para que Aussiner, mesmo estando exausto, conseguisse sair da situação adversa. Essa prática também é comum em cursos policiais militares para tropas especiais.

---

102. Castro p. (2011).

103. Ver em: [http://g1.globo.com/ap/amapa/noticia/bombeiros-do-ap-acusados-da-morte-de-aspirante-em-treinamento-sao-absolvidos.ghtml].

104. Ver em: [http://hojerondonia.com/tenente-bombeiro-e-condenado-a-dez-anos-de-reclusao-apos-afogamento-acidental-de-aluno/].

> Era o terceiro dia do curso e dos 34 policiais que o iniciaram, 8 já haviam "pedido para sair", desistindo de continuar no programa de treinamento. O "turno" de alunos estava mergulhado na água fria do mar por duas horas; tal condição intensificava o sofrimento, pois eles não dormiam desde a "Aula Inaugural", ocorrida no início do treinamento. Toda vez que um aluno não conseguia se manter unido aos demais e se desgarrava do grupo, era empurrado pelas ondas do mar até a praia, provocando a reação do instrutor: "O Turno deixou mais um integrante se desgarrar. Aluno! Volte para sua equipe e informe ao xerife que será acrescido mais 15. Min. na água, além do tempo previsto para o exercício!".[105]

Ao afirmarmos que essas práticas de violência institucional entre os bombeiros militares existem como herança dos princípios militares, então, podemos dizer que eles absorveram uma cultura na qual se tem "um rude aprendizado em que não faltam nem os sofrimentos físicos nem as dores morais".[106] Foi essa pedagogia violenta que levou à morte o Soldado bombeiro militar Luciano Marques Rosendo, no Distrito Federal, em 1996. O acidente que vitimou o Soldado Luciano deixou outros 55 bombeiros com lesões leves e graves. O treinamento aconteceu em uma fazenda e consistiu na divisão, pelo Comandante do acampamento, auxiliado por mais quatro instrutores, do grupo de 56 bombeiros em duas turmas, as quais foram colocadas em barracas com capacidade para apenas dez pessoas. Foram jogadas nas barracas duas granadas de fumaça (que estavam com prazo de validade vencido) e uma bomba de gás lacrimogênio na última turma, pois uma das granadas falhara. Em seguida, os soldados foram colocados na parte traseira de uma viatura de transporte com as portas e janelas fechadas. Mais duas granadas de fumaça vencidas foram jogadas no interior do veículo causando-lhes desespero e provocando-lhes "falta de ar, vômito e perda dos sentidos". O treinamento tinha como objetivo testar o autocontrole e o controle do pânico em ambiente com fumaça, mas terminou em tragédia. Treze bombeiros foram indiciados, mas apenas dois foram condenados. Ainda assim, eles receberam nove meses de detenção em regime aberto convertida em suspensão condicional por dois anos.[107]

Esses casos, especialmente de morte de militares em treinamento (não importa se das Forças Armadas, PMs ou Bombeiros Militares), acabam convertendo-se, segundo nossa ótica, em um fenômeno de "vitimização sacrificial".[108] Cada morte simboliza, ao final, a valorização institucional de que não é fácil ser um

105. Storani (2008, p. 11).

106. Bertaud (2013, p. 80).

107. Ver em: [https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2765776/apelacao-criminal-acr-20040150013245-df/inteiro-teor-101094070].

108. Girard (1990).

bombeiro militar, dadas as dificuldades e provações que são necessárias para serem superadas. As vítimas, na verdade, reforçam os ideais institucionais, e suas mortes simbolizam a revalorização do caráter social da instituição. Com a naturalização da morte por parte dos bombeiros, dado que eles deparar-se-ão com a morte no cotidiano da profissão, resta a dose de ideologia institucional para fazer do juramento, no ato da formatura (o qual é idêntico ao das Forças Armadas e PMs), o momento solene para um compromisso moral que honra a morte: "Ao ingressar no Corpo de Bombeiros do Distrito Federal, prometo regular minha conduta pelos preceitos da moral, cumprir rigorosamente as ordens das autoridades a que estiver subordinado e dedicar-me inteiramente aos serviços profissionais e à segurança da comunidade, mesmo com o sacrifício da própria vida".[109]

Em uma pesquisa,[110] na qual foram aplicados questionários para 142 BMs (sendo 15% de mulheres) de todas as posições hierárquicas no Estado de Tocantins, 40% deles afirmaram saber da ocorrência de violência institucional em cursos de bombeiros militares, enquanto outros 44% afirmaram constatar a mesma violência em cursos e em outros ambientes. Os dados revelam um somatório de 84% de profissionais que sabem da existência da violência institucional entre os BMs. Em outra constatação, dos mesmos entrevistados, 59% deles nunca estudaram Direitos Humanos em qualquer curso que fizeram nos BMs ou não se lembram de nada relacionado à temática.

> Apesar do alto índice de reconhecimento social dos bombeiros, o que está ligado intimamente à atividade-fim da Corporação, que é o salvamento de pessoas, ainda há casos em que se constata o cometimento de violência, desrespeito ou humilhação na Corporação, entre os próprios membros. Bombeiros podem violar direitos humanos, e mais comumente uns dos outros, principalmente durante o período de cursos. É o que aponta a pesquisa, sendo que quando dizem ter conhecimento destas práticas, alguns bombeiros talvez se refiram a si mesmos enquanto vítimas.[111]

Portanto, a violência institucional é uma realidade presente nos Corpos de Bombeiro Militares em nosso país. No caso dos bombeiros, vários fatores surgem para que esse tipo de violência não seja problematizado com mais atenção, especialmente por parte de acadêmicos e pelos governos estadual e federal, ou seja: os BMs são instituições respeitadas por salvar vidas, logo, não passam pelos mesmos problemas que as PMs quando lidam com a sociedade; a cultura militar

109. Ver em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7479.htm].

110. Guimarães (2017).

111. Ibidem, p. 89.

presente nas casernas BMs geralmente não é associada a valores como o machismo, o autoritarismo institucional e à violência, mas os BMs são formados e grande parte deles trabalham em quartéis como qualquer outro lugar sob a égide do militarismo, sendo cobrados diuturnamente pelos princípios da disciplina e hierarquia; e, bombeiros são identificados com figuras simbólicas construídas positivamente pela sociedade, como a de herói, o que ajuda a desviar o interesse da sociedade como um todo para a violência interna *corporis* sofrida pelos soldados do fogo.Na verdade, só eles devem saber o que passam para vencerem as batalhas vivenciadas institucionalmente.

5. Conclusões

A violência institucional nas instituições militares faz parte da naturalização de princípios culturalmente impostos que ocultam dos seus membros (especialmente os que se encontram em posições de mando) a compreensão acerca de que práticas como os trotes violentos, as instruções orientadas pelo sofrimento ou o assédio moral sejam violadoras da dignidade da pessoa humana e dos Direitos Humanos de modo geral.

Para tanto, voltamos o nosso olhar para os Corpos de Bombeiro Militares e sua cultura militarista. Primeiro, pelo fato dessas instituições constitucionalmente comporem o conjunto da Segurança Pública nacional; segundo, por quase não existirem estudos sobre a cultura interna dos bombeiros militares porque tais profissionais possuem uma imagem positiva diante da sociedade e, por último, para compreendermos como a cultura bélica do militarismo influencia os indivíduos em instituições cuja função não é a guerra. E por mais que ideologicamente os bombeiros militares façam parte das instituições de Segurança Pública em nosso país, eles têm como função precípua promover a defesa civil, salvando vidas e protegendo patrimônios.

Para comprovar nosso argumento, mostramos historicamente como os castigos corporais e psicológicos sempre estiveram presentes nas instituições armadas em nosso país como o Exército e a Marinha. Como as Polícias Militares herdaram o modelo de organização do Exército, era lógico também que incorporasse a cultura da punição e do castigo como forma de violência institucional aos seus próprios membros, especialmente nos trotes e instruções que fazem parte do currículo oculto. Se as punições disciplinares não mais consistem tanto nas Forças Armadas como nas PMs de castigos corporais, nos trotes, por exemplo, a violência física é admitida por uma "pedagogia do sofrimento" em "ritos de militarização".

Logo, surgiu nosso problema de pesquisa neste artigo: e os Bombeiros Militares? De modo que, casos encontrados na internet revelaram-nos que os bombeiros

apresentam, em diferentes regiões do País, práticas culturais tão ou mais violentas que as outras instituições militares, visto que a morte de alunos foi constatada pelo tratamento dispendido a eles, especialmente pela prática do "caldo". Este pode ser visto como um trote adaptado da ideologia pedagógica militar, no qual o sofrimento pelo afogamento faz do aluno a possibilidade de vitória sobre o medo, o cansaço, o fracasso em nome da virilidade, honra e coragem.

Por fim, fica-nos a reflexão de que a naturalização da violência institucional pelos Bombeiros Militares enseja uma crise sacrificial, ou seja, a morte de um membro reforça os valores da instituição, no momento que se prova que ser um bombeiro "não é pra qualquer um". Além disso, demonstra o quanto a cultura bélica do militarismo tem a capacidade de reproduzir um *ethos* guerreiro capaz de levar qualquer agrupamento humano (institucional ou não) a um ideal de destruição interpretado como sucesso individual e coletivo, forjado ideologicamente pela força dos símbolos e de um espírito de solidariedade. Só que, na ausência de inimigos, restam os próprios membros do grupo para serem atingidos pelos "aguilhões" militares, os quais ditam uma cultura que teima em resistir na aprendizagem pelo sofrimento quando o assunto são instituições de caráter não bélico como as PMs e os Bombeiros Militares.

6. Referências

ALBUQUERQUE, Carlos Linhares de; MACHADO, Eduardo Paes. *Escola de bravos:* cotidiano e currículo numa academia de polícia militar. 1999. 246 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais), Universidade Federal da Bahia, 1999.

ALBUQUERQUE, Carlos Linhares de. O currículo da selva: ensino, militarismo e ethos guerreiro nas academias brasileiras de polícia. *Capítulo Criminológico*, v. 29, n. 4, p. 5-33, dez. 2001a. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/tablas/r06732.pdf. Acesso em: 18.07.2017].

ALBUQUERQUE, Carlos Linhares de. Sob o signo de Marte: modernização, ensino e ritos da instituição policial militar. *Sociologias*, Porto Alegre, v. 3, n. 5, p. 214-237, jan.-jun. 2001b.

ALBUQUERQUE, Carlos Linhares de. O batizado dos recrutas: trote, socialização acadêmica e resistência ao novo ensino policial brasileiro. *Capítulo Criminológico*, v. 31, n. 2, p. 101-127, abr.-jun. 2003. Disponível em: [http://produccioncientificaluz.org/index.php/capitulo/article/viewFile/5049/5040]. Acesso em: 17.07.2017.

ALBUQUERQUE, Paulo Peixoto. Trabalho, educação e direitos humanos: conceitos que se interpelam. In: FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra et al. (Org.). *Subsídios para a educação em direitos humanos nas ciências sociais*. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2010.

ALVES, Jéssica. Bombeiros do AP acusados da morte de aspirante em treinamento são absolvidos. Portal G1, Macapá, 02.06.2017. Disponível em: [http://g1.globo.com/ap/amapa/noticia/bombeiros-do-ap-acusados-da-morte-de-aspirante-em-treinamento-sao-absolvidos.ghtml].

ALVITO, Marcos. Memórias de "bicho". *Revista do Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro*, n. 7, p. 155-173, 2013. Disponível em: [http://wpro.rio.rj.gov.br/revistaagcrj/wp-content/uploads/2016/11/e07_a5.pdf]. Acesso em: 15.07.2017.

ARAGÃO, Milena; FREITAS, Ana maria Gonçalves Bueno de. Práticas de castigos escolares: enlaces históricos entre normas e cotidiano. *Conjectura*, v. 17. n. 2, p. 17-36, maio-ago. 2012. Disponível em: [file:///C:/Users/Fabioo/Downloads/1648-5497-1-PB.pdf]. Acesso em: 14.07.2017.

BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida:* diálogos com David Lyon. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BENTHAM, Jeremy et al. *O panóptico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

BERTAUD, Jean-Paul. O exército e o brevê de virilidade. In: CORBIN, Alain et al. (Org.). *História da virilidade:* o triunfo da virilidade: o século XIX. Petrópolis: Vozes, 2013.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CALAZANS, Márcia Esteves de. Mulheres no policiamento ostensivo e a perspectiva de uma segurança cidadã. *São Paulo em perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 142-150, 2004.

CANETTI, Elias. *Massa e poder.*São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CASTRO, Celso. *O espírito militar:*um antropólogo na caserna. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

CASTRO, Celso. O trote no colégio naval: uma visão antropológica. *Antíteses*, v. 2, n. 4, p. 569-595, jul.-dez. 2009. Disponível em: [www.uel.br/revistas/uel/index.php/antíteses]. Acesso em: 19.07.2017.

CASTRO, Priscila Aurora Landim de. *Os convencionais e os especiais:* um estudo sobre a construção da identidade dos integrantes do batalhão de operações especiais da PMDF. 2011. 126 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia), Universidade de Brasília, 2011.

CERQUEIRA, Homero de Giorge. *A disciplina militar em sala de aula.* São Paulo: Biblioteca 24 horas, 2009.

DALABENETA, Edevaldo. *A formação de soldados do corpo de bombeiros militar de Santa Catarina:* análise do processo de aprendizagem, currículo e saberes docentes. 2015. 221 f. Dissertação (Mestrado em Educação), Universidade Regional de Blumenau, 2015.

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. São Paulo: Editora 34, 2013.

COSTA, Carlos Marcelo D'Isep. *Os corpos de bombeiros militares emancipados das polícias militares:* prospecção e análise dos parâmetros norteadores do seu

"desenho" organizacional. 2002. 224 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública), Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2002.

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador:* formação do Estado e civilização. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. v. 2.

FERREIRA, Bruno Torquato Silva; MARTINS JÚNIOR, Carlos. Notas acerca da vida arregimentada dos praças nos corpos do exército no antigo Mato Grosso (1909-1916). *Revista História em Reflexão*, v. 3, n. 5, UFGD, Dourados, jan.-jun. 2009. Disponível em: [file:///C:/Users/Fabioo/Downloads/215-598-1-PB%20(1).pdf]. Acesso em: 10.07.2017.

FLICK, Uwe. *Introdução à pesquisa qualitativa*. 3. ed. São Paulo: Artmed, 2009.

FONSECA, Paloma Siqueira. A presiganga e as punições da marinha (1808-31). In: CASTRO, Celso; IZECKSOHN, Vitor; KRAAY, Hendrik (Orgs.). *Nova história militar brasileira.* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* história das violências nas prisões. Rio de Janeiro: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas.* Rio de Janeiro: Nau, 2003.

FRANÇA, Fábio Gomes de. Desvio, moralidade e militarismo: um olhar sobre a formação policial militar na Paraíba. *Revista Brasileirade Sociologia das Emoções*, João Pessoa, v. 12, n. 36, p. 803-818, dez. 2013. Disponível em: [www.cchla.ufpb.br/rbse/Index.html].

FRANÇA, Fábio Gomes de. FARIAS, Janaína Letícia de. "Se não aguentar, corra!": Um estudo sobre a pedagogia do sofrimento em um curso policial militar. *Revista Brasileira de Segurança Pública,* São Paulo, v. 9, n. 2, p. 142-159, ago.-set. 2015. Disponível em: [www.revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/viewFile/506/213]. Acesso em: 14.07.2017.

GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1990.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2007.

GUIMARÃES. Halyny Mendes. *Núcleo interdisciplinar de educação em direitos humanos:* pela construção da cultura da paz no corpo de bombeiros militar do Tocantins. 2017. 139 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Efetividade Jurisdicional em Direitos Humanos), Universidade Federal do Tocantins, 2017.

HOLLOWAY, Thomas. *Polícia no Rio de Janeiro:* repressão e resistência numa cidade do século XIX. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1997.

Jornal da Paraíba, João Pessoa, 16 mar 2011. Bombeira perde o movimento das pernas após treinamento em CG. Disponível em: [www.jornaldaparaiba.com.br/vida_urbana/noticia/57421_bombeira-perde-o-movimento-das-pernas--apos-treinamento-em-cg].

KOERNER, Andrei. Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX. *Lua Nova*, São Paulo, 68, p. 205-242, 2006.

KROK, Jan Tadeusz. *O vínculo constitucional entre o Exército e as Polícias Militares:* reflexos na estrutura organizacional, formação e prática profissional (1934-1988). 2008. 118 f. Dissertação (Mestrado em História social das relações políticas) – Universidade Federal do Espírito Santo, 2008.

McCANN, Frank D. *Soldados da pátria:* história do exército brasileiro 1889-1937. São Paulo: Companhia das Letras, Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2009.

MACIEL, Laura Antunes. *A nação por um fio:* caminhos, práticas e imagens da "Comissão Rondon". São Paulo: EDUC, 1998.

MELO, Manuel Maria Antunes de. A justiciabilidade dos direitos humanos como forma de superação da violência institucional. *Revista de Movimentos Sociais e Conflitos*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 42-58, jul.-dez. 2016. Disponível em: [file:///C:/Users/Fabioo/Downloads/1518-3545-2-PB%20(1).pdf]. Acesso em: 16.07.2017.

MINAYO, Marília Cecília de Souza (Org.). *Pesquisa social*: teoria, método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 2009.

MUNIZ, Jaqueline. "Ser policial é, sobretudo, uma razão de ser":cultura e cotidiano da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. 1999. 286 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – IUPERJ, Rio de Janeiro, 1999.

NASCIMENTO, Álvaro Pereira do. *Do convés ao porto:* a experiência dos marinheiros e a revolta de 1910. 2002. 272 f. Tese (Doutorado em História) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2002.

NEITZEL, Sönke; WELZER, Harald. *Soldados:* sobre lutar, matar e morrer. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

NUMMER, Fernanda Valli. *Ser polícia, ser militar:* o curso de formação na socialização do policial militar. Niterói, EdUFF, 2014.

OLIVEIRA, Luciano. Relendo "Vigiar e punir". *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 4, n. 2, p. 309-338, abr.-maio-jun. 2011. Disponível em: [file:///C:/Users/Fabioo/Downloads/7228-14237-1-SM%20(1).pdf]. Acesso em: 13.07.2017.

PORTAL BRASIL. Ibope: Corpo de Bombeiros é a instituição mais confiável do Brasil, 02.07.2015. Disponível em: [www.brasil.gov.br/defesa-e-seguranca/2015/07/ibope-corpo-de-bombeiros-e-a-instituicao-mais-confiavel-do-brasil].

PORTAL BREJO.COM. *Paraibana diz que sofre com lesões provocadas em Curso de Bombeiros*. s. d. Disponível em: [http://brejo.com/2011/10/21/paraibana-diz-que-sofre-com-lesoes-provocadas-em-curso-de-bombeiros/].

PORTAL G1. *Bombeiro morre durante treinamento em Brasília.* 24.09.2008. Disponível em: [http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL771473-5598,00-bombeiro+morre+durante+treinamento+em+brasilia.html].

PORTAL G1. *Bombeira é indiciada por tortura em aula após morte de jovem em MT*. 21.03.2017. Disponível em: [http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2017/03/bombeira-e-indiciada-por-tortura-apos-morte-de-aluno-em-cuiaba.html].

PORTAL G1. *Aluno diz que desistiu de curso dos bombeiros após tortura*: "Me afogou". 23.11.2016. Disponível em: [http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2016/11/aluno-diz-que-desistiu-de-curso-dos-bombeiros-apos-tortura-me-afogou.html].

PORTAL HOJE RONDÔNIA. Tenente bombeiro é condenado a dez anos de reclusão após 'afogamento acidental' de aluno.22.10.2014. Disponível em: [http://hojerondonia.com/tenente-bombeiro-e-condenado-a-dez-anos-de-reclusao-apos-afogamento-acidental-de-aluno/].

PORTAL R7. *Tenente do Corpo de Bombeiros é presa após passar mal e pedir para ser dispensada*. Rio de Janeiro, 01.01.2017. Disponível em: [https://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/tenente-do-corpo-de-bombeiros-e-presa-apos-passar-mal-e-pedir-para-ser-dispensada-11012017].

PORTAL SELESNAFES.COM. *Bombeiros denunciam maus tratos em curso de formação*. 23.11.2014. Disponível em: [http://selesnafes.com/2014/11/bombeiros-denunciam-maus-tratos-em-curso-de-formacao/].

RODRIGUES, Matheus. *Soldado do RJ perde testículo após "trote" e quer abandonar carreira militar*. Portal G1, Rio de Janeiro, 06.04.2017. Disponível em: [https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/soldado-do-rj-que-perdeu-testiculo-apos-trote-quer-abandonar-carreira-militar.ghtml].

SÁ, Leonardo Damasceno de. *Os filhos do Estado:* auto-imagem e disciplina na formação dos oficiais da polícia militar do Ceará. 2002. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Núcleo de Antropologia da Política/UFRJ, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2012.

SILVA, Agnaldo José da. *Praça Velho:* um estudo sobre o processo de socialização policial militar. 2002. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal de Goiás, 2002.

SILVA, Rosângela Maria da. *De um Império a Outro*: Portugal e Brasil, disciplina, recrutamento e legislação nas Armadas Imperiais (1790-1883). 2008. 115 f. Dissertação (Mestrado em História), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

SILVA, Sandro Mendes Leal da. *Formação dos soldados bombeiros do Estado do Pará:* (re)significações das competências a partir da matriz curricular nacional de segurança pública. 2015. 100 f. Dissertação (Mestrado em Defesa Social e Mediação de Conflitos), Universidade Federal do Pará, Belém, 2015.

STORANI, Paulo. *Vitória sobre a morte: a glória prometida:* o "rito de passagem" na construção da identidade dos *operações especiais* do BOPE. 2008. 169 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia), Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2008.

TOASSI, Andresa Jaqueline. *Heróis de fumaça:* um estudo sobre os sentidos do trabalho para profissionais bombeiros. 2008. 175 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

Treinamento militar no ES já foi assim nos anos 90. 2012 (3min10s). Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=8kdPtnQdOBk].

VARGAS, Joana Domingues. Em busca da "verdade real": tortura e confissão no Brasil ontem e hoje. *Sociologia & Antropologia*, v. 02/03, p. 237-265, 2012.

VILLOTA, Jose Maria de Jesus Izquierdo. *Meninos não choram:* a formação do *habitus* guerreiro nas FARC-EP. 2006. 217 f. Tese (Doutorado em Sociologia), Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006.

WEBER, Max. *Ensaios sobre a teoria das ciências sociais*. São Paulo: Centauro, 2003.

WEBER, Max. *Ensaios de sociologia*. GERTH, H.; WRIGHT MILLS, C. (Org.). 5. ed. Rio de Janeiro, LTC, 2010.

ZAVERUCHA, Jorge. A crescente inserção das forças armadas na segurança pública. In: CRUZ, Marcus Vinicius Gonçalves da; BATITUCCI, Eduardo Cerqueira (Org.). *Homicídios no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- O impacto social da organização militar da polícia, de Almir Valente Felitte e Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua – *RBCCrim* 132/193-217 (DTR\2017\1429).

Mulheres, maternidade e o sistema punitivo: limites e possibilidades das audiências de custódia no estado do Rio de Janeiro

Women, motherhood and the punitive system: limits and possibilities of custody hearings in the state of Rio de Janeiro

Luciana Simas

Doutora em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva pelo PPGBIOS/IESC/UFRJ, com intercâmbio na Universidade da Flórida – Levin College of Law. Mestre em Direito e Sociologia pela UFF. Advogada, integrante do Grupo de Pesquisa "Saúde nas Prisões" (ENSP/Fiocruz).
lucianasimas06@gmail.com

Vera Malaguti Batista

Doutora e Pós-Doutora em Saúde Coletiva pelo Instituto de Medicina Social (IMS) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora Adjunta de Criminologia da Faculdade de Direito da UERJ. Secretária-Executiva do Instituto Carioca de Criminologia.
criminologia@icc-rio.org.br

Miriam Ventura

Doutora em Saúde Pública. Professora Adjunta do Instituto de Estudos em Saúde Coletiva da UFRJ. Docente nos Programas de Pós-Graduação em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva; e em Saúde Coletiva da UFRJ. Líder do grupo de pesquisa "Laboratório Interdisciplinar de Direitos Humanos e Saúde" (LIDHS).
miriam.ventura@iesc.ufrj.br

Recebido em: 28.02.2018.
Aprovado em: 19.06.2018.
Última versão das autoras: 19.06.2018.

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar o direito à maternidade para mulheres gestantes privadas de liberdade, no espaço das audiências de custódia no Fórum da Capital do Rio de Janeiro. A partir da correlação entre Criminologia, Saúde e Gênero, são discutidas as

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the right to maternity for pregnant women deprived of their liberty in the custody hearings at the Rio de Janeiro Capital Forum. From the correlation between Criminology, Health and Gender, the repercussions of incarceration for women

Simas, Luciana; Batista, Vera Malaguti; Ventura, Miriam. Mulheres, maternidade e o sistema punitivo: limites e possibilidades das audiências de custódia no estado do Rio de Janeiro.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 149. ano 26. p. 455-489. São Paulo: Ed. RT, novembro 2018.

repercussões do encarceramento para as mulheres. Trata-se de levantamento bibliográfico e pesquisa qualitativa documental referente às determinações proferidas nas audiências (liberdade provisória, relaxamento da prisão, conversão em prisão preventiva ou prisão domiciliar), medidas cautelares diversas da prisão, tipificação do delito imputado e encaminhamentos. A partir da hermenêutica crítica, foram abordados os argumentos utilizados pelo Poder Judiciário e desdobramentos processuais. No período de 18.09.2015 a 17.03.2017, 75,8% das gestantes obtiveram a possibilidade de responder ao processo fora do sistema prisional, sendo 69,3% de liberdades provisórias. De certo modo, algumas especificidades de gênero foram consideradas pelo sistema de justiça, todavia, não há um efetivo amparo social que contribua para o cumprimento das determinações judiciais e garantia dos direitos maternos e infantis. O alcance dos objetivos das audiências de custódia dependerá do comprometimento de todos os envolvidos, tendo como foco central a mulher acusada e seus filhos, com medidas que realmente permitam sua inserção social.

Palavras-chave: Mulher – Prisão – Maternidade – Sistema punitivo – Audiências de custódia.

are discussed. The bibliographical survey and qualitative documentary research refers to the determinations made at the hearings (temporary release, arrest relaxed, conversion into preventive detention or house arrest), precautionary measures different from the prison, typification of the imputed offense and referrals. Based on the critical hermeneutics, the arguments used by the Judiciary Branch and procedural developments were dealt. In the period from 09.18.2015 to 03.17.2017, 75.8% of pregnant women were able to respond to the process outside the prison system, with 69.3% of temporary releases. In a sense, some gender specificities were considered by the justice system, however, there is no effective social protection that contributes to the fulfillment of judicial determinations and guarantees of maternal and child rights. The attainment of the objectives of custody hearings will depend on the commitment of all those involved, with a central focus on the accused woman and her children, with measures that really allow their social insertion.

Keywords: Woman – Prison – Motherhood – Punitive system – Custody hearings.

Sumário: 1. Introdução. 1.1. Aspectos metodológicos. 1.2. Pressupostos de análise. 2. Mulheres no sistema prisional. 2.1. Marcos normativos. 3. Gestantes nas audiências de custódia no RJ. 3.1. Fundamentos e desdobramentos processuais. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

As altas taxas de encarceramento das últimas décadas no Brasil (DEPEN, 2016) atingem vorazmente as mulheres[1] e, inclusive, seus filhos, sendo uma questão de política-criminal urgente, em relação à qual algumas medidas têm sido apresentadas. Uma dessas propostas é a atuação integrada do Sistema de Justiça nas audiências de custódia, com o objetivo de garantir a presença física

1. Segundo informações prestadas pelo Depen/Ministério da Justiça, nos autos do Habeas Corpus 143.641 em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF), o crescimento da população prisional feminina entre os anos de 2000 a 2016 foi de praticamente 800%.

perante o juiz da pessoa autuada em flagrante, com direito ao contraditório pleno e efetivo antes de ser apreciada a possibilidade de decretação da prisão preventiva (CNJ, 2016).[2]

Em respeito aos artigos 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (BRASIL, 1992) e 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992a), o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – editou a Resolução 213/2015, determinando que, entre outras medidas, a autoridade judicial deve averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito (art. 8º, X). A análise da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar, deve estar associada ao cabimento de encaminhamento assistencial, propondo-se a representar uma mudança de paradigma no sistema da justiça criminal.[3]

Todavia, estudos apontam limitações estruturais e ideológicas nas audiências de custódia (CNJ, 2017; CONECTAS, 2017), que reiteram práticas de aprisionamento seletivo principalmente de negros e jovens, com padrões decisórios atrelados a uma forte repreensão de carga moral (IDDD, 2016). A manutenção da regra da conversão da prisão em flagrante em preventiva, com base em um discurso punitivo (JESUS, 2016; JESUS, RUOTTI, ALVES, 2017), contrapõe-se à possibilidade de as audiências de custódia constituírem "um espaço inovador a partir do qual é possível questionar, evidenciar, reformular e até mesmo superar a velha lógica da política penal-penitenciária" (BALLESTEROS, 2016).

Especificamente em relação às mulheres encaminhadas para as audiências de custódia, Cappello *et al* registram que há:

> práticas que sistematicamente reforçam e legitimam a violação dos direitos das mulheres: são relatos de tortura e agressões sexuais praticadas por policiais,

2. A implantação das audiências de custódia foi referendada pelo STF em duas ocasiões: em 20/08/2015, quando julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240 que questionava a competência normativa do Tribunal de Justiça/SP a respeito; em 09.09.2015, no julgamento cautelar da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. O STF ratificou as audiências de custódias como observância obrigatória por todos os juízes e tribunais, reconhecendo o "estado de coisas inconstitucional" em relação às condições desumanas do sistema penitenciário. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (2017) igualmente considerou as audiências de custódia como um mecanismo para aumentar a eficácia do controle judicial sobre as detenções, embora advirta que a população carcerária não tem diminuído.
3. No âmbito do estado do Rio de Janeiro, a audiência de custódia foi disciplinada pela Res. do TJ/RJ 29, de 11.09.2015.

> com desnudamentos e apalpamento de partes íntimas; de estigmatização da maternidade das mulheres presas e ameaças de suspensão do poder familiar, e decisões que decretam a prisão de mulheres grávidas, com o argumento de que a maternidade seria melhor exercida no cárcere (2018: 3).

O diagnóstico nacional publicado pelo Ministério da Justiça confirma que estigmas e discriminações são reforçados nas audiências de custódia em relação às mulheres, com cobranças do papel feminino diante dos filhos e da família, somando-se a ausência de atenção a aspectos específicos, como hipóteses de gravidez e dependentes (BALLESTEROS, 2016). Contudo, Cappello et al descrevem que no Fórum Criminal da Barra Funda/SP, em pesquisa realizada em outubro de 2017, foi possível observar "indícios de que esse cenário começou a mudar em prol da aplicação de textos legais que tratam especificamente de direitos das mulheres, como as Regras de Bangkok e o Marco Legal da Primeira Infância" (2018: 2).

O presente artigo, então, tem como objetivo analisar o direito à maternidade para mulheres privadas de liberdade, no espaço das audiências de custódia no Fórum da Capital do Rio de Janeiro, quando as acusadas se encontravam grávidas. Serão apresentadas considerações metodológicas e explorados pressupostos iniciais para contextualizar epistemologicamente o debate: a correlação entre Criminologia, Saúde e Gênero, afinal se trata de discussão no campo da saúde materna e infantil; o papel estrutural da prisão e algumas de suas repercussões para as mulheres. A seguir, problematizaremos o perfil seletivamente criminalizado no Brasil e apresentaremos resultados do estudo analítico acerca das gestantes encaminhadas às audiências de custódia.

1.1. Aspectos metodológicos

Trata-se de estudo qualitativo, fruto de parceria da Universidade Federal do Rio de Janeiro/ IESC com a Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro, aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa do IESC/UFRJ[4]. Além do levantamento bibliográfico, foi realizada pesquisa documental, com fonte secundária, dos processos judiciais de acesso público, disponíveis pela internet no banco de dados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). O universo do estudo corresponde aos processos nos quais as acusadas encontravam-se grávidas durante as audiências de custódia. Assim, foi possível verificar concessões de liberdade, aplicação de medidas cautelares, encaminhamentos e decretações de prisões preventivas.

4. Processo 71557617.1.0000.5286. As informações acerca dos processos judiciais foram analisadas de maneira sigilosa, sem identificação das pessoas envolvidas.

A Defensoria Pública do Rio de Janeiro acompanha as informações das audiências de custódia realizadas na comarca da capital do estado, desde a sua implantação em 18.09.2015[5]. Trimestralmente, os dados referentes ao perfil dos assistidos são publicados no *site* oficial da Defensoria Pública e, em outubro de 2016, foi divulgado o relatório anual (DPERJ, 2016a). Com base na circunstância da gravidez, foi possível elencar todas as gestantes que participaram das audiências em função da prisão em flagrante.

A escolha dessa variável para a presente pesquisa justifica-se pelo fato de que mais de 90% das mulheres que se encontram com filhos nas prisões brasileiras não engravidaram no cárcere (Leal et al., 2016). Ou seja, são presas já grávidas e o Poder Judiciário possui instrumentos para evitar a entrada dessas mulheres no sistema penitenciário. As visitas às mulheres privadas de liberdade são escassas, sendo ínfimo o número de maridos ou companheiros que se dispõem a acompanhá-las, ao contrário do que ocorre em relação aos homens. Assim, as audiências de custódia são um espaço crucial para diagnóstico da situação prisional de mães e futuros filhos, como porta de entrada (ou não) para o sistema prisional.

Foram analisadas todas as audiências de custódia realizadas no Rio de Janeiro, no período de 18.09.2015 até 17.03.2017, tendo com critério de inclusão censitário: a participação como ré de uma mulher gestante. A opção metodológica da pesquisa documental foi o método adequado para coletar as informações oficiais registradas pelo Tribunal de Justiça acerca das audiências de custódia, identificando os mecanismos punitivos empregados em relação à garantia do direito à maternidade. Os aspectos principais captados são relacionados à determinação proferida na audiência (liberdade provisória, relaxamento da prisão, decretação da prisão preventiva ou prisão domiciliar), medidas cautelares diversas da prisão, tipificação do delito imputado, encaminhamentos e conteúdos decisórios.

Considerando os limites estruturais do direito penal e do cárcere para a efetivação de direitos, a resposta estatal foi observada a partir da hermenêutica crítica, abordando-se os argumentos e fundamentação utilizados pelo Poder Judiciário nas audiências de custódia. Posteriormente, foram analisadas demais

5. A partir de 12.12.2017, as audiências de custódia passaram a alcançar todo o estado do RJ, com a inclusão das delegacias da Baixada Fluminense na Central de Audiência de Custódia de Benfica (TJRJ, 2017). Em outubro de 2017, haviam sido instaladas centrais de audiência de custódia em Campos dos Goytacazes, para atender aos municípios do Norte Fluminense, e em Volta Redonda, para as prisões na região Sul do estado. Na Reclamação Constitucional 28.173 apresentada ao STF, a Defensoria Pública/RJ alega demora na expansão das audiências de custódia para além da capital.

informações processuais dos atos de instrução probatória e decisórios, para que fosse possível ter uma dimensão longitudinal do processo observado.

Favret-Saada descreve a possibilidade do pesquisador "ser afetado" no decorrer da pesquisa, na tentativa de romper "a grande divisão entre 'eles' e 'nós'" (2005: 157). Sem negar a "intensidade afetiva" que acompanha a realidade pesquisada, o desenho metodológico construído privilegiou os registros histórico-documentais da questão da maternidade nos atos processuais disponibilizados pelo TJRJ. Aceitar ser afetado também supõe assumir "o risco de ver seu projeto de conhecimento se desfazer", nos dizeres de Favret-Saada (2005: 160). Nessa perspectiva, mergulhamos em um trabalho pautado na alteridade, disposto a encarar os (re)arranjos institucionais diante das questões de gênero expostas perante pelo sistema punitivo.

1.2. Pressupostos de análise

A criminologia, como observa Vera Malaguti Batista, situa-se em "território de fronteiras confusas, transdisciplinar por excelência", com vistas a romper um saber compartimentado e aparece "na confluência de um discurso médico-jurídico na virada do século XIX, na Europa Ocidental" (BATISTA, 2015: 15). Esse vínculo umbilical entre os campos da Saúde e da Criminologia se fortalece ao longo dos anos, com inúmeras teorias e práticas que por vezes ratificam o poder punitivo. O saber/poder médico justificante dos procedimentos de criminalização é apontado como delimitador na persecução penal.[6] Assim, a repressão criminal e sanitária impõe ao acusado uma tecnologia penal, a da prisão, e simultaneamente uma tecnologia médica, a qual, segundo Foucault, "se não é a do asilo, é ao menos a da assistência" (2001: 135).

Decerto que os discursos criminológicos se dividem em legitimantes ou deslegitimantes da pena, em consonância com dicotomia proposta por Nilo Batista (2010). Assim, a conjugação entre os saberes do Direito, da Saúde e da Ética pode caminhar, por uma lógica justificante, concebendo o sofrimento punitivo como um dado essencial da sociabilidade humana, legitimando a pena como um imperativo ético categórico ou utilitarista. Ou encarar esse mesmo sofrimento como "o mais infecundo e violento modelo jurídico de decisão de conflitos,

6. O positivismo lombrosiano e, mais recentemente, a neurociência são exemplos da utilização de argumentos ligados à saúde (quer seja a anatomia, ou o sistema neural) associados ao campo criminal. Zaffaroni (2000, apud BATISTA, 2015) também comenta a atuação do cirurgião nos mecanismos de prova para Inquisição contra as "feiticeiras", no século XIII.

remanescência do Estado de polícia dentro do Estado de direito, [...] na prática se exercendo sempre de forma seletiva e estigmatizante" (BATISTA, 2010: 152). Concordamos com o referido autor, no sentido de que só essa concepção permitirá construirmos um modelo efetivamente restaurador e libertário do sujeito.

No debate acerca do direito à maternidade para mulheres privadas de liberdade – e, de modo geral, relativo à saúde nas prisões – depara-se com o perigo epistemológico de reproduzir a ordem punitivista, servindo como mecanismo de naturalização da dor e da violência. Para além da garantia de acesso a recursos e profissionais de saúde, não se pode perder de vista a crítica estrutural à própria prisão como instituição que inviabiliza o bem-estar físico e psíquico de qualquer ser humano, sob pena de identificarmos simplesmente paredes pintadas de rosa como um ambiente saudável para crianças e suas mães presas. Trata-se de um desafio inicial, no sentido de entender qual a real "demanda por ordem" numa perspectiva de luta de classes, como propõe metodologicamente Malaguti Batista (2015: 19 e 22).

A prisão realmente se encontra reduzida a um "espaço de neutralização e de extermínio indireto", como atesta Vera Andrade, segundo a qual o sistema penal contemporâneo está nu, despido de suas máscaras e exercendo abertamente seu papel de fabricação seletiva da criminalidade, a partir de uma moralidade maniqueísta. Destarte, a função real da prisão não é o combate à criminalidade, "não é a 'ressocialização', mas, inversamente, a 'construção' dos criminosos (*labelling approach*)". Por isso, é "estruturalmente incapaz de cumprir as funções que legitimam sua existência", como supostamente a segurança jurídica dos acusados e a defesa social. Prossegue-se: "mais que um sistema de proteção, é um sistema de violação de direitos humanos, [...] a começar pelo princípio da presunção de inocência" (ANDRADE, 2012: 285).

A produção de sofrimentos desnecessários repercute, em diferentes níveis, para todos os envolvidos, sejam presas, familiares ou profissionais do sistema penitenciário, destacando-se que:

> a sociedade e a prisão tendem a replicar, com os familiares, o tratamento conferido aos seus presos, que aparece como espelhamento subterrâneo da pena, de forma a inverter o princípio da personalidade da pena (art. 5º, inciso XLV da Constituição Federal), segundo o qual "nenhuma pena passará da figura do condenado" (ANDRADE, 2012: 286).

Esse aspecto é particularmente relevante para a nossa pesquisa, na medida em que o "espelhamento" da pena se reflete nos filhos, notadamente aqueles que ainda permanecem no cárcere. A punição se consolida através da conjugação entre

subordinação e disciplina, por meio de uma tecnologia política do corpo, como afirma Dario Melossi. Assim, na sociedade capitalista, permite-se uma "inclusão subordinada", caracterizada pela obediência (MELOSSI, 2007: 22).

A pesquisa ora apresentada se propõe a caminhar nessa área de convergência entre os pensamentos criminológico e feminista – críticos e emancipatórios, nos dizeres de Carmen Campos (1999) –, incorporando o paradigma de gênero como forma de ruptura ao androcentrismo jurídico penal. Convém, então, uma última ressalva acerca da representação da maternidade[7].

A sacralização do tema, como forma de purificação para a mulher delituosa, impõe propositalmente um dever de amor e resiliência, em padrões comportamentais homogêneos. Tal vinculação naturalizada do feminino implica um sentido imutável, amoral e descontextualizado, que obscurece "a relação entre liberalismo e patriarcalismo, e a relação de ambos com o capitalismo", nos dizeres de Cyfer (2010: 139). Retirar esse véu ideológico é fundamental para situarmos criticamente a questão da maternidade e pesquisarmos seus desdobramentos no processo de responsabilização da mulher, incluindo aquela privada de liberdade. Portanto, evitando-se uma abordagem que simplesmente privilegie a supremacia dos interesses da criança com total sujeição da mãe. Encaramos a maternidade como um direito reprodutivo de todas aquelas que queiram optar pelo seu exercício, que pode ser benéfico para a criança e também para a mulher.

2. Mulheres no sistema prisional

O encarceramento representa um dispositivo institucionalizado de biopoder, voltado para a submissão seletiva e excludente, com uso da violência simbólica no campo criminal (FOUCAULT, 1987; BARATTA, 2002; WACQUANT, 2003; BOURDIEU, 2000). Na relação de submissão que se constrói no cárcere para a disciplina dos "corpos dóceis", as mulheres tornam-se ainda mais vulneráveis, principalmente quando grávidas ou com filhos.

O controle penal exercido sobre a mulher a partir da "metáfora paterna" baseia-se historicamente na autoridade investida no poder punitivo de castigar e

7. Quanto à definição de maternidade, Badinter salienta a utilização ambígua desse termo, pois se refere simultaneamente a um estado fisiológico momentâneo representado pela gestação, bem como a uma ação em longo prazo, caracterizada pela maternagem e educação. Sua argumentação questiona tanto a noção de instinto natural como a remodelação para amor, tendo implícita em ambas a ideia de necessidade. Portanto, significa um conjunto de cuidados desempenhados em relação à criança, não vinculado necessariamente à sobrevivência da espécie, tampouco à plena realização feminina (BADINTER, 1985).

tutelar, inclusive diante de "suas próprias ações autolesivas" (BATISTA, 2010: 153). Rosa del Omo observa que todo esse conhecimento criminológico tem sido construído pelo homem e sobre o homem em conflito com o sistema penal, e essas "mulheres invisíveis", em sua maioria, têm vivido na pobreza extrema e cometem crimes típicos de quem não tem poder (1989: 19, 20 e 27). Nesse sentido, Elen Azaola destaca que:

> o sistema penitenciário reforça a construção de gêneros e, por conseguinte, mantém as diferenças sociais que resultam em desvantagens para as mulheres, cujas necessidades são relegadas nas prisões, como ocorre em outros espaços. [...] O sistema penitenciário toma como modelo o homem e dita as normas a partir de suas necessidades, sendo a mulher uma espécie de apêndice que se agrega ao dito modelo (AZAOLA, 1989: 42).

