Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 26 • vol. 148 • out. / 2018

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 26 • vol. 148 • out. / 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 Cláudia Faranha (UnB – Distrito Federal/DF); Ana Luiza Gonçalves dos Santos (Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro/RJ); Andrei Zenkner Schmidt (PUCRS – Porto Alegre/RS); Andressa Loli Bazo (USP – São Paulo/SP); Aury Lopes Jr. (PUCRS – Porto Alegre/RS); Brunna Laporte Cazabonnet

(PUCRS – Porto Alegre/RS); Bruno Shimizu (DPESP – São Paulo/SP); Bruno Silveira Rigon (PUCRS – Porto Alegre/RS); Bruno Tadeu Buonicore (Goethe Universität Frankfurt am Main/Alemanha); Carlos Eduardo Millen Grosso (UFSC – Florianópolis/SC); Carolina Amorim (PUCSP – São Paulo/SP); Cláudia Moraes Trindade (UNEB – Salvador/BA); Daiene Kelly Garcia (UNESP – Franca/SP); Daniel Cabral de Almeida Ferreira (Universidade de Coimbra – Portugal); Daniela Queila dos Santos Bornin (UFSC – Florianópolis/SC); Eduardo Viana (Universidade Estadual de Santa Cruz – Santa Cruz/BA); Emília Merlini Giuliani (PUCRS – Porto Alegre/RS); Enedina do Amparo Alves (PUCSP – São Paulo/SP); Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon (PUCRS – Porto Alegre/RS); Francis R. Beck (UNISINOS – São Leopoldo/RS); Francisco de Assis de França Júnior (CESMAC – Maceió/AL); Francisco Monteiro Rocha Jr. (Universidade Positivo – Curitiba/PR); Frederico Valdez Pereira (Università degli Studi di Pavia – Itália); Gabriel Huberman Tyles (FADISP – São Paulo/SP); Gerson Faustino Rosa (UEM – Maringá/PR); Grasielle Borges Vieira de Carvalho (Universidade Tiradentes Aracaju/SE); Guilherme Gouvêa de Figueiredo (UFJF – Juiz de Fora/MG); Gustavo de Souza Preussler (UFGD – Dourados/MS); Gustavo Noronha de Ávila (UEM – Maringá/PR); Hugo Leonardo Santos (UFAL – Maceio/AL); Ísis Aparecida Conceição (USP – São Paulo/SP); Janaína de Souza Bujes (UFRGS – Porto Alegre/RS); Jéssica Raquel Sponchiado (FDUSP – São Paulo/SP); João Paulo Orsini Martinelli (UFF – Niterói/RJ); Joel de Freitas (UNEMAT – Cáceres/MT); Jorge Trindade (Universidade Luterana do Brasil – Canoas/RS); Julia Heliodoro Souza Gitirana (UFPR – Curtiba/PR); Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya (UFRN – Natal/RN); Leonardo Costa de Paula (UFPR – Curitiba/PR); Leonardo Marcondes Machado (Centro Universitário Católica de Santa Catarina – Joinville/SC); Lucas e Silva Batista Pilau (PUCRS – Porto Alegre/RS); Lucas Melo Borges de Souza (FDV – Vitória/ES); Lucas Minorelli (PUCRS – Porto Alegre/RS); Luiz Fernando Kazmierczak (UENP – Curitiba/PR); Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (MPMG – Belo Horizonte/MG); Manuela Abath Valença (UnB – Brasília/DF); Marcelo Almeida Ruivo (ULBRA – Canoas/RS); Marco Aurélio Nunes da Silveira (UPF – Passo Fundo/PR); Marcus Vinícius Xavier de Oliveira (UFRO – Porto Velho/RO); Maria João Carvalho Vaz (Universidade de Coimbra – Portugal); Marília Montenegro Pessoa de Mello (UNICAP – Recife/PE); Moyses Pinto Neto (ULBRA- Porto Alegre/RS); Nelson Gomes Junior (UFPB – João Pessoa/PB); Ney Fayet Jr. (PUCRS – Porto Alegre/RS); Pablo Rodrigo Alflen (UFRGS – Porto Alegre/RS); Patricia Manente Melhem (Faculdade Campo Real – Guarapuava/PR); Pedro Andrade Caribé (UnB – Brasília/DF); Raquel Lima Scalcon (Uniritter – POA/RS); Renata Fernandes de Oliveira (IPUB/UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Renata Guadagnin (PUCRS – Porto Alegre/RS); Renato Gomes de Araújo Rocha (USP – São Paulo/SP); Ricardo Jacobsen Gloeckner (PUCRS – Porto Alegre/RS); Ricardo Tadeu Penitente Genelhú (Faculdade Castelo Branco – Colatina/ES); Rodrigo Camargo (ULBRA – Torres/RS); Rodrigo Régnier Chemim Guimarães (UNIPAR – Curitiba/PR); Rosane Teresinha Carvalho Porto (UNISC – Santa Cruz do Sul/RS); Ruy Celso Barbosa Florence (UNIDERP – Campo Grande/MS); Susana Maria Aires de Sousa (Universidade de Coimbra – Portugal); Tamires Maria Alves (Universidade Federal Fluminense – Niterói/RJ); Tatiana Lourenço Emmerich de Souza (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Tiago Joffily (MPRJ – Rio de Janeiro/RJ); Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa (PUCPR – Curitiba/PR); Vilobaldo Cardoso Neto (Universidade Tiradentes – SE); Vinícius Abdala (Universidade 9 de Julho – São Paulo/SP); Wandercairo Elias Júnior (Universidade de Rio Verde – Goiânia/GO).

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Ana Luisa Leão de Aquino Barreto (Faculdade Ruy Barbosa – Salvador/BA); Ana Paula Motta Costa (UFRGS – Porto Alegre/RS); Beatriz de Santana Prates (DPESP – São Paulo/SP); Bruna Fróes de Oliveira (Universidade do Vale do Paraíba – Vale do Paraíba/SP); Christiana Mariani da Silva Telles (FGV – Rio de Janeiro/RJ); Emiro Cáceres-González (Universidad de Salamanca – Espanha); Érica Babini Lapa do Amaral Machado (UNICAP – Recife/PE); Frediano José Momesso Teodoro (Universidade do Vale do Paraíba – Vale do Paraíba/SP); Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Guilherme Aresi (UFRGS – Porto Alegre/RS); Hamilton Gonçalves Ferraz (PUCRio – Rio de Janeiro/RJ); L.G. Grandinetti Castanho de Carvalho (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Larah Brahim Duarte dos Santos (FDV- Vitória/ES); Lucas Melo Borges de Souza (FDV- Vitória/ES); Luís Gustavo Stein (UNISINOS – Vale do Rio dos Sinos/RS); Luiz Ismael Pereira (UFV – Viçosa/MG); Luíza Correa de Magalhães Dutra (PUCRS – Porto Alegre/RS); Miguel Tedesco Wedy (UNISINOS – Vale do Rio dos Sinos/RS); Nelson Camata Moreira (FDV- Vitória/ES); Osmar Antônio Belusso Júnior (PUCRS – Porto Alegre/RS); Paulo Wunder (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Rafaela Maria de Aguiar Cavalcanti (UNICAP – Recife/PE); Renata Amaral Farias (OABPR – Curitiba/PR); Ricardo Freitas (UFPE – Recife/PE); Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (PUCRS – Porto Alegre/RS); Rodrigo Sánchez Rios (PUCPR – Curitiba/PR); Thiago Bottino (FGV – Rio de Janeiro/RJ); Thiago Fabres de Carvalho (FDV- Vitória/ES); Túlio Felippe Xavier Januário (Universidade de Coimbra – Portugal).

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. 148 • out. / 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. 148 • out. / 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.

Diretora Editorial
Juliana Mayumi Ono

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

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

CENTRAL DE RELACIONAMENTO 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: [10-2018]
Profissional
Fechamento desta edição: [24.08.2018]

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
Taynara Lira
Rafael Vieira

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 26 • vol. 148 • out. / 2018

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Editorial: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, 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, Rafaella Araujo Akiyama e Thaís Rodrigues Sampaio

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 Capa: WK editoração

Controle de Qualidade da Diagramação: Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

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

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
Mauricio Alves Monte

Analista de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis

Errata

Na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 143 (maio/2018), no artigo *Justiça sem crime e punição? Segurança, dano e compensação em um mundo neoliberal*, correspondente às páginas 385 a 406, nas referências, onde consta:

O'MALLEY, Pat; AMARAL, Augusto Jobim do. Justiça sem crime e punição? Segurança, dano e compensação em um mundo neoliberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 143. ano 26. p. 385-406. São Paulo: Ed. RT, maio 2018.

Leia-se:

O'MALLEY, Pat. Justiça sem crime e punição? Segurança, dano e compensação em um mundo neoliberal. Trad. de Augusto Jobim do Amaral e Leandro Ayres França. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 143. ano 26. p. 385-406. São Paulo: Ed. RT, maio 2018.

(I)racionalidad legislativa en la concepción de la prisión permanente revisable en España

Legislative irrationality in the conception of the permanent prison revisable in Spain

Emiro Cáceres-González
Doctorando, Estado de Derecho y Gobernanza Global – Universidad de Salamanca.
Magíster en Derecho penal – Universidad de Salamanca.
emiro91507358@usal.es
emirocaceres17@gmail.com

Recebido em: 02.05.2018
Aprovado em: 02.07.2018
Última versão do autor: 02.08.2018

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumen: La incorporación de la Prisión Permanente Revisable (PPR) a la legislación penal española ha sido objeto de múltiples críticas por la doctrina, quien estima que la norma es contraria a la Constitución. En el presente artículo fijaremos la atención, no en el análisis de la norma que ha entrado en vigor, sino en lo acontecido durante las etapas prelegislativas y legislativa en sentido estricto con el fin de demostrar su débil justificación empírica, y la necesidad de fortalecer dichas etapas, para exigir su cumplimiento formal y material, y en caso de incumplimiento, exigir su censura en vía constitucional.

Palabras clave: Prisión Permanente Revisable – Populismo Punitivo – Anteproyecto de Ley Orgánica – Etapa prelegislativa – Etapa legislativa – Antecedentes necesarios para el debate parlamentario.

Abstract: The incorporation of the Permanent Revisable Prison (PPR) in the Spanish criminal legislation has been an object of multiple critics of the doctrine, who exposes that the law is contrary to the Constitution. In this article we will focus on then attention, not on the analysis of the law that has entered into force, but on what happened during the stages of the pre-legislative and legislative process, in order to demonstrate its weak empirical justification, and in the need of strengthening these stages, to demand their formal and material compliance, and in case of non-compliance, to demand their submission by constitutional means.

Keywords: Permanent Revisable Prison – Punitive Populism – Preliminary Organic Law – Pre-legislative stage – Legislative stage – Necessary background for parliamentary debate.

Sumário: 1. Introducción. 2. La necesidad de racionalizar el proceso legislativo en materia penal. 3. Teoría, práctica y realidades alrededor de las etapas del proceso legislativo y

prelegislativo. 3.1. La fase *informal* del momento prelegislativo. 3.2. Fase *formal* del momento prelegislativo. 3.2.1. Argumentos presentados por el prelegislador (Gobierno), para justificar la necesidad de la PPR en España. 3.2.2. Argumentos cardinales que debió satisfacer el prelegislador (Gobierno), para justificar la necesidad de la PPR en España. 3.3 Fase legislativa propiamente dicha. 3.3.1 Discusiones parlamentarias respecto de la incorporación de la PPR en España. 3.3.2. Cuestiones mínimas que debió atender el legislador si consideraba necesaria la entrada en vigor de la PPR en España. 4. Cuestión adicional: la eventual intervención del Tribunal Constitucional. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Introducción

Desde la aprobación del proyecto de reforma y su posterior incorporación en 2015 al Ordenamiento penal español, la figura de la Prisión Permanente Revisable (PPR) ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la doctrina penal; las tesis que se han desarrollado en contra de esta desafortunada norma, se han dirigido de forma prevalente a la demostración de su inconstitucionalidad por vulnerar de forma flagrante varios artículos de la Constitución española (CE), por lo que, en consecuencia, no tendría un correcto encaje al tamiz del contenido protector de derechos fundamentales consagrados en la norma fundamental.[1] Por otra parte, un pequeño sector doctrinal ha sostenido que, si se analizan algunos de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC) sobre temas que le serían extensivos, podría pensarse que la norma se ajusta a la Constitución, pero que sin embargo, la misma debe ser derogada por inconveniente.[2]

1. Entre otros ACALE SÁNCHEZ, M. *La prisión permanente revisable: ¿Pena o cadalso?* Madrid: Iustel, 2016; AA.VV. *Contra la cadena perpetua*. ARROYO ZAPATERO, L./LASCUARRAIN SÁNCHEZ, J. A./PEREZ MANZANO, M. (Edit.). Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2016; CERVELLÓ DONDERIS, V. *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen Jurídico de la Prisión Permanente Revisable*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015; CUERDA RIEZU, A. *Cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: Por qué son inconstitucionales en España*. Barcelona: Atelier, 2011. Los argumentos en los que converge la doctrina se ligan a la inconstitucionalidad de la PPR por considerarla inhumana y degradante; por violar además el derecho a la igualdad, por la falta de proporcionalidad de la penas y por trasgredir el mandato de reeducación y reinserción social.
2. SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, I. *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*. Madrid: Dykinson, 2016. En nuestra opinión, no es que estos autores consideren que la norma tiene un correcto encaje constitucional por estimar que no viola los derechos fundamentales a los que ha aludido la doctrina mayoritaria, sino que, de la revisión de los pronunciamientos de constitucionalidad provenientes del TC, podría pensarse que, eventualmente, ese Tribunal estime la constitucionalidad de esta figura jurídica.

En el presente artículo intentaremos variar un poco el enfoque del que ordinariamente se ha ocupado la doctrina, y en su remplazo pondremos el acento en la etapa prelegislativa y en el contexto legislativo propiamente dicho, a fin de verificar sus fortalezas y/o debilidades, su justificación y el tratamiento que se da a la normatividad que regula la materia, en lo concerniente a la presentación de los documentos que deben acompañar todo proyecto y anteproyecto de Ley para su trámite y discusión parlamentaria.

2. La necesidad de racionalizar el proceso legislativo en materia penal

Lo primero que debemos reconocer, es que, el actual modelo de sociedad ha llevado a que el ideal ilustrado de la división de poderes, en el que, el Legislativo presentaba y tramitaba las Leyes y el ejecutivo las *ejecutaba*, se encuentra en evidente proceso de decadencia –o al menos de reformulación–. A esta alturas, no es posible desconocer la incidencia que tiene el Gobierno en el curso del trámite parlamentario –tampoco podemos olvidar su amplio poder reglamentario, el cual es un debate aparte–; quizás, debido a que posee un aparato burocrático técnicamente más robusto que el del legislador, sea lo que le permite su intervención en la presentación de proyectos de Ley, el cual es cada día más abundante y avasallante.[3-4]

3. La información que reposa en la página web del Congreso de los Diputados lo confirma; allí se señala que «el incremento de la actividad legislativa de los sucesivos Gobiernos ha sido paulatino pero incesante. Tomando datos tan sólo de las últimas cinco legislaturas, pueden señalarse las siguientes cifras: en la III Legislatura se presentaron 125 proyectos de Ley de los que se aprobaron un total de 108; en la IV, de 137 proyectos de Ley presentados se aprobaron 109; en la V se aprobaron 112 de los 130 presentados; en la VI el número ascendió a 192 presentados y 172 aprobados y promulgados finalmente como Leyes; y en la VII Legislatura, de 175 proyectos de Ley presentados se aprobaron un total de 173; en la VIII, se presentaron 152 proyectos de Ley y resultaron aprobados 140. Dos se retiraron, uno se rechazó y nueve caducaron al final de la legislatura sin que hubiera concluido la tramitación; en la IX Legislatura, de 147 proyectos de Ley presentados se aprobaron un total de 120, el resto caducaron todos menos uno, que fue subsumido en otra iniciativa; en la X de 163 proyectos de Ley presentados se aprobaron un total de 160, dos caducaron y uno fue subsumido y en la XII (hasta diciembre de 2017), se han presentado 15 proyectos de Ley, de los que, hasta el momento diciembre de 2017- se han aprobado 5.» Disponible en: [http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=88&tipo=2]. Consultado el 01 de abril de 2018.
   Esta información permite también discernir las altas probabilidades de éxito que tiene el Gobierno de que sus propuestas legislativas tengan un feliz desenlace.
4. En homólogo sentido ZAPATERO, V. *El arte de legislar*. Pamplona: Aranzadi, 2009, p. 342-343, sostiene que, si bien, en teoría el legislador puede enmendar o rechazar total

En esta dirección, le asiste razón a Marcilla Córdoba cuando sostiene que en el actual modelo de Estado, el ejecutivo crea y el Legislativo acompaña, se adhiere, convalida, en suma, el Estado no opera como un Estado legislativo, sino que funciona como un Estado administrativo o administrador;[5] sin embargo, ello no lleva indefectiblemente a señalar que al tener el ejecutivo un aparato burocrático mejor consolidado, ello lleve a colegir que el proceso se venga gestando de forma adecuada, pues si así fuera, el debate, sobre el vaciamiento de competencias al legislador, sería quizás un asunto de menor entidad; la realidad ha mostrado que el resultado del casi inexistente y estéril *debate legislativo*, ha llevado a que se presente de forma permanente, una colisión de intereses, de corte político, personal, económico, electoral y de otras índoles, las cuales influyen finalmente en la pobreza del proceso legiferante y por extensión de su producto legislativo (la Ley).

A nuestro juicio, el hecho de que el legislador incorpore una serie de condiciones y requisitos para la tramitación de un proyecto o anteproyecto de Ley,[6] tiene -o debería tener- como objeto dos funciones fundamentales: 1). Con carácter general, reducir el margen de discrecionalidad del legislador, en su afán de normatizar ciertas materias, para que, de esta manera, justifique racionalmente su necesidad y conveniencia.[7] 2). Coetáneamente, desde el punto de vista del Derecho penal, reducir el recurso populista-punitivo, y ejercer como barrera de

---

o parcialmente una propuesta de Ley, en la realidad se suele ratificar de forma íntegra en su contenido, pasando así sin discusión de ningún tipo, poniéndose en juego la política pública que envuelve el mismo y primando así la forma sobre la esencia. Desde el punto de vista de su influencia en el Derecho penal; si bien la doctrina reconoce que la inflación legislativa no ha comprometido de forma tan drástica este sector del derecho, en comparación con lo que le ha sucedido a otros sectores –especialmente el derecho administrativo–, no desconoce que la intervención del Gobierno, ha sido importante. Un resumen de las modificaciones surtidas hasta 2010 y la mención a tal influencia, pueden consultarse en BECERRA MUÑOZ, J. *La toma de decisiones en política criminal, bases para un análisis multidisciplinar.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 42-45, 90-94, 434-441, 546-550. DÍEZ RIPOLLÉS J. L. *La racionalidad de las Leyes penales, práctica y teoría.* Madrid: Trotta, 2013, p. 50-52.

5. MARCILLA CÓRDOBA, G. *Racionalidad Legislativa, Crisis de la Ley y nueva ciencia de la legislación.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 192.
6. Nos referimos a la Ley 50 de 1997 la cual detallaremos en lo pertinente más adelante.
7. Dicho en otras palabras, superar el mito del legislador racional que generó su «endiosamiento», y que tanto daño hizo en el periodo ilustrado. Por todos, MARCILLA CÓRDOBA, G. op. cit., p. 113-127.

contención a la presión aplicada por los grupos de víctimas, los lobbies en general y la *mass media* en la clase política.[8]

Desafortunadamente, estos fines o funciones no se cumplen y la realidad muestra que la irracionalidad legislativa y el uso del argumento victimal con fines electorales se encuentra a la orden del día.[9]

A esta conclusión se llega sin necesidad de hacer profundas o elaboradas indagaciones; basta con mirar las estadísticas oficiales, en donde, si bien, el mismo Estado ha reconocido una baja importante de los índices delincuenciales en los últimos años,[10] paradójicamente las modificaciones introducidas en el Ordenamiento penal, no han ido en clave con esa reducción, sino que por el contrario se han dirigido hacia un permanente aumento punitivo, cuyo soporte, las más de las veces, será la generación de una falsa idea de seguridad en la sociedad,[11] la

8. De este sentir se muestran un importante sector de la doctrina. Entre otros BECERRA MUÑOZ, J. op. cit., p. 101; DÍEZ RIPOLLÉS J. L. op. cit., p. 27-35; POZUELO PÉREZ, L. *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*. Madrid: Marcial Pons, 2013; AA. VV. *Malas noticias*: medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España. (Dirs) GARCÍA ARÁN, M. /BOTELLA, J. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

9. De política criminal oportunista la rotula DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana, *Revista Jueces para la Democracia*, No. 49, marzo 2004, pp. 25-42. Disponible en: [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=839232]. Consultado el 30 de Marzo de 2018.

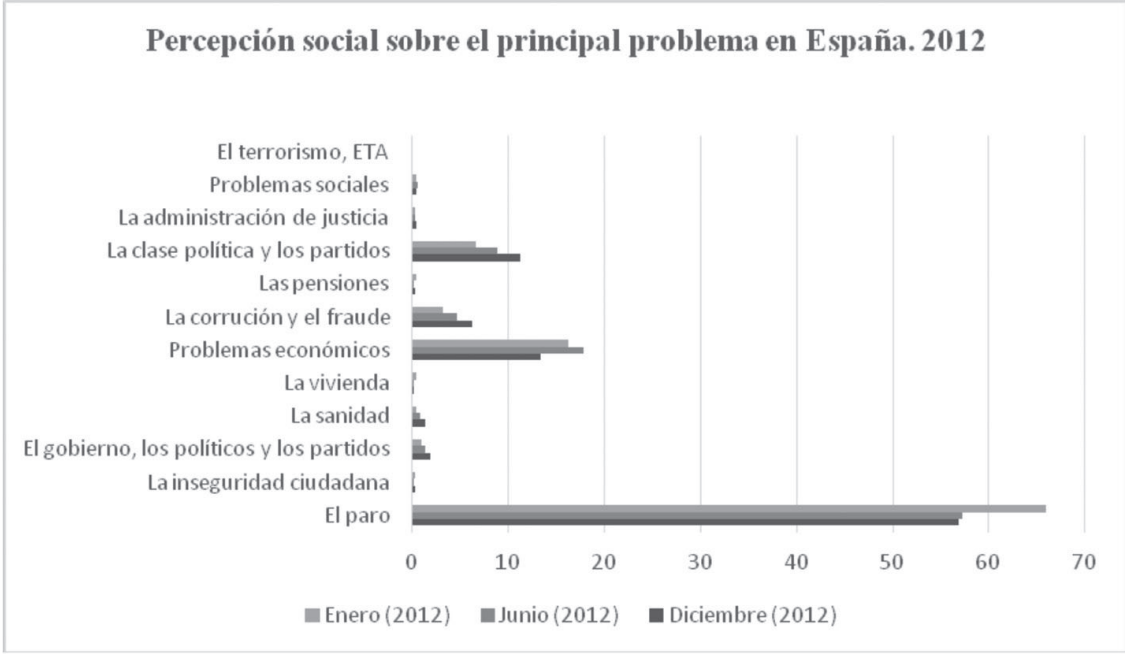
10. Ver por ejemplo, la información que registra el Ministerio del Interior, en donde esa cartera señala que 2016, en comparación con el 2005, la tasa de criminalidad redujo 7.4 puntos. Disponible en: [http://www.interior.gob.es/documents/10180/6865255/Presentacion+ministro_Balance+de+Criminalidad+2016.pdf]. Consultado el 30 de Marzo de 2018.

11. VÉLEZ RODRÍGUEZ, L. A. *Política Criminal y Justicia Constitucional, Particular consideración de los tribunales constitucionales colombiano y español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 162-176.

    Trae una relación de las reformas efectuadas al Código Penal a partir 1998 y en gran parte de ellas se hace evidente el aumento de las penas al que venimos haciendo referencia; afirma además, que tales modificaciones han sido motivadas «por la alarma social generada por eventos puntuales, o como consecuencia del cumplimiento de compromisos internacionales». Para el caso de los delitos contra la vida, este autor elabora una tabla donde, a partir de información tomada del Ministerio del Interior, encuentra que de 2002 a 2008, la tasa de homicidios redujo de 1496 a 1045, lo cual confirma, que las modificaciones legislativas no han obedecido al afrontamiento de una nueva realidad criminológica, sino a la necesidad de calmar la presión ejercida por ciertos colectivos. Más recientemente, AA.VV *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*. MORILLAS CUEVA, L. (Dir). Madrid: Dykinson, 2016.

satisfacción del anhelo retribucionista de ciertos colectivos de víctimas, y el intento por calmar la presión ejercida por los medios de comunicación.[12]

De hecho, si verificamos las estadísticas del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), se evidencia que, para la época en que se presentaron los anteproyectos de reforma al Código Penal (CP) dirigidas a introducir, entre otras cuestiones, la PPR, dichas muestras no consagran un cambio de percepción que mostrara la necesidad de dicha reforma legislativa; incluso, podríamos decir que las preocupaciones ciudadanas se encontraban concentradas en otros ámbitos que al parecer, demandaban una mayor atención y respuesta estatal:



Fuente: *Elaboración propia a partir de la información reportada por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS)*.[13]

La anterior información nos muestra los bajos índices que para el año 2012 percibía la ciudadanía respecto a asuntos como el terrorismo (0%),[14] la inseguridad

12. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las Leyes penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. POZUELO PÉREZ, L. op. cit.

13. Disponible en: [http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2920_2939/2927/Es2927.pdf] (Enero), [http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2940_2959/2948/Es2948.pdf] (Junio), [http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2960_2979/2972/Es2972.pdf] (Diciembre). Consultados el 20 de abril de 2018.

14. En este caso, tomamos la respuesta dada por la ciudadanía, con relación al terrorismo del grupo ETA para así tomar un valor porcentual único en nuestro análisis, y por ser

ciudadana (oscilante entre el 0.2% y el 0,3%) y la administración de justicia (oscilante entre el 0.3% y el 0,4%), los cuales reflejaron índices realmente bajos; en contraste, aspectos como el paro o desempleo (que pasó del 66% en enero, al 57,2% y que cerró el año en un 56,8%), el Gobierno y los partidos políticos (el cual fue en aumento: 1% en enero, 1.4% en junio y cerró el año con una p desfavorable del 1.9%), o la corrupción y el fraude (cuyo panorama inició en enero en una escala de rechazo del 3.2%, el cual ascendió en junio al 4.6% y culminó el año en un 6,2%), mostraron índices considerablemente superiores sin que se hubiera hecho perceptible, la aplicación por el Gobierno de políticas públicas dirigidas a paliar de forma drástica la percepción ciudadana, tal como lo hizo en el tema como de la que ahora nos ocupamos y que generó finalmente, una innecesaria y adicional expansión de los contornos del Derecho penal con flagrante vulneración del principio de *ultima ratio*.

En suma, es indiscutible que el Estado ha optado por un Derecho penal de corte menos garantista y más securitario, con el que además, no necesariamente atiende verdaderas percepciones ciudadanas huérfanas de atención, sino que actúa de manera reactiva y sin estudios, ante las demandas de colectivos que puedan poner en riesgo sus intereses políticos a los que prefiere *dar gusto*, optado por expandir los contornos de esta rama del Derecho,[15] mediante el ofrecimiento de placebos legislativos cuyo objeto es calmar las -reales o aparentes- demandas sociales, sin importar si con ellas se limitan/vulneran garantías y derechos básicos, si finalmente con ellas se consigue un impacto efectivo en el resultado electoral.

Los antecedentes más próximos, con los que se muestra este *modus operandi* estatal tienen como sustento los hechos ocurridos con Marta del Castillo y Mari Luz Cortés,[16] cuyo rasgo común es su influencia en los medios de comunicación y en grupos de presión, la identificación de la sociedad con la víctima, generada como consecuencia de la opinión *publicada*, creada a partir de la reiteración

el que quizás históricamente podría llegar a ser más preocupante para la sociedad española, por los antecedentes que quedan en la retina el pueblo; sin embargo, si se revisa la respuesta a la pregunta que se refiere al terrorismo internacional, se nota que el porcentaje sobre la percepción de la ciudadanía sobre este tópico, tampoco excede en esos periodos del 0.2%.

15. Ver por todos SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del Derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001. MENDOZA BUERGO, B. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

16. Sobre el tema puede consultarse ANTÓN-MELLÓN, J. ÁLVAREZ/G. ROHSTEIN, P.A. Medios de comunicación y populismo punitivo en España: Estado de la cuestión, *Revista Crítica Penal y Poder,* No. 9, 2015, pp. 32-61.

insuflada de la *mass media* a la sociedad,[17] la que finalmente vino a ser capitalizada por el partido político de turno.

La simbiosis de este nocivo proceso la resume Pozuelo Pérez en cuatro fases: 1) Introducción de la alerta de aumento de la delincuencia por el poder político. 2). Maximización del asunto por el medio de comunicación, lo cual lleva al 3). Aumento de preocupación ciudadana y 4). Reforma legislativa de corte represivo.[18]

Como ya lo apuntamos, la respuesta a estos acontecimiento, culminó con la modificación del CP en varios aspectos, entre los que se encontraba la introducción de la figura de la Prisión Permanente Revisable; propuesta que tuvo su génesis en el seno del Ministerio de Justicia, quien, en el contexto español tiene a su cargo «la propuesta y ejecución de la política del Gobierno para el desarrollo del Ordenamiento jurídico»,[19] y en materia penal acapara sin discusión la regulación de la materia, el cual, al poseer mayoría parlamentaria obtuvo mejor acogida en su propuesta; situación que facilitó una tramitación más formalista y menos sustantiva de la modificación bajo examen.[20]

3. Teoría, práctica y realidades alrededor de las etapas del proceso legislativo y prelegislativo

La extensión del documento no nos permite entrar en detalle en aspectos que por su contenido, requerirían de una profunda disertación; sin embargo, podemos señalar, que se debe fortalecer el proceso legislativo desde la etapa preliminar misma, es decir, desde mucho antes del debate en cada una de las Cámaras parlamentarias, puesto que en esa faceta, participan directa

17. La doctrina se ha referido al uso morboso de los medios de comunicación sobre la víctima, a la que instrumentaliza para justificar la necesidad de modificar la Ley penal, sin importar si la regulación vigente es adecuada y eficaz. POZUELO PÉREZ, L. op. cit., p. 87.
18. Ibíd. p. 86.
19. Real Decreto 415/2016, de 3 de noviembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, artículo 3.
20. De hecho, si hablamos de la forma, o el rito seguido al interior de las cámaras, vemos que éste también estuvo rodeado de serios reparos e irregularidades. Para SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna*. Granada: Comares, 2003, p. 130, «el poder de enmiendas y el trabajo en comisiones representa un débil contrapeso, sobre todo si el Gobierno cuenta con mayoría absoluta en el Parlamento».

o indirectamente, grupos de diversa naturaleza e ideología y se cuecen intereses políticos.

La doctrina ha sostenido que la etapa prelegislativa inicia con la identificación de una problemática que no se correlaciona con la realidad social que no se encuentra en condiciones de responder, por lo que hace necesaria la fijación de una acción o programa a seguir, el cual suele desembocar en la presentación de un proyecto o proposición de Ley.[21] Dentro de ese peregrinar, existen *etapas internas,* en los que intervienen agentes sociales, medios de comunicación, grupos de presión (expertos y no expertos), y finalmente, el poder ejecutivo por intermedio del Ministerio competente.[22]

A continuación, intentaremos abordar esas etapas para luego ocuparnos del proceso legislativo propiamente dicho.

3.1. La fase informal *del momento prelegislativo*

El periodo prelegislativo ha sido reconocido doctrinalmente, como el estadio que acontece de manera previa al inicio de trámite formal ante las Cortes Generales, y en cuyo desarrollo pueden aparecer momentos informales (participación de grupos de presión, medios de comunicación, grupos de expertos, etc.) y otros formales o formalizados, dirigidos específicamente por la intervención del Gobierno con el fin de proponer un programa de acción.[23]

En esa fase preliminar, para que la problemática social consiga despertar el interés del legislador, debe previamente haber hecho «*creíble* la existencia de una disfunción social». Para la consecución de tal crédito, deberá haberse aportado datos ciertos -o maquillados- que ratifiquen esa disfunción por la que se demanda respuesta mediante el Derecho penal.[24]

En el caso de la reforma introducida en el CP con la que se incorpora la PPR, consideramos que la presión que ejercieron los grupos de víctimas y los medios de comunicación, fue determinante para que el Gobierno, por intermedio de su

21. DÍEZ RIPOLLÉS J. L. *La racionalidad de las Leyes penales, práctica y teoría.* Madrid: Trotta, 2013. p. 18-19.
22. DÍEZ RIPOLLÉS J. L. op. cit. p. 20.
23. En términos de técnica legislativa «el procedimiento legislativo es ciertamente único, pero no estricta o esencialmente parlamentario». AA.VV. *La proliferación legislativa, un desafío para el Estado de Derecho.* MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.). JIMENEZ APARICIO, E. El procedimiento de elaboración de los anteproyectos de Ley: La fase gubernamental. Madrid: Thomson, 2004. p. 282.
24. Ibíd. P. 20-21.

Ministro de Justicia, se interesara por esa aparente disfunción social sin respuesta, y decidiera incluirla en su agenda política; así como para que posteriormente incorporara dicha figura jurídica, no solo para los eventos de terrorismo, sino también para los ilícitos considerados, como de «especial gravedad».[25]

Evidentemente, el argumento comodín que en su momento sostuvo el Gobierno para justificar la necesidad de intervención, fueron las invocaciones de miedo e inseguridad creados por los colectivos de víctimas, los cuales habían sido fortalecidos por los medios de comunicación.[26]

3.2. Fase formal *del momento prelegislativo*

Pasando ahora a la etapa en la que interviene el Gobierno para analizar la forma como debe enfocar un programa de acción, coincidimos con Becerra Muñoz, en cuanto a que las respuestas a los problemas sobre los que demanda

25. A este efecto nos referiremos más adelante, por el momento señalaremos que, para el caso de la justificación de la incorporación de la PPR en los casos de delincuencia terrorista, la influencia que tuvo el grupo de víctimas del terrorismo, quien hacía un tiempo venía reclamando dicha modificación legislativa, la cual, resultó finalmente, como una respuesta reactiva del Gobierno español, a la sentencia proferida por el TEDH que revocó la llamada *doctrina Parot*, creada a partir de la STS de 28 de febrero de 2006, con la cual se prolongaba la estancia en prisión para ciertos delitos, entre ellos el terrorismo. Para ACALE SÁNCHEZ, M. op. cit. p. 95 «la ecuación que realizó el Gobierno español fue la siguiente: si en opinión del TEDH, la doctrina Parot contravenía el principio de legalidad, bastaba con reformar el Código Penal e incluir una pena que prolongara tanto la estancia en prisión que la convirtiera en una pena perpetua: este es el origen de la prisión permanente revisable.».

26. Para el partido político al frente del Gobierno, no pasó inadvertida la recolección de firmas para convocar un referendo y lograr la incorporación de la PPR en el Ordenamiento penal convocada en 2008 por el padre de Mari Luz Cortés (una de las muertes con mayor impacto mediático en España); ni la presentada en 2010, por los padres de Marta del Castillo (muerte que también tuvo una alta difusión en medios). Esta simbiosis (Grupos de víctimas + medios de presión), ha tenido un alto interés en los partidos políticos, por los réditos electorales que ello puede reportar, así como el manejo maniqueísta de la víctima para justificar el endurecimiento punitivo sin bases empíricas y sin contar con las voces autorizadas de personal experto. Muestra de ello, fue la incorporación dentro del *staff* de asesores del Gobierno sobre temas de justicia, del padre Mari Luz Cortés, y posteriormente, del padre de Marta del Castillo. Por último, puede consultarse la página web desde la que se están recogiendo las firmas para que la PPR no sea derogada, la que a la fecha de la elaboración de este documento, ya contaba con un total de 2.686.926 firmas y contando. Disponible en: [https://www.change.org/p/no-a-la-derogaci%C3%B3n-de-la-prisi%C3%B3n-permanente-revisable]. Consultada el 7 de abril de 2018.

intervención la sociedad, no se solucionan en todos los casos a golpe de Derecho penal sino mediante «una intervención coordinada» en la que deben participar diversos subsistemas, entre ellos el sanitario, el penitenciario, el procesal, el policial, el sociológico, e incluso los medios de comunicación, a fin de resolver un problema que no es sólo de la legislación penal, sino que es un problema de política pública penal.[27]

Si tomamos en consideración estos argumentos, podemos advertir el notable desinterés del Gobierno en buscar una política pública holista. La razón, consideramos, es clara: No se puede pasar por alto que en los Estados democráticos, el legislador es también permanente candidato, por lo cual, lo que haga o deje de hacer políticamente, puede constituir herramienta de campaña para futuras elecciones; y en asuntos de «clamor social» y de generar la sensación de estar haciendo algo, el Derecho Penal, puede constituir un instrumento útil y barato para la capitalización de futuros votos.[28]

3.2.1. Argumentos presentados por el prelegislador (Gobierno), para justificar la necesidad de la PPR en España

Si efectuamos una lectura preliminar a los argumentos vertidos en la exposición de motivos de los anteproyectos de Ley presentados por el ejecutivo para conseguir la introducción de la PPR para casos de delincuencia terrorista, así como para los delitos catalogados como de *excepcional gravedad*, vemos que su justificación –en ambos anteproyectos– alude a «la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia [la cual precisa de tener] a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. [Por lo que] está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión: tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos»;[29] o, para el caso de actos de terrorismo, «la confirmación del

27. BECERRA MUÑOZ, J. Op. cit. p. 337-338. El mismo, La toma de decisiones legislativas penales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 99. Sep.-Dic. 2013. pp. 125-158.

28. POZUELO PÉREZ, L. Op. cit. p. 40.

29. Anteproyecto de Ley Orgánica, de 11 de octubre de 2012, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado.

abandono de su relación con el grupo u organización a que pertenecía; y la adhesión al cumplimiento de su compromiso de reparación (moral y material) a favor de las víctimas de sus delitos».[30]

Respecto del trámite que debe seguir todo anteproyecto de Ley, el numeral segundo del artículo 22 de la Ley 50 de 1997 consagra que, «[e]l procedimiento de elaboración de proyectos de Ley (…), se iniciará en el Ministerio o Ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente Anteproyecto, que irá acompañado por la memoria y los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.».[31]

Teniendo en mente esta condición normativa, consideramos bastante probable, que se haya presentado una primera irregularidad en el cumplimiento de los requisitos mencionados, ya que, si miramos el contenido del primer anteproyecto de Ley Orgánica, el cual fue presentado el 16 de julio de 2012 por el Ministerio de Justicia, encontramos que la nueva modalidad de pena se proponía de forma exclusiva y *reservada a los supuestos más graves de delincuencia terrorista;*[32] sin embargo, en el anteproyecto de Ley Orgánica, presentado en el mes de octubre de ese mismo año, esa cartera ministerial decide ampliar el catálogo de conductas, y en su remplazo extiende su alcance a una serie de conductas consideradas por ella, como *de excepcional gravedad.*[33]

Cabría entonces preguntarnos ¿qué sucedió en el periodo comprendido entre julio a octubre de 2012, que generara una ampliación tan drástica de esa política represiva? En términos político-criminales, ¿cuáles fueron los trascendentales

---

Disponible en: [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292358725605?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAnteproyecto_de_Ley_de_Reforma_del_Codigo_Penal.pdf&blobheadervalue2=1288777317612]. Consultado el 29 de marzo de 2018.

30. Anteproyecto de Ley Orgánica, de 16 de julio de 2012, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado. Disponible en: [http://www.juecesdemocracia.es/ActualidadMJU/2012/Anteproyecto%20de%20reforma%20de%20CP%202012.pdf]. Consultado el 29 de marzo de 2018.
31. Se hace claridad que a lo largo de este artículo utilizaremos el contenido del artículo 22 de la norma que se encontraba vigente al momento del debate legislativo y prelegislativo, al momento del análisis de la PPR.
32. Ver nota 30.
33. Ver nota 29.

y reiterados acontecimientos sociales ocurridos en ese intervalo, que afloraron la existencia de una disfunción social necesitada de extender tan gravosa intervención a las conductas denominadas como de especial gravedad? ¿Cuál fue el fundamento empírico utilizado por el Ministerio de Justicia –y posteriormente por el legislador– para justificar la incorporación de la figura de la PPR en el Ordenamiento español?, en términos generales, ¿en que se fundó la necesidad y oportunidad para la inclusión en España de la PPR?, así mismo, al momento de la elaboración de la memoria económica exigida por la Ley aludida ¿Se efectuó un verdadero análisis de los costes que podría generar la creación de esta nueva modalidad de pena?

La respuesta a estas inquietudes no se nos antoja tangible; sin embargo, es interesante ver durante ese periodo, la influencia que en los medios de comunicación causó la opinión de los colectivos de víctimas, ante el aparente «silencio» del poder ejecutivo, al incluir dentro de su anteproyecto de Ley la figura de la PPR, solamente para los delitos de terrorismo y no haberlo considerado para otras figuras delictivas que en los últimos tiempos habían generado gran «alarma social», razón por la que dijeron sentirse *defraudados*;[34] pero llama aún más la atención que, a escasos tres meses de haberse presentado el anteproyecto de Ley por el Gobierno, éste decidiera presentar otro con adiciones *nada cosméticas* sobre los casos a los que se extendería la pena perpetua/revisable,[35] sin que además

34. GUTIERREZ CALVO, V. La prisión permanente revisable solo se aplicará a terroristas. *Diario El País,* España, abril de 2012. Disponible en: [https://politica.elpais.com/politica/2012/04/17/actualidad/1334650585_242698.html]. Consultado el 30 de marzo de 2018. En dicho extracto de prensa y bajo el subtítulo «Rajoy me lo prometió», se lee: «Antonio del Castillo, padre de Marta, pidió a Gallardón [léase, Ministro de Justicia de la época] que "rectifique o dimita". "Me siento engañado y utilizado. No me podía esperar esto", dijo. Según él, cuando su hija fue asesinada, el expresidente José Luis Rodríguez Zapatero le dijo "a la cara y por convicción" que no implantaría la prisión permanente, pero Mariano Rajoy le "prometió a la cara" que sí lo haría y ha "incumplido su compromiso". También Juan José Cortés, padre de Mari Luz, lamentó el anuncio de Gallardón, "un golpe difícil de asumir"».

35. Omitimos intencionalmente referirnos a la última propuesta de ampliación del catálogo de delitos a los que se pretendía fuera aplicable la PPR, y que fue presentada –sin éxito– por el Gobierno en 2018 ante el Congreso de los Diputados, la cual, nuevamente, contenía altas dosis de populismo punitivo, con la que proponía criminalizar conductas con alto efecto mediático, y por contera, con un eventual resultado electoral favorable, de cara a futuras elecciones.

    También puede verse El PAÍS, Editorial. El editorial. Utilizar a las víctimas. *Diario El País,* España, marzo de 2018. Disponible en: [https://elpais.com/elpais/2018/03/15/opinion/1521134232_689982.html]. Consultado el 30 de marzo de 2018. Allí se sostiene

se hubiera acompañado, de una razonada y fundada memoria, que viniera acompañada, de los *demás antecedentes necesarios* para que de esta manera el Congreso

---

que «[t]odos los sondeos coinciden en señalar a Ciudadanos [C´s] como una amenaza electoral para el Partido Popular, lo que permite interpretar las posiciones de ambos partidos respecto a la prisión permanente como una guerra sin cuartel para atraer al electorado más conservador. Solo así se explica que, sin esperar el dictamen del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente instaurada por el PP en 2015, el Gobierno se haya lanzado a proponer nuevos supuestos que – ¡coincidencia! – responden a casos de delitos recientes, como el de Diana Quer. Y solo así se explica el bandazo de Ciudadanos, que ahora apoya esta nueva pena después de haber sido contrario a ella». Esta percepción también se advierte por otros medios de comunicación y por los partidos de la oposición, ver entre otros, EUROPAPRESS.COM, s/a. El PP, AL PSOE: "Mire a los padres y convénzales de que están equivocados con la prisión permanente revisable. *Europapress,* España, 15 de marzo de 2018. Disponible en: [http://www.europapress.es/nacional/noticia-oposicion-acusa-pp-ciudadanos-aprovechar-casos-diana-quer-gabriel-debatir-prision-permanente-20180315123100.html]. Consultado el 23 de abril de 2018. Allí se registra que «el resto de grupos de la oposición han afeado al PP y a Ciudadanos que utilicen este debate aprovechando sucesos que han sido mediáticos como la muerte del pequeño Gabriel, todo ello enmarcado en un lucha entre ambos partidos». Véase también: ELDIARIO.ES, s/a. El PP invita a los padres de Diana Quer y Marta del Castillo a un acto en apoyo a la prisión permanente revisable. *Eldiario.es,* España, 01 de febrero de 2018. Disponible en: [https://www.eldiario.es/politica/PP-comienza-recogida-permanente-revisable_0_735627481.html]. Consultado el 23 de abril de 2018. Donde se señala que: «El PP ha iniciado una ofensiva política a favor de esta pena, con duras críticas a Ciudadanos por abstenerse en el Congreso en la iniciativa del PNV para tramitar la derogación de la prisión permanente revisable. Por eso, ha presentado mociones en los ayuntamientos, una proposición no de ley en el Congreso y otra en el Senado. Los populares consideran que detrás de la propuesta de Ciudadanos para endurecer el acceso al tercer grado y a los permisos penitenciarios hay un "nuevo capítulo de oportunismo". Para confirmar sus tesis, recuerdan el programa que pactaron Pedro Sánchez [PSOE] y Albert Rivera [C´s] en febrero de 2016, que incluía la derogación de la prisión permanente revisable». O El titular de ELMUNDO.ES, Luis Ángel Sanz. El PSOE arremete contra PP y Cs por "usurpar el dolor de las víctimas" para arañar votos y atacarle. *Elmundo.es,* España, 15 de marzo de 2018. Disponible en: [http://www.elmundo.es/espana/2018/03/15/5aaa7e3246163fa6278b463c.html]. Consultado el 23 de abril de 2018. Donde se lee que «La dirección del PSOE sabe que el debate sobre la prisión permanente revisable le hace un daño terrible entre su electorado por coincidir en la misma semana en la que se está enterrando al pequeño Gabriel Cruz. Así lo han confirmado a este diario dirigentes de la Ejecutiva y diputados del Grupo Parlamentario. (…) Para defenderse de las dura críticas que han vertido durante estos días los padres de varias víctimas contra el PSOE, los socialistas han arremetido hoy contra el PP y Ciudadanos por "usurpar el dolor de las víctimas" con un objetivo electoral: arañar miles de votos y perjudicar al Partido Socialista (…)». Citemos finalmente el titular de LAVANGUARDIA.COM, s/a. El PSOE ve oportunista usar el crimen de Gabriel para la

pudiera pronunciarse sobre esta modificación, tal como lo exige el numeral cuarto de la Ley 50/1997.[36]

3.2.2. Argumentos cardinales que debió satisfacer el prelegislador (Gobierno), para justificar la necesidad de la PPR en España

Ahora bien, si el Gobierno consideraba necesario hacerse de una herramienta que fortaleciera la confianza en la Administración de Justicia, tal como lo señaló en su anteproyecto de reforma al CP, debió pensar primero en alternativas diferentes a la agravación punitiva como herramienta para conseguirlo,[37] ya que la mala imagen institucional a la que alude el Gobierno, se podría mejorar, como lo aprecia PÉREZ CEPEDA, mediante un obrar competente por parte de la

---

prisión permanente. *Lavanguardia.com,* España, 13 de marzo de 2018. Disponible en [http://www.lavanguardia.com/politica/20180313/441495278148/psoe-oportunista-crimen-gabriel-prision-permanente.html]. Consultado el 23 de abril de 2018. La que registra la posición de la portavoz del PSOE, la que anota que «"la conmoción existente en la opinión pública tras el último asesinato del pequeño Gabriel no genera las mejores condiciones para mantener un debate sereno por parte del Legislativo" y "con algunas estrategias oportunistas de utilización del dolor para marcar posiciones políticas". (…) son el PP y Ciudadanos quienes han "abocado" al Congreso a debatir sobre esta cuestión, cosa que ocurrirá el próximo jueves, y cuestiona que sus motivos obedezcan a un "cálculo electoral" porque, dice, "la propuesta del PNV sobre la derogación estaba en trámite parlamentario pero había una especie de acuerdo tácito de esperar a que el Tribunal Constitucional se pronunciara" al respecto. (…) "Ha sido esa puja que tienen el Partido Popular y Ciudadanos los que presentaron una enmienda a la totalidad y exigieron que esas enmiendas se debatieran ya. Como consecuencia de ese cambio de opinión de PP y Cs, nos vemos abocados a que este jueves tengamos que hacer un debate de enmienda a la totalidad" (…)».

36. «3. El titular del Departamento proponente elevará el Anteproyecto al Consejo de Ministros a fin de que éste decida sobre los ulteriores trámites y, en particular, sobre las consultas, dictámenes e informes que resulten convenientes, así como sobre los términos de su realización, sin perjuicio de los legalmente preceptivos. 4. Una vez cumplidos los trámites a que se refiere el apartado anterior, el titular del Departamento proponente someterá el Anteproyecto, de nuevo, al Consejo de Ministros para su aprobación como Proyecto de Ley y su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado, acompañándolo de una Exposición de Motivos y de la Memoria y demás antecedentes necesarios para pronunciarse sobre él.».

37. Ello, sin dejar de lado el hecho de que, si volvemos a las estadísticas mencionadas en páginas previas, debió antes buscar la manera de mejorar la mala percepción social que sobre el Gobierno y los políticos tiene la ciudadanía y no –parafraseando los evangelios– ponerse a tratar de *sacar la paja que hay en el ojo de la Administración de Justicia sin antes haber sacado la viga que hay en los ojos del Gobierno*.

Administración de Justicia, con la que se garantice un proceso justo e igualitario a la sociedad, y no mediante la equiparación de justicia con retribución,[38] ni con la agravación de una Ley penal de sino securitario, cuya única pretensión es la propagación de una justicia penal inocuizadora y complaciente con las reivindicaciones talionales de las víctimas, a quienes –de paso– el Gobierno estigmatiza e instrumentaliza al elevarlas a la categoría de seres desvalidos, necesitados de atención, de cuidado y sin posibilidades de recuperación,[39] a fin de capitalizar adeptos electorales y ocultando de forma soterrada «la ineficacia del sistema y su incapacidad para prevenir la victimización, [ya que es] más gratificante políticamente, al mismo tiempo que financieramente menos gravoso» este proceder, que, el dedicar dinero y esfuerzos a la realización de políticas de prevención del problema,[40] con lo que además refleja su fracaso en el cumplimiento de su obligación constitucional de reinserción y reeducación del delincuente, la cual, ahora le traslada de forma exclusiva al penado.

Como hicimos mención en anteriores apartados, la capacidad de intervención que puede ejercer el Gobierno sobre el legislador, puede conllevar a que el debate en sede parlamentaria sea simplemente retórico,[41] por lo que, como lo aconseja LAPORTA, se debe prestar especial atención a la manera como produce las Leyes –o presenta sus propuestas– el poder ejecutivo, quien en la actualidad representa «el verdadero poder legislativo».[42]

En esta dirección, la necesidad de fortalecer este momento de participación prelegislativa, tiene como fin el fortalecimiento de su contenido técnico, el cual, por su importancia, debería despertar un mayor interés doctrinal, puesto que la mejora de esta faceta, puede incluso resultar favorable para la fase legislativa propiamente dicha, así como para la interpretación del espíritu de la Ley por parte de su intérprete.

---

38. PÉREZ CEPEDA, A.I. Justificación y claves político-criminales del proyecto de reforma del Código Penal de 2013. *Ars Iuris Salmanticensis*. No. 2, junio 2014, 25-35. Disponible en: [http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/viewFile/11966/12329]. Consultado el 7 de abril de 2018.
39. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. op. cit. p. 38-46.
40. POZUELO PÉREZ, L. op. cit. p. 40-41.
41. Sobre las etapas de la fase prelegislativa ver por todos BECERRA MUÑOZ, J. *La toma de decisiones en política criminal, bases para un análisis multidisciplinar.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2013; también DÍEZ RIPOLLÉS J. L. op. cit.
42. AA.VV. *La proliferación legislativa, un desafío para el Estado de Derecho*. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.). LAPORTA, FJ. Teoría y realidad de la legislación: Una introducción general. Madrid: Thomson, 2004. p. 51.

La etapa legislativa o parlamentaria, como lo indica Jimenez Aparicio, ha correspondido históricamente, más que a un escenario de discusión técnica, a un escenario de discusión jurídica y política, razón por la que los asuntos con contenido técnico, suelen ser pasados por alto por los legisladores,[43] debido entre otras causas, a su falta de conocimientos especiales, así como a su formación e interés político y electoral (o politiquero).

Volviendo nuestros pasos sobre el estudio del aspecto técnico que debía poseer el anteproyecto de Ley con el que se incorporó la PPR, recordemos que el artículo 22 de la Ley 50 de 1997, le imponía al Gobierno la obligación de que el mismo fuera acompañado de la memoria, estudios e informes que demostraran su necesidad y oportunidad.

A nuestro modo de ver, es evidente que en este caso –como en muchas otras reformas realizadas al CP–, ello no sucedió de forma seria y madurada, sino que su cumplimiento se hizo de forma meramente nominal, mediante la aportación de una especie de *check list* que satisficiera la formalidad, así no cumpliera con la esencia, o mejor, con el objeto mismo que persigue esa previsión legislativa. Ello se desprende de lo denunciado por el Consejo de Estado en su informe, quien al presentar su dictamen decidió «discrepar de la forma en que se ha[bía] presentado esta importante decisión de política penal y penitenciaria, e insist[ió] en la necesidad de que una reforma de tal envergadura [viniera] acompañada de una justificación profunda, detallada y respaldada por datos precisos de las razones que la motivan».[44] No obstante, como veremos posteriormente, esta exhortación pasó el debate legislativo *sin pena ni gloria;* lo cual da cuenta del desprecio mostrado por el legislador y el Gobierno, al punto de vista experto y a los conocimientos cualificados, o al menos, su desinterés por los mismos.

A una advertencia de este calibre, debería prestársele legítima atención no solo por el Gobierno y el legislador, sino también por el TC y por la doctrina nacional, ya que su correcta exigencia y cumplimiento devendrían en una mejora cualitativa de la calidad de las Leyes, y en una eventual reducción del populismo punitivo.

Para PAREDES CASTAÑÓN los intentos de racionalización y justificación de la Ley se han concentrado en un «diálogo de sordos», desde donde la doctrina

43. AA.VV. *La proliferación legislativa, un desafío para el Estado de Derecho*. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.). JIMENEZ APARICIO, op. cit. p. 283.

44. Dictamen del Consejo de Estado, referencia 358/2013, aprobado el 27 de junio de 2013. Disponible en: [https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358]. Consultado el 31 de marzo de 2018.

critica y genera ruido sin aportar información relevante, y donde el legislador [ni el Gobierno] tampoco lo hace, por no interesarle el debate racional y preferir ocultar mejores intereses, valores o prejuicios.[45]

Sin embargo, pese a que la orden de aportar la memoria, los estudios y los informes necesarios, ha sido igualmente incorporada a los reglamentos del Congreso y del Senado, esta no ha tenido una eficacia real apreciable en ninguno de los contextos citados, debido al trato que le ha prodigado no solo el Gobierno y el legislador, sino también como lo hemos dicho, la academia y los tribunales; situación que ha degenerado en un deterioro del producto legislativo.[46]

Desde el punto de vista internacional, es preciso recordar que España se ha comprometido al cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en este sentido, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 3, ha impuesto la obligación a los Estados Parte que «se abstengan de violar los derechos reconocidos por el Pacto y cualesquiera restricciones a cualquiera de esos derechos debe ser permisible de conformidad con las disposiciones pertinentes del Pacto. [Añadiendo seguidamente que] Cuando se introdu[zcan] restricciones, los Estados debe[rán] demostrar su necesidad y adoptar únicamente las medidas que resulten proporcionales a la consecución de los legítimos objetivos para lograr una protección constante y eficaz de los derechos del Pacto» (sic).[47]

---

45. AA.VV. *Derecho penal para un Estado social y democrático de derecho: Estudios penales en homenaje al profesor Octavio de Toledo y Ubieto*. MAQUEDA ABREU. M.A. / MARTÍN LORENZO. M. /VENTURA PÜSCHEL A. (Coord.). Madrid: Universidad Complutense. 2016. PAREDES CASTAÑÓN, J.M. Vademécum del legislador racional (y decente): Noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal. p. 1106. También en *Libertas, Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales,* No. 2, Julio 2014, p. 348.

46. De hecho, la postura que ha mantenido sobre este asunto el TC desde la STC 108/1986, es que, la definición de cuales antecedentes se consideran obligatorios, corresponde al parlamento; por lo que, si este no lo denuncia al momento del debate legislativo, ello subsana su carencia. SÁINZ MORENO, F. /SILVA OCHOA, J. C. Da. *La calidad de las Leyes*. Vitoria-Gasteiz: Parlamento Vasco, 1989, p. 27.

47. El énfasis es nuestro. Disponible en: [http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom31.html]. Consultado el 8 de abril de 2018.

    Por su parte, el TEDH en múltiples sentencias se ha referido a la compatibilidad de las restricciones a los derechos, bajo la condición del cumplimiento de tres elementos a saber: 1). Que las limitaciones se encuentren previstas en la Ley. 2). Que los límites sean necesarios en una sociedad democrática para conseguir un fin legítimo y 3). Que los límites sean proporcionales en relación con ese fin legítimo. (sentencias, casos Handyside; Klass C.; Young, James y Webster, entre otras).

Como vemos, no sólo existe la obligación normativa interna de justificar la necesidad y conveniencia de la intromisión legislativa en eventos en que pueda comportar una eventual e importante afectación de derechos, sino que también existe –y este es un solo ejemplo, pero no el único– la obligación internacional de que así se proceda. Sin embargo, no apreciamos sustento empírico, científico, ni técnico, así como tampoco valoración o análisis alguno con el que el Gobierno justificara la incorporación de la PPR en la legislación interna.

Una aportación documentalmente seria por parte del Gobierno, sobre las razones por las que consideraba necesaria la trasposición de la Prisión Permanente Revisable en el Estado español, debería, por lo menos, haber dado cumplimiento a las siguientes condiciones o requisitos:

a). Una argumentación suficiente con la que explicara, en su exposición de motivos, la racionalidad del aumento punitivo hasta el punto de considerar necesaria la PPR –aun cuando las penas ya eran bastante elevadas antes–, acompañada de una explicación coherente del porqué se apela a ella pese al panorama ofrecido por las estadísticas oficiales, las cuales no dan cuenta de un aumento de los delitos de los que ahora es objeto esta pena; por lo que, debió explicar los motivos por los que decidía persistir en ella, pese al no cambio de la realidad criminológica, la que no precisaba de adicional intervención, o al menos, no por los senderos del Derecho penal; b). Aportar una justificación técnica y científica, acerca de su necesidad y de su eficacia «para prevenir delitos graves y de que tal eficacia compens[ará] los reparos que despierta su dureza».[48]

En este sentido, mediante los «documentos expositivos y justificativos»[49] debería haberse allegado el soporte empírico o científico en el que sustentaba el acierto y la validez de sus conclusiones, mediante la demostración de las razones que cimentaban la necesidad y oportunidad de la norma, así como el estudio sobre las fuentes alternativas de solución y las razones por las que se descartaron tales opciones de intervención social o legislativa no sancionatoria. c). Debería

48. RÍOS MARTÍN, J.C. *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad.* San Sebastián: Gakoa, 2013, p. 22. Este autor añade además que se debe «explicar y justificar, no sólo formalmente, sino materialmente, que esta pena supera el reproche de inseguridad jurídica que conlleva (art. 9.3 CE), que no atenta contra la dignidad de las personas (derecho recogido en el art. 10 de la Constitución española); que no se convierte en una pena inhumana o en trato degradante (art. 15 CE) y que es compatible con el mandato constitucional de que las penas estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social de los penados (art. 25.2 CE)». Lo cual, como dijimos al inicio de esta investigación, ha sido el mayor de los reproches que ha elevado la doctrina.

49. BECERRA MUÑOZ, J. op. cit. p. 386-419.

haber ofrecido, los estudios de derecho comparado, acompañados de un análisis empírico o científico del resultado conseguido en tales países con relación al poder de intimidación de esa figura jurídica. En fin, debería haber suministrado d). Un estudio estadístico sobre la criminalidad, dentro de España, así como en el entorno de la Unión Europea; al igual que, e). La demostración documentada de que se atendió no solo la voz de las –reales o potenciales– víctimas, sino que además se tuvo la oportunidad de escuchar y analizar el asunto, desde el punto de vista de expertos en la materia, a efectos de evaluar el impacto que podría eventualmente resultar con la entrada en vigor de la norma y sus posibles repercusiones en el Ordenamiento jurídico y en la sociedad.

Sobre este último tópico, es evidente que tampoco se aportó un análisis serio de impacto, ni siquiera desde el punto de vista presupuestal, pues, en lo concerniente a los recursos que se podrían requerir para llevar a cabo dicha *política pública*, se debió al menos informar sobre los costes asociados que generaría la contratación del personal especializado que efectuaría los llamados «pronósticos favorables de reinserción», en donde deberá contarse con personal experto en ámbitos jurídicos, sicológicos, criminológicos, entre otros perfiles; así como el coste que debería asumir eventualmente el Estado –y la ciudadanía en general– para el mantenimiento del condenado, bajo la figura de la pena perpetua revisable.[50] Sin embargo, tal análisis no se hace evidente. De hecho, el informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), al referirse a la figura de la custodia de seguridad reprocha que el Gobierno no prevea las circunstancias que generaría esta medida «más allá de las lacónicas menciones del art. 100, pese a que el prelegislador es consciente de que la introducción de la custodia de seguridad obligar[ía] a una reforma penitenciaria, que, sin embargo, no acompaña a la reforma, pretextándose en la Memoria del análisis del impacto normativo que al preverse que su aplicación no se har[ía] hasta un plazo medio, exist[ía] un amplio margen temporal para llevarla a cabo. Siendo censurable no solo que no se acompañe de las reformas de otras Leyes necesarias, como lo es la de la Ley Orgánica General Penitenciaria, sino que ni siquiera se contenga una previsión cierta de cuándo van a tener lugar esas reformas»;[51] situación que ratifica nuestras apreciaciones.

50. Según información ofrecida por el Secretario General de Instituciones Penitenciarias al Congreso de los Diputados, a 2017, el valor mensual por recluso se calculaba en 1806 euros mensuales. Disponible en: [https://www.elconfidencial.com/espana/2017--12-08/mantener-preso-carcel-mas-caro-sueldo medio_1489516/]. Consultado el 10 de abril de 2018.

51. Consejo General del Poder Judicial. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal,

Sobre el aspecto que refiere a la necesidad de contratación de personal especializado, un estudio empírico realizado por RÍOS MARTÍN advierte la actual escases de personal técnico y profesional en los centros penitenciarios (juristas, psicólogos, pedagogos, sociólogos, educadores, trabajadores sociales, etc.); añadiendo en los resultados de su encuesta que el 86% de las personas privadas de la libertad a quienes se les aplicó la muestra, no habían visto nunca al jurista ni al pedagogo del penal; para el caso de los psicólogos, encontró que «el 42% de las personas presas no les ha[bían] visto nunca, una cuarta parte les ven una vez al año, esto es, de Pascuas a Ramos, y apenas un 11,5% dicen tener un contacto semanal o incluso más frecuente».[52] Adicionalmente, sobre los tiempos en los que son atendidos por cada uno de los perfiles profesionales mencionados, el estudio encontró un panorama que tampoco favorece y que eventualmente podría dificultar la realización de un serio y fundado análisis sobre el *pronóstico de reinserción* exigido por la norma –amén del alto contenido de subjetividad que tiene una prognosis de este tipo–; el resultado del estudio indica que «cuando se entra en contacto con ellos, la conversación raramente excede de los diez minutos».[53-54]

Como resultado de lo señalado, consideramos que, si bien, las normas que desarrollan el contenido del artículo 88 de la CE no hacen referencia de manera concreta a los documentos que deben acompañar un proyecto de Ley en materia penal, estimando solamente como necesarios, los llamados documentos «preceptivos», los cuales se refieren a los dictámenes presentados por el CGPJ y el Consejo de Estado, debería prestarse una mayor atención a los documentos que se estiman necesarios para la conformación de la posterior posición del legislador; por lo que los documentos relativos a las cuestiones que justifican la conveniencia, oportunidad y los costes asociados a la misma, deberían no ser considerados como alternativos o discrecionales, sino por el contrario, ser sometidos a un debate concienzudo sobre su real sustento y eficacia. En este sentido, la fase prelegislativa, como momento de elaboración técnica del anteproyecto de

aprobado el 16 de enero de 2013. Disponible en: [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995__de_23_de_noviembre__del_Codigo_Penal]. Consultado el 31 de marzo de 2018.

52. RÍOS MARTÍN, J.C. op. cit. p. 152-153.

53. Ibíd. p. 153.

54. Sobre estas cuestiones puede consultarse, AA.VV. *Hacia una evaluación racional de las Leyes*. NIETO MARTÍN A./MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M./BECERRA MUÑOZ, J. (Dirs.). Madrid: Marcial Pons, 2016, especialmente capítulos 1 a 5.

Ley, debería fortalecerse, reglamentarse y ser objeto de control en una mejor medida, a fin de fijar los contornos de los posibles intervinientes, quienes estarán investidos para participar, pero siempre, condicionados a que apoyen sus tesis en bases empíricas y científicas y no en meras opiniones personales, para que ello permita la confrontación sobre su validez y resultados; consiguiendo con ello una refinación del debate en sede parlamentaria, la cual, sin dejar de lado el aspecto técnico, estará en mejores condiciones de ocuparse de la discusión política y jurídica.

En suma, consideramos que el estudio de los aspectos denominados como «técnicos» no debe condicionarse simplemente a cuestiones relativas al uso del lenguaje, al uso de determinadas clausulas, al orden de los preceptos, ni a la fijación de notas de vigencia, entre otras cuestiones, pues estás pueden en gran parte, comprometer simplemente el aspecto formal de la disposición –sin desconocer las consecuencias sustantivas que ello puede conllevar–, sino que además, tal estudio técnico, debería abarcar la verificación de los aspectos que justifican la propuesta legislativa, por lo que, la documentación relativa a los antecedentes necesarios a los que hace referencia el artículo 88 constitucional, deberían ser objeto de verdaderos filtros y controles de revisión, pues de esta manera, se depura el debate y se racionaliza su contenido,[55] a fin de mejorar la actual imagen que se tiene tanto de la etapa prelegislativa, como de la etapa legislativa, la cual se percibe como una escenario en el que *todo vale*, como un espacio en el que «en materia de legislación penal parece que el fin justifica los medios».[56]

3.3 Fase legislativa propiamente dicha

Esta etapa posee una mejor evolución normativa en su desarrollo interno. Desde el periodo ilustrado se ha tenido al poder Legislativo, como el lugar en donde se hace visible la materialización de las manifestaciones de la voluntad de los gobernados, los cuales *presuntamente* hallan la concreción y respuesta a sus necesidades sociales, a partir de las manifestaciones normativas de sus representantes.

55. Consideramos que se debe enfatizar en los controles y filtros a los que hacemos referencia, ya que, como acertadamente lo apunta BECERRA MUÑOZ, la clave para una mayor racionalidad, no está en imponer la obligación de entregar un número determinado de documentos, sino prevalentemente, en un tema de voluntad política respecto de su cumplimiento y en el establecimiento de mecanismos de control que aseguren su sanción en caso de ser desconocidos. BECERRA MUÑOZ, J. op. cit. p. 418.

56. FERRÉ OLIVÉ, J.C. Reformas penales en Brasil y en España, *Revista Brasileira de Ciencia Criminái*s, No. 105, Nov-Dic. 2013, p. 208.

Esta carta de intenciones, encuentra su confirmación en los numerales primero y segundo del artículo 66 de la CE, los cuales consagran que el pueblo español se encuentra representado por las Cortes Generales compuestas por el Congreso de los Diputados y por el Senado, quienes tienen a cargo el ejercicio de la potestad legislativa del Estado.[57]

Desde el punto de vista interno, podemos destacar dos etapas diferenciadas del proceso legislativo formalmente considerado; estas etapas poseen niveles de análisis que se retroalimentan entre sí, al componerse de a). Un momento de discusión en el pleno, en donde «se debaten aspectos generales y básicos»; y otro de discusión en b). Las respectivas comisiones designadas, en cuyo seno se «estudia el texto en profundidad, con un mayor sentido técnico (…) y con algo menos de presión social».[58]

En lo concerniente a los debates que se generaron en las sesiones surtidas en el Congreso de los Diputados, en las que se discutió la propuesta de reforma al Código Penal que traía la inclusión de la PPR en el Ordenamiento interno español, veremos seguidamente cómo los partidos políticos de la oposición cuestionaron la manera como se llevaron a cabo algunas etapas del procedimiento legislativo, y al final sostuvieron que se había presentado una reforma penal sustancialmente diferente de la debatida en sesiones, con evidente desconocimiento de varios de los requisitos que eran propios de su esencia.[59]

3.3.1 Discusiones parlamentarias respecto de la incorporación de la PPR en España

Si efectuamos una lectura a los registros documentales que del diario de sesiones del Congreso de los Diputados de fecha 26 de marzo de 2015, se observa que

57. Artículo 66 CE:

    1. Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado.

    2. Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución.

    3. Las Cortes Generales son inviolables.

58. BECERRA MUÑOZ, J. op. cit. p. 344.

59. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, 26 de marzo de 2015, X legislatura, núm. 269, p. 40-53. Disponible en: [http://wwwlu cual configuru.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-269.PDF#page=77]. Consultado el 31 de marzo de 2018.

los representantes de los diferentes partidos de la oposición, elevaron reparos a la manera como se había llevado a cabo el trámite legislativo, tildándolo de «atrofia [generada a partir de] la modificación de la norma en su conjunto, mediante la aceptación o la incorporación de noventa enmiendas en el Senado (…); lo cual configura un Código Penal diferente que no ha sido objeto de los filtros preceptivos del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), del Consejo de Estado y de los demás órganos consultivos que deben informar una norma que, en el Senado, se convierte en nueva mediante un procedimiento legislativo que se aleja mucho de los requerimientos del procedimiento del legislativo ordinario»; por su parte, otros manifestaron que «la tramitación ha[bía] sido (…) caótica, técnicamente mala»; y otro sector sostuvo que «el Senado ha[bía] legislado un nuevo epígrafe del Código Penal que no fue tratado en ninguno de los debates de la ponencia»; adicionalmente, otros reprocharon «la manera atropellada en que se tramitó (…) con papeles que circulaban constantemente en los últimos momentos, incluso antes de las votaciones»; así mismo, en las últimas intervenciones se registró que «el entonces ministro Gallardón [había llevado] a la aprobación del Consejo de Ministros un anteproyecto que remitió a informe al Consejo de Estado, al Consejo General del Poder Judicial, y a la Fiscalía General, pero [que] luego lo modificó radicalmente. Lo volvió a llevar al Consejo de Ministros y ya no fue objeto de informe (…) para burlar los trámites legalmente establecidos para la tramitación de las Leyes que afectan a derechos y libertades fundamentales (…), presentó noventa enmiendas, cosa que también ha hecho en el Senado, y así no solo contaminó el trámite parlamentario y dificultó el trabajo de los grupos, sino que esquivó los informes del Consejo General, del Consejo de Estado, de la fiscalía, (añadiendo que la) reforma [era] innecesaria. (Por último señaló que) no ha[bía] ningún hecho objetivo que indique que esta reforma hiciera falta».[60]

Estas apreciaciones, nos permiten evidenciar que, dentro del debate en sede parlamentaria, se reprocharon asuntos que tenían que ver, no sólo con el cumplimiento de ciertas condiciones que debieron surtirse en la etapa formal del debate legislativo, tanto en sede de comisiones y discusión en el pleno, sino también, sobre aspectos que tuvieron lugar en la etapa prelegislativa, en la que el Gobierno decidió pasar por alto el cumplimiento de algunos requisitos de carácter preceptivo, al haber introducido adicionales modificaciones que no aludían a meras cuestiones formales del anteproyecto de Ley, sino que comprometían la

60. Ibíd. No obstante, debemos precisar que estas observaciones se hicieron sobre varios aspectos que involucraba la propuesta de reforma al Código Penal y no solamente sobre cuestiones puntuales de la PPR.

sustancia de la modificación normativa propuesta y que pese a tal deficiencia, al contar con mayorías en ambas Cámaras legislativas, decidió hacer trascurrir torticeramente y sin ruborizarse, una tramitación irregular, a fin de poder continuar con su pretensión regulatoria expansiva.

Estas cuestiones nos ratifican el mutismo del legislador y su actitud servil a las pretensiones del ejecutivo, especialmente, en cuanto a simpatías políticas se refiere; con desprecio incluso del procedimiento establecido.

3.3.2. Cuestiones mínimas que debió atender el legislador si consideraba necesaria la entrada en vigor de la PPR en España

A esta altura argumental, consideramos que la verificación y cumplimiento de las exigencias relacionadas en el epígrafe 3.2.2., de este trabajo, debieron ser objeto de confrontación tanto por las respectivas comisiones designadas, como también por el pleno parlamentario; ello, puesto que así se consigue, no sólo que la competencia del legislador no quede vacía de contenido y se convierta en mero actor de trámite con funciones de *dador de fe notarial* de la decisión del Gobierno, sino que se transforme en un Ente que debate técnica, jurídica y políticamente el contenido de una determinada propuesta de Ley a fin de que su contenido sea adecuado socialmente. Con este proceder, posiblemente, podrá con el tiempo, recuperar la posición que tenía antaño, sin que por ello se desconozca la inevitable influencia del Gobierno en las sociedades actuales.

Contrario sensu, las previas cuestiones que se han dicho hasta ahora, sobre la posición asumida por el legislador y por el ejecutivo, no nos permiten más que evidenciar, la falta de seriedad y rigor asumidos por estas ramas del poder, con relación a la puesta en vigor de una propuesta de Ley, haciéndonos colegir que para el caso concreto, su única pretensión fue la de incorporar las modificaciones al Código penal, con el fin de satisfacer la presión ciudadana,[61] y de paso capitalizar los réditos electores que ello podría conllevar; ello, evidentemente, sin considerar necesario, prestarle mucha atención al análisis de su necesidad, a su conveniencia, ni a un estudio sosegado que diera respuesta a la existencia de un verdadero desajuste de la realidad, y si éste precisaba de la intervención del

61. Pues como lo aprecia el preámbulo de la LO 1/2015, «se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido». Justificación meramente retórica, y de la que no obra documento que la respalde, así como tampoco da cuenta de cuál fue el análisis de proporcionalidad utilizado para respaldar dicha proposición.

Derecho penal, como necesaria reacción ante la deficiente eficacia de los medios con los que se contaba, y que no daban correcta respuesta.[62]

Con razón, Serrano Gómez advierte que si el legislador se hubiera apoyado en la previa asesoría de expertos en Derecho penal, penitenciario y criminología, quizás no hubiera incorporado al Código penal la figura de la prisión permanente revisable;[63] sin embargo, al parecer, este asunto no era un aspecto que interesara mucho al partido mayoritario al momento de incorporar tan nefasta figura, pues, como lo dejó sentado uno de sus miembro en el diario de sesiones del Congreso, «esta reforma [se hizo] pensando no en la doctrina o la teoría académica, sino en las personas, en dar respuesta a sus demandas y en resolver sus problemas»,[64] como si de asuntos excluyentes se estuviera haciendo referencia. Lamentable razón le asiste a Redondo Illescas y Garrido Genovés cuando señalan que en la actualidad «las políticas criminales funcionan de modo acientífico, es decir, con total ignorancia de los conocimientos disponibles, o peor aún, contracientífico, o sea, haciendo justo lo contrario de lo que el conocimiento criminológico [y de otras ciencias] prescribe».[65]

Adicionalmente, no podemos olvidar el actuar del Gobierno, y el complaciente silencio del legislador, al dejar pasar inadvertidos los sintomáticos dictámenes del Consejo de Estado y del CGPJ, quienes, al realizar un análisis técnico del anteproyecto, advirtieron que, si bien existía libertad de configuración en la política legislativa, se echaban de menos «las razones, motivos, causas o circunstancias por las que se ha[bía] entendido que una reforma de esta magnitud resulta[ba] necesaria», razón por la que insistían «en la necesidad de que una reforma de tal envergadura [viniera] acompañada de una justificación profunda, detallada y respaldada por datos precisos de las razones que la motiva[ba]n»,[66] dado que «la genérica alusión a la necesidad de robustecer la confianza en la Administración de Justicia a través del dictado de resoluciones judiciales previsibles y

62. JUANATEY DORADO, C. Una "moderna barbarie": La prisión permanente revisable. *Revista General de Derecho Penal*. No. 20. 2013. p. 1-13. De moderna barbarie la ha calificado Ferrajoli, palabras que recoge esta autora en el artículo referenciado.

63. SERRANO GÓMEZ, A. /SERRANO MAÍLLO, I. op. cit., p. 84.

64. Ver nota 35. Crasa afirmación con la que se da a entender que las posturas de la doctrina, además de innecesarias, se encuentran en completa desconexión con la realidad social, así como, si las penas de larga duración dieran respuesta efectiva a los [reales o aparentes] conflictos sociales que demanda el electorado.

65. REDONDO ILLESCAS, S. /GARRIDO GENOVÉS, V. *Principios de Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 126.

66. Nota 44.

percibidas como más justas por la sociedad, en poco contribu[ía] a esclarecer las motivaciones de política criminal que justifica[ra]n la introducción de la antedicha medida.»[67] Estas cuestiones no hicieron eco en la discusión parlamentaria de las mayorías, quienes con una actitud contumaz decidieron seguir adelante con su objetivo, sin importar estas relevantes cuestiones, las que al parecer consideraron de poca monta como para ser atendidas.

Este resultado nos ratifica la necesidad de mejorar la forma como actualmente se viene gestando el proceso creador de Leyes, el cual precisa, del fortalecimiento de las etapas, no solo prelegislativa, sino también legislativa en sus dos fases básicas; ello ligado no sólo a cuestiones de regulación, sino también a un necesario cambio de mentalidad, el cual precisa de altas dosis de voluntad política.[68]

Por lo tanto, al ser España un Estado democrático, consideramos que la discusión normativa en sede parlamentaria, debe ser objeto de mejora, a fin de que ésta no devenga finalmente en un discurso de mera pedantería en la que prevalece *per se,* la posición mayoritaria; en consecuencia, en el debate parlamentario, y especialmente, en las discusiones surtidas al interior de las comisiones designadas, el discurso dialéctico debe tener en cuenta no solo la posición del grupo político dominante, sino también atender los argumentos de la oposición, ya que este segmento político representa una parte de la sociedad.

Este postulado nos lleva a sugerir la necesidad de que ésta etapa sea objeto de mejora en su forma y contenido; que se preste un mayor interés al contenido técnico de las discusiones en las comisiones, pues si bien, constitucionalmente, el poder legislador ha sido conferido a ésta rama del poder, el actual modelo de sociedad no nos permite cerrar los ojos a la influencia y poder del ejecutivo sobre el Legislativo, el cual, por su falta de interés, o por su débil aparato técnico, en muchas ocasiones decide pasar de forma inalterada el contenido de los proyectos de Ley presentados por el Gobierno.

Por lo tanto, debido a que el debate que se surte en el pleno se contrae con mayor vehemencia a la discusión de intereses políticos y jurídicos, se debe prestar mayor atención al cumplimiento de los trámites que se surten en las comisiones, puesto que en ellas es donde en mejor forma se puede dar importancia al aspecto técnico.

Para el efecto, en la discusión sobre la PPR, las comisiones debieron haber verificado que el Gobierno diera cumplimiento a los puntos a, b, c, d, y e, de nuestro

67. Nota 51.

68. El cual, quizás sea el más grande de los problemas a resolver.

apartado 3.2.2., pues de esta manera se realizaba una confrontación sustancial –y no meramente formal– de las cuestiones que repercutirían en el producto legislativo; siendo en ese escenario donde, en caso que las justificaciones del Gobierno no se consideraran suficientes, se aprovechara la oportunidad de efectuar un nuevo estudio, que sobre la base de tales ítems, solicitara la intervención de ciudadanos expertos y no expertos, de grupos de víctimas y de académicos, y en general, de argumentos *morales* y empíricos,[69] lográndose así que el discurso atendido no sea simplemente el mayoritario, sino que el producto final sea el resultado de acuerdos basados en las mejores y demostradas tesis, a efectos de obtener una correcta formación de la voluntad legisladora. Todo ello, ligado a la necesidad del aporte al debate, de la documentación empírico, científica y social, que permitiera apoyar o descartar la necesidad y oportunidad de la intervención punitiva. Ésta, a nuestro juicio debe ser la lectura que se debe hacer del numeral 4 del artículo 22 de la Ley 50/1997, que en desarrollo del artículo 88 de la CE,[70] impone que se alleguen al debate parlamentario, la memoria y la totalidad de los antecedentes que se consideren necesarios, y que se requieran para una correcta discusión del proyecto.

Por las anteriores razones, nos adherimos a la posición de Acale Sánchez, quien considera que «una reforma tan drástica del Ordenamiento jurídico español, sin haber sido consensuada con las distintas fuerzas políticas carece del adjetivo "democrática"» y mucho menos puede considerarse ajustada a derecho. «La democracia no puede quedar jamás reducida a un mero procedimiento» o a un cálculo aritmético procedente de las mayorías.[71] ¡Esto no puede ser considerado democracia!

4. Cuestión adicional: la eventual intervención del Tribunal Constitucional

Ya nos hemos referido a los requisitos y controles que consideramos deben ser objeto los anteproyectos y proyectos de Ley penal previo a su entrada en vigencia en la legislación española; sin embargo, puede ocurrir que por una u otra causa pueda *colarse* un determinado proyecto de reforma que no cumpla

69. BECERRA MUÑOZ, J. op. cit. p. 455-456.

70. Artículo 88 CE: «Los proyectos de Ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos».

71. ACALE SÁNCHEZ, M. op. cit. p. 207-208.

adecuadamente los respectivos filtros y requisitos, y por lo tanto, entre en vigor, cobrando así fuerza obligatoria.

En este virtual escenario, en la que las etapas previstas en sede preparlamentaria y parlamentaria no sean cumplidas debidamente, nos queda la posibilidad de que el Tribunal Constitucional (TC) se pronuncie sobre la constitucionalidad de la norma. Sin embargo, antes de llevar a cabo esta afirmación, debemos empezar por denunciar la necesidad de variación jurisprudencial que tiene sentado ese Tribunal respecto del allegamiento de los ya conocidos *antecedentes necesarios* al debate parlamentario, puesto que, pese a que el artículo 88 constitucional contiene un mandato imperativo respecto del cumplimiento de los citados antecedentes obligatorios, el TC ha morigerado su cumplimiento, otorgándole una suerte de alcance discrecional, al sujetar su interpretación a la libre determinación de quienes participan de la discusión parlamentaria, en la que, en caso de silencio sobre el aporte de los mismos, se entenderá su carencia como subsanada por innecesaria;[72] situación con la que se incumple sin más el mandato constitucional, y puede traer consigo la creación de normas sin siquiera una base mínima que las justifique. Ello, sin tener en cuenta las eventuales consecuencias que en materia de violación de derechos fundamentales puede generar la vigencia de una ley de contenido represivo cuyo carácter es vinculante para los ciudadanos.

Por esta razón, consideramos que se hace imperioso, no sólo que el TC analice la necesidad del cumplimiento *formal* de lo que ordinariamente ha considerado como *antecedente necesario*, sino que además –en atención a las repercusiones que la norma penal puede conllevar– el estudio de tales *antecedentes* se extienda a una revisión *material* conforme a las cuestiones que más adelante se detallan.

Es posible que nuestra posición sobre el análisis de tales antecedentes sea un poco más amplia del que la doctrina ha sostenido hasta el momento; sin embargo, estimamos que, a efectos de una mejora de la racionalidad legislativa, el análisis de dichos documentos debe ir más allá de la exigencia de los dictámenes preceptivos del CGPJ y del Consejo de Estado, y sujetarse a un estudio caso a caso sobre la necesidad de cuales soportes adicionales se consideran como necesarios de entrega; es decir, el TC debe realizar un estudio en donde *el juicio de necesidad* se extienda a la entrega –o no– de los documentos que, en general justifiquen la necesidad y conveniencia de la propuesta de Ley; con ello se consigue el cumplimiento de una estructura no solamente formal, sino también material.

Por esta razón –como ya lo anunciamos–, coincidimos con Becerra Muñoz cuando rechaza «la general aceptación de que el mandato constitucional recogido

72. Nota 46.

en el artículo 88 es disponible por las partes», cuando de su redacción se desprende su contenido imperativo.[73] Dicho rechazo lo dirige contra la posición jurisprudencial sentada por el TC a partir de la sentencia STC 108/1986, en donde esa colegiatura esgrimió que: «La ausencia de un determinado antecedente sólo tendrá trascendencia si se hubiere privado a las Cámaras de un elemento de juicio necesario para su decisión, pero, en este caso, el defecto, que tuvo que ser conocido de inmediato, hubiese debido ser denunciado ante las mismas Cámaras y los recurrentes no alegan en ningún momento que esto ocurriese. No habiéndose producido esa denuncia, es forzoso concluir que las Cámaras no estimaron que el conforme era un elemento de juicio necesario para su decisión, sin que este Tribunal pueda interferirse en la valoración de la relevancia que un elemento de juicio tuvo para los parlamentarios».

Con la crítica a esta posición jurisprudencial no pretendemos implantar un *Gobierno de los jueces*, puesto que a lo largo de este artículo hemos dejado sentada la necesidad de fortalecer el proceso legiferante en las etapas que podríamos denominar como previa y concreta –o legislativa y prelegislativa–. No obstante, consideramos que el análisis del cumplimiento de los *antecedentes necesarios* debe ser objeto de estudio por parte del TC al momento de verificar su encaje con el texto constitucional y con la mejora del producto legislativo;[74] con mucha mayor razón, cuando, para otros asuntos ese Tribunal ha considerado que «si la omisión de informes o audiencias preceptivas, en el procedimiento administrativo, determina normalmente incidir en un vicio esencial, causante de la anulabilidad del acto o disposición final, en el orden de la materia objeto de este recurso, la imperativa exigencia del trámite establecida en textos de índole constitucional, así como el rango y carácter del órgano llamado a evacuarlo, y no menos el alcance y transcendencia de la materia objeto de la disposición (…) es una violación que entraña la inconstitucionalidad».[75]

Ahora bien, sobre el alcance de la acepción *documentos necesarios* contenida en el artículo 88 constitucional, compartimos la postura de Díez Ripollés quien, al analizar lo que debe entenderse por tales, desprende tres posibilidades,

73. BECERRA MUÑOZ, J. op. cit. p. 452-453.

74. Este análisis se circunscribiría a un análisis formal respecto del cumplimiento de –como ya dijimos– la documentación y antecedentes que se consideraban necesarios para poder llevar a cabo un correcto debate parlamentario, sin que ello implique un cuestionamiento sobre la oportunidad o conveniencia del instrumento legal escogido, pues ello desbordaría su competencia.

75. Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1984, de 13 de marzo de 1984. F.J. 6.

optando finalmente por la referida a «todos aquellos antecedentes que los destinatarios de la iniciativa, y por ende competentes para tomar la decisión legislativa, consideren imprescindibles para "pronunciarse sobre" ella, sin que haya que limitarse a los así determinados a priori en la Constitución o bloque de constitucionalidad» por lo que, su cumplimiento, no puede quedar a la decisión libre de si se cumple o no por sus destinatarios,[76] ya que esa supuesta discrecionalidad no se desprende de la lectura del mandato previsto en el artículo 88 de la CE. Por lo tanto el TC debería variar su jurisprudencia, haciéndola extensible a cuestiones en las que se presente una omisión injustificada en la presentación de los documentos y antecedentes que puedan llegar a ser considerados como necesarios, y que tal falta pueda repercutir en la calidad de la Ley, o en la formación de la voluntad legisladora, se decrete su inconstitucionalidad –o al menos se ordene su devolución al Parlamento–, en los supuestos en los que tal carencia pueda trasgredir la Constitución.

5. Conclusiones

La labor realizada hasta este momento, pone de manifiesto la necesidad de fortalecer la etapa prelegislativa en la que es notorio el protagonismo que ejerce el poder ejecutivo.

Como se vio en el presente estudio, la justificación presentada por el Gobierno sobre la necesidad de la incorporación de la PPR en el Ordenamiento interno, se dirigió al fortalecimiento de la confianza en la Administración de Justicia, y garantizar resoluciones judiciales previsibles y justas. Sin embargo, partiendo de esta tesis, no se observa que, dentro de la etapa prelegislativa, el Ministerio de Justicia, como proponente del anteproyecto, hubiera buscado mecanismos alternativos menos *invasivos* que el recurso al Derecho penal, con los que pudiera hacer frente a esa presunta necesidad de recuperación de confianza –la que además solo menciona y no justifica– y que le llevara a descartar una modalidad de intervención diferente. Así mismo, «no casa» en debida forma, la comprensión del Gobierno para estimar, que la figura de la PPR fuera a generar en la sociedad la aludida recuperación de la confianza en la Administración de Justicia, y mucho menos, que ese análisis hubiera sido efectuado a la luz de un juico serio sobre la necesidad, conveniencia y costes que la realidad social demandaba; debiendo por tanto haber aportado para ello, la totalidad de la documentación y de los antecedentes necesarios que ratificaran dicha necesidad de intervención.

76. DÍEZ RIPOLLÉS J. L. op. cit. p. 216-225.

Con referencia al momento legislativo propiamente dicho, se puso en evidencia el gradual vaciado de competencias del que ha venido siendo objeto esa rama del poder público, la cual, en el caso en discusión, hizo evidente la descomunal fuerza del ejecutivo y la debilidad y sometimiento del parlamento a aquel; –con mayor razón al poseer mayorías parlamentarias–, lo que les permitió el impulso del proceso legislativo, sin mayor debate argumental, aun haciendo oídos sordos a los reparos expuestos por las minorías.

Este estado de cosas nos lleva a considerar, de una parte, la necesidad de que se exijan mejores criterios al debate técnico en sede de las comisiones designadas, razón por la que propusimos que el debate dialéctico en esa sede, sea enriquecido sobre la base de escuchar a todos los grupos, sujetos y entes que se consideren necesarios o que estimen que pueden verse comprometidos con la decisión legislativa, bajo la condición de que sus argumentos no se conformen con un simple desacuerdo personal, sino que por el contrario, se extienda al ofrecimiento de elementos empíricos y científicos que racionalicen el debate a efectos de conseguir una decisión debidamente ajustada y justificada.

Por último, sugerimos un cambio jurisprudencial por parte del TC, sobre la supuesta discrecionalidad del parlamento al momento de decidir sobre lo que consideran como *antecedentes necesarios* para llevar a cabo el debate legislativo. A partir de esa lectura, consideramos recomendable el estudio caso a caso, sobre los documentos que puedan considerarse como necesarios al interior de esa célula legislativa, la que, para el caso del anteproyecto que incorporó la figura de la PPR en el Ordenamiento interno, debió contener una serie de documentos y evidencias que como lo vimos no fueron aportadas, y ello al final, no solo empobreció la calidad del texto legal, sino que pone en entredicho el respeto estatal a los derechos fundamentales; especialmente a los derechos del penado a quien ahora se inocuiza y se le traslada la obligación estatal de reinserción a la sociedad.

El cumplimiento de estos requisitos generará una mejora importante respecto de la racionalidad de las Leyes y reducirá la ambición populista de resolver las demandas sociales mediante la tesis comodín de *tolerancia cero,* de mano dura contra la delincuencia, la que con el pasar de los tiempos ha conseguido el endurecimiento de las Leyes sin que todavía se noten los supuestos favorables resultados, o la virtud de dichas modificaciones, con las que simplemente se ha conseguido *gobernar a través del delito*[77] capitalizando de esta manera los réditos políticos.

77. Para SIMON este obedece, no a una crisis del delito, sino a una crisis del Gobierno. SIMON. J., Gobierno, castigo y modernidad, (Traducción de Augusto Montero), *Revista delito y sociedad,* No. 22, Vol., 1, 2006, p. 75-91.

Con razón sostiene ZAPATERO, que la teoría del derecho se ha ocupado mucho tiempo, de la labor que realizan los jueces, pero muy poco de lo que hacen los legisladores[78] –ni tampoco– el poder ejecutivo.

6. Bibliografía

ACALE SÁNCHEZ, M. La prisión permanente revisable: ¿Pena o cadalso? Madrid: Iustel, 2016.

Anteproyecto de Ley Orgánica, de 16 de julio de 2012, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado. Disponible en: [http://www.juecesdemocracia.es/Actualidad-MJU/2012/Anteproyecto%20de%20reforma%20de%20CP%202012.pdf].

Anteproyecto de Ley Orgánica, de 11 de octubre de 2012, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado. Disponible en: [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292358725605?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAnteproyecto_de_Ley_de_Reforma_del_Codigo_Penal.pdf&blobheadervalue2=1288777317612].

ANTÓN-MELLÓN, J. ÁLVAREZ/G. ROHSTEIN, P.A. Medios de comunicación y populismo punitivo en España: Estado de la cuestión, Revista Crítica Penal y Poder, No. 9, 2015.

ARROYO ZAPATERO, L. /LASCUARRAIN SÁNCHEZ, J. A. /PEREZ MANZANO, M. (Edit.). Contra la cadena perpetua. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2016.

BECERRA MUÑOZ, J. La toma de decisiones en política criminal, bases para un análisis multidisciplinar. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

BECERRA MUÑOZ, J. La toma de decisiones legislativas penales. Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 99. Sep.-Dic. 2013. pp. 125-158.

CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las Leyes penales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

CERVELLÓ DONDERIS, V. Prisión perpetua y de larga duración. Régimen Jurídico de la Prisión Permanente Revisable. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Comité de Derechos Humanos, Observación General 3, Disponible en: [http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom31.html].

Congreso de los Diputados, Diario de sesiones del 26 de marzo de 2015, X legislatura, núm. 269, p. 40-53. Disponible en: [http://wwwlucualconfiguru.

78. ZAPATERO, V. De la jurisprudencia a la legislación. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 15-16, 1994, p. 769-789.

congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-269.PDF#page=77].

Congreso de los Diputados. Disponible en: [http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=88&tipo=2].

Consejo de Estado, referencia 358/2013, aprobado el 27 de junio de 2013. Disponible en: [https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358].

Consejo General del Poder Judicial. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado el 16 de enero de 2013. Disponible en: [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995__de_23_de_noviembre__del_Codigo_Penal].

CUERDA RIEZU, A. Cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: Por que son inconstitucionales en España. Barcelona: Atelier, 2011.

Diario El Confidencial. España, diciembre de 2017. Disponible en: [https://www.elconfidencial.com/espana/2017-12-08/mantener-preso-carcel-mas-caro--sueldo medio_1489516/].

Diario ElDiario.es, España, febrero de 2018, Disponible en: [https://www.eldiario.es/politica/PP-comienza-recogida-permanente-revisable_0_735627481.html].

Diario ElMundo.es. España, marzo de 2018. Disponible en: [http://www.elmundo.es/espana/2018/03/15/5aaa7e3246163fa6278b463c.html].

Diario El País, España, marzo de 2018. Disponible en: [https://elpais.com/elpais/2018/03/15/opinion/1521134232_689982.html].

Diario El País, España, abril de 2012. Disponible en: [https://politica.elpais.com/politica/2012/04/17/actualidad/1334650585_242698.html].

Diario Europapress, España, marzo de 2018, Disponible en: [http://www.europapress.es/nacional/noticia-oposicion-acusa-pp-ciudadanos-aprovechar--casos-diana-quer-gabriel-debatir-prision-permanente-20180315123100.html].

Diario LaVanguardia.com, España, marzo de 2018, Disponible en: [http://www.lavanguardia.com/politica/20180313/441495278148/psoe-oportunista--crimen-gabriel-prision-permanente.html].

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana, Revista Jueces para la democracia, No. 49, marzo 2004, pp. 25-42. Disponible en: [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=839232].

DÍEZ RIPOLLÉS J. L. La racionalidad de las Leyes penales, práctica y teoría. Madrid: Trotta, 2013.

FERRÉ OLIVÉ, J.C. Reformas penales en Brasil y en España, Revista Brasileira de Ciencia Criminais, No. 105, Nov-Dic. 2013.

GARCÍA ARÁN, M./BOTELLA, J. (Dirs). Malas noticias: medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

JUANATEY DORADO, C. Una "moderna barbarie": La prisión permanente revisable. Revista General de Derecho Penal. No. 20. 2013.

MAQUEDA ABREU. M.A./MARTÍN LORENZO. M./VENTURA PÜSCHEL A. (Coord.). Derecho penal para un Estado social y democrático de derecho: estudios penales en homenaje al profesor Octavio de Toledo y Ubieto. Madrid: Universidad Complutense. 2016.

MARCILLA CÓRDOBA, G. Racionalidad Legislativa, Crisis de la Ley y nueva ciencia de la legislación. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

MENDOZA BUERGO, B. El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo, Madrid: Civitas, 2001.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.). La proliferación legislativa, un desafío para el Estado de Derecho. JIMENEZ APARICIO, E. El procedimiento de elaboración de los anteproyectos de Ley: La fase gubernamental. Madrid: Thomson, 2004.

Ministerio del Interior. Balance de Criminalidad. Disponible en: [http://www.interior.gob.es/documents/10180/6865255/Presentacion+ministro_Balance+-de+Criminalidad+2016.pdf].

MORILLAS CUEVA, L. (Dir). La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo. Madrid: Dykinson, 2016.

NIETO MARTÍN A. /MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. /BECERRA MUÑOZ, J. (Dirs.). Hacia una evaluación racional de las Leyes. Madrid: Marcial Pons, 2016.

No a la derogación de la Prisión Permanente Revisable. Disponible en: [https://www.change.org/p/no-a-la-derogaci%C3%B3n-de-la-prisi%C3%B3n-permanente-revisable].

PAREDES CASTAÑÓN, J.M. Vademécum del legislador racional (y decente): Noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal. Libertas, Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, No. 2, Julio 2014.

PÉREZ CEPEDA, A.I. Justificación y claves político-criminales del proyecto de reforma del Código Penal de 2013. Ars Iuris Salmanticensis. No. 2, junio 2014. Disponible en: [http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/viewFile/11966/12329].

POZUELO PÉREZ, L. La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes. Madrid: Marcial Pons, 2013.

REDONDO ILLESCAS, S. /GARRIDO GENOVÉS, V. Principios de Criminología. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

RÍOS MARTÍN, J.C. La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad. San Sebastián: Gakoa, 2013.

SÁINZ MORENO, F. /SILVA OCHOA, J. C. Da. La calidad de las Leyes. Vitoria--Gasteiz: Parlamento Vasco, 1989.

SERRANO GÓMEZ, A. /SERRANO MAÍLLO, I. Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación. Madrid: Dykinson, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. La expansión del Derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001.

SIMON. J., Gobierno, castigo y modernidad, (Traducción de Augusto Montero), Revista delito y sociedad, No. 22, Vol., 1, 2006.

SOTO NAVARRO, S. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna. Granada: Comares, 2003.

Tribunal Constitucional, Sentencia No. 35/1984, de 13 de marzo.

Tribunal Constitucional, Sentencia No. 108/1986, de 29 de julio.

VÉLEZ RODRÍGUEZ, L. A. Política Criminal y Justicia Constitucional, Particular consideración de los tribunales constitucionales colombiano y español. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

ZAPATERO, V. De la jurisprudencia a la legislación. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 15-16, 1994.

ZAPATERO, V. El arte de legislar. Pamplona: Aranzadi, 2009.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- La pena y su ejecución: la integración del derecho penitenciario en el sistema penal, de Ricardo M. Mata y Martin – *RBCCrim* 145/367-394 (DTR\2018\17975); e
- Modificaciones jurídico-penales de la ley orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, de Ricardo M. Mata Y Martín – *Ciências Penais* 7/61-92 (DTR\2007\384).