Analisando a reclusa como mãe, Lilian Ramírez problematiza seu papel no modelo *matricentrado*, diante da ausência total ou parcial do pai. A mulher é responsável por todo o processo de socialização dos filhos, "com a urgência de assumir o custeio econômico destas famílias e em alguns casos a opção de incluir dentro de sua estratégia de sobrevivência tipos de trabalhos considerados ilegais, como o negócio das drogas, com a consequente criminalização" (RAMÍREZ, 1989: 104).

A participação feminina está vinculada a instâncias de risco, como quando policiais chegam a uma casa com drogas e geralmente encontram/prendem a mulher. Aliás, sobre a questão das drogas, extremamente presente no nosso universo de análise, convém destacar:

> como se sabe, é um fenômeno da globalização que arrasta consigo poderosas redes do crime organizado. As mulheres constituem somente o último estágio da cadeia a qual, por certo, são envolvidas contando com sua pobreza. Tanto que não ocupam uma posição hierarquicamente relevante, também são consideradas prescindíveis, sendo então objeto de denúncia por parte de quem as contrata, que deste modo paga sua conta com as autoridades, contando que não será difícil encontrar quem a substitua (AZAOLA, 1989: 43).

O perfil sociodemográfico das mulheres acusadas por delitos de drogas na América Latina é similar, conforme assevera Boiteux (2015: 1): são rés primárias, "jóvenes, pobres, madres solteras y jefas de hogar, con baja escolaridad, responsables del cuidado de sus hijos y de otros miembros de su familia y, frecuentemente, pertenecen a sectores vulnerables o excluídos", acusadas de delitos sem violência de "microtráfico". Assim, a criminalização por drogas, segundo a autora, é sempre seletiva, direcionada aos mais pobres e frágeis em geral, atingindo as

mulheres e seus filhos desproporcionalmente, com forte impacto na destruição de laços familiares.

O crescimento da criminalização das mulheres na América Latina, notadamente nos delitos relacionados às drogas, é ratificado no Brasil com dados do Ministério da Justiça/Depen, segundo os quais 62% das mulheres que se encontram no sistema penitenciário foram denunciadas por tráfico, contrapondo-se à imputação de 26%, no caso dos homens (DEPEN, 2016).[8]

A gestação no cárcere pode implicar "melhores" condições de aprisionamento – porque na maioria dos casos as grávidas são direcionadas para unidades materno-infantis, ao menos por um pequeno período. Porém, grande parte dessas mulheres se sente mais insegura diante da possibilidade de perderem seus filhos em razão de qualquer transgressão disciplinar, portanto aumenta a vulnerabilidade da mulher privada de liberdade e o poder de discricionariedade da autoridade local.[9]

A noção de "maternidade vigiada-controlada", abordada por Santos, exalta a restrição ao exercício da vivência da maternidade diante de contextos restritivos e permanentemente controlados, bem como a incerteza quanto ao percurso a ser definido em um cenário contido e previamente delimitado. A mulher deve corresponder às expectativas disciplinares do contexto, "amamentar no peito e estar 24 horas por dia à disposição da criança e ao seu bem-estar, além de estar sob vigilância também 24 horas por dia e estar suscetível a interpretação de seus atos e sujeita ao modelo de 'boa mãe'" (SANTOS, 2011: 52).

Essa sujeição acentuada com a vigilância constante por parte dos agentes penitenciários não impede, de modo geral, o desejo de permanecerem com seus filhos. Acrescenta-se o fato de não poderem contar com um familiar que se encarregue da criança; ou pelos maus-tratos e descuido que a criança pode sofrer em famílias numerosas, complicando ainda mais a situação econômica e emocional; ou, ainda, por necessitar participar da criação do filho e garantir uma atenção personalizada. Então, diante da companhia que representa na situação de encarceramento, a criança se converte em um "companheiro de pena" (RAMÍREZ, 1989: 115). Todavia:

8. Apesar de o sistema penal proibir com veemência o consumo de drogas, Azaola (op. cit.) ressalta o uso massivo de tranquilizantes pelo próprio sistema carcerário, geralmente como estratégia de controle da população prisional. Desse modo, nem sempre o acesso à saúde é uma prioridade institucional.

9. A respeito das tensões entre a ordem disciplinar punitiva e as prescrições da maternidade, ver Diuana, Corrêa & Ventura (2017).

> a instituição, com suas normas ou a carência delas, condiciona o comportamento de todos os atores sociais que ali interagem. Estes são espaços onde não há possibilidade de aprender outras formas, ao contrário, reproduzem inflexivelmente os modelos ineficazes apreendidos e que posteriormente serão agravados pela cultura própria da reclusão (RAMÍREZ, 1989, 115).

Como consequência, a reclusão é vivida por toda a família e, muito precocemente, pelos que nascem no cárcere. Por isso, a busca por alternativas eficazes de sanções tem como objetivo deixar de penalizar a família e facilitar mecanismos de integração (RAMÍREZ, 1989, 115).

A primeira pesquisa nacional realizada nas capitais dos estados brasileiras identificou aproximadamente 400 crianças vivendo com suas mães no cárcere, sendo 370 com menos de um ano de idade (LEAL et al., 2016). Em levantamento para instituir o Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, o Conselho Nacional de Justiça divulgou que, em 2017, havia 373 mulheres grávidas e 249 amamentando seu filho no sistema penitenciário (CNJ, 2018).

Segundo Leal et al. (op. cit.), 72,2% das mães com filhos nas prisões brasileiras são jovens[10]; 70% negras; a maioria sem acesso à educação (53% não conseguiram completar o ensino fundamental); e 83% já tinham outros filhos fora da prisão. A larga maioria dessas mulheres é pobre, excluída do mercado de trabalho formal e não oferece risco à segurança pública, inserindo-se no que Wacquant (2003) definiu como processo social de criminalização da miséria. Em muitos casos, não há que se falar sequer em ressocialização ou reintegração social, pois jamais foram integradas a políticas públicas de saúde, educação, habitação, emprego, transporte, alimentação etc.

No âmbito do RJ, Boiteux et al. (2015) também identificaram o mesmo perfil das mães privadas de liberdade, acrescentando que, daquelas que necessitam de medicamentos regulares, 53,8% não recebem adequadamente na Unidade Materno Infantil; e também não são fornecidos para 75% das gestantes no presídio Talavera Bruce.

Outros estudos empíricos[11] também apontam violações de direitos humanos básicos, tratamento cruel e degradante. Nos presídios brasileiros, por exemplo, a incidência de tuberculose ativa é cerca de 20 vezes superior à da população geral;

10. Com base no referencial normativo do Estatuto da Juventude – Lei 12.852/2013, associado ao limite para imputabilidade penal, aplica-se a definição de jovem para pessoas de 18 a 29 anos de idade.

11. A respeito, ver os seguintes relatórios: ITTC (2017); Brasil, Congresso Nacional (2009); CEJIL (2007); Howard (org.) (2006).

alto risco também compartilhado com os filhos das pessoas privadas de liberdade (Larouze et al., 2015).[12] O pré-natal é inadequado e gera consequências terríveis para as crianças, suas mães e toda a coletividade, na medida em que aumentam os custos sociais para o desenvolvimento e acompanhamento dessas famílias.

As evidências científicas comprovam a seletividade do sistema penal, ao punir um grupo social específico, caracterizado por classe social e etnia, em um contexto de extrema desigualdade. Durante o período em que são hospitalizadas, as mulheres privadas de liberdade permanecem sem suporte social/familiar[13], 15% sofreram algum tipo de violência (verbal, psicológica ou física), com uso de algemas no trabalho de parto por mais de um terço das pacientes. Aliás, 8% das mães ficaram algemadas até no momento do parto (Leal et al., 2016). Com base nesses dados, é possível afirmar que mães encarceradas recebem piores condições da atenção à gestação e ao parto em comparação com as não encarceradas, o que evidencia um tratamento desigual também em relação aos recém-nascidos. São iniquidades em saúde provenientes da execução penal, aplicando-se a conceituação proposta por Whitehead (1992), que se refere a diferenças desnecessárias, evitáveis, indesejáveis e injustas, avaliadas a partir de uma dimensão ética e social. São desigualdades produzidas pelo sistema punitivo, que poderiam e deveriam ser evitadas.

Diante da inadequação dos ambientes prisionais, a aplicação de medidas alternativas à prisão representa uma maior garantia e segurança aos direitos maternos e infantis. A maioria das instituições penitenciárias, ainda que possua formalmente espaço denominado como creche, não está adequada às necessidades femininas e infantis. *Pari passu,* os cuidados com a saúde sexual e reprodutiva, programas e ações públicas de apoio à maternidade e às famílias são negligenciados pelo Estado. Em geral, o acesso à saúde possui sérias limitações; as mulheres têm sua vulnerabilidade aumentada em razão de obstruções ao acesso a serviços de saúde, jurídicos e sociais, além das degradantes condições ambientais carcerárias. Essa situação é estendida aos seus filhos, reproduzindo um círculo vicioso de persistente desrespeito.

A tentativa de invisibilizar essas crianças, que já nascem e crescem "presas" nos muros do cárcere, conjuga-se com a retirada posterior de forma abrupta do

12. Um dado alarmante diz respeito à prevalência de sífilis e HIV, com taxas sete vezes mais altas do que de outras crianças usuárias do Sistema Único de Saúde fora do sistema penitenciário. Especificamente em relação à incidência da sífilis congênita no momento de nascimento, a taxa é treze vezes mais alta (Leal et al., 2016).

13. A ocorrência do parto sem a possibilidade de cadastrar um acompanhante da família viola os termos da Lei 8.080/90, art. 19-J.

convívio com sua mãe, sem amparo social adequado. Entre os vários dilemas que envolvem as mães presas, Diuana et al. (2017) e Gomes et al. (2009) apontam a dúvida em saber como e com quem esses filhos ficarão durante o aprisionamento da genitora, inclusive porque caberia a esse cuidador manter o vínculo mãe-bebê através de visitações periódicas e regulares, o que não ocorre com frequência.

A prisão preventiva é medida excepcional de acordo com a legislação nacional e internacional, e no caso das mulheres grávidas e/ou com filhos, a aplicação de medidas desencarceradoras atende à melhor proteção dos direitos humanos desses segmentos. A hermenêutica dos direitos humanos exige a aplicação da norma mais benéfica às pessoas que sofrem violações, justificando a adoção de medidas que incorporem a perspectiva de gênero independentemente da situação criminal.

2.1. Marcos normativos

A abordagem da situação das mulheres presas e seus filhos deve estar articulada com recomendações especiais, como as regras de Bangkok (ONU, 2010). Seguindo os princípios norteadores das Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio) (ONU, 1990), as normas de Bangkok apresentam como uma de suas premissas a consideração de que as mulheres presas possuem necessidades e exigências específicas. Reconhecem que uma parcela dessas mulheres não representa risco à sociedade, e seu encarceramento pode dificultar sua reinserção social, bem como incentivam Estados a adotar legislações para estabelecer alternativas à prisão e a priorizarem o financiamento de tais sistemas.

As Regras referem-se a antes, durante e depois da aplicação da pena, destacando-se que: "ao sentenciar ou decidir medidas cautelares a mulheres grávidas ou pessoa que seja fonte primária ou única de cuidado de uma criança, medidas não privativas de liberdade devem ser preferíveis quando possível e apropriado" (ONU, 2010). Os juízes devem considerar fatores atenuantes, tais como ausência de histórico criminal, a não gravidade relativa da conduta criminal e as responsabilidades maternas. Tanto na aplicação de prisão preventiva como em relação à execução da pena, as decisões precisam considerar favoravelmente o vínculo materno e necessidades específicas de reintegração social.

Nesse sentido, as distintas necessidades das mulheres presas devem representar diferentes cuidados com a saúde e medidas de segurança. Não se aplicarão, por exemplo, sanções de isolamento, instrumentos de coerção ou segregação disciplinar a mulheres grávidas, nem a mulheres com filhos ou em período de amamentação. Do mesmo modo, não são permitidas sanções disciplinares para

mulheres presas em geral que correspondam a proibição de contato com a família, especialmente com as crianças. As Regras destacam que mulheres não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem a devida atenção ao seu contexto e laços familiares.

A Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas (BRASIL, 2014) possui como uma de suas diretrizes o direito à saúde materna e infantil. No mesmo sentido, o Código de Processo Penal (CPP) passou a prever, a partir de 2016, a possibilidade de prisão domiciliar, nos casos de presa provisória imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos ou com deficiência; gestante; ou que tiver filho de até 12 anos (art. 318). O direito a medidas desencarceradoras condiz com um olhar específico para a questão de gênero, entretanto, deve ser efetivado com ações integradas e políticas intersetoriais.

A autoridade policial, assim que tiver conhecimento da prática da infração penal, está obrigada a "colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa" (art. 6º, inc. X, CPP). Também deve constar no auto de prisão em flagrante e no interrogatório "a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa" (arts. 185, § 10, e 304, § 4º). Tais exigências são fundamentais, inclusive sob pena de nulidade desses atos processuais, tendo em vista possível cerceamento do direito de defesa.

A autorização legislativa para restrições à liberdade sem encarceramento da gestante ou mãe representa um olhar específico para a questão de equidade de gênero e explicita aspectos éticos relevantes que deslegitimam a reclusão, como a caracterização da imprescindibilidade da figura materna para o desenvolvimento do filho. Igualmente são refutadas possíveis correntes interpretativas que diferenciem a importância da mãe presa e da mãe solta, bem como preconceitos implícitos na atuação de funcionários dos Poderes Executivo e Judiciário.

Após a saída da prisão, devem ser aplicadas políticas públicas de proteção social às mães e seus filhos, integrando-os a redes de assistência. Por isso, a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade determina o desenvolvimento de ações voltadas às pré-egressas e egressas do sistema prisional. A Portaria estabelece a inserção da gestante na Rede Cegonha, junto ao SUS – Sistema Único de Saúde, desde a confirmação da gestação até os dois primeiros anos de vida do bebê. Ademais, reitera os termos de respeito ao período mínimo de amamentação e de convivência da mulher com seu filho, conforme

disposto na Resolução 03/2009, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP).

Dispositivos como as Regras de Bangkok, garantidores da proteção de direitos humanos fundamentais, ordenam aos Estados ações que criem condições sociais, políticas e econômicas. De acordo com Maria Lucia Karam, as "intervenções positivas criadoras de condições materiais para a efetiva realização de direitos" são mais eficazes quando comparadas com o sistema penal, pois este "promove desigualdade e discriminação, tendo como alvo grupos já em desvantagem social" (2015, s/p.). Aplicando-se esse referencial teórico-normativo ao universo pesquisado, é possível afirmar que a permanência da mãe na prisão só produzirá violência, estigmatização, marginalização e sofrimento. A reclusão justificada por desvios pessoais "oculta desvios estruturais, [...] facilita a minimização de condutas e fatos não criminalizáveis socialmente mais danosos, como a falta de educação de qualidade, de alimentação saudável, de atendimento à saúde, de moradia confortável, de trabalho digno", contribuindo para a perpetuação dessas situações (Karam, op. Cit.).

3. Gestantes nas audiências de custódia no RJ

A audiência de custódia pode ser encarada, segundo Flausino (2017), como um mecanismo para evitar prisões arbitrárias e desnecessárias. Ademais, provoca o contato físico entre a pessoa autuada e o juiz, transpondo o papel frio e posicionando o magistrado face a face com aquele sobre o qual os efeitos de uma decisão judicial recairão[14]. No contexto de um processo penal democrático e dialógico, provavelmente essa seja uma das maiores vantagens da consolidação desse instituto.

Na interligação entre processo penal e direitos humanos, Lopes Jr. & Paiva (2014: 13) ponderam que "se o cenário não favorece o otimismo, que se confundiria, talvez, com certa ingenuidade, não podemos, jamais, nos desincumbir da necessidade de – sempre – resistir". Nessa perspectiva de resistência na construção de uma nova política-criminal, com vistas a reduzir os danos provocados pelo poder punitivo, analisamos as respostas estatais à demanda de gênero materializada no direito reprodutivo de mulheres encaminhadas às audiências de custódia.

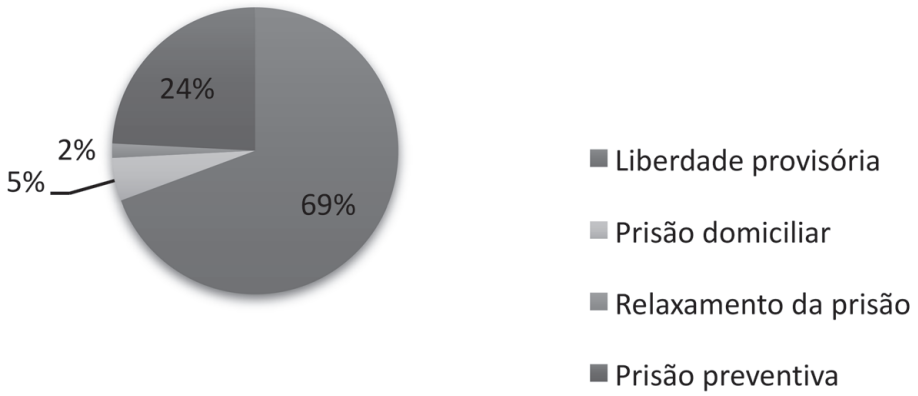
14. Lemgruber et al. destacam que o encontro presencial dos juízes com custodiados produz um "espaço de sensibilização e humanização inexistente em decisões de gabinete, tomadas com base apenas em documentos escritos. [...] os 'perigosíssimos' criminosos que o imaginário faz brotar dos registros policiais e das acusações do MP podem transformar-se em seres humanos de carne, osso e rosto, cujas condições pessoais e sociais quase sempre denunciam enormes carências e fragilidades" (2016: 84).

Nos últimos anos, houve um crescimento dos estudos acerca das mulheres privadas de liberdade, especificamente com enfoque na maternidade[15]. Apesar das inúmeras dificuldades da realização de pesquisas em prisões, com muitos entraves burocráticos, e da diversidade de métodos utilizados, esses trabalhos privilegiaram a fala das mulheres que se encontravam presas. Assim, foi possível documentar graves violações a direitos humanos, extensíveis aos seus familiares, notadamente aos seus filhos.

Neste trabalho atual, busca-se investigar alternativas que evitem a entrada ou a permanência dessas mulheres no sistema penitenciário, por isso o foco de observação será a audiência de custódia, como entrada para a acusação criminal, logo após o flagrante.

De acordo com a análise dos dados fornecidos pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, foram identificadas 62 rés gestantes nas audiências de custódia, no período de um ano e meio (de 18.09.2015 a 17.03.2017). Analisados esses processos, constatamos que 47 mulheres obtiveram a possibilidade de responder ao processo fora do sistema penitenciário (75,8%), sendo: um relaxamento de prisão (1,6%)[16]; três prisões domiciliares (4,8%) e 43 liberdades provisórias decretadas (69,3%). Trata-se de um percentual elevado, evidenciando que, de certo modo, algumas especificidades de gênero foram consideradas pelo sistema de justiça.

Figura 1 – Determinação judicial para gestantes nas audiências de custódia, RJ, 2017



Fonte: autoria própria.

15. São exemplos, entre outros, Rita (2006); CEJIL (2007); Santos (2011); Brasil (2015); Ventura, Simas & Larouze (2015); Boiteux et al. (2015); Diniz (2015); Diuana et al. (2016); Mello (2016); ITCC (2017).

16. O ínfimo percentual de relaxamentos de prisão nas audiências de custódia também foi ponderado por Lemgruber et al. (2016) nos processos em geral, sugerindo que não é muito rigorosa a análise da legalidade da prisão.

O considerável percentual de liberdade garantido às mulheres grávidas também foi constatado em São Paulo (CAPPELLO et al., 2018: 3), onde 81% das 43 audiências de custódia observadas resultaram em liberdade para as gestantes. Cappello et al. defendem que a atenção do sistema de justiça às particularidades de gênero pode contribuir para reverter o crescimento exponencial do encarceramento feminino, com impacto, ainda que discreto, na redução do aprisionamento provisório. Porém, destacam que os resultados gerados pelas audiências de custódia não são automáticos, vinculando-se aos objetivos políticos previstos e aos atores envolvidos.

O resultado de concessão de medidas desencarceradoras para gestantes simboliza lutas feministas travadas ao longo das duas últimas décadas, no sentido de aflorar as demandas de gênero na discussão da imposição e execução da pena. É um processo ainda em construção (e em disputa), que deve fincar estacas em todo o País e se inserir em um debate mais amplo de crítica ao sistema punitivo com um todo[17].

Em 24,19% das audiências de custódia analisadas (15 processos), foi convertida a prisão em flagrante em preventiva. Em um desses casos, cinco dias após a audiência de custódia, a juíza para o qual o processo foi distribuído determinou o relaxamento da prisão. Entendeu que houve ilegalidade, pois, de acordo com o depoimento da vítima colhido em sede policial, era possível inferir que a autuada não cometera qualquer infração penal, embora lhe tivesse sido imputada a prática de roubo majorado tentado.

Em outros dois casos de prisões preventivas, com supostas condutas relacionadas à Lei 11.343/06 (Tráfico de Drogas), a análise dos atos subsequentes do processo permitiu constatar que posteriormente foi determinada a liberdade provisória das acusadas. No primeiro, a prisão foi confirmada em mutirão carcerário, porém três meses após a audiência de custódia, foi deferida prisão domiciliar, considerando o grave estado de saúde da acusada, que sofre de problemas psiquiátricos, faz uso de medicação controlada e era gestante de alto risco. O magistrado determinou que a ré somente poderia se retirar de sua residência

17. O diagnóstico apresentado pelo Ministério da Justiça acerca da implantação das audiências de custódia no Brasil não faz o recorte das gestantes, mas destaca que "foi possível perceber menor percentual de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva – que se mantinha em patamares muito elevados mesmo com o advento da Lei de Cautelares (Lei 12.403/2011)" (BALLESTEROS, 2016: 25). Considerando-se que diz respeito ao universo amplo de homens e mulheres encaminhados para as audiências de custódia, ratifica que "a prisão ainda continua sendo a regra e o elemento central do funcionamento do sistema de justiça criminal" (2016: 30).

mediante prévia autorização judicial, para fins de tratamento médico, impondo monitoração eletrônica. Cinco dias antes das festas natalinas, foi certificada pelo oficial de justiça a impossibilidade de cumprimento da determinação judicial, porque o estado não tinha tornozeleira eletrônica disponível. Em janeiro de 2017, o juiz concedeu a liberdade provisória, com determinação de comparecimento mensal e atualização do endereço. Ao final do processo, foi extinta a punibilidade e decretada a absolvição pelo crime de associação para o tráfico. A mulher, primária, portava 1,5 g de cocaína em pó, destinada ao próprio consumo, tendo sido constrangida a transportar rádios transmissores e carregadores de celular. No tocante à pena pela posse de entorpecente para fins de uso próprio, a juíza pondera que "não ultrapassaria os limites da advertência verbal. [...] a pena já foi cumprida, considerado o tempo em que a demandada permaneceu cautelarmente custodiada (período superior a três meses)".

No segundo processo referido, um mês após a realização da audiência de custódia, o juiz para o qual o processo foi distribuído deferiu o pedido da Defensoria Pública do RJ e concedeu a liberdade provisória para a acusada. A fundamentação é extensa, contudo convém registrá-la por abordar inúmeros aspectos relevantes de maneira singular:

> Primeiramente se tem em mente aqui o estado de coisas inconstitucional, expressamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao sistema prisional pátrio, a recomendar redobrada cautela nas hipóteses de encarceramento, quanto mais no caso de mulheres grávidas, sendo de todo recomendável, sempre que possível nesta hipótese, a concessão de medidas cautelares alternativas à prisão. Como se tal por si só não bastasse, as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok) enfatizam "que ao sentenciar ou decidir medidas cautelares a mulheres grávidas ou pessoa que seja fonte primária ou única de cuidado de uma criança, medidas não privativas de liberdade devem ser preferíveis quando possível e apropriado, e considerar impor penas privativas de liberdade a casos de crimes graves ou violentos."
>
> Recentemente, outrossim, observando tais fatores, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deferiu prisão domiciliar a gestante, encontrando-se o tema noticiado no *site* daquele Tribunal nos seguintes termos: "A Segunda Turma do STF determinou a conversão em domiciliar da prisão preventiva de uma mulher que, no momento da apresentação da impetração do *Habeas Corpus* na Corte, encontrava-se com mais de sete meses de gravidez. A decisão foi tomada nesta terça-feira (2) no julgamento do HC 131760. O relator do caso, ministro Gilmar Mendes, salientou que seu voto se baseou no dever constitucional de proteção do Estado à criança e no artigo 318 (inciso IV) do Código de Processo Penal (CPP), que permite a substituição da pena nesses casos. B.L.C.

foi presa preventivamente com base em acusação de tráfico de drogas e associação para o tráfico. A defesa da acusada tentou converter a prisão preventiva em domiciliar, mas o pedido foi negado pelo juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Carapicuíba/SP, uma vez que, à época, a acusada ainda não estava no sétimo mês de gravidez e, portanto, não se enquadrava no que dispõe o artigo 318 (inciso IV), que permite a substituição da prisão preventiva em domiciliar para gestantes com mais de sete meses ou com gravidez de alto risco. A decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça (TJ-SP) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em ambos os casos em decisões monocráticas. No STF, a defesa alegou que B.L.C. completou sete meses de gravidez em novembro de 2015, passando a se enquadrar no que dispõe o artigo 318 (inciso IV) do CPP. Disse, ainda, que sua cliente se encontra na penitenciária feminina que não conta com atendimento médico pré-natal. Proteção à criança. Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes lembrou que, enquanto sob a custódia do Estado, são garantidos aos presos diversos direitos e garantias fundamentais. Entre esses direitos está o da dignidade da pessoa humana e o que garante às presidiárias que permaneçam com seus filhos durante o período de amamentação. Gilmar Mendes mencionou ainda os artigos 226 e 227 da Constituição, que explicitam o dever de proteção do Estado à criança. No plano das leis infraconstitucionais, o relator citou a Lei 11.942/2009, que alterou a Lei de Execuções Penais para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência – garantia que, segundo o ministro, pode ser estendido aos presos provisórios – e a Lei 12.403/2011, que alterou o CPP para permitir a substituição de prisão preventiva em domiciliar para gestantes com mais de sete meses de gravidez. O ministrou citou ainda disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) sobre a matéria. "Não obstante a gravidade do delito, a concessão da prisão domiciliar encontra amparo legal na proteção à maternidade e à infância, como também na dignidade da pessoa humana, porquanto prioriza-se o bem-estar do nascituro, principalmente em razão dos cuidados necessários com o seu nascimento e futura fase de amamentação, cruciais para seu desenvolvimento", destacou o relator. O ministro votou no sentido de não conhecer do habeas corpus, uma vez que a matéria de fundo não foi objeto de decisão colegiada do STJ, mas de conceder a ordem de ofício para converter a prisão preventiva de B.L.C. em domiciliar. Seu voto foi seguido por unanimidade. A decisão da Turma confirma liminar deferida pelo relator em dezembro do ano passado, que já havia permitido a substituição da segregação cautelar por prisão domiciliar."

Acresce um fator da mais alta relevância, qual seja, o gravíssimo surto de Zika Vírus que assola nosso país no momento e, em especial, o Rio de Janeiro, sendo mais que evidente que nas prisões de nosso Estado o risco de contração da doença será altamente potencializado, com eventuais gravíssimas consequências para o feto, o que não pode se perder de vista ou olvidar, no mínimo, por questão de elementar senso de humanitarismo. Se o tráfico costuma se

> servir de mulheres grávidas para servirem de mulas, como alega o Ministério Público à fl., isto deve ter o efeito inverso daquele preconizado pela ilustre promotora: não uma menor complacência do poder público, como pretende a acusação, mas uma compreensão de que se uma mulher grávida aceitou se submeter a tal risco para si e seu bebê é porque quem não teve com ela complacência ou senso de humanidade foi o crime, não devendo o Estado se igualar eticamente ao mesmo para desconsiderar o tratamento diferenciado que aqui se impõe. A quantidade de droga, a seu turno, será sopesada em eventual sentença condenatória na fase de consideração das circunstâncias do crime, não podendo (nem devendo) por si só respaldar um decreto prisional. Por fim cabe salientar se tratar de cidadã primária e de bons antecedentes, o que por si só já seria suficiente para outorgar-lhe liberdade provisória já que, na hipótese de condenação, provavelmente fará jus a penas substitutivas, não podendo a cautela ser mais gravosa que o direito material perseguido na ação, sob pena de restar vulnerado o princípio constitucional da proporcionalidade, sob o prisma da homogeneidade da medida, aqui tratada como ´a relação de correspondência, qualitativa e quantitativa, entre o bem jurídico que é suprimido a título provisório (a liberdade do agente preso, por exemplo) e o que a ordem jurídica em tese autoriza a reduzir caso o autor da ação de conhecimento saia vencedor. Com isso evita-se que cautelarmente seja retirado do investigado ou processado parcela (ou a totalidade) de bem jurídico de que é titular e que não perderia de modo algum, ainda que fosse definitivamente condenado´ (PRADO, Geraldo, Transação Penal, Lisboa: Almedina, 2015, p. 245). Saliento que deixarei aqui de conceder prisão domiciliar face à ausência de tornozeleiras para monitoramento eletrônico da medida que, assim, pode redundar em ineficácia e descrédito para o Poder Judiciário. Pelo exposto, comprovada a gravidez da ré pelo documento de fl. 59, reconsidero fls. 34/35 para deferir liberdade provisória.

A fundamentação apresentada é emblemática, com aplicação das normas nacionais e internacionais que regem a matéria. Ballesteros (2016) comenta que geralmente decisões que garantem a liberdade são mais robustas e fundamentadas do que as que impõem a prisão. Essa necessidade de fortalecer uma tomada de posição que contraria a lógica punitiva encontra-se demonstrada anteriormente, notando-se que, mesmo diante da acusação pelo delito de tráfico, foi garantida a liberdade provisória da mulher. Foram estipuladas medidas de comparecimento bimestral ao Juízo para justificar atividades; necessidade de solicitação prévia de autorização para ausentar-se da Comarca por mais de dez dias ou mudar de domicílio; bem como comparecimento em cartório para ciência de todos os atos do processo e comprovação de domicílio.

A concessão da liberdade provisória vinculada à imposição com frequência de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP é uma das características das

decisões das audiências de custódia no RJ com relação às gestantes. Somente uma liberdade provisória foi deferida sem nenhuma imposição e, em nenhum caso, foi determinada fiança – o que se compreende com base no perfil social das acusadas. Geralmente são indicadas mais de uma restrição, então a concessão das 43 liberdades provisórias restou assim distribuída:

Quadro 1 – Medidas cautelares impostas, audiências de custódia para gestantes, RJ, 2017

Determinação Judicial	Frequência
Sem imposições.	1
Comparecimento mensal (ou bimestral).	36
Comparecimento a todos os atos de instrução processual, sempre que regularmente intimado.	22
Dever de informar ao Juízo eventual mudança de endereço.	23
Proibição de ausentar-se da Comarca, por mais de oito ou dez dias, sem prévia autorização judicial.	25
Proibição de frequentar local onde ocorreu o fato (como estabelecimentos prisionais).	9
Proibição de deixar o território nacional.	2
Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos.	2
Proibição de frequentar lugares públicos em que haja venda e consumo de qualquer espécie de bebida alcoólica.	1

Os deveres de comparecimento aos atos de instrução e de atualização de endereço são obrigações das partes, mesmo assim alguns juízes explicitam essa determinação, geralmente associada ao comparecimento mensal para fins de comprovação das atividades desempenhadas no período. A ressalva registrada nos autos pode representar uma preocupação do Judiciário em deixar claro às mulheres as obrigações processuais. De todo modo, é possível inferir certo distanciamento entre as formalidades do sistema de justiça e a real compreensão por parte das acusadas, como observado pelo IDDD (2016).

Em uma única decisão consta a consideração de que, diante do estágio avançado da gestação, o compromisso de comparecimento mensal valerá após dois meses da data do parto. Essa ponderação acerca das dificuldades econômicas e de saúde relacionadas ao comparecimento para gestantes pode também estar implícita em duas outras decisões que fixam o prazo bimestral para apresentação.

Registre-se que não há um efetivo amparo social descrito nas decisões que contribua para o cumprimento dessas determinações. Em cinco processos analisados (8%), há "encaminhamento da custodiada à equipe psicossocial para fornecimento de cartão de transporte", o que na prática representa apenas a concessão do valor de uma passagem de ônibus (R$ 3,60), quando da saída da audiência de custódia. Geralmente, são mulheres pobres que residirem em áreas distantes do centro da cidade e necessitariam de mais de duas conduções para chegar às suas residências, porém isso não é considerado. Ou seja, a gestante sai do fórum geralmente à noite e com fome, depois de horas presa, sem dinheiro nenhum, sem contato com a família (quando a possui) e não tem nem como chegar em casa. Acrescente-se que esse "cartão de transporte" não é fornecido em nenhuma outra audiência, a não ser na de custódia e, no universo analisado, foi determinado por somente três juízas.

Foram identificados três encaminhamentos (4,8%) para tratamento de dependência por álcool e drogas, e dois encaminhamentos (3,2%) para a realização de pré-natal. Houve, ainda, um encaminhamento de uma ré presa preventivamente para um hospital, para que fosse submetida a exames de verificação do seu estado de gravidez.

Os encaminhamentos, em uma perspectiva interdisciplinar, podem consubstanciar interlocuções do Judiciário com outras instâncias estatais, capazes de potencializar a inserção social da acusada e seus filhos[18]. Não devem ser utilizados em prejuízo para a pessoa autuada, nem representar imposições desarrazoadas. Por isso a crítica de Ballesteros em relação a "inovações extralegais ou ilegais", como o encaminhamento compulsório aos serviços de saúde como medida cautelar, principalmente das pessoas em uso de drogas; "em regra são criadas em prejuízo do réu, agravando-lhe a situação de vulnerabilidade ou desconsiderando a perspectiva mais restaurativa e alternativa que as audiências podem assumir" (2016: 30).

É importante também que as equipes multidisciplinares tenham um retorno dos serviços para os quais as mulheres liberadas foram encaminhadas, para que possam acompanhar sua trajetória no fluxo das políticas públicas, bem como poder informar ao Judiciário as condições atualizadas de sua inclusão social (BALLESTEROS, 2016: 55).

Nota-se, nos processos pesquisados, certo desconhecimento ou descomprometimento do Sistema de Justiça em relação às possibilidades de interlocução com as instâncias estatais de assistência, que poderiam auxiliar para o cum-

18. Assim, de acordo com o art. 8º da Res. 29/2015, TJRJ, "o juiz, diante das informações colhidas na audiência, encaminhará o liberado, se for o caso, à equipe multidisciplinar, visando seu atendimento e eventual inclusão na rede de assistência social, em projeto social conveniado ou do próprio Tribunal".

primento das medidas fixadas pelos juízes. A enorme dificuldade desse cumprimento deve-se a fatores econômicos e até à incompreensão por parte das acusadas, que não são inseridas materialmente na dinâmica das audiências de custódia. O empenho na implantação desse instituto deve incidir na construção de uma rede de apoio que permita realmente reduzir os índices de encarceramento, juntamente com a diminuição dos processos de criminalização dessa parcela vulnerável da população. A aplicação de medidas alternativas à prisão é pungente e fundamental para o fortalecimento de uma sociedade justa e democrática, mas não é suficiente se for apenas uma determinação formal que não garanta amparo social para essas mulheres.[19]

Em um dos poucos encaminhamentos ao pré-natal, a custodiada informou ter sido alvo de socos e pontapés pelo policial que a conduziu à delegacia, tendo sido encaminhada ao Instituto Médico Legal para apurar eventual ofensa da integridade física.[20] Destaca-se que a magistrada menciona o sistema normativo de multicautela, no sentido de impedir o enclausuramento imediato, aplicando-se medida cautelar menos gravosa, "sem implicar em máxima agressão à dignidade da pessoa humana que é o aprisionamento". A custodiada, acusada de roubo, encontrava-se grávida de três meses e com filho de cinco meses, de modo que a prisão potencializaria:

> os danos irreversíveis de nosso sistema carcerário tanto a ele como, por via reflexa, à sociedade, na medida em que as chances de ressocialização são diminutas. Além disso, imporia graves consequências não só ao feto, uma vez que a custodiada encontra-se grávida, mas também ao filho desta, que conta com tenra idade.

Essa percepção ampla da conjuntura, na qual se insere o conflito social julgado, favorece a escuta da mulher autuada e a redução de danos sociais.

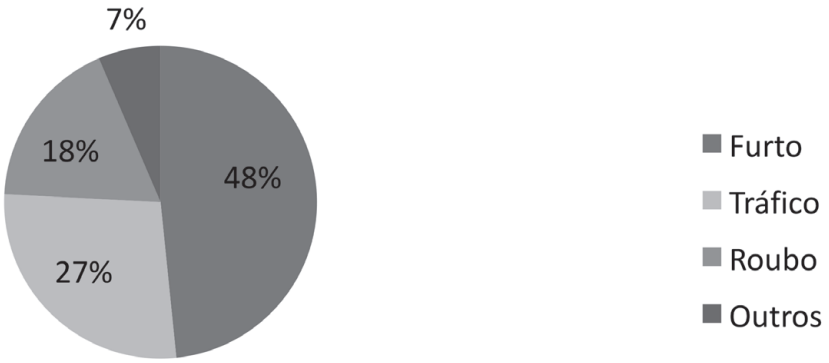
Os delitos imputados às mulheres gestantes no Rio de Janeiro foram, majoritariamente, contra o patrimônio, sendo 30 autuações (48,4%) como furto (incluindo hipóteses de tentativas, furtos simples ou supostamente qualificados); e 11 (17,7%) como roubo (com possíveis variações de majoração ou tentativa). Condutas descritas na Lei 11.343/2006 (tráfico ilícito) representaram 17 acusações (27,4%); e outras condutas foram descritas em quatro processos (6,4% do total pesquisado).

19. O mesmo argumento aplica-se a políticas de cotas, que não bastam por si só. São necessárias, mas insuficientes se não foram associadas a uma estrutura de apoio que garanta realmente a inserção social dos grupos historicamente excluídos.

20. Foi oficiada a Corregedoria da Polícia Militar, com remessa de cópias do procedimento ao Ministério Público junto à Auditoria Militar.

Dos casos de gestantes que tiveram decretada prisão preventiva na audiência de custódia, sete indicavam suposto roubo; quatro, tráfico; dois, furto; e dois seriam outras imputações (ambas previstas na Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – arts. 237 e 243). Os crimes dos processos analisados são, em regra, de baixa complexidade e sem grau de organização delituosa, conforme também abordado por Lemgruber et al. (2016), ao desconstruir o argumento ideológico da periculosidade.

Figura 2 – Delitos imputados às gestantes nas audiências de custódia, RJ, 2017



Fonte: autoria própria.

O destaque aos crimes patrimoniais, com considerável concessão de liberdade provisória para crimes de furto, conflui com as análises genéricas acerca das pessoas encaminhadas para as audiências de custódia (IDDD, 2016; BALLESTEROS, 2016; LEMGRUBER et al., 2016). Igualmente, a maior severidade aplicada às acusações de roubo.

Especificamente quanto às gestantes, a prevalência dos delitos contra o patrimônio se contrapõe a resultados de âmbito nacional e local que analisaram grávidas ou lactantes já privadas de liberdade (LEAL et al., 2016; DEPEN, 2016; BOITEUX et al., 2015), segundo os quais haveria preponderância dos crimes de tráfico. Depreende-se que uma parte dos delitos do universo pesquisado – majoritariamente casos de furto – não foi encaminhada para o sistema penitenciário. Esses dados da "porta de entrada para o sistema" podem ser úteis para compreender a lógica do sistema punitivo e os fatores que impulsionam o quadro de megaencarceramento que vivenciamos.

Convém, ainda, uma ressalva específica acerca do contexto de implantação das audiências de custódia no Rio de Janeiro. Inicialmente, referiam-se a prisões registradas em 22 delegacias[21], majoritariamente vinculadas ao Centro, Zona Sul

21. 4ª DP – Praça da República; 5ª DP – Mem de Sá; 6ª DP – Cidade Nova; 7ª DP – Santa Teresa; 9ª DP – Catete; 10ª DP – Botafogo; 11ª DP – Rocinha; 12ª DP – Copacabana; 13ª

e Zona Norte. O aumento progressivo das delegacias atendidas pelo projeto das audiências de custódia (DPERJ, 2016a) pode representar nuances regionais no processo de criminalização das mulheres na cidade e no estado. Estudos posteriores com análises longitudinais poderão verificar se esse quadro se mantém ou se será alterado com a inclusão de delegacias da Baixada Fluminense e consolidação do instituto das audiências de custódia.

Não se pode desconsiderar a possibilidade de subnotificação criminal e não encaminhamento às audiências de custódia de condutas criminalizáveis pela polícia como tráfico. Ballesteros alerta para "denúncias de que 'alguns policiais estariam negociando a liberação do flagrante com os próprios presos' antes mesmo de levá-los às audiências, sob o pretexto de que na presença do juiz e do promotor a situação do preso seria 'pior'" (2016, 36). A autora exemplifica exatamente com o contexto fluminense, em relação ao qual há enorme repercussão midiática sobre criminalidade, mas com uma baixa média de audiências por dia, quando comparado nacionalmente. Essa possibilidade de uma "triagem prévia às audiências", ou mesmo de superprodução do medo da violência pelos meios de comunicação, exige estudos futuros com entrelaçamento de dados e monitoramento dos fluxos punitivos.

3.1. Fundamentos e desdobramentos processuais

A deficiência do acesso aos serviços de saúde para as gestantes é simbolizada em uma das decisões concessivas de liberdade provisória. Apesar de o Ministério Público ter opinado pela conversão da prisão em flagrante para preventiva, a magistrada entendeu que não se demonstrava necessária e proporcional. Sopesou a natureza do delito e que, apesar da custodiada ser reincidente, "encontra-se em estado avançado de gravidez, razão pela qual excepcionalmente deve ser concedida a liberdade provisória, diante do notório caos no atendimento hospitalar em rede pública, a que teria que ser submetida caso permanecesse presa". A acusação referia-se a um suposto furto de duas unidades de sabonete líquido, uma escova de cabelo, uma loção hidratante e três unidades de óleo, interceptado por um segurança privado na porta de uma drogaria. A presa era ex-usuária de crack, estava com nove meses de gestação e desempregada.

Somente três mulheres retornaram às audiências de custódia em situação de suposto novo flagrante, o que significa 6,4% do total das que estavam em liberdade.

DP – Ipanema; 14ª DP – Leblon; 15ª DP – Gávea; 17ª DP – São Cristóvão; 18ª DP – Praça da Bandeira; 19ª DP – Tijuca; 20ª DP – Vila Isabel; 21ª DP – Bonsucesso; 23ª DP – Méier; 24ª DP – Piedade; 25ª DP – Engenho Novo; 26ª DP – Todos os Santos; 37ª DP – Ilha do Governador e 44ª DP – Inhaúma (DPERJ, 2016b).

Um desses casos ilustra alguns dos problemas a serem enfrentados pelo sistema punitivo. A mulher grávida, no quinto mês de gestação, foi presa com seu esposo, boliviano, ambos primários e de bons antecedentes, acusados de tentativa de furto qualificado pelo concurso de pessoas. Informaram residência fixa, telefone para contato e exercício de atividade laborativa lícita, sendo garantida a liberdade provisória de ambos, especialmente porque a prisão poderia "trazer riscos à vida e à saúde do feto e da custodiada". Pouco mais de um mês depois, foram presos novamente por furto no interior de transporte coletivo. Embora o Ministério Público tenha se manifestado pela concessão da liberdade provisória, o segundo magistrado negou, pois:

> certamente não entenderam o instituto da liberdade provisória e as medidas cautelares substitutivas da prisão não foram suficientes para inibir a reiteração criminosa. [...] estando em liberdade, representam efetivo risco para coletividade. Custodiados não demonstram possuir atividade laborativa lícita, capaz de afastá-lo das atividades declaradas como praticadas, pelas testemunhas. Coletividade que deve ser acautelada. Ordem pública que deve ser mantida. Prisão do Custodiado é conveniente à instrução processual.