Direito Penal sem pena?
Uma introdução à teoria agnóstica da pena

Criminal Law without punishment?
An introduction towards the agnostic theory of punishment

Hamilton Gonçalves Ferraz

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

Recebido em: 04.09.2017
Aprovado em: 08.01.2018
Última versão do (a) autor (a): 23.01.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: Analisa-se a teoria agnóstica da pena, desde suas raízes históricas e teóricas, suas premissas e fundamentos, bem como seus principais defensores e críticos, e seus respectivos argumentos. Ao final, apresenta-se nova releitura da teoria, tomando-se posição no debate.

Palavras-chave: Direito Penal – Teoria agnóstica da pena.

Abstract: It is analyzed the agnostic theory of punishment, from its historical and theoretical roots, its premises and foundations, as well its main defenders and critics. In conclusion, it is presented a new review of the theory, taking position in the debate.

Keywords: Criminal Law – Agnostic theory of punishment.

Sumário: 1. Introdução. 2. Tobias Barreto e as raízes históricas da teoria agnóstica da pena. 2.1. Realismo penal e rejeição das tradicionais teorias da pena. 2.2. Uma imagem conflitiva do Direito e da sociedade. 2.3. Distinção entre a pena e demais modalidades de sanção ou solução de conflitos. 3. Eugenio Raúl Zaffaroni e o nascimento das formulações agnósticas contemporâneas. 3.1. O "primeiro" Zaffaroni: dogmática humanista, mas (ainda) legitimante. 3.2. O "segundo" Zaffaroni: da crítica criminológica a um modelo dogmático crítico redutor. 4. A recepção e coconstrução brasileira da teoria agnóstica da pena. 4.1. A parceria Nilo Batista-Raúl Zaffaroni. 4.2. Salo de Carvalho: de um garantismo crítico a um minimalismo deslegitimante. 4.3. Rodrigo Roig: aplicação e execução da pena a partir da sua deslegitimação. 4.4. A desconstrução da culpabilidade – e da justificação da pena – por Davi Tangerino. 5. Críticas à teoria agnóstica da pena. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Poucas perguntas atormentam tanto um penalista do que aquelas referentes às justificativas ou finalidades relativas ao Direito Penal e à pena. Por que punir? Para quê? Em que situações?

As respostas mais usuais a estas perguntas são conhecidas até mesmo (e principalmente) pelo senso comum: "para prevenir o crime" ou para "retribuir o mal causado"; deve-se punir "naquelas situações mais graves", "em último caso", uma vez que o Direito Penal é o ramo do ordenamento jurídico cuja sanção é a mais extrema. As discussões em torno destas perguntas e respostas mais corriqueiras tornam-se infindáveis; cada geração de juristas renova ou acrescenta novas teorias de justificação que remetem, em linhas gerais, às ideias básicas de prevenção ou retribuição; e, por fim, este acaba sendo um debate que envolve temas muito sensíveis e difíceis. Isso porque discutir a pena, por melhores e mais qualificados que sejam os argumentos ou os debatedores, é discutir dor, a experiência (pessoal e coletiva) da dor – sofrida e infligida a outrem –, é discutir os limites entre liberdade e segurança, e é, ao fim e ao cabo, debater modelos de Estado e projetos políticos que oferecem interpretações e soluções distintas à conflitividade social, que serão tão autoritárias ou libertárias, includentes ou excludentes, quanto forem os ideais políticos que informarem aqueles modelos ou projetos.

Feita esta breve exposição, o presente artigo pretende se debruçar não sobre as discussões usuais entre as teorias da pena (de fundamentação e justificação), mas sobre uma específica chave de leitura neste debate, que vem agregando um número cada vez maior de adeptos, ao menos no Brasil: a *teoria agnóstica, agnóstico-negativa ou negativa da pena.*

O problema central do presente trabalho é, buscando aprofundar ao máximo as proposições da teoria agnóstica, responder à seguinte pergunta: trata-se de uma teoria capaz de atender de forma consistente a propostas político-criminais minimalistas de construção dogmática no Direito Penal?

A resposta a esta pergunta será oferecida a partir de argumentação em marco agnóstico relativa, genericamente, a casos extremos, que são os que costumam despertar mais inquietação no debate da pena. A seleção desta abordagem se justifica por demandar respostas menos óbvias, intuitivas ou confortáveis: crimes patrimoniais não violentos, por exemplo, despertam, em acadêmicos e operadores do Direito em geral, agnósticos ou não, um alinhamento maior em torno de menos pena e soluções alternativas[1], sobretudo por razões econômicas – o custo

1. Lamentavelmente, os atores do sistema penal brasileiro demonstram reiteradamente adotar o pensamento oposto, sendo o encarceramento por crimes patrimoniais não

para o Estado acusar e punir, nestas situações, não costuma compensar o dano sofrido pela vítima (que, muitas vezes, nem mesmo está interessada em obter qualquer reparação patrimonial).

O trabalho se inicia traçando as raízes históricas da teoria agnóstica da pena em Tobias Barreto, passando às formulações propostas por Eugenio Raúl Zaffaroni (antes e depois de sua maior aproximação à Criminologia Crítica); na sequência, dedica-se à recepção e à coconstrução brasileira da teoria agnóstica da pena; as principais críticas relativamente à teoria; e, por último, será esboçada uma conclusão, apresentando-se respostas aos casos extremos e tomando-se posição no debate.

2. Tobias Barreto e as raízes históricas da teoria agnóstica da pena

Apesar de um tema histórico bastante proveitoso, não se pretende aqui, pelos limites do trabalho, uma incursão à biografia de Tobias Barreto (1839-1889), jurista importantíssimo para o desenvolvimento do Direito brasileiro[2]. Mais modestamente, pretende-se adentrar em seus trabalhos que abordaram – direta ou indiretamente – a problemática das teorias da pena para buscar neles as matrizes básicas do que viria a se constituir como uma teoria agnóstica, considerando a notória influência de suas ideias nesta seara, que será aqui apresentada.

Cumpre explicitar, preliminarmente, quais as obras de Barreto analisadas, os objetivos da presente análise histórico-jurídica, o modo de tratamento dessas obras e as dificuldades enfrentadas para esta tarefa.

Tobias Barreto lançou suas principais notas sobre pena e Direito Penal em pelo menos três textos fundamentais: (i) "*Menores e Loucos em Direito Criminal (estudo sobre o art. 10 do Código Criminal do Império)*" de 1884, que teve segunda edição ampliada em 1886[3]; (ii) "*Algumas idéias sobre o chamado fundamento do direito de punir*"[4] (publicado pela primeira vez na 2ª ed. de *Menores e loucos*,

violentos um dos principais vetores do encarceramento seletivo da juventude negra. Sobre isto, CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, p. 637-640, jul.-dez. 2015.

2. Sobre este tema, conferir LYRA, Roberto. *Tobias Barreto*: o homem pêndulo. Rio de Janeiro: Companhia Editora Coelho Branco, 1937; COSTA JÚNIOR, Heitor. Tobias Barreto. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, n. 31, p. 97-107, jan.-jun. 1981.
3. Utilizou-se, neste trabalho, a edição de 1926 do Estado de Sergipe.
4. O mesmo texto aparece com outro título a partir da obra póstuma *Estudos de Direito*, como "Fundamentos do Direito de Punir".

de 1886, mas, por explicação nesta edição, era "aparecido pela primeira vez há mais de seis anos")[5]; (iii) "*Prolegômenos ao estudo do Direito Criminal*", publicação póstuma na coletânea organizada por Sylvio Romero, em 1892[6].

Começando pelas dificuldades de se analisar todos estes textos, vale observar que Barreto não foi um autor sistemático ou coerente. Ao longo de suas obras, são encontradas muitas contradições[7], que poderiam induzir, erroneamente, o

5. Utilizou-se a publicação contida como apêndice na edição de menores e loucos de 1926, do Estado de Sergipe.

6. Os "Estudos de Direito" encontram uma edição da Laemmert, de 1892; uma edição ampliada, porque abarca a segunda edição dos "Estudos de Direito" de 1898, em dois volumes do estado de Sergipe, de 1926, na coleção "Obras Completas"; e uma edição fac-similar lançada pelo Senado Federal, a qual foi usada neste trabalho (BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Ed. fac. sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004).

7. A título de exemplo, em *Menores e Loucos*, Barreto afirma ter a pena sentido à luz de uma ideia de "seleção legal" (a seleção natural adaptada ao universo do direito), que adéqua as ações humanas à "ordem pública, ao bem-estar da comunhão política, ao desenvolvimento geral da sociedade" (BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Edição do Estado de Sergipe, 1926. p. 11). Na mesma obra, considerando o fenômeno da reincidência, critica o "jurista teólogo" que "ainda crê nos efeitos salutares e purificadores da pena" (idem, p. 71); também, no mesmo texto, afirma ser o Direito Penal "uma arte de mudar o rumo das índoles e o curso dos caracteres, que a educação não pode amoldar, não no sentido da velha teoria da emenda, no intuito de fazer penitentes e preparar almas para o céu, mas no sentido da moderna seleção darwinica, no sentido de adaptar o homem à sociedade, de reformar o homem pelo homem mesmo, que afinal é o alvo de toda política humana" (idem, p. 75). Em "Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir", ao mesmo tempo que aponta a vingança como essência da ideia de pena (BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Edição do Estado de Sergipe, 1926. p. 144, 145), no mesmo trabalho, observa que, "em relação a uma certa espécie de crimes, o direito que a sociedade exerce com a sua punição, é justamente o direito de legítima defesa" (idem, p. 148). Em "Prolegômenos ao estudo do Direito Criminal", depois de antepor as finalidades de "defesa social" e "emenda" (antitéticas, na visão de Barreto, em *Estudos de Direito*. Ed. fac. sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004 p. 56), sustenta ser a visão de defesa social, que configura o Estado como "aparelho de forças constitutivas e tutelares da vida social, entre as quais está a pena" (idem, ibidem), a "mais adequada à realidade dos fatos" (idem, ibidem). Contudo, no mesmo trecho, ainda observa ser a pena um meio extremo, tal qual a guerra; e, de modo mais amplo, percebe o direito como "filho da necessidade, ou melhor, a necessidade mesma" (ibidem, p. 57). Apenas nestes trechos (que se confrontam entre si e até em partes de uma mesma obra), Barreto oscila entre críticas negativas e uma legitimação funcional organicista da pena, e se contradiz ao rejeitar as teorias justificacionistas, mas, ao mesmo tempo, sem deixar de fornecer suas próprias teorias – que, por sua vez, transitam entre

pesquisador a descartar sua produção intelectual. Ademais, o estudo das ideias de Barreto não poderia ser realizado a partir de olhares e dilemas do presente, mas buscando compreender as visões de mundo da época em que o autor as desenvolveu, com seus limites e possibilidades.

Por isso, o objetivo dessa análise e a forma de fazê-la tiveram de ser, necessariamente, globais e de cunho geral: isto é, ao invés de se imiscuir em cada texto de forma particular, apontando cada uma de suas contribuições e identificando suas contradições, preferiu-se identificar traços comuns do pensamento de Tobias Barreto em relação à pena que puderam constituir os pilares fundacionais da teoria agnóstica. Ao longo dos trabalhos supramencionados, foram percebidas três contribuições originais de sua lavra: (i) uma visão da pena e do Direito Penal radicalmente *realista* (ou que se pretendia comprometida com a realidade dos fatos); (ii) uma *imagem conflitiva de Direito e sociedade*; e (iii) uma *distinção* precisa entre a pena e as demais modalidades de sanção ou solução de conflitos.

2.1. Realismo penal e rejeição das tradicionais teorias da pena

Barreto, de forma absolutamente original e radical para o seu tempo, buscou rejeitar todas as usuais teorias de fundamentação ou justificação da pena, fossem elas baseadas em princípios filosóficos ou morais ou fundamentadas em pretensões criminológicas positivistas ("correção" ou "terapia" do criminoso).

Se fosse possível sintetizar seu pensamento em uma linha, seria que *a pena advém da necessidade, não da racionalidade*. Esta ideia aparece em Barreto de forma embrionária em *Menores e loucos*[8], mas assume toda a sua envergadura em "Algumas idéias sobre o chamado fundamento do direito de punir".

Logo na primeira página desse ensaio, Barreto dispensou as respostas convencionais à "origem e fundamento do direito de punir", ridicularizando os juristas ("metafísicos do direito") que, no seu modo de ver, teriam "o dom especial de tornar incompreensíveis as coisas mais simples deste mundo", que "sabem dar sempre uma definição, pela qual o axioma se converte de repente em enigma da esfinge"[9]. Ainda, nesta obra, Barreto renunciou às teorias mistas ou ecléticas,

---

negação, prevenção especial positiva ("adaptação do homem à sociedade") e prevenção geral positiva (reforço a valores éticos e sociais consagrados pela noção de Estado).

8. Nesta obra, a pena figura como uma necessidade social do ponto de vista orgânico, de adaptação das condutas humanas às "exigências da ordem social, cuja expressão é a lei" (BARRETO, Tobias. *Menores e* loucos. Edição do Estado de Sergipe, 1926. p. 11-12).

9. BARRETO, Tobias. Algumas idéias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Edição do Estado de Sergipe, 1926. p. 131.

que combinariam princípios de justiça moral com utilidade social, dado que este problema ele deixaria aos "metaquímicos" do Direito, que "conhecem perfeitamente a natureza daqueles dois sais e as proporções exatas em que eles devem ser combinados, a tarefa de explicá-la e demonstrá-la perante os seus discípulos, dignos de melhores mestres"[10].

Por fim, em "Prolegômenos ao estudo do Direito Criminal", Barreto seguiu guardando coerência nesta percepção, como se observa por esta passagem emblemática:

> O centro de gravidade do direito criminal está na pena, como o direito civil está na execução. Ora, ainda não se buscou saber qual a razão filosófica do direito de exequir; para que buscar a para o direito de punir? De todas as *bolhas de sabão metafísicas* é talvez essa a mais fútil, a que mais facilmente se dissolve ao sopro da crítica.[11] (grifo nosso)

Este realismo de Barreto se refere também ao tratamento da pena, compreendida de acordo com o que ela efetivamente é, o que ela representa concretamente. Em "Algumas idéias [...]", o autor foi explícito: "*o direito de punir é uma necessidade imposta ao organismo social por força do seu próprio desenvolvimento*"[12]. Ainda, no mesmo texto, extrai-se a seguinte afirmação:

> Podem frases teoréticas encobrir a verdadeira feição da coisa, mas no fundo o que resta é o fato incontestável de que punir é sacrificar – sacrificar, em todo ou em parte, o indivíduo ao bem da comunhão social –, sacrifício mais ou menos cruel, conforme o grau de civilização deste ou daquele povo, nesta ou naquela época dada, mas sacrifício necessário, que, se por um lado, não se acomoda à rigorosa medida jurídica, por outro lado também não pode ser abolido por efeito de um sentimentalismo pretendido humanitário, que não raras vezes

Prossegue o autor: "É uma espécie de advinha, que os mestres creem-se obrigados a propor aos discípulos, acabando por ficarem uns e outros no mesmo estado de perfeita ignorância; o que aliás não impede que os ilustrados doutores, na posse das soluções convencionadas, sintam-se tão felizes e orgulhosos, como os padres do Egito a respeito dos seus hieróglifos" (idem, ibidem).

10. BARRETO, Tobias. Algumas idéias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Edição do Estado de Sergipe, 1926. p. 149.
11. BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Ed. fac. sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. p. 62.
12. BARRETO, Tobias. Algumas idéias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Edição do Estado de Sergipe, 1926. p. 136.

> quer ver extintas por amor da humanidade coisas sem as quais a humanidade não poderia talvez existir.[13]

Em "Prolegômenos ao estudo do Direito Criminal", Barreto reafirmou esta percepção realista do fenômeno punitivo:

> Onde quer que um povo, pelo caminho do desenvolvimento social, tenha deixado atrás de si todas as fases de organização pré-política, domina o princípio de que certas condições da vida comum devem ser asseguradas contra a rebeldia da vontade individual; e o meio da segurança é a pena, cujo conceito envolve a idéia de um mal imposto, em nome de todos, ao perturbador da ordem pública, ao violador da vontade de todos.[14]

2.2. Uma imagem conflitiva do Direito e da sociedade

Em *Menores e loucos*, Barreto deixava claro sua repulsa às teses metafísicas e a-históricas de sociedade, consagradas, sobretudo, na ideia de "direito natural": "*o homem é um ser histórico, o que vale dizer, que ele é um ser que se desenvolve*"[15]; ainda mais significativo, destaca-se o trecho abaixo:

> Desde que na idéia do direito entrou a idéia de luta, desde que o direito nos aparece não mais como um presente do céu, porém, como um resultado de combate, como uma conquista, caiu por terra a intuição de um direito natural.[16]

Barreto também aderia a concepções orgânicas de sociedade. Ao contrário das formas tradicionais de organicismo social, no qual devem viger a harmonia e o consenso entre os membros da sociedade em torno de princípios ou valores sociais comuns e compartilhados, Barreto manejava um organicismo historicista intrinsecamente conflitivo, desarmônico, informado pela ideia iheringiana de "luta" e pela concepção de "seleção natural darwínica", isto é, o Direito – e, por conseguinte, a pena – são percebidos como construções sociais históricas, que, ao custo do embate de forças em oposição, preservam e defendem a sociedade[17].

13. Ibidem, p. 143.
14. BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Ed. fac. sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. p. 48.
15. BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Edição do Estado de Sergipe, 1926. p. 17 (xvii).
16. Ibidem, p. 18 (xviii).
17. Conforme, por exemplo, em BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Edição do Estado de Sergipe, 1926. p. 11-12.

Em "Algumas idéias {...}", Barreto sustenta, nesse sentido:

> Qualquer que seja a causa que os determine, é inegável que há na vida social fatos anômalos, de todo impostos ao modo de viver comum, que perturbam a ordem de direito; e quando fosse pelo menos dubitável que tais fenômenos partissem de uma causa livre e capaz de responder por seus atos, como é costume afigurar-se o homem, uma coisa seria certa: é que o indivíduo, a que se dá o nome de criminoso, quando ele se põe em conflito com a lei penal, é em todo caso a condição ou se quiserem a ocasião de um mal, que importa repelir.[18]

Por último, uma menção adicional, em sua "Introdução ao estudo do Direito" (também de publicação póstuma, na coletânea de Sylvio Romero, de 1892), Barreto concebe o direito como "resultado da cultura humana", espécie de "política da força"; não como um presente divino, mas um "invento", um "artefato", "produto do esforço do homem para dirigir o homem mesmo"[19].

2.3. Distinção entre a pena e demais modalidades de sanção ou solução de conflitos

Uma notável contribuição de Tobias Barreto consistiu em distinguir e tratar de forma clara a pena e as demais formas de solução de conflitos (reparação do dano, restituição, indenização etc.). Em "Algumas idéias [...]", o autor afirmou:

> Quando se viola um direito, um sistema jurídico perturbado, bem como a pessoa ofendida, não tem outro interesse senão que o dano causado seja satisfeito, se possível, restabelecendo-se o direito, ou substituindo-lhe o valor que nele repousa. O que vai além desta esfera nasce de motivos que são estranhos ao direito mesmo.[20]

Barreto ainda forneceu o exemplo de um condenado pelo crime de homicídio: se este fosse conservado vivo e perpetuamente condenado a trabalhar em benefício dos parentes do morto ou do Estado prejudicados pela perda de uma vida

18. BARRETO, Tobias. Algumas idéias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Edição do Estado de Sergipe, 1926. p. 135.
19. BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Ed. fac. sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. p. 27.
20. BARRET, Tobias. Algumas idéias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Edição do Estado de Sergipe, 1926. p. 150.

humana, isto não seria uma pena, mas o pagamento de uma dívida, regido pelo Direito Obrigacional, e não pelo Direito Penal[21].

Pode-se compreender agora, de forma mais embasada, sua célebre afirmação que constitui até hoje uma representação metafórica da teoria agnóstica: "*quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra*"[22].

Uma indagação comum sobre Barreto é se ele teria ou não, afinal, sustentado uma teoria legitimante ou deslegitimante da pena[23] e se, dessa forma, ostentaria "legítima" paternidade da teoria agnóstica.

---

21. Idem.

22. BARRETO, Tobias. Algumas idéias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Edição do Estado de Sergipe, 1926. p. 151. Em um trecho anterior, afirmou Barreto que "o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político. Este ponto é capital" (idem, p. 149). Em *Menores e loucos*, entretanto, sustentou visão distinta: "eu vejo na ciência do crime alguma coisa de atinente ao ramo das ciências indutivas, que Haeckel designa pelo nome de *dysteleologia*; ela será no futuro uma das formas da *dysteleologia social*. Mas esta filiação no grupo das ciências naturais não tirará ao Direito Penal a sua posição autônoma, *não apagará jamais o caráter jurídico da pena*". (grifo nosso) (BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Edição do Estado de Sergipe, 1926. p. 75). Nos "Prolegômenos", porém, Barreto guarda fidelidade à comparação à guerra: "a pena é um meio extremo; como tal é também a guerra. Na fonte em que qualquer ditoso pudesse gloriar-se de haurir a razão filosófica de uma, encontraria igualmente o fundamento da outra" (BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Ed. fac. sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. p. 56-57.)

23. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tobias Barreto y la crítica de Nina Rodrigues. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila Editores Latinoamericana, 1993. p. 168; CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 266. Basta notar que, na página seguinte à sua célebre afirmação, Barreto sustenta: "todo sistema de forças vai atrás de um estado de equilíbrio; a sociedade é também um sistema de forças, e o estado de equilíbrio que ela procura é justamente um estado de direito, para cuja consecução ela vive em contínua guerra defensiva, empregando meios e manejando armas, que não sempre forjadas, segundo os rigorosos princípios humanitários, porém que devem ser sempre eficazes. Entre estas armas está a pena" (BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Edição do Estado de Sergipe, 1926. p. 152). Porém, em seu "Introdução ao estudo do Direito", afirma: "convençamo-nos portanto: o direito é um instituto humano; é um dos modos de vida social – a vida pela coação, até onde não é possível a vida pelo amor [...]." (BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Ed. fac. sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. p. 28). Nos "Prolegômenos ao estudo do Direito Criminal", quando Barreto se perguntava por que punir certos fatos em detrimento de outros (comparando a ameaça social existente em contratos descumpridos e pelo efeito de mortes e roubos),

Propõe-se uma abordagem distinta: qual a relevância desta pergunta? Qual a necessidade de se saber se Barreto teria sido ou não deslegitimante em suas considerações sobre a pena? As respostas que esta pergunta levanta parecem ser dispensáveis, seja para o debate das teorias da pena, seja para a construção da teoria agnóstica: se ele foi deslegitimante, isto pouco acrescenta em conteúdo, e ainda suscita a possibilidade de sua citação como argumento de autoridade histórico ("a teoria agnóstica é correta, justa, ou válida, uma vez que Tobias Barreto, no século XIX, já a defendia"); porém, se ele não foi deslegitimante e, ao contrário, tomou partido de uma teoria preventivo-geral, de defesa social[24], este fato suscitaria a possibilidade de rejeição de suas ideias por não ser filiado a esta ou aquela concepção de pena e de Direito Penal.

Independente de qual tenha sido sua posição, suas contribuições não são descartáveis do Direito Penal: Barreto foi extremamente autêntico e antecipou, em cem anos e num continente marcado pela desigualdade e pela precariedade acadêmico-científica (até hoje, feridas incuráveis no Ensino Superior nacional), avanços e críticas dogmáticas e criminológicas que apenas surgiram e se desenvolveram, efetivamente, nos países centrais e na América Latina dos anos 80 do século XX. Sua abordagem sincera e real da punição e do Direito Penal, informada por sua visão conflitiva da sociedade, e sua categorização precisa da pena, diferenciando-a das demais formas de solução de conflitos, tornam-no um dos pais latino-americanos da teoria agnóstica da pena (abraçasse ou não esta concepção e suas consequências), o que já é uma conquista científica incontestável e de impacto irreversível no Direito Penal.

3. Eugenio Raúl Zaffaroni e o nascimento das formulações agnósticas contemporâneas

Se escrever sobre Tobias Barreto foi um desafio, que dizer de Eugenio Raúl Zaffaroni, um dos mais influentes penalistas e criminólogos latino-americanos das últimas décadas? É autor de centenas de obras, artigos, conferências nos mais variados temas de Criminologia e Direito Penal, possuindo uma produção

ele propõe que uma resposta satisfatória estaria além do horizonte jurídico, cuja máxima seria: "impor pena em todos os casos em que a sociedade não pode passar sem ela", relegando à "experiência individual", ao contexto histórico e social de cada povo os contornos assumidos pelo Direito Penal (BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Ed. fac. sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. p. 107.)

24. Posição que sustentou, em seu tempo, Aníbal Bruno (*Direito Penal* – parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. 1º: introdução, norma penal, fato punível, p. 185).

intelectual dinâmica, atualizando-se no tempo. Analisar suas concepções a respeito das teorias de fundamentação e justificação da pena é tarefa que oferece, também, diversas dificuldades, que demandam certos cuidados ao estudioso.

Dada a amplitude de sua produção científica, preferiu-se uma abordagem mais simples e direta de suas ideias principais. Primeiramente, recortou-se suas obras em dois períodos: um primeiro, em que Zaffaroni, aderindo mais fielmente ao finalismo de Welzel, postulava concepções preventivas de pena – por ser um período de pouca importância para o presente trabalho, sua análise será mais resumida. Um segundo período no pensamento de Zaffaroni, por sua vez, é vislumbrado ao final dos anos 1980, quando então passa a rejeitar as teorias legitimantes da pena e se dedica à construção de um modelo deslegitimante, agnóstico ou negativo.

Em segundo lugar, selecionou-se as obras principais do autor que sintetizam seu pensamento dentro de cada período eleito: para o primeiro período do pensamento de Zaffaroni, as obras *Manual de Derecho Penal* (1977) e *Tratado de Derecho Penal*, v. 1 (1980)[25]; para o segundo período, as obras *Criminologia: aproximación desde un margen* (1988); *La crítica al Derecho Penal y el porvenir de la dogmática jurídica* (1989)[26]; *En busca de las penas perdidas* (1989)[27]; *La Rinascita del Diritto Penale Liberale o la 'Croce Rossa' Giudiziaria* (1993)[28]; *Derecho Penal*: Parte General (2000)[29]; *El enemigo en el Derecho Penal* (2006)[30]; e, por fim, *O papel do Direito Penal e a crise financeira* (2015)[31].

25. Conforme prevê o prefácio; na obra utilizada para este trabalho, contudo, consta impressão datada de 1998 (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1998. t. I).

26. Disponível na coletânea "En torno de la cuestión penal" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La crítica al Derecho Penal y el porvenir de la dogmática jurídica. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Montevideo-Buenos Aires: B. de F., 2005. p. 97-119).

27. O livro recebeu importante tradução brasileira em 1991, aqui utilizada (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991).

28. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Rinascita del Diritto Penale Liberale o la 'Croce Rossa' Giudiziaria. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. *Le Ragioni del Garantismo*: Discutendo con Luigi Ferrajoli: Torino: Giappichelli, 1993. p. 383-395.

29. Utilizou-se a 2ª edição, de 2002: ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Derecho Penal*: Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

30. A obra conta com tradução brasileira, aqui utilizada: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo do Direito Penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

31. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O papel do Direito Penal e a crise financeira. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luíza (Orgs.). *Regulação do abuso*

Feitos os recortes temporal e bibliográfico, a análise deste material será mais pormenorizada, primando-se a investigação por levantar o pensamento de Zaffaroni no que diz respeito ao seu conceito de pena, as funções e finalidades que lhe atribui, a diferenciação da pena em relação às demais modalidades de sanção e os elementos epistemológicos e metodológicos que emprega em suas construções.

3.1. O "primeiro" Zaffaroni: dogmática humanista, mas (ainda) legitimante

Em sua obra de 1977[32], Zaffaroni já traçava uma forma de trabalho dogmático intimamente vinculado à Constituição e aos Direitos Humanos[33]. Sua combinação entre dogmática e Criminologia Crítica (um dos traços mais característicos do pensamento penal crítico latino-americano) fez-se presente ao longo do manual, desde as primeiras páginas[34], e sua definição do que seja direito penal ainda se prendia aos conceitos mais tradicionais, considerando-o como (i) o conjunto de leis penais (legislação penal); e (ii) o sistema de interpretação desta legislação (saber jurídico-penal)[35].

Apesar de rechaçar a existência de um "direito subjetivo de punir" (*ius puniendi*) por parte do Estado, neste momento de seu pensamento, Zaffaroni sustentava

---

no âmbito corporativo: o papel do Direito Penal na crise financeira. São Paulo: Liber Ars, 2015. p. 13-25.

32. As ideias da obra, apesar de Zaffaroni já ter atualizado seu pensamento em diversos aspectos – sobretudo em suas considerações sobre a pena –, seguem sendo republicadas em seu manual conjunto com José Henrique Pierangeli, que repete as ideias daquele momento (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 98-106).

33. Logo nas primeiras páginas da obra, Zaffaroni recomenda ao leitor que tenha sempre em mãos não apenas o Código Penal, mas a Constituição Nacional e os documentos internacionais de Direitos Humanos, sendo os mais importantes a Declaração Universal e a Convenção Americana (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*: Parte General. Buenos Aires: Ediar, 1977. p. 11).

34. Emblemática a afirmação do autor, depois de criticar a noção de que a via punitiva seria a única via imaginável ou possível para a solução da conflitividade social: "nestas condições, se tem a impressão de que 'o delito' é uma *construção* destinada a cumprir certa função sobre algumas pessoas a respeito de outras, e não uma *realidade* social individualizável" (idem, p. 23); ainda, de forma embrionária, Zaffaroni traça as primeiras linhas do conceito de sistema penal, delineando o papel do direito penal neste âmbito (ibidem, p. 31 e s.);

35. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*: Parte General. Buenos Aires: Ediar, 1977. p. 41.

ao Direito Penal uma missão de tutela de bens jurídicos contra ataques que os afetassem e que, assim, lesionassem a segurança jurídica[36]. Nesse sentido, pontuava Zaffaroni que a pena não poderia ter por finalidades as ideias de castigo ou expiação, uma vez que tais funções importariam em uma confusão entre direito e moral, o que deveria ser repudiado, por não haver respaldo em um Estado de Direito[37].

Neste norte, Zaffaroni sustentou certa legitimidade à pena (não sem uma dose considerável de pessimismo), atribuindo-lhe a função de prevenção especial positiva[38], dotada, contudo, de limites jurídicos (constitucionais e convencionais) bastante rígidos, em marcos de validade e legitimidade impostos pelo Estado de Direito[39].

Guardando coerência com as ideias sustentadas preliminarmente no Manual, em seu Tratado, Zaffaroni seguia afirmando a legitimidade da pena:

> A coerção penal não pode ter outra finalidade que a de complementar a função do direito penal, quer dizer, prover a segurança jurídica, a segurança da coexistência, prevenindo a comissão de novas condutas que afetem bens jurídicos, com uma ação ressocializadora sobre o autor.[40] (tradução nossa)

Em um Estado social de direito, afirmava Zaffaroni que o Direito Penal não podia valer-se deste "impulso inconsciente de vingança", senão que deveria tratar de depurar a pena, fazê-la racional, subtraindo sua irracionalidade e demonstrando esta diferença à população[41].

---

36. Ibidem, p. 44.
37. Ibidem, p. 46.
38. Depois de criticar as funções tradicionalmente atribuídas à pena (à época da obra, retributivismos e prevenção geral negativa), Zaffaroni afirmou ser a prevenção especial positiva "a alternativa que resta", mas que demandaria a precisão de certos conceitos, dado que o simples enunciado de prevenção especial "arrasaria com todos os direitos humanos" (ibidem, p. 62).
39. Ao longo dos parágrafos subsequentes, Zaffaroni propunha uma série de limitações à prevenção especial: limites aplicativos ou executórios, vedando meios cruéis ou castigos físicos; proibição de finalidades de correção moral da personalidade; necessidade de individualização da sanção a cada indivíduo e situação social concreta; e abertura à multiplicidade de resolução de conflitos a cada contexto particular (ibidem, p. 62-63).
40. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*: parte general, I. Buenos Aires: Ediar, 1998. p. 63.
41. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal:* parte general, I. Buenos Aires: Ediar, 1998. p. 69.

3.2. O "segundo" Zaffaroni: da crítica criminológica a um modelo dogmático crítico redutor

A partir da obra *Criminología*: aproximación desde un margen, de 1988, identifica-se uma virada fundamental no pensamento jurídico-penal de Zaffaroni. É bem verdade que a obra não trata, propriamente, de dogmática jurídico-penal. De acordo com Vera Malaguti, a obra em comento constitui um marco fundamental para o pensamento criminológico latino-americano[42]. *Criminología*: aproximación desde um margen, na leitura de Malaguti, produziu a ideia de realismo marginal e de que a Criminologia seria um curso (no sentido dos rios) dos discursos sobre a questão criminal, e que essa acumulação de discursos deveria ser entendida a partir da margem latino-americana[43].

Seja como for, a importância da obra transcende o campo criminológico, compondo o núcleo fundamental das ideias dogmáticas de Zaffaroni daquele momento em diante. Exemplo contundente nesse sentido é sua crítica dirigida ao neokantismo (mais precisamente, à Criminologia neokantiana), cujo equívoco fundamental residiria não apenas no recorte cerrado entre o discurso jurídico e a realidade, mas à própria *invenção de realidades operada pelo discurso jurídico neste modelo*, ocultando o altíssimo conteúdo de violência real que passaria a legitimar e que, na América Latina, alcançaria um "grau de evidência que não requer demonstração, senão, simplesmente, observação"[44].

A partir de 1989, Zaffaroni passou da crítica criminológica à dogmática crítica, dedicando-se à empreitada de construir um modelo dogmático radicalmente distinto, seja das propostas tradicionais dominantes (essencialmente finalistas, naquele período), seja dos novos modelos funcionais europeus (como o funcionalismo moderado de Roxin ou o funcionalismo sistêmico de Jakobs). Assim, naquele ano, publicou *La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica*, uma obra em homenagem ao Prof. Antonio Beristain.

O grande problema de Zaffaroni neste trabalho consistiu em como pensar o Direito Penal – e a dogmática jurídico-penal –, consideradas as críticas sociológicas ao sistema penal (principalmente na América Latina) que, por denunciarem sua irracionalidade e violências seletivas, penas arbitrárias ou mesmo

42. BATISTA, Vera Malaguti. Prefácio. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 9-10.

43. BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à Criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011. p. 107.

44. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología*: aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988. v. I, p. 191.

profundos sistemas penais subterrâneos, conduziriam, no limite, à desaparição da dogmática[45], uma vez que ela tenderia a legitimar um sistema absolutamente ilegítimo.

As críticas deslegitimantes partiriam de duas vertentes: Direito Penal Mínimo (por todos, Ferrajoli) e Abolicionismo Penal (por todos, Hulsman), que, consistindo em "modelos de sociedade", não ofereceriam propostas concretas para os operadores das agências judicias dos sistemas penais contemporâneos[46].

Zaffaroni argumentou que, tudo considerado, na América Latina, a operatividade do exercício do poder das agências dos sistemas penais estaria deslegitimada pelos próprios fatos; entretanto, não seria possível aos juristas o abandono do discurso jurídico-penal, uma vez que este seria o único instrumento com o qual o reduzido poder das agências judicias poderia pretender conter alguns excessos dos muitos que transbordavam pela região[47].

Zaffaroni então, reconhecendo o "genocídio em marcha" promovido pelos sistemas penais latino-americanos, propôs uma nova elaboração discursiva para a dogmática jurídico-penal. Assumindo que a maior parte do poder punitivo não se exerceria judicialmente, mas pelas agências executivas (notadamente a polícia); e que o maior poder do sistema penal não residiria em sua repressão, mas, em sua configuração positiva da organização social, à agência judicial competiria, em verdade, legitimar ou não, por meio dos discursos jurídico-penais, o exercício do poder punitivo[48]. Na base destes discursos seriam encontrados os discursos de justificação da pena[49].

Sobre a pena, rejeitando sua justificação jurídica ou sua visualização como pretensa forma de solução de conflitos, Zaffaroni esboçou, pioneiramente, as relações entre as noções de pena e guerra, de um lado, e de direito penal e direito

45. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La crítica al Derecho Penal y el porvenir de la dogmática jurídica. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Montevideo-Buenos Aires: B. de F., 2005. p. 97.

46. Ibidem, p. 98.

47. Ibidem, p. 101-102.

48. Ibidem, p. 102-105.

49. "Os componentes legitimantes devem começar por atribuir uma função à pena. Segundo seja a função que se atribua à pena, se deriva dela, de forma dedutiva, toda uma construção teórica que abarca os componentes modeladores, pelo que cada teoria da pena se converte em uma teoria do Direito Penal." (tradução nossa) (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La crítica al Derecho Penal y el porvenir de la dogmática jurídica. In: ZAFFARONI, Eugenio Raul. *En torno de la cuestión penal*. Montevideo-Buenos Aires: B. de F., 2005. p. 106.)

internacional humanitário, de outro[50]: sendo a guerra um momento da política, o Direito Penal passaria a ser concebido como *o direito humanitário do momento político da pena*[51].

Deste ponto em diante, e fiel ao finalismo enquanto referencial teórico, Zaffaroni redesenhou este sistema do delito, aproveitando a *teoria das estruturas lógico-reais* de Welzel, mas de forma deslegitimante: ao invés da ação final ou do livre-arbítrio do homem, a realidade do mundo a que Direito Penal e dogmática deveriam reconhecer (e, dialeticamente, se opor, oferecendo resistência) seria a do exercício real do poder punitivo pelos sistemas penais, denunciada pela crítica criminológica, o que propiciaria a construção de um discurso dogmático capaz de fazer frente à deslegitimação, sem cair, por isso, em qualquer reducionismo sociológico, mas sim em um novo modelo integrado de ciências criminais[52].

Na obra *Em busca das penas perdidas* (1989), Zaffaroni retomou e aprofundou suas críticas de modo ainda mais contundente, oferecendo uma nova proposta global de releitura do sistema penal e sua deslegitimação diante de sua operacionalidade real. Sua "regra de três" – pena e guerra, de um lado, e Direito Penal e Direito Internacional Humanitário, do outro –, foi novamente trabalhada. Interessante perceber que Zaffaroni já reconhecia e admitia expressamente a influência da Tobias Barreto[53], resgatando sua obra e atualizando-a ao contexto da América Latina das últimas décadas do século XX[54].

---

50. Neste momento, ainda sem citar expressamente Tobias Barreto e sua contribuição original para este argumento.

51. Ibidem, p. 108-110.

52. Ibidem, p. 116-119.

53. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 203, nota de rodapé 14.

54. Importa realizar algumas anotações a respeito do resgate de Tobias Barreto por Zaffaroni. Em 1989, Zaffaroni lançava uma de suas primeiras anotações sobre o autor brasileiro e suas contribuições para o Direito Penal. Sublinhando as concepções de sociedade, de filosofia, de sociologia e de Direito Penal de Tobias Barreto, Zaffaroni naquele momento não vislumbrava com clareza se suas contribuições seriam deslegitimantes ou legitimantes do sistema penal, em função das inúmeras contradições e dificuldades interpretativas que o conjunto de sua obra oferecia (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tobias Barreto y la crítica de Nina Rodrigues. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila Editores Latinoamericana, 1993. p. 168).

    Em 1992, Zaffaroni modificou sua interpretação. Em "Elementos para uma leitura de Tobias Barreto", a deslegitimação em Barreto se apresenta de forma mais clara para

Aqui Zaffaroni tem o cuidado de apontar que a construção de um discurso jurídico-penal que reconhecesse a deslegitimação do sistema penal não implicaria em relegitimação deste mesmo sistema; o que o discurso jurídico-penal deveria legitimar é a atuação da agência judicial, a decisão judicial, o exercício do poder dos juristas, que deveria se contrapor ao exercício dos demais poderes exercidos pelas agências do sistema penal[55]. Neste modelo, as agências judiciais, como objetivo imediato, possuem apenas o poder, a partir da máxima observância das garantias penais fundamentais, de estabelecer os limites máximos de irracionalidade tolerável na seleção incriminadora do sistema penal[56].

Destaca-se, por fim, o novo conceito de pena cunhado por Zaffaroni: "qualquer sofrimento ou privação de algum bem ou direito que não resulta racionalmente adequado a algum dos modelos de solução de conflitos dos demais ramos do direito".[57] A maneira pela qual o legislador denominasse uma pena seria irrelevante; o importante sempre seriam os dados de realidade – inflição de dor e inadequação aos demais modelos de solução dos conflitos previstos no ordenamento[58].

Em 1993, Zaffaroni buscou responder novas indagações decorrentes de um modelo dogmático construído a partir do reconhecimento da deslegitimação do sistema penal. Essencialmente, a questão que se colocava era sobre a *possibilidade de julgar (e mesmo lecionar) sem uma teoria da pena*[59].

Neste trabalho, Zaffaroni agudizou ainda mais suas críticas à justificação da pena, e percebeu que a justificação da pena, em todos os modelos jurídico-penais

---

Zaffaroni, que passa a entender que o jurista brasileiro teria sido um pioneiro da reação latino-americana contra, basicamente, o positivismo criminológico de matriz biologicista e suas consequências políticas nefastas (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Elementos para uma leitura de Tobias Barreto. In: ARAUJO JR., João Marcelo (Coord.). *Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 177). A percepção do controle social punitivo como problema político autorizaria uma chave de leitura crítica sobre a obra de Barreto, e admitiria seu aproveitamento para a reinterpretação da pena.

55. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 197-198.
56. Ibidem, p. 233.
57. Ibidem, p. 204.
58. Idem.
59. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Rinascita del Diritto Penale Liberale o la 'Croce Rossa' Giudiziaria. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. *Le Ragioni del Garantismo*: Discutendo con Luigi Ferrajoli: Torino: Giappichelli, 1993. p. 391.

legitimantes (inclusive aqueles intitulados "liberais" ou de Direito Penal mínimo), a partir do momento em que se propunham a justificar a pena, encarnariam inevitavelmente modelos antiliberais de defesa social[60], e, por isso, um "retorno às luzes" (pretendido pelo garantismo jurídico de Ferrajoli) não seria possível – ou melhor, seria mesmo perigoso. Em verdade, Direito Penal e justificação da pena seriam temas distintos, sendo o último próprio da política, alheio ao Direito, pelo que Zaffaroni passava a invocar Barreto neste trabalho[61].

Assim, Zaffaroni passou a sustentar a possibilidade de aplicar e teorizar o direito penal prescindindo-se de uma teoria justificacionista da pena: seu modelo seria o juiz Magnaud e, neste sentido, a atuação do julgador seria mais ou menos intuitiva, dispensando um modelo justificacionista estreito[62]. Aqui Zaffaroni retomou e deixou muito claro que a dogmática tinha por função a legitimação do poder dos juízes, não do poder de punir; e, nesse sentido, insistindo na comparação entre Direito Penal e Direito Internacional Humanitário, os juízes criminais desempenhariam o papel da "Cruz Vermelha" internacional no fronte da violência punitiva, com a estratégia de salvar vidas e evitar o sofrimento[63].

Em 2000, Zaffaroni lançou *Derecho Penal*: Parte General, juntamente com Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, a obra mais atualizada e amadurecida de seu pensamento jurídico-penal[64], desta vez incorporando todas as suas conclusões até o momento e as enriquecendo.

No que interessa ao presente trabalho, importa destacar que as compreensões e as reformulações relativamente ao Direito Penal e à pena redundaram, logo de início, em um recorte entre os conceitos de lei penal (programação criminalizante), poder punitivo e Direito Penal, sendo este último o *ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de*

60. Ibidem, p. 385-389. Zaffaroni volta a este argumento (alargando-o à própria teoria do Direito Penal) ainda que de passagem, em ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legalidad penal liberal y autoritaria. In: GRECO, Luís e MARTINS, Antonio (Orgs.). *Direito Penal como Crítica da Pena*: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 759-760.

61. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Rinascita del Diritto Penale Liberale o la "Croce Rossa" Giudiziaria. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. *Le Ragioni del Garantismo*: Discutendo con Luigi Ferrajoli: Torino: Giappichelli, 1993. p. 388.

62. Ibidem, p. 391-392.

63. Ibidem, p. 392-393.

64. Excetuando-se as traduções de seu manual por Nilo Batista, que serão analisadas em momento próprio.

decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito[65].

Fica claro que o poder punitivo não seria capaz de resolver qualquer conflito, dado que, fundamentalmente, deixava de lado uma parte, a vítima; o máximo que poderia pretender seria a *suspensão do conflito*, deixando que o tempo o dissolvesse[66].

A esta compreensão do poder punitivo (que opera seletiva e irracionalmente), corresponde uma nova teoria capaz de, ao menos, compreendê-lo: a *teoria negativa ou agnóstica da pena*, construção que parte do fracasso de todas as teorias positivas (por falsas ou não generalizáveis) em torno de funções manifestas[67].

Atualizando suas contribuições até então, Zaffaroni sustenta, em um marco agnóstico-negativo, ser a pena "*(a) uma coerção, (b) que impõe uma privação de direitos ou uma dor, (c) que não repara nem restitui (d) nem tampouco detém lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes*"[68]. É um conceito obtido por exclusão, uma vez que a pena figura como um exercício de poder que não dispõe de função reparadora ou restitutiva, e tampouco como coação administrativa direta (esta sim, que detém lesões em curso ou perigos iminentes, a partir do modelo de legítima defesa ou estado de necessidade)[69]. "*O conceito é negativo porque (a) não atribui nenhuma função positiva à pena e (b) se obtém por exclusão; e é agnóstico em relação à sua função, porque parte de seu desconhecimento*"[70].

O modelo dogmático correspondente a essa percepção era o "*modelo de dique*", ou de filtro, no qual as águas barrentas, sujas do poder punitivo, seriam contidas progressivamente por comportas (as categorias conceituais da teoria da lei penal, do delito e da aplicação da pena), até um mínimo inevitável, mas dentro dos parâmetros do Estado de Direito[71], em oposição ao avanço do Estado de Polícia.

A essa visão da pena Zaffaroni elaborou uma metáfora, que poderia se chamar a *metáfora do quitandeiro*: a uma pessoa que se dirige a uma quitanda e solicita

65. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Derecho Penal*: Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 5.
66. Ibidem, p. 6.
67. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; et al. *Derecho Penal*: Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 44.
68. Ibidem, p. 45-46.
69. Ibidem, p. 46.
70. Idem.
71. Ibidem, p. 86.

um antibiótico, o quitandeiro lhe diz para se dirigir a uma farmácia, porque ele só vende verduras e frutas; esta seria a resposta do penalista quando demandado sobre o que fazer com um conflito que ninguém sabe como resolver e ao qual, como falsa solução, é atribuída natureza penal[72]. O penalista, em seu âmbito de conhecimento limitado, somente seria capaz de responder quando se habilitasse ou não o poder punitivo, e, mesmo assim, sabendo que isso não serviria ou não seria suficiente para resolver o conflito[73].

Por fim, vale destacar trabalho recente em que, analisando o Direito Penal em relação aos injustos econômico-financeiros (*O papel do Direito Penal e a crise financeira*), no contexto contemporâneo do capitalismo financeiro e da delinquência proveniente das disputas entre poderes econômicos e políticos, Zaffaroni traçou algumas notas justificando a criminalização (excepcional e restrita) de tais condutas.

O que desperta atenção no artigo é, de fato, a articulação um tanto inusitada de uma visão assumidamente agnóstica de pena no tocante ao tratamento, pelo Direito Penal, de tais ofensas (que, segundo Zaffaroni, seriam equiparadas, em efeitos, aos delitos contra a humanidade[74]).

Em síntese, para este tipo de delitos, de acordo com Zaffaroni, a pena terminaria justificada excepcionalmente, como *ultima ratio* (ao fracasso de todos os demais meios de controle social, e apenas para os casos mais aberrantes e grosseiros, sendo inevitavelmente seletivo[75]) – rechaçando-se tanto, de um lado, um "pampenalismo" como, por outro, um abolicionismo penal radical[76].

4. A recepção e coconstrução brasileira da teoria agnóstica da pena

Na América Latina, e, particularmente no Brasil, a teoria agnóstica da pena assumiu uma importância e um grau de adesão tão significativo (apesar de ainda minoritário), que é possível afirmar que, hoje, para além da paternidade inegável

72. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 184-185.

73. Ibidem, p. 185.

74. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O papel do Direito Penal e a crise financeira. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luíza (Orgs.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo*: o papel do Direito Penal na crise financeira. São Paulo: Liber Ars, 2015. p. 13.

75. Ibidem, p. 19.

76. Ibidem, p. 14.

de Tobias Barreto e Raúl Zaffaroni, trata-se de uma teoria em pleno desenvolvimento e coconstrução conjunta pela doutrina pátria.

Sem prejuízo de outros autores que adotam esta perspectiva teórica[77], identificam-se quatro grandes personagens responsáveis pelo desenvolvimento, atualização e aplicação da teoria agnóstica no Brasil: Nilo Batista, Salo de Carvalho, Rodrigo Roig e Davi Tangerino. Serão, portanto, analisadas na sequência suas principais obras e contribuições no tema.

4.1. A parceria Nilo Batista-Raúl Zaffaroni

Talvez a mais importante obra jurídico-penal brasileira (e latino-americana) do século XXI, a tradução (e adaptação brasileira) do último Manual de Zaffaroni, Alagia e Slokar por Nilo Batista em um Tratado de três volumes represente um esforço sem precedentes na construção de uma teoria jurídico-penal deslegitimante radicalmente comprometida com a liberdade, com o Estado Democrático de Direito e com a emancipação dos povos latino-americanos.