Especificamente em relação à mulher, foi registrado que, além da gestação, possuía quatro filhos, sendo HIV positiva, seu filho menor era soro positivo e necessitava de cuidados especiais. O juiz decreta sua prisão preventiva a ser cumprida em seu domicílio:

> ficando somente autorizada a sair de casa para realizar atos relativos a exames para seu filho e referentes a sua gestação. Poderá ainda sair quando intimada para comparecer em juízo. Fica ainda autorizada a se deslocar no dia xxx a 5ª DP para buscar medicação apreendida quando foi presa em flagrante delito. Expedido mandado de prisão com validade de 12 anos e sem restrições.

Decerto que, após a segunda decisão judicial, a situação dessa mulher e de sua família será ainda de mais difícil inserção social, pois como garantir sua sobrevivência e de quatro crianças, com necessidades graves de saúde, com seu marido preso e sem poder sair de casa? Como garantir trabalho lícito em prisão domiciliar, para uma família em estado de extrema vulnerabilidade? Os integrantes do sistema de justiça poderiam propalar um discurso positivista, alegando que essa matéria não lhes diz respeito, pois não teriam o condão de resolver problemas sociais graves, cabendo-lhes aplicar a lei. Entretanto, caberá, sim, a todos envolvidos com o processo de implantação das audiências de custódia compreender a sanção penal de maneira contextualizada, no intuito de permitir caminhos verdadeiramente eficazes para a construção de um novo modelo de política criminal.

Observando a dinâmica das audiências de custódia, Ferreira (2017: 298) constatou sermões proferidos pelos magistrados, que se utilizam da relação de autoridade para silenciar a pessoa presa, sem oportunidade de resposta à altura. Então, mascaram o fundamento da decisão, dando-lhe um aspecto de reprimenda que foge à sua função objetiva. No caso pesquisado, se as partes acusadas "não entenderam" os objetivos e limites da liberdade provisória, deve-se indagar que agentes estatais falharam nesse processo de responsabilização penal. Se as medidas substitutivas à prisão não foram suficientes para evitar a reiteração delituosa, convém compreender a dinâmica na qual se insere o sujeito com necessidades fáticas prementes e buscar medidas alternativas que realmente contribuam para impedir a conduta criminalizável. Certamente a mulher grávida, com AIDS e quatro filhos famintos está em perigo maior do que "a ordem pública".

Há um considerável número de acusadas que não cumpre as medidas cautelares ou não foram regularmente intimadas, provavelmente por diversos motivos. Dos 43 processos em que houve concessão da liberdade provisória, em 25 (58,1%) as mulheres não puderam ser localizadas, gerando casos de ausência de citação ou revelia. Atualmente no Rio de Janeiro, muitos mandados de citação ou intimação não são cumpridos em comunidades consideradas pelos oficiais de justiça como "de alto risco". Algumas gestantes começam a cumprir as medidas, mas param; outras acreditam que após à audiência de custódia já foram liberadas dos processos; outras por questões econômicas não conseguem comparecer ao fórum e perder um dia de trabalho; outras, por questões de saúde, estão em final de gestação ou com filhos pequenos; algumas poucas foram presas novamente; enfim, há uma série de especificidades que devem ser consideradas na efetivação do projeto de implantação das audiências de custódia, a fim de instrumentalizar essas mulheres para que sejam capazes de responder regularmente o processo.

É fundamental uma rede de acompanhamento, realmente interessada em integrar a mulher na discussão das suas responsabilidades e também dos seus direitos. É necessário, inclusive, problematizar a atuação do Sistema de Justiça perante essa população vulnerável, pois, para além do controle de produtividade das audiências de custódia, o alcance dos seus objetivos dependerá do comprometimento de todos os envolvidos, tendo como foco central a mulher acusada e medidas que realmente permitam sua inserção social.

Diante da análise dos processos referentes às gestantes no RJ, não foram identificados programas sociais específicos, que permitam a vivência da maternidade por essas mulheres. São negadas condições materiais, sendo necessárias políticas distributivas intersetoriais que possibilitem a integração ao meio social, associada a políticas de redistribuição, reconhecimento e emancipação. De fato, as

audiências de custódia representam uma iniciativa inovadora, mas precisam ser fortalecidas e aprimoradas, para que não percam seu potencial transformador.

Confluímos com as ideias de Ferreira, no sentido de que, para atingir aos objetivos das audiências de custódia, também é necessária uma mudança de comportamento nas relações de poder que geram os estereótipos (2017: 299). Com relação ao objeto específico do presente estudo, qual seja, as mulheres grávidas presas em flagrante, o sistema de Justiça deve atuar de maneira integrada e conjunta com outras instituições, inclusive do campo da saúde. Uma adequada oitiva da gestante, não meramente punitivista, pode permitir identificar lacunas das políticas públicas e viabilizar encaminhamentos que efetivamente integrem a mulher e seu futuro filho. Essa leitura contextualizada do processo penal, em respeito aos direitos humanos, poderá abrir brechas para redesenhar o cenário de multiplicação de dor, sofrimento e violência enfrentado atualmente no sistema penitenciário.

Considerações finais

A prisão apresenta-se como um limite estrutural para a efetivação do direito à saúde, notadamente quando se trata de direitos maternos e infantis. Exige-se do Estado, inclusive em prol do bem e interesses comunitários, que sejam adotadas medidas positivas de cuidado, assistência e inserção social, imprescindíveis ao desenvolvimento humano. Nessa perspectiva, as audiências de custódia podem representar uma resposta estatal no campo penal, com garantia de direitos humanos.

Constatamos na pesquisa acerca das gestantes no Rio de Janeiro, que existe certa preocupação do sistema de justiça em conceder, majoritariamente, a liberdade para essas mulheres. Todavia, inexiste um projeto de integração social, o que pode comprometer a efetividade das audiências de custódia. Deve ser priorizado o fortalecimento dos vínculos afetivos e sociais, em conjunto com medidas interinstitucionais de assistência e proteção. Decerto que a melhor política criminal ainda continua sendo a política social, no sentido de erradicar desigualdades e garantir oportunidades com equidade.

Para a construção de um marco ético referente à proteção ao direito à maternidade, a partir do referencial da criminologia crítica e do feminismo, é fundamental a efetividade das normas garantidoras de direitos humanos, bem como a associação a ações materiais que viabilizem uma real inserção social das mulheres privadas de liberdade e seus filhos. Diante da especificidade da situação materna e infantil, bem como do perfil criminológico e social, deve ser priorizada a aplicação de medidas alternativas no cumprimento da pena que favoreçam a

maternagem. Para tanto, é necessário que sejam estendidos e/ou implementados benefícios sociais, como programas de transferência de renda, moradia popular, geração de empregos e outros.

A garantia constitucional do exercício da maternidade para mulheres que respondem a processos criminais evidencia inúmeros desafios políticos, institucionais, econômicos e culturais a serem enfrentados. As opções da atuação estatal na definição da política criminal se deparam com os limites estruturais da prisão e da atuação do Sistema de Justiça, de maneira que a implantação das audiências de custódia também se insere nessa mesma lógica.

A caracterização do perfil das apenadas expõe uma atuação seletiva, vinculada – de maneira geral – à punição de um determinado grupo econômico pauperizado, excluído socialmente. Ademais, discursos e práticas autoritários direcionam-se para a produção e replicação do medo no seio da coletividade, enfraquecendo vínculos de solidariedade e integração social. Por isso, a atuação do sistema de justiça deve romper com essa lógica de repressão e garantir a dignidade de mães e filhos durante a persecução penal.

Quando encerrávamos a redação do presente artigo, o Superior Tribunal de Justiça publicou decisão proferida pela Ministra Laurita Vaz, no âmbito do plantão judiciário, negando pedido de liminar no Habeas Corpus 433.040/SP[22]. Tratava-se de pedido de prisão domiciliar para uma mulher presa por tentar entrar com 8,5 g de maconha em um presídio no qual encontra-se seu esposo. A acusada era primária, com cinco filhos, sendo uma com 6 anos de idade e o mais novo com 1 mês de vida, em período de amamentação. A presidente do STJ considerou que houve supressão de instância e que "a paciente não logrou êxito em comprovar a imprescindibilidade de seus cuidados em relação aos seus filhos"[23].

A produção de sofrimento desnecessário, evitável e injusto para mulheres e crianças não deve ser naturalizada no âmbito da execução penal. O papel social a ser desempenhado pelo Poder Judiciário não pode ser a mera imposição da amamentação no presídio por alguns meses antes de um brusco afastamento e a ruptura dos vínculos dessa mãe em relação aos demais filhos – certamente em posição de extrema vulnerabilidade social. Ainda que sejam desconsideradas todas as críticas à desenfreada criminalização por drogas e se desejem, acima de tudo,

22. Impetrante: Defensoria Pública do estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Relator Min. Nefi Cordeiro (2018/0006327-7).

23. Observa-se que a referida Ministra utilizou o mesmo instituto processual da prisão domiciliar em outros casos anteriores, mais notoriamente em relação ao médico Roger Abdelmassih, condenado a 181 anos de prisão pela prática de dezenas de estupros.

punir aquela mulher exemplarmente, essa conduta estatal não é sequer razoável e proporcional. O conceito de justiça pode ser relativizado ao longo da história, mas há limites éticos e racionais que não podem ser desprezados, sob pena de colocarmos abaixo toda a construção de uma sociedade democrática, solidária e humanitária.

Referências

ANDRADE, V. R. P. Política criminal e crise do Sistema Penal: Utopia abolicionista e metodologia minimalista-garantista. In: BATISTA, V. M. (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

AZAOLA, E. Nuevas tendências de la criminalidade feminina. In: DEL OLMO, R. *Criminalidad y criminalizción de la mujer em la región andina*. Caracas: Nueva Sociedad, 1998.

BALLESTEROS, Paula R. Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento. Brasília: Depen/Ministério da Justiça e PNUD, 2016. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia--no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf]. Acesso em: 04.02.2018.

BATISTA, N. A lei como pai. In: ABRAMOVAY, P.V. & BATISTA, V.M. (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BATISTA, V. M. *Introdução crítica* à *criminologia brasileira.* 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.

BOITEUX, Luciana. *Mujeres y encarcelamiento por delitos de drogas*. Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, 2015. Disponível em: [www.drogasyderecho.org/publicaciones/pub-priv/Luciana_v08.pdf]. Acesso em: 04.02.2018.

BOITEUX, Luciana; FERNANDES, Maíra; PANCIERI, Aline; CHERNICHARO, Luciana. *Mulheres e crianças encarceradas*: um estudo jurídico-social sobre a experiência da maternidade no sistema prisional do Rio de Janeiro. 2015. Disponível em: [http://fileserver.idpc.net/library/M--es-encarceradas-UFRJ.pdf]. Acesso em: 04.02.2018.

BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI Sistema Carcerário – Relatório final. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Disponível em: [file:///C:/Users/PRODISA/Downloads/cpi_sistema_carcerario.pdf]. Acesso em: 04.02.2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Brasília: MJ, IPEA, 2015.

BRASIL. Portaria Interministerial 210, de 16 de janeiro de 2014. Institui a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial, 2014.

BRASIL. Presidência da República. Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: Diário Oficial da União, 1992.

BRASIL. Presidência da República. Decreto 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília: Diário Oficial da União, 1992a.

BRASIL. Lei 12.852, de 05 de agosto de 2013. Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude – SINAJUVE. Brasília: Diário Oficial da União, 1984.

BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília: Diário Oficial da União, 1941.

CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Criminologia e Feminismo*. Introdução. Porto Alegre: Sulina, 1999.

CAPPELLO, Nina; LINS, Mariana; LIMA, Raquel da Cruz; YOUSSEF, Surrailly. *Que audiência de custódia queremos?* Jutificando, 04.01.2018. Disponível em: [http://justificando.cartacapital.com.br/2018/01/04/que-audiencia-de-custodia-queremos/].

CEJIL – Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional et al. – Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional et al. Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil, 2007. Disponível em: [https://mulheresencarceradas.files.wordpress.com/2007/12/relatoriofinal.pdf]. Acesso em: 04.02.2018.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *Tortura blindada*: como as instituições do sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. São Paulo, fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Brasil tem 622 grávidas ou lactantes em presídios*. 2018. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86062-brasil-tem-622-gravidas-ou-lactantes-em-presidios]. Acesso em: 04.02.2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos* à *Efetivação da Liberdade como Regra* (Sumário Executivo). Justiça Pesquisa – Direitos e Garantias Fundamentais. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/01/FBSP_Direitos_Garantias_Fundamentais_Audiencia_Custodia_2017_Sumario.pdf]. Acesso em: 04.02.2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Audiência de custódia*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab 0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf. Acesso em: 04.02.2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília: CNJ, 2015.

CNPCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução CNPCP 03, de 15 de julho de 2009. Brasília: *Diário Oficial da União*, 2009. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/noticia/13345-Resolucao-do-CNPCP-disciplina-situacao-de-filhos-de-mulheres-encarceradas]. Acesso em: 14.07.2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Resolución de 31 de agosto de 2017. Medidas provisionales respecto de l de Brasil*. 2017. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_02.pdf]. Acesso em: 06.02.2018.

DPERJ – DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Um ano de audiência de custodia no Rio de Janeiro*. 2016a. Disponível em: [www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/53f2bf4ac82541d3a0aa8bc6c6243c3e.pdf]. Acesso em: 06.02.2018.

DPERJ – DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Primeiro relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas Audiências de Custódia*. 2016b. Disponível em: [www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/dd58e4893bff4e7bbe1d862c6f06805a.pdf]. Acesso em: 06.02.2018.

DEL OLMO, R. Teorías sobre la criminlidad feminina. In *Criminalidad y criminalizción de la mujer em la región andina*. Caracas: Nueva Sociedad, 1998.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional / Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN* – junho de 2016. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 06.02.2018.

DIUANA, V.; CORRÊA, M. & VENTURA, M. Mulheres nas prisões brasileiras: tensões entre a ordem disciplinar punitiva e as prescrições da maternidade. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/physis/v27n3/1809-4481-physis-27-03-00727.pdf]. Acesso em: 06.02.2018.

DIUANA, Vilma et al. Direitos reprodutivos das mulheres no sistema penitenciário: tensões e desafios na transformação da realidade. *Ciênc. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 7, jan.-jul. 2016. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/csc/v21n7/1413-8123-csc-21-07-2041.pdf]. Acesso em: 06.02.2018.

DINIZ, Débora. *Cadeia*: relato sobre mulheres. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

FAVRET-SAADA, Jeanne. "Ser afetado". Trad. Paula Siqueira. Rev. Tânia Stolze Lima. *Cadernos de Campo*, n. 13, p. 155-161, 2005.

FERREIRA, Carolina Costa. Audiências de custódia: instituto de descarcerização ou de reafirmação de estereótipos? *Justiça do Direito*, 31 (2), p. 279-303, maio-ago. 2017.

FLAUSINO, Camila Maués dos Santos. Audiência de custódia e seus (in)sucessos – Breves críticas a seus descompassos práticos. *Revista Liberdades*, n. 24 jul.-dez. 2017.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001 [1979].

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOMES, A.B.F. et al. *Reflexões sobre a maternidade no sistema prisional*: o que dizem técnicas e pesquisadoras. Maceió, 2009. Disponível em: [www.abrapso.org.br/siteprincipal/images/Anais_XVENABRAPSO/366.%20reflex%D5es%20sobre%20a%20maternidade%20no%20sistema%20prisional.pdf]. Acesso em: 29.06.2017.

HOWARD, Caroline (Org.). *Direitos humanos e mulheres encarceradas*. São Paulo: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania; Pastoral Carcerária do Estado de São Paulo, 2006. Disponível em: [http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2006/01/direitos-humanos-e-mulheres-encarceradas.pdf]. Acesso em: 06.02.2018.

IDDD – INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo*. São Paulo: Open Society Foundations, maio 2016.

ITCC – INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. *Mulher e Sem Prisão*: desafios e potencialidades para a redução do encarceramento de mulheres. ITTC: São Paulo, 2017. Disponível em: [http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf]. Acesso em: 06.02.2018.

JESUS, Maria Gorete Marques de; RUOTTI, Caren; ALVES, Renato. "*A gente prende, a audiência de custódia solta*": paradoxos entre a produtividade policial e tentativas de desencarceramento. Brasília: 18º Congresso Brasileiro de Sociologia, 2017.

JESUS, Maria Gorete Marques de. *O que está no mundo não está nos autos: a construção da verdade jurídica nos processos de crimes de tráfico de drogas*. São Paulo: USP, Programa de Pós-Graduação em Sociologia [tese], 2016.

KARAM, Maria Lucia. Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas. Justificando. 13 mar. 2015. Disponível em: [http://justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/]. Acesso em: 28.11.2017.

LAROUZE, Bernard et al. Tuberculose nos presídios brasileiros: entre a responsabilização estatal e a dupla penalização dos detentos. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 6, p. 1127-1130, jun. 2015. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102=311-2015000601127X&lng=en&nrm-iso]. Acesso em: 10.02.2018.

LEAL, Maria do Carmo et al. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, 21(7), 2016. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/csc/v21n7/1413-8123-csc-21-07-2061.pdf]. Acesso em: 10.02.2018.

LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Marcia; MUSUMECI, Leonarda; BENACE, Maíza; BRANDO, Caio. *Liberdade mais que tardia*: as audiências de custódia no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESEC), 2016.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Revista Liberdades, n. 17, set.-dez. 2014, p. 11-23. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/docs/liberdades17_integrapdf]. Acesso em: 10.02.2018.

MELLO, Daniela Canazaro de. *Maternidade no Meio Prisional*: vivências de mães encarceradas na realidade brasileira e portuguesa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MELOSSI, Dario. *"Carcere e Fabbrica" rivisitato: penalità e critica dell'economia politica tra Marx e Foucault* Studi sulla questione criminale. Nuova serie di "Dei delitti e delle pene". Carocci editore: anno XII, n. 1-2, 2017.

ONU – Organização das Nações Unidas. Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Bangkok: 65ª Assembleia, 2010. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf]. Acesso em: 06.02.2018.

ONU – Organização das Nações Unidas. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade. Tóquio: 1990. Disponível em: [www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-NOVO-regrastoquio.html]. Acesso em: 01.08.2015.

RAMIREZ, LA. La reclusa como madre: estúdio exploratório em uma cárcel venezuelana. In: DEL OLMO, R. *Criminalidad y criminalizción de la mujer em la región andina*. Caracas: Nueva Sociedad, 1998.

RITA, R. P. S. *Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana*. Brasília: Dissertação/UnB, 2006.

SANTOS, Raquel Costa de Souza. *Maternidade no cárcere*: reflexões sobre o sistema penitenciário feminino. Niterói: Dissertação/UFF, 2011.

TJRJ – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça amplia audiências de custódia para todo o estado. 2017. Disponível em: [www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/53510]. Acesso em: 06.02.2018.

TJRJ – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Resolução do TJ/RJ 29 de 11 de setembro de 2015. 2015. Disponível em: [http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=189337&desc=ti&servidor=1&iIdioma=0]. Acesso em: 06.02.2018.

VENTURA, M.; SIMAS, L.; LAROUZE, B. Maternidade atrás das grades: em busca da cidadania e da saúde. Um estudo sobre a legislação brasileira. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 3, p. 607-619, mar. 2015.

WACQUANT, L. *Punir os pobres*: a nova geração da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WHITEHEAD, M. (1992), "The concepts and principles of equity in health". *International Journal of Health Services*, 22 (3): 429-445.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- As implicações do aprisionamento materno na vida dos(as) filhos(as), de Claudia Stella – *RBCCrim* 34/237-264 (DTR\2001\153);
- Audiência de custódia e sistema de direitos humanos na américa latina: por um olhar descolonial na busca da concretização de sua normatização legal no Brasil, de Guilherme Graciliano Araújo Lima – *RBCCrim* 147/311-331 (DTR\2018\19323);
- Com a palavra, as mulheres: maternidade por trás das grades, de Rafaela Araújo Moreira, Maiana Vargas Fonseca, Jean Carlos Carvalho Praxedes, Tânia Christiane Ferreira Bispo e Denise Santana Silva dos Santos – *RBCCrim* 146/649-662 (DTR\2018\18310); e
- Reforma penal e a condição feminina: as mães presidiárias, de Maria Garcia – *RDCI* 97/165-178 (DTR\2016\24153).

Seletividade penal: crimes de furto e crimes contra a ordem tributária no Brasil contemporâneo

Criminal selectivity: theft and crimes against the tax order in contemporary Brazil

Orlin Ivanov Goranov

Mestre em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UNIRITTER (2018). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET (2016). Advogado.
orlingoranovadv@gmail.com

Diego Duarte Gonzalez

Mestre em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UNIRITTER (2018). Especialista em Direito Tributário pelo UNIRITTER (2015). Advogado.
asg.diego@gmail.com

Dani Rudnicki

Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2007). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1999). Professor do Mestrado em Direitos Humanos do UNIRITTER. Conselheiro do Movimento de Justiça e Direitos Humanos/RS. Advogado.
danirud@hotmail.com

Recebido em: 02.04.2017.
Aprovado em: 12.03.2018.
Última versão do(a) autor(a): 26.03.2018.

Área do Direito: Penal

Resumo: O objetivo da pesquisa é comparar como incide o Direito Penal quando os agentes que cometem determinados delitos provém de classes sociais distintas. Buscou-se, inicialmente, comparar o delito de furto com os crimes previstos na Lei 8.137/1990, sob o aspecto legal, visando demonstrar quais os bens jurídicos protegidos, as penas estipuladas e as políticas criminais adotadas. Em seguida, analisaram-se julgados envolvendo delitos de furto e crimes contra a Ordem

Abstract: The research intends to compare how criminal law affects agents who commit specific crimes and come from different social class. The initial idea is compare the crime of theft with crimes established in the Law 8,137/1990, under the legal aspect, in order to demonstrate the protected rights and values, the possible sanctions and the adopted criminal policies. Subsequently, are analyzed judgements involving theft crimes and crimes against the Tax Order within a

Tributária, por meio de uma comparação qualitativa e quantitativa, especificamente quanto aos bens jurídicos envolvidos, as penas aplicadas e os critérios utilizados para aplicação do princípio da insignificância. Ainda, abordou-se a seletividade penal à luz da Criminologia Crítica, explicando a constatação a partir da aceitação da existência de relações de poder que manipulam o poder punitivo para atingir somente uma parcela dos agentes delitivos. Por fim, apontados todos os efeitos negativos da atual conjuntura normativa, sugere-se a contenção do poder punitivo, mediante a descriminalização das condutas.

Palavras-chave: Crimes contra a Ordem Tributária – Crimes de furto – Criminologia crítica – Seletividade penal – Descriminalização.

qualitative and quantitative comparison, specifically regarding the economic value of the substracted goods, the criminal sanctions applied and the standards to apply the insignificance principle. Also, the criminal selectivity was examined in the light of Critical Criminology, explaining the findings by the acceptance of the existence of power relations that manipulate the punitive power to hit only a portion of the agents that commit crimes. Finally, pointing out all the negative effects of the current normative conjuncture, it is suggested the containment of the punitive power, through the decriminalization of both conducts.

Keywords: Crimes against the Tax Order – Theft – Critical criminology – Criminal selectivity – Decriminalization.

Sumário: 1. Introdução. 2. Bens jurídicos protegidos pelo direito penal e discursos oficiais de política criminal. 2.1. Bens jurídicos: ordem tributária e propriedade privada. 2.2. Ordem Tributária e a Lei 8.137/1990. 2.3. Propriedade privada e crimes de furto. 2.4. Políticas criminais elegidas. 3. Julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 3.1. Bens jurídicos violados, proporcionalidade e índices de encarceramento. 3.2. Critérios utilizados para aplicação do princípio da insignificância. 3.3. Considerações à luz da Criminologia Crítica: seletividade penal. 4. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A pesquisa consiste em realizar um quadro comparativo da incidência do poder punitivo envolvendo dois delitos que contenham uma tipologia semelhante, mas que são praticados, em regra, por indivíduos de classes sociais antagônicas: furtos e crimes contra a Ordem Tributária. Ambos atingem o patrimônio, sem o uso de violência contra a pessoa e, guardadas as devidas proporções, permitem pôr em xeque o discurso clássico do Direito Penal, em especial, a proporcionalidade entre a gravidade do delito e a consequência penal aplicada na tentativa de questionar se os princípios da proporcionalidade, da intervenção mínima (*ultima ratio*) e da isonomia vêm sendo observados como pretendido pelo Estado Democrático de Direito.

Primeiro, serão avaliados os bens jurídicos "Ordem Tributária" e "Propriedade Privada", os quais o Direito Penal busca proteger mediante a tipificação de certas condutas previstas, respectivamente, na Lei 8.137/1990 e no Código

Penal, comparando as penas estipuladas e as medidas de política criminal elegidas. Com isso, pretende-se propor uma reflexão acerca da (im)parcialidade do Direito Penal, bem como da aplicação seletiva da legislação em desconformidade com os discursos clássicos do poder punitivo.

Num segundo momento, visando formular possíveis hipóteses, que deverão ser cotejadas com o quadro comparativo de políticas criminais referido anteriormente, serão analisados julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos casos de furto, e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no tocante aos crimes tributários, no período compreendido entre 1º de fevereiro de 2014 e 1º de julho de 2014, na tentativa de fixar uma base empírica para demonstrar as consequências das opções de política criminal acima adotadas e seus reflexos no que se refere aos índices de encarceramento.

No concernente aos crimes contra a Ordem Tributária, a primeira consulta foi realizada através do sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no *link* "pesquisa de jurisprudência". Ainda, as palavras-chave escolhidas foram "sonegação fiscal", "crime" e "Lei 8.137/1990".

Dessa pesquisa, resultaram 340 acórdãos, muitos envolvendo outros delitos que não aqueles previstos na Lei 8.137/90, como o contrabando e o descaminho, os quais não foram considerados para fins do quadro comparativo, já que fogem do objetivo principal da pesquisa, mas apenas para verificação do princípio da insignificância.

Em relação aos crimes de furto, o levantamento das decisões foi realizado por meio do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no *link* "pesquisa de jurisprudência" e para que fosse possível focalizar o objeto pretendido pela pesquisa, optou-se pela utilização do link "busca avançada". As palavras-chave escolhidas foram "crime de furto" e "pena".

De toda a busca, resultaram, primeiramente, 3.130 acórdãos, muitos envolvendo outros delitos alheios ou conexos ao crime de furto, pelo que a sua análise destoaria dos pontos conclusivos deste trabalho. Em um segundo momento, buscou-se um estreitamento do resultado inicial obtido, escolhendo-se, ainda que por amostragem, o mesmo número de acórdãos localizados no Tribunal Federal.

Além disso, buscando uma segunda perspectiva de possível aplicação seletiva do poder punitivo, verificaram-se julgados dos mesmos Tribunais, escolhidos por amostragem, do ano de 2016, no que se refere aos requisitos utilizados para fins de aplicação do princípio da insignificância[1], na tentativa de apontar

1. Importante destacar que este tópico específico não buscará estabelecer uma visão crítica desse princípio ou se as premissas que o mesmo impõem estão adequadas ao

onde ocorre a maior proximidade com um Direito Penal do autor[2] e Direito Penal do fato.[3]

Cabe, por fim, destacar que a utilização de tribunais diversos decorre do fato de crimes praticados por classes sociais possuírem *a priori* julgadores diferentes. Os furtos estão na competência dos tribunais estaduais, os crimes tributários, na federal. Isso mostra, desde o início, a seletividade e não implica em problema metodológico, mas tão somente em informação que devem os pesquisadores considerar a fim de elaborar suas conclusões.

Mediante os resultados obtidos, intentar-se-á responder às seguintes indagações: *a*) o Direito Penal é um instrumento que incide de forma proporcional, equânime e isonômica? *b*) há observância aos demais princípios que lhe são correlatos? *c*) a criminalização dos crimes tributários traz resultados positivos ou negativos ao Estado Democrático de Direito? *d*) seria a descriminalização de condutas, como a de furto, mas em especial a dos crimes contra a Ordem Tributária, como sugerido por algumas vertentes da Criminologia Crítica o início do processo de humanização e contração do Direito Penal?

---

ordenamento. Até porque isso teria que ser feito em um trabalho próprio se afastando do objetivo aqui pretendido. O foco se resume a apontar como ele tem sido utilizado por um e outro Tribunal, no que se refere aos crimes aqui tratados, na tentativa de confirmar se os critérios utilizados são os mesmos à luz do tratamento isonômico prometido pelo Direito Penal e se eventual aplicação diferenciada se justifica.

2. "[...] além dessas formas tradicionais e puras, porém integrando-as e complementando-as com um conjunto de presunções, encontra-se o novo direito penal de autor que, sob forma de direito penal do risco, antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e mesmo preparatórios, o que aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento. Em algum sentido, tal direito tende a incorporar uma matriz de intervenção moral, análoga à legislação penal das origens da pena pública, com o acrescido inconveniente de presumir dados subjetivos, a partir da afirmação de que a responsabilidade provém de processos de imputação objetiva baseados em expectativas normativas, e não em reais disposições intelectivas internas do sujeito que atua. Esta orientação culmina com o retorno à presunção do dolo, através da chamada normatização, que prescinde da vontade real" (ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 133).

3. Decorre do princípio da culpabilidade, referindo que o agente delitivo só deverá ser responsabilizado pelo fato, não sendo permitida qualquer valoração acerca de sua condição pessoal, de caráter ou modo de vida, em contrariedade ao que pretendia o Direito Penal do autor (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: RT, 1997. p. 119-120).

2. Bens jurídicos protegidos pelo direito penal e discursos oficiais de política criminal

Neste tópico, busca-se delinear qual a função do Direito Penal segundo uma visão clássica e tradicional, apontando suas principais finalidades, os bens jurídicos envolvidos nos delitos analisados e quais as opções de política criminal[4] que o legislador entendeu como necessárias e suficientes para sua reprimenda, cotejando-os com os princípios da intervenção mínima, proporcionalidade e isonomia, além de ser necessária uma breve introdução acerca da importância dos princípios e como o ordenamento deve atuar para sua melhor aplicação.

2.1. Bens jurídicos: ordem tributária e propriedade privada

O neoconstitucionalismo inaugurou uma nova era na interpretação do Direito, colocando os princípios e garantias fundamentais e a própria Constituição no topo da pirâmide, sendo ela o filtro apto a conferir validade aos demais diplomas normativos que, inexoravelmente, devem estar em consonância, ainda que anteriores a sua promulgação, sob pena de graves vícios de inconstitucionalidade.[5]

O ordenamento jurídico é composto de normas do tipo regra e normas do tipo princípio, sendo que a diferença, segundo Robert Alexy, não seria de grau, mas apenas uma questão de espécie.[6] Ele define os princípios como "mandamentos de otimização" que devem ser implementados no maior grau possível diante do contexto fático e jurídico existente. O grau de realização do princípio está vinculado ao conteúdo que outros determinados princípios possibilitam e permitem. Não há como todos os princípios serem aplicados na sua plenitude, diante das

4. Nilo Batista traz o seguinte conceito: "Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se *política criminal!*" (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 34).
5. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 01.11.2005. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547]. Acesso em: 02.11.2015. p. 4-5.
6. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 87.

diferentes, não raras vezes antagônicas, agendas que buscam proteger. Trata-se de uma interação entre princípios que buscam se complementar e se limitar reciprocamente.[7]

Qualquer ato praticado pelo Estado, nas suas três esferas de governo e no âmbito dos três poderes, deve respeitar, na maior medida possível, esses preceitos gerais e abstratos que servem de fundamento para todas as normas do tipo regra que deles decorrem. Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho destaca que:

> Os princípios são normas com maior grau de abstração em relação às regras; os princípios carecem de uma mediação concretizadora, enquanto as regras já seriam aplicadas diretamente; os princípios são fundamentais, na medida em que correspondem à estrutura do sistema jurídico. As regras apoiam-se nos princípios; os princípios são *standards* ou pautas vinculantes que traduzem ideias de justiça ou de direito. Já a vinculatividade das regras está ligada ao seu conteúdo meramente funcional; os princípios são fundamentos de regras, isto é, constituem a *ratio* de regras jurídicas.[8]

Partindo dessas definições, importante observar que o princípio da proporcionalidade[9], principalmente em matéria penal, tem como objetivo estabelecer uma limitação ao *jus puniendi*, exigindo que a legislação seja necessária, adequada ao fim que se propõe e proporcional no sentido estrito da palavra: medida de caráter excepcional e somente justificável quando nenhum outro mecanismo jurídico obtenha resultados semelhantes.[10] O princípio da proporcionalidade, por sua vez, mantém uma relação intrínseca com o princípio da isonomia:

---

7. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 92-93.
8. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 1034-1035.
9. Conceituando o princípio da proporcionalidade Dimoulis e Martins destacam que: "A proporcionalidade deve ser entendida como elemento disciplinador do limite à competência constitucional atribuída aos órgãos estatais a área de proteção de direitos fundamentais, isto é, como resposta jurídica ao problema do vínculo do legislador aos direitos fundamentais, configurando um limite do seu poder limitador DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 179). Importante destacar que neste trabalho não há espaço para apontar as discussões existentes acerca da natureza da proporcionalidade, se princípio, regra ou postulado aplicativo normativo. O fato é que ele permeia a matéria penal e deve ser observado tanto pelo legislador como pelo aplicador da lei.
10. FELDENS, Luciano. A conformação constitucional do direito penal. In: WUNDERLICH, Alexandre Lima (Coord.). *Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 213.

> Há, ainda, íntima ligação entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da isonomia, pois, embora tenham objetos e fins próprios, tangenciam-se principalmente no fato de que, para haver igualdade, devem ser superadas as desigualdades dos indivíduos e especificados os critérios para determinar em que medida as distinções entre eles podem ser admitidas.[11]

Tal dever de otimização deve ser observado sob dois aspectos: quando da edição da legislação, a fim de ver se a mesma se mostra adequada ao fim pretendido, mas também quando da sua aplicação, no intuito de verificar se os resultados buscados encontram a efetividade prática, sem a qual, a observância do axioma não se perfectibiliza.[12]

O discurso oficial do Direito Penal, no que se refere à sua funcionalidade e argumentos de justificação, traz como ponto de partida a efetiva violação ou colocação em perigo de determinado bem jurídico considerado essencial para o alcance dos fins sociais e preservação da dignidade humana, tornando-o dotado de relevância penal e justificando a intervenção sancionadora do Estado.[13]

Partindo disso, uma das perspectivas que se pretende analisar neste trabalho é justamente a compatibilidade do primeiro aspecto do princípio da proporcionalidade com o segundo, na tentativa de ponderar a consequência penal aplicada com o bem jurídico violado e sua convergência com o discurso tradicional do poder punitivo para, a partir disso, explicar esse fenômeno à luz da Criminologia Crítica.

Os tipos penais elencados na Lei 8.137/90 buscam tutelar o bem jurídico "Ordem Tributária", em razão de que as receitas advindas desta seara são essenciais para consecução dos fins estatais, legitimando a sua existência, além de permitir a intervenção do Estado na Ordem Econômica, como forma de assegurar os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal.[14]

Por sua vez, o delito de furto busca a proteção do direito de propriedade (patrimônio) e raras vezes envolve quantias significantes, além de conter na sua

11. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 52.
12. BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 118.
13. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 10-11.
14. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 266-267.

tipologia o não emprego de violência e ausência de danos contra a pessoa. Ainda, no tocante ao aspecto econômico, na esmagadora maioria dos casos, é significativamente menos danoso do que os crimes tributários.[15]

Todavia, como será analisado adiante, por questões de política criminal, as consequências penais acabam sendo mais rigorosas com os crimes de furto, sendo necessária uma reflexão crítica acerca das razões desse fenômeno que, no fim das contas, vilipendia o tratamento isonômico pretendido pela Constituição e afronta as finalidades protetivas do poder punitivo, pondo em evidência uma possível parcialidade e desproporcionalidade, talvez de caráter instrumental.[16]

2.2. Ordem Tributária e a Lei 8.137/1990

A proteção e elevação da Ordem Tributária a um bem jurídico merecedor de máxima proteção decorre do fato de que os tributos surgem como uma forma de garantir a justiça e proporcionar a igualdade entre indivíduos, tanto de forma abstrata como concreta, mediante a proteção das garantias fundamentais.[17] Suas balizas estão definidas no Título VI, Capítulo I, Seção II, da Constituição Federal.

Nesse contexto, a arrecadação de tributos torna-se uma preocupação constante, pois, sendo o Estado responsável por prover uma série de direitos assegurados constitucionalmente, as receitas necessárias extravasam àquelas obtidas através de eventual exercício de atividade econômica, recaindo sobre a tributação a responsabilidade pelo regular funcionamento da máquina estatal e o alcance dos fins por ela pretendidos.[18]

---

15. BATISTA, W. M. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 6.
16. MENDONÇA JUNIOR, Maurício José de; FERREIRA, Valéria Corrêa Silva. *Considerações sobre direito penal tributário*. Disponível em: [http://unipacaraguari.edu.br/oPatriarca/v3/arquivos/trabalhos.]. Acesso em: 05.04.2016.
17. TÔRRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*: os direitos humanos e a tributação. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 11.
18. Nesse particular, os destaques de Ataliba: "Consiste a extrafiscalidade no uso de instrumentos tributários para obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados. [...] *É* lícito recorrer aos tributos com o intuito de atuar diretamente sobre os comportamentos sociais e econômicos dos contribuintes, seja fomentando posicionamento ou inibindo certos procedimentos. Dá-se tal fenômeno (extrafiscalidade) por intermédio de normas que, ao preverem uma tributação, possuem em seu bojo, uma técnica de intervenção ou conformação social por via fiscal. São os tributos extrafiscais, que podem ser traduzidos em agravamentos

Delineada a sua importância, resta claro que a inadimplência tributária põe em risco não só as atividades estatais, como também impossibilita a preservação das garantias fundamentais, surgindo uma preocupação cada vez maior com a reprimenda de condutas que visem suprimir ou reduzir estes valores, sendo necessário que o ramo jurídico mais restritivo das liberdades tente atuar em sentido contrário.[19]

Nesse ponto específico deve ser feito um alerta. O fato de se salientar a importância do Direito Tributário e da preservação desta receita não significa afirmar que o Direito Penal é o instrumento mais adequado, necessário e proporcional para o combate das condutas que visem atingir estes valores. A questão é compreender o Direito Penal através de uma lente crítica que permita enxergar a sua essência e a sua verdadeira finalidade, a qual não permite que determinados agentes sofram o encarceramento. Feita essa ressalva, inicia-se a comparação entre dois delitos.

A análise dos tipos penais elencados na Lei 8.137/90 possibilita concluir tratar-se de norma penal em branco: para que seja possível compreender o seu alcance, bem como o bem jurídico que se busca proteger, necessário recorrer ao capítulo constitucional que organiza a Ordem Tributária, o Código Tributário Nacional e outras leis esparsas que compõe o sistema arrecadatório, de observância obrigatória em respeito ao princípio da legalidade[20] que permeia o ordenamento jurídico em todas as suas camadas.[21]

O artigo 1º traz como suporte fático da norma penal "suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório", mediante a prática de algumas das condutas elencadas em seus incisos, quando será sancionado com pena de reclusão de dois a cinco anos, além do pagamento de multa.[22]

---

ou benefícios fiscais dirigidos ao implemento e estímulo de certas condutas" (ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. *Revista de Direito Público*, v. 23, n. 93, 1990. p. 233).

19. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 265-266.

20. O princípio da legalidade é talvez uma das maiores proteções concedidas ao cidadão frente ao poder punitivo dentro de um Estado Democrático de Direito. Proíbe a retroatividade da lei penal, a não ser em benefício do agente, impossibilita o agravamento de sanções com base nos costumes, rechaça a analogia como fundamento para criminalização de condutas e repudia a elaboração de tipos penais abstratos e indeterminàveis que favorecem interpretações distintas e subjetivas, inviabilizando o conhecimento exato da proibição (taxatividade) (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 21).

21. EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Dialética. 2002. p. 234-235.

22. BRASIL, Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm]. Acesso em: 09.09.2016.

Por sua vez, o artigo 2º da Lei 8.137/90 expressa que, para a ocorrência dos tipos penais nele elencados, o resultado se mostra irrelevante, sendo crime de mera conduta, consumado a partir do instante que praticado volitivamente o ato delitivo, independentemente de suas consequências e efeitos no mundo jurídico, correspondido com pena de seis meses a dois anos e multa.

Por fim, o artigo 3º revela os delitos praticados no exercício da função, em geral, condutas inerentes a funcionários públicos, sendo a estes equiparados os que ocupam cargo em autarquias, empresas públicas e outras paraestatais nos termos do disposto no artigo 327 do Código Penal. A pena a eles aplicável é significativamente mais severa, podendo variar de três a oito anos, mais o pagamento de multa.

Feita a breve análise das penas aplicáveis aos crimes contra a ordem tributária, as condutas vedadas e a importância do bem jurídico envolvido, importa fazer o mesmo no que se refere ao crime de furto para que, a partir de então, se possam sopesar as opções de política criminal.

2.3. Propriedade privada e crimes de furto

Segundo o artigo 155 do Código Penal, o furto simples consiste em apoderar-se de coisa alheia, sem emprego de violência ou grave ameaça, sendo a vítima privada de sua posse por ato fraudulento e dissimulado, também admitido na forma tentada. A pena aplicável ao furto simples é de um a quatro anos de reclusão, que pode ser majorada em um terço, caso o delito seja cometido em horário noturno. Assim, cabe a substituição da pena de reclusão por detenção, diminuí-la de um a dois terços ou aplicar somente a multa, desde que o réu ostente a condição de primário.

Já no furto qualificado, descrito no § 4º do artigo 155, os agentes, mediante alguma das condutas previstas, sofrerão sanções penais de dois a oito anos de reclusão, penas que superam em muito àquelas aplicáveis ao crime de sonegação fiscal, ao menos quando não presente a condição de funcionário público.

2.4. Políticas criminais elegidas

Como visto da comparação apresentada, ambos os delitos contêm uma estrutura semelhante. São praticados sem violência contra a pessoa, atingem apenas o patrimônio (público x privado) e possuem penas, abstratamente consideradas, aparentemente proporcionais. Ainda assim, no que se refere às opções de política criminal, as consequências começam a destoar.

Na seara dos Crimes contra a Ordem Tributária, existe a possibilidade de o agente sonegador realizar o pagamento do débito até o oferecimento da denún-

cia[23] ou aderir a programas de parcelamento, suspendendo a pretensão punitiva até o pagamento integral da dívida, para depois restar extinta a punibilidade[24] sem qualquer consequência penal efetiva no que se refere a prática de uma conduta tipificada como crime.[25]

A discussão acerca da extinção da punibilidade pelo pagamento traduz-se na disputa de duas correntes doutrinárias: de um lado, defende-se que a função da pena pode ostentar caráter utilitarista e extrapenal, sendo válido o seu uso como instrumento de coação para adimplir o tributo sonegado.[26] A segunda corrente sustenta que a pena há de ter um caráter ético e pedagógico, sendo que a admissão de benesses desse tipo acarretaria a reiterada prática de crimes contra a Ordem Tributária sem que fosse possível a sua repressão.[27]

Embora contundentes os argumentos levantados pela primeira corrente, entende-se que a aplicação da pena deve se resumir ao seu caráter retributivo e pedagógico, evitando utilizar-se do Direito Penal como um meio, um instrumento para se atingir um fim diverso, que é o pagamento do tributo sonegado.