Antes deste importantíssimo empreendimento, Nilo Batista, apesar de propor uma dogmática eminentemente crítica em *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro* (1990)[78], naquele momento, ainda não cogitava do manejo de uma teoria agnóstica ou negativa de pena. Naquela obra, afirmava Batista – criticamente, reconhecendo as contradições e conflitos próprios de uma sociedade violentamente desigual e classista – ter o Direito Penal *a missão de proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena*[79]. A obra não esclarece se a pena teria justificativa de prevenção especial, porém, dado o contexto recente da Reforma de 1984 e a predominância, no Brasil, de uma teoria combinatória da

77. Por todos, MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de Direito Penal*: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva. p. 655-657. Oferecendo uma proposta agnóstica para medidas socioeducativas, ROSA, Alexandre Morais da, LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e garantias constitucionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; FERRAZ, Hamilton Gonçalves; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Lineamentos de uma teoria agnóstica da medida socioeducativa. *Revista de Estudos Criminais*, v. 15, n. 61, p. 67-98, abr.-jun. 2016. Por fim, destacam-se trabalhos acadêmicos mais inclinados à Criminologia que aderem aos vetores principais da teoria, como SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *A Era do Grande Encarceramento*: Tortura e Superlotação Prisional no Rio de Janeiro. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), 2015.

78. Utilizou-se aqui a 11ª edição, de 2007, inalterada pelo autor ao longo do tempo.

79. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 115-116.

pena (prevenção geral e especial), o viés dessa "proteção de bens jurídicos" muito provavelmente se daria nestes termos mais convencionais.

O câmbio radical de Batista começa com a tradução do último Manual de Zaffaroni. Na parte relativa à pena, não há significativas mudanças ou alterações de conteúdo, relevando-se, porém, no primeiro volume, a menção expressa e destacada a Tobias Barreto, seus estudiosos e comentadores, e suas contribuições a um modelo agnóstico de pena[80].

No segundo volume, dedicando-se às consequências dogmáticas do modelo agnóstico de pena e sua projeção na teoria do delito, Batista e Zaffaroni apontam os equívocos de modelos integrados legitimantes (Roxin, Jakobs, por exemplo)[81] e, apresentando uma *teleologia redutora*, afirmam a necessidade de se observar que (i) no marco de uma teoria agnóstica ou negativa da pena, os conceitos da teoria do delito devem ser necessariamente redutores da possibilidade de exercício do poder punitivo, sob pena de disfuncionalidade; e (ii) que se deve distinguir com clareza a teoria do delito das questões acerca da assunção desta responsabilidade por parte das agências judiciárias[82].

No terceiro volume, entre as mais importantes adaptações, destaca-se o tratamento da culpabilidade, que foi modificado desde a supressão da ideia de reprovação, por seu conteúdo moralista e de Direito Penal de autor[83], passando pelas atualizações e inovações provenientes da Reforma Psiquiátrica, que revogariam o art. 97 do CP[84], chegando inclusive ao tratamento dogmático de questões de responsabilização envolvendo povos originários[85]. Aqui a influência da

80. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. t. I, p. 109. Voltando à teoria agnóstica da pena, BATISTA, Nilo. Prefácio. In: CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 17-21; BATISTA, Nilo. Prefácio. In: LOPES, Lucilla Elias; BATISTA, Vera Malaguti. *Atendendo na guerra*: dilemas médicos e jurídicos sobre o *crack*. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 9-14.

81. Em profunda crítica, Batista e Zaffaroni apontam que "nenhum poder tende jamais a autolimitar-se, e sim, sempre, a expandir-se; por isso, todo limite do poder confiado ao próprio poder tende a desaparecer" (BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. t. II, I, p. 63).

82. Idem.

83. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan 2017. t. II, p. 164-165; anteriormente, BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 161-180.

84. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito Penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan 2017. t. II, II, p. 266-267.

85. Ibidem, p. 282-283.

teoria agnóstica da pena se faz sentir mais sensivelmente no afastamento categórico de propostas funcionalistas de culpabilidade, que aproximam o conceito dos fins da pena[86] e no desenvolvimento da proposta de culpabilidade pela vulnerabilidade[87].

4.2. Salo de Carvalho: de um garantismo crítico a um minimalismo deslegitimante

Traçar os percursos teóricos de Salo de Carvalho não é tarefa simples. Sua produção intelectual intensa, dinâmica e inquieta, colocando seu pensamento jurídico-penal e criminológico em "permanente ebulição", no carinhoso elogio de Nilo Batista[88], além de sua característica interdisciplinar, sugerem uma abordagem diferenciada para identificar as linhas principais de suas reflexões relativas à pena, com todo o respeito e admiração ao autor. Por isso, em vez de se tentar apresentar uma reflexão de forma mais cronológica e minuciosa, serão apontadas suas obras e seus trabalhos mais emblemáticos, que consagraram o estado mais avançado de seus estudos em cada fase de seu pensamento.

Uma primeira etapa de sua filiação teórica é representada pela obra *Pena e garantias* (2001)[89], em que o autor se dedicou a estudar o modelo de execução penal brasileiro, identificando seu inquisitorialismo e propondo um arsenal teórico crítico para sua superação, culminando, no último capítulo, em uma abordagem constitucionalizada da problemática dos conflitos carcerários (rebeliões, greves de fome, entre outras formas de resistência). Nessa obra, o referencial teórico principal do autor é o garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli, enriquecido de considerações e conclusões provenientes da Criminologia Crítica latino-americana; o trabalho é um exemplo da expressão de Vera Andrade, representando fielmente o que a autora denomina por *garantismo criminologicamente fundamentado*[90].

86. Ibidem, p. 199-200.
87. Ibidem, p. 170-173. Sobre o tema, conferir FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, n. 120, p. 41-73, maio-jun. 2016.
88. BATISTA, Nilo. Prefácio. In: CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 17.
89. Utilizou-se aqui a 3ª edição da obra, de 2008 (CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008).
90. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da Criminologia*: O controle penal para além da desilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 233.

No quarto capítulo da obra, o autor se dedica à análise da justificação da pena à luz do garantismo. Como se sabe, a teoria de justificação defendida por Ferrajoli se propõe, em síntese, a evitar os "injustos ilícitos e os injustos castigos". Trata-se de uma teoria de prevenção da violência (distinta dos modelos convencionais de retribuição e prevenção) que obedece ao recorte epistemológico (e lógico) proposto pela Lei de Hume, e se orienta a partir da "lei do mais fraco", que no delito é a vítima e no processo ou condenação é o réu[91]. A princípio, segundo este modelo, a pena é inevitavelmente legitimada, porque concretiza um modelo de Direito Penal mínimo, que, por sua vez, dá forma a um modelo de Estado Penal mínimo, cujo revés é um Estado Social máximo – quadro a que almeja atingir o garantismo de Ferrajoli[92].

Salo de Carvalho, em *Pena e garantias*, abordou esta questão, mas propôs, de forma bastante original, uma conciliação entre o modelo garantista legitimante de Ferrajoli e o modelo minimalista deslegitimante de Zaffaroni. A partir do objetivo político imediato de redução de danos, Carvalho vislumbrou, na interação entre estas distintas matrizes penológicas, a possibilidade de construção de uma teoria normativa sobre os limites e condições de legitimidade da pena fundadas em fins específicos, no caso, minimização do sofrimento gerado pela pena e negação da violência privada ilegítima decorrente da inexistência de pena, o que resguardaria o papel de limite negativo do Direito em relação à violência punitiva, esta deslocada para a esfera política[93].

Em trabalhos posteriores, vislumbra-se certo abandono do referencial teórico garantista cerrado e uma adesão mais explícita a visões minimalistas e agnósticas da pena, enriquecidas a partir do diálogo com correntes abolicionistas penais.

91. "O objetivo geral do Direito Penal, tal como resulta da dupla finalidade preventiva ora ilustrada, pode ser, em uma palavra, identificado com o impedimento do exercício das próprias razões, ou, de modo mais abrangente, com a *minimização da violência na sociedade*. Tanto o delito como a vingança constituem exercício das próprias razões. [...] A lei penal é voltada a minimizar esta dupla violência, prevenindo, através de sua parte proibitiva, o exercício das próprias razões que o delito expressa, e, mediante a sua parte punitiva, o exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais expressam. [...] *Este é, sim, a proteção do fraco contra o mais forte: do fraco ofendido ou ameaçado com o delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o réu e na vingança é o ofendido ou os sujeitos públicos ou privados que lhe são solidários.*" (grifo nosso) (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 311.)

92. Ibidem, p. 798-799.

93. CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 143-144.

Destacam-se o artigo *Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo* (publicado na coletânea *Crítica à execução penal* (2001)[94], aprofundado e revisto no *Antimanual de Criminologia*[95]) e a própria obra *Penas e Medidas de segurança no Direito Penal brasileiro* (2013), seguida de dois importantes textos: *Theories of punishment in the age of mass incarceration: a closer look at the empirical problem silenced by justificationism (the Brazilian case)* (2013) e *Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento* (2013).

Em "Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins [...]", Carvalho iniciou destacando o abolicionismo e apresentou como representantes desta filiação Michel Foucault[96], Thomas Mathiesen, Nils Christie e Louk Hulsman. Depois de apresentar brevemente o pensamento de cada um dos autores, Carvalho passou ao debate entre garantismo e abolicionismo, afirmando categoricamente sua posição contrária à chamada "demonização do abolicionismo"[97]. Na primeira versão do trabalho, Carvalho se dedicou, primeiro, a questões de índole processual, como a tensão existente na administração dos conflitos por via penal quando envolvia reparação ou direitos das vítimas[98]; na segunda parte, retomada nas publicações posteriores, apresentou-se um argumento constitucional para a adoção da teoria agnóstica da pena, consubstanciado na negativa de resposta do Constituinte ao "por que punir", dedicando-se mais ao "como punir", contrariamente a constituições contemporâneas e semelhantes à brasileira (italiana, espanhola e portuguesa)[99]. Na última parte, Carvalho passou então a revisitar Zaffaroni e

94. Utilizou-se a segunda edição do trabalho, com publicação de 2007 (CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007).

95. Consultou-se a quinta edição da obra, de 2013.

96. Apesar de não se considerar propriamente um abolicionista, suas contribuições intelectuais propiciaram importantes subsídios ao movimento (CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 4).

97. Ibidem, p. 12.

98. Ibidem, p. 13-18.

99. Ibidem, p. 18-21. O argumento é retomado em CARVALHO, Salo de. Supérfluos fins (da pena): constituição agnóstica e redução de danos. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 13, n. 156, p. 14-15., nov. 2005. No *Antimanual*, Carvalho reconhece limites constitucionais ao abolicionismo – isso porque a Constituição de 1988 definiria modelo de persecução dos fatos puníveis, prevendo ainda como sanções a pena privativa de liberdade em regime fechado; o que não inviabilizaria a adoção de uma teoria agnóstica da pena voltada à

Barreto, apresentando seus estudos, compartilhando de suas conclusões e enfatizando a necessidade de redução de danos como horizonte ao direito penal[100].

Em "Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro", seu trabalho mais robusto no tema, Carvalho abandonou, definitivamente, a pretensão de conciliar o justificacionismo garantista e os modelos minimalistas deslegitimantes, deixando mais explícito que eram referenciais teóricos diferentes, com conclusões e consequências distintas. Em aberta crítica a Ferrajoli, Carvalho observou que sua proposição de justificação não abandonaria um conteúdo mínimo de intimidação contra o delinquente, não excluindo a perspectiva coativa do seu projeto legitimador; ademais, seria empiricamente inverificável, como falsa promessa, o que, concordando com Zaffaroni, seria observável na própria América Latina, onde foram e são cometidos verdadeiros genocídios e não ocorreram episódios de vingança massiva[101].

Neste trabalho, Carvalho se dedicou a aperfeiçoar a teoria agnóstica da pena. Como pontua o autor, ela é composta de quatro pressupostos[102]: (i) *fundamento político da pena*, em que a sanção penal passa ao âmbito da política, e verifica-se uma relação tensa e desarmônica entre direito e sanção criminal (distinção entre poder de punir e pretenso direito de punir, que não se verificaria); (ii) *função de controle social da pena*, no sentido de que a sanção criminal, como instrumento político, destina-se a controlar a violação da ordem social interna; (iii) *incancelabilidade do fenômeno punitivo nas sociedades contemporâneas*, o que se relaciona à constatação do avanço do punitivismo mundialmente[103], inobstante a resistência e os avanços proporcionados pelos discursos abolicionistas; e (iv) *a pena como*

---

redução de danos (CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 258).

100. CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 21-26; CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 261-269.

101. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 117-118.

102. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 147-149.

103. CARVALHO, Salo de. *O Papel dos Atores do Sistema na Era do Punitivismo* (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010; sobre esta perspectiva, de forma global, PAVARINI, Massimo. O encarceramento de massa. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Orgs.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 293-312.

fenômeno da realidade, ou seja, pena é a violência que se observa empiricamente, e não o que o legislador considere que seja, e, por isso, trata-se de fenômeno que deve ser contido pelo Direito (teleologia redutora) em razão de sua pulsão violenta (tendência ao excesso).

Por tudo isso, Carvalho passa a afirmar que, em verdade, não é a teoria agnóstica uma teoria da pena, mas "um modelo dogmático crítico que objetiva, por meio da manipulação virtuosa das ferramentas jurídicas pelos atores do sistema penal, restringir a *potentia puniendi* (potência punitiva ou punitividade)"[104]. Cuida-se de proposta que buscaria o desenvolvimento de uma dogmática consequente, preocupada efetivamente com a vida concreta de pessoas concretas que sofrem a experiência punitiva real[105].

Em dois trabalhos mais recentes, Carvalho expandiu sua análise, passando-se a se dedicar à crítica global ao justificacionismo, apresentando, como contraponto crítico, mais uma vez, a teoria agnóstica da pena. A pergunta que atravessa estas últimas reflexões consistiu em verificar *o papel que o justificacionismo desempenharia na expansão ou contração de poder punitivo*[106].

Em *Theories of punishment in the age of mass incarceration: a closer look at the empirical problem silenced by justificationism (the Brazilian case)*, depois de levantar minuciosamente os dados estatísticos que revelam o grande encarceramento no Brasil, iniciado desde o início dos anos 90, Carvalho detecta problemas significativos nas teorias convencionais de justificação da pena. Partindo do recorte metodológico radical entre ser e dever ser (observância da Lei de Hume), as teorias justificacionistas negariam resposta ou explicação ao fenômeno do encarceramento em massa, particularmente no Brasil. Assim, colocando o problema nestes termos, Carvalho sustentou que, diante da irreversibilidade da desconstrução proporcionada pela Criminologia Crítica, não seriam mais admissíveis modelos teóricos de justificação abstrata despreocupados com as consequências reais de sua justificação, seu impacto no sistema penal. Escolhendo o silêncio, a teoria do Direito Penal perderia capacidade de autocrítica e, seduzida por uma

104. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 149.

105. Ibidem, p. 51.

106. CARVALHO, Salo de. Theories of punishment in the age of mass incarceration: a closer look at the empirical problem silenced by justificationism (the Brazilian case). *Open Journal of Social Sciences*, v.1, n. 4, p. 10, 2013; CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. *Polis e psique*, v. 3, p. 148, 2013.

"vontade de pureza", não seria mais do que uma "ciência escrava", uma técnica inocente e útil a qualquer demanda política[107].

O trabalho "Sobre as Possibilidades de uma Penologia Crítica: Provocações Criminológicas às Teorias da Pena na Era do Grande Encarceramento", que apresenta os resultados parciais de sua pesquisa de Pós-Doutorado na Itália, junto ao Prof. Pavarini, se dedica, agora, às respostas às perguntas formuladas no trabalho anterior. Desta vez, Carvalho formula uma hipótese: as tradicionais teorias da pena, em razão de sua fundamentação (jurídica) contratual e de sua perspectiva (social) consensualista, seriam incapazes de oferecer um modelo efetivamente redutor do punitivismo, situação que somente pode ser superada com a adoção de critérios de interpretações fundados na ideia de conflito, justamente as condições de possibilidade de uma penologia crítica[108].

No fundo de toda e qualquer teoria de justificação, haveria dois pressupostos básicos: (i) *metodológico*, consubstanciado na observância à Lei de Hume, que afasta o Direito Penal da Criminologia e os trata como saberes distintos em campos estanques entre si[109]; e (ii) *filosófico, sociológico ou político*, concretizado em teorias consensuais acerca da legitimidade da intervenção punitiva estatal (notadamente, teorias do contrato social), formando, como Baratta já percebera, dimensões particulares de uma ideia mais geral de defesa social[110], o que tenderia a agregar e confundir as respostas relativas a "se ou não punir" (fundamentos do poder de punir) e "por que punir" (justificativas do poder de punir)[111].

Por essa razão, toda e qualquer "nova" teoria de justificação da pena que se funde sobre estes dois pressupostos tenderá a repetir ou adaptar argumentos já apresentados em modelos de retribuição ou prevenção, tornando o debate estagnado ou estéril[112].

---

107. CARVALHO, Salo de. Theories of punishment in the age of mass incarceration: a closer look at the empirical problem silenced by justificationism (the Brazilian case). *Open Journal of Social Sciences*, v. 1, n. 4, p. 11, 2013.

108. CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. *Polis e psique*, v. 3, p. 143, 2013.

109. CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. *Polis e psique*, v. 3, p. 145, 2013.

110. CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. *Polis e psique*, v. 3, p. 149, 2013.

111. Ibidem, p. 150.

112. Ibidem, p. 151-152.

A superação deste cenário se daria, precisamente, pela contribuição da Criminologia Crítica, que, primeiro, propõe a derrubada intencional da barreira epistemológica entre ser e dever ser proposta pela Lei de Hume, assumindo o "vício ideológico" denunciado por Ferrajoli[113] em favor da preocupação com a vida de pessoas concretas; e, segundo, opõe aos modelos ideais de consenso e legitimidade uma realidade conflitiva e ilegítima, marcada pela violência punitiva seletiva, desigual e irracional[114]. Assim, apenas duas construções teóricas superariam estes pressupostos justificacionistas: (a) a teoria da retribuição equivalente, de Juarez Cirino dos Santos, baseada no marxismo (que foge do escopo do presente trabalho)[115]; e (b) a própria teoria agnóstica da pena[116].

4.3. Rodrigo Roig: aplicação e execução da pena a partir da sua deslegitimação

Este autor, combinando sua experiência profissional junto à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro com um fino rigor e sensibilidade acadêmicos, estudou a pena em todas as suas dimensões: histórica, em sua Dissertação de Mestrado[117]; aplicativa, em sua Tese de Doutorado[118]; e executiva, agregando seus estudos de Pós-Doutorado na Itália[119]. Para os propósitos do trabalho, será necessária uma análise mais detida sobre os dois últimos trabalhos.

Abordando a aplicação da pena, Roig sustentou um autêntico dever constitucional de minimização e redução de danos por parte das agências judiciais, deduzível da própria Constituição de 1988, cuja matriz discursiva seria uma concepção negativa de pena, em que a aplicação da pena seria um "contrapoder punitivo"[120].

---

113. Ibidem, p. 146.
114. Ibidem, p. 153-154.
115. Sobre a teoria da retribuição equivalente, SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: Parte Geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 436-442.
116. CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. *Polis e psique*, v. 3, p. 156, 2013.
117. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
118. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena*: limites, princípios e novos parâmetros. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
119. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014.
120. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena*: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 17-25.

Depois de comparar as teorias da retribuição equivalente e teoria agnóstico-negativa da pena, Roig sugeriu uma perspectiva que, mantendo a rejeição a qualquer função positiva à pena, abandone a pura agnose em favor de uma visão realista quanto às funções reais ou latentes do sistema penal, ao mesmo tempo que, deixando em segundo plano o viés eminentemente econômico, destaque a percepção da pena como ato de poder político do estado de polícia[121]. É dessa forma que Roig passou, então, a dedicar todo o resto da obra a construir uma teoria de aplicação da pena a partir deste fio condutor crítico e deslegitimante, sempre com o objetivo primeiro e último de redução de danos.

No plano da execução penal, Roig também explorou as consequências da adoção de uma teoria agnóstica da pena, entendendo que, tal como o Direito Penal, o Direito da Execução Penal também deveria possuir o objetivo de legitimar as decisões das agências jurídicas, no intuito de conter racionalmente a ação do poder punitivo-executório do Estado de Polícia em prol do fortalecimento das bases do Estado de Direito, cumprindo dever de redução de danos com bases constitucionais[122].

4.4. A desconstrução da culpabilidade – e da justificação da pena – por Davi Tangerino

Davi Tangerino percorreu caminhos teóricos e metodológicos um pouco distintos de Zaffaroni, de Salo de Carvalho e de Rodrigo Roig em sua crítica às justificações da pena – que, no caso, aparece de forma mais incidental em seu trabalho dedicado à reconstrução da categoria conceitual da culpabilidade no Direito Penal.

Com amparo nos estudos de Álvaro Pires sobre a formação da chamada "racionalidade penal moderna", entendida aqui como, em apertada síntese, a maneira de pensar o sistema penal construída com início na segunda metade do século XVIII, que edificou o Direito Penal a partir da pena aflitiva aplicada em nome da proteção à sociedade, a normas ou a valores em geral[123], Tangerino observou que este esquema de pensamento sempre e inevitavelmente atribuiria ao Direito Penal a missão de proteção de bens jurídicos mediante a aplicação de

121. Ibidem, p. 47-48.

122. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 24-25.

123. PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 68, p. 40-44, mar. 2004.

pena em sentido forte[124]. Assim, a justificação da pena sempre seria baseada na ideia do Direito Penal como instrumento de manutenção da paz por meio da incorporação, pelos sujeitos (racionais, maduros e moralmente autônomos) da lei (que encarnaria os valores e princípios mais caros à coletividade)[125].

Tangerino então desferiu diversas críticas a este esquema de pensamento: a partir da psicologia moral e da psicanálise, em relação ao sujeito (uma vez que a imagem idealizada pelo Direito Penal apenas se realizaria muito excepcionalmente); das teorias das subculturas criminais e do *labelling approach* em relação à ideia de bens jurídicos universais protegidos pelas normas penais; e do abolicionismo penal e da mesma psicanálise em relação à forma violenta, por meio de pena em sentido forte, como melhor forma de solução de conflitos[126].

As críticas de Tangerino convergem para a adoção de uma teoria agnóstica da pena. Uma vez que a atribuição de qualquer função positiva do recurso à pena em sentido forte seria de baixa plausibilidade, ao Direito Penal seria imputada a singela missão de afirmação de validade de determinados bens jurídicos escolhidos (de acordo com a dinâmica dos jogos e conflitos políticos) como particularmente importantes, e a pena, sendo concretamente dor e sofrimento, não teria outro papel senão o de reafirmar a validade daqueles bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal[127]. A pena, para Tangerino, deixa de ser o único meio de proteção a bens jurídicos para ser apenas (mais) um dos meios de que o Estado disporia para a imposição de condutas tendentes à manutenção de um determinado *status quo* – em síntese, controle social formal[128]. No claro resumo de Tangerino:

124. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 168-169; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Pena é política. *Revista Discursos Sediciosos*: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro-RJ, ano 19, ns. 21/22, p. 49-51, 1º e 2º semestres de 2014.

125. Idem.

126. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; p. 170-172; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Pena é política. *Revista Discursos Sediciosos*: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro-RJ, ano 19, ns. 21/22, p. 51-54, 1º e 2º semestres de 2014.

127. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 173; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Pena é política. *Revista Discursos Sediciosos*: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro-RJ, ano 19, ns. 21/22, p. 54-55, 1º e 2º semestres de 2014.

128. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 173-174, TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Pena é política. *Revista Discursos Sediciosos*: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro-RJ, ano 19, ns. 21/22, p. 54-55, 1º e 2º semestres de 2014.

> A pena será apenas uma dentre as inúmeras estratégias possíveis (de enfrentamento de situações problemáticas), sem dela se esperar nenhum efeito positivo, sendo somente uma *confissão pública de fracasso na composição de um conflito*: quando todas as respostas houverem falhado e os filtros de contenção do poder punitivo houverem se mostrado insuficientes, então se poderá falar dessa indesejável, porém ainda não descartável reprimenda.[129]

5. Críticas à teoria agnóstica da pena

Entre os penalistas brasileiros que repudiam a teoria agnóstica da pena (ou a alguma de suas possíveis consequências), destacam-se Luís Greco, Adriano Teixeira e Paulo Busato.

Em um pequeno ensaio a respeito do estado atual da ciência penal latino-americana, Luís Greco lançou a seguinte afirmação:

> Talvez o filósofo possa dar-se ao luxo de afirmar a ilegitimidade da pena. O jurista que adote esta posição cai forçosamente em um dilema entre a ingenuidade da abstração e o incômodo frente ao concreto. Ele permanece nessa ingenuidade se restringe seu olhar à pena como instituição, sem perguntar-se por qualquer caso individual (ou apenas por casos escolhidos a dedo e que, por isso, não incomodam). Ao enfrentar-se, por exemplo, com problemas concretos – o torturador de um regime ditatorial, o violador pedófilo que arruinou várias vidas – ou o jurista se contradiz e aceita que, nestes casos, excepcionalmente menos pena não é pior, ou então se cala.[130] (tradução nossa)

Não figura de forma clara no texto a menção ou a citação a qualquer defensor da teoria agnóstica da pena (ou de qualquer outra teoria deslegitimante), mas a crítica parece ter destinatários bem definidos no cenário jurídico latino-americano.

Adriano Teixeira, que, conjuntamente a Carvalho e Roig, apresenta uma importante obra debruçando-se à aplicação da pena, dedicou algumas páginas à análise da teoria agnóstica da pena. Em grande síntese, Teixeira concorda com as preocupações humanistas e redutoras de Zaffaroni em suas notas sobre a teoria agnóstica da pena, mas discorda de sua construção teórica, uma vez que das premissas empíricas de ilegitimidade do sistema penal não se extrairiam as

129. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 185-186.

130. GRECO, Luís. Hacia la superación de viejas certezas: la ciencia latinoamericana del derecho penal entre revelación y desconstrucción. *En Letra*: Derecho Penal, ano 1, n. 2, p. 4, 2016.

conclusões normativas de sua eliminação ou sempre e necessária contenção. Para o autor, o cenário ideal seria um sistema criminal reduzido, carente desses fatores de ilegitimidade e informado por princípios formulados desde séculos pela filosofia moral e política, e, sobretudo, pela ciência do direito penal[131]. O autor sustenta, assim, uma teoria de prevenção geral negativa como mais adequada às feições de um Estado Liberal[132].

Por fim, há de se fazer menção a Paulo Busato que, a princípio, não discordando da visão agnóstica e minimalista proposta por Batista e Zaffaroni[133], dedica-se a se insurgir contra o abolicionismo penal e a negação completa do sistema penal, encerrando sua exposição afirmando que a finalidade da pena não seria mais do que a manutenção do controle social do intolerável, mediante a proteção seletiva de bens jurídicos[134].

6. Conclusão

Uma construção textual mais intuitiva se dedicaria a responder de pronto às críticas formuladas pelos respeitáveis professores brasileiros. Parece, porém, ser mais proveitoso iniciar a conclusão apontando, primeiro, as possibilidades e as perspectivas que a teoria agnóstica proporciona ao Direito Penal. Vislumbram-se, assim, *possibilidades internas* e *externas ao Direito Penal*.

Em relação às *possibilidades internas*, uma concepção agnóstica, baseada em um sentido mais material ou substancial de pena, permite aproximar a sanção criminal de outras sanções aflitivas oriundas de sistemas de controle social paralelos, como as medidas correcionais (medidas socioeducativas e medidas de segurança) e, assim, favorece o desenvolvimento de modelos dogmáticos redutores para inimputáveis etários e inimputáveis por sofrimento psíquico[135].

131. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 93.

132. Ibidem, p. 88-89 e p. 97.

133. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 805.

134. Ibidem, p. 809.

135. CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. A Punição do Sofrimento Psíquico no Brasil: Reflexões sobre os Impactos da Reforma Psiquiátrica no Sistema de Responsabilização Penal. *Revista de Estudos Criminais,* v. 48, p. 55-90, 2013. CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo. *Revista Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, ano 17, ns. 19/20, p. 461-479, 1º e 2º semestres de 2012.

Também é relevante apontar que uma concepção agnóstico-negativa possui frutos particularmente sensíveis em sede de Execução Penal, potencializando os direitos fundamentais nessa seara pela atração do controle judicial sobre a violência exercida no meio penitenciário, o que é trabalhado, como visto, por Rodrigo Roig.

Por fim, uma terceira possibilidade, ainda que um tanto inusitada, se refere ao Processo Penal, e é Elmir Dulclerc quem propõe uma reformulação das categorias fundamentais e do sentido político criminal do Processo Penal em vista do objetivo de redução de danos e contenção de poder punitivo, o que só é viável considerando-se uma perspectiva agnóstica de pena (e de processo)[136].

Em relação às *possibilidades externas* ao Direito Penal, notadamente, o maior ganho da teoria agnóstico-negativa é inspirar e incentivar modelos alternativos de solução de conflitos: é o debate contemporâneo da Justiça Restaurativa, que aposta em novas formas de administração de conflitos que, pautadas na aproximação entre as partes no conflito (ofensor e vítima), na conciliação e em uma gestão horizontal das controvérsias (pelos próprios envolvidos), em contraposição ao modelo cerrado, excludente, vertical e culpabilizante da Justiça Criminal Tradicional nos moldes ocidentais[137].

No que concerne às críticas à teoria agnóstica, talvez elas possam ser resumidas em uma só indagação: ultrapassada a *ultima ratio*, em casos de ofensas extremas, o que fazer? Qual a resposta da teoria agnóstica nestas situações? Aceitar a punição excepcional é legitimá-la? Caso aceita, como aplicá-la e segundo quais parâmetros?

É importante notar que, a bem da verdade, nenhuma teoria de justificação oferece resposta satisfatória para casos extremos, uma vez que, nos domínios legitimantes da racionalidade punitiva, todas as respostas inevitavelmente conduzem o intérprete à punição. Seja porque se pretenda retribuir, seja porque se pretenda prevenir, o "oficial torturador de um regime militar", o "estuprador que arruinou vidas", o "latrocida", e todo e qualquer "tipo ideal" de desviante extremo terminam punidos (de uma ou outra forma) e, por isso, as razões de punir, por mais fundadas que possam ser, não dizem muito sobre a consistência desta ou daquela teoria de justificação. Entretanto, a situação muda radicalmente

136. RAMALHO JÚNIOR, Elmir Dulclerc. Ensaio para uma teoria agnóstica do processo penal. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 10, n. 2, p. 1322-1347, 1º quadrimestre de 2015.

137. Sobre isto, ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

quando o justificacionismo se vê diante de casos igualmente extremos, mas que, ao contrário, não necessitaram de pena para uma solução satisfatória às partes envolvidas: são os casos da Justiça Restaurativa, os quais forçam a teoria da pena a novos olhares e modelos teóricos distintos.

De qualquer forma, para fornecer uma linha de resposta à indagação *supra*, verifica-se, a partir da revisão bibliográfica empreendida, a existência de duas versões possíveis (e aceitáveis, desde que assumidas suas consequências) da teoria agnóstica da pena:

(i) uma *versão forte ou radical*, na qual pena é dor, *e sua função é causar dor*. Sabe-se para o que ela (não) serve. A pena, como o sistema penal, é ilegítima desde a raiz. Um fenômeno puro da política, que deve ser contido, em sentido negativo, pelo Direito Penal. Aqui, *a teoria é mais negativa do que agnóstica*, e, portanto, sugere a proposição (mediata ou imediata) de um abolicionismo penal radical (ainda que esta não venha a ser, necessariamente, a intenção de seus defensores). Nesta versão, qualquer argumentação que tolere, proponha ou de alguma forma legitime criminalizações e punições, sejam elas novas ou não, implica em legitimar não só a decisão judicial, mas a própria pena, expressamente ou não. A resposta categórica "não punir" antecede e baliza em termos lógicos todas as discussões e respostas dogmáticas relativas a "como punir", aceitando-se como únicas respostas legítimas aquelas que resultem em menos punição, o que hiperdimensiona um objetivo político redutor em detrimento da força de seus argumentos de base, nem sempre coerentes, harmônicos ou consistentes. Aqui, o Direito Penal é única e exclusivamente um saber funcionalmente orientado à redução de poder punitivo, e nada mais; e

(ii) uma *versão fraca ou moderada*. Aqui, ocorre um deslocamento de foco: a base da agnose punitiva é transferida da ilegitimidade do sistema penal (que não se deixa de reconhecer e criticar) para a vinculação necessária entre delito ("situação problema") e sanção ("pena"). Sabe-se que a pena é imposição de dor, mas delito e pena são fenômenos absolutamente distintos e dissociáveis, e, nestes termos, o emprego da pena pode, ou não, realizar as funções que lhe são atribuídas. Por sua natureza violenta e, tendo-se em vista a irrealização ou, no mínimo, a contestação criminológica substancial a todas as funções comumente atribuídas à pena, trata-se de um instrumento de uso, em princípio, negado, mas cujo manejo não é, de pronto, interditado (o que não implica em qualquer louvor ou aclamação à punição penal). A resposta "talvez punir" não condiciona discussões e respostas relativas a "como punir", e, assim, propostas punitivas podem desfrutar de alguma legitimidade, desde que baseadas em forte ônus argumentativo – no caso, por parte do Direito Penal, apenas a legitimidade do bem afetado pela conduta ofensiva e a constatação de ineficácia de outras formas de controle social

desta afetação. Aqui, ao Direito Penal, não deixando de almejar ser um saber limitador de poder punitivo, lhe é atribuído o reconhecimento de bens jurídicos penalmente relevantes; a pena nada mais faz, concretamente, do que reafirmar a relevância destes bens por meio de uma coerção. Esta é a chave agnóstica que aqui se passa a defender, assumindo-se, respeitosamente, seus limites, suas imperfeições e suas críticas – comuns em qualquer teoria da pena, agnóstica ou não.

A partir deste panorama, os modelos teóricos da pena talvez mereçam um novo tratamento teórico. A questão "Se ou não punir", que envolve problemas de *fundamentação* da pena, permitiria três ordens de resposta: (i)"*punir*", em que se admitiria a pergunta instrumental subsequente "para que punir", e as respostas justificacionistas retributivas e preventivas, sejam tradicionais ou contemporâneas, comporiam um quadro de *teorias de legitimação necessária*, com todas as críticas e problemas a elas atribuídos e denunciados; (ii)"*não necessariamente punir*", em que figuraria uma teoria agnóstica da pena (agnose em sentido fraco), na qual pena e delito estão separados e as funções da pena podem, ou não, se realizar, consistindo em uma *teoria de legitimação eventual ou contingente*, *minimalista* em relação ao sistema penal; e (iii) "*não punir*", na qual pena e sistema penal são ilegítimos, desprovidos de qualquer função positiva; aqui figurariam a teoria da retribuição equivalente e a teoria negativa da pena (agnose em sentido forte), tratando-se, de fato, de *teorias de deslegitimação da pena*, tendencialmente *abolicionistas* em relação ao sistema penal.

Uma proposta agnóstica da pena poderia, ainda, se confrontar com as seguintes indagações (que remontam a Zaffaroni): onde se precisa de uma teoria da pena? Um jurista necessita, de fato, de uma teoria de fundamentação ou justificação para suas elaborações doutrinárias? Até que ponto uma teoria da pena (qualquer) se presta a fornecer respostas dogmáticas? Não estariam elas muito mais ligadas ao grau de afetação do bem jurídico?

Talvez uma teoria da pena não seja absolutamente prescindível – não em um modelo minimalista, pelo menos. Quiçá, em sede legislativa, no debate político, sejam necessários algum posicionamento e algum controle jurídico da punição penal. Isso porque a pergunta "o que punir" se vincula, de alguma forma, à finalidade da sanção ao se punir aquela ofensa (pune-se, por exemplo, o peculato porque se considera que a administração pública é um bem relevante o suficiente para ser "protegido", por qualquer finalidade que seja, pelo Direito Penal). Essa finalidade, porém, se existisse, não seria de tratamento por outras áreas, notadamente a Criminologia? O que um jurista – com o limitado saber que dispõe – poderia ter a contribuir nessa discussão?

A contribuição honesta e sincera do Direito Penal parece se limitar, essencialmente, a (i) confirmar a legitimidade penal do bem ofendido ("vida" é um bem

penalmente relevante, com sede constitucional; "saúde pública", um falso bem jurídico coletivo, e assim, sucessivamente); e, (ii) de acordo com a lesividade da conduta que se pretenda punir, esboçar alguma técnica de criminalização (delitos de dano ou perigo) e sua respectiva pena constitucional e convencionalmente adequada, isto é, (a) proporcional à ofensa (mas não vinculada a ela como sua consequência natural e necessária); e (b) limitada às consequências futuras na vida do ofensor, que não apenas não pode ter sua humanidade subtraída por uma punição, como também deve ter a possibilidade de, se quiser, reconstruir sua vida e sua história[138], em viés redutor de danos. E nada mais importa frisar.

Assim, à discussão das finalidades da pena, o jurista não teria muito a contribuir: talvez criminólogos, mas, igualmente, filósofos, economistas, cientistas sociais, psicanalistas ou também e inclusive o próprio cidadão comum (que deve ser respeitado em seus anseios, demandas, angústias e autodeterminação política) tenham mais a dizer, não dizer, afirmar ou negar. Isso não significa que o jurista não possa se manifestar no debate: pode sim, não apenas rejeitando a pena, como até mesmo propondo criminalizações ou sustentando finalidades à punição – neste momento, contudo, sua especialidade em Direito Penal passa a ser não mais do que um rótulo (simples e perigoso, por sua autoridade), e sua manifestação se dá em outra condição, ainda que na sua singela posição de cidadão ou interessado comum. Independentemente de quem se trate, a carga política da discussão será inevitável.

Se afirmar, politicamente, uma finalidade à pena, ultrapassa do escopo do Direito Penal, parece também extrapolar dos seus limites a afirmação política radical de sua negação. O poder punitivo, enquanto fenômeno da realidade, resta carente de limitação jurídica consistente tanto no primeiro caso, por ação (afirmação que toma por dogma a necessidade de pena), quanto no segundo, por omissão (que, negando o poder punitivo, dele se afasta, e assim, perde seu controle)[139]. Contudo, é permitida (ou mesmo impositiva) ao Direito Penal a afirmação política de *condições jurídicas de possibilidade* ao exercício do poder punitivo. Distinguir quais criminalizações podem ser legítimas ou não e quais

138. Do ponto de vista ético-filosófico, trata-se inclusive de aspecto essencial da dignidade humana, como argumenta Avishai Magalit em seu modelo de "sociedade decente" (MAGALIT, Avishai. *La société décente*. Trad. François Billard; rev. Lucien D'Azay. Paris: Climats, 1999. p. 72-73).

139. Ao menos enquanto não sobrevenha alguma mudança radical na estrutura social capaz de suprimir por completo a forma punitiva de pacificação social, o que é uma utopia legítima, e mesmo admirável, mas menos comprometida com o objetivo de minimização imediata (e possível) da conflitividade social real.

punições podem ser adequadas a essas criminalizações é um controle dogmático fundamental que, ainda que rarefeito e, de certa maneira, conformista (por decepcionar mentes mais sonhadoras e libertárias), pode contribuir a minimizar, de alguma forma, ao nível concreto e real, o sofrimento e as angústias daqueles e daquelas para quem nossas contradições sociais, políticas e econômicas (ainda) inviabilizam a construção de um outro mundo, menos violento, mais livre, mais solidário, mais igual e mais generoso.

A metáfora negativa do humilde e simpático quitandeiro de Zaffaroni, que se limita a responder que vende frutas e legumes quando perguntado sobre doenças e remédios, apesar de convidar lindamente à reflexão sobre os limites e possibilidades do Direito Penal, peca por encerrar o penalista no isolamento e no conforto da quitanda, enquanto o mundo se arrasa nas dores e no sofrimento das guerras. Talvez uma nova metáfora seja necessária para ilustrar a concepção agnóstica de pena que aqui se propõe: a *metáfora do diplomata*[140]. Diplomatas não decidem sobre a declaração de guerras – que, segundo Convenções e Tratados Internacionais, podem ser legítimas em dadas hipóteses previstas[141] –, tampouco lhes compete questionar sua utilidade ou função, por serem meros representantes dos Estados – estes sim, que decidem sobre guerras por todo e nenhum motivo (muitas vezes, que ostentam apenas mera legitimidade formal ou aparente). Entretanto, os diplomatas são as únicas pessoas que, cientes dos horrores da guerra, em todos os sentidos, podem ou evitá-la, argumentando e demonstrando sua desnecessidade perante seus superiores e a comunidade internacional, firmando pactos e acordos, ou minimizar suas consequências, buscando o controle das violências empregadas e zelando pelo mínimo de dano possível. É verdade que o metódico, habilidoso e burocrático diplomata não desperta tanta popularidade quanto o sábio, humilde e simpático quitandeiro. Contudo, não estão necessariamente contrapostos: a sabedoria de um ao reconhecer limites não é nada sem a habilidade e a inteligência do outro, ao lidar com as dores da guerra. Ao penalista, caberia apenas aprender com ambos: com a sabedoria e humildade de um

140. Cujos créditos acadêmicos pela ideia deve-se reconhecer, merecidamente, às discussões e debates travados pelo autor do texto com o querido amigo e Professor Humberto Souza Santos que, apesar da autoria, não se assume agnóstico, embora defenda uma interpretação minimalista ao Direito Penal.

141. Não se pretende entrar no espinhoso debate da "guerra justa", próprio do Direito Internacional Público; de toda forma, apenas a título ilustrativo, a Carta da ONU prevê e regula um direito de "legítima defesa, individual ou coletiva", por parte de seus Estados Membros, contra agressões, sem prejuízo do restabelecimento da paz pelo Conselho de Segurança (Carta da ONU, art. 51).

quitandeiro, a, reconhecendo seus limites, não se deixar isolar por eles; e, com a habilidade de um diplomata, a, lidando profissional e diariamente com o sofrimento, não se deixar governar e dominar por ele.

Referências bibliográficas

ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da desilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Edição do Estado de Sergipe, 1926.

BARRETO, Tobias. Algumas idéias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Edição do Estado de Sergipe, 1926.

BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Ed. fac. sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. Prefácio. In: CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BATISTA, Nilo. Prefácio. In: LOPES, Lucilla Elias; BATISTA, Vera Malaguti. *Atendendo na guerra*: dilemas médicos e jurídicos sobre o crack. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. t. I.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito Penal brasileiro* 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. t. II, I.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan 2017. t. II, II.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. Prefácio. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal* – parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. 1º: Introdução, norma penal, fato punível.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de. Supérfluos fins (da pena): constituição agnóstica e redução de danos. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 13, n. 156, p. 14-15, nov. 2005.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema na era do punitivismo* (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

CARVALHO, Salo de. Theories of punishment in the age of mass incarceration: a closer look at the empirical problem silenced by justificationism (the Brazilian case). *Open Journal of Social Sciences*, v. 1, n. 4, p. 1-12, 2013.

CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. *Polis e Psique*, v. 3, p. 143-164, 2013.

CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, p. 623-652, jul.-dez. 2015.

CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. A punição do sofrimento psíquico no Brasil: reflexões sobre os Impactos da reforma psiquiátrica no sistema de responsabilização penal. *Revista de Estudos Criminais,* v. 48, p. 55-90, 2013.

CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo. *Revista Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, ano 17, ns. 19/20, p. 461-479, 1º e 2º semestres de 2012.

COSTA JÚNIOR, Heitor. Tobias Barreto. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, n. 31, p. 97-107, jan.-jun., 1981.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2014.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Lineamentos de uma teoria agnóstica da medida socioeducativa. *Revista de Estudos Criminais*, v. 15, n. 61, p. 67-98, abr.-jun. 2016.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, n. 120, p. 41-73, maio-jun. 2016.

GRECO, Luís. Hacia la superación de viejas certezas: la ciencia latinoamericana del derecho penal entre revelación y desconstrucción. *En Letra*: Derecho Penal, ano 1, n. 2, p. 1-5, 2016.

LYRA, Roberto. *Tobias Barreto*: o homem pêndulo. Rio de Janeiro: Companhia Editora Coelho Branco, 1937.

MAGALIT, Avishai. *La société décente*. Trad. François Billard; rev. Lucien D'Azay. Paris: Climats, 1999.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de direito penal*: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PAVARINI, Massimo. O encarceramento de massa. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Orgs.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

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

RAMALHO JÚNIOR, Elmir Dulclerc. Ensaio para uma teoria agnóstica do processo penal. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 10, n. 2, p. 1322-1347, 1º quadrimestre de 2015.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena*: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e garantias constitucionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: Parte Geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *A era do grande encarceramento*: tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), 2015.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Pena é política. *Revista Discursos Sediciosos*: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 19, ns. 21/22, p. 49-59, 1º e 2º semestres de 2014.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*: Parte General. Buenos Aires: Ediar, 1977.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología*: aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988. v. I.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Elementos para uma leitura de Tobias Barreto. In: ARAUJO JR., João Marcelo (Coord.). *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La rinascita del diritto penale liberale o la 'Croce Rossa' giudiziaria. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. *Le ragioni del garantismo*: discutendo con Luigi Ferrajoli: Torino: Giappichelli, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tobias Barreto y la crítica de Nina Rodrigues. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila Editores Latinoamericana, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1998. t. I.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Montevideo-Buenos Aires: B. de F., 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo do direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legalidad penal liberal y autoritaria. In: GRECO, Luís e MARTINS, Antonio (Org.). *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O papel do direito penal e a crise financeira. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luíza (Orgs.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo*: o papel do direito penal na crise financeira. São Paulo: Liber Ars, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- O conceito de pena, de Michael Köhler e Oliveiros Guanais – *RBCCrim* 110/75-102 (DTR\2014\18452); e
- Tobias Barreto e o positivismo penal, de Hugo Leonardo Rodrigues Santos – *RBCCrim* 110/369-399 (DTR\2014\18447).

A análise econômica do direito penal entre possibilidades e limitações

Economic analysis of criminal law between possibilities and limitations

Luís Gustavo Stein

Graduando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista UNIBIC de Iniciação Científica no Grupo de Pesquisa Liberdade e Garantias, coordenado pelo Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy, vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito (PPG-D) da Unisinos.
luisgustavosstein@gmail.com

Miguel Tedesco Wedy

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Graduado e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor da graduação e da pós-graduação da Unisinos (Mestrado e Doutorado). Decano da Escola de Direito da Unisinos. Presidente da Certal. Advogado.
miguelwedy@via-rs.net

Recebido em: 22.11.2017
Aprovado em: 08.02.2018
Última versão dos autores: 21.02.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: Conceitua a Análise Econômica do Direito a partir de ampla revisão bibliográfica, fazendo uma breve retrospectiva histórica sobre as diversas teorias do Direito e seus problemas filosóficos a fim de entender a importância dada pela Academia à Análise Econômica do Direito dentro do contexto histórico em que vivemos. Após, utilizando-se dos métodos lógico-dedutivo e indutivo-argumentativo, introduz o leitor aos debates filosóficos que permeiam as bases do assunto, verificando ser impossível a criação de uma teoria do Direito essencialmente pragmática. Por fim, após examinar grande parte dos detalhes da AED, tais como o Agente Racional, as fórmulas beckerianas e as consequências práticas da adoção de tal análise do Direito, conclui-se

Abstract: The article conceptualizes Economic analysis of law from a vast literature review, giving a brief historical retrospective regarding various theories of law and its philosophical problems in order to understand the importance given by the Academy to the Economic Analysis of Law within the current historical context. Afterwards, applying the logic-deductive and inductive-argumentative methods, the reader is introduced to the philosophical debates surrounding the foundations of the subject, reaching the conclusion that the creation of an essentially pragmatic theory of law is impossible. Finally, after examination of most of the details surrounding Law and Economics, such as the Rational Agent, the Beckerian formulas and the practical

que a AED teve seu conceito tão expandido que hoje consiste tão somente na simples aplicação do bom senso nas políticas governamentais e prática forense, visando a conceder papel de destaque ao princípio da eficiência em detrimento dos outros princípios.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito Penal – Princípio da eficiência – Pragmatismo – Dogmática – Crime.

consequences of the its adoption, the article concludes that Law and Economics has had its concept so expanded that, today, it consists simply in the application of common sense in governmental policies and forensic practice, aiming to give prominence to the principle of efficiency in detriment of others.

Keywords: Economic analysis of criminal law – Efficiency principle – Pragmatism – Dogmatic – Crime.

Sumário: 1. Introdução à pesquisa. 2. Introdução à análise econômica do direito. 3. Do necessário surgimento da AED. 4. Da ética utilitarista. 5. Da teoria à prática: eficiência pragmática. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução à pesquisa

Há certos debates públicos que nunca terminam; passam-se gerações e, por não se concluírem em definitivo com uma base filosófica coerente, voltam à tona, fazendo com que revisitemos os argumentos, debatamos energicamente soluções e critiquemos ferrenhamente adversários filosóficos para, ao final, optarmos pela solução mais cabível ao *status quo*, optarmos, normalmente, pela solução mais pragmática que fará com que o debate termine, mas deixando inquieta a consciência do Homem quanto à correção de suas soluções. Pode-se dizer que um desses debates é sobre a Análise Econômica do Direito, que, pautando-se em bases éticas envolvidas em debates filosóficos não finalizados, revisitar-nos-á para sempre, ou até que sua base filosófica seja devidamente resolvida.

Torna-se bastante complicado estabelecer a origem da Análise Econômica do Direito (daqui para frente, só "AED"); o consenso, todavia, define a década de 60 como o berço do movimento, o qual retiraria suas premissas de escritos filosóficos muito mais antigos, como os de Beccaria, de Bentham e, principalmente, de David Hume, que, como se verá, pode ter lançado as bases embrionárias do utilitarismo.

O presente artigo, pautado pelos ideais iluministas da busca do saber, da verdade e da democratização do conhecimento[1], visa a conceituar e inserir a AED em seu contexto histórico, introduzir o leitor aos debates filosóficos que permeiam as

1. Como afirma Todorov (2008, p. 17), "os promotores desse novo pensamento queriam levar luzes a todos, pois estavam convencidos de que serviriam ao bem de todos: o conhecimento é libertador, eis o postulado". A ideia era, portanto, favorecer a educação e

bases do assunto, fomentar também um debate prático acerca das consequências de sua adoção, tudo da forma mais clara e precisa, sem prévias e definitivas condenações ou rejeições diante de relevante modelo de pensamento dos tempos atuais.

Tendo em vista a crise das teorias tradicionais em explicar, prever, enfrentar e solucionar o crime, que aumenta e se fortalece de forma relevante, há a urgente necessidade da importação de teorias mais atuais que consigam entender de forma mais realista o criminoso e, prevendo seu comportamento delituoso, direcioná-lo para a minimização do custo social. E é nesse cenário que se propõe um maior entendimento do que é a Análise Econômica do Direito e de como ela pode ajudar as autoridades brasileiras e pesquisadores da Criminologia no combate ao crime. Desta forma, resolvemos explorar esse importante tema para o Direito Penal contemporâneo, que é pressuposto e tem caráter legitimante para grande parte da produção acadêmica atual[2] e sobre o qual muito se fala, e também muito se erra.[3]

---

difundir o saber por meio de todas as formas possíveis, incluindo publicações especializadas e enciclopédias direcionadas ao grande público.

2. Convém lembrar das célebres notas de Thomas Kuhn (2007, p. 60): "Já vimos que uma comunidade científica, ao adquirir um paradigma, adquire igualmente um critério para a escolha de problemas que, enquanto o paradigma for aceito, poderemos considerar como dotados de uma solução possível. Numa larga medida, esses são os únicos problemas que a comunidade admitirá como científicos ou encorajará seus membros a resolver. Outros problemas, mesmo muitos dos que eram anteriormente aceitos, passam a ser rejeitados como metafísicos ou como sendo parte de outra disciplina. Podem ainda ser rejeitados como demasiado problemáticos para merecerem o dispêndio de tempo. Assim, um paradigma pode até mesmo afastar uma comunidade daqueles problemas sociais relevantes que não são redutíveis à forma de quebra-cabeça, pois não podem ser enunciados nos termos compatíveis com os instrumentos e conceitos proporcionados pelo paradigma. Tais problemas podem constituir-se numa distração para os cientistas, fato que é brilhantemente ilustrado por diversas facetas do baconismo do século XVIII e por algumas das ciências sociais contemporâneas. Uma das razões pelas quais a ciência normal parece progredir tão rapidamente é a de que seus praticantes concentram-se em problemas que somente a sua falta de engenho pode impedir de resolver". Um paradigma, portanto, pode ser entendido como um conjunto de preconceitos metodológicos ou pressupostos filosóficos aceitos explícita ou implicitamente pelos pesquisadores, a partir do qual se expandirá e melhorará o conhecimento durante o período chamado de "ciência normal", sendo rechaçadas pelos cientistas quaisquer pesquisas que não possam colaborar desta maneira positiva/concreta com a ciência em andamento. Deste modo, um debate acerca desses pressupostos paradigmáticos será tachado como "demasiado problemático para merecer o dispêndio de tempo" ou como "debate metafísico insolucionável".
3. "A história da humanidade é um imenso mar de erros, sobre o qual algumas obscuras verdades podem ser encontradas flutuando aqui e ali" (BECCARIA, 2012, p. 88).

2. Introdução à análise econômica do direito

A ideia central da AED[4] é tratar todo indivíduo como um ser racional e maximizador da própria felicidade, ao contrário, por exemplo, do Positivismo Criminológico, que entendia o ser humano não como um ser racional e possuidor de livre-arbítrio, mas como um escravo de sua carga hereditária. O infrator seria, na perspectiva do Positivismo Criminológico, um animal selvagem e perigoso que estaria fadado ao mal, sendo prisioneiro de sua própria patologia. Assim, seria necessário focar as lentes do estudo criminológico no delinquente, e não no crime, estudando-lhe a fisiognomia e o vendo como subtipo humano, inatamente diverso dos demais cidadãos, os geneticamente honestos.

A partir dessa nova premissa proposta pela AED, não mais existindo os delinquentes inatos (ou, pelo menos, colocando em segundo plano a discussão genética) ou os cidadãos honestos inatos, qualquer indivíduo passa a ser tratado como potencialmente criminoso[5], dependendo, para que se verifique a ocorrência do

4. Fala-se em ideia central porque a AED (genericamente considerada) ramificou-se em várias correntes diversas, cujos precursores mais notáveis são Posner, Becker, Calabresi e Coase. Deve-se ressaltar, todavia, que todas as teorias e correntes da AED se estruturam de uma mesma forma, qual seja de que as escolhas feitas pelos agentes devem ser "explicadas em termos da variabilidade dos constrangimentos materiais enfrentados por eles" (FEREJOHN; PASQUINO, 2001, p. 5). Já no âmbito da AED Criminal "encontram-se basicamente quatro grandes divisões: o modelo originalmente pensado por Gary Becker, que considera a alocação ótima do tempo (que recebeu modificações ao longo do tempo); os modelos de portfólio, os quais consideram as escolhas individuais segundo a disposição de alocar riqueza na atividade ilegal em comparação com as legais, do risco etc. (Carrera-Fernandez); modelos comportamentais, trabalhados por Glaeser, Sacerdote e Scheinkman (entre outros), que consideram as relações interpessoais e de grupos, que transmitem informações (incentivando ou não o cometimento dos crimes); e modelos de migração, os quais contemplam os juízos e incentivos que direcionam as pessoas a realizar uma atividade legal ou ilegal (e a migração entre essas possibilidades)" (OLSSON, 2014, p. 35).

5. Evidencia-se aqui a periculosidade moral da AED: tratar todos como potencialmente criminosos e transformar todo o crime numa mera equação de incentivos e prejuízos é atenuar, mesmo que leve e implicitamente, a culpabilidade daqueles que infringem a lei. Esse paradigma informa, em última análise, que aquele que delinque "teve motivos para tanto", como se o crime fosse justificável, como se só se devesse obedecer à lei porque não vale a pena infringi-la, e não por dever categórico. Theodore Dalrymple (2014, p. 230-231) já alertava sobre esse aspecto psicológico quando disse que "Uma vez que a causa do crime é a decisão dos criminosos de cometê-lo, o que se passa em suas cabeças não é irrelevante. As ideias são filtradas seletivamente da academia até a população em geral, por discussões (e muitas vezes por expurgos) nos jornais e na TV,

crime, da variabilidade das circunstâncias em que se encontre e da bagagem cultural que carregue consigo. Assim, os crimes são concebidos como fenômenos regulares, previsíveis e sistemáticos e o indivíduo, como bola de bilhar à mercê de incentivos externos (o que é, evidentemente, uma premissa necessária para que se faça qualquer estudo sociológico, ou seja, é necessário desconsiderar as exceções e se estabelecer uma ciência por meio da regra, do padrão[6]). Desta forma, a AED não é uma teoria que necessariamente refuta as supramencionadas (e outras), mas que analisa o cenário do crime sob nova perspectiva, podendo até mesmo complementá-las.

A AED trata o indivíduo como um agente que contrasta os custos[7] e benefícios esperados de determinada atividade para agir conforme ou contrariamente à lei,

---

e tornam-se a moeda corrente intelectual. Dessa maneira, as ideias dos criminologistas podem tornar-se, realmente, uma causa do crime. [...] explicar tudo é tudo desculpar. Os escritos criminológicos, em geral, concebem os criminosos como objetos, como bolas de bilhar que respondem mecanicamente a outras bolas que incidem sobre elas. Mas, mesmo quando são vistos como sujeitos, cujas ações são resultado das próprias ideias, os criminosos continuam a ser inocentes, pois suas ideias, afirmam os criminologistas, são razoáveis e naturais dadas as circunstâncias em que se encontram. Há algo mais natural que um homem pobre desejar bens materiais, especialmente em uma sociedade materialista como a nossa?". Argumentar-se-á, em contrapartida, que quando se fala que a "variabilidade das circunstâncias em que se encontre" o indivíduo será mais ou menos relevante conforme a bagagem cultural que carregue, está se considerando que podem haver indivíduos que de modo algum cometerão crimes, independentemente do quão favoráveis à execução do crime sejam as circunstâncias, tendo em vista sua bagagem cultural. A contra-argumentação é verdadeira, mas enfraquece a própria AED ao deixar de tratar o indivíduo como bola de bilhar e começar a compreendê-lo como ele verdadeiramente é: um ser livre e imprevisível. Admitir a pluralidade moral dos seres humanos e a pessoalidade de suas preferências é enfraquecer a possibilidade de cálculo de eficiência, é enfraquecer, de modo geral, a utilidade da AED. Quanto mais exceções ao "homem médio" são descobertas, mais a AED perde sua efetividade em prever o crime e evitá-lo.

6. "Os modelos científicos são o instrumento pelo qual o cientista reduz a complexa realidade para estudá-la. Um modelo científico é como um mapa. Ele pode ser mais ou menos realista, a depender das necessidades de seu usuário. Obviamente, quanto mais realista for um mapa, maior e mais difícil de lidar ele será. Assim, um mapa perfeito da cidade de São Paulo terá o mesmo tamanho da própria cidade, o que o tornará praticamente inútil. No mesmo sentido, quanto mais próximo da realidade for o modelo científico, mais complexo ele se tornará, até o ponto em que deixa de ser um modelo e se torna a própria realidade, quando então se torna inútil enquanto mecanismo de facilitação de compreensão. É por isso que se diz que para compreender o mundo é necessário reduzi-lo" (GICO JÚNIOR, 2010, p. 25).
7. Cláudio Alberto Guimarães (2009, p. 73), citando Montero Soler e Torres Lopes, informa que os custos do delito ainda são divididos em custos imediatos e custos retardados.

levando em consideração, nessa análise, os benefícios e incentivos presentes no mercado legal, tais como o seu salário, a sua dotação de recursos etc. (fatores positivos)[8]; a probabilidade de apreensão e condenação (fatores negativos, ou dissuasórios) (CERQUEIRA; LOBÃO, 2004, p. 247-248); a severidade da punição e assim por diante[9], todos esses fatores ainda relativizados pela maior ou menor propensão do próprio indivíduo ao risco de se cometer um ato ilegal, advinda da sua bagagem cultural. Esse cálculo, que deveria ser realizado por um agente racional[10] e conhecedor do maior número de possibilidades possível (há, aqui, o

"A primeira espécie se refere aos gastos com a preparação para a prática delitiva, a saber: gastos com utensílios e com o próprio tempo despendido. A segunda espécie, os custos retardados, seriam aqueles que derivam das consequências jurídicas, ou seja, especialmente da pena imposta, mas também um forte custo adicional; a discriminação imposta pela sociedade aos ex-presidiários com todas as mazelas que derivam de tal condição: barreiras para incorporar-se ao mercado de trabalho, para ser aceito pela comunidade, enfim, para reincorporar-se ao cotidiano social".

8. Issac Ehrlich (1974, p. 111) enfatiza que "[...] the role of opportunities available in competing legitimate and illegitimate activities in determining the extent of an offender's participation in the latter and thus, indirectly, also in determining the extent of his response to incentives".

9. "The approach taken here follows the economists' usual analysis of choice and assumes that a person commits an offense if the expected utility to him exceeds the utility he could get by using his time and other resources at other activities. Some persons become 'criminals', therefore, not because their basic motivation differs from that of other persons, but because their benefits and costs differ" (BECKER, 1988, p. 545). Vasco Rodrigues (2007, p. 211-212) ainda diz que "[...] se se pretende que sejam roubados poucos automóveis, uma solução é colocar um policial junto de cada automóvel e aplicar uma pequena multa a quem os consiga roubar; outra solução é dedicar poucos polícias à prevenção deste crime, mas condenar à morte os larápios que sejam apanhados. A utilização de cada um dos instrumentos, pena e probabilidade, tem custos: para aumentar a probabilidade de penalização dos criminosos é preciso contratar polícias, treiná-los, dotá-los com os meios adequados; para aumentar as penas, supondo que se trata de penas de prisão, é preciso construir prisões e contratar guardas prisionais. A combinação de pena e probabilidade a utilizar pode, por isso, ser encarada como um típico problema econômico". Da mesma forma, Santos Pastor (1989, p. 170) informa que "hay dos formas de aumentar el castigo: una, aumentando las penas; outra, aumentando la certeza (probabilidad) de que aquéllas se produzcan cuando se comete el delito. Valorar cuál de los procedimientos disuasorios es preferible, óptimo desde el punto de vista social, si el aumento de la pena o el de la probabilidad, es un tema que todavía atrae mucha investigación".

10. Como já se disse, quanto mais padronizado o comportamento do indivíduo, quanto mais racionais são suas condutas, mais a AED será eficiente em seu juízo de prognose. Qualquer ciência, para progredir, deve basear-se em padrões, motivo pelo qual se parte

chamado custo de informação[11], inserido no "ci" da fórmula da nota de rodapé n. 12), foi convertido em fórmula, o que, em tese, ajudou a dar ares de cientificidade à AED.[12]

É, de todo modo, uma análise munida das ferramentas tradicionais à Ciência Econômica[13], a qual, tendo em vista a amplitude dos problemas jurídicos contemporâneos, invadiu "todos os domínios do direito" (STIGLER, 1992, p. 458). Há evidente vínculo de causa e efeito entre a quantidade de pena imposta no preceito secundário da norma penal (*sanctio iuris*), a possibilidade de condenação/

---

da premissa, na AED, de que todo indivíduo é um ser racional. Isso não quer dizer que o indivíduo será sempre racional, mas que suas ações estarão normalmente visando a um objetivo plausível para si, tendo em vista não só seus desejos, mas também suas oportunidades e crenças. Falar que se parte de um indivíduo racional também não quer dizer que esse não seja, em alguns momentos, emotivo, não quer dizer que use sempre o método lógico-dedutivo para tomar decisões no seu dia a dia ou que tenha sempre informação perfeita à disposição. Caso um indivíduo fosse sempre individualista e racional, acabaria por praticar ações coletivamente desastrosas, conforme o Dilema do Prisioneiro evidenciou. Como bem sintetizou Diego Villar (2004, p. 184): "[...] em todo caso a conduta humana encontra-se sempre sujeita a alguma forma de condicionamento. A idéia de uma vontade ou uma racionalidade imperturbada e imperturbável – a reger com exclusividade os destinos do ator individual, neste caso, o criminoso – é, tudo leva a crer, tão somente uma ilusão". E mais: "It is equally important to understand what is not included in this concept of rational behavior. It does not mean that players are selfish; a player may rate highly the well-being of some other and incorporate this high rating into his payoffs. It does not mean that players are short-run thinkers; in fact, calculation of future consequences is an important part of strategic thinking, and actions that seem irrational from the immediate perspective may have valuable long--term strategic roles. Most important, being rational does not mean having the same value system as other players, or sensible people, or ethical or moral people would use. It means merely pursuing one's own value system consistently" (DIXIT; SKEATH; REILEY, 2009, p. 30).

11. Pode-se inserir no "custo de informação" o conhecimento das leis penais e de suas frequentes mudanças.
12. Araújo (2002) resumiu o modelo de Gary Becker da seguinte forma: NBi = li – ci – wi – (pr * pu), em que: NBi = benefício líquido do indivíduo "i"; li = valor monetário do ganho com o crime; ci = custo de planejamento e execução do crime; wi = custo de oportunidade; pr = probabilidade de captura e condenação; pu = valor monetário do castigo. Averiguar-se-á, mais adiante, os pressupostos e validade da fórmula beckeriana de "Utilidade esperada do crime".
13. Economia é, na visão de Lionel Robbins (1945, p. 16), "the science which studies human behavior as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses". O Direito deveria, dessa forma, estar impregnado pela lógica econômica a fim de regular os comportamentos humanos da melhor forma possível.

prisão e o número de delitos cometidos[14], pois quanto maiores a pena e o número de condenações, menor será a quantidade de delitos cometidos, tendo em vista que o crime, afirma a AED, deve ser analisado sob a perspectiva da Ciência Econômica e da lei da demanda; quando o preço de determinado produto aumenta,

14. Note-se a profunda intimidade entre a AED e a teoria da prevenção geral negativa da pena; a possibilidade de se ser preso é o preço a ser pago por aquele que se arrisca no crime e será tanto maior quanto mais alto o número de condenações penais no seu meio social, que, somadas à percepção do indivíduo acerca destas, poderão diminuir sua vontade de delinquir. Por outro lado, Figueiredo Dias (2004, p. 51) afirma que a prevenção geral negativa é possuidora de uma "[...] *indiscutível fragilidade teorética e prática* [...], quer porque não se torna possível determinar empiricamente o *quantum* de pena necessário para alcançar tal efeito. Quer porque, não logrando a erradicação do crime, fica próxima a tendência para se usarem para o efeito penas cada vez mais severas e desumanas; a ponto de o direito penal poder descambar, como tantas vezes historicamente descambou, num *direito penal do terror* absolutamente *desproporcional* e por isso, este sim, directa e imediatamente violador da eminente dignidade da pessoa humana" (destaque do original). Consta também em Luigi Ferrajoli (2006, p. 318), citando Francesco Carrara e Giuseppe Bettiol: "A 'intimidação', disse Francesco Carrara, 'leva as penas a um aumento perpetuamente progressivo', uma vez que o delito cometido, demonstrando positivamente que aquele culpado não teve medo daquela pena, persuade a que, visando a atemorizar os demais, seja necessário aumentá-la. Voltaire já havia indicado as razões da introdução na Alemanha do 'suplício da roda' com a finalidade de prevenção geral perseguida por aqueles 'que se empossavam dos direitos soberanos' de 'assustar, por meio do aparato de um tormento inaudito, qualquer pessoa que ousasse atentar contra eles'. Em resumo, a prevenção geral através da ameaça legal da pena, embora ofereça garantias contra o terrorismo penal judiciário, não impede o terrorismo penal legislativo, claro estando que a ameaça penal, devendo servir como 'contraforça' ou 'contramotivo' ou 'coação psicológica', é tão mais eficaz quanto mais elevadas e severas forem as penas cominadas. 'Na lógica da prevenção geral', escreve Giuseppe Bettiol, 'existe um trágico ponto de chegada: a pena de morte para todos os crimes'". Klaus Lüderssen (2006, p. 88-90), citando Noll, informa que esse aumento exponencial das penas poderia ser efetivo no sentido de intimidar o delinquente, mas a legitimidade do sistema seria afetada, não se podendo esquecer, também, que a reação estatal sobre a criminalidade provoca, ao mesmo tempo, criminalidade. Explica-se: aumentar desenfreadamente as penas de determinados crimes pode repercutir seriamente na violência. Por exemplo, aumentar para 30 anos a pena dos sequestros incentivaria o cometimento de homicídios. O sequestrador, identificando que lhe caberá a mesma pena tanto pelo sequestro quanto por provável homicídio, notará ser preferível matar a vítima ao final das transações com os familiares, pois suas chances de ser descoberto diminuiriam, enquanto sua pena permaneceria a mesma. No mesmo sentido, recomenda-se a leitura das páginas 107 (política norte-americana dos Three Strikes) e 120 (sobre armas desmuniciadas) de OLSSON, 2014. Lembrando que a criminalização só se legitima quando é provado que há efetividade do meio-pena em relação ao fim pretendido, e não simplesmente alegando a inefetividade de outros meios de controle social (PALIERO, 1990).

a tendência é a diminuição da demanda desse produto, não importando serem bananas ou delitos. A pena é, dessa forma, tão somente o preço resultante de um equilíbrio entre demanda por segurança por parte da sociedade e a oferta de delitos dada ao delinquente (MONTERO SOLER, TORRES LÓPEZ, 1998, p. IX). A sociedade que não pode, de maneira eficaz, evitar todos os crimes existentes, aumenta as penas e os gastos em segurança pública em relação àqueles crimes que mais repudia, em detrimentos de outros.[15] Conforme Mark Cohen (2005, p. 19):

> Put differently, although we would all like there to be zero crime, we must recognize the fact that this is an unattainable goal – primarily because of the costs involved in preventing, detecting, and punishing criminal activity. Thus, in economics, we talk about there being an "optimal" level of crime. The concept of an "optimal" level of crime may appear to be morally repugnant to people who believe the government should attempt to eradicate all social evils. In particular, it might be difficult to accept the fact that there will always be some crime and that public policy-makers will in effect "permit" some crime to exist. Yet both private citizens and policy-makers make such difficult decisions every day.

A AED será útil, portanto, tanto na fase legislativa quanto na própria execução da lei, tanto para descrever comportamentos sociais quanto para prescrever normas reguladoras. Os sociólogos e juristas, neste nosso mundo de escassez (caso não fosse de escassez, todos satisfariam suas necessidades e não haveria problema econômico do qual tratar), deverão tomar decisões eficientes[16] para

15. Ressalta-se que a política criminal, nessa perspectiva, não se faz somente com aumento de penas e gastos com segurança pública; a prevenção é elemento essencial no combate ao crime, a partir do que se percebe que a AED tanto responsabiliza o indivíduo pela taxa de criminalidade quanto o induz a praticar determinados atos para diminuí-la; ao informar que os crimes serão mais cometidos na medida em que forem mais fáceis de serem executados, coloca-se sobre a população o dever de fazer com que a execução dos crimes se torne mais difícil, incentivando a construção de aparatos de defesa e fomentando a indústria da segurança privada. Os programas de ação do Estado, sob tal paradigma, portanto, vão muito além das políticas ordinárias de policiamento e prisão, estendendo-se às vítimas potenciais da sociedade civil (todos nós) no sentido de influenciá-las a evitarem andar em determinadas ruas e bairros ou usarem transportes públicos, comprarem carros blindados, câmeras de monitoramento, cercas elétricas etc., influenciando-as, em resumo, a reestruturarem suas vidas sociais.

16. Não só eficientes, mas também eficazes e efetivas. A eficiência lida com a otimização dos recursos disponíveis para o alcance de determinada finalidade, ou seja, "[...] a eficiência é alcançada – e, por consequência, pode ser avaliada ou aferida – através de procedimentos adotados no desenvolvimento de uma ação ou na resolução de um problema,

com as diretrizes constitucionais, em detrimento de outros direitos, tornando o Direito Penal o mais adequado possível à realidade social (OLSSON, 2014, p. 24). Conforme Medena e Mercuro (2006, p. 1), a AED, *grossus modus*, pode ser definida como a aplicação da microeconomia (principalmente) a fim de examinar a formação, a estrutura, os processos e os impactos econômicos no Direito e nas instituições legais. Eis, destarte, uma teoria com fundamento em uma ética pragmática, pois utilitarista com reservas (constitucionais), enfrentando, desse modo, todos os problemas filosóficos inerentes a essa postura ética.

3. Do necessário surgimento da AED

O juspositivismo[17], reinante no século XIX, sofreu um abalo sem precedentes após a Segunda Guerra Mundial e o Holocausto. Os juristas romano-germânicos, vendo na prática o que a teoria já sugeria, perceberam que um juspositivismo extremado (*strictu sensu*) ignora a realidade de tal forma que não consegue cumprir a função mais basilar do Direito: a promoção da justiça. Ocorre, nesse período, um retorno ao direito enquanto valor, muito próximo à ideia de jusnaturalismo, mas cujos valores metafísicos tenta evitar, atendo-se a princípios e valores constitucionais positivados (escritos). Contudo, não desaparece a ideia reinante no século anterior, advinda do sucesso das ciências naturais, de que todo o metafísico e teológico deveriam ser extirpados do mundo das ideias para dar lugar ao conhecimento lógico e empírico.

A proposta anterior, o juspositivismo, visava a transformar o Direito em uma ciência tão empiricamente falseável quanto às naturais. Na forma de novo

tendo em perspectiva o objeto focalizado e os objetivos e finalidades a serem atingidos. [...] traduz-se por respostas dadas a questionamentos ou indicadores relativos a necessidades atendidas, recursos utilizados e gestão desenvolvida" (BELLONI, MAGALHÃES, SOUSA, 2000, p. 63-64). Já a eficácia significa "fazer a coisa certa" (aqui tratamos de objetivos), e não simplesmente fazê-la direito (aqui tratamos de meios, métodos, procedimentos), selecionando "metas adequadas" (ROBBINS, 2003, p. 40). A efetividade, por fim, diz respeito à capacidade das ações de produzirem os resultados pretendidos. No presente artigo, para fins de facilitação, o termo eficiência englobará os demais. Com isso, não se quer dizer que concordamos com essa noção de eficiência. A eficiência, em nossa visão, mais do que um princípio em matéria penal, pode ser um critério de legitimação que se sustenta no equilíbrio entre o fundamento (relação ontoantropológico de cuidado de perigo), a função (proteção subsidiária de bens jurídicos mais relevantes) e a finalidade do Direito Penal (a justiça e a paz).

17. Os quatro próximos parágrafos tentam resumir e criticar, de forma concisa, o conteúdo exposto nos primeiros capítulos de O positivismo jurídico, de Norberto Bobbio e no texto de Gico Júnior (2010, p. 9-16).

paradigma jurídico, o juspositivismo delimitou a esfera jurídica ao que efetivamente "era", e não ao que "deveria ser". O jurista se afastava, desse modo, de qualquer análise valorativa, de questões morais, do que é justiça, para se preocupar exclusivamente com a norma escrita, pois somente essa revelaria a vontade geral, sendo o juiz a boca da lei. Houve a passagem da análise normativa do que deveria ser o direito para a análise positiva do que ele de fato era, havendo separação bruta entre direito, moral e política. Com independência metodológica e objeto de estudo exclusivo (a norma), nascia o conceito de Ordenamento Jurídico como um sistema fechado em si, mas com potência para regular e alterar as estruturas sociais, o que o direito consuetudinário casuístico e assistemático, por exemplo, que simplesmente refletia costumes prévios de determinado povo, não tinha potencial para fazer. O problema teórico do juspositivismo residia no fato de que, por falta de critério científico, não poderia haver juízo valorativo que possibilitasse a escolha de uma norma em detrimento de outra, quando conflitantes (o que sempre havia e continuará havendo). E, por outro lado, o problema prático do juspositivismo era a falta de instrumental analítico para avaliação dos efeitos das normas que visavam a transformar a realidade social, fechando-se em mera retórica formalista sem preocupações pragmáticas (GICO JÚNIOR, 2010, p. 10-12). Então, com uma estrutura já filosoficamente fragilizada, o juspositivismo foi definitivamente rejeitado por ser inapto a resistir às mais claras violações dos direitos humanos da era moderna, cometidas em meados do século XX.

O Homem moderno, sem almejar o regresso ao jusnaturalismo, ao direito consuetudinário e tendo-se saturado do juspositivismo, busca uma forma de direito baseada em valores, mas que não sejam supralegais, metafísicos. Encontra, no chamado neoconstitucionalismo, sua salvação. Haveria, dessa forma, valores a serem perseguidos, mas tão somente valores que expressamente estivessem postos na lei (principalmente na Constituição). O direito escrito poderia (e deveria), a partir de então, ser flexibilizado, caso não fosse *justo*. Eis nosso paradigma jurídico contemporâneo.

O neoconstitucionalismo, ao denunciar o juspositivismo em sua incapacidade de lidar com questões valorativamente controvertidas, também recebeu críticas do movimento posterior, o Realismo Jurídico (no qual se compreende a AED). Esse considera o direito positivo muito indeterminado/genérico e, dessa forma, facilmente manipulável pelo juiz, que deveria, portanto, utilizar-se de abordagens mais pragmáticas a fim de assegurar maior segurança jurídica ao Direito (GICO JÚNIOR, 2010, p. 12). Ivo Gico Jr. (2010, p. 15) ainda critica o neoconstitucionalismo por não se preocupar, de forma satisfatória, com as reais consequências das leis e decisões judiciais, elaborando tão somente "justificativas teóricas e abstratas para a flexibilização da lei e sua compatibilização com princípios de conteúdo

indeterminado" (GICO JÚNIOR, 2010, p. 15). Poder-se-ia dizer, por outro lado, que o princípio da eficiência também é de "conteúdo indeterminado".[18]

O surgimento da AED seria necessário na medida em que limitaria a discricionariedade judicial contemporânea, fornecendo, em tese, um único critério objetivo para a solução das lacunas jurídicas: a eficiência/utilidade da decisão na sociedade. Uma crítica que se faz à hermenêutica contemporânea é que, havendo lei para quase todo posicionamento possível, o juiz, tendo convicção prévia, procuraria, por conseguinte, uma fundamentação adequada à sua posição preconceituosa, podendo utilizar-se ora de uma interpretação mais restritiva da lei, ora de uma interpretação mais extensiva.[19] Nos moldes atuais de decisão judicial, o juiz, utilizando-se de interpretações gramaticais, lógicas, sistemáticas, históricas, sociológicas, teleológicas, axiológicas, conforme seu *bel prazer*, acabaria por receber, no paradigma neoconstitucional, uma carta branca para decidir o futuro do réu. Os defensores da AED original, alegando que há, na hermenêutica contemporânea, falta de método para a escolha dos próprios métodos interpretativos, sugerem que a solução desses conflitos reside em proibirmos a discricionariedade e adotarmos um único método (ao menos na versão original da AED), qual seja a eficiência, cuja ética e pressupostos mais adiante debateremos.

4. Da ética utilitarista

O autor que efetivamente importou a Teoria Econômica moderna para o campo do Direito foi Richard Posner (MEDENA; MERCURO, 2006, p. 102), mas

18. O conteúdo das leis, acredita-se, vai ser determinado pela opinião pública e pela moral vigente em determinado local e em determinada época. É inevitável, portanto, que a moral permeie, mesmo que dessa forma tímida, o Direito, pois esse só pode ser lido e interpretado adequadamente segundo determinado contexto histórico, que lhe atribui sentido.

19. Interessante sempre relembrar que os conflitos jurídicos pelos quais passamos hoje já foram debatidos inúmeras vezes no transcorrer da história. Sobre a discricionariedade judicial, Beccaria (2012, p. 18-19) já dizia que "Nada é mais perigoso do que o popular provérbio de que é necessário consultar o espírito da lei. Adotá-lo é abrir-se a uma torrente de opiniões. Essa verdade pode ser um paradoxo à mente vulgar, que é mais fortemente afetada pelas pequenas desordens ocorridas diante de seus olhos do que pelas mais perniciosas, porém remotas, consequências produzidas por um falso princípio adotado pela nação. [...] Assim, vemos o destino de um cidadão alterado várias vezes ao passar por diferentes tribunais e sua vida ser vítima de falsas ideias ou do mau humor do juiz, que confunde a legítima interpretação das leis com o vago resultado de toda aquela confusa série de noções que lhe move a mente. Por isso, vemos os mesmos delitos, nos mesmos tribunais, punidos de formas diferentes, em momentos diferentes, pela falha em consultar não a constante e invariável voz da lei, mas a errante instabilidade da interpretação".

formas embrionárias da AED já estavam presentes em escritos muito anteriores, como em David Hume[20], Jeremy Bentham e Beccaria, ressurgindo modernizadas por autores como Guido Calabresi, Ronald Coase, Posner e Gary Becker.

Há mais de 250 anos atrás, Beccaria já antecipava noções econômicas muito semelhantes às preconizadas pela AED:

> Não apenas é do interesse da humanidade que não se cometam crimes, mas que delitos de todos os tipos sejam menos frequentes, em função do mal que causam à sociedade. Portanto, tanto mais fortes devem ser os meios de prevenção utilizados, quanto maior for o estímulo para que o crime seja cometido, na medida em que ele é contrário ao bem público. Assim, deve existir uma proporção entre crimes e penas (BECCARIA, 2012, p. 22).[21]
>
> Esse crime nasce das próprias leis, pois quanto mais altos os impostos, maior é a vantagem. A tentação de fazer o contrabando e a facilidade em cometê-lo aumentam proporcionalmente ao aumento das fronteiras a serem vigiadas e à diminuição do volume da própria mercadoria. A apreensão e a perda dos bens que se tentou contrabandear, juntamente com tudo aquilo que a acompanha, são justas, mas seria melhor diminuir os impostos, pois os homens assumem o risco na razão direta da vantagem esperada (BECCARIA, 2012, p. 105-106).
>
> A noite iluminada por fundos públicos, guardas posicionados em diferentes áreas da cidade, o discurso claro e moral da religião, reservado para o silêncio e a tranquilidade das igrejas e protegidos pelas autoridades, discursos públicos em apoio ao interesse popular, feitos somente em reuniões gerais da nação, em parlamentos ou onde reside o soberano, são todos meios de evitar os danosos efeitos das distorcidas paixões do povo (BECCARIA, 2012, p. 35).

Por mais que essas breves citações levem erroneamente a se crer, Beccaria não era, de modo algum, um utilitarista tão vigoroso quanto Posner ou Bentham. Ao

20. Na citação a seguir, de David Hume (2004, p. 300), notamos o papel de destaque da utilidade na Justiça: "Parece ser um fato que o aspecto da utilidade, em todos os assuntos, é uma fonte de louvor e aprovação; que essa utilidade é constantemente citada em todas as decisões morais relativas ao mérito ou demérito de ações; que ela é a *única* origem da alta consideração dedicada à justiça, fidelidade, honra, lealdade e castidade; que ela é inseparável de todas as demais virtudes sociais da humanidade, generosidade, caridade, afabilidade, leniência, misericórdia e moderação. E, numa palavra, que ela é o fundamento da parte principal da moral, que se refere à humanidade e aos nossos semelhantes" (destaque nosso).

21. De forma muito semelhante, Bentham (1974, p. 25) diz que "[...] a obrigatoriedade ou necessidade de punir uma ação é proporcional à medida em que tal ação tende a perturbar a felicidade e à medida em que a tendência do referido ato é perniciosa".

repudiar a coisificação do Homem e louvar a liberdade de forma categórica, Beccaria se afasta daquele utilitarismo benthamiano intransigível para adentrar em um pragmatismo que, filosoficamente, quase tudo aceita. Como se verá, o mesmo acontece em todos escritos da AED após Posner (e até mesmo em Posner, em seus últimos escritos).

Diz-se que a AED se baseia em uma ética utilitarista[22], o que é, de certa forma, verdade[23], mas o correto seria dizer que se baseia em uma ética pragmática,

22. A ética utilitarista considera que o mais elevado objetivo da moral seria maximizar a utilidade (BENTHAM, 1974, p. 10), pois o Homem, por natureza, buscaria o prazer – na ética utilitarista, o prazer é a base da felicidade – e evitaria a dor. A coisa certa a se fazer, portanto, seria *sempre* aquela que aumentaria a utilidade (leia-se: prazer). Uma das críticas que se faz é que a partir de uma consideração fática (o Homem busca o prazer e evita a dor) surge uma máxima normativa (o justo é o que maximiza o prazer). O utilitarismo é também criticado tanto pela pouca importância que dá ao indivíduo isolado e a seus direitos quanto pela dificuldade prática de se transformar todos interesses e preferências, das mais diversas naturezas, em moeda comum para serem sopesados na balança das ações justas e injustas, problemas esses que na AED também se verificarão. Por fim, questiona-se a própria relevância do prazer na vida humana; o objetivo dos seres humanos é simplesmente a maximização de seu prazer? A natureza humana não exige algo a mais? Robert Nozick (1991, p. 58-60) questiona o prazer como bem supremo em seu exemplo da Máquina de Experiências: "Suponhamos que houvesse uma máquina de experiências que daria a você qualquer experiência que desejasse. Neuropsicólogos fora-de-série poderiam estimular-lhe o cérebro de modo que você pensasse e sentisse que estava escrevendo uma grande novela, fazendo um amigo ou lendo um livro interessante. Durante todo o tempo você estaria flutuando em um tanque com eletrodos ligados ao cérebro. Deveria você conectar-se com essa máquina por toda a vida, programando as experiências que teria enquanto vivesse? Se está preocupado porque pode perder experiências desagradáveis, podemos supor que as empresas pesquisaram exaustivamente a vida de muitas outras pessoas. Você poderia selecionar e escolher em uma grande biblioteca ou repositório de tais experiências, decidindo-se pelas que quer, digamos, nos próximos dois anos. Depois de transcorridos dois anos, você teria dez minutos ou dez horas fora do tanque a fim de escolher as experiências dos dois anos seguintes. Claro, enquanto estiver no tanque não saberá onde se encontra. [...] Você ligaria?". Você ligaria a máquina do prazer? Para dar mais confiabilidade à intuição moral que define nossa decisão, poderíamos inverter a situação: você já está dentro da Máquina de Experiências. Hoje, enquanto lê este artigo, todos os sentimentos que você já experienciou foram fruto de uma ilusão programada por essa máquina. Você agora sabe disso e sabe também que, independentemente do que for a realidade (fora da máquina), ela te trará mais angústias e dor do que a ilusão programada que você viveu até agora. Você quer sair da máquina? Eis excelentes questionamentos acerca do prazer como bem supremo, mas que não conseguem atacar a felicidade como bem supremo, pois Nozick parte do pressuposto de que os indivíduos que não querem entrar na máquina não o

como veremos. Ao legislar ou aplicar o Direito a fim de atingir o melhor resultado possível para as partes e para a sociedade, a AED, inevitavelmente, está considerando o que é justo ou injusto a partir das consequências de suas ações, ou seja, está sendo utilitarista/consequencialista. Mas é de mesma forma verdade que o Direito, na significativa maioria de suas normas, também o é, ou ao menos exerce seu poder de forma utilitária. Para explicitar isso, basta olharmos alguns dos nossos direitos mais importantes: a vida e a liberdade. Examinando nossas políticas públicas, percebemos que tais direitos não são tratados como se tivessem um valor tal que fossem inegociáveis, categóricos. Em determinadas situações, a legislação deixará de defender a vida ou a liberdade por causa do custo excessivo que isso exigiria, pela ineficiência que tal obstinação acarretaria, como quando a legislação nega a concessão de um remédio raro a um cidadão ou quando proíbe o discurso de ódio.[24] E é exatamente por isso se dar somente em determinadas

---

querem porque estariam mais felizes na realidade (de maior dor e menor prazer). O fato de serem mais felizes vivendo a realidade mais cruel e árdua se dá exatamente porque ela é a realidade, o que não tira a felicidade de seu posto de bem supremo; embora se ressalte que, ao se quebrar a ligação direta, que há no utilitarismo, entre o prazer e a felicidade, estamos inviabilizando qualquer cálculo plausível de utilidade/felicidade dentro AED, tendo em vista sua abertura a valores não quantificáveis.

23. Bentham (1974, p. 11) diz que "Quando uma pessoa tenta impugnar o princípio da utilidade, fá-lo estribado em razões hauridas desse mesmo princípio, ainda que não tenha consciência do fato. Os seus argumentos, se algo demonstram, não provam que o princípio é *errôneo*, mas apenas que, segundo a aplicação que a pessoa em questão acredita dever fazer dele, o princípio é *mal aplicado*" (destaque do original) e, ainda, na nota de rodapé número 3: "Ouvi esta objeção: 'O princípio da utilidade é um princípio perigoso; em certas ocasiões é perigoso consultá-lo *(to consult it)*'. Isso equivale a dizer: não é condizente à utilidade consultar a utilidade" (BENTHAM, 1974, p. 11).

24. Michael Sandel (2014, p. 60), ao explicar o posicionamento dos utilitaristas, em seu já clássico livro *Justiça*, cita um bom exemplo de como a sociedade implicitamente faz escolhas sociais que trocam um determinado número de vidas por outros bens e conveniências, tentando demonstrar que direito algum é hoje considerado tão supremo que seja inegociável (demonstrando o paradigma utilitarista). Salienta-se que Sandel estava tão somente explicando a posição utilitarista e que o fato da sociedade agir de determinada forma não prova a existência ou inexistência, *a priori*, de tais direitos categóricos. Segue passagem: "Na década de 1980, o Congresso revogou essa restrição e muitos estados aumentaram o limite de velocidade para 100 km/h. Os motoristas ganharam tempo, mas as mortes no trânsito voltaram a aumentar. Naquela ocasião, ninguém fez uma análise de custo e benefício para determinar se os benefícios da direção mais rápida compensavam o custo em vidas. Alguns anos mais tarde, no entanto, dois economistas fizeram as contas. Eles definiram o benefício do limite de velocidade maior em termos de economia de tempo na ida e na volta para o trabalho, calcularam o benefício

situações que não estamos trabalhando nem com uma ética utilitarista (que busca *sempre* maximizar a felicidade/utilidade), nem com uma ética categórica (que busca *sempre* defender certos direitos categóricos), mas sim com um meio-termo ético, o pragmatismo.

Entende-se como pragmático o indivíduo que não se prende de antemão à abstrações ideológicas, lidando com as questões éticas e morais de modo a considerar, acima de tudo, as consequências práticas de suas ações.[25] O pragmatismo valoriza o progresso por meio da experiência, sem pretender ser um sistema fechado detentor de respostas prontas, flertando, desse modo, com o ceticismo ético, que também não acredita que possamos conhecer sistemas éticos definitivos. Rodrigues (2008, p. 201) informa que "Ao contrário da teoria kantiana do *a priori*, por exemplo, ou da teoria das idéias inatas, tão cara ao empirismo iluminista de língua inglesa, o pragmatismo não busca estabelecer regras rígidas e imutáveis para impedir ações de certo tipo [...]".

Para a AED, a característica pragmática de progresso por meio da experiência (erros e acertos) será fundamental, pois, tendo em vista nossas sociedades complexas[26], juízos definitivos de prognose são sempre questionáveis. Conforme Dewey (2007), o mais notório pragmático pós-Peirce e James,

econômico do tempo poupado (avaliado na média de 20 dólares por hora) e dividiram os lucros pelo número de mortes adicionais. Descobriram que, pela facilidade de dirigir mais depressa, os americanos estavam efetivamente avaliando a vida humana à taxa de 1,54 milhão de dólares cada. Esse era o ganho financeiro, por acidente fatal, de dirigir 10 km/h mais rápido".

25. O método pragmático, cujo conceito foi estendido por James (1979, p. 20), consistia em "olhar para além das primeiras coisas, dos princípios, das 'categorias', das necessidades supostas; consiste em olhar para as últimas coisas, para os frutos, conseqüências e fatos". Dewey (2007) concluía que tal conceito, em última análise, tinha como consequência que "o significado da verdade em geral é determinado por suas conseqüências". À revelia das diferenciações conceituais de Posner e Peirce, aquele (POSNER, 2009, p. 4) entende que "Não há um conceito canônico de pragmatismo. Defino-o, para começar, como uma abordagem prática e instrumental, e não por aquilo que 'realmente' é. Portanto, olha para a frente e valoriza a continuidade com o passado na medida em que essa continuidade seja capaz de ajudar-nos com os problemas do presente e do futuro".

26. "O que é complexidade? A cada vez que se decide, só se decide porque se poderia decidir de várias maneiras diferentes. Então, quando se decide algo, só se decide porque se poderia ter decidido de outra maneira. A complexidade está no fato de que aquilo que é decidido e colocado como um problema tem, no mínimo, duas versões. Isso é básico no Direito inclusive. É preciso haver, no mínimo, duas versões. Assim, aquela versão que, de fato, é realizada, é apenas uma possibilidade, a possibilidade concreta, mas ela só é possível, *a contrario sensu*, porque poderia não ter sido possível" (ROCHA, 2005, p. 188).

> Do ponto de vista de um educador ou de um estudante, ou se se preferir, do ponto de vista dos interessados nessa problemática, em discussões e controvérsias filosóficas, não há razão para contestar o valor dessa aplicação do método pragmático, mas não é menos importante determinar a natureza dessa aplicação. Ela proporciona meios para a descoberta de implicações, na vida humana, das concepções filosóficas freqüentemente tratadas como destituídas de importância e possuidoras de uma natureza puramente dialética. Fornece um critério para a determinação das implicações vitais das crenças que se apresentam como alternativas em qualquer teoria.

Afinal, como Sandel (2014, p. 38-39) disse, dando uma amostra do ponto de vista pragmático:

> Se a reflexão moral consiste em harmonizar os julgamentos que fazemos com os princípios que afirmamos, como pode tal reflexão nos levar à justiça ou à verdade moral? Mesmo se conseguíssemos, durante toda a vida, alinhar nossas intuições morais e os princípios que fundamentam nossa conduta, como poderíamos confiar no fato de que o resultado seria algo mais do que um amontoado de preconceitos com coerência interna? [...] Se a reflexão moral é dialética – se avança e recua entre os julgamentos que fazemos em situações concretas e os princípios que guiam esses julgamentos – necessita de opiniões e convicções, ainda que parciais e não instruídas, como pontos de partida. A filosofia que não tem contato com as sombras na parede só poderá produzir uma utopia estéril.

Com isso não se quer dizer que a razão não tenha importância. A razão/pensamento tem uma função real, criativa, construtiva e intervencionista (no sentido de refletir na prática, na experiência), mas ela deve ser limitada a fazer com que o mundo seja mais razoável (DEWEY, 2007). Haveria, em síntese, um rechaço para com "teorias utópicas" e "abstrações filosóficas estéreis"[27], devendo o indivíduo, com inteligência, agir tendo em vista o futuro (fundamento metafísico).

27. Façamos um rápido exercício imaginativo: imaginemos que estamos em uma sociedade tremendamente desigual, na qual um único homem detém toda a propriedade do planeta. Salienta-se que esse homem adquiriu sua propriedade de forma legítima, nos mesmos moldes que Robert Nozick (1991, p. 181) propôs em seu Argumento de Wilt Chamberlain. Nessa sociedade, o direito à propriedade é categórico, seguindo a linha filosófica de Murray Rothbard – aqui tido como exemplo de abstração filosófica estéril. Portanto, por mais que bilhões de pessoas morram todos os dias e a sociedade esteja sucumbindo, nada poderá ser feito. Qual seria o sentimento uníssono das bilhões de pessoas sobre tal direito? Que ele é, com certeza, ilegítimo. E por quê? Porque ele é ineficiente. Como já fora dito em outras ocasiões, "[...] tornou-se também a eficiência

5. Da teoria à prática: eficiência pragmática

O aspecto que mais chamou a atenção da Academia acerca dos tratados de Richard Posner (2009, p. 19) foi o papel central e incontornável que esse deu à eficiência/utilidade. A visão de eficiência – entendida por Posner como maximização da riqueza social[28] – como critério normativo (eficiência como justiça) já não mais possui defensores notórios no cenário jurídico contemporâneo, sendo até mesmo abandonada por Posner em seus últimos escritos. Todavia, a eficiência resistiu na condição de princípio jurídico relevante, e o que a AED pretende, como se verá, é simplesmente valorar esse princípio com os demais, dando-lhe inegável preponderância.[29]

---

um fator preponderante de legitimidade, seja para a legitimação jurídica, como foi dito, seja para a legitimidade do agir do Estado como um todo" (WEDY, 2016, p. 91). Quanto à racionalidade instrumental no Direito Penal, "é importante destacar a necessidade de que os conhecimentos que pretendem um rigor cumpram um fim social, resolvam problemas, sejam efetivos, posto que a orientação de seus fins e o cumprimento dos mesmos é que lhe conferem legitimidade" (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 131).

28. Posner (2011, p. 102) sugeria a expressão "maximização da riqueza social" – em oposição ao termo 'maximização da utilidade' –, pois, em tese, seria muito mais fácil mensurar o valor a partir de moeda do que de utilidade, essa última genericamente considerada.

29. Posner (2010, p. XIV-XV) não via a discricionariedade judicial de modo tão pejorativo como a vemos, dizendo que uma das funções da AED era "[...] insistir que os juízes, ao tomar decisões, exerçam sua ampla discricionariedade de modo que se produzam resultados eficientes, entendidos no sentido de resultados que evitem o desperdício social [...]". Acreditava que sempre haveria alguma margem de discricionariedade; os juízes, por exemplo, já agora legislariam, mas com cautela, em velocidade reduzida e com um partidarismo leve. Não haveria problemas, portanto, caso um juiz autoritariamente valorasse mais o princípio da efetividade/utilidade em detrimento de outro qualquer; muito pelo contrário, o juiz deveria ser incentivado a julgar tendo em vista a melhor consequência possível para as partes/comunidade. Posner (2009, p. 422-423) já dizia que: "Ao abordarem uma questão que tenha sido colocada como de interpretação de uma lei, os pragmatistas perguntarão qual das resoluções possíveis tem as melhores consequências, considerando-se tudo aquilo que é ou deveria ser do interesse dos juristas, incluindo-se a importância de preservar a linguagem como meio de comunicação eficaz e de preservar a separação dos poderes, por meio do acatamento, em linhas gerais, das decisões do legislativo relativamente ao interesse público". Diferentes juízes, desse modo, cada qual com seus entendimentos particulares acerca das necessidades e interesses de uma mesma comunidade, pesarão de formas variáveis as consequências e fins, o que, para Posner, não diminuiria a segurança jurídica, mas sim formaria um judiciário diversificado e capaz de múltiplas análises, representando os interesses de todos. De forma semelhante, Guido Calabresi teria sugerido que fosse facultado ao Judiciário a atribuição de anular normas antiquadas para que o sistema jurídico nunca perdesse

Analisando a primeira versão Posneriana da AED[30], tem-se que tratar a eficiência ou utilidade como critério de justiça seria, conforme palavras de Castanheira Neves (2003, p. 60), converter o Direito em "técnica de gestão que visa promover o desenvolvimento económico e social óptimo da cidade", embasado em uma "ideologia tecnocrática" e na sua

> [...] legitimação pela performance ou a eficiência: uma coisa é boa se ela se mostra adequada ao fim prosseguido e este fim é ele próprio desejável se produz resultados que satisfaçam uma finalidade mais geral; pouco a pouco constitui-se um sistema finalizado no seio do qual a lógica da performance acaba por sobrepor-se à própria desejabilidade do objectivo prosseguido, de sorte que uma relação instrumental ou causal (a relação meio-fim) acaba por se substituir a uma relação valoradora ou normativa – o conhecimento das relações entre os elementos do sistema e a técnica da sua manipulação eficiente ocupam o lugar da ética.

Em crítica ao aspecto monetarista que Posner atribuiu à eficiência (maximização da riqueza) ao tentar relacionar felicidade com condição econômica vantajosa[31-32], Dworkin (2003, p. 348-349) assinala que

---

sua ligação com a realidade (POSNER, 2011, p. 186). Hoje, por incrível que pareça, falamos que a AED vem para sanar o grave problema de discricionariedade judicial enfrentado pelo sistema judiciário brasileiro, alegando-se que a eficiência só deve ser usada como critério interpretativo em casos de lacunas, ou seja, tratando-a como mais um entre muitos princípios, e não mais como critério de justiça. Ao falar dos conflitos entre Posner e Dworkin em matéria de decisão judicial, Bitencourt, Calatayud e Reck (2014, p. 171) afirmam que "Importa o fato de que, embora apresentem visões opostas, com diferentes perspectivas, nenhum dos referidos juristas consegue afastar a influência de argumentos morais na hora de decidir o Direito, muito embora possam chamar esses argumentos de sociais, principiológicos, valorativos ou políticos. Na verdade, questiona-se até que ponto tais autores não caem na crítica que eles mesmos constroem em relação aos positivistas: de que criam uma teoria para encobrir diferentes argumentos com a ideia da objetividade jurídica".