O poder punitivo é *ultima ratio* e assim deve permanecer, aplicando a pena correspondente quando a lei assim determinar, e não se valendo da mesma como uma ameaça indireta para ver atendida outra finalidade que não a retribuição pela violação ao bem jurídico, sob pena de banalização do Direito Penal.[28]

---

23. Art. 34 Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia (BRASIL, Decreto-lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Disponível em: [www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/leis/Ant2001/lei924995.htm]. Acesso em: 05.04.2016.
24. Significa "o desaparecimento do poder de punir do Estado em relação a fatos definidos como crimes, pela ocorrência de eventos, situações ou acontecimento determinados na lei" (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 689).
25. Arts. 67, 68 e 69. BRASIL. Lei 11.941 de 27 de maio de 2009. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11941.htm]. Acesso em: 02.10.2013.
26. RÌOS, Rodrigo Sanches. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, 2000. p. 438.
27. BORTOWSKI, Leandro Barreto. *O preço da liberdade*: a extinção da punibilidade nos delitos econômicos à luz do Princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: WS Editor, 2009. p. 90.
28. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general. 2. ed. Madrid: Civitas, 2003. t.1. Disponível em: [www.academia.edu/5955280/Derecho_Penal_Parte_General_-_tomo_I_-_Claus_Roxin?auto=download]. Acesso em: 10.09.2016.

Em que pese a visão dessa segunda corrente, quando nos crimes de sonegação fiscal o agente efetua o pagamento do débito tributário até o oferecimento da denúncia, ou até mesmo após a sentença, conforme será visto a seguir, não será considerado reincidente, visto que não há qualquer condenação definitiva.[29]

Além dessas escolhas de política criminal provenientes do Legislativo (extinção da punibilidade pelo pagamento, suspensão da pretensão punitiva em caso de parcelamento e não configuração de reincidência), o próprio Judiciário tem interpretado as normas em benefício dos agentes que incorrem no crime de sonegação fiscal. Ainda que o enunciado normativo transcrito na nota de rodapé acima expresse que a extinção da punibilidade pelo pagamento somente é possível até o oferecimento da denúncia, a Corte Suprema já firmou posicionamento no sentido de que tal benefício pode ser invocado até mesmo após sentença penal condenatória.[30] Nos autos do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 128245/SP, julgado em 23 de agosto de 2016, de relatoria do Min. Dias Toffoli, é possível notar que o entendimento ainda prevalece.[31]

Na mesma linha foi o Superior Tribunal de Justiça ao aduzir que a mera adesão ao parcelamento seria condição suficiente para extinção da punibilidade, sendo irrelevante se o débito será adimplido na integralidade.[32]

Por outro lado, no que tange à política criminal utilizada para o delito de furto, crime contra a propriedade privada que atinge o patrimônio da vítima, na

29. SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Habeas Corpus HC: 85954 SP 2005.03.00.085954-7. Impetrante: Emílio Valério Neto. Impetrado: Juízo Federal da 1ª Vara de Assim, SP. Relator Des. Federal Nelton dos Santos. São Paulo, 17 fev. 2006. Disponível em: [http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=200503000859547]. Acesso em: 30.08.2016.

30. BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Habeas corpus 81.929. Paciente: Leomar Passos. Impetrante: Eduardo de Vilhena Toledo. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 27 fev. 2004. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2013294]. Acesso em: 30.05.2014.

31. BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Recurso Ordinário em Habeas corpus 128245/SP. Relator Ministro Dias Toffoli. j. 23 de agosto de 2016 Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2013294]. Acesso em: 22.12.2016.

32. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus 33.416-SP. Recorrente: Clayton Augusto Lopes. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Paulo Medina. Brasília, 27 abr. 2004. Disponível em: [ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201545225&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea]. Acesso em: 30.05.2016.

esmagadora maioria das vezes cometido por pessoas de classes socais inferiores e que raras vezes alcança quantias vultosas, depreende-se que há um recrudescimento da legislação, indo de encontro aos princípios da isonomia e proporcionalidade.

As penas a eles aplicadas por vezes superam a dos sonegadores e, além disso, ainda que reembolsem integralmente o valor ou o bem furtado, no máximo terão a pena reduzida de um a dois terços, nos termos do que dispõe o artigo 16 do Código Penal.[33]

A questão da reincidência no crime de furto também se mostra como dado relevante, pois, havendo redução de pena pela restituição, caso o agente venha a delinquir novamente, será considerado reincidente, com todos os efeitos nocivos que a reincidência atrai. O sonegador, por sua vez, tem extinta a punibilidade sem qualquer efeito para fins de reincidência, bastando, para tanto, o pagamento do tributo ou o parcelamento da dívida, ainda que, em regra, atinja o bem jurídico de forma mais significativa, ao menos no que se refere ao critério econômico.

Seguindo esse raciocínio, o mesmo se verificaria no caso dos maus antecedentes, uma vez que o sonegador fiscal, ao extinguir a punibilidade pelo pagamento antes do trânsito em julgado, não detém qualquer condenação, logo, não tem maus antecedentes, circunstância obrigatoriamente verificável pelo magistrado quando da aplicação da pena por novo crime, permitindo que a pena base,[34]desde que as outras vetoriais também favoreçam o agente, seja fixada no mínimo, conforme disciplinado pelo artigo 59 do Código Penal.

Já o agente que cometeu o delito de furto, ainda que restitua o bem furtado, sofrerá condenação e, por consequência, será inscrito no rol de culpados, mesmo que tenham transcorrido cinco anos da data em que extinta ou cumprida a pena do crime anterior, visto que tal lapso temporal somente gera efeitos para fins reincidência.[35]

---

33. BRASIL, Decreto-lei 2.848, De 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm.]. Acesso em: 09.03.2016.

34. Os critérios de aplicação da pena observam o modo trifásico expresso no artigo 68 do Código Penal, orientando que a pena base há de ser fixada em observância as condições elencadas no artigo 59, dentre as quais se encontram os antecedentes, para em seguida considerar as circunstâncias atenuantes e agravantes e por fim verificar as causas de diminuição e aumento de pena (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.150).

35. BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 205.

Dessa forma, outro reflexo de política criminal que pode ser destacado é quanto à aplicação do artigo 44 do Código Penal que faculta ao magistrado substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando o crime não for sancionado com pena máxima superior a quatro anos, não for cometido com violência e o réu não seja reincidente, sendo que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente devem indicar que a substituição é medida suficiente.

É inquestionável que as condições socioeconômicas entre o sonegador e o autor do crime de furto são antagônicas, de modo que é inevitável a aplicação dos requisitos do artigo 44 do Código Penal, anteriormente destacados, de forma mais benéfica em relação ao primeiro do que ao segundo, geralmente proveniente de comunidades carentes, com altas taxas de reincidência e conduta (padrão) social reprovável.[36]

Se a busca é efetivamente um Direito Penal mínimo, de interferência excepcional (discurso clássico), talvez a descriminalização dos delitos econômicos seja o primeiro passo em busca desse objetivo, dotando o poder punitivo do mínimo de racionalidade e coerência, contraído e compatível com o viés democrático inaugurado pela Carta Magna.[37]

Isso porque, valer-se do Direito Penal para combater esses mesmos agentes (sonegadores) que estão fora das rédeas seletivas do Estado, fragilizado pelas questões elencadas e pelas escolhas desproporcionais de política criminal, com evidente finalidade arrecadatória, é contraproducente e vai de encontro à ideia de um direito penal mínimo (*ultima ratio*) e de garantias, supostamente pretendido na atual conjuntura democrática, além de estabelecer uma lógica de impunidade que tende a incentivar a sonegação fiscal.[38]

A ideia de criminalização de condutas como forma de impedir a sua prática reiterada é uma opção adotada pelos governantes para tentar enviar uma mensagem simbólica de existência de poder representativo que, em verdade, não existe,

36. ALMEIDA, Fernanda Afonso de. *Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal*: uma abordagem à luz da teoria crítica. 246 fl. Dissertação. Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia- Professor Orientador Sérgio Salomão Shecaira. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

37. FAYET JUNIOR, Ney. Criminalidade Econômica e Princípio da Racionalidade: Coordenada para Construção de uma Política Criminal Racional. *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Org. Ruth Gauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

38. HUGO, Maicon Guedes. *Política Criminal no direito penal tributário*: uma abordagem pela descriminalização substitutiva utilizando o Direito Administrativo Sancionador. 2007. 173 fl. Dissertação. Mestrado (Direito Penal) – Professor Orientador Juarez Cirino dos Santos – Universidade Federal do Paraná. Curitiba. p. 135-140.

mitigado ao máximo pela expansão globalizante dos conglomerados econômicos, que condiciona a legislação e o agir político, visando à manutenção e reprodução do sistema capitalista de acumulação de capital e poder. Utilizam-se então do Direito Penal com finalidades instrumentais para fazer crer que buscam soluções imediatas dos problemas sociais como é o caso dos crimes contra Ordem Tributária.[39]

Entretanto, o discurso é meramente casuístico e sem efetividade prática, visto que a incidência do poder punitivo no combate a essas condutas (crimes ambientais, tributários e políticos) é ínfima se comparada a outras condutas também tipificadas pela legislação, o que revela a verdadeira intenção do Direito Penal de gerenciar os excluídos do mercado capitalista e proteger aqueles que possibilitam a sua perpetuação.[40] Como bem apontado por Hulsman:

> Entre os que se inquietam com os problemas da justiça penal e denunciam o funcionamento do sistema atual, em seu aspecto de degradação e aviltamento do homem, alguns, entretanto, preconizam a persecução penal de pessoas que, nos campos ecológico, financeiro e econômico trazem grandes prejuízos para a coletividade. "Coloquemos na prisão – dizem eles – os que enganam o fisco ou os consumidores, remetem seu capital para o exterior, poluem o ambiente, se recusam a instalar em suas empresas dispositivos de segurança que reduziriam os acidentes do trabalho". Esta não é meu modo de ver.[41]

Feita a comparação entre os tipos penais de cada delito aqui analisado, os bens jurídicos violados, as penas estipuladas e apontadas as opções de política criminal, evidenciando alguns privilégios concedidos justamente àqueles que provêm de classes sociais mais abastadas, interessa, também, analisar decisões judiciais do TRF4 e do TJ-RS, elencando os bens jurídicos violados, as penas aplicadas concretamente e quais os índices de encarceramento, a fim de refletir sobre uma base empírica que sustente os apontes formulados pela Criminologia Crítica, em especial as formulações de Baratta, Zaffaroni e Hulsman.

3. Julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Conforme detalhado no tópico anterior, as opções de política criminal adotadas pelo legislador infraconstitucional para reprimir os delitos de furto e contra

39. KARAM, Maria Lucia. *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 26.

40. BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 81.

41. HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline B. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Luam, 1993. p. 49-50.

a Ordem Tributária demonstram uma seletividade do poder punitivo que, no segundo crime, busca apenas obter o ressarcimento aos cofres públicos sem maiores preocupações quanto às possíveis funções da pena e quais os resultados decorrentes de sua inobservância.

Neste tópico, por sua vez, mediante a comparação de julgados do TRF4 e do TJ-RS intentar-se-á evidenciar que o sistema carcerário do Brasil já possui uma clientela bem definida da qual os sonegadores não fazem parte, independentemente do bem jurídico que violam e de como isso impacta em toda coletividade.

3.1. Bens jurídicos violados, proporcionalidade e índices de encarceramento

Dos 23 casos analisados junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 2014, constatou-se que o bem jurídico violado na maioria das vezes alcança quantias vultuosas. Por sua vez, nos acórdãos relativos aos crimes de furto, as quantias subtraídas eram de valor econômico pouco expressivo.

Após a colheita das informações de cada julgado, foi elaborada uma média do valor econômico dos bens jurídicos violados como forma de apontar com que impacto o bem jurídico foi violado, relembrando as premissas desenvolvidas no tópico inicial quanto à importância das receitas tributárias.

Nos crimes contra a o Ordem Tributária, a média do valor dos bens jurídicos atingidos foi de R$ 1.127.504,18, enquanto que nos crimes de furto foi de apenas R$ 1.166,90.

Diante dos princípios da proporcionalidade entre a gravidade do delito e a sanção aplicada, bem como da intervenção mínima do Direito Penal e da aplicação isonômica da legislação, ao menos por uma questão de coerência discursiva, os contra a Ordem Tributário deveriam ser punidos com maior severidade, no sentido de aplicar-lhes a pena mais pesada, por causarem danos mais expressivos e de maior monta, do que aqueles envolvendo quantias significativamente menores.

Ao se partir de uma análise superficial, poderia se chegar à conclusão de que a aplicação de sanção mais severa ocorre nos crimes contra a Ordem Tributária, em razão de que a pena definitiva aplicada a esses crimes, em todos os casos, foi fixada acima de dois anos, enquanto que, nos crimes de furto, as penas variaram entre quatro meses e dois anos, com raras exceções. Ou seja, no cálculo da dosimetria da pena, a proporcionalidade e a isonomia, em tese, são observados.

Contudo, mesmo diante dessas circunstâncias (crimes punidos com penas mais severas), o encarceramento no crime de furto, tanto na forma simples como qualificada, foi substancialmente superior àquele relativo às condutas punidas com pena mais alta, porém, cometidas por agentes de classe social economicamente superior.

Dos 23 delitos contra a Ordem Tributária, independentemente do valor envolvido, não houve nenhum encarceramento, havendo substituição por penas restritivas de direito ou absolvição pela aplicação do princípio da insignificância.

Já nos crimes de furto, dos 23 casos analisados, 16 iniciaram o cumprimento da pena em regime aberto, semiaberto ou fechado, o que gera dúvidas quanto ao atendimento do segundo aspecto do princípio da proporcionalidade referido no início da exposição.

Isso porque o princípio da proporcionalidade concreta, ou seja, no momento da aplicação, deve ser proporcional ao dano social advindo daquela conduta delitiva. Certamente que isso não significa apenas a aplicação de uma pena mais severa, mas também que as consequências penais sejam mais gravosas àqueles que prejudicaram mais a coletividade e o bem jurídico que se busca proteger.[42]

Nesse contexto, possível constatar um contorno ao sistema carcerário por parte dos sonegadores, que mesmo atingindo significativamente bens jurídicos de relevância social e supra individual não são merecedores das consequências degradantes da prisão.

Esses dados confortam a tese da Criminologia Crítica, ainda que na sua vertente mais radical capitaneada por Juarez Cirino dos Santos, no sentido de que a seleção das condutas criminalizadas e dos bens jurídicos protegidos é manipulada para que somente uma determinada parcela da sociedade sofra as consequências do aprisionamento, visto que o sonegador é peça chave na manutenção da hegemonia capitalista.[43]

Por outro lado, é de se destacar que na maioria dos julgados que envolveram o delito de furto, a fundamentação para não imposição de penas alternativas foi a reincidência do agente, conforme se exemplifica mediante trecho da seguinte decisão proveniente do TJ-RS:

> Reanalisando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, entendo que a culpabilidade é plena, uma vez que o réu é imputável e consciente da ilicitude de sua conduta, podendo optar por agir diverso. DEIVIS possui três condenações definitivas anteriores ao presente fato – e não quatro condenações, como constou na sentença –, duas delas consideradas aqui como maus

42. SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas* à *prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 93.

43. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Os discursos sobre crime e criminalidade*. Artigo escrito em homenagem aos Professores Doutores Nilo Batista e Vera Malaguti Batista. Disponível em: [http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf]. Acesso em: 19.05.2016.

> antecedentes e uma na fase seguinte, para fins de agravante da reincidência. Inexistem nos autos dados para aferir acerca da personalidade e conduta social. O motivo foi comum à espécie. Circunstâncias sem relevo. Consequências negativas, pois o prejuízo da vítima se mostrou elevado (R$ 2.000,00), sopesada a sua condição pessoal de agricultor. O comportamento do ofendido não pode ser valorado em seu desfavor. Sopesando os vetores referidos e atento a necessidade de prevenção e repressão do delito, considero suficiente a fixação da pena-base em 02 anos e 06 meses de reclusão. Presente a agravante da reincidência, ratifico o aumento da pena em 06 meses, alcançando patamar definitivo, na ausência de outras causas modificadoras, de 03 anos de reclusão. O regime de cumprimento de pena permanece sendo o semiaberto, diante da reincidência do agente e, também, considerando a análise das circunstâncias judiciais, ex vi do art. 33, §3º do Código Penal. A pena de multa vai reduzida, modo proporcional à basilar ora estabelecida, restando estabelecida em 20 dias-multa, na razão unitária mínima legal.[44]

Na visão da Criminologia Crítica, o modelo de pena restritiva de direitos, ainda que seja um avanço em questão de política criminal, não atende às finalidades do Direito Penal mínimo, visto que apenas cria mais um mecanismo alternativo e arbitrário de punição somado aos restantes, ao invés de possibilitar uma alternativa alheia ao poder punitivo e fora do Direito Penal.[45]

Outro julgado que também merece destaque é oriundo da Quinta Câmara Criminal[46], no qual o agente subtraiu maços de cigarro e produtos de uma loja de conveniência totalizando R$ 403,65 (quatrocentos e três reais e sessenta e cinco centavos), tendo sido condenado a um ano de reclusão, porém, vedada a aplicação do artigo 44 do Código Penal, diante da reincidência do agente em crime doloso.

Já no que se refere aos crimes tributários foi outro o entendimento do TRF4 no processo 0000587-45.2007.404.7205, em que o dano supera a quantia de R$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), porém, o Tribunal Federal reformou

44. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70059258335. Sexta Câmara Criminal. Apelante: Deivis Rodrigues Batista. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator Des. Ícaro Carvalho de Bem Osório. Porto Alegre, 30 abr. 2014. Disponível em: [www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc]. Acesso em: 30.05.2016.

45. CARVALHO, Salo de. *Substitutivos penais na era do grande encarceramento*. Org. Ruth Gauer. Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

46. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70058448119. Quinta Câmara Criminal. Apelante Fabrício Hartmann. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora Des. Lizete Andreis Sebben. Porto Alegre, 30 abr. 2014. Disponível em: [www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc]. Acesso em: 30.05.2014.

a sentença que tinha aplicado pena privativa de liberdade, para substituí-la por restritiva de direitos. Há que se fazer breve consideração acerca da continuidade delitiva que se perpetuou por 73 vezes, ensejando à majoração da pena, mas não chegou a ser suficientemente reprovável para que o indivíduo fosse encarcerado.[47]

Comparando os dois julgados, depreende-se que, no segundo caso, a pena aplicada foi significativamente superior à que foi aplicada ao crime de furto, o valor ou bem jurídico envolvido, ao menos no que tange ao aspecto pecuniário, era muito superior, e o réu, por reiteradas vezes, insistiu na ilicitude. Ainda assim, mereceu a aplicação de uma pena restritiva de direitos, não sendo aprisionado.

Constata-se, portanto, que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é um mecanismo que atua em prol de determinados delitos e em detrimento de outros, coincidentemente, relacionado ao tipo de delito cometido e à classe social da qual o agente provém.

Loïc Wacquant esclarece que somente os agentes delitivos integrantes da parcela mais miserável da sociedade são punidos, sofrendo penas mais severas do que nos casos em que o crime é símile, porém, o agente é pessoa de classe social mais avantajada, sendo a prisão mais parecida com "campo de concentração para pobres ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do

47. "No terceiro estágio, por conta da continuidade delitiva (73 vezes) procede-se à majoração em 2/3 (dois terços) o que remonta no acréscimo de 01 ano, 06 meses e 20 dias. Diante da inexistência de outras causas modificadoras, a privativa de liberdade totaliza 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e não como constou no voto anterior (04 anos, 02 meses e 20 dias). A pena de multa (40 dias) fica mantida no mesmo patamar da sentença, já que fixada de modo extremamente favorável. Igualmente, resta preservado o valor unitário da multa (02 salários mínimos posto que estabelecido de forma adequada). Considerando que o *quantum* de pena definitivamente fixado (03 anos 10 meses e 20 dias de reclusão) fica abaixo de 04 anos, cabível a modificação do regime prisional para o aberto (art. 33, §§ 1º e 2º, alíneas "c" do CP).De igual forma, tendo o crime sido cometido sem violência ou grave ameaça, bem como considerando-se as circunstâncias judiciais favoráveis, fazem-se presentes as condições do art. 44 do Estatuto Repressivo, razão pela qual substituo a pena por duas restritivas de direitos, a saber, prestação de serviços à comunidade (uma hora por dia de condenação) e pecuniária – destinada a entidade pública ou privada com finalidade social, a ser indicada pelo Juiz da Execução – que arbitro em 50 (cinquenta) salários mínimos" (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 0000587-45.2007.404.7205/SC. Sétima Turma. Apelante: Celso Luiz Feltrin. Apelado: Ministério Público Federal. Relatora Desa. Salise Monteiro Sanchotene. Porto Alegre, 18 mar. 2014. Disponível em: [www2.trf4.jus.br/trf4/]. Acesso em: 30.05.2014.

que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica – dissuasão, neutralização ou reinserção".[48]

Julgados do ano 2016 ratificam os resultados até aqui apresentados. Realizada nova pesquisa junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, constatou-se que em três recentes julgados, escolhidos aleatoriamente, o Direito Penal permanece como instrumento de gerenciamento das desigualdades, encarcerando apenas aqueles que não têm muita utilidade para reprodução do *status quo*.

No processo 2003.71.08.014644-7/RS, por exemplo, o bem jurídico violado foi de R$ 303.802,28, a título Imposto de Renda Pessoa Física, mediante omissão de informação e prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias, caracterizada pela não declaração de receitas e variação patrimonial a descoberto. A sentença condenou a ré pela prática do delito previsto no artigo 1º da Lei 8.137/1990 à pena privativa de liberdade de dois anos e seis meses de reclusão, em regime inicial aberto, sendo que a pena foi substituída por duas restritivas de direito, quais sejam, a de prestação de serviços à comunidade e a de prestação pecuniária. O acórdão somente reduziu o valor da multa, mantendo as demais questões e, por consequência, afastando o cárcere do sonegador, ainda que tenha havido continuidade delitiva em quatro oportunidades.[49]

Em outro caso, apesar de a decisão de primeira instância ter entendido como improcedente a pretensão acusatória, com posterior reforma junto ao TRF4 para condenar o réu à pena privativa de liberdade diante da supressão de R$ 1.730.856,82, o relator destacou que, "considerando que a pena privativa de liberdade imposta ao réu resultou em *quantum* inferior a 4 (quatro) anos, mostra-se cabível a substituição (art. 44 do CP) por prestação de serviços à comunidade, pelo tempo da condenação, e pecuniária no valor de 20 (vinte) salários mínimos, destinados a entidade de assistência social conveniada com a Justiça Federal, podendo, inclusive, ser objeto de parcelamento".[50]

Ou seja, novamente, a despeito do montante significativo envolvido, que atinge diretamente toda a coletividade, o encarceramento como consequência

48. WACQUANT, Loïc. *Prisões da miséria*. Trad. André Telles. Sabotagem, 2004.

49. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 2003.71.08.014644-7/RS. Sétima Turma. Apelante: Vania Elizabeth Muller. Apelado: Ministério Público Federal. Relator Des. Márcio Antonio Rocha. Porto Alegre, 09 ago. 2016. Disponível em: [www2.trf4.jus.br/trf4/]. Acesso em: 11.09.2016.

50. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5002342-33.2013.4.04.7003/PR. Sétima Turma. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Rubens Natal Pereira. Relator Des. Cláudia Cristina Cristofani. Porto Alegre, 09 ago. 2016. Disponível em: [www2.trf4.jus.br/trf4/]. Acesso em: 11.09.2016.

penal não ocorreu, com fundamento no disposto no artigo 44 do Código Penal, sem que sequer fosse analisado o atendimento dos requisitos constantes nos seus incisos, em especial o III, que exige a análise da "culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente", sendo feita apenas uma menção genérica.

Importante salientar que a culpabilidade, referida no inciso III do artigo 44 do Código Penal, se refere ao grau de reprovabilidade da conduta, sendo necessário que o juízo manifeste expressamente as razões que o levaram ao seu convencimento, o que no julgado acima não ocorreu, havendo quase que uma lógica direta de substituição da pena vinculada ao tipo de delito e não às circunstâncias efetivas do caso concreto.

Na mesma linha, o acórdão proferido na Apelação Criminal 5002226-09.2013.4.04.7009/PR onde a sonegação fiscal resultou em supressão de valores consolidados em R$ 3.452.536,34 (COFINS) e R$ 749.563,62 (PIS/PASEP), sendo que o réu foi condenado a pena de reclusão em 2 anos, 7 meses e 15 dias. Na fundamentação do julgado, diante do preenchimento dos pressupostos objetivos e subjetivos do artigo 44, incisos I, II e III, sem que a análise deles fosse efetivamente descrita na decisão, autorizou-se a substituição por pena restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade) e multa.[51]

No que se refere aos delitos de furto, analisando três casos do ano de 2016 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, elegidos por amostragem, constata-se que o encarceramento permanece significativamente superior aos crimes tributários, ainda que a pena final aplicada seja inferior e o bem jurídico insignificante, se economicamente comparado aos danos causados pelos crimes tributários.

Na Apelação Criminal 70066801648, foi subtraída uma motocicleta no valor de R$ 3.000,00, tendo o agente sido condenado, em primeira instância, a um ano e nove meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto. O pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não foi concedida, já que o réu possuía antecedentes, não preenchendo o inciso III do já citado artigo 44 do Código Penal, devidamente analisado pelo relator.[52]

51. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5002226-09.2013.4.04.7009/PR. Sétima Turma. Apelante: Cledimil Martins da Costa. Apelado: Ministério Público Federal. Relator Juiz Federal Convocado Gilson Luiz Inácio. Porto Alegre, 28 jun. 2016. Disponível em: [www2.trf4.jus.br/trf4/]. Acesso em: 11.09.2016.

52. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70066801648. Sexta Câmara Criminal. Apelante: Robson Trindade Bruisma. Apelado: Ministério Público do

Destoa a Apelação Criminal 70068563220, na qual se analisava a subtração de dois) animais ovinos da raça Corredale, avaliados em R$ 500,00 (quinhentos reais), em que os réus foram condenados a um ano e seis meses de reclusão e um ano e quatro meses de reclusão, tendo sido a pena restritiva de liberdade substituída por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.[53] A exceção do julgado em questão se refere à reincidência, já que, na espécie, a substituição da pena se deu justamente em razão da sua ausência.

Pelo anteriormente delineado, resta claro que as escolhas de política criminal adotadas em um ou outro delito têm finalidades específicas e distintas. Constatou-se que, na grande maioria dos crimes contra a Ordem Tributária, o objetivo do Estado não é punir o sonegador, mas apenas coagi-lo ao pagamento do tributo, sendo que a pena restritiva de liberdade, pelo que foi pesquisado junto ao TRF4, simplesmente não ocorre.

Nos crimes de furto, por sua vez, pela natureza do delito e do autor que, via de regra, o pratica, independentemente da insignificância dos valores envolvidos, o encarceramento é uma consequência natural.

3.2. Critérios utilizados para aplicação do princípio da insignificância

Outro aspecto que corrobora para evidenciação da seletividade é que, no tocante aos crimes contra a Ordem Tributária, a verificação do princípio da insignificância[54] demanda critérios muito mais objetivos, já que se o montante

Estado. Relatora Desa. Bernadete Coutinho Friedrich. Porto Alegre, 01 set. 2016. Porto Alegre. Disponível em: [www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc]. Acesso em: 11.09.2016.

53. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70068563220. Sexta Câmara Criminal. Apelante: Jose Carlos Bras Lima e Leonardo Rodrigues Lopes. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora Desa. Bernadete Coutinho Friedrich. Porto Alegre, 01 set. 2016. Porto Alegre. Disponível em: [www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc]. Acesso em: 11.09.2016.

54. "*Descrição do Verbete*: o princípio da insignificância tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, ou seja, não considera o ato praticado como um crime, por isso, sua aplicação resulta na absolvição do réu e não apenas na diminuição e substituição da pena ou não sua não aplicação. Para ser utilizado, faz-se necessária a presença de certos requisitos, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (exemplo: o furto de algo de baixo valor). Sua aplicação decorre no sentido de que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade

sonegado não ultrapassar a quantia que seria cobrada pela Fazenda Nacional em sede de Execução Fiscal, não será submetido à persecução penal, entendimento consolidado por intermédio de recurso representativo de controvérsia (REsp 1.112.748/TO), que fixou este parâmetro em R$ 10.000,00 (dez mil reais), tendo em vista o disposto no artigo 20 da Lei 10.522/02, sendo que a publicação da Portaria do Ministério da Fazenda 75, de 23 de fevereiro de 2012 implicou majoração deste limite para R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

No que se refere aos crimes de furto, por questões de política criminal, não há um critério objetivo, exigindo que a cada caso concreto, diante das circunstâncias, aplique-se ou não a benesse, o que, por si só, abre uma margem de subjetividade incompatível com a tipicidade cerrada exigida pelo Direito Penal.

Na pesquisa realizada em 2014, constatou-se que, quando da análise da aplicação do princípio da insignificância, visto que o objeto furtado era avaliado em R$ 100,00 (cem reais), também é possível constatar que ocorre um distanciamento da efetiva danosidade da conduta, negando a aplicação do princípio com base nos antecedentes do agente, sendo possível vislumbrar um direito penal do autor, em detrimento do direito penal do fato. Na já citada Apelação Criminal 70058139346, a fundamentação para negar a excludente de tipicidade foi no seguinte sentido:

> Como se vê, há que se dizer que o grau de reprovabilidade da conduta do acusado não é reduzido. Nesse sentido, é de se sublinhar que o acusado já possui decisão condenatória transitada em julgado também pelo cometimento do delito de furto (conforme certidão de fls. 87/93). Essa circunstância está a indicar– ao menos para este signatário – reiteração delitiva, significando que o réu Diego, muito embora já censurado pelo Poder Judiciário, insiste em transgredir a Lei Penal. Além disso, frise-se que possui também o acusado outra decisão condenatória – só que essa não transitada em julgado – pela prática do crime de roubo e responde ainda a outros processos todos por delitos da mesma natureza, o que reforça o argumento acima expendido. À vista disso, a reiteração no cometimento de crimes não é compatível com a aplicação do princípio da insignificância. Pensar o contrário significaria permitir que delinquentes passassem a agir livremente contra o ordenamento jurídico, o que não pode ser aceito.

A culpabilidade tem como objetivo punir o fato praticado, diante de sua gravidade, e não o agente pelo que ele é em si. Por isso, a "culpabilidade pelo fato

---

da própria ordem social" (Supremo Tribunal Federal. Glossário Jurídico: Princípio da Insignificância (crime de bagatela). Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=491]. Acesso em: 19.05.2016).

individual é a única que se conforma à pena proporcional ao delito, e não como ajuste geral de contas, uma vez que no Estado de direito o fato está limitado a um fragmento da vida do autor e ao seu atuar, e não ao seu ser".[55]

O mesmo se depreende dos fundamentos do Acórdão 70058644410[56], no qual a agente subtraiu cinco tubos de óleo de amêndoas de um mercado, totalizando o dano de R$ 94,50 (noventa e quatro reais e cinquenta centavos), sendo que o delito não chegou sequer a ser consumado, mas mesmo assim teve negada a aplicação do princípio da insignificância ao argumento de que R$ 95,00 e o fato do réu ser reincidente tornavam aquela conduta juridicamente relevante.

No crime de sonegação fiscal, os danos de R$ 3.271,39 (três mil duzentos e setenta e um com trinta e nove), no processo 5007733-31.2011.404.7005,[57] e R$ 5.799,36, no processo 5003999-26.2012.404.7009,[58] seriam valores considerados insignificantes, excluindo a tipicidade das condutas e absolvendo os agentes que atentaram contra a Ordem Tributária.

A análise dos requisitos do princípio da insignificância no caso apresentado mostra uma objetividade muito maior em relação ao delito de furto, visto que para sua aplicação basta que o valor não ultrapasse a quantia determinada pela Procuradoria da Fazenda para que seja possível a absolvição do acusado.[59]

---

55. BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

56. "No dia 31 de julho de 2009, por volta das 16h30min, nas dependências do estabelecimento comercial Supermercado Dalpiaz, situado na Rua Marechal Floriano Peixoto, n. 1.139, Centro, em Osório/RS, a denunciada Roberta Martins dos Santos tentou subtrair, para si, 05 (cinco) tubos de óleo de amêndoas, marca Paixão, todos pertencentes à empresa vítima acima referida, representada por Emerson Remi Kubiaki, supervisor do mercado" (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70058644410. Quinta Câmara Criminal. Apelante: Roberta Martins dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator Des. Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 30 abr. 2014. Disponível em: [www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc]. Acesso em: 30.05.2014).

57. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5007733-31.2011.404.7005/PR. Oitava Turma. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Reginaldo Luiz Fernandes Conceição. Relator Des. João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 18 fev. 2014. Disponível em: [www2.trf4.jus.br/trf4/]. Acesso em: 30.05.2014.

58. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5003999-26.2012.404.7009/PR. Oitava Turma. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: João Elias Gonçalves. Relator Des. João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 18 fev. 2014. Disponível em: [www2.trf4.jus.br/trf4/]. Acesso em: 30.05.2014.

59. "*In casu*, verifica-se que o crédito tributário apresenta o valor total de R$ 11.529,33 (onze mil, quinhentos e vinte e nove reais e trinta e três centavos) – valor em 26/8/2010,

Nos Autos da Apelação Criminal 5001421-98.2014.404.7210 do TRF4, ainda que trate do crime de descaminho que também atinge a Ordem Tributária, entendeu a Turma que o fato de existirem outros registros administrativos de apreensão envolvendo o mesmo agente, não poderia ser considerado para fins de aplicação do princípio da bagatela, já que, diante da ideia de um Direito Penal do fato e não do autor, a habitualidade não pode obstaculizar o reconhecimento da insignificância penal.[60]

Por sua vez, no tocante ao crime de furto, no julgado proferido pela Sexta Câmara Criminal do TJ-RS, entende o relator, que o princípio em questão, ainda que o valor do bem jurídico atingido tenha sido avaliado em R$ 399,00, não poderia ser aplicado, sendo que um dos fundamentos da negativa consiste nas "condições pessoais do denunciado, que não recomendam a aplicação do princípio". Ressaltou-se que, embora primário, o réu responde outras três ações penais por fatos anteriores e, por isso, suas condições subjetivas desaconselham a concessão da benesse.[61]

No caso do furto, resta clara a utilização de um Direito Penal do autor, porquanto processos cujo trânsito em julgado ainda não foi alcançado, justificam a inaplicabilidade

---

data da lavratura do auto de infração. Analisando-se as parcelas que integram o respectivo auto de infração, percebe-se que o crédito tributário é composto por R$ 3.271,39 de 'imposto', por R$ 897,32 referentes a 'juros de mora' e por R$ 7.360,62 que dizem respeito à 'multa de ofício' (evento 1, ANEXOSPET2, pág. 30).Para fins penais, conforme exposto, interessa o valor do tributo sonegado, que corresponde a R$ 3.271,39 (três mil, duzentos e setenta e um reais e trinta e nove centavos).Sendo tal valor inferior ao parâmetro estabelecido pela Lei 10.522, de 19/07/2002 (R$ 10.000,00), aplicável ao caso tendo em vista a época da consumação do delito, é devido o reconhecimento da atipicidade material da conduta em decorrência da aplicação do princípio da insignificância, com a consequente absolvição do acusado. A sentença, portanto, não merece reparos" (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5007733-31.2011.404.7005/PR. Oitava Turma. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Reginaldo Luiz Fernandes Conceição. Relator Des. João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 18 fev. 2014. Disponível em: [www2.trf4.jus.br/trf4/]. Acesso em: 30.05.2014.

60. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5001421-98.2014.404.7210. Oitava Turma. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Aldair Bráulio. Relator Des. João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 28 jun. 2016. Disponível em: [www2.trf4.jus.br/trf4/]. Acesso em: 11.09.2016.

61. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70068127414. Oitava Câmara Criminal. Apelante: Dionatan Rafael Maciel da Silva. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora Desa. Fabianne Breton Baisch. Porto Alegre, 31 ago. 2016. Porto Alegre. Disponível em: [www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc]. Acesso em: 11.09.2016.

do aludido princípio, ao contrário do que ocorreu com o crime que atentou contra a Ordem Tributária e, diga-se de passagem, de forma muito mais significativa, com a existência de outros registros de apreensão administrativa.

Da mesma forma, na Apelação Criminal 5000473-44.2013.4.04.7000 do TRF4 o réu restou condenado a dois anos, oito meses e 20 dias de reclusão, em regime aberto pela prática de condutas que resultaram na sonegação de R$ 102.974,72.

Porém, a Turma entendeu que, para fins de aplicação do princípio da bagatela, necessário considerar, isoladamente, o valor suprimido em cada exercício, mediante a prática do delito de sonegação fiscal. Vale dizer, se todo ano o contribuinte proceder com a sonegação de R$ 19.000,00 (dezenove mil reais), através da Declaração do Imposto de Renda, por exemplo, mesmo que o total sonegado seja de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), aplica-se o princípio da insignificância, excluindo a tipicidade da conduta.[62]

Na Apelação Criminal 70069220465 do TJ-RS, o agente, mediante a utilização de uma chave de fenda, subtraiu sabonetes e perfumes que totalizaram a quantia de R$ 848,00 (oitocentos e quarenta e oito reais), tendo sido condenado a um ano de reclusão em regime inicial aberto. Quanto ao princípio da insignificância, o relator considerou que

> na medida em que as circunstâncias do fato impedem a aplicação do axioma diante do "desvalor da conduta" do réu, que logrou destravar a tranca da porta de entrada do estabelecimento da vítima e ingressar no local, de onde subtraiu diversos produtos e a quantia em dinheiro de R$ 200,00. Ademais, veja-se que os produtos subtraídos e a quantia em dinheiro, somados, atingem o montante de R$ 848,00, valor bastante superior ao salário mínimo vigente à época do fato (R$ 678,00).[63]

Constata-se que, nesse caso, o salário mínimo foi considerado como critério objetivo para fins de aferição da gravidade com que o bem jurídico foi atingido, a fim de apurar se a conduta pode ser considerada insignificante.

62. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5000473-44.2013.4.04.7000/PR. Sétima Turma. Apelante: Cristovam Dionisio De Barros Cavalcanti Junior. Apelado: Ministério Público Federal. Relator Desa. Cláudia Cristina Cristofani. Porto Alegre, 23 fev. 2016. Disponível em: [www2.trf4.jus.br/trf4/]. Acesso em: 11.09.2016.

63. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70069220465. Sexta Câmara Criminal. Apelante: Alisson de Souza de Oliveira. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora Des. Aymoré Roque Pottes De Mello. Porto Alegre, 01 set. 2016. Porto Alegre. Disponível em: [www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc]. Acesso em: 11.09.2016.

Apesar do critério objetivo vinculado ao salário mínimo, em outro julgado recente, o relator entendeu que a subtração de "03 (três) frascos de óleo de amêndoas, marca Paixão, 200ml, avaliados, aproximadamente, em R$ 51,00 (cinquenta e um reais), conforme auto de apreensão" não poderia ser considerado irrisório, já que representava mais de 10% do valor do salário-mínimo da época, que era de R$ 465,00 (quatrocentos e sessenta e cinco reais). Além disso, a ré ostenta duas condenações definitivas posteriores, uma por fato anterior e a outra por fato posterior, por, respectivamente, furto qualificado tentado e furto simples tentado, bem como responde a outras duas ações penais, por fatos anteriores ao presente – roubo impróprio e roubo duplamente majorado, o que também impediria a aplicação do princípio.[64]

Partindo dessas premissas, é possível afirmar que dois delitos, que atingem apenas o patrimônio, sem o emprego de violência, possuem critérios objetivos totalmente distintos e com uma diferença de valor significativa para fins de aplicação de uma política criminal que exclui a tipicidade da conduta.

Esse cenário permite estabelecer uma conexão com as ideias de Lombroso e o paradigma etiológico, introduzida em território nacional por Nina Rodrigues, que defendia a necessidade de Códigos Penais distintos para cada região do Brasil. Mesma ideia se extrai da comparação entre os crimes de furto e o crime de sonegação fiscal que recebem tratamentos diferenciados e, diga-se de passagem, mais benéficos justamente aos que são de uma classe social privilegiada.

Isso reforça a ideia de que o Direito Penal, no que tange aos crimes contra a Ordem Tributária, não tem o condão de punir, mas apenas de coagir o contribuinte ao pagamento do tributo, evitando que o mesmo chegue ao sistema carcerário. Já nos crimes de furto, ainda que os valores sejam irrisórios, por inúmeras circunstâncias, dentre elas, as circunstâncias pessoais do agente, não só impedem a aplicação do princípio da bagatela, como também a substituição por pena restritiva de direitos, direcionando o infrator ao cárcere na esmagadora maioria dos casos analisados.

3.3. Considerações à luz da Criminologia Crítica[65]: seletividade penal

Nas comparações formuladas nos tópicos precedentes, possível perceber o Direito Penal simbólico. O poder punitivo apenas busca coagir o contribuinte

64. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70066892027. Oitava Câmara Criminal. Apelante: Ines Teresinha de Jesus. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora Des. Fabianne Breton Baisch. Porto Alegre, 31 ago. 2016. Porto Alegre. Disponível em: [www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc]. Acesso em: 13.09.2016.

65. Certamente que há um enorme dissenso acerca do conceito de Criminologia Crítica, de modo que, sem qualquer pretensão de esgotar a matéria, entende-se que a definição

ao pagamento do tributo e garantir o recebimento da receita, condicionando a instauração de ação penal ao interesse da Procuradoria da Fazenda Nacional. O mesmo se constata do parcelamento da dívida que extingue a punibilidade: claro instrumento de coação do Estado, valendo-se do Direito Penal para cobrança de tributos.[66]

Nota-se, portanto, a manipulação de vários setores que integram a sociedade para que haja um efeito sancionatório menos significativo em determinadas ações, que, não por mero acaso, são praticadas por agentes que detêm uma condição econômica favorável e que influenciam o meio público para que suas demandas prevaleçam na disputa democrática (escolha de bens jurídicos, penas e políticas criminais).

A seletividade penal, portanto, irradia efeitos para além das partes envolvidas no crime de sonegação fiscal ou furto. Aliás, reforça e reproduz uma lógica de mercado de caráter instrumental. Há um intocável vínculo entre o sistema penal e o sistema político-econômico[67] que reforça a perpetuação no poder de uma minoria financeiramente mais abastada.

Importante salientar que a pesquisa não tem o condão de defender o recrudescimento da legislação penal em relação aos crimes tributários. Ainda que a inversão punitivista vá ao encontro das ideias de algumas vertentes da Criminologia Crítica, Alessandro Baratta aponta que tal perspectiva não é a alternativa mais adequada para tentar modificar a atual conjuntura expansionista do poder punitivo, visto que, como já referido, atua na possível relegitimação, em evidente contradição de discursos:

> Mesmo na perspectiva de tal "uso alternativo" do direito penal, é necessário, no entanto, ter o cuidado de não supervalorizar sua idoneidade e dar, por outro lado, a devida importância, também neste campo, a meios alternativos e não menos rigorosos de controle, que em muitos casos podem se revelar bastante

mais apropriada seria no sentido de que ela funda seus alicerces na análise crítica do Direito Penal clássico, buscando desconstruir os discursos oficiais do Poder Punitivo e revelar uma utilização instrumental que tem como finalidade o gerenciamento das desigualdades causadas pelo regime de acumulação de riqueza e poder, corolário do regime capitalista (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 254).

66. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

67. FALEIROS JÚNIOR, Roberto G. *Direitos humanos e tutela penal*: um diálogo marginal. São Paulo: Unesp, 2013. p. 25.

> eficazes. Além disso, é necessário evitar cair em uma política reformista e, ao mesmo tempo, "pan-penalista", consistindo em uma simples extensão do Direito Penal ou em ajustes secundários de seu alcance; tal política poderia confirmar a ideologia da defesa social e posteriormente legitimar o sistema repressivo tradicional tomado como um todo.[68]

O cerne da questão, portanto, é refletir acerca de quem detém a possibilidade de selecionar quais os bens jurídicos de maior reprovabilidade e prejudicialidade social, bem como as políticas criminais adotadas para reprimir as condutas que visam atingi-los e por qual razão. Isso, como apontado anteriormente, tem reflexos na corrupção e na manipulação dos interesses pelas classes dominantes que, ao manifestar seu poderio econômico, influenciam os mais diversos setores públicos para atenderem as suas demandas particulares.