30. "Deve-se escolher a interpretação que pareça a melhor em um sentido que inclua, *mas também transcenda*, as considerações de fidelidade a um texto ou uma tradição. A questão interpretativa é, em última instância, política, econômica ou social; e a sociologia tem mais a contribuir com ela que o direito" (destaque nosso) (POSNER, 2009, p. 222).

31. Acerca da correlação entre condição econômica e felicidade, Eduardo Gianetti (2002, p. 64) aponta que "Décadas de forte crescimento econômico nos Estados Unidos, Europa e Japão na segunda metade do século XX muito pouco ou nada alteraram as proporções de indivíduos felizes e infelizes na população dos respectivos países. [...] O crescimento compra felicidade nos países extremamente pobres, mas a partir do momento em que uma Nação atinge determinado nível de renda (cerca de U$ 10 mil dólares anuais *per*

> A história não nos oferece nenhum indício útil para essa suposição. Não confirma que a melhor maneira de tornar uma comunidade mais feliz em termos médios consiste em torná-la mais rica em sua totalidade, sem nenhuma condição direta relativa à distribuição; essa tese continua sendo um artigo de fé mais popular entre ricos do que entre pobres. É evidente que, em média, as pessoas vivem melhor nos países ricos que nos países pobres, pelo menos de acordo com as concepções convencionais daquilo que se torna uma vida melhor. Mas a questão presente é de outra natureza. Temos alguma razão para pensar que, em termos gerais, a felicidade média é aumentada nos países ricos, por uma prosperidade ainda maior, medida pelas somas que, coletivamente, os seus cidadãos desejam e podem pagar pelos bens que produzem e comercializam? Ou não seria essa felicidade ainda mais aumentada se os cidadãos aceitassem outros padrões de responsabilidade pessoal, padrões que, às vezes, ignorassem a prosperidade em nome de outros valores? Creio que não; essas afirmações podem ser verdadeiras, mas não temos indícios convincentes de que o sejam.

Acredita-se que "circunscrever a eficiência ao seu caráter econômico é uma redução, como também é uma simplificação transpor a realidade do sistema econômico para o sistema jurídico, sem maiores discussões e digressões" (WEDY, 2016, p. 90); há o risco de se

> [...] utilizar o direito penal e o direito processual penal de forma irrefletida e desmesurada, a fim de se atingir a redução de determinados índices de criminalidade. Ou seja, encarcerar e prender, com custos menores, ao invés de

capita ou o equivalente à renda de países como Irlanda, Portugal e Coréia do Sul), acréscimos adicionais de renda não se traduzem em ganhos de bem-estar subjetivo".

32. Ronald Dworkin (2003, 345-347) cita o exemplo de um homem pobre e doente que vende seu livro favorito (sua maior fonte de prazer) por cinco dólares, que é o mesmo preço de um remédio. Seu vizinho aceitaria pagar até dez dólares, conseguindo, posteriormente, revender o livro por onze. Atendo-se a uma AED monetária, seria devido à polícia que retirasse o livro do homem pobre e doente, mesmo que esse ficasse tanto sem o remédio quanto sem o dinheiro, tendo em vista que o livro valeria mais na mão do seu vizinho, aumentando-se, assim, a totalidade da riqueza social. O absurdo do exemplo está no fato de que exclui todos valores que não sejam a eficiência monetária, demonstrando como é falha a visão monetarista da AED. Dworkin refere que "mesmo que estivéssemos certos de que o homem rico pagaria mais do que o pobre lhe cobraria, de modo que a riqueza social na verdade aumentaria se tirássemos o livro do pobre para dá-lo a seu rico vizinho, não consideraríamos a situação mais justa de modo algum, nem a comunidade nos pareceria melhor, em nenhum aspecto, depois que uma transferência desse tipo fosse feita. Portanto, aumentar a riqueza social não faz com que a comunidade se torne necessariamente melhor".

> investir, educar, construir, distribuir, multiplicar etc. Eis o risco, a quimera do *eficientismo economicista* em direito penal e em direito processual penal (WEDY, 2016, p. 102).

O problema em que Posner incorreu foi o mesmo de Bentham: acreditar que podemos transformar inclinações e preferências de naturezas e intensidades[33] diversas[34] em uma moeda comum para fins de "cálculos de eficiência". A eficiência volta agora à tona mais aberta a valores e não restrita ao seu caráter econômico, mas será exatamente nesse indevido alargamento interpretativo do conceito de eficiência (tendo agora que lidar com os mais diversos valores e preferências) que a AED se assemelhará muito ao simples "bom senso"; a eficiência será um mero princípio[35] que deverá ser aplicado conjuntamente com os vários outros que se encontram em nossa Constituição Federal.

O que a AED parece querer é simplesmente a aplicação efetiva de princípio que já está na Constituição; mas, sendo princípio, até que ponto ele deve ser aplicado? Entrar-se-ia novamente em uma análise hermenêutica a fim de resolver os conflitos constitucionais interpretativos, ou seja, a AED não cumpre a

33. "Valores e valorações são quantidades intensivas e não extensivas. Não são susceptíveis de serem compreendidos pela aplicação de número cardinais. [...] Se alguém troca um quilo de manteiga por uma camisa, o que podemos dizer desta transação é que – no instante da transação e nas circunstâncias específicas daquele instante – esse alguém prefere uma camisa a um quilo de manteiga. É claro que cada ato de escolha se caracteriza por uma certa intensidade psíquica de sentimento. Existem gradações de intensidade no desejo de atingir um determinado objetivo e esta intensidade é que determina o ganho psíquico que a ação bem-sucedida traz no indivíduo que age. Mas as quantidades psíquicas só podem ser sentidas" (MISES, 1990, p. 202). O que isso tudo quer dizer? Quer dizer que não há motivo para se tentar cientificizar a AED, pois de maneira alguma teremos resultados precisos ao final do cálculo de eficiência. O que tão somente pode ser feito são juízos de prognose *relativamente* confiáveis, por trás dos quais há uma crença na efetividade da política pública, o que beira, como se afirma, o simples bom senso.

34. Mises (1990, p. 213-214) já assinalava que certos bens não são compráveis ao dizer que "A honra, a virtude, a glória, assim como o vigor físico, a saúde e a própria vida representam na ação um papel tanto de meios como de fins, sem que possam ser considerados no cálculo econômico".

35. Quando se fala em mero princípio não se quer desqualificar a importância da eficiência como tal, mas alertar para o fato de que ela não mais será tratada como sinônimo de justiça. A eficiência permanece sendo indispensável ao Direito, pois uma "[...] sociedad idealmente justa es una sociedad eficiente. Una sociedad que despilfarra recursos no es una buena sociedad. La eficiencia es un componente de la justicia, aunque ni el único ni el principal. Es decir, la eficiencia no triunfa siempre frente a los outro criterios componentes de la Justicia" (CALSAMIGLIA, 1989, p. 125-126).

importante tarefa de resolver a discricionariedade judicial (em conformidade com os escritos de Posner), mas talvez sirva muito bem no campo sociológico, de ponderação e legislativo, de criação.[36]

Para a aplicação correta da AED, examinemos algumas fórmulas simplificadoras do cálculo de eficiência, verificando brevemente seus pressupostos e consequências. Uma das fórmulas de Gary Becker, por exemplo, tenta definir quando será útil a um indivíduo o cometimento de uma ofensa: EUj = Pj . Uj (Yj – Fj) + (1 – Pj) Uj (Yj), que, traduzindo-se em bom português, ficaria assim: Utilidade Esperada pelo delito = Probabilidade de Condenação * Função Utilidade (Renda Monetária do indivíduo ou vantagem monetária psíquica de uma ofensa – Equivalência monetária da punição) + (1 – Probabilidade de Condenação) Função Utilidade (Renda Monetária do indivíduo ou vantagem monetária psíquica de uma ofensa).

> Exemplifiquemos numericamente. Se fizermos a seguinte quantificação das variáveis para determinado evento: Pj = 0,05 (5% chance de ser pego), logo a chance (1 - Pj) de não ser pego é 0,95 (95% de chance de escapar), se o prêmio pelo sucesso for Y = R$ 10.000,00. Se for pego, a pena é de R$ 2.000,00. Valeria a pena praticar este crime se os princípios morais do agente forem fracos? O cálculo matemático mostra que sim, pois a utilidade esperada deste evento é muito positiva (R$ 9.900): EUj = 0,05 (10.000 - 2.000) + 0.95 (10.000) = R$ 9.900,00. O indivíduo cometerá uma agressão delituosa se a utilidade esperada for positiva, e não o fará se proceder racionalmente, quando ela for negativa (BRENNER, 2009, p. 22).

36. Vale ressaltar, como se verá mais adiante, que qualquer cálculo de eficiência que a AED se proponha a fazer enfrenta aquela complexidade referida na nota de rodapé n. 26, por Leonel; a averiguação dos resultados é sempre imprecisa em relação aos verdadeiros efeitos das políticas públicas e da possibilidade de políticas alternativas com maior eficiência. Por exemplo, "Por uma aplicação da lei da demanda (que, no caso, uma 'elevação de preço' representaria um 'freio ao consumo'), poder-se-ia dizer que prisões piores seriam desestímulos para o cometimento de crimes (prisões desagradáveis ou insuportáveis poderiam ajudar a impedir infrações potenciais), porque os indivíduos não gostariam de ficar em tal situação. Alguns poderiam, a partir disso, sugerir que as prisões se mantenham ruins (ou que fiquem piores). Entretanto, pela aplicação da mesma lei instrumental da demanda, seria perceptível que, quanto mais severas as condições, mais difíceis serão as possibilidades de ressocialização (ou socialização) do condenado" (OLSSON, 2014, p. 38). Adicionando-se ao problema custos jurídicos e morais, qualquer cálculo se encontra envolto em um grau de incerteza tão elevado que sua transformação em políticas públicas representa um risco à sociedade. Em síntese, "[...] não há nenhuma relação 'confiável' entre causa e efeito, apenas graus de probabilidade" (WATZLAWICK, 1994, p. 67).

Para que a demonstração matemática do Dr. Geraldo Brenner fosse viável, o economista recorreu à facilitações que não se veem na prática forense, como quando, por exemplo, considerou que o ofensor "j" não possui quaisquer princípios morais (Uj = 1). Caso o ofensor "j" fosse um homem de valores fortes e inabaláveis (Uj ≅ 0), ele muito provavelmente nunca cometeria delitos, não importando quão favoráveis à prática delituosa fossem as demais variáveis.

Como se percebe facilmente, explicitar em números a Função Utilidade, que representa todo um complexo sistema de crenças e valores de uma pessoa, é tarefa dificílima, senão impossível. Igualmente complicado é quantificar monetariamente uma pena de aprisionamento, por exemplo, cujo custo social variará conforme a produtividade, no mercado legal, do indivíduo preso e impossibilitado de produzir. Até mesmo variáveis que parecem simples, como o prêmio monetário pelo sucesso do crime (R$ 10.000), podem gerar complicações de conversão insolucionáveis quando nos deparamos com crimes que não sejam contra a propriedade.

Ainda sobre a fórmula beckeriana, como informam Marcelo Justus dos Santos e Ana Lúcia Kassouf (2007, p. 193),

> Um aumento em Pj ou Fj da expressão reduziria a utilidade esperada de uma ofensa e assim tenderia a reduzir o número de ofensas porque ou a probabilidade de pagar um preço é mais alta ou porque o próprio preço aumentaria. [...] Maiores retornos em atividades legais aumentariam o custo de oportunidade do crime, reduzindo o incentivo à entrada em atividades ilegais e, conseqüentemente, levando a uma redução no número de ofensas. Punições mais severas implicariam menores incentivos para o comportamento criminoso e, portanto, levariam a uma redução do número de ofensas. Uma elevação percentual em Pj "compensada" por igual redução em Fj não modificaria a renda esperada proveniente de uma ofensa, [...] mas modificaria a utilidade esperada, pois o risco se alteraria. Isso mostra que uma elevação em Pj representaria uma redução no número de ofensas devido à redução da utilidade esperada advinda da execução do ato criminoso. No entanto, é possível demonstrar que essa redução seria mais do que proporcional a uma equivalente elevação percentual em Fj se o indivíduo for propenso ao risco. Um incremento em Fj teria grande efeito sobre o número de ofensas se o indivíduo tivesse aversão ao risco e teria o mesmo efeito se o indivíduo fosse neutro ao risco.

Tal fórmula, exposta na nota de rodapé 16 do mais famoso artigo de Gary Becker (1988), tem como fundamento várias premissas ainda não empiricamente comprovadas pelos pesquisadores da criminologia; por exemplo, segundo Becker (1988, p. 546-547), um aumento em Pj (probabilidade de condenação) "compensado" por uma redução em Fj (equivalência monetária da punição/

pena) reduziria a utilidade esperada e, assim, as ofensas.[37] Ora, fica evidente que tal fórmula aceita como comprovado o fato de que a quantidade de pena/castigo é menos decisiva na ponderação do indivíduo sobre o cometimento ou não de determinado delito do que a probabilidade de condenação. Não há, por enquanto, teorias ou estatísticas que comprovem isso.[38] Pelo cenário em que hoje vivemos, é muito provável que continuaremos, por décadas, sem saber se tais premissas são verdadeiras, tendo em vista a complexidade das sociedades e a dificuldade que os criminologistas encontram ao tentar desvendar as causas específicas dos crimes, dificuldade essa que se dá em razão dos crimes normalmente não terem somente uma causa.[39]

Ainda sobre a eficiência pragmática, já Bentham (1974, p. 65) dizia que o objetivo geral de toda lei é aumentar a felicidade global da coletividade, percebendo a punição como um ato pernicioso que diminui a felicidade geral, um mal necessário. As punições, dessa forma, só seriam devidas se visassem a evitar um mal ainda maior do que elas próprias. Bentham cita casos em que não se deveria infligir punição alguma, quais sejam:

> (1) Quando *não houver motivo* para a punição, ou seja, quando não houver nenhum prejuízo a evitar, pelo fato de o ato em seu conjunto não ser pernicioso. (2) Quando a punição só pode ser *ineficaz*, ou seja, quando a mesma não pode

37. Essa classificação estanque realizada por Becker diferenciando indivíduos que evitariam, prefeririam ou seriam neutros ao risco e a suposta relação direta do risco com Pj, e não também com Fj, não podem ser aceitas de forma simplória. Há, de fato, indivíduos que possuem menos freios à realização delituosa, como os homens jovens, majoritários nas prisões (BRENNER, 2009, p. 80). A falta de socialização e assimilação dos princípios e normas vigentes na sociedade, a maior agilidade corporal, força no ataque e velocidade na fuga, que minimizam o custo do crime, os baixos salários e a falta de oportunidades no mercado legal, a despreocupação com a imagem e honra são algumas das múltiplas variáveis que levam esse grupo à maior realização de crimes. O homem jovem, dessa forma, estará menos propenso a mudar seu comportamento devido a mudanças nas taxas de Pj ou Fj, mas parece errôneo classificá-los como indiferentes ao risco. Tanto Pj quanto Fj parecem ser variáveis interdependentes na tarefa de dissuadir o crime, tendo em vista que índices altíssimos de Pj a penas baixíssimas não trariam o efeito dissuasório desejado, e vice-versa, fato que interfere diretamente no cálculo de risco do indivíduo.

38. Geraldo Brenner (2009, p. 23) menciona várias pesquisas que *sugerem*, a partir de dados empíricos, haver preponderância de Pj sobre Fj no combate à criminalidade.

39. Um dos maiores problemas enfrentados pelos pesquisadores brasileiros é a baixa qualidade da pouca estatística acerca do cenário criminal. Assim, não é fácil evidenciar as verdadeiras origens do crime, não é fácil identificar relações de causa-efeito na criminalidade. Para além disso, o Brasil conta com altas taxas de crimes não registrados, o que fragiliza uma análise mais eficaz acerca dos critérios de prevenção geral, imanentes à AED.

> agir de maneira a evitar o prejuízo. (3) Quando a punição for *inútil* ou *excessivamente dispendiosa*; isso aconteceria em caso de o prejuízo produzido por ela ser maior do que o prejuízo que se quer evitar. (4) Quando a punição for *supérflua*, o que acontece quando o prejuízo pode ser evitado – ou pode cessar por si mesmo – sem a punição, ou seja, por um preço menor (destaque do original).

Por mais que por vezes não percebamos, a lógica da eficiência está, há décadas, impregnada em muitos dos nossos dispositivos legais. Basta olharmos para a possibilidade de extinção da punibilidade, nos crimes tributários, mediante o pagamento do tributo devido, ou para a possibilidade concedida ao magistrado para triplicar penas de multa caso ache necessário (artigo 60, § 1º, do Código Penal); lembremos também do princípio da insignificância. O que é esse princípio senão uma extensão do princípio da eficiência? Lembremos, por fim, das amplas possibilidades que a lei confere às transações penais e às suspensões condicionais dos processos e das penas.[40] Como se vê, o princípio da eficiência impregna nosso ordenamento jurídico, mas isso nunca significou que aqui se pratica a AED.

40. Veja-se também a propagação, nos vários ordenamentos jurídico-penais, da ideia de conciliação, nas quais não se leva em consideração o conteúdo do "justo" na decisão, mas sim a eficiência da célere e pronta resolução dos conflitos. Na Alemanha, por exemplo, o artigo 46 do Código Penal possibilita ao Tribunal que atenue ou até mesmo renuncie à pena no caso de reparação dos danos ou no caso de reconciliação entre réu e vítima (ROXIN, 1999, p. 6). "No Brasil, o instituto da transação penal (possibilidade de aplicação imediata e antes da denúncia, sem o desenvolvimento do processo, de uma pena restritiva de direitos, que não configura reincidência ou maus antecedentes) e a suspensão condicional do processo (suspensão do processo entre dois e quatro anos com posterior extinção do feito, desde que cumpridas determinadas obrigações como comparecer em juízo semanalmente, não se ausentar da comarca sem autorização, reparar o dano etc.) trazidas à baila pela Lei 9.099/95, para os crimes chamados de 'menor potencial ofensivo' (em regra aqueles com pena máxima até dois anos) e de médio potencial ofensivo (em regra aqueles com pena mínima até um ano) – têm ocasionado uma série de abusos, como uma evidente pressão dos órgãos do Ministério Público e do próprio Judiciário para realização de acordos, por intermédio dos quais se abstrai qualquer conteúdo de Justiça. [...] Quando trazemos à baila tal crítica, não repelimos, em toda e qualquer hipótese, a ideia do consenso ou da diversão. Seria um erro e uma cegueira repelir tal ideia em todas as situações, ainda mais num contexto de sofreguidão e escassez de recursos materiais por parte do Estado e da Justiça Criminal. Mais ainda quando se sabe que o direito penal e o processo penal têm campos mais porosos que podem permitir a introdução de tais instrumentos, mormente no caso de bens jurídicos sem um conteúdo mais adensado. O fato é que releva apontarmos a fragilidade do atual sistema, que parece querer ser 'eficiente para encerrar feitos criminais', mas é ineficiente, débil e esquálido para buscar a proteção efetiva dos bens jurídicos, a solução justa das controvérsias, uma aproximação da verdade e uma autêntica legitimidade da ciência criminal" (WEDY, 2016, p. 94-95).

Quanto aos casos de Bentham nos quais não se deveria punir, podemos nos questionar se o item 3, para além dos outros (menos evidentes), não se aplicaria adequadamente à política criminal contra as drogas.[41] Segundo levantamento recentíssimo realizado pelo G1 (VELASCO; D'AGOSTINO; REIS, 2017)[42], um em cada três presos do Brasil responderia por tráfico de drogas, o que totalizaria mais de 215 mil presos. Sabendo-se que o custo nacional médio, por preso, gira em torno de R$ 2.400,00 mensais[43], podemos imaginar quanto de esforço e recursos públicos são destinados à guerra às drogas.[44]

41. A política de drogas, que não será adequadamente tratada aqui, é um excelente tópico para a aplicação do princípio da eficiência e de seus cálculos. Jeffrey A. Miron, em seu artigo *The Budgetary Implications of Marijuana Prohibition*, por exemplo, sugere que a legalização da maconha faria o governo americano arrecadar 6,2 bilhões de dólares por ano e deixar de gastar 7,7 bilhões em policiamento e ações militares. Diz-se que a repressão contumaz às drogas faz, tendo em vista a dificuldade de comercialização, os preços aumentarem (mas não aumentando proporcionalmente o custo de produção), atraindo mais indivíduos cuja "bagagem cultural" não se intimida com a lei. A legalização, dessa forma, reduziria os preços, pois os indivíduos tementes à lei e pacíficos entrariam também no mercado (mais oferta e competição), reduzindo-se o interesse pela produção e oferta de drogas, mas, principalmente, reduzindo-se a violência decorrente da ilegalidade. Milton e Rose Friedman (1984, p. 155) ainda entendem que "a legalização dos tóxicos [...] reforçaria o cumprimento da lei", pois seria uma lei a menos para ser descumprida, como sistematicamente acontece. A lógica é simples: quanto mais leis promulgadas e descumpridas, menos o grande ordenamento jurídico, genericamente considerado, tem força; quanto menos leis há para serem descumpridas, mais as poucas que sobram tem força e legitimidade. Como se sabe, o mercado de drogas não se limita a mera produção e comércio, mas envolve violência, corrupção e formação de verdadeiras organizações paraestatais altamente armadas e poderosas. Para saber mais acerca das drogas e sua relação com a criminalidade: BECKER, Gary S.; MURPHY, K.; GROSSMAN, Michael. *The economic Theory of Illegal Goods*: the case of Drugs. Cambridge, 2004; KOPP, Pierre. *A economia da droga.* Trad. Maria Helena Assumpção. Bauru: Edusc, 1998; CALLEGARI, André Luís; WEDY, M. T. Eficiência, uso de drogas e *law and economics*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 870, p. 445-458, 2008.
42. Salienta-se que, por mais que o levantamento do G1 possa ter erros estatísticos e não se possa lhe tachar de confiável (principalmente pela falta dos cinco estados), ele aponta para uma realidade que já conhecemos e é facilmente identificável por intuição. Não há criminalista brasileiro que duvide das péssimas condições dos nossos presídios e da influência do tráfico de drogas nestes.
43. Em declaração pública realizada em 2016, a ministra Cármen Lúcia disse, no 4º Encontro do Pacto Integrador de Segurança Pública Interestadual e da 64ª Reunião do Colégio Nacional de Secretários de Segurança Pública (Consesp), que "um preso no Brasil custa R$ 2,4 mil por mês e um estudante do ensino médio custa R$ 2,2 mil por ano. Alguma coisa está errada na nossa Pátria amada".
44. Evidentemente, nesses esforços não se compreendem só os gastos com os presos, mas todos custos governamentais advindos do crime, como os custos de prevenção, os

O trunfo da AED é direcionar o debate criminológico à eficiência das políticas públicas na diminuição dos crimes, prezando por métodos alternativos de punição, que normalmente são mais baratos ao erário público e eficientes como resposta estatal, tais como as penas alternativas por monitoramentos eletrônicos, pagamento de despesas pelos próprios presos nos presídios, multas[45] etc., devendo os juristas e legisladores valerem-se do melhor que a sociologia e demais ciências têm a nos oferecer para se chegar ao ótimo de eficiência.

6. Considerações finais

Não se quer negar o acerto de certas ponderações retromencionadas, pois muito bem avaliam um dado grau de racionalidade econômica. Ocorre que a *deficiência* dessa concepção incide justamente aí, na falsa percepção de que a eficiência pode seguir tão somente um cariz economicista quando se trata de Direito ou ser considerada um critério exclusivo de justiça.

Não será o crime também, em certos casos, a manifestação premente da fragilidade de racionalidade?[46] Ou melhor, será o critério do *homo oeconomicus* válido

custos de tempo, dinheiro e oportunidades para as vítimas, os custos no psicológico de toda a comunidade e o sentimento de medo (ambos de difícil aferição), os custos em precaução individual e os custos com todo o sistema criminal na perseguição, processamento e punição de delinquentes. Para além disso, também não aferíveis são os danos causados às regras e valores protegidos pela norma. Como dizem Calabresi e Melamed (1972, p. 1126): "o ladrão não só produz danos à vítima, senão que fulmina também as regras e valores protegidos pela norma".

45. A multa tem papel de destaque entre os defensores da AED, pois, ao mesmo tempo em que pune o ofensor, compensa o dano causado na vítima, maximizando, também, a utilidade dos recursos públicos ao não despender recursos em aprisionamento. Mas nem sempre, deve-se ressaltar, a opinião pública estará em concordância com simples multas, motivo pelo qual essa deverá ser convertida em prisão nos casos mais graves, como a lei já hoje preconiza, fato que também volta a evidenciar a correlação entre a moral e uma correta aplicação do princípio da eficiência.

46. Basta ver a vida em geral "miserável" que leva a maioria dos traficantes das favelas cariocas, no Estado do Rio de Janeiro, com todos os altíssimos riscos imanentes às suas "atividades profissionais". Uma vida glamourizada no gueto, altamente circunscrita, em razão da imposição de poder local, mas uma vida certamente sem qualidade. São repelidos socialmente, não podem sair às ruas, não podem conviver em sociedade, não podem usufruir os "benefícios" de sua atividade marginal. E, em geral, é uma vida que dura pouco, muito pouco. Por conseguinte, se fizessem um juízo verdadeiramente racional, certamente avaliariam de forma diferente os riscos e os benefícios. É claro que a criminologia teria um grande aporte a fazer aqui, expondo essa incapacidade de valoração dos riscos a partir da extraordinária fragilidade social de muitos desses atores criminais.

para todos os casos? Por certo que não. Tal visão é equivocada, pois parte de um juízo único de prevenção geral, que não é válido em todos os eventos.[47]

Sob essa ótica, maior ainda é o erro ao querer reduzir a eficiência ao seu caráter econômico quando se visualiza a árida paisagem do Direito Penal. Retira-se, nesse diapasão, o caráter do "justo" que poderia haver na eficiência. Debilita-se aquilo que, na eficiência, pode ser bom, isto é, uma distribuição mais equânime da Justiça. Ao crer que o aumento puro e simples das penas traz a eficiência e a redução dos crimes, o que se faz é empobrecer o agir do Estado e, não raro, aumentar as discrepâncias sociais, pois, em função disso, não se pode alcançar, nem compreender, o caráter multifacetado e ontoantropológico do fato criminoso. A eficiência não se contrapõe à Justiça. Ao contrário, a eficiência pode ser um dos halos da Justiça ou pode ainda gravitar dentro do seu campo de ação ou repercussão.

Importa, também, apontar as fragilidades que podem surgir de uma concepção mais estrita da AED. O juízo humano não é gélido e neutro, mas um juízo emocional-racional.[48] Acreditar que é possível reduzir todo comportamento criminoso a uma indagação de custo-benefício é algo que dista muito da razoabilidade e do equilíbrio. Ou será que um indivíduo que pratica um crime sob o domínio de violenta emoção é capaz de, friamente e de forma calculista, mensurar os custos de sua ação? Será ele capaz de, em fração de segundos, sopesar que não está sob o abrigo de excludente de ilicitude, mas de uma circunstância privilegiadora, apenas redutora da pena (ao menos no Brasil – art. 121, § 1º, do Código Penal)? A visão de que a transposição da lógica de eficiência do mercado pode resolver os problemas do Direito Penal não se coaduna com a realidade singular de nossa ciência prático-normativa e de sua condição mundanal.[49]

47. Razoável também não é a refutação pura e simples da ideia de eficiência. Há casos, mormente aqueles relacionados com o Direito Penal secundário e com a criminalidade econômica, em que se percebe, de maneira cristalina, a realização de um certo juízo de custo-benefício para o cometimento ou não do delito. Urge, dessa forma, equilíbrio e ponderação para a aferição da validade dos postulados deste pensamento.

48. E aqui seria importante recordar de DAMÁSIO, António R. *O erro de descartes*. Emoção, razão e cérebro humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. 18. ed. Mira-Sintra. Publicações Europa-América, 1994. Relevante ressaltar aqui o impacto que a neurociência poderia gerar na AED (mas também em toda a dogmática penal, sustentada na ideia de livre-arbítrio), pois afetaria a concepção de que os incentivos teriam um papel *central* no combate ao crime, substituindo-a pela ideia de que a tendência para a criminalidade poderia decorrer de fatores neurológicos estabelecidos desde sempre ou decorrentes de outros fatores exógenos. O fato não inutilizaria a AED, mas abalaria sua probabilidade de acertos nos juízos de prognose, como já visto.

49. Isso não significa que, em determinadas áreas, mormente na seara do Direito Penal secundário, não se possa vislumbrar, em determinadas situações, uma certa lógica de

Como exemplo de nossa afirmação acerca da falha da lógica de eficiência do mercado refere-se o famoso "dilema do prisioneiro", atribuído a Tucker. O dilema do prisioneiro é suficiente para demonstrar como a lógica mercantil de eficiência pode falhar.[50]

Entretanto, não se pode apenas apontar falhas na concepção da "Análise Econômica do Direito".[51] Ela traz também qualidades, pois, como explicitado, eleva a ideia de eficiência, outrora tão esquecida no nosso discurso continental, abrindo toda uma nova gama de opções ao discurso jurídico, evitando a cegueira de um pensamento único. Ademais, traz também à tona a discussão acerca de uma necessária atuação *ex ante* do direito, de modo a aferir efeitos de custo-benefício de opções legislativas, o que é absolutamente adequado no paradigma atual.

---

mercado no cometimento ou não cometimento do delito, conforme já explicitado anteriormente, o que denota o acerto de certas ponderações da AED.

50. Eis o referido exemplo: Um chefe de polícia detém dois ladrões que cometeram um roubo num grande magazine. O policial sabe que cometeram o delito, mas não tem provas. Assim, ele introduz cada um dos ladrões em celas separadas, impedindo a sua comunicação, fazendo-lhes a seguinte proposta: Se acusares o outro, e o outro não te acusa, ficas livre, e teu companheiro pegará dez anos de prisão. Se acusares, e o outro te acusar também, os dois ficam presos por cinco anos. Se não acusares, e o outro não te acusa, ficarás no máximo dois meses preso, pois não haveria provas. Por último, se não acusares, e ele te acusar, ele sairá livre e tu ficarás preso por dez anos. Suponhamos que o ladrão, como *homo economicus*, radical e egoísta, pense assim: Se o outro não me acusa, o melhor é que eu acuse porque saio livre. É preferível sair livre do que ficar dois meses no cárcere. Se ele me acusar, também é melhor que eu acuse, pois pegaria apenas cinco anos. Portanto, o melhor é acusá-lo, tanto faz se ele me acusa ou não. No dia seguinte, os ladrões acusaram um ao outro. O interessante é que os dois indivíduos racionais e egoístas obtiveram um resultado pior do que se tivessem cooperado. Ou seja, se tivessem cooperado, teriam de cumprir apenas dois meses de prisão cada um. Assim, se o indivíduo não tivesse perseguido fins egoístas, mas coletivos, teria atingido um resultado melhor.

51. Leia-se por exemplo a interessante crítica de Milton Friedman e Rose Friedman (1984, p. 147) acerca do problema da criminalidade, ao afirmarem que "evidentemente, enfrentar o problema com dinheiro não foi mais eficaz no combate ao crime do que o melhoramento da educação, ou o atingimento dos belos objetivos da longa lista de programas sociais empreendidos nessas décadas. O número de detenções aumentou também drasticamente – de dois milhões em 1957 para quase 10 milhões em 1980. A elevação do número de detenções reflete simplesmente o aumento do número de crimes, e não a eficiência maior na manutenção da lei – uma vez que o número comunicado de crimes cresceu ainda mais que o número de detenções". E, ainda mais notável, é a afirmação de que para o aumento do crime contribuiu muito a desagregação familiar bem como a tempestade de leis e regulamentos dos tempos modernos.

Deve-se dar também razão a Calsamiglia, que afirmou que, do ponto de vista ontológico, a lei, para ser legítima, deve ter um mínimo de eficácia.[52] Não se poderia aceitar uma lei totalmente ineficiente e ineficaz. Aliás, o que também não se poderia aceitar, mas se tolera, de forma acintosa, é um Estado e também um Direito Penal e um Direito Processual Penal ineficientes, que, não raro, instigam a impunidade, a desagregação social e, desgraçadamente, o ressurgimento da vingança privada.

Contudo, como referido antes, impõe-se também uma devida ponderação, especialmente quando se trata do Direito Penal nuclear, que trata dos bens jurídicos mais tradicionais, como vida, liberdade sexual, patrimônio, honra. A razão da *law and economics*, por via de consequência, poderia ser insuficiente para resolver algumas questões essenciais sobre tais matérias. Valendo-nos das palavras de Castanheira Neves (2003, p. 56),

> [...] compreender-se-ia como uma estratégia político-social funcional e finalisticamente programada, a decisão concreta como uma "táctica" de realização ou execução conseqüencial, a própria função judicial como uma instituição funcionalmente adequada a essa estratégia/táctica.

Não nos parece que essa eficiência criticada por Castanheira Neves seja já capaz de se legitimar e de legitimar o Direito Penal e o Direito Processual Penal. Do ponto de vista ontoantropológico[53], o Direito Penal deve também proteger os bens jurídicos e buscar a justiça e a paz jurídica. O Direito não existe para a economia apenas, mas para realizar a justiça em cada caso criminal, dentro dos limites da lei e da Constituição. O processo penal, por sua vez, há de ser conduzido por uma hélice tríplice que equilibre garantias, eficiência e justiça, de modo a atingir o seu fim, a aplicação da justiça, com a absolvição ou condenação.

Vê-se, pois, que o diálogo entre a AED e outras fontes há de se aprofundar, pois tratamos de um caminho que se está a percorrer. Ainda é cedo para conclusões. Não esqueçamos do poeta... "Caminante, no hay camino, se hace camino al andar".

52. Veja-se o exemplo dos "detritos industriais" citado por Calsamiglia (1989, p. 147): em uma cidade vizinha de Barcelona, fábricas inundaram as ruas de detritos em razão da multa fixada pela administração municipal ser irrisória.

53. Calsamiglia (1989, p. 150) afirma que um Direito justo não seria necessariamente eficiente e vice-versa. É bem verdade que, depois, aduz: 1º: a eficiência não pode identificar-se com o mercado livre e em todo lugar. 2º: Há diferença entre eficiência e equidade. Pressupondo a moralidade do critério da eficiência, por vezes mercado e eficiência não andam juntos. Deve existir um equilíbrio. Em síntese, uma sociedade eficiente pode ser uma boa sociedade.

7. Referências bibliográficas

ANDERSON, Steven W.; BECHARA, Antoine; DAMASIO, Hanna; TRANEL, Daniel; DAMASIO, Antonio R. Impairment of social and moral behavior related to early damage in human prefrontal cortex. *Nature Neuroscience* 2, p. 1032-1037 (1999). Disponível em: [go.nature.com/2ykjOoy]. Acesso em: 25.08.2017.

ARAÚJO JÚNIOR, Ari Francisco de. Raízes econômicas da criminalidade violenta no Brasil: um estudo usando microdados e pseudopainel, 1981-1996. *Revista de Economia e Administração*, v. 1, n. 3, p. 1-34, jul./set. 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BECKER, Gary S. *Chicago studies in political economy*. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

BELLONI, Isaura; MAGALHÃES, Heitor de; SOUSA, Luzia Costa de. *Metodologia de avaliação em políticas públicas*: uma experiência em educação profissional. São Paulo: Cortez, 2000.

BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. In: MILL, John Stuart. *Sistema de lógica dedutiva e indutiva*. Editor Victor Civita. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1974. Coleção Os Pensadores, XXXIV.

BITENCOURT, C. M.; CALATAYUD, E. D.; RECK, J. R. *Teoria do direito e discricionariedade*: fundamentos teóricos e crítica do positivismo. E-book: Essere nel Mondo, 2014.

BRENNER, Geraldo. *Entendendo o comportamento criminoso*: educação, ensino de valores morais e a necessidade de coibir o comportamento criminoso: uma contribuição da teoria econômica e um recado para nossas autoridades. Porto Alegre: AGE, 2009.

CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 85, p. 1.089-1.128, 1972.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel A. D. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CALSAMIGLIA, Albert. Justicia, eficiencia y optimización de la legislación. *Documentación Administrativa*, Madrid, n. 218-219, p. 113-152, abr./sept. 1989.

CERQUEIRA, Daniel; LOBÃO, Waldir. Determinantes da criminalidade: arcabouços teóricos e resultados empíricos. *Dados*: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 47, n. 2, p. 233-269, 2004. Disponível em: [www.observatoriodeseguranca.org/files/escolha.pdf]. Acessado em: 03.09.2017.

COHEN, Mark A. *The costs of crime and justice*. New York: Routledge, 2005.

DALRYMPLE, Theodore. *A vida na sarjeta*: o círculo vicioso da miséria moral. Trad. Márcia Xavier de Brito. São Paulo: É Realizações Ed., 2014.

DEWEY, John. O desenvolvimento do pragmatismo americano. Trad. Renato Rodrigues Kinouchi. *Scientiae Studia*, São Paulo, v. 5, n. 2. apr./june 2007. Disponível em: [dx.doi.org/10.1590/S1678-31662007000200006]. Acesso em: 26.10.2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. 1.

DIXIT, Avinash; SKEATH, Susan; REILEY, David. *Games of strategy*. Internacional Edition. New York: W. W. Norton & Company, 2009.

DOS SANTOS, Marcelo Justus; KASSOUF, Ana Lúcia. Uma investigação econômica da influência do mercado de drogas ilícitas sobre a criminalidade brasileira. *EconomiA*, Brasília (DF), v. 8, n. 2, p. 187-210, maio-ago. 2007.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EHRLICH, Issac. Participation in illegitimate activities: an economic analysis. In: BECKER, Gary; LANDES, Willian. *Essays in the economics of crime and punishment*. New York: UMI. p. 68-134, 1974. Disponível em: [www.nber.org/chapters/c3627.pdf]. Acesso em: 06.11.2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Sica, Fauzi Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2006.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. A teoria da escolha racional na ciência política: conceitos de racionalidade em teoria política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 16, n. 45, p. 5-24, fev. 2001.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Tirania do* status quo. Rio de Janeiro: Record, 1984.

GIANETTI, Eduardo. *Felicidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan.-jun. 2010.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. Análise crítica às teorias econômicas do direito penal. *De Jure*: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 12, p. 67-87, jan.-jun. 2009.

HUME, David. *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*. São Paulo: Unesp, 2004.

JAMES, William. *Pragmatismo e outros textos*. Trad. Jorge Caetano da Silva e Pablo Rúben Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Coleção Os Pensadores.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LÜDERSSEN, Klaus. La función preventivo-general del sistema del delito. In: HASSEMER, Winfried et al. *Principales problemas de la prevención general*. Montevideo: Editorial B de F, 2006.

MEDENA, Steven G.; MERCURO, Nicholas. *Economics and the Law*: from Posner to post-modernism and beyond. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.

MISES, Ludwig Von. *Ação humana*: um tratado de economia. Trad. Donald Stewart Júnior. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

MONTERO SOLER, Alberto; TORRES LÓPEZ, Juan. *La economia del delito y de las penas*. Granada: Comares, 1998.

NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica, problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

OLSSON, Gustavo André. *Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica*. Curitiba: Juruá, 2014.

PALIERO, Carlos Enrico. Il principio di effettività del diritto penale. *Estratto Dalla Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2, p. 430-544, 1990.

PASTOR, Santos. *Sistema jurídico y economia*: una introducción al análisis económico del derecho. Madrid: Editorial Tecnos, 1989.

POSNER, Richard. *A economia da justiça*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. Boston: Little Brown, 1992.

POSNER, Richard. *Fronteiras da teoria do direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

POSNER, Richard. *Para além do direito*. Trad. Evandro Ferreira da Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ROBBINS, Lionel. *An essay on the nature and significance of economic science*. 2. ed. rev. and ext. London: Macmillan, 1945.

ROBBINS, Stephen Paul. *Administração*. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

RODRIGUES, Cassiano Terra. O desenvolvimento do pragmatismo segundo Dewey. In: *Cognitio-Estudos*: Revista Eletrônica de Filosofia, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 198-203, jul.-dez., 2008.

RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do direito*: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007.

ROXIN, Claus. *Pena y reparación*. Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. 521, enero/dic., 1999.

SANDEL, Michael J. *Justiça, o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

STIGLER, G. J. Law or economics? *Journal of Law & Economics*, V. XXXV, oct. 1992.

TODOROV, Tzvetan. *O espírito das luzes*. São Paulo: Barcarolla, 2008.

VELASCO, Clara; D'AGOSTINO, Rosanne; REIS, Thiago. Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas. *G1*, março de 2017. Disponível em: [g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml].

VILLAR, Diego. Uma abordagem crítica do conceito de "etnicidade" na obra de Fredrik Barth. *Revista Mana*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 165-192, abr. 2004.

WATZLAWICK, Paul. Efeito ou causa. In: WATZLAWICK, Paul (Org.). *A realidade inventada*. Trad. Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Editorial Psy II, 1994.

WEDY, Miguel Tedesco. *A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal*. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Fundamentos para uma parte geral do direito penal econômico, de Andrei Zenkner Schmidt – *RBCCrim* 111/61-89 (DTR\2015\251);
- O direito penal econômico, de João Marcello de Araújo Júnior – *RBCCrim* 25/142-156 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 8/313-332 (DTR\1999\539); e
- Teoria da adequação econômica da conduta no direito penal econômico, de Ivan Luiz da Silva – *Ciências Penais* 17/241-283 (DTR\2013\567).

Lavagem de dinheiro, *bitcoin* e regulação

Money laundering, bitcoin and regulation

Thiago Bottino

Pós-Doutor pela Columbia Law School. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professor do Corpo Docente Permanente do Mestrado em Direito e Regulação e Professor Adjunto e Coordenador do Curso de Graduação em Direito da FGV Direito Rio. Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Unirio). Professor Visitante da Columbia Law School. Membro efetivo da Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros.
Thiago.Bottino@fgv.br

Christiana Mariani da Silva Telles

Mestranda em Direito da Regulação na FGV Direito Rio. Master of Laws (LL.M) in International Economic Law, University of Warwick (UK). Procuradora do Município do Rio de Janeiro. Advogada.
christiana.m@uol.com.br

Recebido em: 10.01.2018
Aprovado em: 13.03.2018
Última versão dos autores: 16.03.2018

Áreas do Direito: Penal; Financeiro e Econômico

Resumo: O presente artigo tem por objetivo estudar os bitcoins com o fim de verificar (i) se a citada criptomoeda pode servir como instrumento para a prática do crime de lavagem dinheiro; (ii) como os reguladores nacionais e internacionais estão se posicionando sobre o tema; e (iii) propor alternativas regulatórias. O artigo é dividido em cinco partes nas quais se demonstra como funciona o Sistema Bitcoin e se discute se, no contexto do crime de lavagem de dinheiro, a citada criptomoeda se diferencia de ativos tradicionais como moedas eletrônicas, dinheiro em espécie, obras de arte e metais preciosos. São também discutidos aspectos relacionados com a fixação do preço dos bitcoins e com o seu anonimato. A regulação da matéria é analisada por meio do exame das medidas adotadas no Brasil, nos

Abstract: The purpose of this article is to study bitcoins in order to verify (i) whether it serves as an instrument for the practice of money laundering; (ii) how national and international regulators are positioning themselves on the issue; and (iii) propose regulatory alternatives. The paper is divided into five parts, which demonstrate how Bitcoin System works and discusses whether, in the context of money laundering crime, bitcoins differ from traditional assets such as electronic money, cash, artwork and precious metals. Aspects related to the pricing of bitcoins and their anonymity are also discussed. Regulation is analyzed through the examination of the measures adopted in Brazil, in the United States and in the framework of the Financial Action Task Force (Gafi/FATF). Finally, alternatives

Estados Unidos e no âmbito do Grupo de Ação Financeira Internacional/Financial Action Task Force (Gafi/FATF). Por último, são apresentadas alternativas com o propósito de contribuir para o aprimoramento da regulação.

Palavras-chave: Reflexos penais da regulação – Bitcoins – Criptomoedas – Lavagem de Dinheiro – Alternativas regulatórias.

are presented with the purpose of contributing to the improvement of regulation.

Keywords: Criminal reflexes of regulation – Bitcoins – Cryptocurrency – Money laundering – Regulation – Regulatory alternatives.

Sumário: 1. Introdução. 2. O que são bitcoins e como funciona o sistema bitcoin. 3. Breves considerações sobre o crime de lavagem de dinheiro e sua regulação. 4. Bitcoins e lavagem de dinheiro. 5. Iniciativas regulatórias. 5.1. Brasil. a) Projeto de Lei 2.303/15. b) Comunicados 25.306/14 e 31.379 do Banco Central do Brasil. c) Nota da Comissão de Valores Mobiliários. d) Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA. 5.2. EUA: Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN). 5.3. Comunidade internacional: Grupo de Ação Financeira Internacional/*Financial Action Task Force* (GAFI/*FATF*). 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O objetivo do presente artigo é estudar os bitcoins com o fim de verificar (i) se a citada criptomoeda[1] pode servir como instrumento para a prática do crime de lavagem dinheiro; (ii) como os reguladores nacionais e internacionais estão se posicionando sobre o tema; e (iii) propor alternativas regulatórias.

Os bitcoins estão se tornando incrivelmente populares, sendo cada vez mais frequente a sua aceitação como meio de pagamento de bens e serviços. Enquanto

1. Para os fins do presente estudo consideram-se criptomoedas (também chamadas de moedas digitais, moedas virtuais, moedas criptografadas etc.) aquelas que não possuem existência física, sendo criadas por computadores apenas no espaço digital. Tais moedas são criadas de forma descentralizada, sem a intervenção ou garantia de qualquer governo ou autoridade monetária. As criptomoedas se distinguem das chamadas moedas eletrônicas, que representam dinheiro real, soberano, emitido pelo governo, depositado em instituições financeiras. O bitcoin é apenas uma das criptomoedas em circulação. Existem pelo menos 530 criptomoedas disponíveis no mercado, cada uma delas com características específicas. Entre as mais conhecidas estão o *ethereum*, o *litecoin*, a *auroracoin*, o *dogecoin*, o *coinye* e o *zerocoin*. No site [coinmarketcap.com/] é possível encontrar listagem contendo a maior parte das criptomoedas existentes com as respectivas cotações. Vide SILVA, Alexandre Pacheco da. Oportunidades e Oportunismos: as dimensões interna e externa de segurança do bitcoin. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. (Coord.). *A revolução das moedas digitais*: bitcoins e altcoins. Cotia, SP: Editora Revoar, 2016. p. 37.

este artigo era escrito[2] especulava-se que, a qualquer momento, a Amazon, maior e-commerce do mundo, faria um comunicado anunciando que passaria a aceitar bitcoins nas compras feitas em seu site.[3] Gigantes da tecnologia, como Google, Microsoft e Apple, por sua vez, se uniram e divulgaram recentemente a criação de um aplicativo para facilitar pagamentos em bitcoins e outras criptomoedas em suas plataformas.[4]

Contudo, se por um lado, os bitcoins oferecem inúmeras oportunidades de negócios legítimos, sua utilização ainda é amplamente associada a atividades criminosas como a compra de produtos e serviços ilícitos[5], a ação de hackers e sequestradores[6] e a prática de operações de lavagem de dinheiro.[7] Essas últimas constituem o objeto da nossa investigação.[8]

2. Nos meses de agosto a dezembro de 2017.
3. *Portal Guia do Bitcoins*. Disponível em: [guiadobitcoin.com.br/surgem-boatos-de-que-a-amazon-pode-aceitar-bitcoin-oficialmente-a-partir-de-outubro-e-verdade/]. Acesso em: 28.09.2017.
4. *Portal StartSe*. Disponível em: [conteudo.startse.com.br/mercado/taina/empresas-de-tecnologia-se-unem-para-implementacao-do-bitcoin-como-pagamento/]. Acesso em: 02.10.2017.
5. O principal exemplo é a compra de substâncias proibidas com bitcoins no site *Silk Road*. Para mais informações vide "Global Drug Policy Observatory", Swansea University, UK. GDPO Situation Analysis. December 2013. *Silk Road and Bitcoin*. Disponível em: [www.swansea.ac.uk/media/GDPO%20Situation%20Analysis%20silk%20rd%20and%20bitcoin.pdf]. Acesso em: 21.08.2017.
6. *Portal G1*. Disponível em: [g1.globo.com/fantastico/noticia/2017/05/hackers-pedem-resgate-em-moedas-virtuais-como-o-bitcoin.html]. Vide, também, portal *Folha de S. Paulo*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/05/1880569-bandidos-pedem-dinheiro-digital-para-libertar-refem-de-sequestro.shtml]. Acesso em: 21.08.2017.
7. *Portal O Globo*. Disponível em: [oglobo.globo.com/brasil/lava-jato-crime-busca-nova-fronteira-para-lavar-dinheiro-21949615]. Acesso em: 16.10.2017.
8. Embora, como já mencionado, existam outras criptomoedas, escolhemos os bitcoins como objeto de nossa investigação. Em nosso entender essa escolha é indiferente na medida em que o que se pretende discutir são os efeitos das criptomoedas, ou seja, se moedas criadas de forma descentralizada, sem a intervenção ou garantia de qualquer governo, com alto grau de anonimato, podem servir de instrumento eficaz para a prática do crime de lavagem de dinheiro. Essas características são comuns a todas as criptomoedas. Contudo, optamos por não generalizar, porque existem diferenças operacionais entre elas. Não se pode olvidar, de outra parte, que é bem possível que surjam novas criptomoedas com mais vantagens tecnológicas ou mesmo que os bitcoins venham a ser inteiramente abandonados. Apesar disso, nos propomos a estudar a matéria porque

O artigo será dividido em cinco partes. Na primeira parte será demonstrado, com base na literatura jurídica e da ciência da computação, o que são bitcoins e como funciona o que se convencionou chamar de Sistema Bitcoin. Na parte seguinte será feita referência ao crime de lavagem de dinheiro e à sua regulação. A terceira será dedicada ao exame se, de fato, os bitcoins servem como instrumento para a prática do crime de lavagem dinheiro e se, no contexto do crime de lavagem, os bitcoins se diferenciam de ativos tradicionais como moedas eletrônicas, dinheiro em espécie, obras de arte e metais preciosos, bem como de que forma são fixados os preços dos bitcoins, discutindo ainda questões relacionadas com o seu anonimato. Na quarta parte, por fim, serão analisadas as medidas adotadas no Brasil, nos Estados Unidos (EUA) e no âmbito do Grupo de Ação Financeira Internacional/*Financial Action Task Force* (Gafi/FATF) com o fim de (i) examinar de que forma os reguladores locais, estrangeiros e a comunidade internacional[9] estão se posicionando sobre o tema; e (ii) propor alternativas regulatórias.