Como destacado por Zaffaroni e Batista, os delitos cometidos pelos agentes mais abastados possuem benefícios mascarados de punição, sem que haja resultados práticos efetivos ou, se não, no mínimo desproporcionais.[69] Em face dos paradigmas do neoliberalismo que sedimentaram o sistema penal brasileiro, este se tornou uma ferramenta a serviço do poder econômico-político que, além de ter por costume desrespeitar direitos humanos, afeta substancialmente os direitos das classes subalternas em razão de sua seletividade.[70] Dessa maneira, reflete toda a ideologia hegemônica e contribui para a manutenção da estruturação socioeconômica vigente.

A suposta punição isonômica pretendida pelo poder punitivo, portanto, mostra-se como uma ferramenta que garante a manutenção da classe dominante no poder, sem ameaçar as manipulações político-econômicas que garantem a sua legitimidade. Seleciona indivíduos excluídos do mercado capitalista que não

---

68. "Aun en la perspectiva de tal 'uso alternativo'" del derecho penal, es menester, sin embargo, cuidar se de sobre valorar su idoneidad y dar, en cambio, la debida importancia, también en este campo, a medios alternativos y no menos rigurosos de control, que em muchos casos pueden revelar se muy eficaces. Además, es preciso evitar la caída en una política reformista y al mismo tiempo 'panpenalista', consistente en una simple extensión del derecho penal o en ajustes secundarios de su alcance; política que también podría confirmar la ideologia de la defensa social y ulteriormente legitimar el sistema represivo tradicional tomado en su globalidad" (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica del derecho penal, introducción a la sociologia jurídico-penal*. Buenos Aires. Editores Argentina, 2004. p. 215).
69. ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit., p. 43.
70. FALEIROS JÚNIOR, Roberto G. *Direitos humanos e tutela penal*: um diálogo marginal. São Paulo: Unesp, 2013. p. 33.

podem ser utilizados como força de trabalho, tornando-os passíveis de exclusão, cujo gerenciamento incumbe ao Direito Penal.[71]

A utilização do poder punitivo contra as classes dominantes, além de ter se mostrado medida impotente, surte efeitos contrários e nocivos no âmbito da igualdade e das garantias constitucionais.[72] Ainda, diante da sua ineficácia, não se pode pretender a sua relegitimação, visto que, tal raciocínio, vai de encontro às ideias críticas de redução imediata da máquina punitiva.[73]

Sutherland, explicando uma das vertentes do direito criminal crítico, reforça que as "classes superiores são politicamente importantes e proíbem atos danosos das classes menos privilegiadas, mas as leis se definem e executam de tal maneira que os atos danosos e sutis das classes superiores não caem dentro do seu âmbito".[74]

Zaffaroni chama atenção para a "periculosidade presumida"[75] que afeta particularmente a realidade carcerária brasileira no que tange ao aprisionamento anterior ao julgamento, também partícipe nesta verdadeira quebra de isonomia que é a diferença de aprisionamento nos casos de crimes contra a ordem tributária e o crime de furto, eis que os agentes que praticam este último geralmente são *outsiders*[76], enquanto os sonegadores não só estariam dentro de um padrão social aceito pela sociedade, como muitas vezes estão inseridos no contexto daqueles que produzem as regras.

Nesse contexto, o caminho do Direito Penal, à luz da Criminologia Crítica, deve ser pautado na contração e redução do poder punitivo, consagrando

71. BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 365.

72. "No plano jurídico é óbvio que esta seleção lesiona o princípio da igualdade, desconsiderado não apenas perante a lei mas também na lei. O princípio constitucional da isonomia (art. 5º CR) é violável não apenas quando a lei distingue pessoas, mas também quando a autoridade pública promove uma aplicação distintiva (arbitrária) dela" (ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit., p. 46).

73. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica del Derecho Penal, introducción a la sociologia jurídico-penal*. Buenos Aires. Editores Argentina. 1. ed. 2004.

74. SUTHERLAND, Edwin H. *Princípios da criminologia*. São Paulo: Martins, 1949.

75. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 71.

76. Designa-se outsiders "aquelas pessoas consideradas desviantes por outras, situando-se por isso fora do círculo dos membros 'normais' do grupo". Mas o termo contém um segundo significado, cuja análise leva a um outro importante conjunto de problemas sociais: 'outsiders', do ponto de vista da pessoa rotulada de desviante, podem ser aquelas que fazem as regras de cuja violação ela foi considerada culpada" (BECKER, Howard S. *Outsiders*: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 27).

a *ultima ratio*, aplicado com maior restrição possível e procedendo com a descriminalização de algumas condutas, iniciando pelos crimes contra a Ordem Tributária.[77]Amilton Bueno de Carvalho declara:

> Mas, se de um lado tem se o caso de Valdir Siqueira da Rosa, de outro temos o caso de outra classe sempre muito bem tratada pelo *estabilishiment* jurídico-político-dogmático brasileiro, qual seja, a dos sonegadores de impostos. Veja-se que ironia: Valdir deu um golpe de R$ 80,00 e pagou o prejuízo antes do recebimento da denúncia! Foi denunciado, processado e condenado à prisão, sem qualquer contemplação *ora, tivesse Valdir sonegado impostos ou tributos, em valor de milhões e essa barbárie ocorresse milhares de vezes todos os dias em todo o Brasil -, bastaria que pagasse o prejuízo antes do oferecimento da denúncia que nem processado seria.* Tudo em conformidade com a Lei 9.249/95 e seu art. 34, autentico regalo natalino concedido aos sonegadores de impostos e tributos de nosso país. O que dizer disso? E o princípio da isonomia?[78]

Hulsman aponta que "a única maneira de deter a cancerização institucional e revalorizar outras práticas de relacionamento social é desinstitucionalizar na perspectiva abolicionista".[79]

O tratamento diferenciado, dispensado aos agentes que atentam contra a Ordem Tributária, em relação a outros delitos de menor gravidade, perpetra violação ao princípio da isonomia, proporcionalidade e intervenção mínima, sendo necessário buscar novas perspectivas que não tenham consequências tão nefastas a ponto de retrair princípios constitucionais.[80] France, criticamente, salienta que:

77. "[...] Quarto, a descriminalização é indicada nas hipóteses do direito penal simbólico, especialmente em crimes ecológicos e tributários, substituídos por ilícitos administrativos e civis dotados de superior eficácia instrumental e social" (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia crítica e a reforma da legislação penal*. Artigo. Disponível em: [www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf.]. Acesso em: 17.05.2016).

78. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação-Crime 297019937. Apelante: Valdir Siqueira da Rosa. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator Des. Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 25 maio 1997.

79. HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline B. Op. cit., p. 40.

80. ALMEIDA, Fernanda Afonso de. *Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal*: uma abordagem à luz da teoria crítica. 246 fl. Dissertação. Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia- Professor Orientador Sérgio Salomão Shecaira. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 77.

> Outro motivo de orgulho, ser cidadão! Isto significa, para os pobres, sustentar e conservar os ricos em sua opulência e ociosidade. Eles devem trabalhar perante a igualdade das leis, que proíbem tanto ao rico quanto ao pobre de dormir sob as pontes, de mendigar nas ruas e de roubar pão.[81]

Evidenciada a seletividade que predomina no exercício do poder punitivo, o Direito Penal, inclusive o Direito como um todo, necessitam de disciplinas que possam abrir novos horizontes e perspectivas, retratando a sua função real/latente e elaborando políticas criminais alternativas que visem reforçar o Estado Democrático de Direito. Isso tende a conter o sistema punitivo que alcança proporções gigantescas, perdendo a sua credibilidade em razão da atuação parcial e voltada ao controle das classes que poderiam ameaçar a manutenção da hegemonia capitalista.[82]

4. Conclusão

Partindo dessas premissas e concretizada a análise legislativa, jurisprudencial e doutrinária, corroborada pela avaliação qualitativa de casos, foi possível tecer as considerações que agora se sistematizam:

No âmbito do Poder Legislativo, constatou-se que o privilégio de realizar o pagamento do tributo possibilitando a extinção da punibilidade, demonstra como o poder, em âmbito global, influencia no agir da Administração Pública, condicionando a sua atuação aos interesses da classe dominante mascarando o intuito arrecadatório com benefícios para escapar do cárcere.

No Poder Judiciário, verifica-se que a interpretação benéfica aos sonegadores se mostra presente, permitindo que o tributo seja pago até mesmo após a sentença penal condenatória, sendo fornecidas todas as alternativas possíveis para que o criminoso não sofra as consequências do encarceramento, visto que tal estigma não lhe pertence.

No Poder Executivo, esses privilégios se mostram ainda mais latentes, pois a atuação parcial das agências de controle, agindo somente contra a parcela da sociedade proveniente das classes sociais mais pobres, como é o caso dos agentes que cometem furto, corrobora com as conclusões da Criminologia Crítica no sentido de um poder punitivo instrumental, confirmando a desigualdade do capitalismo. Da mesma forma, verificou-se que os bens jurídicos atingidos nos

81. FRANCE, Anatole. *Le lys rouge*. Paris: Calmann-Lévy, 1923.

82. KARAM, Maria Lucia. Op. cit., 2005.

crimes contra a Ordem Tributária eram significativamente superiores em questão de valores, além do que, buscou-se no decorrer do trabalho destacar a importância de tal receita para o conceito de Estado, pelo que pela lógica clássica, a pena mais severa deveria lhe ser aplicada, se comparados com crimes de menor potencial ofensivo, envolvendo valores irrisórios, o que não se percebe. Ao menos não no que se refere às efetivas consequências penais, considerando, também, o segundo aspecto do princípio da proporcionalidade.

Pelo contrário, por questões de política criminal, talvez vinculadas a condições sociais distintas, os agentes que sonegam tributo, ainda que tenha lhes sido aplicada pena superior aos dos agentes que cometem furto, jamais chegam ao sistema carcerário. Já nos casos de furto, praticamente 70% dos casos analisados iniciaram o cumprimento da pena em regime fechado, semiaberto ou aberto.

Ainda, verifica-se que a questão da reincidência também foi avaliada de forma distinta, visto que o agente que cometeu furto, condenado a pena de um ano e três meses, por ser reincidente, não mereceu a substituição da pena. Por outro lado, o sonegador que desviou mais de R$ 400.000,00 dos cofres públicos, condenado a pena superior a dois anos, também reincidente, teve concedida a substituição da pena por restritivas, sendo liberado do cárcere.

Da mesma forma, verifica-se tratamento desigual na aplicação do princípio da insignificância, bem como uma análise distinta nas condições para concessão do benefício. Para os sonegadores, bastava o valor estar abaixo do que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional buscaria em juízo, que a aplicação do princípio seria possível, ainda que existissem outros processos administrativos que tenham constatado a mesma ilicitude. No crime de furto, valores entre R$ 90,00 e R$ 100,00 foram considerados relevantes, sendo os antecedentes do agente avaliados como condição negativa para não aplicação do princípio, encaminhando o condenado ao regime prisional.

Por todas essas razões, viável considerar que o Direito Penal não se presta para combater os que detêm o poder econômico. A seleção de bens jurídicos e atuação das agências de controle depende de diretrizes que estes detentores de poder impõem. O atual contexto, globalizado, enfraquece o poder político interno e o condiciona, inclusive, a interesses internacionais, em especial, perpetuação do *status quo*, calcado no acúmulo de riqueza e poder. Por isso, a descriminalização de inúmeras condutas, como a de furto, mas, em especial, a dos crimes contra a Ordem Tributária é uma medida viável para tentar restabelecer a confiança no Estado como garantidor da igualdade e não como gerenciador das desigualdades.

Serve de alerta os ensinamentos de Barros para quem "o Brasil vive hoje em tempos de neoliberalismo econômico, social e político e o Direito é um componente iterativo e externador dessa nova realidade".[83]

Isso porque o Direito Penal Tributário não pretende punir e sim coagir ao pagamento do tributo, o que gera uma aplicação desigual do poder punitivo, enfraquecendo qualquer sentimento democrático e até humano, por revelar a intenção de punir a pobreza e um tratamento diferenciado entre ricos e pobres.

O problema que se impõe como óbice para modificação do sistema é justamente a influência do poder econômico no poder político e o agir da Administração Pública, por vezes, vinculado a interesses particulares. Demandas políticas são privilegiadas em razão de pagamento de propina ou outros favores políticos e isso guarda uma relação de causa e efeito entre a seletividade penal e a forma de incidência do poder punitivo.

A pesquisa dedicou-se a evidenciar a existência de um sistema penal seletivo, arbitrário e parcial, partindo da legislação e opções de política criminal, passando pelo Judiciário e desaguando na corrupção de todo o sistema que recoloca em cena o interesse da classe dominante como um círculo vicioso que, nos moldes em que se encontra a atual legislação e a forma de organização do Poder Público, jamais será rompido.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALMEIDA, Fernanda Afonso de. *Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal*: uma abordagem à luz da teoria crítica. 246 fl. Dissertação. Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia- Professor Orientador Sérgio Salomão Shecaira. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*: do controle da violência a violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. *Revista de Direito Público*, v. 23, n. 93, 1990.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica del derecho penal, introducción a la sociologia jurídico-penal*. Buenos Aires: Editores Argentina, 2004.

83. BARROS, Wellington Pacheco. *A intepretação sociológica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 145.

BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F, 2004.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BARROS, Wellington Pacheco. *A intepretação sociológica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 01.11.2005. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547]. Acesso em: 02.11.2015.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BATISTA, W. M. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BECKER, Howard S. *Outsiders*: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BORTOWSKI, Leandro Barreto. *O preço da liberdade*: a extinção da punibilidade nos delitos econômicos à luz do Princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: WS Editor, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1988.

CARVALHO, Salo de. *Substitutivos penais na era do grande encarceramento*. Org. Ruth Gauer. Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Dialética. 2002.

FALEIROS JÚNIOR, Roberto G. *Direitos humanos e tutela penal*: um diálogo marginal. São Paulo: Unesp, 2013.

FAYET JUNIOR, Ney. Criminalidade Econômica e Princípio da Racionalidade: Coordenada para Construção de uma Política Criminal Racional. *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Org. Ruth Gauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

FELDENS, Luciano. A conformação constitucional do direito penal. In: WUNDERLICH, Alexandre Lima (Coord.). *Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRANCE, Anatole. *Le lys rouge*. Paris: Calmann-Lévy, 1923.

HUGO, Maicon Guedes. *Política Criminal no direito penal tributário*: uma abordagem pela descriminalização substitutiva utilizando o Direito Administrativo Sancionador. 2007. 173 fl. Dissertação. Mestrado (Direito Penal) – Professor Orientador Juarez Cirino dos Santos – Universidade Federal do Paraná. Curitiba.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline B. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

KARAM, Maria Lucia. *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MENDONÇA JUNIOR, Maurício José de; FERREIRA, Valéria Corrêa Silva. *Considerações sobre direito penal tributário*. Disponível em: [http://unipacaraguari.edu.br/oPatriarca/v3/arquivos/trabalhos.]. Acesso em: 05.04.2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general. 2. ed. Madrid: Civitas, 2003. t.1. Disponível em: [www.academia.edu/5955280/Derecho_Penal_Parte_General_-_tomo_I_-_Claus_Roxin?auto=download]. Acesso em: 10.09.2016.

RÌOS, Rodrigo Sanches. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, p. 432-448, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Os discursos sobre crime e criminalidade*. Artigo escrito em homenagem aos Professores Doutores Nilo Batista e Vera Malaguti Batista. Disponível em: [http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf]. Acesso em: 19.05.2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia crítica e a reforma da legislação penal*. Artigo. Disponível em: [www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf.]. Acesso em: 17.05.2016.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SUTHERLAND, Edwin H. *Princípios da criminologia*. São Paulo: Martins, 1949.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes (Coord.). *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TÔRRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*: os direitos humanos e a tributação. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WACQUANT, Loïc. *Prisões da miséria*. Trad. André Telles. Sabotagem, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: RT, 1997.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A importância da criminologia crítica na interpretação do sistema jurídico-criminal, de Joe Tennyson Velo – *RT* 886/387-425 (DTR\2009\510);
- Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 104/279-303 (DTR\2013\9088);
- Hipercriminalização: o sintoma totalitário na política da liberdade, de Caio Patricio de Almeida – *RBCCrim* 123/207-231 (DTR\2016\24040); e
- Juventude segregada: racismo institucional e a identificação do adolescente suspeito a partir da atuação da polícia na cidade do Recife, de Maurilo Miranda Sobral Neto e Érica Babini L. do Amaral Machado – *RBCCrim* 135/447-486 (DTR\2017\5643).

O impacto da resistência ativa da vítima em face de agressão sexual

The impact of the victim's active resistance in the face of sexual aggression

Rodrigo Camargo Campos

Especialista em Gestão Estratégica em Segurança Pública pelo Centro Universitário do Sul de Minas – UNIS-MG e pelo Instituto Superior de Ciências Policiais – ISCP-PMDF. Especialista em Ciências Policiais pelo Instituto Superior de Ciências Policiais – ISCP-PMDF. Especialista em Segurança Pública e Cidadania pela Universidade de Brasília – UnB-DF. Bacharel em Segurança Pública pela Academia de Polícia Militar de Brasília – APMB-PMDF. Major da Polícia Militar do Distrito Federal.
officerrodrigo@gmail.com

Isângelo Senna da Costa

Doutorando em Psicologia Social do Trabalho e das Organizações pela Universidade de Brasília – UnB-DF. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB-DF. Especialista em Ciências Policiais pelo Instituto Superior de Ciências Policiais – ISCP-PMDF. Especialista em Segurança Pública e Cidadania pela Universidade de Brasília – UnB-DF. Especialista em Segurança Pública e Direitos Humanos pela UNIEURO/DF. Bacharel em Segurança Pública pela Academia de Polícia Militar de Brasília. Major da Polícia Militar do Distrito Federal.
isangelosenna@gmail.com

Recebido em: 23.12.2017.
Aprovado em: 21.03.2018.
Última versão dos autores: 13.05.2018.

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente trabalho visa identificar eventuais consequências no caso de resistência da vítima em face de agressão sexual e aponta a diferença de postura entre vítimas com e sem treinamento prévio em defesa pessoal. Para tanto, foi realizada a revisão bibliográfica de publicações científicas que abordam temas como criminologia e vitimização sexual. Resultados de pesquisas realizadas apontam que ações de resistência da vítima reduzem o risco de consumação

Abstract: The present study aims to identify possible consequences in case of resistance of the victim in the face of sexual aggression; and points out the difference in attitude between victims with and without prior training in self-defense. For this purpose, the literature review of foreign scientific publications was carried out, dealing with topics such as criminology and sexual victimization. Research results indicate that victim resistance actions reduce the risk of

do estupro por exigir maior esforço do perpetrador e aumentar o risco de ser descoberto e capturado pela polícia. A revisão da literatura revelou que, em regra, a resistência da vítima não aumentaria o risco de lesões corporais adicionais. A autodefesa e o seu treinamento têm se mostrado eficazes para evitar a consumação do estupro e para a recuperação mais rápida de traumas sofridos.

Palavras-chave: Agressão sexual – Autoculpa – Prevenção criminal – Defesa pessoal – Resistência ativa.

consummation of rape by requiring greater effort from the perpetrator and increase the risk of being discovered and captured by the police. The bibliographic review revealed that, as a rule, the victim's resistance would not increase the risk of further bodily injury. Self-defense and its training have proved effective in preventing the consummation of rape and in recovering more quickly from trauma.

Keywords: Sexual aggression – Self-blame – Crime prevention – Self-defense – Active resistance.

Sumário: 1. Introdução. 2. Resistência ativa da vítima para evitar consumação de estupro. 3. Probabilidade de agressão adicional além da própria violência sexual. 4. Resistência da vítima, consequências psicossociais e autoculpa. 5. Importância de treinamento prévio em defesa pessoal. 6. Considerações finais . Referências.

1. Introdução

A vitimização sexual é uma das experiências mais traumatizantes que uma mulher pode sofrer, com consequências imediatas e de longo prazo. Entretanto, a resistência ativa em caso de agressão sexual e as consequências que uma eventual reação possa trazer à vítima têm sido pouco estudadas no Brasil. No seio de nossa sociedade, permanecem concepções do senso comum que abordam o tema ainda como tabu.

A discussão sobre a resistência da vítima e, em especial, a resistência ativa, é considerada quase um assunto interdito no Brasil. Parece ser um tema cuja discussão em nossa sociedade é evitada ou negligenciada tanto no seio acadêmico como no meio policial. Entretanto, em outros países, especialmente nos Estados Unidos, a discussão acadêmica, científica e técnico-policial sobre o assunto é incentivada, inclusive com diversas pesquisas patrocinadas pelo seu Departamento de Justiça (KATZ; MORE, 2013).

Trabalhos científicos sobre o tema, em especial sobre as consequências para a vítima no caso de resistirem ativamente a uma tentativa de agressão sexual, são muito escassos no País. De fato, em âmbito nacional pouco se fala sobre o assunto e, na ausência de uma posição científica ou técnico-policial, permanece a noção de que é melhor não reagir ao ataque, quase como uma orientação informal para as vítimas em potencial. Essa noção, embora socialmente aceita e não discutida,

alimentada pelo senso comum, encontra-se em sentido diametralmente oposto a direcionamentos baseados em pesquisas empíricas realizadas em vários países.

No presente trabalho, busca-se respostas para seguintes indagações: *a*) a resistência da vítima pode ser efetiva para evitar a consumação de uma tentativa de estupro?; *b*) resistir à agressão aumentaria a probabilidade de o ofensor causar agressões adicionais além da violência sexual à vítima?; *c*) mulheres com treinamento prévio em defesa pessoal resistiriam ativamente com maior assertividade e menor medo do que aquelas que não possuem qualquer treinamento prévio?; e, por fim *d*) as vítimas que resistem a seus agressores podem apresentar menor autoculpa e assim desenvolver uma maior facilidade de se recuperar dos eventuais traumas sofridos por ocasião de um ataque não evitado?

A pesquisa se faz necessária por se reconhecer o fato de que ser vítima de estupro é uma das experiências mais traumatizantes que uma mulher pode sofrer, com graves consequências físicas, psicológicas e psicossociais, tanto imediatas como duradouras e/ou permanentes. O ataque sexual é uma questão de saúde pública bem como de segurança pública com implicações que avançam além da própria pessoa da vítima e afetam até mesmo os ambientes familiar e social (KATZ; MORE, 2013). Assim, a agressão sexual, além de efeitos imediatos, pode desencadear graves consequências danosas em longo prazo, justificando, portanto, além de pesquisas acadêmicas, políticas públicas efetivas relativas ao tema (OSHIKATA, 2011).

Academias e centros de treinamentos têm se multiplicado em nossa sociedade, e muitas mulheres têm buscado aprender a se defender por meio de diferentes artes marciais. Entretanto, não existe em nosso país uma orientação clara, seja ela acadêmica, seja técnico-policial, baseada em pesquisas empíricas, no que se refere ao ensino de técnicas de defesa pessoal, para que uma mulher possa resistir ativamente em caso de um eventual ataque.

À vista disso, foi necessário recorrer à literatura estrangeira e, por conseguinte, mediante revisão literária de artigos, periódicos e manuais, em sua maioria norte-americanos, verifica-se, entre outros conceitos, a importância do treinamento em autodefesa e assertividade. Tais treinamentos desenvolvem nas mulheres diversos atributos, entre os quais a capacidade de canalizar seu medo para a raiva durante um ataque, estando tal atitude relacionada com a *evitação* do estupro, à medida que pode ajudar a mulher a afastar com sucesso aquele que a ataca.

Nesse ponto, convém esclarecer que treinamentos em assertividade e em defesa pessoal têm certos objetivos comuns, como ensinar as mulheres a defender seus direitos e a saber dizer não. Entretanto, esses dois tipos de treinamento se distinguem na medida em que o primeiro ensina técnicas verbais efetivas,

enquanto o segundo prepara as mulheres fisicamente para possíveis ataques (BRECKLIN; ULMAN, 2005).

Dessa forma, para esses autores, a associação de tais treinamentos busca ensinar comportamentos de empoderamento pessoal para se defender com determinação. A resposta da vítima em um caso concreto de agressão sexual pode incluir tanto a resistência verbal forte e a resistência física não vigorosa como também a resistência física ativa e vigorosa. As técnicas de autodefesa devem ser complementadas com o treinamento em assertividade, transmitindo uma linguagem verbal e corporal que demonstre a disposição da vítima em resistir de maneira ativa, caso assim se faça necessário.

O presente trabalho, longe de exaurir as questões apresentadas, busca chamar atenção para a importância desses estudos. Inicia-se assim a discussão sobre uma temática muitas vezes considerada um tabu em nosso país, apresentando-se achados de pesquisas internacionais que podem vir a desmitificar a maneira como encaramos, em termos acadêmico, legal e técnico-policial o assunto. Dessa maneira, busca-se contribuir para o desenvolvimento de estratégias adequadas e direcionadas no sentido de reduzir riscos e prevenir agressões sexuais, orientar atitudes proativas e/ou reativas, minimizar danos e prestar apoio adequado para as mulheres vitimizadas.

2. RESISTÊNCIA ATIVA DA VÍTIMA PARA EVITAR CONSUMAÇÃO DE ESTUPRO

Christopher P. Krebs, Christine Lindquist, Tara Warner, Sandra Martin e Bonnie Fisher (2007) abordam o impacto substancial que a vitimização sexual tem sobre as vítimas, bem como sobre a sociedade em geral. Os autores salientam ser crítica a coleta de informações que auxilie na compreensão da agressão sexual bem como que ajude a prevenir a vitimização e a atender melhor às necessidades das vítimas.

De acordo com Gary Kleck e Jongyeon Tark (2005), pesquisadores em geral concordam que a resistência ativa feminina é efetiva para a prevenção da consumação de uma tentativa de estupro. Ao analisarem a maior amostra probabilística de incidentes de agressão sexual então disponível nos Estados Unidos, derivada da *National Crime Victimization Survey,* 1992-2002[1] (USA, 2003), esses pesquisadores concluíram que a maioria das estratégias e ações de resistência, tanto ativa quanto passiva, reduziu o risco da consumação do estupro. O mesmo resultado vem sendo sistematicamente encontrado em pesquisas recentes.

1. Pesquisa Nacional de Vitimização do Crime de 1992 a 2002, realizada nos Estados Unidos.

A análise em conjunto dos resultados de diversas pesquisas demonstra a larga vantagem dos efeitos favoráveis da autodefesa sobre a consumação do estupro e leva a acreditar que a maioria das ações de defesa pessoal reduz significantemente o risco da consumação de uma agressão sexual (KLECK e TARK, 2005; HOLLANDER, 2014). É também nessa mesma direção que Gary Kleck e Susan Sayles (1990), em seu artigo *Rape and Resistance*[2], ao avaliarem quais seriam as consequências quando a vítima reage à ação de um perpetrador, trouxeram a análise de uma amostra nacionalmente representativa de incidentes de estupro, reportada na *National Crime Surveys (NCS)*, de 1979 a 1985[3] (Inter-University Consortium for Political and Social Research, 1987). A primeira constatação apresentada pelos autores é que as vítimas que resistem ao ataque sexual são muito menos propensas a sofrer a consumação do estupro do que as vítimas que não resistem, independentemente da forma específica de resistência.

A resistência das vítimas dificultaria a consumação da agressão sexual. Isto é, ela aumentaria os custos do estupro, ao exigir um maior esforço por parte do estuprador para completar o ato bem como prolongar o tempo necessário para a consumação deste, podendo aumentar assim o risco de descoberta por outras partes e de captura pela polícia. Kleck e Sayles (1990) também elucidam que quando a resistência é ativa e forte, aumenta-se a probabilidade de o ofensor sofrer lesão e dor. Assim, perspectivas econômicas, behavioristas e de dissuasão simples prediriam que a resistência reduz a probabilidade da consumação de uma tentativa de estupro. Tais argumentos se coadunam perfeitamente com relevantes teorias criminológicas como as teorias da oportunidade e da escolha racional (ANDRESEN; BRANTINGHAM; KINNEY, 2016).

Em outro estudo, este sobre a vitimização sexual de mulheres universitárias americanas (NCWSV Study), Bonnie S. Fisher, Francis T. Cullen e Michael G. Turner (2000) explicam que a maioria das vítimas relatou ter empregado algum tipo de ação protetora, tipicamente usando força física, contra o perpetrador. No entanto, as vítimas de tentativa de estupro foram mais propensas a haver tomado medidas de proteção (particularmente usando a força física) do que as vítimas de estupro consumado. Para Krebs et. al. (2007), tal achado poderia sugerir a eficácia dessa ação no que se refere a impedir que a tentativa de agressão sexual se consume. Vale ressaltar, entretanto, que outras pesquisas apresentadas por esses autores chegaram a resultados divergentes desses.

2. Estupro e Resistência.
3. Pesquisas Nacionais sobre a Criminalidade *(NCS)* de 1979 a 1985, realizada nos Estados Unidos.

Para Kleck e Tark (2005), a maioria das ações de defesa pessoal está associada a um menor risco de consumação da agressão sexual em comparação com a não resistência. Ao analisar os achados de sua pesquisa, encontraram que os métodos mais eficazes de resistência incluem "correr/esconder", "obter ajuda", "lutar" e "atacar sem arma", sendo que tais ações de autodefesa tendem a diminuir o risco de estupro em mais de 80% em comparação com a não resistência.

Nessa mesma direção, Leanne R. Brecklin e Sarah E. Ullman (2005) expõem que numerosos estudos empíricos têm examinado o papel da resistência das vítimas em incidentes de estupro, utilizando-se de relatórios policiais e de pesquisas retrospectivas de autorrelato. Eles afirmam que o uso de resistência física ativa vigorosa por parte das vítimas (por exemplo, bater, chutar, morder) está tipicamente relacionado com a *evitação* da consumação de um estupro. De maneira bastante incisiva, concluem que as mulheres precisam ser educadas sobre como efetivamente resistir se confrontadas com um ataque em potencial.

É também nessa mesma perspectiva que Krebs et al. (2007), ao término do seu trabalho sobre os ataques sexuais nos *campi*, relatam a importância de estratégias de prevenção de agressões sexuais. Em suas conclusões, sugerem a realização de programas para mulheres focados na prevenção desse tipo de agressão. Recomendam, nessa direção, que as mulheres sejam educadas sobre como aumentar sua assertividade e autoeficácia e que estratégias eficazes sejam ensinadas no sentido de resistirem à agressão sexual para reduzir os danos.

Por fim, segundo Kleck e Tark (2005), alguns estudiosos se equivocaram ao concluir que a autodefesa, apesar de reduzir o risco de consumação do estupro, pode aumentar o risco de outras lesões físicas por irritar o estuprador. Esses autores explicam que os achados daqueles estudiosos foram falhos porque deixaram de considerar a sequência temporal entre a autodefesa e a lesão, tratando a lesão anterior à defesa como se fosse uma consequência desta. É exatamente sobre o teor controverso da probabilidade de outras agressões físicas, além da violência sexual em si, que se trata a seguir.

3. Probabilidade de agressão adicional além da própria violência sexual

Existem controvérsias entre os pesquisadores no que se refere a, havendo resistência ativa, ser maior a probabilidade de as vítimas sofrerem agressões adicionais além do estupro em si (KLECK e TARK, 2005). Entretanto, tais discordâncias nos resultados refletiriam erros metodológicos e de bancos de dados. Assim, Kleck e Tark (2005) buscaram, em sua pesquisa, minimizar as falhas de

outros pesquisadores, concluindo que a resistência da vítima não estaria diretamente associada a agressões adicionais, além da violência sexual em si.

Pelo contrário, ao isolar os casos de agressões adicionais ocorridas anteriormente às ações de autodefesa (as quais obviamente não poderiam ter sido provocadas pela resistência da ofendida), os autores em tela puderam constatar que, embora muitas vítimas sofram agressões adicionais, aquelas que resistem são menos frequentemente e menos seriamente agredidas, após tomarem alguma medida protetiva, do que as vítimas que não resistem.

Nesse mesmo sentido, Kleck e Sayles (1990) expõem falhas de estudos anteriores, como o de Menachem Amir (1971), os quais examinavam apenas violações sexuais relatadas à polícia. Os pesquisadores afirmam que a literatura de agressão sexual está cheia de pesquisas de amostras que incluem apenas estupros relatados, ou apenas estupradores condenados e/ou encarcerados.

Eles explicam que crimes em que a resistência da vítima foi bem-sucedida são, por definição, aqueles que não envolveram lesões ou a consumação do crime e que esses são, precisamente, os acontecimentos menos susceptíveis de ser comunicados à autoridade policial. Dessa forma, citando Richard Block (1981), Linda S. Williams (1984), bem como Eduard A. Ziegenhagen e Dolores Brosnan (1985), os autores arrematam que estudos que utilizam amostras de crimes conhecidos pelas autoridades são, portanto, tendenciosos, excluindo sistematicamente os casos de resistência bem-sucedida.

Além disso, de acordo com Kleck e Tark (2005), resultados de análises multivariadas de incidentes de ataques em geral (incluindo agressões sexuais e não sexuais) envolvendo vítimas femininas, mostraram que a maioria das táticas de defesa pessoal, seja em forma de resistência ativa, seja passiva, reduziu o risco de lesões e ferimentos graves em comparação com a não resistência. Em seus achados, verificaram que as taxas de lesões moderadas ou graves pós-autoproteção, em incidentes de ataques a vítimas que resistiram, são muito menores e não apoiam a ideia de que a resistência provoca os agressores a infligir lesões adicionais sobre as vítimas, concluindo que a resistência raramente faz com que a vítima sofra lesões adicionais.

Os mesmos autores puderam também concluir ser altamente improvável que todas as vítimas que resistiram e depois foram feridas sofreram os ferimentos por terem resistido. Na verdade, alguns infratores estariam previamente determinados a ferir suas vítimas, independentemente de as vítimas resistirem ou não.

Nos casos em que ocorrem agressões adicionais por parte do estuprador e resistência por parte da vítima, seria, em geral, a agressão do perpetrador que provocaria a resistência ativa da vítima, e não o contrário. Mesmo nos casos em que

ocorreu a resistência da vítima antes da agressão adicional do ofensor, não necessariamente seria tal resistência da ofendida que teria desencadeado a violência subsequente (KLECK e SAYLES, 1990).

Supondo-se que nos casos em que a resistência da vítima precedeu a lesão, essa resistência teria provocado o cometimento de lesão adicional por parte do agressor, seria tal presunção suficiente para se aconselhar as potenciais vítimas de estupro a se absterem de algumas formas de resistência? Para Kleck e Sayles (1990), no caso em epígrafe, o conselho de não resistir dependeria da crença de que a vítima de uma tentativa de estupro preferisse trocar uma maior probabilidade de violação consumada (já que não existe controvérsia quanto à eficácia da resistência no que se refere a minimizar a possibilidade de consumação do ataque sexual) por uma suposta redução da probabilidade de lesão adicional.

Essa troca só faria sentido ao se pressupor que a possibilidade de agressão adicional fosse, em certo sentido, mais gravosa à vítima do que a consumação do estupro em si. Entretanto, dados da *National Crime Surveys (NCS)*, de 1979 a 1985, nos EUA, mostram que apenas 39,9% dos incidentes de estupro envolveram qualquer lesão adicional e que, destas, apenas 7,7% poderiam ser descritas como graves, o que significa que apenas 3% (0,399 x 0,77 = 0,307) desses incidentes envolveram alguma lesão adicional grave (KLECK e SAYLES, 1990).

Fechando sua análise, Kleck e Sayles sintetizam que, baseado nos dados apresentados, a lesão mais grave que a vítima enfrentou, em todos exceto 3% dos casos de estupro relatados, foi a consumação do estupro em si e, mesmo nesses 3% restantes, casos de lesões como dentes ou ossos quebrados, seriam considerados por muitas vítimas como menos graves do que a própria consumação da violação sexual.

Os pesquisadores concluem, assim, que a verdadeira troca que a não resistência envolve (caso se admita que essa resistência pode, às vezes, provocar a agressão adicional do criminoso) é uma probabilidade aumentada do dano mais grave da violação completa pela probabilidade reduzida de outras lesões, as quais, na imensa maioria das vezes, é bem menos grave do que a consumação da violência sexual em si. Eles orientam, portanto, que, à luz dessas considerações, o melhor curso de ação para a maioria das vítimas de estupro é resistir.

Ao se aproximar do final deste capítulo, pode-se fazer uma ligação entre o tema deste e o do capítulo anterior com aquilo que será tratado nos capítulos seguintes do presente trabalho, através das últimas conclusões que Christine A. Gidycz, Cindy L. Rich, Lindsay Orchowski, Carrie King e Audrey K. Miller (2006) chegaram ao término de seu estudo. As autoras asseveraram restar claro que a resistência da vítima pode impedir o estupro e que ela não aumenta o risco de lesões corporais adicionais. Elas afirmaram, ainda, que, até chegarmos ao

ponto em que os homens parem de perpetrar agressões sexuais, as mulheres precisam ser empoderadas para se defender.

Por fim, além de refutar a possibilidade de aumento no risco de lesões adicionais, as autoras, citando Patricia D. Rozee e Mary P. Koss (2001), afiançaram que a resistência pode levar as mulheres que sofreram estupro a desenvolver uma recuperação mais rápida dos traumas sofridos. Acrescentaram que isso pode conduzir tais vítimas a se culparem menos pelo ocorrido, resultando em uma menor quantidade de mudanças mal adaptadas nas crenças centrais da mulher que passou por tal experiência dramática. É exatamente sobre as consequências psicossociais para a vítima de agressão sexual, bem como do sentimento de autoculpa que pode vir a ser desenvolvido por esta, que iremos tratar a seguir.

4. Resistência da vítima, consequências psicossociais e autoculpa

A agressão sexual é um problema de saúde pública e de segurança pública com implicações de longo alcance (OSHIKATA, 2011). Ser vítima desse tipo de agressão é uma das experiências mais violadoras que alguém pode suportar, podendo causar consequências imediatas, bem como a longo prazo, sobre a saúde física e mental. (KREBS et al, 2007). Uma quantidade considerável de pesquisas tem documentado a associação entre a vitimização sexual e uma série de fatores psicológicos (ORCHOWSKI; GIDYCZ; RAFFLE, 2008) e condições médicas crônicas (GIDYCZ et al., 2006). Ademais, as consequências da agressão sexual também podem se estender aos amigos da vítima (AHRENS; CAMPBELL, 2000 apud GIDYCZ et al., 2006) e às famílias (BURGE, 1983 apud GIDYCZ et al., 2006).

Os autores Krebs et al. (2007) apresentam que, das vítimas de estupro, 25 a 45% sofrem de trauma não genital; 19 a 22% sofrem de trauma genital; aproximadamente 40% contraem doenças sexualmente transmissíveis (DSTs); e de 1 a 5% engravidam, resultando em aproximadamente 32.000 gravidezes relacionadas a estupro nos Estados Unidos anualmente (HOLMES et al., 1996 apud KREBS et al., 2007). Quatro em cada cinco vítimas de estupro sofrem subsequentemente de condições físicas ou psicológicas crônicas, além de que as vítimas de estupro seriam 13 vezes mais propensas a tentar suicídio do que pessoas que não foram vítimas de qualquer crime e seis vezes mais prováveis a tentar do que vítimas de outros crimes (KREBS et al., 2007).

Em relação às graves consequências advindas de um estupro consumado, em sua obra *Self-Defense or assertiveness training and women's responses to sexual attacks*[4], Brecklin e Ulman (2005) relatam uma particular importância do trei-

4. *Treinamento de autodefesa ou assertividade e respostas das mulheres a ataques sexuais*.

namento em defesa pessoal ao evitar a consumação do estupro, no sentido de que vítimas de agressão sexual consumada relatam mais sintomas psicológicos e mais consequências para sua saúde física do que vítimas daquelas agressões que não foram consumadas.

Diante do exposto, o treinamento de autodefesa pode e deve ensinar as mulheres que a agressão sexual não é culpa delas, e a avaliação de Joan Lidsker (1991 apud BRECKLIN; ULMAN, 2005) concluiu que sobreviventes de agressões sexuais que tiveram treinamento em defesa pessoal compreendiam que não eram culpadas pelos ataques sofridos. Dessa forma, Brecklin e Ulman (2005) afirmam que, em geral, vítimas com treinamento prévio em autodefesa acreditam que a responsabilidade do agressor seja maior e sua própria responsabilidade menor, em comparação com vítimas sem treinamento.

Tais achados são particularmente relevantes, pois investigações têm consistentemente demonstrado que, para sobreviventes de agressões sexuais, nenhuma forma de autoculpa é útil (FRAZIER; SCHAUBEN, 1994; MEYER; GIDYCZ et al., 2006). Além de que também tem sido documentado que a autoculpa em sobreviventes de agressão sexual está associada com o relato de dificuldades de ajustamento (FRAZIER, 1990 apud GIDYCZ et al., 2006) e que a redução na autoculpa, particularmente a autoculpa comportamental, impulsiona na recuperação (KOSS; FIGUEREDO, 2004 apud GIDYCZ et al., 2006).

Na mesma direção, ao acompanharem mulheres que fizeram parte de um programa de redução de riscos e de autodefesa física em casos de agressão sexual para estudantes universitárias, Gidycz et al. (2006) observaram que, entre elas, aquelas que foram vitimadas durante o período de acompanhamento de três meses evidenciaram culpar menos a si mesmas e mais ao ofensor por seus ataques do que as mulheres do grupo de controle que foram vitimadas no mesmo período. Entretanto, como contraponto, existe a possibilidade de alguns efeitos negativos quando uma mulher com treinamento prévio sofre agressão sexual. Essas vítimas podem retrospectivamente avaliar o seu comportamento durante o ataque de forma mais rigorosa que mulheres sem qualquer treinamento e assim sentirem que deveriam ter feito mais para se proteger (BRECKLIN e ULMAN, 2005).

Nesse mesmo sentido, alguns críticos da autodefesa feminina entendem que o treinamento em defesa pessoal incentiva as mulheres a se sentirem responsáveis por um ataque se elas não conseguirem se defender com sucesso (MADDEN; SOKOL, 1994, 1997 apud BRECKLIN; ULMAN, 2005). Assim, tendo em vista a possibilidade de mulheres com treinamento se sentirem mais responsáveis por eventuais ataques sofridos do que mulheres sem treinamento, os instrutores de defesa pessoal deveriam sempre enfatizar que é escolha da mulher resistir ou não em determinado caso concreto.

Diante dos dois polos de compreensão paradoxais no que se refere à autoculpa feminina apresentados, Nancy Rowe (1993 apud BRECKLIN; ULMAN, 2005) afirma que apenas a mulher pode decidir qual é a melhor estratégia (ou ausência dela) a usar quando confrontada com um agressor em potencial. E, ao referenciar Nina Cummings (1992), Louise H. Kidder, Joanne L. Boell e Marilyn M. Moyer (1983) bem como Margaret E. Madden e Thomas J. Sokol (1994), Brecklin e Ulman (2005) apresentam que, diante desses possíveis efeitos negativos, as aulas de autodefesa devem enfatizar que a responsabilidade pelo ataque é sempre do infrator e que as mulheres não são responsáveis por se defender de um ataque.

Ao avaliar tal aparente contradição, as mesmas pesquisadoras concluem ser possível mostrar para as mulheres que elas podem reduzir a probabilidade de sofrer estupro, através de treinamento prévio em autodefesa e da resistência ativa em caso de ataque sexual, sem com isso fazer com que as vítimas se sintam culpadas caso não consigam evitar com sucesso a consumação de um ataque sexual.

Concluindo, salienta-se que Paula S Nurius, Jeanette Norris, Diane S Young, Thomas L Graham e Jan Gaylord (2000 apud BRECKLIN; ULMAN, 2005) informam que o aumento da raiva é tipicamente acompanhado da diminuição da autoculpa. Como uma das características das mulheres que passaram por treinamento em defesa pessoal é o aumento da raiva em situações de ataque, aí reside uma das muitas importâncias desse tipo de treinamento que iremos ver a seguir.

5. Importância de treinamento prévio em defesa pessoal

O treinamento em autodefesa ou assertividade pode ajudar a mulher a afastar com sucesso aquele que a ataca e vem se demonstrando como a principal estratégia para a prevenção de estupros em países como os Estados Unidos (MCCAUGHEY; CERMELE, 2017). Existiria uma expectativa social e mesmo de ordem biopsicológica sobre a agressão sexual de que os homens serão agressivos e as mulheres serão passivas (TAYLOR et. al., 2000), o que é reforçado pelas representações sociais das funções de gênero. Assim, o treinamento em autodefesa facilita reescrever esse *script*, ajudando as mulheres a resistir, definir limites e agir de forma que violam essas expectativas (BRECKLIN e ULMAN, 2005).

Embora aulas de defesa pessoal busquem prevenir violência contra as mulheres, reforçando a capacidade delas para se defender, poucas pesquisas examinaram os efeitos do treinamento de tais técnicas em mulheres que reagiram, de forma ativa, durante ataques reais que objetivavam a agressão sexual. Brecklin e Ulman (2005) investigaram então dois conjuntos de mulheres, um que teve treinamento em defesa pessoal ou assertividade e outro que não teve, observando a

resposta física e psicológica de ambos os grupos, em face de subsequentes tentativas de estupro.

Entre seus achados, verificaram que as mulheres com treinamento anterior à tentativa de agressão sexual demonstraram maior sentimento de raiva e menor de medo, tendo sido mais assertivas durante o incidente do que as vítimas sem treinamento. Observaram, ainda, que as primeiras foram mais propensas a declarar que a sua resistência fez com que o autor desistisse da ação ou o fez menos agressivo, em relação às respostas das vítimas que não tiveram treinamento. As autoras concluem que os cursos de autodefesa frequentemente ensinam às mulheres a importância de canalizar seu medo para a raiva durante um assalto, estando tal atitude relacionada com a *evitação* do estupro.

Gidycz et al. (2006), em estudo prospectivo que avaliou a eficácia de um programa de redução de riscos e de autodefesa física em casos de agressão sexual para estudantes universitárias, observaram que as mulheres participantes desse programa aumentaram significativamente os seus comportamentos de proteção durante o período de acompanhamento de seis meses em comparação com o grupo de controle. Importante salientar que o referido programa foi objeto de diversas revisões e aperfeiçoamentos em cima de cursos anteriores para redução de riscos de ataque sexual. Inicialmente, não havia no currículo a sessão de autodefesa, a qual foi implementada para tornar tal programa de treinamento mais efetivo. O currículo de autodefesa visava à capacitação das mulheres para responderem de forma mais assertiva, tanto verbal quanto fisicamente, a uma ampla gama de situações ameaçadoras.

As pesquisadoras Gidycz et al. (2006) afirmam acreditar que o componente da autodefesa, acrescentado ao programa revisado, tenha sido crítico para o sucesso dele. Elas embasam sua assertiva relatando dados de diversas pesquisas, como o exemplo de Sarah E. Ullman e Raymond A. Knight (1992) e de Ullman (1998). Esses resultados se mostraram consistentes em pesquisas posteriores (ORCHOWSKI; GIDYCZ; RAFFLE, 2008). Os dados dessas pesquisas sugerem claramente que a resposta assertiva (nesta incluída tanto a resistência verbal forte e a resistência física não vigorosa como a resistência física vigorosa) estaria relacionada com o fato de se conseguir evitar a consumação do estupro.

Ainda com respeito a esse componente de autodefesa, nele foi abordado um amplo espectro de comportamentos de autoproteção. As mulheres foram encorajadas a modelar estratégias específicas de redução de risco, praticando habilidades de assertividade verbal, bem como táticas físicas de defesa pessoal. As participantes foram encorajadas a tomar consciência de linguagem verbal e corporal assertivas e, durante o treino, foram modeladas formas de deter o ataque

físico do agressor. As treinandas também foram incentivadas a praticar uma série de técnicas de defesa pessoal que abordavam várias estratégias de resistência física (GIDYCZ et. al, 2006).

No que se refere à efetividade das ações de defesa pessoal para evitar a consumação de uma agressão sexual, Kleck e Tark (2005) observaram que em 556 incidentes de estupro ou tentativa de estupro em que as vítimas resistiram de alguma forma, 54% das tentativas foram consumadas, mas apenas 19% das tentativas com vítimas que resistiram foram consumadas após a vítima tomar alguma ação de defesa pessoal. E, em contraste, observaram que entre os 177 incidentes envolvendo vítimas que não resistiram, 88% resultaram na consumação do estupro.

O treinamento prévio em defesa pessoal prepararia a mulher tanto mental quanto fisicamente para ataques futuros. E, ainda, após treinamento em defesa pessoal, avaliações nas mulheres participantes mostraram o aumento de assertividade, autoestima, percepção de controle, comportamento participativo, autoeficácia, atributos relacionados à masculinidade (por exemplo, maior independência, bem como maior iniciativa e energia para agir), raiva, capacidade de domínio, habilidades de autodefesa e competência física, além da diminuição da ansiedade, da depressão, do medo e da hostilidade (ORCHOWSKI; GIDYCZ; RAFFLE, 2008; HOLLANDER, 2014; MCCAUGHEY; CERMELE, 2017).

Igualmente, as mulheres que obtiveram sucesso em sua resistência ao estupro percebiam maior autocontrole sobre suas vidas e mostravam maior iniciativa, persistência e liderança, além de serem mais assertivas, confiantes e dominantes, em comparação com as mulheres que sofreram estupro consumado. Esses resultados sugerem que as mudanças psicológicas advindas da participação em treinamentos de autodefesa podem ter implicações substanciais para a subsequente *evitação* de estupro.

A fim de reforçar ainda mais tais argumentos, Brecklin e Ulman (2005) citam um estudo-entrevista que compara um grupo de 51 mulheres que conseguiram evitar o estupro e de 43 que tiveram o abuso consumado. No referido estudo, as mulheres que conseguiram evitar o crime sexual teriam praticamente o dobro da chance de haver participado em um treinamento de autodefesa do que as mulheres que sofreram estupro consumado.

Por fim, Brecklin e Ulman (2005) explicam que esse tipo de treinamento muitas vezes ensina as vítimas em potencial a criar armas improvisadas (por exemplo, pente e chaves). As mulheres também aprendem como usar as partes do corpo (como punhos, cotovelos e joelhos) contra os alvos, particularmente partes mais vulneráveis do corpo do agressor (tais como olhos, mandíbula, nariz, virilha etc.) em várias situações.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos aspectos analisados, é oportuno resgatar a pergunta inicial do presente trabalho: quais seriam as eventuais consequências para a vítima em caso de resistência em face de agressão sexual? Partindo na direção de se elucidar essa questão, foram analisadas diversas pesquisas sobre o tema, especialmente aquelas publicadas em revistas científicas norte-americanas. Convém salientar que as publicações estudadas, em sua maioria, basearam-se em bancos de dados disponíveis sobre o assunto, alimentados por agências governamentais daquele país.

Por meio dessa investigação, confirmou-se que a maioria das estratégias e ações de resistência, tanto ativa quanto passiva, por parte da vítima, pode ser efetiva para evitar a consumação de uma tentativa de estupro. Isso se dá, entre outras razões, porque, ao resistir, a vítima obrigaria o agressor a despender um maior esforço para consecução de seu intento, prolongando o tempo do ataque e aumentando o risco de ele ser descoberto, além da possibilidade de o criminoso sofrer lesão e dor, o que pode provocá-lo a desistir e fugir do local.

No decorrer do presente exame, foi possível certificar-se que, em regra, a resistência da vítima não aumentaria a possibilidade do agressor lhe infligir agressões além da violência sexual em si. Identificou-se que determinados autores se equivocaram ao concluir que ela poderia aumentar o risco de outras lesões ao deixarem de considerar a temporalidade entre a autodefesa e a lesão adicional, tratando a lesão anterior à resistência como se fosse uma consequência desta. Apontaram-se ainda imperfeições de estudos que examinaram apenas violações sexuais reportadas às autoridades. Estas falharam porque, em episódios em que a resistência é bem-sucedida (não ocorrem lesões ou a consumação do crime), a tendência de se relatar o fato à polícia é bem menor do que naqueles em que o delito foi consumado, gerando, portanto, um banco de dados que não condiz com a realidade.

A exploração em epígrafe permitiu observar, por um lado, a seriedade e a gravidade das consequências de uma agressão sexual, tanto imediatas como em longo prazo, a que estão sujeitas não apenas as vítimas, mas todas as pessoas que com ela se relacionam. E, por outro, a possibilidade de se reduzir o agravo de tal ofensa através de um treinamento prévio em autodefesa no qual se ressalte que é sempre do agressor a culpa pelo ataque, e que será escolha da mulher resistir ou não em determinado caso concreto. Posto isso, pela redução do sentimento de autoculpa, é impulsionada a recuperação da vítima dos traumas psicossociais sofridos com a agressão.

Faz-se necessário o treinamento em defesa pessoal e assertividade que auxiliem a vítima a afastar com sucesso seu ofensor. Esse tipo de treinamento poderia

contribuir para que a mulher se posicione contra a expectativa, tanto do agressor como da sociedade em geral, de que ela irá permanecer passiva durante o ataque, estimulando-a para que imponha limites e reaja de forma assertiva e eficaz, sempre que necessário. Ademais, o treinamento em autodefesa prepararia a mulher tanto física quanto psicologicamente para ataques futuros e frequentemente a ensinaria a redirecionar seu medo para a raiva durante um assalto, estando esta atitude relacionada com a evitação do estupro.

Ao se aproximar da conclusão do presente estudo, mais do que respostas, espera-se haver suscitado várias perguntas. Busca-se, assim, instigar outros estudiosos a avançarem no desenvolvimento dos tópicos expostos e ampliarem a discussão para diversos outros que aqui não foram contemplados. Entre esses novos conteúdos a serem pesquisados, sugere-se a questão da culpabilização da mulher pela violência sexual diante de estereótipos, roupa utilizada ou comportamentos pessoais; e uma abordagem psicológica do comportamento tanto do agressor quanto da vítima, utilizando-se como suporte abordagens da psicologia social como a Teoria do Comportamento Planejado (AJZEN, 1991)[5]. A omissão das testemunhas de agressões sexuais também é algo que precisa entrar na agenda da pesquisa nacional sobre a violência contra a mulher (KATZ; MOORE, 2013). Outra frente promissora de pesquisa estaria na relação do treinamento em defesa pessoal com sistemas de respostas neuropsicológicos como o Fight--Flight-Freeze (TAYLOR et. al., 2000; CORR; COOPER, 2016).

Faz-se importante ressaltar ainda que todo o conteúdo que foi aqui apresentado tem origem em contextos de países desenvolvidos e de matriz cultural muito diversa da brasileira. Foram tomados, como base para este estudo, trabalhos científicos que analisaram bancos de dados oriundos, quase em sua totalidade, dos Estados Unidos da América. Assim, a exemplo do que já fazem países em desenvolvimento como o Kênia (SINCLAIR, et al. 2013), faz-se necessário que sejam realizadas pesquisas empíricas, semelhantes às diversas que foram apresentadas ao longo do presente trabalho, também em nosso país. Em verdade, dada a dimensão territorial e diversidade cultural, é importante que sejam feitas pesquisas nas mais variadas regiões do Brasil.

5. Para essa abordagem de Icek Ajzen, fora os casos de coação, todo comportamento é precedido pela intenção. Por exemplo, no que se refere à vítima, antes de ela reagir a uma agressão, existe a intenção de fazê-lo. A intenção, por sua vez, dependeria de três fatores: 1) a atitude (avaliação) positiva em relação a uma possível resistência ativa à agressão sexual; 2) a existência de uma norma subjetiva, dentro dos grupos de pertença da vítima (família, categoria profissional, comunidade etc.), favorável à resistência ativa; e 3) o controle comportamental percebido em face da resistência ativa. Neste último tópico, a mulher avalia se seria bem-sucedida ou não no caso de uma reação.

Por fim, cumpre sublinhar que, longe de exaurir o tema, a presente investigação pretende contribuir para documentar a amplitude e a seriedade do problema; direcionar estratégias adequadas para prevenir e reduzir o risco de agressões sexuais; orientar o melhor comportamento para as vítimas; bem como prestar o adequado apoio psicológico a estas após a ocorrência do fato. Assim, como visto no decorrer dessa investigação, até o ponto em que os homens deixem de intentar ataques sexuais, as mulheres devem estar preparadas para se defender. Recomenda-se, nessa perspectiva, que as vítimas em potencial sejam instruídas no sentido de aumentar sua assertividade e autoeficácia, aprendendo estratégias coerentes de autodefesa, a fim de resistir à agressão sexual e assim minimizar os danos.

Referências

AJZEN, I. The theory of planned behavior. *Organizational behavior and human decision processes*, v. 50, n. 2, p. 179-211, 1991.

AHRENS, C. E; CAMPBELL, R. Assisting rape victims as they recover from rape: The impact on friends. *Journal of Intepersonal Violence*, v. 15, p. 959-986, 2000.

AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION. *Strategies for the Treatment and Prevention of Sexual Assault*, 1995.

AMICK, A. E.; CALHOUN, K. S. Resistance to sexual aggression: Personality, attitudinal, and situational factors. *Archives of Sexual Behavior*, v. 16, p. 153-163, 1987.

AMIR, M. *Patterns in Forcible Rape*. Chicago: University of Chicago Press, 1971.

ANDRESEN, M.A.; BRANTINGHAM, P. J.; KINNEY, J. B. (Ed.). *Classics in environmental criminology*. CRC Press, 2016.

BART, P. B.; O'BRIEN, P. H. *Stopping rape:* successful survival strategies. New York: Pergamon, 1985.

BLOCK, R. Victim-offender dynamics in violent crime. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 72, p. 743-762, 1981.

BRECKLIN, L. R.; ULLMAN, Sarah E. Self-Defense or Assertiveness Training and Women's Responses to Sexual Attacks. *Journal of Interpersonal Violence*. [S.l.]: SAGE Publications, v. 20, n. 6, p. 738-762, 01.06.2005. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1177/0886260504272894].

BURGE, S. K. Rape: Individual and family reactions. In: C. FIGLEY; H. MCCUBBIN (Eds.). *Stress and the family:* coping with catastrophe. Thousand Oaks, CA: Sage, 1983.

BURNETT, R. C., TEMPLER, D. I.; BARKER, P. C. Personality variables and circumstances of sexual assault predictive of a woman's resistance. *Archives of Sexual Behavior*, v. 14, p. 183-18, 1985.

CORR, P. J.; COOPER, A. J. The Reinforcement Sensitivity Theory of Personality Questionnaire (RST-PQ): Development and validation. *Psychological assessment*, v. 28, n. 11, p. 1427, 2016.

CUMMINGS, N. Self-defense training for college women. *Journal of American College Health*, v. 40, p. 183-188, 1992.

FOLLANSBEE, P. A. Effects of a self-defense program on women's psychological health and well-being. 1982 (Doctoral dissertation). *Dissertation Abstract International*, v. 43, p. 2388, 1982.

FISHER, B.S.; CULLEN, F.T.; TURNER, M.G. *The sexual victimization of college women*. Washington, DC: U.S. Department of Justice, 2000.

FRAZIER, P. A. Self-blame as a mediator of post rape depressive symptoms. *Journal of Social and Clinical Psychology*, v. 10, p. 47-57, 1990.

FRAZIER, P. A.; SCHAUBEN, L. Causal attributions and recovery from rape and other stressful life events. *Journal of Social and Clinical Psychology*, v. 13, p. 1-14, 1994.

GADDIS, J.W. Women's empowerment through "Model Mugging": Breaking the cycle of social violence. 1990 (Doctoral dissertation, University of California). *Dissertation Abstracts International*, v. 51, p. 3991, 1990.

GIDYCZ, C A. et al. The evaluation of a sexual assault self-defense and risk-reduction program for college women: A prospective study. *Psychology of Women Quarterly*, USA, v. 30, n. 2, p. 173-186, jun. 2006. Trimestral.

GOLDING, J. Sexual assault history and physical health in randomly selected Los Angeles women. *Health Psychology*, v. 13, p. 130-138, 1994.

HOLLANDER, Jocelyn A. Does self-defense training prevent sexual violence against women? *Violence Against Women*, v. 20, n. 3, p. 252-269, 2014.

HOLMES, M. et al. Rape-related pregnancy: Estimates and descriptive characteristics from a national sample of women. *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, v. 175(2), p. 320-325, 1996.

INTER-UNIVERSITY CONSORTIUM FOR POLITICAL AND SOCIAL RESEARCH (USA). USA. United States Department of Justice. Bureau of Justice Statistics (Comp.). *National Crime Surveys:* National Sample, 1979-1985 [Revised Questionnaire], 1987. Disponível em: [www.ncjrs.gov/pdffiles1/Digitization/115287NCJRS.pdf]. Acesso em: 24.12.2016.

KATZ, Jennifer; MOORE, Jessica. Bystander education training for campus sexual assault prevention: An initial meta-analysis. *Violence and Victims*, v. 28, n. 6, p. 1054-1067, 2013.

KIDDER, L. H.; BOELL, J. L.; MOYER, M. M. Rights consciousness and victimization prevention: Personal defense and assertiveness training. *Journal of Social Issues*, v. 39, p. 155-170, 1983.

KLECK, G.; TARK, J. *Draft Final Technical Report:* The Impact of Victim Self Protection on Rape Completion and Injury. Tallahassee, Fl: National Criminal

Justice Reference Service – NCJRS, 2005. 77 p. Disponível em: [www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/211201.pdf]. Acesso em: 07.11.2016.

KLECK, G.; SAYLES, S. Rape and resistance. *Social Problems*, v. 37, p. 149-162, 1990.

KOSS, M. P.; FIGUEREDO, J. Change in cognitive mediators of rape's impact on psychosocial health across 2 years of recovery. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, v. 72, p. 1063-1072, 2004.

KREBS, C. P. et al. *The Campus Sexual Assault (CSA) Study.* Washington, Dc: National Criminal Justice Reference Service – NCJRS, 2007. 110 p. Submetido ao Depto. de Justiça dos EUA. Disponível em: [www.ncjrs.gov/App/abstractdb/AbstractDBDetails.aspx?id=243011]. Acesso em: 07.11.2016.

LEVINE-MACCOMBIE, J.; KOSS, M. P. Acquaintance rape: Effective avoidance strategies. *Psychology of Women Quarterly*, v. 10, p. 311-320, 1986.

LIDSKER, J. Women and self-defense training: A study of psychological changes experienced by participants in relation to assault history. 1991 (Doctoral dissertation, Pacific Graduate School of Psychology). *Dissertation Abstracts International*, v. 52, p. 3909, 1991.

MARCUS, S. Fighting bodies, fighting words: A theory and politics of rape prevention. In: BUTLER, J.; SCOTT, J. W. (Eds.). *Feminists theorize the political*. New York: Routledge, 1992.

MADDEN, M. E.; SOKOL, T. J. Empowering women: A feminist analysis of self-defense courses. *Initiatives*, v. 56, p. 23-28, 1994.

MADDEN, M. E.; SOKOL, T. J. Teaching women self-defense: Pedagogical issues. *Feminist Teacher*, v. 11, p. 133-151, 1997.

MCCAUGHEY, M. *Real knockouts:* The physical feminism of women's self-defense. New York: New York University Press, 1997.

MCCAUGHEY, M. The fighting spirit: Women's self-defense training and the discourse of sexed embodiment. *Gender and Society*, v. 12, p. 277-300, 1998.

MCCAUGHEY, M.; CERMELE, J. Changing the hidden curriculum of campus rape prevention and education: Women's self-defense as a key protective factor for a public health model of prevention. *Trauma, Violence, & Abuse*, v. 18, n. 3, p. 287-302, 2017.

MEYER, C. B.; TAYLOR, S. D. Adjustment to rape. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 50, p. 1226-1234, l986.

National Victim Center and Crime Victims Research and Treatment Center. *Rape in America:* a report to the nation. University of South Carolina, Charleston, 1992.

NURIUS, P. S. et al. Interpreting and defensively responding to threat: Examining appraisals and coping with acquaintance sexual aggression. *Violence and Victims*, v. 15, p. 187-208, 2000.

ORCHOWSKI, L. M.; GIDYCZ, C. A.; RAFFLE, H. Evaluation of a sexual assault risk reduction and self-defense program: a prospective analysis of a revised protocol. *Psychology of Women Quarterly*, v. 32, n. 2, p. 204-218, 2008.

OSHIKATA, Carlos Tadayuki et al. Características das mulheres violentadas sexualmente e da adesão ao seguimento ambulatorial: tendências observadas ao longo dos anos em um serviço de referência em Campinas, São Paulo, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, 2011.

QUEEN'S BENCH FOUNDATION. *Rape prevention and resistance*. San Francisco: Author, 1976.

RENTSCHLER, C. A. Women's self-defense: Physical education for everyday life. *Women's Studies Quarterly*, v. 1, p. 152-161, 1999.

ROZEE, P. D.; KOSS, M. P. Rape: A century of resistance. *Psychology of Women Quarterly*, v. 25, p. 295-311, 2001.

ROWE, N. P. Self-defense training: An empowerment process for women. 1993 (Doctoral dissertation, California Institute of Integral Studies). *Dissertation Abstracts International*, v. 54, p. 3863, 1993.

SEARLES, P.; FOLLANSBEE, P. Self-defense for women: Translating theory into practice. *Frontiers*, v. 8, p. 65-70, 1984.

SCHEPPELE, K. L.; BART, P. B. Through women's eyes: Defining danger in the wake of sexual assault. *Journal of Social Issues*, v. 39, p. 63-80, 1983.

SCHUITEMAN, J. A. Self-defense training and its contributions to the healing process for survivors of sexual assault. 1990 (Doctoral dissertation, Michigan State University). *Dissertation Abstracts International*, v. 52, p. 1547, 1990.

SELKIN, J. Protecting personal space: victim and resister reactions to assaultive rape. *Journal of Community Psychology*, v. 6, p. 263-268, 1978.

SINCLAIR, J.; SINCLAIR, L.; OTIENO, E.; MULINGE, M.; KAPPHAHN, C.; GOLDEN, N. H. A self-defense program reduces the incidence of sexual assault in Kenyan adolescent girls. *Journal of Adolescent Health*, v. 53, n. 3, p. 374-380, 2013.

TAYLOR, S. E.; KLEIN, L. C.; LEWIS, B. P.; GRUENEWALD, T. L.; GURUNG, R. A.; UPDEGRAFF, J. A. Biobehavioral responses to stress in females: tend-and--befriend, not fight-or-flight. *Psychological review*, 107(3), 411, 2000.

THOMPSON, K. M.; CROSBY, R. D.; WONDERLICH, S. A. Psychopathology and sexual trauma in childhood and adulthood. *Journal of Traumatic Stress*, v. 16, p. 35-38, 2003.

ULLMAN, S. E. Does offender violence escalate when rape victims fight back? *Journal of Interpersonal Violence*, v. 13, p. 179-192, 1998.

ULLMAN, S. E.; KNIGHT, R. A. Fighting back: Women's resistance to rape. *Journal of Interpersonal Violence*, v. 7, p. 31-43, 1992.

USA. United States Department of Justice (Org.). *National Crime Victimization Survey, 1992-2002 [Computer file]*,2003. Conduzido por United States

Department of Commerce, Bureau of the Census. Disponível em: [www.icpsr.umich.edu:8080/ICPSR-STUDY/03691.xml]. Acesso em: 07.12.2016.

WILLIAMS, L.S. The classic rape: When do victims report? *Social Problems*, v. 31, p. 459–467, 1984.

ZIEGENHAGEN, E. A.; BROSNAN, D. Victim responses to robbery and crime control policy. *Criminology*, v. 23, p. 675-695, 1985.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro, de João Daniel Rassi – *RBCCrim* 92/61-93 (DTR\2011\4647).

Sistema penal subterrâneo e clientes em potencial: as vítimas invisíveis das chacinas em Belém do Pará

Underground penal system and customers in potential: the invisible victims of slaughter in Belém do Pará

Tainá Ferreira e Ferreira

Mestra em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (2018).
Membro do Grupo de Pesquisa Saberes Criminológicos e Política Criminal.
Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (2016). Advogada.
ferreira.taina@yahoo.com.br

Recebido em: 03.11.2017.
Aprovado em: 21.03.2018.
Última versão da autora: 26.04.2018.

Área do Direito: Penal

Resumo: Desde 2014, houve um considerável aumento no número de homicídios ocorridos na capital do Estado do Pará. São eventos que apresentam características de chacinas, mas que, apesar de sua gravidade, não geraram grande comoção social. Tal fato desperta a necessidade de análise sobre o funcionamento do sistema penal. Lola Aniyar de Castro afirma que o direito penal aparente atua sob o discurso da legalidade, mas é no subterrâneo que é observada a seletividade. Dessa maneira, questiona-se: é possível identificar o funcionamento do direito penal subterrâneo na forma com que são tratadas as vítimas dos homicídios ocorridos em Belém? O objetivo, portanto, é verificar as razões que tornam essas pessoas invisíveis e, através de uma análise qualitativa e do levantamento bibliográfico de autores como Castro, Baratta e Zaffaroni, a hipótese levantada é de que os direitos dessas pessoas são violados em virtude de possuírem o perfil da clientela do sistema penal.

Palavras-chave: Direito penal – Vítimas – Homicídios – Belém – Seletividade – Chacinas.

Abstract: Since 2014, there has been a considerable increase in the number of homicides in the capital of the State of Pará. These events have characteristics of slaughters, but despite their gravity, they did not generate a great social commotion. This fact raises the need for analysis on the functioning of the penal system. Lola Aniyar de Castro affirms that the apparent criminal law acts under the discourse of legality, but it is in the underground that is observed the selectivity. In this way, it is questioned: Is it possible to identify the operation of underground criminal law in the way the victims of the murders in Belém are treated? The objective, therefore, is to verify the reasons that make these people invisible and, through a qualitative analysis and the bibliographic survey of authors like Castro, Baratta and Zaffaroni, the hypothesis raised is that the rights of these people are violated, by virtue of having the profile of the clientele of the penal system.

Keywords: Criminal law – Victims – Homicide – Belém – Selectivity – Slaughters.

Ferreira, Tainá Ferreira e. Sistema penal subterrâneo e clientes em potencial: as vítimas invisíveis das chacinas em Belém do Pará. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 149. ano 26. p. 549-569. São Paulo: Ed. RT, novembro 2018.

Sumário: Introdução. 1. "Suspeitos em um carro prata": aumento dos homicídios na região metropolitana de Belém/PA. 2. Um olhar sobre o pensamento criminológico crítico. 2.1. Entre o sistema penal aparente e o subterrâneo. 2.2. Reflexos da crise do sistema penal. 3. Sociedade dos excluídos: seletividade penal e os não sujeitos. 4. Criminologia e política criminal: uma relação necessária. Conclusão. Referências.

Introdução

A Organização Não Governamental (ONG) mexicana Seguridad, Justicia y Paz apresentou o *ranking*[1] das cidades, com mais de 300 mil habitantes, que possuem as taxas de homicídio mais elevadas do mundo no ano de 2016. A cidade de Belém, capital do estado do Pará, aparece em 11º lugar no referido *ranking*, que é liderado por Caracas, na Venezuela (METODOLOGIA..., 2017, p. 1-3).

Este estudo ilustra o problema da violência que tem se acentuado na capital paraense nos últimos anos. Trata-se de fatos com características de chacinas na região metropolitana, mas que não têm, de forma geral, mobilizado a sociedade e o Poder Público a assumir um posicionamento.

Cenários como esse levam a questionar o motivo de determinados eventos despertarem interesse social e outros não, demonstrando como a questão criminal é complexa. Relevante então os estudos criminológicos críticos que apontam para a necessidade de analisar o sistema penal sob uma ótica mais ampla, ou seja, não somente a partir do indivíduo dito criminoso, mas das instituições responsáveis por colocar em prática o poder punitivo.

Para a criminóloga latino-americana Lola Aniyar de Castro, o sistema penal age de duas maneiras, uma aparente e outra subterrânea. Através da primeira tem-se um discurso de observância a princípios como da legalidade, contudo, através da segunda tem-se a efetiva atuação desse sistema que se mostra seletiva e desigual. Dessa maneira, questiona-se: é possível identificar o funcionamento do sistema penal subterrâneo na forma com que as vítimas dos homicídios ocorridos em Belém são tratadas?

Objetiva-se realizar uma análise comparativa entre o perfil das vítimas das chacinas ocorridas na capital paraense e dos encarcerados no estado a fim de

1. A ONG afirma que o *ranking* não é 100% exato. O maior obstáculo é a falta de transparência do governo de vários países. Não são incluídos dados de cidades de países que enfrentam conflitos bélicos como Síria, Irã etc., pois a maioria de mortes violentas não corresponde a definição universalmente aceita de homicídio. Mais informações são encontradas na íntegra do documento.

identificar se a pouca repercussão desses eventos pode ser considerada uma manifestação do sistema penal subterrâneo.

A hipótese é de que a seleção inerente ao funcionamento do sistema é determinada pelas desigualdades socioeconômicas, dessa maneira, se as vítimas da violência se enquadram na usual clientela do sistema, não lhes é dada a devida importância.

Para desenvolver essa hipótese e alcançar os objetivos propostos, a metodologia aplicada será a realização de uma análise qualitativa, através de pesquisas bibliográficas em autores como Alessandro Baratta, Lola Aniyar Castro e Eugenio Zaffaroni e da análise do relatório produzido em 2017 pela Ordem dos Advogados do Estado do Pará (OAB/PA), além de reportagens sobre o tema.

1. "Suspeitos em um carro prata": aumento dos homicídios na região metropolitana de Belém/PA

Desde 2014, Belém e sua região metropolitana têm registrado diversas chacinas ocorridas em áreas periféricas da cidade. Apesar da gravidade e da frequência dos eventos, não se percebe um clamor midiático local ou nacional em torno dos fatos, tampouco o fomento a discussões sobre a problemática.

Somente no ano de 2017 foram quatro chacinas na região metropolitana. A primeira em janeiro, na madrugada do dia 21, na qual 27 pessoas foram assassinadas em 20 pontos espalhados pela capital. A segunda foi no dia 05 de abril, quando dez pessoas foram mortas em Belém, Ananindeua e Icoaraci em um intervalo de quatro horas. Em 05 de maio, quatro homens foram executados no conjunto Eduardo Angelim, no Parque Guajará, e em 06 de junho, cinco pessoas morreram e 14 foram baleadas no bairro da Condor, ambos locais pertencentes a áreas periféricas da cidade (APÓS..., 2017, *on-line*).

Nesse cenário, a Ordem dos Advogados do Estado do Pará (OAB/PA), através do trabalho da Comissão de Direitos Humanos, produziu o Relatório da situação dos casos de chacinas e extermínio de jovens negros no Estado do Pará. Foram identificadas características comuns nos eventos ocorridos, o que permite a realização de uma abordagem mais abrangente do tema em questão.

De acordo com as informações do relatório, a hipótese de ocorrência de chacinas na região metropolitana foi levantada por um delegado[2] de polícia e confir-

2. A hipótese foi levantada pelo delegado em depoimento prestado à CPI das milícias da ALEPA, que associou o elevado número de mortos num curto período a práticas de extermínio realizadas por grupos milicianos, especialmente, quando as mortes ocorriam alguns dias depois de mortes de policiais (OAB/PA, 2017).

mada através da investigação de seis assassinatos ocorridos entre os dias 07 e 09 de janeiro de 2014 (OAB/PA, 2017).

> Esta hipótese é confirmada pelas investigações de 6 assassinatos ocorridos entre os dias 7 e 9 de janeiro de 2014, onde após a morte de 2 policiais no bairro da Cremação, os assassinatos começaram. São todos atribuídos a milícia do Guamá, que tratou de restaurar a moral da tropa, através da execução de indivíduos escolhidos pela cor da pele, do linguajar, da idade e do modo de vestir, nos territórios caracterizados pela subnormalidade, mas sem perder a oportunidade de realizar acertos de contas antigos (OAB/PA,2017).

Dessa maneira, foi identificado que as ocorrências foram marcadas pela ausência de participação das vítimas nos fatos desencadeadores das chacinas; a presença constante de agentes da segurança pública, especialmente, policiais militares[3]; e a impunidade[4] dos envolvidos.

Nesse cenário, foi constatado o fenômeno da criminalização das vítimas, as quais eram taxadas como "vagabundo", "devedor", "maconheiro", entre outros. Importante mencionar o perfil dessas pessoas, que eram quase que na totalidade jovens (de 14 a 29 anos), de cor preta ou parda e pobres (com renda total de até dois salários mínimos) (OAB/PA, 2017).

Além disso, não foi percebida nesses casos uma grande repercussão nos principais veículos de comunicação local. Os fatos foram noticiados de maneira pontual, sem grande destaque para as vítimas e para o acompanhamento das investigações. Características contrárias à usual cobertura midiática de fenômenos criminais. De acordo com o relatório da OAB/PA, isso se deve, especialmente, pelo perfil das vítimas das chacinas.

---

3. O relatório da CPI das Milícias da ALEPA identificou essa característica, afirmando que o alto grau de especialização dos militares, alguns com treinamento tático e integrantes de forças especiais, o acesso irrestrito a armas e munições e a influência e o corporativismo militar, associados aos baixos salários, a realização de serviços de segurança privada clandestina e as relações de vizinhança dos policiais militares, são preponderantes para este comportamento criminoso (OAB/PA, 2017).
4. Quando ocorre a judicialização de algum caso, as práticas também seguem um roteiro comum: a intimidação de vítimas e testemunhas; o desencontro de informações, a não individualização dos fatos seja pela incapacidade de vítimas e testemunhas de identificarem os autores, seja pela mutua proteção de autores com versões não elucidativas e a coação de escrivães, policiais civis e militares, delegados de polícia, promotores, magistrados, defensores públicos ou de direitos humanos e advogados, estes dois últimos vítimas em potencial (OAB/PA, 2017).

> A segunda dimensão dos crimes cometidos contra jovens negros e pobres é a irrelevância midiática de suas mortes, fica patente que o estrato social a que pertence à vítima é preponderante para a comoção social que sua morte causa. O exemplo claro foi a repercussão da morte de um universitário numa segunda feira, logo após um final de semana onde foram registrados 19 mortos, incluindo uma criança. Neste caso o número de mortes é usado pela imprensa para dar mais dramaticidade à cobertura da morte do estudante universitário (OAB/PA, 2017).

De janeiro a abril de 2017,[5] já haviam sido registrados 442 homicídios na região metropolitana de Belém. A chacina no bairro da Condor[6], ocorrida em junho daquele ano, aponta para uma característica comum de muitos desses crimes, são ataques em áreas periféricas, que apresentam o mesmo *modus operandi:* pessoas em carros pretos ou prata, fortemente armados e encapuzados.

De acordo com a OAB/PA (2017), as milícias estão cada vez mais atuantes no Estado, fantasiadas de "limpadores" do mal na sociedade, e cada vez mais vitimando jovens, negros, de área periférica. Trata-se de um problema de extrema complexidade que suscita a necessidade de discussões acerca da dinâmica de funcionamento do poder punitivo que, em casos como esse, silencia sobre essas vítimas.

2. Um olhar sobre o pensamento criminológico crítico

Diante de cenários como esse, percebe-se que compreender a questão criminal não é uma tarefa simples. Por esse motivo, análises e questões meramente dogmáticas são insuficientes para a percepção da complexidade do fenômeno. A necessidade de um enfoque macrossociológico é apontada pela criminologia, cuja função seria a de realizar a teoria crítica da realidade social do direito, na perspectiva de um modelo integrado de ciência penal (BATISTA, 2012, p. 15). A criminologia crítica nasce a partir da ocorrência de um "giro epistemológico", ou seja, a mudança de paradigma no qual se passa a analisar não somente o delinquente e as possíveis causas que o diferenciam dos demais cidadãos, mas sim as estruturas de poder e os processos de criminalização que colocam em prática o poder punitivo.

Nessa perspectiva criminológica, portanto a criminalidade é um *status* atribuído mediante uma dupla seleção, em primeiro lugar através da seleção de bens

5. Informações apresentadas em reportagem do G1/PA, (MAIS..., 2017).

6. De acordo com o relatório da OAB/PA (2017) foram cinco pessoas mortas e 14 feridas.

protegidos penalmente, e em segundo pela seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles que realizam infrações a normas penalmente sancionadas (BARATTA, 2002, p. 161).

Tem-se, portanto, a quebra do mito de que o direito penal incide de maneira igual para todas as pessoas, já que a sua operacionalidade depende de que a seleção seja realizada. Assim, a violação à igualdade é uma constante da dinâmica penal e o que se torna preocupante são os fatores que pautam essas escolhas.

Torna-se claro, então, que a seletividade do direito penal é apontada como uma característica inerente ao seu funcionamento e por isso a concepção de sistema penal que Zaffaroni desenvolve torna-se relevante. O professor argentino considera que ele se compõe de forma heterogênea por agências que o autor define como compartimentalizadas. O sistema penal, portanto, é a soma dos exercícios de poder de todas essas agências que operam independentemente realizando as seleções necessárias aos processos de criminalização (ZAFFARONI, 2001, p. 144).

Tais processos podem ser: primários[7], ou seja, referentes à atividade legislativa, constituindo-se no momento de selecionar um bem jurídico através da tipificação; e podem ser secundários, que ocorrem no momento da aplicação da lei, a partir de um processo de escolha das pessoas que vão sofrer a incidência do poder punitivo.

No que tange à criminalização secundária é o momento em que mais se torna perceptível a desigualdade com que opera o sistema penal. Através dela determinam-se quais os conflitos que serão alcançados pelo sistema punitivo, de modo a estabelecer que alguns episódios delituosos têm que ser punidos para garantir que o recurso à resposta penal, como opção política, justifique-se (GOMES, 2015a, p. 118).

A complexidade do sistema penal, portanto, repousa na constatação de que sua operacionalidade depende de uma série de articulações entre suas agências. Baratta apresenta a síntese desse funcionamento da seguinte maneira,

> O direito penal não é considerado nessa crítica, somente como um sistema estático de normas, senão como um sistema dinâmico de funções, no qual se podem discutir três mecanismos, cuja análise pode ser feita separadamente: o mecanismo de produção das normas (incriminação primária), o mecanismo

7. Para Gomes (2015a, p.117), a criminalização primária seria a decisão de se promulgar uma lei penal material, e a secundária se constitui na ação punitiva exercida sobre pessoas concretas e que se expressa nos atos compreendidos entre a intervenção policial e execução da pena.

> da aplicação das normas, isto é, o processo penal que compreende a ação dos órgãos de investigação e que culmina com o juízo (criminalização secundária) e, finalmente, o mecanismo da execução da pena e das medidas de segurança (BARATTA, 1977, p. 9).

De acordo com o criminólogo, os processos de criminalização secundária acentuam o caráter seletivo do sistema penal abstrato. São preconceitos e estereótipos que guiam a ação dos órgãos investigadores e judicantes e que os levam a procurar a verdadeira criminalidade principalmente nos estratos sociais dos quais é normal esperá-la (BARATTA, 2002, p. 176).

A desigualdade, portanto, acaba sendo funcional para o sistema, tendo em vista que tais processos se valem dela para determinar a clientela do direito penal e, a partir do momento em que se passa a ideia de que esse sistema está agindo, ainda que não se questione onde e para quem, ocorre a legitimação.

Conforme anteriormente mencionado, no relatório da OAB/PA a hipótese da ocorrência de chacinas na capital paraense se confirmou através das investigações que demonstraram a atuação de milícias que escolhem as suas vítimas a partir de critérios como cor, modo de vestir e pelos locais que residem, ou seja, pela estereotipização de uma parcela da população.

Assim, a importância das constatações criminológicas para os fins dessa discussão repousa no fato de que os eventos que têm ocorrido em Belém, e sua região metropolitana, permitem perceber, na prática, aquilo que Baratta identifica como característico do paradigma da reação social, que é a seletividade com que atua o sistema penal. Conforme apresentado, as chacinas se restringem a áreas periféricas da cidade, locais onde a violência se faz mais presente, inclusive aquela a nível institucional.

As agências costumam colaborar com o processo de (re)produção de estereótipos, ao demonstrarem uma preferência pela incidência do poder punitivo em determinados indivíduos. Isso é perceptível, por exemplo, no campo midiático, em que a diferença entre traficantes e usuários depende, diretamente, da posição social dos envolvidos na questão.

Assim, é indispensável considerar que todo o sistema penal tende a intervir como subsistema específico no universo dos processos de socialização e educação que o Estado e outros aparelhos ideológicos institucionalizaram em uma rede cada vez mais capilar. Essa concepção refere-se ao esquema ideológico do sistema punitivo que representa o modo como este tende a ser concebido pelos indivíduos a quem cabe à tarefa de prepará-lo, administrá-lo, controlá-lo e transmitir uma imagem útil ao seu funcionamento (BARATTA, 2002, p. 169-170). Além de tais premissas, a percepção advinda da criminologia latino-americana

acerca da existência de uma dupla dimensão do sistema penal é uma contribuição de extrema importância no cenário discutido neste ensaio, como será demonstrado a seguir.

2.1. Entre o sistema penal aparente e o subterrâneo

Lola Aniyar de Castro é personagem fundamental para a compreensão tanto do surgimento como do estabelecimento da criminologia no continente latino-americano. O trabalho da pesquisadora busca, a partir da vertente crítica desenvolvida por Alessandro Baratta, formar as bases para uma criminologia voltada para a realidade da região.

A questão da necessidade de um conhecimento local que abarque as peculiaridades de uma determinada área é de extrema relevância. Ainda que não seja objeto desta discussão, percebe-se como é possível traçar um paralelo com a pouca visibilidade de problemas de determinadas regiões brasileiras, como a região norte, mas que não costumam ser levados a nível nacional.

A violência na capital do estado do Pará tem sido uma constante que se adequa ao que a Lola Aniyar e outros estudiosos buscam abordar ao desenvolver uma criminologia voltada para a América Latina. Apesar da contribuição inegável de autores como Alessandro Baratta, é um fato a existência de peculiaridades locais que necessitam ser discutidas, por isso a relevância de trazer essas categorias para serem aplicadas na realidade de Belém.

Assim, é preciso destacar que, inicialmente, o desenvolvimento de uma criminologia latino-americana surgiu como reação à importação do modelo de criminologia tradicional, ou seja, aquela de cunho positivista que pretendia se estabelecer como ciência universal. Os estudiosos constataram que, assim como nas mais diversas esferas, a temática criminal na América Latina se mantinha dependente dos centros de produção do saber localizados nos países centrais.

Para Castro (2005, p. 44), a criminologia clássica[8] racionalizou o controle através de técnicas legislativas e da conceituação da chamada dogmática penal. Dessa maneira, a legitimação do poder se produziria apenas pelo formal e ritual cumprimento das estruturas jurídicas, cuja elaboração visava garantir os interesses da classe que historicamente emergiu após o feudalismo, isto é, a burguesia.

8. De acordo com Castro (2005, p. 69), a escola clássica de direito penal não é pré-criminológica, mas é ela mesma uma criminologia administrativa e legal, uma forma de controle social fundante da nova ordem estabelecida pela via da dominação legal.