2. O que são bitcoins e como funciona o sistema bitcoin[10]

De acordo com o senso comum, bitcoin[11] é uma criptomoeda. No entanto, embora essa noção esteja correta, é importante compreender que Bitcoin é mais do que isso.

---

acreditamos estar diante de uma nova tecnologia capaz de trazer paradigmas de dinheiro completamente novos, que produzem efeitos criminais e que, portanto, merecem ser conhecidos. Acrescente-se, ainda, o fato de que o bitcoin é a criptomoeda mais antiga e conhecida. Existe há quase nove anos de forma segura e sem fracassos, apresentando mais liquidez e maior volume de negociação do que as outras criptomoedas. Vide portal *Medium*. Disponível em: [medium.com/@allexferreira/por-que-o-bitcoin-é-diferente--das-outras-criptomoedas-751efe1e90e8]. Acesso em: 26.10.2017.

9. Assim entendida a referência a países soberanos que decidem agir em conjunto para participar em discussões e tomar decisões sobre questões globais. ROCARD, Michel. O que é a comunidade internacional. *Portal Project Syndicate*. Disponível em: [www.project-syndicate.org/commentary/defining-the-international-community-s-role--and-responsibility-by-michel-rocard/portuguese]. Acesso em: 23.10.2017.

10. O presente item constitui resumo do item II do artigo de autoria de Christiana Mariani da Silva Telles, com o título "*Sistema Bitcoin*: tecnologia digital, protocolo de comunicação, software, rede de pagamentos online descentralizada e criptomoeda. Desafios para os reguladores" e apresentado no Mestrado em Direito da Regulação. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio. Rio de Janeiro. Agosto de 2017.

11. Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, *bit* não constitui referência a *byte*, mas sim a uma rede de compartilhamento ponto a ponto (*peer-to-peer*) chamada de

Com efeito, o termo Bitcoin compreende vários aspectos distintos, a saber: (i) uma tecnologia digital; (ii) um protocolo, ou seja, um sistema de comunicação, que funciona por meio da internet[12]; (iii) um software de código aberto, disponível para qualquer pessoa gratuitamente; (iv) uma rede de pagamentos online descentralizada, onde os usuários gerenciam o sistema sem intermediário ou autoridade central; e, por fim, (v) uma criptomoeda. Estudaremos esses diversos aspectos no presente item.

Para facilitar a exposição, a expressão Sistema Bitcoin será utilizada quando se tratar dos cinco aspectos retromencionados em conjunto ou quando não for preciso fazer distinção entre eles. Será adotada também a convenção usada na literatura da ciência da computação, utilizando a palavra Bitcoin (com "B" maiúsculo) quando nos referirmos à tecnologia digital, ao protocolo de comunicação, ao software e à rede de pagamentos. Quando falarmos especificamente sobre a criptomoeda usaremos a palavra bitcoin (com "b" minúsculo).[13]

Até 2008, quando o programador conhecido pelo nome de Satoshi Nakamoto[14] inventou o Sistema Bitcoin[15], as transferências de valores pela internet só poderiam ser feitas por meio de um intermediário, normalmente uma instituição financeira, que guardava os registros históricos dos saldos das contas dos respectivos clientes. Eram esses intermediários que garantiam a segurança

---

BitTorrent. *Coin* é moeda em inglês. Daí o termo bitcoin. CARAVINA, Adriano. *Bitcoin e altcoins*: fácil, prático e completo. Brasil. 2017. Livro digital. Não paginado, pos. 21380.

12. Protocolo é um conjunto de regras padronizado que especifica o formato, a sincronização, o sequenciamento e a verificação de erro em comunicação de dados. Dois computadores devem utilizar o mesmo protocolo para poderem trocar informações. O protocolo básico usado na internet é o TCP/IP. CARAVINA, Adriano. *Bitcoin e altcoins*: fácil, prático e completo. Brasil. 2017. Formato digital. Não paginado, pos. 53314.

13. Böhme, Rainer et al. Bitcoin: economics, technology, and governance. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 29 (2), 2015. p. 213.

14. Em 31 de outubro de 2008, Satoshi Nakamoto publicou o artigo Bitcoin: *A Peer-to-Peer Electronic Cash System* (vide em: [bitcoin.org/bitcoin.pdf]) com as ideias centrais do projeto. O primeiro bloco de moedas bitcoin (o *genesis block*, como é chamado) foi garimpado em janeiro de 2009 pelo próprio Nakamoto. Acredita-se que Satoshi Nakamoto seja um pseudônimo que foi utilizado pela pessoa ou pelo grupo de pessoas que criou o Sistema Bitcoin. Há diversas teorias a respeito de quem poderia estar por trás da verdadeira identidade de Satoshi Nakamoto, mas por enquanto são apenas especulações.

15. É interessante observar que o Sistema Bitcoin surge no ambiente da crise financeira internacional de 2008. Vide BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. Prefácio. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. (Coord.). *A revolução das moedas digitais*: bitcoins e altcoins. São Paulo: Renovar, 2016. p. 17.

da operação, evitando que o dinheiro enviado eletronicamente fosse gasto em duplicidade.[16]

A invenção do Sistema Bitcoin é considerada revolucionária porque, pela primeira vez, o problema do gasto em duplicidade foi solucionado sem a necessidade de um intermediário. As transações que ocorrem na rede pagamentos Bitcoin são organizadas em blocos[17] e registradas em uma espécie de livro contábil público, chamado de Blockchain (cadeia de blocos de transações/registros).[18]

Desenvolvida em 2008, junto com o Sistema Bitcoin, a tecnologia Blockchain foi tornada pública no artigo Bitcoin: *A Peer-to-Peer Electronic Cash System*[19], de Satoshi Nakamoto, no qual os dois termos foram originalmente cunhados.[20]

A Blockchain pode ser definida como um registro público de transações, ou seja, um grande banco de dados público, que contém o histórico de todas as transações realizadas com bitcoins.[21] Essas transações são validadas e registradas em

16. Na ciência da computação esse gasto em duplicidade, que ocorre quando um usuário consegue gastar o mesmo dinheiro eletrônico mais de uma vez, é conhecido por "gasto duplo". Vide ULRICH, Fernando. *Bitcoin*: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014. p. 17.

17. Um bloco inclui todas as informações (comprador, vendedor, valor etc.) para todas as transações em bitcoins realizadas ao longo de determinado período de tempo (cerca de 10 minutos). A Blockchain é uma combinação de todos os blocos criados. Vide CARAVINA, Adriano. *Bitcoin e altcoins*: fácil, prático e completo. Brasil. 2017. Formato digital. Não paginado, pos. 50124.

18. Vide ULRICH, Fernando. *Bitcoin*: A moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014. p. 17-18.

19. Sistema eletrônico de pagamento ponto a ponto.

20. Vide inteiro teor do artigo em: [bitcoin.org/bitcoin.pdf].

21. CARAVINA, Adriano. *Bitcoin e altcoins*: fácil, prático e completo. Brasil. 2017. Formato digital. Não paginado, pos. 23372, define a Blockchain como uma "espécie de planilha (tabela) de Excel gigante, consistente numa enorme lista de endereços (*address*) Bitcoins, que arquiva todas as transações efetuadas em Bitcoins (transferências de créditos, pagamentos)". Também é importante compreender que a Blockchain "não é um produto, um fornecedor ou uma implementação única. Blockchain é um conceito, uma arquitetura de banco de dados. Não existe um único blockchain, existem vários. O mais conhecido é o blockchain que suporta as transações do Bitcoin. Mas existem vários outros". BORTOLINI, Rafael. Como funciona o Blockchain em 4 passos. *Smlblog*. Disponível em: [blog.smlbrasil.com.br/2017/05/12/como-funciona-o-blockchain-em-quatro-passos/]. Acesso em: 17.07.2017. Note-se, ainda, que TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain Revolution*: Como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo. São Paulo: Senai-SP Editora, 2016. p. 37, afirmam que

ordem cronológica, de forma a assegurar que os mesmos bitcoins não tenham sido previamente gastos, eliminando-se, assim, o problema do gasto em duplicidade retrorreferido.[22]

Merece destaque, de outra parte, o fato de que ninguém é dono do Sistema Bitcoin. Nenhuma entidade ou indivíduo pode controlá-lo. O Sistema Bitcoin é controlado por todos os usuários Bitcoin em todo o mundo e só pode funcionar com um consenso total entre todos os usuários.[23]

Mas se não existe um ponto central, quem emite os bitcoins? Quem guarda o "livro contábil" (Blockchain) onde estão registradas todas as transações em bitcoins? Quem é o responsável por atualizar esse "livro" quando são realizadas transações em bitcoins? Quem é responsável por verificar se essas transações não são falsas ou se há gasto duplo? A resposta é simples: todo mundo.

De fato, a ideia é descentralizar todos os registros, controles e validações, distribuindo-os entre muitas pessoas simultaneamente. O gerenciamento não está mais nas mãos de uma única pessoa ou instituição, mas distribuído entre todas as pessoas que estiverem conectadas ao Sistema Bitcoin.[24]

Em tese, qualquer um pode fazer esse gerenciamento. Não é preciso ter nenhum conhecimento específico, pois o trabalho é feito por computadores. Basta instalar um software Bitcoin. Contudo, como o trabalho "exige uma capacidade

---

a Blockchain é a tecnologia que provavelmente terá maior impacto sobre o futuro da economia mundial. "Este novo livro-razão digital das transações econômicas pode ser programado para gravar praticamente tudo o que for de valor e importância para a humanidade: certidões de nascimento e de óbito, certidões de casamento, ações e títulos de propriedade, diplomas de ensino, contas financeiras, procedimentos médicos, créditos de seguros, votos, proveniência de alimentos e tudo o mais que possa ser expresso em código".

22. ULRICH, Fernando. Bitcoin: *A moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014. p. 18.

23. Todos os usuários são livres para escolher a versão de software que desejam usar. Contudo, é necessário que todos cumpram as mesmas regras para que continuem sendo compatíveis entre si. O Sistema Bitcoin só pode funcionar corretamente se todos os usuários concordarem com as informações colocadas na rede e com a validade das transações.

24. O Sistema Bitcoin usa a tecnologia ponto a ponto (*peer-to-peer*) para operar sem a necessidade de uma autoridade central, banco ou outro intermediário. A tecnologia *peer-to-peer* pode ser definida como uma arquitetura de redes de computadores onde cada um dos pontos da rede (também chamados de nós) funciona tanto como cliente quanto como servidor, permitindo o compartilhamento de serviços e dados sem a necessidade de um servidor central.

de processamento computacional muito grande, hardware (equipamento) especializado e gasta quantidades exorbitantes de energia elétrica"[25], na prática, ele acaba sendo feito pelos mineradores de bitcoins.[26]

Os mineradores são responsáveis por dois trabalhos essenciais. Primeiro, eles são encarregados de validar as transações realizadas com os bitcoins, conforme mencionamos. Existem milhares de mineradores independentes, com computadores potentes, que trabalham constantemente confirmando as transações realizadas na rede. Quando alguém envia bitcoins para outra pessoa, são os mineradores que validam a transação por meio de cálculos matemáticos e a registram no "livro contábil" ao qual nos referimos, isto é, na Blockchain. Como remuneração por esse trabalho, os mineradores recebem taxas de transação pelas operações confirmadas e ainda podem ser contemplados com novos bitcoins, conforme será exposto a seguir.

Minerar bitcoins nada mais é do que concluir um bloco e registrá-lo na Blockchain. Um bloco, por sua vez, é um lote de transações com bitcoins. Para confeccionar um bloco, os mineradores recolhem os dados das diversas transações que estão sendo propagadas pela rede e as agrupam (bloco candidato). Assim, de forma simplificada, podemos dizer que o trabalho dos mineradores consiste em encontrar o elo (chave de validação criptográfica)[27] que une o bloco candidato ao último bloco (válido) guardado na Blockchain. Tudo isso é feito com base em criptografia e cálculos matemáticos e o elo somente será encontrado se a transação for legítima, ou seja, se não existir nenhuma falha na cadeia.[28]

Todos os mineradores tentam encontrar esse elo ao mesmo tempo e quem consegue encontrá-lo primeiro publica o bloco para todos os participantes da rede que o conferem. Conferido e aprovado, o bloco é incluído na cadeia de blocos

25. USKA, Sarah. Desmistificando Bitcoin e Blockchain: conheça a tecnologia que promete mudar o mundo. *Portal e-business*. 2017. Disponível em: [ebusiness.liveuniversity.com/desmistificando-bitcoin-e-blockchain-conheca-a-tecnologia-que-promete-mudar-o-mundo/]. Acesso em: 21.08.2017.

26. Assim chamados numa analogia ao ouro. A mineração pode ser solo (quando se minera sozinho, por conta própria) ou em *pool* (em que os mineradores compartilham seus recursos para facilitar a mineração, hipótese em que o prêmio é dividido entre os participantes). Vide CARAVINA, Adriano. *Bitcoin e altcoins*: fácil, prático e completo. Brasil. 2017. Formato digital. Não paginado, pos. 21203.

27. Isto é, é preciso resolver uma prova matemática complexa, chamada "Prova de Trabalho" ou *PoW* (do inglês *proof of work*).

28. Se a transação não for legítima, o bloco será rejeitado e não integrará a cadeia.

(Blockchain)[29], ficando consolidada a transação. O sistema não aceita transações inválidas ou com gasto duplo.[30] Além disso, as propriedades criptográficas dos blocos e a forma como eles se conectam faz com que seja praticamente impossível alterá-los. A maior parte das transações pode ser processada independentemente do pagamento de taxas. Contudo, os usuários são encorajados a pagar uma pequena taxa voluntária para uma confirmação de suas transações mais rapidamente e para remunerar os mineiros.[31]

Enquanto trabalham, os mineradores também participam de uma espécie de competição, pois, ocasionalmente, o sistema emite um *hash* (sequência de bits criptografados) para ser decodificado. Inicia-se então uma corrida entre os mineradores para ver quem consegue decifrar o *hash* primeiro. O vencedor dessa competição recebe como prêmio[32] determinada quantidade de novos bitcoins,

29. De acordo com Sarah Uska, tudo se passa como se esse bloco fosse uma página, contendo várias transações, a ser incluída em um fichário (a Blockchain). Para "abrir" esse fichário e incluir essa nova página, é necessária uma assinatura, que só será obtida se a transação for válida, isto é, depois de verificado nas outras páginas do fichário se quem transfere bitcoins de fato os possui. Depois que a página for incluída no fichário não será mais possível retirá-la de lá. Note-se, ainda, que a validação é feita automaticamente. Basta instalar o *software* do Bitcoin. Ele recebe as informações de toda a corrente e o trabalho de validação é feito automaticamente. Vide USKA, Sarah. Desmistificando Bitcoin e Blockchain: conheça a tecnologia que promete mudar o mundo. *Portal e-business*. 2017. Disponível em: [ebusiness.liveuniversity.com/desmistificando-bitcoin-e-blockchain-conheca-a-tecnologia-que-promete-mudar-o-mundo/]. Acesso em: 11.09.2017.

30. Todas as transações estão registradas no livro (Blockchain), desde a primeira movimentação realizada na história dos bitcoins. Ao instalar o *software* do Bitcoin, todos os usuários recebem uma "cópia do livro", que pode ser acessado por qualquer um. Assim, todas as transações são conferidas, impedindo eventuais fraudes ou gasto duplo. De acordo com Böhme, Rainer et al. Bitcoin: economics, technology, and governance. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 29 (2), 2015. p. 215: "Bitcoins are recorded as transactions. For instance, some user Charlie does not simply 'hold' three bitcoins. Rather, Charlie participate in a public verifiable transaction showing that he received three bitcoins from Bob. Charlie was able to verify that Bob could make that payment because there was a prior transaction in which Bob received three bitcoins from Alice and there was no prior transaction in which Bob spent these three bitcoins". Note-se que a Blockchain não armazena saldos, mas um histórico de transações. É a partir desse histórico de transações que os saldos são calculados.

31. Vide *Portal Bitcoin*. Disponível em: [bitcoin.org/pt_BR/faq#quanto-sera-a-taxa-de-transacao]. Acesso em: 11.09.2017.

32. A ideia desse prêmio é incentivar os mineradores a contribuir com a força de processamento de seus computadores para manter a rede e validar transações em bitcoins.

tornando-se proprietário deles. É assim que novos bitcoins são criados (ou, em outras palavras, emitidos).[33]

Quanto mais potentes forem os seus computadores, mais rápido os mineradores podem trabalhar para resolver a equação. A dificuldade para resolver a equação, entretanto, aumenta de acordo com a velocidade com que os mineradores completam os blocos e é ajustada de forma que, independentemente de quantos mineradores existam, um bloco é resolvido aproximadamente a cada dez minutos. Isso significa que os bitcoins são sempre descobertos numa taxa contínua e previsível ou sendo distribuídos de modo correto. A quantidade de bitcoins recompensada por cada bloco vai cair pela metade aproximadamente a cada quatro anos, até que um dia nenhum bitcoin seja mais criado, o que está previsto para acontecer no ano de 2140.[34] Quando isso ocorrer, as taxas de transação substituirão os novos bitcoins que são entregues como recompensa pela mineração.[35]

É, portanto, por meio desse processo de mineração que os bitcoins são garimpados, ou melhor, tal como ocorre com o ouro, são descobertos e, assim, adquiridos originariamente.[36]

Além do modo de aquisição originária referido, os bitcoins também podem ser adquiridos de forma derivada[37] a título de pagamento de bens ou serviços, trocados por moedas oficiais em corretoras de bitcoins ou, ainda, comprados diretamente de quem possua a criptomoeda. Para isso, no entanto, as partes precisam

33. Essa é a única forma de criar novos bitcoins. A ideia por trás dessas criptomoedas é que, observadas determinadas regras, qualquer pessoa pode criá-las, em qualquer computador, por meio da descoberta e da solução de um problema computacional. Note-se que não há uma autoridade central encarregada de criar bitcoins.

34. O prêmio/recompensa era de 50 bitcoins em 2009. A partir de 2013 passou a ser de 25 bitcoins e hoje, em 2017, é de 12,5 bitcoins. A quantidade máxima de bitcoins que entrará em circulação é de 21 milhões. Essa é uma quantidade arbitrária, definida por Satoshi Nakamoto por ocasião de sua criação. Cada bitcoin, abreviadamente BTC, é dividido em 100 milhões de unidades designadas *satoshis*.

35. Quando isso ocorrer, provavelmente as taxas de transação retrorreferidas, que hoje são irrisórias, tenderão a subir.

36. Entende-se por aquisição originária da propriedade aquela em que determinada pessoa se torna dona de uma coisa que jamais esteve sob o senhorio de alguém, conforme PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. IV. p. 99.

37. Entende-se por aquisição derivada da propriedade aquela em que o direito que se adquire está relacionado com o direito de um precedente proprietário, decorrendo de um ato de transmissão. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. IV. p. 100-101.

criar uma conta Bitcoin, o que pode ser feito por qualquer pessoa, sem taxas e sem nenhum procedimento especial. Basta baixar um software e criar uma carteira e um endereço Bitcoin.[38]

Mas o que significa, exatamente, adquirir uma criptomoeda, uma moeda que sequer podemos visualizar, criada digitalmente em um computador qualquer por "pessoas que sabem manipular computadores de forma a utilizar aplicativos e softwares para resolver problemas matematicamente"[39]?

Significa que, como os bitcoins não são emitidos fisicamente nem são impressos,[40] quem tem bitcoins, tem, na realidade, uma chave digital com relação à qual há um consenso de que essa chave tem autoridade sobre um determinado valor em bitcoins:

> A chave digital que falamos anteriormente é na verdade um par de chaves: a chave privada e a chave pública. A chave pública é criada a partir da chave privada, e você pode informar ela para todo mundo. A chave privada é um segredo que só o detentor da chave digital sabe.
>
> Podemos fazer uma metáfora aqui: é como se a sua chave pública fosse seu endereço de e-mail: você pode informar ele para qualquer pessoa. E sua chave privada seria a senha do seu e-mail, que só você sabe. Você informa a sua chave pública para quem quer falar com você, mas mantém sua chave privada em segredo. Outra metáfora: é como se sua chave pública fosse sua conta no banco (agência e número) e a chave privada, sua senha.
>
> Para facilitar, vamos chamar as chaves públicas em Bitcoin de endereços e as chaves privadas de carteiras.
>
> A matemática brilhante por trás dessas chaves digitais dão uma propriedade interessante a elas: da mesma forma que só quem tem a senha de um certo e-mail pode enviar mensagens usando esse e-mail, só quem sabe a chave privada (a carteira) relativa a uma chave pública (um endereço) pode assinar mensagens digitais criadas com esse endereço.

38. Cada usuário do Sistema Bitcoin pode possuir quantos endereços e carteiras quiser.
39. BERNARDINO, Gustavo (Trad.). The Blockhead Series. *Bitcoin – o guia definitivo de A a Z sobre negociações e mineração lucrativa de bitcoins*. Babelcube Books, 2016, Formato digital. p. 470.
40. Embora seja possível emitir bitcoins fisicamente como foi feito por um usuário do *Sistema*. Essa moeda foi chamada de *Casascius coins*. Mas o valor desses bitcoins físicos está, na realidade, na chave privada contida nos mesmos, protegida por um holograma inviolável. A primeira pessoa a usar a chave privada se torna titular dos bitcoins correspondentes e a moeda física deixa de ter valor. CARAVINA, Adriano. *Bitcoin e altcoins*: fácil, prático e completo. Brasil. 2017. Formato digital. Não paginado, pos. 50482.

> [...].
>
> Daqui para frente, quando você ouvir ou ler que alguém "tem" Bitcoins, lembre-se que isso significa que a pessoa é detentora de uma chave privada, ou carteira cuja chave pública ou endereço recebeu Bitcoins [...].[41]

Somente o detentor dessas chaves digitais (ou seja, o proprietário dos bitcoins)[42] pode transferi-los para outro endereço Bitcoin:

> É assim que os Bitcoins são transferidos: é criada uma mensagem digital originária do endereço que tem algum Bitcoin, transferindo-a para outro endereço. A mensagem tem que ter uma assinatura digital válida, e só quem consegue gerar essa assinatura é o detentor da chave privada (carteira) associada à chave pública (endereço).[43]

A transação é então verificada, conforme retromencionado, e, sendo validada, a transferência dos bitcoins é efetivada. Vale observar, também como já exposto, que tudo é feito por programas de computador, que trabalham de forma automática, sem que o usuário precise intervir ou entender o que acontece. Tudo o que o usuário percebe é que pode mandar bitcoins de um endereço para o outro.

É dessa forma, portanto, que, por meio de cálculos matemáticos, computadores e softwares sofisticados, os bitcoins acabam se tornando uma utilidade econômica, ou seja, adquirindo valor de troca, com o qual é possível comprar passagens aéreas[44], imóveis[45] e diversos outros bens ou serviços.

Cabe acrescentar, por último, que os bitcoins não são emitidos nem garantidos por uma autoridade monetária ou governamental, não havendo garantia de conversão para uma moeda soberana ou para qualquer outro bem. Assim, o respectivo valor não deriva de um ativo, como ouro, ou de um ato governamental,

---

41. Foi mantida a redação original do texto no qual a criptomoeda bitcoin, ao contrário do critério adotado no presente artigo, aparece com "B" maiúsculo e não "b" minúsculo.
42. As carteiras Bitcoin podem ser baixadas em computadores, smartphones ou pen-drives. É recomendável fazer um backup da carteira, pois em caso de perda do computador, smartphone ou pen-drive, a mesma não poderá ser recuperada.
43. VIANA, Wladston. O que é Bitcoin? Um guia para os curiosos e futuros investidores. *Blog Bússola do investidor*. Disponível em: [blog.bussoladoinvestidor.com.br/o-que-e-bitcoin/]. Acesso em: 17.07.2017.
44. *Portal Cheapair*. Disponível em: [www.cheapair.com/help/payment-and-billing/what-forms-of-payment-do-you-accept/]. Acesso em: 29.07.2017.
45. *Portal Guia do Bitcoin*: [guiadobitcoin.com.br/primeira-venda-de-imovel-com-bitcoin-e-feita-com-sucesso-em-sumaresp/].

sendo determinado em um mercado aberto, pela lei da oferta e da procura. Note-se, ainda, que não há qualquer espécie de intervenção governamental na emissão e fixação da cotação dos bitcoins.

3. Breves considerações sobre o crime de lavagem de dinheiro e sua regulação

A lavagem de dinheiro pode ser definida como o "processo pelo qual o criminoso transforma recursos ganhos em atividades ilegais em ativos com uma origem aparentemente legal", conforme definição constante da cartilha elaborada pelo Conselho de Controle de Atividades Econômicas (COAF)[46] em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Controle Internacional de Drogas (UNDCP).[47] Esse conceito não difere daquele previsto na Lei 9.613/98, que rege a matéria no Brasil[48], nem das definições propostas por legisladores, órgãos e agências internacionais.[49] É, portanto, sob este enfoque que analisaremos os bitcoins:

46. O Coaf, órgão criado no âmbito do Ministério da Fazenda, foi instituído pela Lei 9.613/98 e atua eminentemente na prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.

47. Lavagem de Dinheiro – Um Problema Mundial. Vide *Portal Coaf*. Disponível em: [www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/view]. Acesso em: 02.10.2017.

48. No Brasil, a primeira lei editada sobre a matéria foi a Lei 9.613/98. Essa lei sofreu diversas alterações impostas pelas Leis 10.467/02, 10.683/03, 10.701/03. Atualmente, a Lei 9.613 vigora com as alterações que lhe foram impostas pela Lei 12.683/12.

49. A legislação portuguesa, por exemplo, define a lavagem de dinheiro (chamada de branqueamento de capitais) como a "transformação, por via de atividades criminosas que visam a dissimulação da origem ou do proprietário real dos fundos, dos proventos resultantes de atividades ilícitas, em capitais reutilizáveis nos termos da lei, dando-lhes uma aparência de legalidade". Vide *Portal da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários*. Disponível em: [www.cmvm.pt/pt/CMVM/Apresentacao/Pages/Apresenta%C3%A7%C3%A3o.aspx]. Acesso em: 24.10.2017. A Diretiva (EU) 2015/846 do Parlamento Europeu e do Conselho, por sua vez, inclui no conceito de lavagem de dinheiro os seguintes comportamentos: (a) a conversão ou transferência de bens, com conhecimento de que esses bens provém de uma atividade criminosa ou da participação numa atividade dessa natureza, com o fim de encobrir ou dissimular a sua origem ilícita ou de auxiliar quaisquer pessoas implicadas nessa atividade a furtarem-se às consequências jurídicas dos atos por elas praticados; e (b) o encobrimento ou a dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, utilização, circulação ou propriedade de determinados bens, com conhecimento de que tais bens provém de uma atividade criminosa ou da participação numa atividade dessa natureza. Vide *Portal EUR-Lex*. Disponível em: [eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32015L0849].

se é possível usar a citada criptomoeda para incorporar recursos de origem ilícita à economia com o fim de dar-lhes aparência legal.

Para melhor compreensão do tema, cumpre esclarecer que, como observa Marco Antonio de Barros[50], o ponto de partida para a adoção de medidas de combate à lavagem de dinheiro foi a Convenção das Nações Unidas de Viena, realizada na Áustria em dezembro de 1988, que teve como fim específico o combate ao tráfico de entorpecentes e substâncias psicotrópicas.[51]

Acesso em: 11.11.2017. Nos EUA, o conceito também é amplo, punindo a conduta de quem, sabendo que a propriedade envolvida em uma transação financeira representa o produto de alguma forma de atividade ilegal, conduz ou tenta realizar uma transação financeira (A) (i) com a intenção promover a realização de atividades ilegais especificadas; ou (ii) com a intenção de se envolver em conduta que constitua uma violação da seção 7201 ou 7206 do Internal Revenue Code de 1986; ou (B) saber que a transação foi projetada no todo ou em parte – (i) com o fim de ocultar ou disfarçar a natureza, a localização, a fonte, a propriedade ou o controle dos produtos da atividade ilegal especificada; ou (ii) para evitar um requisito de notificação de transações de acordo com a legislação estadual ou federal (US Code, § 1956. Tradução livre). Além disso, conforme a legislação americana também criminaliza a participação intencional ou a tentativa de participação em transações monetárias que envolvem bens derivados de atividades ilícitas em valor superior a 10 mil dólares. As penas são aplicáveis quando o delito tiver lugar nos EUA, bem como fora do país quando o autor do crime for norte-americano (Us Code, § 1957. Tradução livre). Vide: [uscode.house.gov/download/download.shtml]. Acesso em: 11.11.2017. Vide também CERVINI, Raúl. OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 220-221. Para o Financial Action Task Force – FATF, lavar dinheiro é disfarçar sua origem ilícita. Vide portal do *FATF*. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering/]. Acesso em: 02.10.2017.

50. BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 31.

51. O art. 3º da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas (Convenção das Nações Unidas de Viena), estabelece o seguinte: "1 - Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos intencionalmente: [...] b) i) a conversão ou a transferência de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso a) deste parágrafo, ou da prática do delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das conseqüências jurídicas de seus atos; ii) a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão; [...]". A citada Convenção foi concluída em dezembro de 1988 e ratificada pelo Congresso Nacional

Embora o tema já estivesse na agenda mundial desde a década de 80, a preocupação com o crime de lavagem de dinheiro difundiu-se de forma mais significativa a partir do final dos anos 90 com o "crescimento do mercado econômico mundial", quando o delito assumiu "grandes dimensões em razão de técnicas criminosas cada vez mais elaboradas, que ultrapassam fronteiras e burlam diversos sistemas jurídicos", tornando-se uma preocupação mundial.[52]

Destacam-se nesse cenário a celebração de diversas convenções internacionais, como a Convenção sobre a Lavagem de Dinheiro, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime, celebrada em Estrasburgo, França, em 1993[53]; a Convenção Interamericana contra a Corrupção, celebrada em Caracas, Venezuela, em 1996; A Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo celebrada em Nova York, EUA, em 1999; a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, celebrada em Palermo, Itália, em 2000; a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, celebrada em Bridgetown, Barbados, em 2002; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, celebrada em Mérida, México, em 2003.[54]

Ainda no mesmo contexto, cumpre fazer referência ao Grupo de Ação Financeira Internacional/*Financial Action Task Force* (Gafi/FATF), criado em 1989, em Paris, França, por países membros da *Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE*, com o propósito de desenvolver e promover políticas nacionais e internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo em escala global.[55] Conforme observa Carla Veríssimo de Carli[56], o Gafi/FATF é o centro do sistema internacional antilavagem de dinheiro. Para

em junho de 1991 por meio do Decreto Legislativo 162, sendo promulgada pelo Decreto 154, de 26.06.1991. No entanto, a primeira norma brasileira sobre a matéria só veio a ser editada em 1998 (Lei 9.613).

52. BRAGA, Juliana Toralles dos Santos. Histórico da evolução do "processo antilavagem de dinheiro" no mundo. *Portal Âmbito Jurídico*. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8426]. Acesso em: 22.10.2017.

53. Atualizada pela Convenção de Varsóvia, celebrada na Polônia em 2005.

54. RIZZO, Maria Balbina Martins de. *Prevenção da lavagem de dinheiro nas organizações*. São Paulo: Trevisan, 2016. p. 107-110.

55. Com exceção da Convenção de Estrasburgo, o Brasil é signatário das demais convenções internacionais referidas no texto, integrando o Gafi/FATF desde 2000.

56. CARLI, Carla Veríssimo de. *O sistema internacional antilavagem de dinheiro*. In: CARLI. Carla Veríssimo de (Org.). *Lavagem de Dinheiro*. Prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 31.

cumprir seus objetivos, o Gafi/FATF publicou 40 Recomendações com a finalidade de estabelecer um padrão internacional de regulação.[57]

É importante mencionar que a tipificação do crime de lavagem de dinheiro pressupõe a existência de uma infração penal antecedente que tenha gerado ganhos ilícitos. Originalmente ligada ao tráfico de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, ao longo do tempo a lavagem acabou perdendo o caráter de crime derivado exclusivamente do citado ilícito. É o que se percebe, por exemplo, da leitura da Recomendação 1 do Gafi que, em 2003[58], incluiu expressa referência à ampliação do rol de delitos prévios:

> 1. Os países devem criminalizar a lavagem de dinheiro de acordo com o disposto na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), de 1988, e na Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo), de 2000.
>
> Os países devem aplicar o crime de lavagem de dinheiro a todos os crimes graves, de forma a abranger o conjunto mais alargado de infrações principais. [...].

No Brasil, a primeira norma sobre a matéria, a Lei 9.613, editada somente em 1998, não se limitou, conforme afirma Marco Antonio de Barros[59], "exclusivamente

57. As Recomendações do GAFI "estabelecem um sistema abrangente e consistente de medidas que os países devem adotar para combater a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, bem como do financiamento da proliferação de armas de destruição em massa. Os países possuem sistemas legais, administrativos e operacionais diversos e diferentes sistemas financeiros e, dessa forma, não podem todos tomar medidas idênticas para combater as ameaças. As Recomendações do GAFI, portanto, estabelecem um padrão internacional que os países devem adotar por meio de medidas adaptadas às suas circunstâncias particulares". Vide portal do *Coaf*. Disponível em: [www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/As%20Recomendacoes%20GAFI.pdf]. Acesso em: 26.10.2017. Em 1990, o Gafi/FATF redigiu 40 Recomendações, que foram revistas em 1996. Em 2001, foram redigidas mais oito Recomendações (sobre financiamento ao terrorismo), posteriormente expandidas para nove. Em 2003, as 49 Recomendações foram novamente revisadas. Em 2012 as Recomendações foram condensadas em 40. Vide também DE SANCTIS, FAUSTO MARTINS. *Lavagem de Dinheiro por meio de obras de arte*: uma perspectiva judicial criminal. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 19-20.

58. A redação de 2003 foi posteriormente alterada, mas o conceito se manteve. Vide portal *FATF*. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202003.pdf]. Acesso em: 11.10.2017.

59. BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: Ed. RT 2014. p. 54.

à repressão da lavagem ou da ocultação de patrimônio obtido em consequência do narcotráfico", mas também "não se acomodou aos sistemas que admitem a conexão ampla e genérica dos crimes de lavagem com qualquer tipo de ilícito precedente". Na legislação atual[60], no entanto, não há mais uma lista fechada de delitos antecedentes, de forma que o crime pode provir de qualquer espécie de infração penal.[61]

Cabe observar, por último que, de acordo com a maior parte dos autores[62], a lavagem de dinheiro se desenvolve como um processo dinâmico que abrange três etapas, a saber: (i) colocação (*placement*); (ii) dissimulação (*layering*); e (iii) integração (*integration*).

Na etapa de colocação, que corresponde à primeira etapa do processo de lavagem, o dinheiro auferido em atividades ilegais é colocado no sistema econômico, adotando-se mecanismos capazes de ocultar sua origem. São ilustrativas, a propósito, as palavras de André Luís Callegari[63]:

> É nesta fase que os criminosos procuram livrar-se materialmente das importantes somas de dinheiro que geraram suas atividades ilícitas. O efetivo arrecadado é normalmente transferido a uma zona ou localidade distinta daquela de onde se originou, colocando-se, em seguida, em estabelecimentos financeiros tradicionais ou não-tradicionais (casas de câmbio, cassinos

60. Lei 9.613, com as modificações feitas pela Lei 12.683/12.

61. Considera-se de "primeira geração" a legislação que vincula a lavagem de dinheiro apenas à prática do crime de tráfico de drogas. Da "segunda geração" fazem parte as leis que estabelecem uma relação taxativa de crimes antecedentes. Na "terceira geração" se incluem as leis que admitem que a lavagem de dinheiro possa provir de qualquer infração penal. A Lei 12.683/12 é considerada uma norma de "terceira geração". Vide BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: Ed. RT 2014. p. 32.

62. DE SANCTIS, FAUSTO MARTINS. *Lavagem de Dinheiro por meio de obras de arte*: uma perspectiva judicial criminal. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 18. RIZZO, Maria Balbina Martins de. *Prevenção da lavagem de dinheiro nas organizações*. São Paulo: Trevisan Editora, 2016. p. 31. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 23. BOTTINO, Thiago. Brazil's approach to battling soccer corruption through anti-money laundering legislation. *Southwestern Journal of International Law*, v. XXI, n. 1, p. 125-149, 2014. Vide também *Portal COAF*. Disponível em: [www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-de-dinheiro]. Acesso em: 23.10.2017.

63. CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*. Aspectos penais da Lei nº 9.613/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 45.

> etc.), ou ainda em outros tipos de negócios de variadas condições (hotéis, restaurantes, bares etc.).

Por meio da dissimulação, ou seja, da segunda etapa do processo de lavagem, os criminosos tentam dificultar o rastreamento dos recursos ilícitos. Busca-se agora, conforme observa Rodolfo Tigre Maia[64], fazê-los parecer legítimos: "[...] disfarçar a origem ilícita e dificultar a reconstrução pelas agências estatais de controle e repressão da trilha de papel (*paper trail*)". Os criminosos procuram, assim, contas correntes localizadas em jurisdições protegidas por sigilo bancário ou, ainda, a utilização de "laranjas"[65] ou empresas fictícias. São escolhidas, preferencialmente, jurisdições com baixa tributação, conhecidas como "paraísos fiscais", a fim de que o processo de lavagem não seja oneroso.[66]

A última etapa é aquela em que os ativos são integrados formalmente ao sistema econômico sob aparente legalidade. Nesse momento, como explica William Terra de Oliveira[67],

> [...] o agente converte o "dinheiro sujo" em capital lícito, adquirindo propriedades de bens, pagando dívidas, constituindo empresas e estabelecimentos lícitos, financiando atividades de terceiros, concedendo empréstimos [...].

4. Bitcoins e lavagem de dinheiro

Neste ponto a pergunta que se pretende responder é se, e de que forma, os bitcoins podem, conforme se afirma[68], ser utilizados como instrumento para a prática do crime de lavagem de dinheiro. Para encontrar uma resposta a essa indagação, é importante tratar inicialmente de três premissas.

A primeira premissa consiste em saber a razão do bitcoin ser atrativo, ou seja, em que medida a citada criptomoeda difere, no contexto do crime de lavagem de

64. MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)*: anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 37.

65. O termo "laranja" é utilizado na linguagem popular para designar pessoa que empresta seu nome para ocultar a origem ou o destinatário de dinheiro ilícito.

66. A Instrução Normativa RFB 1037/10 relaciona os países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados.

67. CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 321.

68. Vide, a título de exemplo, portal *Jornal do Brasil*. Disponível em: [www.jb.com.br/economia/noticias/2017/09/12/bitcoin-gera-debate-sobre-lavagem-de-dinheiro/]. Acesso em: 23.10.2017.

dinheiro, de outros ativos como moedas eletrônicas, dinheiro em espécie, obras de arte e metais preciosos.

Quanto a esse aspecto, é importante mencionar que, como visto no item 1, a tecnologia inovadora que está por trás do Sistema Bitcoin permite a criação e a organização de uma rede global de pagamentos online por meio da qual é possível transferir valores de forma segura, independentemente de intermediação bancária e da ação de qualquer governo, sem entraves, barreiras ou restrições cambiais, fiscais, alfandegárias ou comerciais. Em outras palavras, trata-se de uma rede de pagamentos que funciona fora do controle de qualquer país e fora do sistema bancário.[69] Essa última característica confere aos bitcoins considerável vantagem com relação às moedas eletrônicas, assim consideradas aquelas que representam dinheiro real, soberano, emitido pelo governo e depositado em instituições financeiras.

Com efeito, nos últimos anos, o sistema financeiro tem funcionado como importante aliado dos governos na fiscalização tributária e na investigação criminal, tal como decorre, por exemplo, dos arts. 9º a 11, da Lei 9.613/98 e da Lei Complementar 105/01.[70] Destacam-se, neste sentido, as palavras de Maíra Rocha Machado[71]:

> Neste contexto, o intercâmbio de informações de natureza bancária-financeira passa a ser elemento-chave das estratégias de intervenção penal que têm sido formuladas em âmbito internacional para lidar com crimes que geram benefícios materiais. Intercâmbio que deve alcançar tanto os órgãos do sistema de justiça no interior de determinado país (cooperação penal interna) como o intercâmbio que se realiza entre diferentes países (cooperação penal internacional).

69. HILSE, Lars. *Threat-Assessment*: Bitcoin (English edition). Livro digital. Não paginado, pos. 18.

70. A Lei 9.613/98 estabelece, em seus arts. 9º a 11, a obrigatoriedade de instituições financeiras, entre outras, prestarem informações ao Coaf, com o fim de prevenir a lavagem de dinheiro. A Lei Complementar 105/01, por sua vez, entre outros dispositivos, estabelece, em seu art. 1º, § 3º, IV, que não constitui violação do dever de sigilo a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa.

71. MACHADO, Maíra Rocha. Cooperação Internacional e o intercâmbio de informações bancárias: as decisões do STF sobre a quebra de sigilo em cartas rogatórias. In: MACHADO, Maíra Rocha; REFINETTI, Domingos Fernandes (Coord.). *Lavagem de Dinheiro e Recuperação de Ativos*: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 102.

Esse processo ganhou força a partir de 2010 com a edição, nos Estados Unidos, do *Foreign Accounts Tax Compliance Act* (FATCA)[72] que, entre outras disposições, estabelece que as instituições financeiras devem reportar ao *Internal Revenue Service* – IRS, a Receita Federal americana, todas as informações sobre transações financeiras dos cidadãos americanos, independentemente de onde eles residam.[73]

Com fundamento no FATCA, o governo dos Estados Unidos vem celebrando acordos bilaterais com diversos países visando à troca de informações.[74] Um dos principais fins desses acordos é acabar com o sigilo bancário, o que torna esquemas clássicos de lavagem de dinheiro, baseados em regras de sigilo[75], cada vez menos atrativos. Note-se que o FATCA e os acordos internacionais decorrentes do mesmo não são iniciativas isoladas, refletindo uma tendência mundial de extinção dos sigilos bancário e fiscal.[76]

Nesse cenário os bitcoins podem ser considerados como uma opção interessante em relação à moeda eletrônica, já que, como mencionado, não dependem do sistema bancário, ou seja, não estão necessariamente sujeitos a entidades que se encontram obrigadas a fornecer informações financeiras de seus clientes às autoridades e órgãos públicos. É o que observa Lars Hilse:[77]

72. Lei de Conformidade Tributária para Contas Estrangeiras. Tradução livre.

73. O descumprimento de tal obrigação sujeita o cidadão americano e a instituição financeira a multas.

74. Entre esses destacam-se países como as Bahamas (2014 – vide [www.taxreporting.finance.gov.bs/fatca/overview/]) e a Suíça (2014 – vide [www.swissbanking.org/en/topics/current-issues/fatca-foreign-account-tax-compliance-act/fatca]), até então notórios pelo sigilo das informações bancárias. O Brasil também firmou acordo com os EUA em 2014 (vide Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para Melhoria da Observância Tributária Internacional e Implementação do FATCA, firmado em Brasília, em 23 de setembro de 2014, e promulgado por meio do Decreto 8.506/15).

75. Um esquema bastante utilizado consiste na transferência de recursos para o exterior por meio de operações de dólar-cabo, ou seja, por meio da entrega de valores em reais no Brasil para que os mesmos sejam creditados no exterior, normalmente em contas bancárias localizadas em paraísos fiscais, protegidas por sigilo. Vide portal jornal *Estado de São Paulo*. Disponível em: [politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/operacao-eficiencia-identifica-nove-contas-do-esquema-de-cabral-no-exterior/]. Acesso em: 20.10.2017.

76. Vide, a propósito, TORRES, Heleno Taveira. *O Brasil inova como fisco global na luta contra a evasão fiscal*. Disponível em: [jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/heleno_torres_-_trocas_de_informacoes_com_eua.2015.pdf]. Acesso em: 28.10.2017.

77. "One of the problems which have been inhibiting (cyber) criminal and terrorists from unleashing their full potential was the inability to conceal the financing of their

> Um dos problemas que tem impedido (*ciber*) criminosos e terroristas de desencadear todo seu potencial foi a incapacidade de ocultar o financiamento de suas operações.
>
> Todas as transações tiveram que ser feitas via sistema bancário convencional e foram sujeitas a escrutínio durante esse processo.
>
> Isso deu à "Law Enforcement" e à "Intelligence Community" a capacidade de determinar e apreender suspeitos devido ao movimento conspícuo de ativos marcados – por exemplo – por meio do TFTP.
>
> Uma vez que o Bitcoin é transferido *peer-2-peer* e fora do domínio do aparelho bancário monitorado, essa habilidade foi contornada.
>
> Por conseguinte, é seguro assumir que os criminosos e os terroristas começarão a aproveitar cada vez mais essa possibilidade de transferência de fundos para financiar a sua operação.

Ainda no que se refere à comparação com outros ativos, cabe fazer menção às dificuldades de armazenamento[78] e transporte de ativos como dinheiro em espécie e metais preciosos, que não estão presentes quando se trata de bitcoins:

> O Bitcoin também possui certas vantagens óbvias em relação ao ouro, constituindo um novo local para armazenar valor. Não foi necessário um navio para

operations. All transactions had to be made through the conventional banking system and were subject to scrutiny during this process. This gave Law Enforcement and the Intelligence Community the ability to determine and apprehend suspects due to conspicuous movement of assets flagged – for instance – through the TFTP. Because Bitcoin is transferred peer-2-peer and outside the realm of the monitored banking apparatus, this ability has been circumvented. It is therefore safe to assume that criminals and terrorists will start to increasingly take advantage of this possibility of fund transfer to finance their operation". Tradução livre. HILSE, Lars. *Threat-Assessment*: Bitcoin (English edition). Livro digital. Não paginado, pos. 47. Note-se que TFTP corresponde ao *Terrorist Finance Tracking Program* (Programa de rastreamento do financiamento ao terrorismo). Cumpre observar, entretanto, que, conforme veremos a seguir, já existem iniciativas regulatórias determinando a prestação de informações às autoridades competentes por parte de plataformas de negociação de bitcoins. Tais iniciativas, entretanto, ainda não possuem a extensão da regulação aplicável ao sistema financeiro. Além disso, existem outras formas de negociar bitcoins, fora das plataformas de negociação.

78. Portal jornal *Estado de São Paulo*. Disponível em: [politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/pf-acha-bunker-do-dinheiro-de-geddel-vieira-lima/]. Acesso em: 21.10.2017. O armazenamento de dinheiro em espécie fora do sistema bancário oferece também riscos de perda do poder aquisitivo da moeda, além do risco de substituição das notas e moedas em circulação.

> mover Bitcoins de Londres para Nova York – foi preciso apenas uma chave digital privada e o clique de um mouse. [79]

Não se pode olvidar, de outra parte, que as transações com bitcoins ocorrem exclusivamente no ambiente virtual, envolvendo computadores e dados eletrônicos criptografados. Elas também não deixam evidências físicas como eventuais anotações, por exemplo. Destaca-se, ainda, que rastrear transações gravadas na Blockchain "é significativamente mais complexo do que intimar um banco local que opera em redes financeiras tradicionalmente reguladas"[80]. Todas essas circunstâncias parecem dificultar a localização de bitcoins, favorecendo criminosos, já que as autoridades policiais e judiciais dependem do auxílio de peritos e de técnicos altamente especializados.

Adicionalmente, por serem exclusivamente virtuais e descentralizados, os bitcoins apresentam a vantagem de serem dificilmente alcançados por juízes e pela polícia:

> A única forma de conseguir penhorar (apreensão judicial) bitcoins é conhecendo o par de chaves (a privada e a respectiva pública vinculada); as quais, em regra, somente são do conhecimento do seu titular. E, se está sendo necessária a realização de penhora é porque o titular está relutante ou está querendo esconder as bitcoins que possui. Portanto, o titular não vai querer fornecer voluntariamente.
>
> Desse modo, será preciso apreender os dispositivos (computadores, notebooks, tablets e smartphones) do Requerido, tanto de sua residência como do seu local de trabalho, para que sejam submetidos à perícia policial e/ou judicial com a finalidade de se descobrir as tais chaves necessárias. Se o requerido não tiver colocado senha em sua carteira bitcoin desktop o trabalho será mais fácil.[81]

É importante mencionar que as transações com bitcoins não têm fronteiras, podendo se espalhar por diversos países, o que dificulta não só a ação da polícia,

79. "Bitcoin also held certain obvious advantages over gold as a new place to store value. It didn't take a ship to move Bitcoins from London to New York – it took just a private digital key and the click of a mouse". Tradução livre. POPPER, Nathaniel. *Digital Gold*: the untold story of Bitcoin. Livro digital. Não paginado, pos. 273.

80. "[...] Tradução livre. Texto original: "[...] is significantly more complex than serving a subpoena on a local bank operating within traditionally regulated financial networks". GOODMAN, Marc. *Future crimes*: everything is connected, everyone is vulnerable and what we can do about it. Livro digital. p. 209.

81. CARAVINA, Adriano. *Bitcoin e altcoins*: fácil, prático e completo. Brasil. 2017. Livro digital. Não paginado, pos. 27858.

como também a determinação do ordenamento jurídico aplicável, vale dizer, da lei de regência e dos tribunais competentes. Destaca-se, ainda, que não existem acordos de colaboração entre os países que tratem especificamente das criptomoedas e suas peculiaridades.

Registre-se, ainda, que, embora existam diversos casos de furtos de bitcoins praticados por hackers que violam sistemas[82], é bem mais fácil furtar dinheiro em espécie ou obras de arte do que criptomoedas, já que isso envolve a quebra de dados criptográficos complexos.[83]

A segunda premissa diz respeito à forma como são estabelecidos os preços dos bitcoins.