Por outro lado, a escola positivista[9], respondendo aos apelos epistemológicos de sua época – através da insistência na criminologia da classe baixa, a aceitação acrítica das definições legais, o desprezo às relações estruturais e do funcionamento do poder – faz com que todas as correntes surgidas a partir dela sejam um instrumento modernizado de legitimação (CASTRO, 2005, p. 46).

Restava claro que a importação das ideias contidas na criminologia positivista só servia como instrumento de legitimação do poder punitivo, além de reforçar práticas repressivas contra grandes grupos locais. Tratava-se de um reflexo da utilização de abordagens que reproduziam a relação colonialista instalada na região.

Castro (2005, p. 43), então, apresenta a criminologia da libertação como proposta para uma teoria crítica do controle social em reação à escola clássica e a criminologia tradicional que, para a autora, eram formas de legitimação, ou seja, de convalidação e autorização através da promoção do consenso social de um determinado sistema de dominação.

Na criminologia da libertação, qualquer abordagem sobre o sistema penal ou sobre o exercício do poder punitivo se revela uma discussão sobre o controle social. Essa afirmativa é feita a partir da análise de como esse controle não se limita ao aspecto institucional, mas existe socialmente nos mais diversos campos, incluindo desde a maneira de educar as crianças até a dinâmica de atuação dos meios de comunicação de massa.

A autora, então, constata que se a criminologia tradicional servia como instrumento de poder, por outro lado uma criminologia alternativa pode ser inimiga do poder. Dessa forma, a sua proposta coloca como objeto de estudo o controle social a partir da seguinte definição:

> Entendemos o controle social, portanto, como "o conjunto de sistemas normativos (religião, ética, costumes, uso, terapêutica e direito – este último entendido em todos os seus ramos, na medida em que exercem esse controle reprodutor, mas especialmente no campo penal; em seus conteúdos como em seus não-conteúdos) cujos portadores, através de processos seletivos (estereotipia e criminalização) e estratégias de socialização (primária e secundária ou substitutiva), estabelecem uma rede de contenções que garantem a fidelidade (ou, no fracasso dela, a submissão) das massas aos valores do sistema

9. Na América Latina, o positivismo ganhou uma conotação racista que serviu para subjugar minorias étnicas e as relações de exploração Norte-Sul, ao estabelecer um suposto vínculo entre subdesenvolvimento, meio geográfico e delinquência. A influência dessa criminologia foi ampla nos países do continente (CASTRO, 2005, p. 74-75).

> de dominação: o que, por motivos inerentes aos potenciais tipos de conduta dissonante, se faz sobre destinatários sociais diferencialmente controlados segundo a classe a que pertencem (CASTRO, 2005, p. 53-55).

Dessa forma, o tema essencial para a criminologia liberacionista é não apenas como o controle formal é exercido, mas a maneira pela qual as ideologias são constituídas e manipuladas, pois se trata de condição fundamental para a compreensão desse controle (CASTRO, 2005, p. 94).

A importância dessa constatação está na compreensão de que a estrutura que sustenta o sistema penal é bastante ampla, o que, inclusive, justifica a adoção da concepção de sistema penal apresentada por Zaffaroni. Dessa maneira, a própria seletividade é movida graças à forma de atuação de cada um dos pilares que colocam em prática o poder punitivo.

A legitimação dessa dinâmica, de acordo com Castro (2005, p. 98), estaria pautada tanto na ilusão de uma real participação coletiva nas tomadas de decisão política das democracias burguesas (traduzida na participação de processos instrumentais) como na mobilização coletiva para que se conformem processos de socialização que estariam basicamente, mas não exclusivamente, orientados de modo estrutural.

Para conseguir ser legitimado, o sistema penal necessita passar uma determinada imagem de eficácia de seu funcionamento que seja suficiente para esconder suas mazelas. As agências, portanto, vão atuar com esse fim de sustentar um discurso formalista que seja passível de aceitação e justificação de suas atividades.

A partir dessa perspectiva, a autora vai afirmar que o sistema penal se divide em dois: o sistema subterrâneo e o aparente. Esse fenômeno é observável nos processos de criminalização. No que tange à criminalização de condutas, o sistema penal aparente é verificado através das previsões contidas nos códigos que determinam o que é "mau", já o subterrâneo será aquele que vai decretar o que é "bom" e, por consequência, quem são os "bons" do sistema social (CASTRO, 2005, p. 128).

No sistema penal aparente, afirma a autora, a criminalização de indivíduos se produz como efeito da condenação formal, no subterrâneo, a criminalização primária ocorre através do estereótipo do delinquente como membro da classe baixa, algo que é emitido e recebido de maneira bastante orgânica (CASTRO, 2005, p. 130).

Além disso, Castro (2005, p. 131) pontua que existem procedimentos que são proibidos pelo sistema aparente, mas que são executados no terreno fático, caracterizando, então, a existência de condutas diferenciadas para as classes

subalternas. Assim, violações de domicílio, prisões e detenções preventivas por prazo indeterminado etc. constituem parte do sistema penal subterrâneo.

Dessa maneira, tem-se delineado alguns aspectos que demonstram a funcionalidade real do sistema penal marcada pelo desrespeito a uma série de garantias fundamentais dos indivíduos. Assim, não existe uma correspondência com o discurso formal, o que explica a necessidade de uma complexa dinâmica de legitimação.

O que a autora apresenta explica a existência de diferentes práticas e discursos no âmbito de funcionamento do poder punitivo. Dessa forma, aquilo que se tem na realidade fática pouco, ou nada, corresponde com a maneira com que esse sistema é executado. A questão é que essa dinâmica apresenta limites e, na prática, é uma via com grande potencial de violação de direitos fundamentais.

2.2. Reflexos da crise do sistema penal

Castro (2005, p. 133) afirma que existe uma crise do sistema penal gerada como consequência de uma crise de legitimação. Esse sistema deve ser lido de três maneiras: a primeira, referente aos princípios formulados; a segunda, referente à sua concreção nos fatos; e a terceira, no que tange ao seu sentido mais profundo e de suas funções reais.

A criminóloga diz que a crise[10] pode referir-se tanto à coerência interna do sistema quanto ao seu impacto na aceitação daqueles a quem submete, tendo em vista que o poder requer ao mesmo tempo uma coerência interna e uma no consenso que gera e que o sustenta (CASTRO, 2005, p. 133-134).

A existência de uma crise também é identificada por Zaffaroni (2001, p. 15), que considera que ela se refere a uma brusca aceleração do descrédito do discurso jurídico-penal. Trata-se, portanto, do momento em que a falsidade desse discurso alcança tal magnitude de evidência que este desaba, desconcertando o penalismo da região.

Pode-se dizer, então, que é chegado um determinado ponto em que o discurso formalista utilizado pelo sistema penal deixa de ser suficiente para legitimá-lo, ou seja, a atuação das agências, institucionalizadas ou não, não consegue manter

10. Quando falamos de crise do sistema penal, portanto, referimo-nos tanto à concreção fática de seus princípios como a coerência interna dos níveis do poder e a seu grau de credibilidade. Não as suas funções profundas. Uma extensa literatura, baseada em pesquisas e outras constatações, apontou amplamente as razões da crise (CASTRO, 2005, p. 134).

o sistema penal aparente, deixando transparecer as violações ocorridas no âmbito subterrâneo.

O professor argentino afirma que o sistema penal não atua de acordo com a legalidade, no sentido de que os órgãos atuantes não exercem seu poder de acordo com a programação legislativa tal como a expressa no discurso jurídico-penal (ZAFFARONI, 2001, p. 21).

Importante ressaltar que a legalidade se desdobra em legalidade penal e legalidade processual. A primeira exige que o exercício punitivo do poder estatal aconteça dentro dos limites previamente estabelecidos para a punibilidade; e a segunda, que os órgãos do sistema penal exerçam seu poder para tentar criminalizar todos os autores de crimes e que o façam de acordo com certas pautas detalhadamente explicitadas (ZAFFARONI, 2001, p. 21).

A prática, entretanto, conforme já foi ressaltado, demonstra que os fatores determinantes para a prática punitiva perpassam por questões como o apelo midiático e pela reiteração de estereótipos presentes na sociedade, o que colabora com a criação de uma clientela penal, já que o poder punitivo irá incidir, preferencialmente, em determinados setores sociais.

> O discurso jurídico-penal exclui de seus requisitos de legalidade o exercício de poder de sequestro e estigmatização que sob pretexto de identificação, controle migratório, contravenções etc., fica a cargo de órgãos executivos, sem intervenção efetiva dos órgãos judiciais. A lei permite, deste modo, enormes esferas de exercício arbitrário do poder de sequestro e estigmatização, de inspeção, controle, buscas irregulares, etc., que se exercem cotidiana e amplamente, à margem de qualquer "legalidade" punitiva contemplada no discurso jurídico-penal (ZAFFARONI, 2001, p. 22).

Diante da renúncia à legalidade penal, os órgãos do sistema são encarregados de um controle social militarizado e verticalizado, de uso cotidiano que, de acordo com Zaffaroni (2001, p. 23), é exercido sobre a grande maioria da população e possui um aspecto que vai além o alcance meramente repressivo, mas acaba sendo configurador da vida social.

De modo a demonstrar como o poder punitivo precisa de inimigos de ocasião, percebe-se que esse poder configurador, ou seja, militarizador e verticalizado, é exercido sobre os setores mais carentes da população e sobre alguns considerados diferentes, ou seja, os mais incômodos ou significativos (ZAFFARONI, 2001, p. 23-24).

Trata-se então, na esteira do que é afirmado pelo autor argentino, de um poder exercido à margem da legalidade, de maneira arbitrariamente seletiva, pois

a própria lei assim o planifica e porque o órgão legislativo deixa fora do discurso jurídico-penal amplíssimos âmbitos de controle social punitivo (ZAFFARONI, 2001, p. 25).

Dessa maneira, o princípio da legalidade é continuamente desrespeitado, pois para o verdadeiro e fundamental exercício de poder (aquele poder positivo configurador disciplinante), a própria lei se ocupa de renunciar à legalidade, concedendo amplíssima margem de arbitrariedade a suas agências (ZAFFARONI, 2001, p. 28).

O que se percebe é que a violação à igualdade e à legalidade dão início a uma série de outras violações dos direitos fundamentais daqueles que são atingidos pelo poder punitivo. O sistema penal possui uma violência intrínseca ao seu funcionamento, esse cenário de crise apontado pelos autores demonstra que essa situação agrava esse potencial do poder punitivo.

Zaffaroni (2001, p. 28-29) afirma que é perceptível na América Latina um violentíssimo exercício de poder à margem de qualquer legalidade, o que significa que ela é violada de forma aberta e extrema, pelo altíssimo número de fatos violentos e de corrupção praticados pelos próprios órgãos do sistema penal.

A realidade constatada na América Latina é a de um sistema penal que opera à margem dos direitos e garantias previstos e sustentados pelo discurso oficial. Trata-se de algo extremamente grave, especialmente para aqueles que se encaixam nos estereótipos eleitos pelas agências.

3. Sociedade dos excluídos: seletividade penal e os não sujeitos

Ao tratar do contexto brasileiro Dornelles (2006, p. 216) afirma que existe um legado autoritário que resiste ao processo de democratização. Segundo o autor, não basta o retorno ao formato democrático para garantir a erradicação de práticas autoritárias, arbitrárias e ilegais por parte dos agentes dos Estados, tendo em vista a existência de razões históricas para a sua manutenção.

Dessa maneira,

> A ordem constitucional brasileira efetivamente não assegurou a plenitude das práticas democráticas e da cidadania para a maior parte da população, deixando prevalecer os "pontos negativos" que aparecem através da violência física, da discriminação étnico-racial (afro-descendentes e populações indígenas, entre outros), do sexismo, da corrupção, do não-acesso à justiça, criminalidade, das brutalidades policiais, da pratica usual da tortura, dos maus-tratos e de um sistema penal que centra a sua atuação contra a população pobre e miserável (DORNELLES, 2006, p. 217).

A partir da análise de Castro, em que o sistema penal se divide em aparente e subterrâneo, e dos estudos de Zaffaroni, que tratam da crise desse sistema, é possível notar que ambas as abordagens levam à conclusão de que existe um discurso sustentado oficialmente pelas agências do sistema, mas que não é verificável uma correspondência deste com a realidade da seletividade penal.

Dados obtidos através do *site* da Superintendência do Sistema Penitenciário do Estado do Pará[11] (SUSIPE) apontam que de 1995 até maio de 2017 houve um aumento de 1.218% da população carcerária do estado (o que representa um aumento de 14.046 pessoas ingressando no sistema).

O Pará, portanto, é o 14º estado com maior população carcerária absoluta, com uma taxa de 197,21 presos por 100 mil habitantes (a média no Brasil é de 306, 22 presos por cada 100 mil habitantes). De acordo com a SUSIPE, a maioria dos presos possui ensino fundamental incompleto (52,67%), é parda (63,22%) ou negra (19,67%) e possui entre 18 e 24 anos (35,51%).

É notável a semelhança do perfil dos encarcerados com as vítimas dos homicídios ocorridos na capital paraense, pois em todos os casos foram moradores de áreas periféricas, a grande maioria homens jovens e de baixa renda.

Diante disso, as premissas anteriormente apresentadas, que demonstram como a seletividade penal é guiada por estereótipos e preconceitos sociais, restam comprovadas ao se observar as características dos indivíduos que compõem grande parte da população carcerária do estado. Reitera-se, então, que uma das grandes contribuições das discussões criminológicas no paradigma da reação social repousa na crítica à formação de uma verdadeira clientela do sistema penal. Em consonância com esse entendimento, percebe-se que os processos de criminalização, especialmente o secundário, além de incidirem de forma ativa em determinadas parcelas sociais ao eleger um perfil de criminoso, acabam incluindo uma escolha e uma criação de modelos de vítimas.

Indiscutivelmente, o sistema penal é a via na qual se nota de forma mais incisiva as desigualdades sociais, pois atua preferencialmente sobre elas. Isso ocorre tanto através da seleção dos indivíduos criminosos quanto pela opção por determinadas vítimas (ou potenciais vítimas), de modo a violar a igualdade.

Baratta (2002, p. 179) ressalta que a criminalidade é uma realidade social da qual a ação das instâncias oficiais é elemento constitutivo. Estas integram essa realidade através de uma percepção seletiva dos fenômenos que, para o autor, se traduz no recrutamento de uma circunscrita população criminal que é

11. Informações colhidas em outubro de 2017.

selecionada dentro do mais amplo círculo dos que cometem ações previstas nas leis penais. Assim,

> Tal distribuição desigual, em desvantagem dos indivíduos socialmente mais débeis, isto é, que têm uma relação subprivilegiada ou precária com o mundo do trabalho e da população, ocorre segundo as leis de um código social (*second code*) que regula a aplicação das normas abstratas por parte das instancias oficiais (BARATTA, 2002, p. 179).

A observação do perfil das vítimas das chacinas e dos encarcerados demonstra que a mesmas pessoas que são cotidianamente selecionadas pelo processo de criminalização secundária, agora estão sendo vítimas das diversas chacinas ocorridas na cidade, o que leva a uma necessária reflexão sobre o desinteresse das agências do sistema penal nos fatos ocorridos, tendo em vista tratar-se da eliminação de potenciais clientes desse sistema.

Dessa maneira, o desinteresse midiático em nível local, constatado pelo relatório da OAB/PA, é explicado por se tratar de indivíduos pertencentes às camadas sociais em que se percebe a aplicabilidade do sistema subterrâneo, ou seja, nas quais as violações aos direitos fundamentais são mais frequentes, e isso faz com que não exista uma mobilização social em prol de investigações e da discussão de políticas que possam atingir a questão.

Castro (2005, p. 246) afirma que violência é toda modificação que existe e que ela é exercida cada vez que se faz alguma coisa e cada vez que não se faz algo que deveria ser feito. Dessa forma, a autora chega à conclusão de que as instituições são violência, que o direito é violência e que o exercício de poder é violência.

De acordo com Wacquant (2001, p. 4), a sociedade brasileira, a despeito do enriquecimento coletivo das décadas de industrialização, continua caracterizada pelas disparidades sociais vertiginosas e pela pobreza de massa que, ao serem combinadas, alimentam o crescimento da violência criminal.

Assim, a ausência de qualquer rede social de proteção social faz com que as juventudes dos bairros populares sejam esmagadas pelo peso do desemprego e subempregos crônicos, de modo que acaba buscando meios alternativos para sobreviver, já que não consegue escapar das misérias do cotidiano (WACQUANT, 2001, p. 5).

Outra fonte da violência no Brasil, identificada por Wacquant (2001, p. 6), repousa na cultura política marcada pelo selo do autoritarismo. Trata-se da reflexão de que o País, apesar de se apresentar como um Estado de Direito, no funcionamento estatal e nas mentalidades coletivas se mantém a ideia de que defender os direitos do homem representa uma tolerância à "bandidagem".

> [...] o desinteresse flagrante e a incapacidade patente dos tribunais em fazer respeitar a lei encorajam todos aqueles que podem buscar soluções *privadas* para o problema da insegurança – barricadas em "bairros fortificados", guardas armados, "vigilância" tolerada, e até encorajada por parte dos *justiceiros* e das vítimas de crimes -, o que tem por principal efeito propagar e intensificar a violência (WACQUANT, 2001, p. 6).

Nesse contexto, Guimarães e Regos (2010, p. 145) afirmam que se cria um contingente humano visto como desprovido de direitos, tidos como massa despersonificada, ou seja, não sujeitos, amiúde acalantados pela comiseração de políticas sociais residuais demagógicas.

Para os autores, na medida em que o mercado assume o papel singular de regulador das relações sociais, de maneira a conferir *status* diferenciado àqueles que alcançaram espaço no processo da economia globalizada, o "outro", além de se desumanizar, é tratado e se comporta como objeto, e não como sujeito (GUIMARÃES; REGO, 2010, p. 146).

Assim, diante da ausência da repercussão midiática e da pressão social, as violências na região metropolitana, que se constituem em verdadeiras chacinas, vão se prologando no tempo. Trata-se da desumanização de uma parcela da sociedade cujas vidas perdidas não são repercutidas pela falta de desinteresse das agências penais.

4. Criminologia e política criminal: uma relação necessária

Em situações críticas de violência, como a aqui abordada, torna-se imprescindível refletir sobre a função da política criminal. Isso se deve ao fato de que, para se retirar tais acontecimentos da invisibilidade em que estão inseridos, é necessário ponderar sobre como as constatações anteriormente apresentadas, que se referem ao perfil das vítimas, podem impactar a maneira de lidar com tais eventos.

Assim, é preciso atentar para o risco de discursos que são tendenciosos a políticas de expansionismo penal e para tal é necessário abordar como a política criminal brasileira interage (ou não) com os conhecimentos apresentados pela criminologia crítica.

O saber penal costuma ser analisado através da dogmática, da criminologia e da política criminal, enquanto os dois primeiros apresentam uma evolução epistemológica considerável, a última se mantém fragilizada e pouco desenvolvida.

Trazer a política criminal para essa discussão é de suma importância, tendo em vista que em momentos de crise costuma-se clamar pela expansão do poder punitivo, seja através da criação de novos tipos penais, seja pela defesa de

práticas mais duras dos membros das agências. Assim, nesse momento é necessária a existência de uma política criminal capaz de coibir essas tendências, tendo em vista ser o meio mais eficaz de lidar com essas situações.

De acordo com Gomes (2015b, p. 276), se por um lado, a natureza política tende a tornar instável seu objeto e mutáveis os seus fins, de maneira a dificultar a eleição de conceitos duradouros, por outro, é necessário que, em um cenário de expansão punitiva, ela tenha seu papel definido com rigor epistemológico.

Assim, enquanto o direito penal, por exemplo, possui pelo menos dois séculos de aprimoramento da produção de seu saber, a política criminal, sem uma epistemologia sólida, vagueia ao sabor dos interesses do momento, dos mais diversos matizes, imprevisíveis e incontroláveis (GOMES, 2015b, p. 151).

O Estado de Bem-Estar é apontado como uma das causas para as atuais oscilações da política criminal no ocidente. Nesse contexto, pensava-se que a solução para o problema social da delinquência estava no tratamento do criminoso, a partir da identificação das causas do comportamento desviado (GOMES, 2015b, p. 277).

Quando se verificou o fracasso que Gomes (2015b, p. 277) chama de *welfarismo penal*, ou seja, de realizar os resultados preventivos a que o Estado se propunha, viram-se, escondidas por trás do paternalismo correcionalista, simples opressão política e dominação social.

Mudanças no panorama político-econômico mundial nos primeiros anos da década de 80 do século XX também interferiram nos rumos tomados pela política criminal nos países europeus e, também, no continente americano. Assim, ela foi revestida de um caráter eminentemente repressivo, correspondendo a uma maior demanda por segurança pública impulsionado por um processo de vitimização abstrata (GOMES, 2015b, p. 278-279).

É necessário esclarecer que a política criminal é uma espécie do gênero política de estado, e que seu objeto é o controle penal. Dessa maneira, ela é a responsável pelo estabelecimento dos marcos penais gerais; regras de incidência desse controle; bem como pela própria definição dos fatos que produzirão consequências penais (GOMES, 2015b, p. 280-283).

Assim, Gomes (2015b, p. 156) afirma que a racionalidade das escolhas político-criminais pressupõe que elas sejam talhadas sobre base analítica, empírica e com coragem de abandonar as iniciativas legais que não produziram os resultados esperados. Com bem coloca o professor,

> [...] passos incertos não podem ser dados. Não se correm riscos com medidas de controle penal adotadas à falta de uma detida reflexão de sua imperiosa

> necessidade. Sem uma sólida epistemologia da política criminal que a comprometa com o saber teórico, as decisões políticas em matéria penal se converterão, inevitavelmente, em um mero arranjo simbólico e ilusório (GOMES, 2015b, p. 157).

Andrade (2012, p. 295-296) considera que o horizonte de projeção da política criminal é complexo e ambíguo, invocando respostas que clamam tanto pela maximização da luta contra a criminalidade quanto pela minimização e abolição da própria criminalização. É importante ressaltar, no entanto, que ela cresce em importância se recuperando do seu histórico complexo de inferioridade em relação a criminologia ao direito penal.

Para a autora, é necessário socializar o saber crítico para além dos muros acadêmicos e torná-lo politicamente relevante nos processos decisórios. Dessa maneira, em um horizonte marcado pela ambiguidade, é preciso decifrar por onde passa a ruptura do impasse a partir do longo acúmulo criminológico crítico da modernidade e da colonialidade – teórico e empírico – a favor da vida (ANDRADE, 2012, p. 298-299).

Assim, a fragilidade epistemológica da política criminal pode ser trabalhada através da própria criminologia, de modo que uma aproximação dos dois campos de saberes pode vir a colaborar com a construção de políticas mais efetivas.

É válido mencionar que discutir sobre política criminal implica trabalhar um conjunto de políticas públicas que agem direta e, principalmente, indiretamente sobre a questão criminal. Dessa maneira, não se trata de planejar ações repressivas, mas sim de abordar questões (educação, emprego etc.) cuja abrangência recaia sobre a sociedade de maneira em geral.

No cenário constatado na capital paraense, a discussão político-criminal é a via mais adequada para tratar a questão do grande aumento no número de homicídios. Trata-se da necessária articulação entre as agências não somente para a investigação dos crimes, mas também para preparar melhor as instituições que efetivam o exercício do poder punitivo, a fim de que atendam adequadamente as parcelas sociais mais vulneráveis.

A importância da criminologia, portanto, está em oferecer essas análises críticas sobre a realidade (sobre como atua efetivamente o sistema penal) para que políticas públicas sejam planejadas a partir desse plano fático, de modo a evitar os discursos meramente simbólicos ou que legitimam uma maior repressão.

Trata-se de buscar meios para inviabilizar que situações de emergência, como o cenário de violência em Belém, provoquem o expansionismo penal através da demanda de uma atuação mais incisiva das agências, e, ao mesmo tempo, buscar a promoção de um ambiente que seja pautado no respeito aos direitos humanos.

Conclusão

O agravamento do cenário de violência na cidade de Belém contrasta com a pouca visibilidade midiática e a quase inexistente mobilização social perante os fatos ocorridos. São crimes com características de chacina que ocorrem periodicamente na capital desde 2014.

A busca pela explicação de tais fenômenos perpassa pelos conhecimentos da criminologia crítica que apresenta a complexidade do funcionamento do sistema penal e aponta para a existência de uma dupla dimensão (aparente e subterrâneo) que expressa a intrínseca seletividade e para o grande potencial de violação de direitos fundamentais existente no exercício do poder punitivo.

Sob essa perspectiva, a análise comparativa do perfil dos encarcerados no estado do Pará e das vítimas das chacinas sugere que quando as mortes se concentram em regiões periféricas, atingindo indivíduos que se adequam a clientela do sistema penal, não é dada a devida relevância à situação.

A crise entre o discurso oficial e a realidade do exercício do poder punitivo expressa um sistema penal que não parece ser mais tão subterrâneo, pois já se preocupa menos em esconder seu *modus operandi* que revela agências que atuam em desconformidade com a lei, desrespeitando garantias individuais e (re)produzindo estereótipos e preconceitos existentes na sociedade.

Assim, o poder punitivo que, usualmente, incide sobre essas pessoas é aquele contrário ao discurso oficial, e quando elas se tornam as vítimas, não existe interesse em uma mobilização social, já que eram potenciais clientes desse sistema, demonstrando, então, os reflexos de um sistema penal subterrâneo.

Sem dúvida, a via mais adequada para discutir todo esse cenário concentra-se no âmbito da política criminal, eis que é um tipo de política pública na qual o planejamento deve ser realizado a partir de uma análise crítica da realidade. Para tal, é necessário que esse conhecimento não se restrinja ao âmbito acadêmico, que saia da invisibilidade e que se torne uma ferramenta eficaz na preservação de direitos humanos.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (de)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e política penal alternativa*. Relatório apresentado ao colóquio da Seção Nacional Espanhola, da Associação Internacional de Direito Penal. Madrid, 1977.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira.* 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

DORNELLES, João Ricardo W. O desafio da violência, a questão democrática e os direitos humanos no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 29, v. 9, p. 213-221, 2006.

G1. Após chacinas, população realiza caminhada e pede paz em Belém. *G1 Pará.* Belém, 2017. Disponível em: [http://g1.globo.com/pa/para/noticia/apos-chacinas-populacao-realiza-caminhada-e-pede-paz-em-belem.ghtml]. Acesso em: 10.07.2017.

G1. Mais de 400 homicídios já foram registrados na Grande Belém em 2017. *G1 Pará.* Belém, 2017. Disponível em: [https://g1.globo.com/pa/para/noticia/mais-de-400-homicidios-ja-foram-registrados-na-grande-belem-em-2017.ghtml]. Acesso em: 01.10.2017.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Mídia e sistema penal:* as distorções de criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro: Revan, 2015a.

GOMES, Marcus Alan de Melo. Uma epistemologia da política criminal racional e democrática. In: CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (Org.). *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015b. v. 3. t. II.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel; REGO, Davi Uruçu. As variáveis socioeconômicas como pressupostos para a efetiva criminalização no sistema penal brasileiro. *Revista Faculdade Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 56, p. 139-166, 2010.

METODOLOGIA del ranking (2016) de las 50 ciudades más violentas del mundo. *Seguridad, Justicia Y Paz,* 2017. Disponível em: [www.seguridadjusticiaypaz.org.mx/biblioteca/prensa/send/6-prensa/239-las-50-ciudades-mas-violentas-del-mundo-2016-metodologia]. Acesso em: 15.07.2017.

OAB/PA. *Relatório da situação dos casos de chacinas e extermínio de jovens negros no Estado do Pará*. Comissão de Direitos Humanos. Belém: 2017.

SUSIPE em números. *SUSIPE*. 2017. Disponível em: [www.susipe.pa.gov.br/?q=-node/455]. Acesso em: 17.07.2017.

WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Editorial dossiê "criminologia e processo penal": o processo penal das misérias, de Gabriel Antinolfi Divan – *RBCCrim* 128/17-25 (DTR\2017\221);
- Órgãos de segurança, seletividade penal e estado de exceção: uma análise crítica, de Bruna Fróes de Oliveira e Frediano José Momesso Teodoro – *RBCCrim* 148/373-394 (DTR\2018\19813); e
- Raça, gênero e colonialidade: críticas marginais para a criminologia feminista e sua epistemologia, de Bruna Stéfanni Soares de Araújo – *RBCCrim* 146/23-56 (DTR\2018\18275).

Contribuições para uma criminologia de crimes de Estado

Contributions to a criminology of state crimes

Vernon Araújo Corrêa Simões

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Especialista em Criminologia pelo Centro de Ensino Superior de Vitória – CESV. Advogado Criminalista.
vernon.acs@gmail.com

Thiago Fabres de Carvalho

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Realizou Estágio de Doutoramento na Universidade de Coimbra (2006). Docente nos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Professor Adjunto de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).
thiagofabres@hotmail.com

Recebido em: 01.12.2017.
Aprovado em: 21.03.2018.
Última versão dos autores: 01.05.2018.

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: A criminologia de crimes de Estado é um ramo crescente, mas ainda comparativamente pequeno, da criminologia crítica. Uma área cuja preocupação é destrinchar os entremeios de poder que dão causa às ações e omissões de Estados que mais lesam a humanidade: as guerras "humanitárias", as violências policiais, a corrupção como meio de governo e a fome, entre outros. Através desse saber, também é possível analisar fenômenos que antes eram invisibilizados ao serem rotulados como crises ou efeitos colaterais. Apesar da vasta produção internacional, poucas são as produções científicas que abordam ou mencionam criminologia dos crimes de Estado no Brasil. Por isso, o propósito da presente pesquisa é apresentar essa criminologia, discutir alguns de seus principais conceitos e contribuir para o

Abstract: Criminology of state crimes is a growing, but still comparatively small, branch of critical criminology. An area whose concern is to unravel the interstices of power that give rise to the actions and omissions of states that most hurt humanity: "humanitarian" wars, police violence, corruption as a means of government, hunger, among others. Through this knowledge, it is also possible to analyze phenomena that were previously invisible when labeled as crises or side effects. Despite the vast international production, there are few scientific productions that address or mention criminology of state crimes in Brazil. Therefore, the purpose of the present research is to present this criminology, to discuss some of its main concepts, and to contribute to the improvement of the field. For this, through a

aprimoramento do campo. Para tanto, através de uma revisão bibliográfica e uma exposição dialética, perpassa-se a disputa epistemológica do conceito de crime, as discussões quanto aos principais modelos de criminologia dos crimes de Estado e a utilização dos conceitos chaves deste saber.

Palavras-chave: Crimes de Estado – Criminologia crítica – Estado – Desvio organizacional – Direitos humanos.

bibliographical revision and a dialectical exposition, the epistemological dispute of the concept of crime, the discussions about the main models of criminology of state crimes and the use of the key concepts of this knowledge are pervaded.

Keywords: State Crimes – Critical criminology – State – Organizational deviance – Human rights.

Sumário: Introdução. 1. O crime além da lei. 2. As diferentes criminologias de crimes de Estado. 3. Os conceitos chaves das criminologias de crimes de Estado. Conclusão. Referências.

Introdução

"A tradição dos oprimidos nos ensina que o 'estado de exceção' em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos criar um conceito de história que corresponda a essa verdade."[1] Na sua VIII tese sobre o conceito de história, o olhar profundo e atento de Walter Benjamin sobre a violência e a opressão permite ampliar a nossa percepção sobre os crimes de Estado, na busca de um "conceito de história" que possa afetar o pensamento criminológico de modo a tentar oferecer contribuições teóricas no desvendamento dos genocídios e massacres cometidos exatamente pelas agências encarregadas do cumprimento da lei e da ordem, no caso, o estado de exceção tornado sempre, para os oprimidos, a regra geral.

No âmbito de seu percurso histórico, a criminologia dedicou especial atenção ao estudo e à compreensão do comportamento criminoso e do seu autor, mais tarde, às diversas formas de reação social aos atos socialmente danosos, deixando sempre ao largo o enfrentamento das ações violentas protagonizadas pelo Estado e seus agentes, em especial nos casos de graves violações de direitos humanos, nomeadamente os massacres, os genocídios e as ditaduras.

Com efeito, a história do sistema penal é, indiscutivelmente, também a história dos horrores dos castigos e das violências institucionais que marcam profundamente o exercício do poder punitivo. Muito mais que a preocupação com as

1. BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. *O anjo da história*. São Paulo: Autentica, 2012; LÖWY, Michael. *Walter Benjamin*: aviso de incêndio. São Paulo: Boitempo, 2005.

ações delituosas tipificadas pelo sistema jurídico, deve a criminologia lograr produzir uma hermenêutica da violência estrutural e institucional que deságuam na produção de genocídios, massacres, enfim, no eterno retorno do terrorismo de Estado.

Nesse sentido, o presente artigo busca enfrentar como tema fundamental a questão dos crimes de Estado, a fim de apresentar as linhas gerais de uma nova matriz teórica que se inscreve nos marcos da criminologia crítica para, ao colocar como novo objeto de estudo, os crimes praticados pelo Estado e seus agentes, alçá-la a um novo patamar de reflexão. Assim, a criminologia crítica não mais tratará apenas de desvendar as funções de poder ocultas operadas pelo sistema de justiça penal no âmbito da reprodução das relações sociais e materiais do capitalismo.

Esse novo enfoque buscará, ademais, desvelar que o Estado é o principal protagonista de "comportamentos criminosos", pois, a despeito de agir amparado pelo dogma da "violência legítima", as ações do Estado e de seus agentes da lei e da segurança asseguram aos "donos do poder" a possibilidade do genocídio, do massacre e do terror como estratégias da manutenção da ordem social. Assim, o presente texto busca esquadrinhar um conjunto de reflexões a fim de enfrentar o seguinte problema de pesquisa: em que consiste os crimes de Estado e quais as possibilidades do pensamento criminológico compreendê-lo de forma adequada?

Nessa perspectiva, a partir de tal questionamento, pode-se destacar que, do ponto de vista da teoria criminológica, insatisfeitos com as teorias tradicionais, uma vez que inadequadas à compreensão do fenômeno dos crimes de Estado, autores como Julia e Herman Schwendinger, Roberto Lyra, Ronald Kramer, Tony Ward, Penny Green, William Chambliss, entre outros, embarcaram na produção de um saber para além da lei, a fim de desvendar os crimes de Estado e de seus agentes. Um saber que colocasse o Estado no banco dos réus, enquanto suas ações e omissões são perquiridas e postas sob constante análise e julgamento, a fim de destacar suas atrocidades e sua violência ilegal. Os instrumentos desses estudiosos são a teoria social e política e o comprometimento com a justiça social por meio do respeito aos direitos humanos.

Com efeito, contribuições relevantes podem ser extraídas na construção de uma criminologia dos crimes de Estado. A partir delas, novos instrumentos analíticos ficam à disposição dos que desejam iluminar e fazer cessar as atrocidades cometidas por e pelo Estado. Por meio de tais instrumentos analíticos e metodológicos, pesquisas cujo objeto consiste em estudar os crimes de Estado, como o genocídio antissemita pela Alemanha Nazista, a guerra do Iraque promovida pelos Estados Unidos, o massacre do Carandiru e as violências policiais nos países em desenvolvimento, ganham novas abordagens.

A criminologia dos crimes de Estado ainda é um ramo pequeno comparado com outros ramos da criminologia oriundos de ambas vertentes, ortodoxa e crítica. No Brasil, pouco se tem produzido e divulgado sobre o assunto com o enfoque criminológico. O País, no entanto, é um laboratório para o desenvolvimento de tais teorias, na medida em que acometida, desde sua gênese histórica, por genocídios, pela escravidão, por sucessivos regimes ditatoriais, que lhe asseguram a herança de níveis assombrosos de violência institucional e de violações sistemáticas de direitos humanos de sua população.

1. O crime além da lei

A preponderância do formalismo legal nas produções criminológicas tem uma razão de ser específica: a produção do conhecimento científico é permeada pelo discurso hegemônico, logo, tentará enxergar a realidade por meio dos valores dominantes em determinada sociedade. Ao relegar à lei a definição de crime, todo o poder de criminalizar ou não determinada conduta será exclusividade do grupo ou classe que também tem o poder de legislar. No âmbito do poder punitivo, o exercício do poder é, sobretudo, poder de definir.[2]

No entanto, o rompimento da perspectiva formalista no contexto da criminologia exige da atividade científica e do pesquisador postura diferente, inaugurada pelas teorias sociológicas do crime, em especial o interacionismo simbólico, as teorias do conflito, o paradigma da reação social e a criminologia radical. Não é possível pesquisar o crime a partir de uma posição neutra. Nesse sentido, o apelo de Herman e Julia Schwendinger ganhou relevância: a de que os criminólogos deveriam se preocupar com o estudo de violações de direitos humanos fundamentais e historicamente determinados.[3]

Com efeito, o argumento principal dos autores consiste na constatação de que as definições legais do crime são instrumentos ideológicos que transformam a linguagem e os objetivos da ciência para fortalecerem a dominação de classes. Com isso, Julia e Herman Schwendiger defendem que uma transformação da criminologia como ciência compromissada com justiça social é absolutamente indispensável. Para tanto, a defesa de direitos humanos básicos, pré-requisitos

2. CASTRO, Lola Anyar; CODINO, Rodrigo. *Manual de criminologia sociopolítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

3. SCHWENDIGER, Herman; SCHWENDIGER, Julia. Defensores da ordem ou guardiões dos direitos humanos? In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). *Criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

fundamentais para o bem-estar, como alimentação, abrigo, serviços médicos, trabalho e experiências recreacionais deveria nortear a atividade científica dos criminólogos, abrindo a possibilidade, inclusive, de identificar sistemas e ordens sociais como criminosos.[4]

Para os autores,

> pode-se afirmar, à luz dos argumentos prévios, que os indivíduos que negam esses direitos a outros, são criminosos. Igualmente, relações sociais e sistemas sociais que regularmente causam a ab-rogação destes direitos são, também, criminosos. Se os termos imperialismo, racismo, sexismo e pobreza são signos abreviados para teorias de relações ou sistemas sociais que determinam a sistemática ab-rogação de direitos básicos, então o imperialismo, o racismo, o sexismo e a pobreza podem ser chamados crimes segundo a lógica de nosso argumento.[5]

Ainda segundo a análise dos autores, existe um princípio fundamental que é a base dos direitos humanos. O princípio de que a todos humanos deve ser provida oportunidade de livre desenvolvimento de suas personalidades.[6] Dessa maneira, ações ou omissões que de alguma forma provocam ou contribuem para fulminar tal princípio fundamental devem ser o objeto de estudo da criminologia.

Ideia análoga da definição de crime presente na construção teórica de Herman e Julia Schwendiger pode ser observada no pensamento de Roberto Lyra Filho. Lyra define a criminologia como ciência cujo objetivo é estudar as causas da criminalidade, suas manifestações e efeitos, assim como as políticas para mitigação da criminalidade. Ao tratar a criminalidade, contudo, ele a divide em dois momentos: primeiro como "conjunto dos crimes socialmente relevantes e das ações e omissões que, embora não previstas como crimes, merecem a reprovação máxima"; segundo, como "criminalidade absoluta que atinge as principais conquistas e expectativas da civilização".[7]

4. SCHWENDINGER, Herman. SCHWENDINGER, Julia. Social class and the definition of crime. *Crime and Social Justice*, n. 7, p. 4-13, 1977. Disponível em: [www.jstor.org/stable/29766001]. Acesso em: 05.10.2017. p. 8.
5. SCHWENDIGER, Herman; SCHWENDIGER, Julia. Defensores da ordem ou guardiões dos direitos humanos? In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). *Criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980. p. 173-174.
6. GREEN, Penny J.; WARD, Tony. State Crime, Human Rights, and the Limits of Criminology. *Social Justice*, v. 27 (1), p. 101-114, 2000. Disponível em: [www.jstor.org/stable/29767193]. Acesso em: 28.06.2017. p. 104.
7. LYRA, Roberto. *Criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 6-30.

Um dos alicerces do pensamento criminológico-dialético de Lyra Filho consiste no reconhecimento da impossibilidade de produzir uma teoria geral de causa e efeito dos crimes. Esse reconhecimento fulmina a possibilidade de se falar de conjunto de crimes como soma ou média de crimes individuais. Assim, o conjunto de crimes passa a ser no âmbito da criminologia um objeto de seleção livre do pesquisador.[8]

Se o conjunto de crimes é objeto de seleção livre, então o desafio é colocar como objeto central da criminologia o estudo daquilo que Lyra denomina de "criminalidade absoluta":

> É o infinitamente grande da criminalidade que racionaliza incomparáveis atentados contra a natureza e contra a humanidade. Desafia as forças elementares, causando a fome ou a subnutrição em massa, a doença, a ignorância, a superstição, a opressão, a exploração. Pratica, por atacado, genocídios gigantescos e totais. 31).[9]

A despeito de não denominar os bens jurídicos atacados pela criminalidade absoluta de direitos humanos, ao descrevê-los como principais conquistas e expectativas da população, seu pensamento se assemelha ao do casal Schwendiger.

Essa tendência de pensamento que abrange o conceito de crime para abarcar danos causados a bens sociais ou direitos humanos levou alguns teóricos à defesa do abandono do conceito de crime. A partir daí, defendeu-se a superação do estudo da criminologia por um estudo mais abrangente sobre danos, denominado zemiologia.[10]

Para os zemiologistas, a atenção dada ao conceito de crime deveria ser substituída por uma atenção ao conceito de poder. Desvelar o poder para visibilizar algumas ações e invisibilizar outras. Eis o real propósito do estudo zemiológico. Para melhor perquirir seu objeto por uma análise de poder, seria necessário um

8. Ibidem, p. 24.
9. Ibidem, p. 31.
10. HILLYARD, P. et al. *Beyond Criminology*: Taking Harm Seriously. London: Pluto Press, 2004; MATTHEWS, Rick A.; KAUZLARICH, David. State crimes and state harms: A tale of two definitional frameworks. *Crime, Law and Social Change*, n. 48, p. 43-55, 2007. Disponível em: [https://link.springer.com/article/10.1007/s10611-007-9081-5]. Acesso em: 05.10.2017; KRAMER, Ronald. Expanding the Core: Blameworthy Harms, International Law and State-Corporate Crimes. *American Society of Criminology Annual Meeting*. 2013. Atlanta. Disponível em: [www.asc41.com/Annual_Meeting/2013/Presidential%20Papers/Kramer,%20Ronald.pdf]. Acesso em: 20.08.2017.

conceito de dano que pudesse abarcar ações e omissões danosas que não fossem afetas aos sistemas de justiça criminal.[11]

Contudo, como nos adverte Zaffaroni, "toda revolução científica significa uma alteração do horizonte de compreensão"[12] e, por isso, terá resistência daqueles que sempre trabalharam a partir do horizonte não alterado, bem como daqueles interessados pelo não desvelamento das dinâmicas de poder.

Não obstante toda a resistência, um compromisso ético com a justiça social move cada vez mais pesquisadores na produção de saberes criminológicos que não ignoram as ações mais terríveis perpetradas, principalmente pelos agentes do Estado e da segurança pública, em especial as que sacrificam mais vidas humanas e trazem maior dor e sofrimento. Porque a omissão importa indiferença e aceitação, o pensamento científico não pode relegar a ética mais elementar dos direitos humanos.[13]

Como ressaltado, a partir das análises teóricas abertas por Julia e Herman Schwendiger, diversas novas áreas do saber criminológico crítico foram desenhadas, como a criminologia de crimes de Estados e a criminologia verde. E o papel do criminólogo crítico passou a ser o de ampliar e sofisticar esses saberes ao perquirir as relações sociais dominadas por novas tecnologias de poder, que dão forma a novas dinâmicas entre estado e sociedade.

2. As diferentes criminologias de crimes de Estado

A partir da ruptura do crime como conceito monopolizado pelo Estado, alguns criminólogos se dedicaram à tarefa de analisar ações e omissões do Estado que julgavam como criminosas[14]. A produção intelectual desse movimento de

11. BURKE, Roger H. *Introduction to Criminological Theory*. 3. ed. Portland: Willan Publishing, 2009. p. 213-214.

12. ZAFFARONI, Raúl. El crimen de estado como objeto de la criminología. In: GARCÍA RAMÍREZ, S., GONZÁLEZ MARISCAL, O. I. (Org.). *Panorama internacional sobre justicia penal:* Política criminal, derecho penal y criminología. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2007. Disponível em: [https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2506-panorama-internacional-sobre-justicia-penal-politica-criminal-derecho-penal-y-criminologia-culturas-y-sistemas-juridicos-comparados?c=87687]. Acesso em: 16.10.2017. p. 21 (tradução livre).

13. Idem.

14. Veja CHAMBLISS, W. J. *State-Organized Crime: The American Society of Criminology, 1988 Presidential Address. Criminology*, v. 27, n. 2, p. 183-208, 1989. Disponível em:

pesquisa ficou conhecida como criminologia dos crimes de Estado, gozando de uma gramática conceitual específica. Conceitos como hegemonia, desvio organizacional, Estado e direitos humanos se tornaram chaves de um novo meio de perquirir ações e omissões estatais.

Cabe a advertência de que os pesquisadores de crimes de Estado não criaram um ramo autônomo da criminologia. Talvez seja mais acertado falar na criação de uma nova categoria de crimes em conjunto com uma nova perspectiva analítica e metodológica. Dessa forma, sua atividade vai perquirir outros campos de estudo da criminologia, que estudavam aspectos pertinentes aos sistemas de justiça criminal, como a corrupção, crimes corporativos, violência policial, terrorismo de Estado, tortura, crimes de guerra e genocídios.

Ainda que essa produção intelectual faça parte de um movimento orientado à perquirição dos crimes de Estado, não se pode falar apenas de uma criminologia de crimes de Estado. Divergências quanto aos métodos de análise e à própria limitação dos conceitos de crime estão presentes. As diferenças são suficientes para pontuar que os únicos pressupostos epistemológicos comuns são: o conceito de crime não pode se limitar às condutas definidas pelo Estado em nível legislativo, e a importância da investigação dos crimes de Estado em razão da relevância dos danos sociais e humanos que produz.

Nesse sentido, a despeito das divergências e, sobretudo, por conta da relativamente pouca produção na área (comparando-se a outras áreas da criminologia), os trabalhos costumam dialogar uns com os outros, aproveitando-se conceitos, categorias e dados. Em razão dessa cooperação acadêmica, destacam-se certos conceitos-chave na análise de crimes de Estado. Sem esses conceitos, não é seria possível empreender uma adequada análise criminológica dos crimes de Estado.

[http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1745-9125.1989.tb01028.x/full]. Acesso em: 20.10.2017 CHAMBLISS, W. J.; SEIDMAN, R. B. *Law, order and power*. 2. ed. Reading: Addison-Wesley, 1982; CHAMBLISS, William. J. et al. (Ed.). *State Crime in the Global Age*. Devon: Willian, 2010; GREEN, Penny J.; WARD, Tony. State Crime, Human Rights, and the Limits of Criminology. *Social Justice*, v. 27 (1), p. 101-114, 2000. Disponível em: [www.jstor.org/stable/29767193]. Acesso em: 28.06.2017; GREEN, Penny J.; WARD, T. *State Crime*: Governments, Violence and Corruption. London: Pluto Press, 2004; KRAMER, Ronald C. The debate over the definition of crime: Paradigms, value judgments, and criminological work. In: ELLISTON, Frederick; BOWIE, Norman (Ed.). *Ethics, Public Policy and Criminal Justice*. Cambridge: Oelgeschlager, Gunn, and Hain. 1982; LYNCH, Michael J.; MICHALOWSKI, Raymond. *Primer in Radical Criminology*: critical perspectives on crime, power & identity. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2010; e LASSLETT, Kristian. State Crime on the Margins of Empire: Rio Tinto, the War on Bougainville and Resistance to Mining. Londres: Pluto Press, 2014.

Para entender os conceitos-chave, conhecer algumas das mais relevantes divergências faz-se necessário. Debates sobre um conceito unificado de crimes de Estado, sobre a relevância de normas internacionais no estudo de crimes de Estado, e sobre o método adequado para a análise desses crimes, ajudaram a calcar o estado da arte desse ramo da criminologia.

Ao observar as diversas definições de crimes de Estado utilizadas pelos pesquisadores da área, um dos pioneiros no estudo dos crimes de Estado, Chambliss identificou três modelos de definição: o jurídico, o de desvio organizacional e o de dano ou injúria social[15]. Cada um dos modelos tem suas vantagens e deficiências de análise, além de peculiaridades analíticas próprias, conforme explicados.

O primeiro dos modelos de definição dos crimes de Estado, o *modelo jurídico*, tem como elemento essencial o foco em leis internacionais referentes aos direitos humanos. Como Ratner e Abrams apontam,

> O foco dos direitos humanos internacionais e de leis humanitárias está sobre a prescrição de normas para a proteção do individual em períodos de paz e de guerra. Essas normas são formuladas usualmente como obrigações sobre os Estados, quer para refreá-los de determinada conduta, quer para prover remédios no caso da comissão de determinada conduta. Mas a medida que esses dois corpos legais buscam responsabilizar o indivíduo pela violação, encontram-se com o direito penal internacional.[16]

A adoção do critério jurídico, no entanto, não significa o monopólio do Estado sobre o conceito de crime. A opção de alguns pesquisadores de trabalhar com o modelo jurídico revela, claramente, as influências da tradição formalista legal. No entanto, a utilização dos tratados internacionais de direitos humanos e outras normas de direito internacional público e privado favorece a busca de um parâmetro seguro que permita apontar quando há, por parte de um Estado nacional, uma situação de grave violação de direitos fundamentais. Além disso, tal perspectiva furta de cada Estado particular o domínio sobre o conceito de crime, assegurando uma dimensão mais geral.

Aqueles que adotam o modelo jurídico ainda não limitam a definição de crimes de Estado apenas ao que as normas internacionais prescrevem efetivamente

15. CHAMBLISS, William. J. et al. (Ed.). *State Crime in the Global Age*. Devon: Willian, 2010. p. 20.

16. RATNER, Steven R.; ABRAMS, Jason S. *Accountability For Human Rights Atrocities In International Law*: Beyond the Nuremberg Legacy. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 12 (tradução livre).

como crimes. Somente utilizam elementos dessas normas como parâmetro para classificar comportamentos como criminosos[17]. Com efeito, Agnew chega a apontar como uma das vantagens de se utilizar desse modelo de definição o fato de tornar possível identificar nos crimes violações de direitos humanos que são aceitos como universais[18].

O modelo de definição jurídico não escapou de críticas. Suas deficiências foram reveladas a partir das mesmas críticas endereçadas ao formalismo legal e às concepções sociológicas positivistas de crime. Esse modelo de definição é dependente do poder normativo para definir crimes de Estado[19]. Logo, utilizá-lo pode contribuir para o fortalecimento da legitimidade desse poder normativo. Assim, "pode um aparato legal designado por poderosos Estados capitalistas tratar dos danos sociais, [...] cometidos por esses Estados?", questiona Michalowski[20].

Legitimar o poder normativo por trás das normas internacionais significa legitimar as escolhas políticas que legitimam a sua criação, resultando no que Hajjar denominou *gap problem*[21]. O *gap problem* é o grande largo espaço entre as normas existentes (que definem o crime de Estado) e a sua aplicação. Ao mesmo tempo que o detentor do poder normativo tem a faculdade de criar normas internacionais, ele também tem a faculdade de cumprir ou fazer cumprir.

No entanto, Kramer aponta a existência de uma relativa utilidade e de poder retórico no uso das normas internacionais de direitos humanos, capazes de oferecer aos criminólogos um ponto de referência para chamar atenção ao público dos danos cometidos[22].

17. Nesse sentido, veja BARAK, Gregg. *Crimes of the Capitalist State*: An Introduction to State Criminality. Albany: State University of New York Press, 1991; e GALLIHER, John. *Deviant Behavior and Human Rights*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall, 1991.
18. AGNEW, Robert. *Toward a Unified Criminology*: Integrating Assumptions About Crime, People, and Society. New York: New York University Press, 2011. p. 24, 31.
19. CHAMBLISS, William. J. et al. (Ed.). *State Crime in the Global Age*. Devon: Willian, 2010. p. 20.
20. MICHALOWSKI, R. J. The master's tools: Can supranational law confront crimes of powerful states? In STANLEY, Elizabeth; MCCULLOCH, Jude (Ed). *State Crime and Resistance*. London: Routledge, 2013. p. 210.
21. HAJJAR, Lisa. Toward a sociology of human rights: Critical globalization studies, international law, and the future of war. In: ROBINSON, William; APPLEBAUM, Richard (Ed.). *Critical Globalization Studies*. New York: Routledge, 2005. p. 208.
22. KRAMER, Ronald. Expanding the Core: Blameworthy Harms, International Law and State-Corporate Crimes. *American Society of Criminology Annual Meeting*. 2013. Atlanta. Disponível em: [www.asc41.com/Annual_Meeting/2013/Presidential%20Papers/Kramer,%20Ronald.pdf]. Acesso em: 20.08.2017.

O segundo dos modelos de definição dos crimes de Estado, o modelo do *desvio organizacional*, tem como elemento essencial de definição a infração de um conjunto de normas sociais num contexto de desvio organizacional. Tal modelo pode ser dividido entre aqueles que definem o crime de Estado como desvio organizacional de um conjunto de regras formais[23], e aqueles que definem o crime de Estado como desvio organizacional de um conjunto de normas de conduta.[24]

Chambliss e Seidman, por sua vez, defendem uma definição de crimes de Estado que estivesse vinculada à violação de práticas institucionais. Ou seja, o conflito entre a prescrição legal/formal de alguma prática institucional e os objetivos da instituição causariam os crimes do Estado.[25] A título de exemplo, se existe alguma regra que prescreve um comportamento a ser seguido na atividade policial, mas, em decorrência do objetivo aceito da instituição, essa regra é coletivamente violada, pode-se falar de crime de Estado.

Visivelmente, a definição proposta por Chambliss estabelece uma imbricação entre o modelo jurídico e o do desvio organizacional, uma vez que o parâmetro do desvio é também normativo. A dependência de critérios legais para avaliação do desvio organizacional, ultimamente, impõe critérios legais à sua definição de crimes de Estado. Contudo, centralizá-lo no segundo modelo favorece a compreensão da diferenciação entre sua teoria e de outras baseadas no modelo jurídico.

A posição de Chambliss foi criticada pela vinculação da definição do crime a um desvio de regras formalizadas. Para Ward e Green, não é possível falar num desvio real apenas pelo descumprimento de normas já existentes por motivo lógico. Por isso, Ward e Green afirmam: "As polícias são desviantes não só porque violam as regras que deveriam obedecer formalmente e publicamente, mas

23. Nesse sentido, veja CHAMBLISS, W. J. *State-Organized Crime: The American Society of Criminology, 1988 Presidential Address. Criminology*, v. 27, n. 2, p.183-208, 1989. Disponível em: [http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1745-9125.1989.tb01028.x/full]. Acesso em: 20.10.2017.

24. GREEN, Penny J.; WARD, Tony. State Crime, Human Rights, and the Limits of Criminology. *Social Justice*, v. 27 (1), p. 101-114, 2000. Disponível em: [www.jstor.org/stable/29767193]. Acesso em: 28.06.2017; GREEN, Penny J.; WARD, T. *State Crime*: Governments, Violence and Corruption. London: Pluto Press, 2004; GREEN, Penny J.; WARD, T. Law, the State, and the Dialectics of State Crime. *Critical Criminology*, v. 24 n. 2, p. 217-230, 2016. Disponível em: [https://link.springer.com/article/10.1007/s10612-015-9304-5]. Acesso em: 20.10.2017.

25. CHAMBLISS, W. J.; SEIDMAN, R. B. *Law, order and power*. 2. ed. Reading: Addison-Wesley, 1982. p. 184.

porque violam o que é vagamente referido como normas comunitárias de comportamento aceitável".[26]

Para a caracterização do desvio é necessária uma audiência social que aceite uma norma como comportamento-padrão, interprete determinado ato como violação à norma e aplique alguma sanção à violação. Assim, para além da violação de alguma normal legal, o desvio constitui a violação de uma norma social.[27]

A esse tipo de abordagem, no entanto, Chambliss (2010, p. 20) alertou que a utilização de normas sociais para caracterização de crimes de Estado exigiria da audiência social também uma posição ativa na coibição deles – o que poderia acabar por atrapalhar a persecução daqueles crimes cuja legislação fosse suficiente.[28] Ward e Green defenderam que a audiência social é capaz de mover outros aparatos de coibição a partir do poder retórico de regras, normas e valores já estabelecidos, ou de ideais aspirados.[29]

Em outras palavras, a tomada de consciência política sobre os direitos humanos a ser protegidos permite operar mecanismos de pressão extralegais para controlar atividades estatais. Nesse sentido, uma abordagem que coloque as audiências sociais como protagonistas do combate à criminalidade de Estado é mais eficiente do que órgãos jurídicos politicamente designados para proteção e manutenção do *status quo*.

O terceiro modelo de definição de crimes de Estado, o modelo de *injúria social ou dano*, tem o maior escopo analítico por designar o crime como interações políticas e/ou econômicas que resultem em injúrias sociais. Tanto os zemiólogos quanto a orientação dialética sobre o conceito de criminalidade e a postura científica do criminólogo de Roberto Lyra Filho ilustram este modelo de definição.

Nesse modelo, não há preocupação em seguir uma forma de definição, mas sim entender como interesses políticos e econômicos dos Estados interferem na produção desses danos. O dano ou a criminalidade são objetos de livre apreciação

26. GREEN, Penny J.; WARD, T. Law, the State, and the Dialectics of State Crime. *Critical Criminology*, v. 24 n. 2, p. 217-230, 2016. Disponível em: [https://link.springer.com/article/10.1007/s10612-015-9304-5]. Acesso em: 20.10.2017.

27. GREEN, Penny J.; WARD, T. *State Crime*: Governments, Violence and Corruption. London: Pluto Press, 2004.

28. CHAMBLISS, William. J. et al. (Ed.). *State Crime in the Global Age*. Devon: Willian, 2010. p. 20.

29. GREEN, Penny J.; WARD, T. Law, the State, and the Dialectics of State Crime. *Critical Criminology*, v. 24 n. 2, p. 217-230, 2016. Disponível em: [https://link.springer.com/article/10.1007/s10612-015-9304-5]. Acesso em: 20.10.2017.

do pesquisador, cuja agenda política influenciará fortemente. Essa postura é decorrente da noção de que, ultimamente, qualquer forma de definir o conceito de crime será influenciada por um viés ideológico.

Abandonar o contexto do desvio organizacional para pesquisar os danos, no entanto, não parece cientificamente recomendável. Isso porque, apesar de não precisar ser necessariamente parte da forma de definição do crime, a análise do desvio organizacional é um instrumento analítico que auxilia na pesquisa de crimes de Estado. Perceber o descompasso entre atitudes e objetivos coletivos torna possível esmiuçar os poderes políticos e econômicos que perpassam as instituições e a conduta de seus agentes.

3. Os conceitos chaves das criminologias de crimes de Estado

Como já mencionado, alguns conceitos relevantes para a pesquisa de crimes de Estado nasceram dessas divergências. Assim, esses conceitos formam parte da gramática comum à criminologia de crimes de Estado, a despeito de que ainda existem embates sobre a aplicação de algumas delas, especificamente quanto aos conceitos de direitos humanos e desvio organizacional. As divergências, no entanto, estão em diferentes âmbitos analíticos e, eventualmente, complementam-se. Nesse sentido, Lasslet defende que por mais que alguns conceitos sejam restringidos a uma tradição de aplicação de métodos ortodoxos quantitativos, eles não deixam de ser topografias analíticas úteis.[30]

O primeiro conceito a ser abordado consiste sobre o que efetivamente pode ser considerado Estado dentro de uma criminologia de crimes de Estado. A definição desse conceito é de fundamental importância, já que o objeto da criminologia em debate só se constitui como tal por ter o Estado como agente causador. E, por mais que dilações sobre a definição de Estado possam parecer dispensáveis, a observação do fenômeno na prática demonstra semelhanças suficientes entre ações de organizações que comumente não são consideradas Estados.

Para exemplificar a necessidade de discorrer sobre a definição de Estado, basta observar três situações hipotéticas. A primeira, uma polícia militarizada do Estado começa a praticar "justiçamento" como forma de imposição de um ideal de ordem em uma comunidade. A segunda, um grupo organizado armado começa a exercer controle sobre determinado território e comunidade, ditando regras e fazendo cumpri-las pela força. A terceira, uma empresa contrata um grupo de

30. LASSLETT, Kristian. Scientific Method and the Crimes of the Powerful. *Critical Criminology*, v. 18, n. 3, p. 211-228, 2010. Disponível em: [https://link.springer.com/article/10.1007/s10612-010-9100-1]. Acesso em: 12.09.2017.

mercenários armados para exercer a atividade de sua segurança em determinado território estrangeiro, mas, para isso, esse grupo passa a controlar a vida dos moradores locais, impondo regras e exigindo tributos. Em todos os três exemplos, a comunidade local passa a incorporar as normas impostas ao seu conjunto de valores, garantindo certa legitimidade ao poder imposto.

Ao olhar para as três situações hipotéticas, dificilmente se pode diferenciá-las estruturalmente. Elas possuem a mesma estrutura: um grupo utiliza da força para impor uma vontade à comunidade, regulando a vida coletiva. Nesse sentido, não existe diferença na ação pelo fato de quem a pratica ser um Estado-nação como o Brasil, um grupo como as FARC – Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia – ou uma corporação como a Bayer. Por isso, Ward e Green, observam que: "Mas todos os Estados, dos mais autocráticos aos mais liberais, dividem uma característica crucial: eles reclamam o direito de fazer coisas que se qualquer outro fizesse, elas constituiriam violência e extorsão – o monopólio do uso legítimo da força de Weber".[31]

Uma definição de Estado que consiga captar e explicar o que há de comum entre organizações tão diferentes é necessária. Não importa o quão útil uma diferenciação entre Estados-nações possa ser para o estudo, se o elemento essencial que as constitui como objeto de estudo não for considerado, não será capaz de analisar o meio pelo qual o objeto passa a existir. É necessário um conceito que inclua tanto Estados nações formalmente constituídos quanto organizações que lutam por poder político enquanto imitam ações dos Estados-nações.[32]

Dentro da criminologia de crimes de Estado, o conceito de Estado será utilizado no mesmo sentido que Engels utiliza o de poder público[33]. O Estado será considerado "poder público composto por pessoal organizado e equipado para o uso da força, [...] e por agências que cobram tributos".[34] O uso da força em seu sentido de violência física, no entanto, não é suficiente para compreender a força utilizada pelo poder público quando se considera as diferentes formas de Estado.

31. GREEN, Penny J.; WARD, T. *State Crime*: Governments, Violence and Corruption. London: Pluto Press, 2004. p. 2-4 (tradução livre);
32. LYNCH, Michael J.; MICHALOWSKI, Raymond. *Primer in Radical Criminology*: critical perspectives on crime, power & identity. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2010. p. 187.
33. ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.
34. GREEN, Penny J.; WARD, T. *State Crime*: Governments, Violence and Corruption. London: Pluto Press, 2004. p. 4 (tradução livre).

É possível creditar ao medo da violência física a ausência de resistência à força exercida por Estados a certos grupos. Mas, ao expandir a análise da obediência e conformidade das sociedades aos Estados, percebe-se um elemento para além do medo da violência física como determinante para o uso da força: a legitimidade do Estado. Enquanto o Estado agir dentro de seu parâmetro de normas impostas e, por algum motivo, as normas forem justificadas por uma crença dividida entre a sociedade, ele gozará de legitimidade.[35]

Entender como um Estado goza de legitimidade para exercer sua força como poder público exige uma teoria que dê conta de como é formada a consciência política que constitui a hegemonia de determinada sociedade (crenças divididas). A relevância da relação entre legitimidade e consciência política hegemônica é apontada por Ward e Green e Lynch e Michalowski, ao afirmarem que onde ela existe, pouca é a resistência ao Estado.[36]

Essa relação entre consciência política e legitimidade demonstra a potência motriz que a hegemonia tem sobre os crimes de Estado. A hegemonia diminui a resistência da sociedade à força do Estado enquanto aumenta a possibilidade de crimes de Estado existirem. Ela permite que o Estado exerça controle na sociedade ideologicamente na esfera da moralidade – fenômeno chamado por Michalowski e Bohlander (1976) de "repressão por consenso".

Lynch e Michalowski também apontam o papel da hegemonia como mecanismo central para assegurar que as ações brutais realizadas pelo Estado não sejam consideradas como crimes de Estado na consciência política.[37] Como exemplo, discorrem sobre como o sistema de justiça americano, ao interpretar a constituição, permitiu que mulheres, negros, nativos americanos e muçulmanos fossem considerados sub-humanos ou não pessoas.

Se o Estado é o elemento essencial que caracteriza o objeto de estudo, a hegemonia é o meio pelo qual esse objeto passa a existir. Portanto, um dos papéis do pesquisador é identificar como o poder público opera a consciência política para

35. Idem.

36. GREEN, Penny J.; WARD, Tony. State Crime, Human Rights, and the Limits of Criminology. *Social Justice*, v. 27 (1), p. 101-114, 2000. Disponível em: [www.jstor.org/stable/29767193]. Acesso em: 28.06.2017; e LYNCH, Michael J.; MICHALOWSKI, Raymond. *Primer in Radical Criminology*: critical perspectives on crime, power & identity. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2010.

37. LYNCH, Michael J.; MICHALOWSKI, Raymond. *Primer in Radical Criminology*: critical perspectives on crime, power & identity. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2010. p. 190.

manter sua legitimidade enquanto comete os crimes de Estado. Ao investigar porque um dano cometido pelo Estado não é considerado relevante na consciência política, identifica-se também a consciência política hegemônica que valora aquele dano como necessário ou natural.

Alguns criminólogos sugeriram que o desvio organizacional é como o Estado opera a consciência política para produzir o dano. Os maiores defensores do desvio organizacional como critério na definição de crimes de Estado, Ward e Green, defenderam um conceito de crimes de Estado que abarcasse a violação de direitos humanos por ações estatais objetivamente ilegítimas (que não correspondesse às regras as quais se submete o Estado) e subjetivamente desviantes (que apresentem riscos de sofrer censura ou sanções formais ou informais). Essa definição de crimes de Estado permitiu um salto no estudo desses crimes, por possibilitar uma análise a partir da rotulação advinda de audiências sociais que não ocupam espaços de poder (análise chamada por Ward e Green de *labelling from below*, ou *rotulação de baixo*).[38]

Identificar o que Ward e Green chamam de "objetivos operativos" de uma organização é o que permitiria distinguir o comportamento individual da ação estatal. Os objetivos operativos são aqueles cujos membros de uma organização efetivamente trabalham para alcançar. Esses objetivos podem não ser os mesmos que determinada organização declara publicamente buscar e, nesse descompasso, pode-se analisar a legitimidade e o desvio.[39]

Ao apresentar dois critérios objetivamente auferíveis, investigar desvios organizacionais a partir da estrutura teórica apresentada (comportamentos objetivamente ilegítimos e subjetivamente desviantes) reduz parcialmente a porção ideológica do investigador sobre o que considerar crime de Estado. Dessa maneira, ainda que o objeto de violação (direitos humanos) permaneça aberto para debate, propõe-se maior rigor à investigação e à rotulação de crimes.

A rigor, Ward e Green defendem a utilização do desvio organizacional na definição de crimes de Estado, porém, não se pode negar que existam algumas situações cuja manutenção desse critério sirva como um obstáculo. Isso ocorre porque, a despeito de a maioria das ações dos Estados ser pautada por sua legitimidade, há também ações pautadas meramente na violência física do poder

38. GREEN, Penny J.; WARD, Tony. State Crime, Human Rights, and the Limits of Criminology. *Social Justice*, v. 27 (1), p. 101-114, 2000. Disponível em: [www.jstor.org/stable/29767193]. Acesso em: 28.06.2017.

39. GREEN, Penny J.; WARD, T. *State Crime*: Governments, Violence and Corruption. London: Pluto Press, 2004. p. 5.

público e ações estatais cuja expectativa social corresponde completamente às ações praticadas.

Ademais, tais crimes geralmente são marcados por uma tensão imanente caracterizada pelo fato de que o exercício da dominação política, intrínseca ao poder estatal, encontra inúmeros discursos de justificação da violência, aptos a dificultar a sua definição como ações criminosas, posto que enraizadas nas próprias estruturas organizacionais do Estados. Com efeito, emerge quase sempre um conjunto de "técnicas de neutralização", ou seja, um espectro de justificações morais e ideológicas para abuso do poder e para a violência desenfreada. Fundamentalmente, "os agentes dos crimes do Estado quase sempre se apresentam como moralistas defensores da ordem e dos bons costumes", afirmando-se como defensores da lei e agindo em nome da segurança.[40]

Conforme a crítica de Chambliss, a mera exigência de uma audiência social que se oponha politicamente para a configuração de desvio e consequente caracterização de crime garante à consciência política hegemônica um domínio sobre a investigação. Essa limitação não deve impedir o papel do pesquisador.[41] Sua investigação deve persistir como compromisso de justiça ainda que, em determinado momento histórico, a consciência política ignore determinado fato. Nesse sentido, também se aplica a crítica de Lyra ao congelamento do crime pela forma legal: "A relatividade e a mutabilidade da noção legal de crime não impedem, antes autenticam, a natureza da criminalidade. Delas a Criminologia extrai, em termos sociológicos, as explicações e as críticas, senão os padrões e as tendências de homogeneidade".[42]

De outra sorte, depende-se da percepção subjetiva do desvio em sociedades cujas estruturas funcionaram por tempo suficiente para captar a consciência política dos próprios violados. O remédio oferecido por Ward e Green para esse questionamento consiste na reação de audiências sociais internacionais.[43] Logo, mesmo que comportamentos estatais não sejam internamente percebidos como

40. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Crimes de Estado e Justiça de Transição. *Sistema Penal & Violência*. Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 22-35, jul.-dez. 2010. p. 22-35; e ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El crimen de Estado como objeto de la criminología*. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/tablas/r20412.pdf]. Acesso em: 30.04.2018.

41. CHAMBLISS, William. J. et al. (Ed.). *State Crime in the Global Age*. Devon: Willian, 2010. p. 20.

42. LYRA, Roberto. *Criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 25.

43. GREEN, Penny J.; WARD, Tony. State Crime, Human Rights, and the Limits of Criminology. *Social Justice*, v. 27 (1), p. 101-114, 2000. Disponível em: [www.jstor.org/stable/29767193]. Acesso em: 28.06.2017. p. 7-10.

desviantes, a comunidade internacional, baseada nas percepções ou em normas de direitos humanos, rotularia determinado comportamento como desviante.

A discussão acerca do papel definidor de comportamentos desviantes das audiências sociais internacionais esbarra, sobretudo, na discussão sobre o próprio objeto de violação dos crimes de Estado: a validade dos direitos humanos como objeto do dano causado pelos crimes de Estado. Especialmente sobre questões afeitas a pretensões etnocêntricas, universalistas e colonialistas que norteiam o que pode ser chamado de pensamento internacional (exposto nas reações decorrentes de audiências sociais internacionais e na consciência político-moral internacional). Por isso, essa discussão será reservada para mais adiante.

No entanto, não se busca abolir a utilização do conceito de desvio organizacional do estudo de crimes de Estados. Pelo contrário, ao livrar da definição de crime de Estado a necessidade do desvio organizacional, pode-se empregá-lo como um padrão a ser observado, apto a auxiliar no processo de sua compreensão. Numa analogia pedagógica, o desvio organizacional se equipara à agressividade: encontrar uma pessoa agressiva não significa encontrar uma pessoa criminosa, encontrar uma pessoa não agressiva não exclui sua possibilidade de ser criminosa – ainda que a agressividade possa ser um padrão observado em crimes violentos. A análise do desvio organizacional continua a ser fundamental na pesquisa dos crimes de Estado e defendida em três principais argumentos.

Em primeiro lugar, porquanto facilita ao pesquisador identificar padrões de comportamentos que podem resultar em crimes de Estado. Por exemplo, identificar uma prática desviante em prol de corporativismo em determinado setor do funcionalismo público chama atenção do pesquisador para o possível desenvolvimento de um crime de Estado, como blindagem do setor, prevaricação, utilização do poder para barganhas políticas.

Em segundo lugar, permite ao observador limitar um campo de estudo e intervenção quanto ao comportamento desviante dentro de um contexto organizacional. Por exemplo, sabendo que o comportamento desviante é a compra de votos de parlamentares para se conseguir governar o Estado, o pesquisador direciona a sua análise a partir de uma análise do que já foi estudado quanto à corrupção como prática organizacional. Assim, pretere análises individualistas cujo escopo é predominantemente moral.

Finalmente, a terceira razão expõe que perceber um padrão de desvio organizacional facilita identificar a consciência política que propícia ou permite a sua manutenção. Por exemplo, saber que em algum Estado é de conhecimento público que delegacias de polícia costumam torturar acusados de tráfico sem ou com a intenção de obter informações, dá pistas ao pesquisador de que naquele Estado há uma consciência política que desumaniza esses acusados e/ou qual o

papel desempenhado pela polícia como instrumento de controle social de manutenção da ordem.

Quanto à utilização da violação aos direitos humanos como parâmetro de existência do crime, a maior crítica foi a de que sua adoção transformaria a criminologia num conhecimento ideológico e cientificamente vazio. Isso porque a adoção da violação dos direitos humanos como critério de definição de crimes importaria em pesquisas amoldadas aos compromissos ideológicos do pesquisador.

Em razão dessa crítica, diversos criminólogos que aceitaram a definição de crime como ataque aos direitos humanos, tal qual proposto por Herman e Julia Schwendiger, buscaram respaldar suas pesquisas referenciando alguma forma de legislação internacional sobre direitos humanos. John Galliher defendeu que os principais direitos humanos poderiam ser encontrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos; Gregg Barak advogou que critérios mais rigorosos sobre o que é crime de Estado podem ser encontrados em leis e tratados internacionais; Kauzlarich, Kramer e Smith se valeram da utilização de parâmetros previstos em leis internacionais de direitos humanos.[44]

Outra vertente, por sua vez, preferiu a manutenção do conceito de direitos humanos utilizado por Hermen e Julia Schwendiger, como foi o caso de Ward e Green. Assim, na esteira do casal americano, defenderam a utilização de um princípio fundamental que embasa os direitos humanos, o de que a todos os humanos deve ser provido oportunidade para o livre desenvolvimento de suas personalidades.[45]

A partir da definição do princípio fundamental, os direitos humanos podem ser entendidos como "elementos de liberdade e bem-estar que um ser humano precisa para exercer e desenvolver suas capacidades".[46] No entanto, mesmo essa definição proposta por Green e Ward não escaparam às críticas. Tais críticas, contudo, são igualmente replicáveis às definições de direitos humanos que se ampararam em parâmetros decorrentes de normas internacionais.

44. KRAMER, Ronald. Expanding the Core: Blameworthy Harms, International Law and State-Corporate Crimes. *American Society of Criminology Annual Meeting*. 2013. Atlanta. Disponível em: [www.asc41.com/Annual_Meeting/2013/Presidential%20Papers/Kramer,%20Ronald.pdf]. Acesso em: 20.08.2017.

45. GREEN, Penny J.; WARD, Tony. State Crime, Human Rights, and the Limits of Criminology. *Social Justice*, v. 27 (1), p. 101-114, 2000. Disponível em: [www.jstor.org/stable/29767193]. Acesso em: 28.06.2017. p. 104.

46. Ibidem, p. 110 (tradução livre).

Em resposta, Ward busca numa sociologia dos direitos humanos, uma argumentação que defenda a visão assinalada por Hermen e Julia Schwendiger como capaz de dar forma a uma análise sociológica dos direitos. Ele argumenta que a pressuposição básica dos direitos humanos de que todo ser humano tem um valor irredutível e gozam de igual valor não é algo inerente à natureza humana ou uma pura escolha subjetiva individual. Argumenta que essa pressuposição de igualdade fundamental é um "postulado inescapável do pensamento moral pós-tradicional".[47] Dessa maneira, para uma análise sociológica, a existência desse pensamento é um fato social objetivo – o que garantiria a cientificidade almejada ao estudo.

Antecipando possíveis críticas que poderiam acusá-lo de partidário de um universalismo e etnocentrismo, Ward aduz que a utilização dos direitos humanos na criminologia de crimes de Estado deve integrar um elemento de defesa contra as tentativas de hegemonização. Para tanto, combina a ideia do casal Schwendinger de um princípio fundamental dos direitos humanos com a de Rainer Forst[48], de princípio da justificação: "o princípio que os Estados devem justificar o uso do poder coercitivo para os que serão afetados por ele, de maneira que reconheça os afetados como humanos livres e moralmente iguais".[49]

A violação dos direitos humanos consistiria, na linha da teoria de Green e Ward, uma violação ao princípio que informa os direitos humanos: de que o Estado não pode criar obstáculos ou deixar de promover a oportunidade de que os seres humanos desenvolvam suas personalidades sem uma justificativa direcionada aos afetados, que os reconheça como livres e iguais. Dessa maneira, as ações que violam os direitos humanos são aquelas que não podem ser justificadas sem que haja desconsideração específica pelos afetados. Essa desconsideração revelará sempre uma ideologia que desconsidera a própria ideia de liberdade e igualdade para esse grupo social.

Nota-se que, a despeito da necessidade de se compreender o princípio dos direitos humanos a fim de visualizar a violação desses direitos, a utilização dos

47. WARD, Tony. State Crime and the Sociology of Human Rights. *Revista Crítica Penal y Poder*, n. 5, p. 77-89, 2013. Disponível em: [http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/viewFile/6230/9955]. Acesso em: 16.10.2017.

48. FORST, Rainer. 2010. The Justification of Human Rights and the Right to Justification: A Reflexive Approach. In: CORRADETTI, C. (Ed). *Philosophical Dimensions of Human Rights*. Dordrecht: Springer, 2012.

49. WARD, Tony. State Crime and the Sociology of Human Rights. *Revista Crítica Penal y Poder*, n. 5, p. 77-89, 2013. Disponível em: [http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/viewFile/6230/9955]. Acesso em: 16.10.2017.

direitos humanos formalmente assentados em normas internacionais pode ser útil. Como Kramer aponta, ainda que o aparato jurídico internacional funcione para garantir imunidade aos Estados poderosos, ele também serve como ponto retórico para levar à luz algumas violações.[50] Por isso, de maneira alguma se defende aqui ignorar os direitos humanos normatizados na análise de crime de Estado. O seu efeito retórico e criador também é um instrumento de resistência.

Por exemplo, a partir de discursos de ativistas que atuaram em países como Colômbia, Quênia e Turquia, Ward e Green identificaram que a utilização dessa retórica de direitos humanos decorre da própria natureza dual (regras e ideais) da sua normatização.[51] Podem ser aceitos como normas cujo país é signatário ou como um ideal de boa vida adotado pelos afetados. Dessa maneira, os afetados podem construir significados contra-hegemônicos a partir de normas já existentes.

Conclusão

Os objetivos almejados com o presente artigo foram construir uma possibilidade de primeiro contato com um crescente ramo da criminologia, analisar comparativamente alguns dos diferentes modelos de estudo dos crimes de Estado, a fim de dialogar com os conceitos-chave utilizados por esse saber. Para tanto, a partir dos trabalhos do casal Schwendiger e de Roberto Lyra, defendeu-se a possibilidade de se estudar o crime como violações aos direitos humanos, para além do formalismo legal e da neutralidade das escolas do pensamento criminológico mergulhadas no positivismo.

A compreensão dessa nova perspectiva sobre o crime é necessária para a imersão nos diferentes modelos de estudo sobre a criminalidade praticada pelos Estados. É a partir dessa compreensão que o saber em estudo foi construído, culminando na sua importância para a utilização dos seus principais conceitos-chave: Estado, consciência política, desvio organizacional, dano e direitos humanos. Assim, abordou-se cada um desses conceitos para, ao mesmo tempo, apresentar a sua problematização. Dessa maneira, além de buscar dialogar com as pesquisas existentes, este trabalho pode servir de ponte para que novos pesquisadores possam dar continuidade a pesquisas na área em território nacional.

50. KRAMER, Ronald. Expanding the Core: Blameworthy Harms, International Law and State-Corporate Crimes. *American Society of Criminology Annual Meeting*. 2013. Atlanta. Disponível em: [www.asc41.com/Annual_Meeting/2013/Presidential%20Papers/Kramer,%20Ronald.pdf]. Acesso em: 20.08.2017.

51. GREEN, Penny J.; WARD, T. Law, the State, and the Dialectics of State Crime. *Critical Criminology*, v. 24 n. 2, p. 217-230, 2016. Disponível em: [https://link.springer.com/article/10.1007/s10612-015-9304-5]. Acesso em: 20.10.2017.

Assim, será possível ampliar o horizonte analítico da criminologia crítica, em especial na periferia do capitalismo, situando-se mais precisamente na tradição dos oprimidos, cujo a norma, a regra da histórica, consiste exatamente na opressão, na barbárie, na violência dos vencedores, quase sempre sob os auspícios da racionalidade burocrática e em nome da lei, da ordem e da segurança.

Referências

AGNEW, Robert. *Toward a Unified Criminology*: Integrating Assumptions About Crime, People, and Society. New York: New York University Press, 2011.

BARAK, Gregg. *Crimes of the Capitalist State*: An Introduction to State Criminality. Albany: State University of New York Press, 1991.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. *O anjo da história*. São Paulo: Autentica, 2012.

BURKE, Roger H. *Introduction to Criminological Theory*. 3. ed. Portland: Willan Publishing, 2009.

CASTRO, Lola Anyar; CODINO, Rodrigo. *Manual de criminologia sociopolítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

CHAMBLISS, W. J. *State-Organized Crime: The American Society of Criminology, 1988 Presidential Address*. *Criminology*, v. 27, n. 2, p.183-208, 1989. Disponível em: [http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1745-9125.1989.tb01028.x/full]. Acesso em: 20.10.2017.

CHAMBLISS, W. J.; SEIDMAN, R. B. *Law, order and power*. 2. ed. Reading: Addison-Wesley, 1982.

CHAMBLISS, William. J. et al. (Ed.). *State Crime in the Global Age*. Devon: Willian, 2010.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

FORST, Rainer. 2010. The Justification of Human Rights and the Right to Justification: A Reflexive Approach. In: CORRADETTI, C. (Ed). *Philosophical Dimensions of Human Rights*. Dordrecht: Springer, 2012.

GALLIHER, John. *Deviant Behavior and Human Rights*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall, 1991.

GREEN, Penny J.; WARD, T. *State Crime*: Governments, Violence and Corruption. London: Pluto Press, 2004.

GREEN, Penny J.; WARD, Tony. State Crime, Human Rights, and the Limits of Criminology. *Social Justice*, v. 27 (1), p. 101-114, 2000. Disponível em: [www.jstor.org/stable/29767193]. Acesso em: 28.06.2017.

GREEN, Penny J.; WARD, T. Law, the State, and the Dialectics of State Crime. *Critical Criminology*, v. 24 n. 2, p. 217-230, 2016. Disponível em: [https://link.springer.com/article/10.1007/s10612-015-9304-5]. Acesso em: 20.10.2017.

HAJJAR, Lisa. Toward a sociology of human rights: Critical globalization studies, international law, and the future of war. In: ROBINSON, William; APPLEBAUM, Richard (Ed.). *Critical Globalization Studies*. New York: Routledge, 2005.

HILLYARD, P. et al. *Beyond Criminology*: Taking Harm Seriously. London: Pluto Press, 2004.

KRAMER, Ronald C. The debate over the definition of crime: Paradigms, value judgments, and criminological work. In: ELLISTON, Frederick; BOWIE, Norman (Ed.). *Ethics, Public Policy and Criminal Justice*. Cambridge: Oelgeschlager, Gunn, and Hain. 1982.

KRAMER, Ronald. Expanding the Core: Blameworthy Harms, International Law and State-Corporate Crimes. *American Society of Criminology Annual Meeting*. 2013. Atlanta. Disponível em: [www.asc41.com/Annual_Meeting/2013/Presidential%20Papers/Kramer,%20Ronald.pdf]. Acesso em: 20.08.2017.

LASSLETT, Kristian. State Crime on the Margins of Empire: Rio Tinto, the War on Bougainville and Resistance to Mining. Londres: Pluto Press, 2014.

LASSLETT, Kristian. Scientific Method and the Crimes of the Powerful. *Critical Criminology*, v. 18, n. 3, p. 211-228, 2010. Disponível em: [https://link.springer.com/article/10.1007/s10612-010-9100-1]. Acesso em: 12.09.2017.

LÖWY, Michael. *Walter Benjamin*: aviso de incêndio. São Paulo: Boitempo, 2005.

LYNCH, Michael J.; MICHALOWSKI, Raymond. *Primer in Radical Criminology*: critical perspectives on crime, power & identity. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2010.

LYRA, Roberto. *Criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MATTHEWS, Rick A.; KAUZLARICH, David. State crimes and state harms: A tale of two definitional frameworks. *Crime, Law and Social Change*, n. 48, p. 43-55, 2007. Disponível em: [https://link.springer.com/article/10.1007/s10611-007--9081-5]. Acesso em: 05.10.2017.

MICHALOWSKI, R. J. The master's tools: Can supranational law confront crimes of powerful states? In STANLEY, Elizabeth; MCCULLOCH, Jude (Ed). *State Crime and Resistance*. London: Routledge, 2013.

MICHALOWSKI, R. J.; BOHLANDER, M. Repression and the Criminal Justice System in Capitalist America. *Sociological Inquiry*, v. 46, p. 95-106, 1976. Disponível em: [http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1475-682X.1976.tb00754.x/full]. Acesso em: 23.10.2017.

RATNER, Steven R.; ABRAMS, Jason S. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*: Beyond the Nuremberg Legacy. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001.

SCHWENDIGER, Herman; SCHWENDIGER, Julia. Defensores da ordem ou guardiões dos direitos humanos? In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). *Criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

SCHWENDINGER, Herman. SCHWENDINGER, Julia. Social class and the definition of crime. *Crime and Social Justice*, n. 7, p. 4-13, 1977. Disponível em: [www.jstor.org/stable/29766001]. Acesso em: 05.10.2017.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Crimes de Estado e Justiça de Transição. *Sistema Penal & Violência*. Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 22-35, jul.-dez. 2010.

ZAFFARONI, Raúl. El crimen de estado como objeto de la criminología. In: GARCÍA RAMÍREZ, S., GONZÁLEZ MARISCAL, O. I. (Org.). *Panorama internacional sobre justicia penal:* Política criminal, derecho penal y criminología. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2007. Disponível em: [https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2506-panorama-internacional-sobre-justicia-penal-politica-criminal-derecho-penal-y-criminologia-culturas-y-sistemas-juridicos--comparados?c=87687]. Acesso em: 16.10.2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El crimen de Estado como objeto de la criminología*. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/tablas/r20412.pdf]. Acesso em: 30.04.2018.

WARD, Tony. State Crime and the Sociology of Human Rights. *Revista Crítica Penal y Poder*, n. 5, p. 77-89, 2013. Disponível em: [http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/viewFile/6230/9955]. Acesso em: 16.10.2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- O processo de eldorado dos Carajás e sua perspectiva na criminologia dos massacres, de Gustavo de Souza Preussler – *RBCCrim* 128/151-195 (DTR\2017\219); e
- Para além da criminologia?, de Paddy Hillyard e Steve Tombs. Traduzido por Marina Quezado Soares – *RBCCrim* 142/273-299 (DTR\2018\10716).