Como regra geral, o preço dos bitcoins é determinado pela lei da oferta e da demanda. Quando a demanda por bitcoins aumenta, o preço aumenta, e quando a demanda cai, o preço cai. Contudo, a ausência de regulação deixa o mercado sujeito a manipulação.[84] Acrescente-se a isso o fato de o mercado ainda ser relativamente pequeno, de forma que não é necessária uma quantia muito significante para aumentar ou diminuir artificialmente o valor das negociações. Note-se, ainda, que a criptomoeda em questão "não possui lastro e não está vinculada a nenhuma âncora, sendo fiduciária, nada garante o seu valor"[85], facilitando a

82. Vide portal *Guia do Bitcoin*. Disponível em: [guiadobitcoin.com.br/homem-confessa-o-roubo-de-40-milhoes-em-bitcoin/]. Acesso em: 26.10.2017.

83. "Bitcoin é segura? Resposta curta: A Bitcoin é tão segura quanto o seu computador, nem um pouco mais. Resposta elaborada: A verdadeira segurança somente pode ser declarada após uma longa história de resistência bem-sucedida a ataques. Isso vale para qualquer moeda, como para fronteiras ou castelos medievais. A Bitcoin tem sido testada e atacada constantemente desde que chegou à internet em 2008. A rede Bitcoin sobreviveu a esses ataques e se tornou mais resistente a eles após os desenvolvedores consertarem alguns erros e fraquezas". MORSE, Eric. *Bitcoin*: uma introdução simples. Livro digital. Não paginado, pos. 509.

84. Entende-se por manipulação de preços, para os fins do presente trabalho, qualquer forma de interferência, não idônea, que provoque uma alteração enganadora no equilíbrio entre a oferta e a procura com o intuito de alcançar um preço que de outra forma não se conseguiria, normalmente com o objetivo de retirar proveito desse movimento de preços. Vide Portal *Associação de Investidores e Analistas Técnicos*. Disponível em: [www.associacaodeinvestidores.com/index.php/artigos-e-teses/63-artigos/78-manipulation]. Acesso em: 25.10.2017. Sobre a manipulação de preços no mercado de bitcoins, vide *Portal The Coin Telegraph*. Disponível em: [br.cointelegraph.com/news/single-trader-with-enormous-bankroll-is-manipulating-bitcoin-price-but-to-what-end]. Acesso em: 21.10.2017.

85. CARAVINA, Adriano. *Bitcoin e altcoins*: fácil, prático e completo. Brasil. 2017. Livro digital. Não paginado, pos. 24841.

manipulação. A consequência é que o preço dos *bitcoins* é bastante volátil, podendo apresentar variações significativas.[86]

Cabe acrescentar que, provavelmente pela mesma ordem de razões, as cotações de bitcoins nas diversas plataformas que negociam a criptomoeda (corretoras e *exchanges*) não são uniformes[87], o que dificulta a determinação de seu exato valor, não havendo um órgão que centralize as informações. Isso também dificulta a aferição dos valores das compras e vendas diretas entre titulares de bitcoins e o pagamento de bens e serviços.

A alta volatilidade e a possibilidade de manipulação dos preços dos bitcoins certamente constitui um problema para investidores e pessoas interessadas em realizar negócios honestos, mas pode ser bastante proveitosa para criminosos interessados em lavar recursos ilícitos, já que as dificuldades para determinação do preço real da criptomoeda podem ser usadas gerar ganhos artificiais, aparentemente de fonte lícita (venda de bitcoins) que, poderão, inclusive, ser declarados à Receita Federal.[88]

É preciso deixar claro que tais características não são exclusivas do mercado de bitcoins. É perfeitamente possível manipular preços em outros mercados, como no mercado de arte, diante das notórias dificuldades de se estimar o valor de determinadas obras.[89] Não obstante, entendemos ser importante mencioná-las, já que, aliadas a outros atributos, podem facilitar a utilização dos bitcoins para fins de lavagem de dinheiro.

---

86. Vide *Portal UOL*. Disponível em: [economia.uol.com.br/noticias/bloomberg/2017/06/29/oscilacao-da-bitcoin-e-igual-a-de-etf-campeao-de-volatilidade.htm]. Acesso em: 26.10.2017.

87. Em consulta realizada no dia 27.10.2017, no site das corretoras Foxbit, Coinbr e Mercado Bitcoin, encontramos, respectivamente, negociações com os valores de R$ 19.390,00, R$ 18.688,00 e R$ 19.110,00 para 1 bitcoin.

88. Note-se que a própria Receita Federal brasileira, ao afirmar que as criptomoedas devem ser declaradas na Ficha de Bens e Direitos, reconhece que "(c)omo esse tipo de 'moeda' não possui cotação oficial, uma vez que não há um órgão responsável pelo controle de sua emissão, não há uma regra legal de conversão dos valores para fins tributários". Vide *Portal da Receita Federal*, Perguntas e Respostas, Imposto sobre a Renda da Pessoas Físicas 2017, pergunta 447. Disponível em: [idg.receita.fazenda.gov.br/interface/cidadao/irpf/2017/perguntao/pir-pf-2017-perguntas-e-respostas-versao-1-1-03032017.pdf]. Acesso em: 26.10.2017.

89. Vide interessante exemplo das dificuldades de se determinar o valor de uma obra de arte em: [meiobit.com/335287/a-batata-de-1-milhao-de-euros/]. Acesso em: 21.10/.2017. Vide também *Portal Folha de São Paulo*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/05/1886108-operador-usa-robo-para-manipular-mercado.shtml]. Acesso em: 24.10.2017, sobre manipulação de preços no mercado de ações.

A terceira premissa diz respeito ao anonimato dos respectivos titulares. O Bitcoin é realmente anônimo?

Conforme explica Adriano Caravina[90], em regra, as carteiras e endereços Bitcoins não possuem qualquer informação pessoal sobre seus proprietários "e, por isso, o bitcoin é considerado anônimo para o mundo exterior; vez que cada usuário de Bitcoin é identificado apenas pelo número de sua carteira, cuja senha é uma chave criptográfica".[91]

É preciso observar, entretanto, que, embora a identidade do respectivo titular possa permanecer desconhecida, o Bitcoin não é totalmente anônimo, já que todas as transações com a citada criptomoeda são armazenadas na rede de forma permanente e pública, podendo ser vistas por qualquer um.

Além disso, o fato de o nome dos proprietários dos bitcoins não constar da Blockchain, não significa que seja impossível vincular uma pessoa a um endereço Bitcoin, já que informações de identificação, como um endereço de IP, são frequentemente registradas quando alguém realiza uma transação com a referida criptomoeda em uma página na web, como a compra de passagens aéreas com bitcoins, por exemplo.[92]

Também é possível colher identidades simplesmente olhando a Blockchain e combinando os dados coletados, como esclarece Adriano Caravina[93]:

> Qualquer usuário pode verificar diretamente a Blockchain (cadeia de blocos) e observar as transações quase em tempo real; existem vários sites que facilitam esse monitoramento, incluindo variáveis agregadas como o número de bitcoins em circulação, número de transações por hora e taxas de transação a cada momento e representações gráficas para auditorias.

90. CARAVINA, Adriano. *Bitcoin e altcoins*: fácil, prático e completo. Brasil. 2017. Livro digital. Não paginado, pos. 27629.

91. É por essa razão que se alega que os bitcoins seriam totalmente anônimos. Tal alegação não resiste, entretanto, a uma análise mais profunda, conforme demonstraremos a seguir. A maioria dos autores entende também que o bitcoin não são inteiramente anônimos. Vide CARAVINA, Adriano. *Bitcoin e altcoins*: fácil, prático e completo. Brasil. 2017. Livro digital. Não paginado. MORSE, Eric. *Bitcoin*: uma introdução simples. Livro digital. Não paginado. ULRICH, Fernando. *Bitcoin*: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.

92. ULRICH, Fernando. *Bitcoin*: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014. p. 21.

93. CARAVINA, Adriano. *Bitcoin e altcoins*: fácil, prático e completo. Brasil. 2017. Livro digital. Não paginado, pos. 27661.

> Um exemplo disso, é que o FBI conseguiu, com sucesso, rastrear transações da moeda (bitcoin) e acabar com a Silk Road e seus idealizadores, o que demonstra como o anonimato no Bitcoin, de modo geral, não é absoluto.[94]

Assim, embora a tarefa de identificar titulares nem sempre seja simples, não se pode afirmar que exista garantia de anonimato no Sistema Bitcoin. Não obstante, foram desenvolvidos vários mecanismos destinados a proteger a privacidade dos titulares de bitcoins. São as chamadas tecnologias de "anonimização", ou seja, serviços e ferramentas destinados a esconder a origem de transações com bitcoins, buscando garantir seu anonimato. Entre tais ferramentas e serviços destacam-se os serviços de mistura e o software Tor.

Os serviços de mistura[95], como o próprio nome indica, têm por finalidade misturar um pagamento em bitcoins com lotes de outros pagamentos de usuários distintos, dificultando a identificação de quem realmente está enviando bitcoins para quem.[96] De acordo com Oswaldo E. Faverón Patriau, existem diversos sites que oferecem esse serviço como o *BitLaunder,* o *Bitcoin Fog* e o *Helix by Grams*. O citado autor observa também que a maior parte desses sites pode ser acessada normalmente na web, por meio de sites de busca como o Google e o Bing, mas adverte que para se "efetivar uma mistura de bitcoins é necessário recorrer à internet profunda".[97]

---

94. No mesmo sentido, ULRICH, Fernando. *Bitcoin*: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014. p. 22, ensina que "um estudo descobriu que técnicas de agrupamento baseadas em comportamento poderiam revelar as identidades de 40% dos usuários de Bitcoin em um experimento simulado. Uma pesquisa mais antiga das propriedades estatísticas do gráfico de transações de Bitcoin mostrou como uma análise passiva da rede com as ferramentas apropriadas pode revelar a atividade financeira e as identidades de usuários de Bitcoin".

95. Também conhecidos por serviços de *tumbler* ou *mixer*.

96. "Imagine assim: suponha que alguém guardou o número de série de todas as cédulas de dólares que você possui para rastrear seus gastos. Você e três estranhos colocam todo o dinheiro em uma caixa de papelão. Você sacode a caixa e retira o mesmo montante que colocou. Você tem a mesma quantidade de dinheiro que tinha antes, mas você (esperançosamente), não possui as mesmas cédulas. Quem quer que o esteja rastreando teria que encontrar uma nova maneira de associar sua pessoa com as NOVAS cédulas de dólar [...]". Vide MORSE, Eric. *Bitcoin*: uma introdução simples. Livro digital. Não paginado, pos. 677.

97. Tradução livre. Texto original: "[...] para llevar a cabo um mix de bitcoins es necesario recurrir a la Deep web". FAVERÓN PATRIAU, Oswaldo Enrique. *Crímenes con bitcoins* (un futuro diferente nº 126) (Spanish edition). Livro digital. Não paginado, pos. 958.

O Tor[98], por sua vez, é um software que permite a navegação anônima na internet, e, em particular, uma navegação em certas partes da internet inacessíveis via *browsers* comuns, escondendo tanto o IP dos utilizadores como o IP dos servidores.[99]

Cabe fazer referência, ainda, a formas mais simples de manter o anonimato, como aquelas constantes do site *99Bitcoins*[100], que faz referência a algumas condutas que devem ser evitadas por quem pretende resguardar sua privacidade.

Entre as condutas mais usuais destacam-se (i) publicar seu nome e endereço Bitcoin (chave pública) online (isso é comum em sites e blogs onde são pedidas doações e em sites onde o endereço bitcoin é divulgado sem identificação do proprietário que, no entanto, registra o domínio em seu nome); (ii) trocar bitcoins por moeda oficial em plataformas de negociação que estão obrigadas a identificar seus clientes. Ainda que não haja essa exigência, a identificação pode ser feita por meio de contas bancárias para onde e de onde são transferidos os recursos na moeda oficial; e (iii) fazer compras com bitcoins junto a comerciantes que solicitam algum tipo de identificação dos respectivos clientes, isso muitas vezes é feito pelo fornecimento de um número de telefone ou endereço residencial ou comercial do comprador, dados que o mesmo pode não perceber que são capazes de identificá-lo.

Outra possibilidade de permanecer anônimo é utilizar exclusivamente dinheiro em espécie para comprar e vender bitcoins. O interessado poderá ter dificuldades para encontrar pessoas com o mesmo interesse, mas já existem sites especializados em intermediar negócios dessa natureza.[101]

A criação de um número ilimitado de endereços Bitcoin e a utilização de um endereço diferente em cada transação também pode ser uma estratégia que, embora não garanta o anonimato, pode dificultar o rastreio dos recursos ilícitos e a identificação do respectivo titular.[102]

---

98. Cabe observar que o Tor não possui finalidade apenas ilícita. "O anonimato, por vezes, é a única forma dos usuários de países opressores navegarem livremente pela internet sem serem considerados traidores do Estado". Vide BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. Prefácio. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. (Coord.). *A revolução das moedas digitais*: bitcoins e altcoins. São Paulo: Renovar, 2016. p. 282-283.

99. RAMALHO, David da Silva. *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*. Livro digital. Não paginado, pos. 221.

100. Disponível em: [99bitcoins.com/know-more-top-seven-ways-your-identity-can-be-linked-to-your-bitcoin-address/]. Acesso em: 23.10.2017.

101. Vide portal *99Bitcoins*. Disponível em: [99bitcoins.com/get-buy-bitcoins-from-a-person/]. Acesso em: 26.10.2017.

102. Cumpre notar, por último, que existem criptomoedas que, conforme se alega, seriam totalmente anônimas, como o Monero (XMR), o NAVcoin (NAV), o ShadowCash (SDC)

Feitos esses esclarecimentos[103], pode-se, então, avançar, verificando de que forma os bitcoins podem ser utilizados como instrumento para a prática do crime de lavagem de dinheiro. Com esse objetivo serão aventadas hipóteses de como os bitcoins se inserem nas três etapas do processo de lavagem referidas na parte anterior (colocação, ocultação e integração).

A primeira etapa do crime de lavagem, ou seja, a colocação, poderia ser efetivada via aquisição de bitcoins mediante pagamento em dinheiro em espécie por meio de uma transação pessoal ou de uma plataforma de negociação que não identifique o respectivo adquirente.[104] Outra possibilidade seria a utilização de bitcoins para transferir recursos para contas em instituições financeiras localizadas em países que ainda protegem o sigilo bancário. Para tanto, basta comprar bitcoins no Brasil e vendê-los no exterior, sem interferência das autoridades cambiais ou fiscais.[105]

A contratação de serviços de mistura com o fim de "anonimizar" o titular dos bitcoins, por outro lado, seria uma forma de ocultação (segunda etapa), já que destinada a afastar ou dificultar o rastreamento dos recursos ilícitos.[106]

Por último, uma alternativa recente para a integração dos recursos no sistema econômico (terceira etapa) seria a participação em *Initial Coin Offerings* (ICOs), ou seja, em ofertas de novas criptomoedas em troca de bitcoins ou de outras

---

e o Darkcoin (DRK). Tais criptomoedas não se incluem, entretanto, no escopo do presente artigo, tal como já exposto.

103. CARAVINA, Adriano. *Bitcoin e altcoins*: fácil, prático e completo. Brasil. 2017. Livro digital. Não paginado,

pos. 27774. Vide também portal *CIAB Febraban*. Disponível em: [www.ciab.com.br/publicacoes/edicao/67/dinheiro-sem-rastro]. Acesso em: 28.10.2017.

104. Vide, a propósito, portal *New York Times*. Disponível em: [www.nytimes.com/2017/09/29/business/dealbook/bitcoin-ether-cryptocurrencies.html]. Acesso em: 12.11.2017.

105. Operação semelhante ao chamado dólar-cabo, com a vantagem de não haver reconhecimento expresso da respectiva ilegalidade. Vide portal *Isto é*. Disponível em: [istoe.com.br/cresce-o-uso-de-bitcoin-para-enviar-dinheiro-ao-exterior/]. Acesso em: 12.11.2017. Cabe observar que, em novembro de 2017, o Banco Central do Brasil divulgou o Comunicado 31.379, no qual afirma que transferências internacionais devem observar as normas cambiais. Não há, entretanto, qualquer norma esclarecendo de que forma tal obrigação deve ser cumprida.

106. Conforme noticiado na imprensa, as autoridades holandesas pretendem fazer com que a contratação de serviços de mistura seja considerada lavagem de dinheiro, instituindo presunção de culpa para a simples utilização de tais serviços. Vide portal *Cryptocoinsnews*. Disponível em: [www.cryptocoinsnews.com/dutch-authorities-look-to-deem-bitcoin-mixers-as-money-laundering/]. Acesso em: 12.11.2017.

criptomoedas.[107] Os ICOs são uma forma de adquirir ativos (as novas criptomoedas, chamadas de *tokens* ou *coins*) que não estão ligados a atividades criminosas e que podem ser posteriormente vendidos de forma legítima, gerando receita de origem lícita para seus titulares. Outra opção seria a realização de investimento em mineradoras, atividade que não é controlada e pode resultar na aquisição (pretensamente) legítima da criptomoeda em questão que, uma vez alienada, pode gerar ganhos de fonte lícita.[108] Pode-se aventar, também, a manipulação de preços de compra e venda de bitcoins capaz de gerar ganhos que, embora artificiais, teriam fonte aparentemente legítima. A aquisição de bens e de serviços de pessoas físicas ou jurídicas não sujeitas à regulação mediante pagamento em bitcoins é mais uma possibilidade, já que pode ser realizada sem a prestação de informações que possam identificar o titular das criptomoedas.

Diante do exposto, pode-se extrair a conclusão de que o bitcoin pode servir como instrumento eficaz para a prática de lavagem de dinheiro.[109] É preciso notar que existem algumas dificuldades, especialmente no que se refere ao anonimato, que não é garantido. Contudo, conforme mencionado, existem diversas alternativas para se burlar a falta de anonimato.

Além disso, o bitcoin parece apresentar certas vantagens com relação a outros ativos, como (i) o fato de integrar rede de pagamentos global que permite a transferência de valores de forma segura, independentemente da ação de qualquer governo, sem entraves, barreiras ou restrições cambiais, fiscais, alfandegárias ou comerciais; (ii) o fato de permitir a transferência de valores independentemente de intermediação bancária, o que coloca as citadas transações fora do alcance de normas relativas à troca de informações, como o FATCA, por exemplo; (iii) a facilidade de transporte e armazenamento; (iv) maior

107. Os ICOs são frequentemente usados para financiar o desenvolvimento de novas criptomoedas, levantar capital para que o projeto se torne realidade, podendo ser considerados uma nova forma de *crowdfunding*. Vide: [www.negociosedinheiro.com/o-que-e-ico-initial-coin-offering] e [guiadobitcoin.com.br/um-guia-para-iniciantes-o-que-sao-as-famosas-ico/]. Acesso em: 19.10.2017. A participação em ICOs só será eficaz, para fins de lavagem de dinheiro, em plataformas de negociação que não adotem ou que não estejam obrigadas a adotar práticas de identificação de clientes.

108. Vide portal *Reuters*. Disponível em: [www.reuters.com/article/us-spain-bitcoin-arrests/spain-arrests-30-suspected-of-laundering-money-in-bitcoin-centers-idUSKCN0YG1YQ?il=0]. Acesso em: 12.11.2017.

109. Vale dizer, conforme observa Alejandro F. Peláez Ruiz-Fornells, os bitcoins podem ser utilizados com o objetivo de obter a legitimação de recursos ilícitos, para transformar poder de compra potencial em poder de compra real. RUIZ-FORNELLES, Alejandro F. *Blaqueo de Capitales*. Análisis económico. Madrid: Delta, 2014. p. 1.

dificuldade no que diz respeito ao rastreio das transações, que ocorrem exclusivamente em ambiente virtual, envolvendo computadores e dados criptografados, sem evidências físicas; (v) a dificuldade de os bitcoins serem penhorados ou apreendidos pelas autoridades; (vi) o fato de as transações com bitcoins ocorrerem na internet, que é um território sem fronteiras, acessível em todos os países do mundo, dificultando a ação da polícia e a determinação do ordenamento jurídico aplicável; (vii) maior segurança em relação aos riscos de furto; e (viii) a volatilidade dos preços dos bitcoins.

A parte seguinte dedica-se ao exame das medidas que vêm sendo adotadas pelos reguladores com o fim de coibir a utilização de bitcoins para a prática do crime de lavagem de dinheiro.

5. Iniciativas regulatórias

5.1. Brasil

No Brasil ainda não há norma expressa regulando os bitcoins ou as criptomoedas em geral. Não obstante, cabe fazer referência às iniciativas existentes que são expostas a seguir:

a) Projeto de Lei 2.303/15

O Projeto de Lei 2.303, que se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados desde de julho de 2015, inclui as operações com criptomoedas entre aquelas passíveis de constituírem indícios dos crimes previstos na Lei de Lavagem (Lei 9.613/98). A consequência dessa referência é que as operações com bitcoins deverão ser comunicadas ao COAF (art. 11, II, *b*).[110]

É preciso destacar, entretanto, que o Projeto não deixa claro quem estaria obrigado a prestar informações ao COAF e em que circunstâncias. Qualquer

110. Cabe notar que, em audiência pública realizada em setembro de 2017, o diretor de inteligência financeira do Coaf se manifestou favoravelmente à regulação das criptomoedas: "(a) grande preocupação do Coaf com todos os setores regulados, é que eles mantenham a política de prevenção ativa, que mantenham o cadastro dos clientes, os registros das operações e comuniquem ao Coaf [operações suspeitas]. Isso vale tanto para os negócios emergentes, mercados novos, como essa inovação das moedas virtuais, como para mercados tradicionais, como bancos, corretoras". Vide portal da *Câmara dos Deputados*. Disponível em: [www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ECONOMIA/542813-MOEDAS-VIRTUAIS-PAPEL-DO-COAF-E-REDUZIR-RISCO-DE-LAVAGEM-DE-DINHEIRO,-DIZ-DIRETOR.html]. Acesso em: 19.09.2017.

operação com bitcoin deve ser informada? As compras de bens e serviços estão abrangidas pela citada obrigação ou ela se aplicaria somente às operações de troca de bitcoins por reais realizada em plataformas de negociação? As pessoas físicas que negociam com outras pessoas físicas também estariam obrigadas a prestar informações?

Parece, portanto, que embora o Projeto constitua um avanço significativo, ele não esgota a matéria, que ainda demanda regulamentação mais abrangente a fim de que sejam esclarecidas, entre outras, as questões mencionadas.

b) Comunicados 25.306/14 e 31.379 do Banco Central do Brasil

Em 19 de fevereiro de 2014, o Banco Central do Brasil (BACEN), entidade responsável pela condução da política monetária, divulgou o Comunicado 25.306, firmando sua posição sobre o Sistema Bitcoin.

O Comunicado não pretende regular o Sistema Bitcoin, constituindo, na realidade, mero alerta sobre os riscos decorrentes da aquisição de criptomoedas. Entre tais riscos, o BACEN destaca a possibilidade de as citadas criptomoedas serem utilizadas em atividades ilícitas, não havendo, entretanto, menção explícita ao crime de lavagem.[111]

Posteriormente, em 16 de novembro de 2017, o BACEN divulgou novo Comunicado, que levou o número 31.379, reiterando sua preocupação com as criptomoedas.

Destaca-se no mencionado Comunicado a menção expressa ao fato de que o uso de criptomoedas em atividades ilícitas pode "expor seus detentores a investigações conduzidas pelas autoridades públicas visando a apurar as responsabilidades penais e administrativas".

Outro aspecto que merece destaque está relacionado com a utilização de criptomoedas para a efetivação de transferências internacionais que, no entender do BACEN, não afasta a necessidade de se observar as normas cambiais, em especial a realização de transações exclusivamente por meio de instituições autorizadas a

111. Cabe destacar o seguinte trecho do Comunicado: "7. Além disso, esses instrumentos virtuais podem ser utilizados em atividades ilícitas, o que pode dar ensejo a investigações conduzidas pelas autoridades públicas. Dessa forma, o usuário desses ativos virtuais, ainda que realize transações de boa-fé, pode se ver envolvido nas referidas investigações". Vide portal do *Banco Central do Brasil*. Disponível em: [www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormativo&N=114009277]. Acesso em: 27.10.2017.

operar em câmbio. O Comunicado, entretanto, não esclarece de que forma a citada obrigação deve ser cumprida.[112]

Cabe observar, por último, que, apesar do exposto, o BACEN afirma que, por enquanto, não se observam riscos relevantes para o Sistema Financeiro Nacional, de forma que as criptomoedas permanecem sem regulação específica.

c) Nota da Comissão de Valores Mobiliários

Em 11 de outubro de 2017, a Comissão de Valores Mobiliários divulgou nota a respeito de operações conhecidas por ICOs, sigla da expressão *Initial Coin Offering*, que, como já exposto, pode ser traduzida por "oferta inicial de moeda". O ICO corresponde a uma oferta de novas criptomoedas em troca de bitcoins ou de outra criptomoeda.

A citada nota foi interpretada por muitos como uma regulamentação dos bitcoins pela Comissão de Valores Mobiliários. Contudo, a preocupação da autarquia não está relacionada com as criptomoedas em si, mas com a captação pública de recursos e com a possibilidade dos *ICOs* virem a ser caracterizados como operações com valores mobiliários, conforme decorre expressamente de seu texto.[113]

---

112. Note-se que as operações de câmbio são definidas pelo próprio Banco Central como aquelas que envolvem a troca da moeda de um país pela moeda de outro país (vide [www.bcb.gov.br/rex/cartilha/cartilha_cambio_envio_recebimento_pequeno_valores.pdf]. Acesso em: 26.11.2017). Além de os bitcoins não possuírem a natureza jurídica de moeda, já que não se enquadram na definição legal (vide Leis 8.880/94, 9.069/95 e 10.192/10, segundo as quais o Real é única moeda com curso legal no Brasil), parece-nos que a mera transferência de bitcoins de um país para o outro não poderia ser tratada como de natureza cambial já que não há troca, apenas mudança da titularidade de um ativo.

113. "Assim, a Autarquia presta os seguintes esclarecimentos quanto aos riscos decorrentes dos chamados ICOs e de sua relação com o regime regulatório atualmente vigente no âmbito do mercado de valores mobiliários: 1. Podem-se compreender os ICOs como captações públicas de recursos, tendo como contrapartida a emissão de ativos virtuais, também conhecidos como *tokens* ou *coins*, junto ao público investidor. Tais ativos virtuais, por sua vez, a depender do contexto econômico de sua emissão e dos direitos conferidos aos investidores, podem representar valores mobiliários, nos termos do art. 2º, da Lei 6.385/76. 2. Nesse contexto, a CVM esclarece que certas operações de ICO podem se caracterizar como operações com valores mobiliários já sujeitas à legislação e à regulamentação específicas, devendo se conformar às regras aplicáveis. Incorrem na mesma situação companhias (abertas ou não) ou outros emissores que captem recursos por meio de uma ICO, em operações cujo sentido econômico corresponda à emissão e

Não se trata, portanto, de regulamentação de bitcoins ou de qualquer outra criptomoeda, mas de simples alerta, por meio do qual a Comissão de Valores Mobiliárias observa que está atenta às inovações do mercado, deixando claro que os ICOs podem estar sujeitos a registro, bem como que trazem riscos aos investidores. Destaca-se, ainda, que a citada autarquia também manifesta expressamente sua preocupação com a utilização de ICOs para fins de lavagem de dinheiro.[114]

d) Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA

A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA, criada em 2003, é, conforme informação constante do seu site[115],

> [...] a principal rede de articulação para o arranjo e discussões em conjunto com uma diversidade de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal e estadual e, em alguns casos, municipal, bem como do Ministério Público de diferentes esferas, e para a formulação de políticas públicas voltadas ao combate àqueles crimes.

A atuação da ENCCLA é concretizada por meio de Ações que são elaboradas e pactuadas anualmente pelos respectivos membros. Para cada ação é criado um grupo de trabalho, composto por diversos órgãos e instituições, que executam atividades como a realização de estudos e diagnósticos legais-normativos, a composição de bancos de dados, a elaboração de propostas legislativas, a promoção de soluções em tecnologia da informação, bem como de eventos voltados à evolução dos temas por meio de debates.

à negociação de valores mobiliários. 3. As ofertas de ativos virtuais que se enquadrem na definição de valor mobiliário e estejam em desconformidade com a regulamentação serão tidas como irregulares e, como tais, estarão sujeitas às sanções e penalidades aplicáveis. [...]". Texto extraído da Nota da Comissão de Valores Mobiliários. Vide portal da *Comissão de Valores Mobiliários*. Disponível em: [www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171011-1.html]. Acesso em: 27.10.2017.

114. Um aspecto interessante relacionado com o tema é suscitado em matéria publicada no site da *CNBC*: ([https://www.cnbc.com/2017/08/04/icos-may-be-seen-as-securities-by-u-s-and-singapore-regulators.html]. Acesso em: 23.10.2017), onde se faz referência à preocupação dos especialistas de que a quantidade crescente de ICOs pode significar que existam centenas de blockchains onde criminosos podem negociar, dificultando sobremaneira o trabalho das autoridades.

115. Vide: [enccla.camara.leg.br/quem-somos]. Acesso em: 10.11.2017.

Para o ano de 2017, foram definidas 11 Ações[116], entre as quais destacamos a Ação 8, que trata de criptomoedas, conforme se pode verificar de sua leitura: "Ação 8: Elaborar diagnóstico sobre a atual conjuntura da utilização de moedas virtuais e meios de pagamento eletrônico".

A citada Ação é coordenada pelo Banco Central do Brasil, tendo como colaboradores a Agência Brasileira de Inteligência, a Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, a Associação Brasileira de Magistrados, o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, a Controladoria Geral da União, o Conselho Nacional do Ministério Público, o COAF, a Comissão de Valores Mobiliários, Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN, o Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Estado de São Paulo, o Ministério das Relações Exteriores, a Polícia Federal, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, a Secretaria da Receita Federal, Superintendência de Seguros Privados, a Secretaria de Gestão do Ministério de Planejamento e o Tribunal de Contas da União.

A inclusão das criptomoedas na Ação 8 da ENCCLA constitui medida relevante, que merece ser reconhecida, já que coloca a questão na pauta de debates de órgãos e instituições do setor público e privado. Contudo, cabe observar que, até o momento, não foram apresentados resultados concretos dessa Ação.

5.2. EUA: Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN)

O *Financial Crimes Enforcement Network* (FinCEN)[117] é um órgão subordinado ao Departamento do Tesouro dos Estados Unidos que tem entre suas missões a proteção do sistema financeiro e o combate à lavagem de dinheiro. O FinCEN exerce funções regulatórias com base nas competências que lhe foram atribuídas pelo "Bank Secrecy Act" (BSA).[118] O BSA autorizou o Secretário do Tesouro a estabelecer programas contra a lavagem de direito, sendo que tal prerrogativa foi delegada ao Diretor do FinCEN.

No que se refere especificamente às criptomoedas, cabe destacar que, em março de 2013, o FinCEN editou um relatório designado "Application of FinCen's

116. Tais ações foram definidas durante a durante a 14ª Plenária realizada entre 28 de novembro e 2 de dezembro de 2016 na cidade de Natal/RN.

117. "Rede de proteção a crimes financeiros". Tradução livre.

118. "Lei de sigilo bancário". Tradução livre.

Regulations to Persons Administering, Exchanging or Using Virtual Currencies"[119], onde o citado órgão manifesta seu entendimento sobre o tema.

Destaca-se, no relatório em questão, a conclusão de que as criptomoedas não são consideradas moedas (*real currency*) por não possuírem poder liberatório:

> Em contraste com a moeda real, a moeda "virtual" é um meio de troca que funciona como moeda em alguns ambientes, mas não possui todos os atributos da moeda real. Em particular, a moeda virtual não tem status legal em nenhuma jurisdição. Esse tipo de moeda possui um valor equivalente em moeda real ou atua como um substituto da moeda real.[120]

Outro aspecto que merece destaque é a distinção entre usuários, *exchangers*[121] e administradores. Usuário, segundo o relatório, é a pessoa que obtém criptomoedas para adquirir bens ou serviços. "Exchangers", por sua vez, são definidos como aqueles que compram e vendem criptomoedas. São considerados administradores, por último, aqueles que criam criptomoedas (mineradores) para colocá-las em circulação. A distinção é importante porque apenas os "exchangers" e administradores são considerados *money transmitters* e, portanto, sujeitos às disposições do BSA e à regulação do FinCEN.[122] De acordo com as normas aplicáveis[123], o termo *money transmitter*:

> [...] inclui uma pessoa que presta serviços de transmissão de dinheiro, ou qualquer outra pessoa envolvida na transferência de fundos. O termo "serviços

119. "Aplicação dos regulamentos do FinCen às pessoas que administram, troquem ou usam moedas virtuais". Tradução livre. Vide portal *FinCEn*. Disponível em: [www.fincen.gov/sites/default/files/shared/FIN-2013-G001.pdf]. Acesso em: 26.10.2017.

120. "In contrast to real currency, 'virtual' currency is a medium of exchange that operates like currency in some environments, but does not have all the attributes of real currency. In particular, virtual currency does not have legal tender status in any jurisdiction. This type of currency either has an equivalent value in real currency, or act as a substitute for real currency". Tradução livre. Vide portal *FinCEn*. Disponível em: [www.fincen.gov/sites/default/files/shared/FIN-2013-G001.pdf]. Acesso em: 26.10.2017.

121. Plataformas de negociação.

122. Portanto, não estão sujeitos às normas impostas pelo FinCEN aqueles que adquirem ou criam (mineradores) criptomoedas com o fim exclusivo de trocá-las por bens ou serviços.

123. Code of Federal Regulations, Title 31, Subtitle B, Chapter X, Part 1010, Subpart A, §1010.100(ff). Disponível em: [www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2017-title31-vol1/pdf/CFR-2017-title31-vol1.pdf]. Acesso em: 25.10.2017.

> de transmissão de dinheiro" significa a aceitação de moeda, fundos ou outro valor que substitua a moeda de uma pessoa e a transmissão de moeda, fundos ou outro valor que substitua a moeda para outro local ou pessoa por qualquer meio. Os regulamentos também estipulam que se uma pessoa é um transmissor de dinheiro é uma questão de fatos e circunstâncias, e identifica circunstâncias em que as atividades de uma pessoa não fariam de essa pessoa um transmissor de dinheiro.[124]

Os "money transmitters" sujeitam-se a diversas obrigações como a de se registrar no FinCEN e a prestar informações ao citado órgão como ocorre no caso de atividades suspeitas com valores superiores a determinado limite. Para esses fins, são consideradas suspeitas as transações em que o *money trasmitter* sabe, desconfia ou possui motivos para desconfiar que (i) envolvem fundos derivados de atividades ilícitas ou que é realizada com o fim de esconder ou disfarçar fundos ou ativos derivados de atividades ilícitas: (ii) destinam-se a evitar ou fugir das disposições do BSA; ou (iii) que não possuem objetivo negocial ou propósitos legais aparentes e que não demonstre possuir nenhuma explicação razoável para a sua prática.

Os "money transmitters" também estão obrigados a desenvolver, implementar e manter um programa antilavagem de dinheiro efetivo. De acordo com a regulamentação em vigor[125], considera-se programa efetivo aquele que:

> [...] é razoavelmente concebido para evitar que o negócio de serviços monetários seja utilizado para facilitar o branqueamento de capitais e o financiamento de actividades terroristas.[126]

Além disso, o programa deve incorporar procedimentos e controles internos que garantam, entre outros aspectos, a verificação da identificação do cliente e a

124. "[...] include a person that provides money transmission services, or any other person engaged in the transfer of funds. The term 'money transmission services' means the acceptance of currency, funds, or other value that substitutes for currency from one person and the transmission of currency, funds or other value that substitutes for currency to another location or person by any means. The regulations also stipulate that whether a person is a money transmitter is a matter of facts and circumstances, and identifies circumstances under which a person's activities would not make such person a money transmitter". Tradução livre.

125. Code of Federal Regulations, Title 31, Subtitle B, Chapter X, Part 1022, Subpart B, §1022.210(a). Disponível em: [www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2017-title31-vol1/pdf/CFR-2017-title31-vol1.pdf]. Acesso em: 25.10.2017.

126. "[...] is reasonably designed to prevent the money services business from being used to facilitate money laundering and the financing of terrorist activities". Tradução livre.

retenção de documentos e informações (*know your client*[127]). Com base em tais normas, o FinCEN já autuou duas empresas que realizavam transações com criptomoedas por falha na implementação e manutenção de programas de lavagem de dinheiro.

Na primeira autuação, ocorrida em março de 2015, o FinCEN, impôs multa pecuniária de 700 mil dólares à empresa norte-americana Ripple Labs Inc. e à sua subsidiária *XRP II, LLC* em decorrência da negociação de uma criptomoeda conhecida por XRP. Na ocasião, Jennifer Shasky Calvery, diretora do FinCEN, declarou que a "inovação é louvável, mas apenas desde que não exponha injustificadamente o nosso sistema financeiro aos criminosos com conhecimentos de tecnologia ansiosos para abusar dos produtos mais recentes e mais complexos".[128]

O FinCEN foi mais longe na segunda autuação ao reconhecer a responsabilidade de empresa estrangeira, a *Canton Business Corporation* (BTC-e). Vale destacar o seguinte trecho do comunicado à imprensa divulgado em 26.07.2017:[129]

> O BTC-e é um transmissor de dinheiro estrangeiro localizado na internet que troca moeda fiduciária, bem como as moedas virtuais conversíveis Bitcoin, Litecoin, Namecoin, Novacoin, Peercoin, Ethereum e Dash. É uma das maiores casas de câmbio virtual por volume no mundo. O BTC-e facilitou

127. "Conheça seu cliente". Tradução livre.

128. "Innovation is laudable but only as long as it does no unreasonably expose our financial system to tech-smart criminals eager to abuse the latest and most complex products". Tradução livre. Disponível em: [www.fincen.gov/sites/default/files/enforcement_action/2016-08-02/20150505.pdf]. Acesso em: 01.10.2017.

129. "BTC-e is an internet-based, foreign-located money transmitter that exchanges fiat currency as well as the convertible virtual currencies Bitcoin, Litecoin, Namecoin, Novacoin, Peercoin, Ethereum, and Dash. It is one of the largest virtual currency exchanges by volume in the world. BTC-e facilitated transactions involving ransomware, computer hacking, identity theft, tax refund fraud schemes, public corruption, and drug trafficking. 'We will hold accountable foreign-located money transmitters, including virtual currency exchangers, that do business in the United States when they willfully violate U.S. anti-money laundering laws,' said Jamal El-Hindi, Acting Director for FinCEN. 'This action should be a strong deterrent to anyone who thinks that they can facilitate ransomware, dark net drug sales, or conduct other illicit activity using encrypted virtual currency. Treasury's FinCEN team and our law enforcement partners will work with foreign counterparts across the globe to appropriately oversee virtual currency exchangers and administrators who attempt to subvert U.S. law and avoid complying with U.S. AML safeguards'". Tradução livre. Disponível em: [www.fincen.gov/news/news-releases/fincen-fines-btc-e-virtual-currency-exchange-110-million-facilitating-ransomware]. Acesso em: 01.10.2017.

> transações envolvendo ransomware, hacking de computadores, roubo de identidade, esquemas de fraude de reembolso de impostos, corrupção pública e tráfico de drogas.
>
> "Nós iremos responsabilizar transmissores de dinheiro estrangeiros, incluindo casas de câmbio de moeda virtuais, que façam negócios nos Estados Unidos quando violarem voluntariamente as leis contra a lavagem de dinheiro dos EUA", disse Jamal El-Hindi, diretor interino do FinCEN. "Esta ação deve ser um forte impedimento para quem pensa que pode facilitar o resgate, as vendas de drogas ilícitas, ou realizar outras atividades ilícitas usando moeda virtual criptografada. A equipe do FinCEN e nossos parceiros de aplicação da lei trabalharão autoridades estrangeiras equivalentes em todo o mundo para supervisionar adequadamente os permutadores de moeda virtuais e os administradores que tentam subverter a lei dos EUA e evitar cumprir as salvaguardas nas normas antilavagem de dinheiro dos EUA".

Nesse caso, o FinCEN impôs multa de 110 milhões de dólares norte-americanos à empresa por entender que:

> Entre outras violações, o BTC-e não conseguiu obter informações exigidas de clientes além de um nome de usuário, uma senha e um endereço de e-mail. Em vez de agir para evitar a lavagem de dinheiro, a BTC-e e seus operadores abraçaram a atividade criminosa generalizada realizada no câmbio.[130]

Como se percebe, a utilização de bitcoins para fins de lavagem de dinheiro já se encontra na mira dos reguladores americanos, que vêm adotando medidas para coibir a sua prática.

5.3. Comunidade internacional: Grupo de Ação Financeira Internacional/ Financial Action Task Force *(GAFI/*FATF*)*

Em 2014 e em 2015[131], o Gafi/FATF publicou relatórios com o fim de auxiliar as autoridades locais dos Estados que o integram a desenvolverem respostas

130. "Among other violations, BTC-e failed to obtain required information from customers beyond a username, a password, and an e-mail address. Instead of acting to prevent money laundering, BTC-e and its operators embraced the pervasive criminal activity conducted at the exchange". Tradução livre. Disponível em: [www.fincen.gov/news/news-releases/fincen-fines-btc-e-virtual-currency-exchange-110-million-facilitating-ransomware]. Acesso em: 01.10.2017.

131. Em 2014, foi publicado relatório designado "Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks" ou, em português, "Moedas virtuais definições-chave e riscos potenciais anti-lavagem de dinheiro e contra o finaciamento do terrorismo". Tradução

regulatórias adequadas. Nesses relatórios, embora reconhecendo que as criptomoedas trazem benefícios econômicos, como a redução dos custos de transação, a inclusão de pessoas sem acesso ao sistema bancário e a facilitação de micro transações, o Gafi/FATF alerta para os riscos de lavagem de dinheiro que, no seu entender, devem ser identificados e mitigados, procurando estabelecer padrões para a regulação da matéria.

Um dos principais pontos suscitados pelo Gafi/FATF nos relatórios retrorreferidos é a necessidade da adoção de práticas similares nas diversas jurisdições: "Esta é uma preocupação específica das moedas virtuais dada a sua natureza 'sem fronteiras', onde as atividades podem ser realizadas sem aparentemente estar baseadas em nenhuma jurisdição particular" [132]

O Gafi/FATF destaca também que os controles referentes à lavagem de dinheiro devem se dirigir essencialmente aos pontos de interseção com o sistema financeiro, ou seja, às plataformas de negociação (*exchanges* ou corretoras) que convertem criptomoedas em moeda oficial e vice-versa e não àqueles que adquirem criptomoedas para trocá-las por bens ou serviços. Os relatórios consagram, ainda, o entendimento de que a regulação das criptomoedas deve ser feita com observância das Recomendações elaboradas pelo citado órgão[133], destacando-se as Recomendações 1, 2, 14, 15, 16, 26, 35 e 40, que o documento de 2015 procura adequar às transações com criptomoedas.

Tais Recomendações incluem medidas como a regulação de plataformas de negociação de criptomoedas, o registro e monitoramento de pessoas físicas ou jurídicas que prestem serviços de transferência de valores, a imposição de sanções efetivas, proporcionais e dissuasivas de natureza criminal, civil e administrativa e a cooperação internacional.

---

livre. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf]. Acesso em: 26.10.2017. Em 2015, foi publicado o "Guidance for a risk-based approach to virtual currencies" ou, em português, "Orientação para uma abordagem baseada em risco para moedas virtuais". Tradução livre. Vide portal *FATF*. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-RBA-Virtual-Currencies.pdf]. Acesso em: 26.10.2017.

132. "This is a particular concern for VCPPS given their 'borderless' nature, where activities may be carried out without seeming to be based in any particular jurisdiction". Tradução livre. "Guidance for a risk-based approach to virtual currencies" ou, em português, "Orientação para uma abordagem baseada em risco para moedas virtuais". Tradução livre. Vide portal *FATF*. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-RBA-Virtual-Currencies.pdf]. Acesso em: 26.10.2017.

133. Vide nota 58 sobre as Recomendações do Gafi/FATF.

Um aspecto interessante mencionado no relatório de 2015 é que, embora reconheça que proibir transações com criptomoedas seja uma opção, o Gafi/FATF sugere que os reguladores locais, antes de adotar tal medida, levem em consideração o fato de que, nessa hipótese, as transações provavelmente continuarão ocorrendo de forma ilegal, sem controles antilavagem e sem supervisão.

Em vista do exposto, pode-se dizer que as orientações do Gafi/FATF não diferem essencialmente das medidas adotadas pelo FinCEN, indo, contudo, um pouco além, na medida em que reconhecem a necessidade de cooperação internacional.

6. Conclusão

Conforme restou demonstrado, os bitcoins podem servir como instrumento eficaz para a prática do crime de lavagem de dinheiro com relativa vantagem em relação a ativos tradicionais. Tal circunstância não passou despercebida pelos reguladores, que vêm adotando medidas com o objetivo de promover políticas nacionais e internacionais de combate à lavagem de dinheiro.

Ao longo do texto foram expostas medidas adotadas no Brasil, nos Estados Unidos e no âmbito do Gafi/FATF, juntamente com sugestões que, em nosso entender, podem contribuir para o aprimoramento da regulação.

Em vista do exposto nos itens anteriores, pode-se fazer alguns comentários sobre pontos que, acredita-se, deveriam ser levados em consideração pelos reguladores com o fim de atribuir maior eficácia às normas antilavagem no que diz respeito à utilização de bitcoins.

O primeiro ponto que deve ser considerado está relacionado ao fato de, tal como demonstrado, as transações com bitcoins ocorrerem exclusivamente em ambiente virtual, via internet, que é um território sem fronteiras, acessível em todos os países do mundo. Assim, na linha do posicionamento do Gafi/FATF[134], parece que eventuais tentativas de regulação por meio de um sistema de soberania territorial, adotadas de forma isolada, dificilmente terão efeito prático, sendo indispensável a cooperação entre os Estados.[135]

134. Vide, no mesmo sentido, a orientação do *European Banking Authority* que, em relatório publicado em 2014, se manifestou nos seguintes termos: "the global, internet-based nature of VCs would require a regulatory approach to strive for an international, and ideally global, coordination, otherwise it will be difficult achieve a successful regulatory regime". Vide portal do *European Banking Authority*. Disponível em: [www.eba.europa.eu/documents/10180/657547/EBA-Op-2014-08+Opinion+on+Virtual+Currencies.pdf]. Acesso em: 27.10.2017.

135. Kai Ambos observa que, em decorrência da mobilidade de capitais, cada vez mais intensamente potencializado pelo uso da informática, a lavagem de dinheiro constitui uma

De fato, de que adianta, por exemplo, regular as plataformas de negociação americanas ou que operam nos EUA, como faz o FinCEN, se é possível para um residente no citado país, comprar bitcoins, via internet, em uma plataforma de negociação localizada em um país que não está sujeito a qualquer regulação?

Cumpre destacar, de outra parte, que, com a introdução de alternativas como o Bitcoin (que se encontra à margem do sistema bancário), os fluxos de capital ilícito já não devem se destinar exclusivamente ao sistema financeiro internacional, de forma que os acordos internacionais, como o FATCA, por exemplo, precisam buscar novas formas de colaboração e troca de informações.[136]

Outro ponto que nos parece importante consiste na ampliação do rol de pessoas sujeitas a regulação. As normas do FinCEN, assim como as orientações do Gafi/FATF, indicam que a regulamentação deve se dirigir aos "money transmitters" e aos pontos de interseção com o sistema financeiro[137], ou seja, essencialmente às plataformas de negociação de criptomoedas, que devem se sujeitar,

---

das grandes ameaças da atualidade aos Estados, "de maneira que o combate a esta tem provocado um enorme esforço internacional de cooperação". Vide AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 44.

136. Em 2006, Maíra R. Machado afirmava que "(e)ntre os problemas tratados como crime na sociedade contemporânea, é possível identificar um numeroso grupo composto por atividades que geram riqueza. Refiro-me à comercialização de produtos proibidos (tráfico de drogas, armas, pessoas, órgãos), ao dano aos cofres públicos (sonegação de impostos, corrupção, desvio de verbas), às fraudes contra entidades públicas e privadas etc. Como todas as atividades que geram capital, seu destino é o sistema financeiro internacional". MACHADO, Maíra Rocha. Cooperação Internacional e o intercâmbio de informações bancárias: as decisões do STF sobre a quebra de sigilo em cartas rogatórias. In: MACHADO, Maíra Rocha; REFINETTI, Domingos Fernandes (Coord.). *Lavagem de Dinheiro e Recuperação de Ativos*: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 101. É interessante fazer menção também às palavras do economista Joseph Stiglitz, em recente entrevista concedida à BBC: "Por que as pessoas querem bitcoins? Por que as pessoas querem uma moeda alternativa? A verdadeira razão pela qual as pessoas querem uma moeda alternativa é participar de atividades ilícitas: lavagem de dinheiro, evasão fiscal. O que realmente devemos fazer é exigir a mesma transparência nas transações financeiras com bitcoins que temos com bancos". Vide portal *Folha de São Paulo*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/12/1940315--economista-americano-joseph-stiglitz-nobel-de-economia-critica-bitcoins.shtml]. Acesso em: 03.12.2017.

137. Trata-se, conforme observa TICAMI, Danilo Dias. Considerações acerca do anonimato nas transações de moedas criptografadas e sua utilização como subterfúgio para facilitação na lavagem de ativos. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. (Coord.). *A revolução das moedas digitais*: bitcoins e altcoins. Cotia, SP: Editora Revoar, 2016. p. 259, da regulação da porta de entrada ou saída para o sistema financeiro.

entre outras obrigações, a registro junto aos reguladores, à prestação de informações às autoridades, à manutenção de cadastro dos respectivos clientes e à implementação de programas antilavagem. Não há razão, entretanto, para não estender tais obrigações a pessoas que aceitam *bitcoins* a título de contraprestação pela venda de bens ou serviços. Talvez a implementação de tais obrigações seja demasiadamente onerosa para pequenas empresas, o que inviabilizaria sua imposição, mas não há porque não exigir o seu cumprimento por parte de empresas de grande porte como Amazon, Apple e Microsoft, por exemplo, que operam em escala global.

Note-se, a propósito, que seria perfeitamente razoável vislumbrar uma situação em que um criminoso, que tenha adquirido bitcoins com recursos provenientes de atividades ilícitas e que tenha se valido de "anonimizadores" para ocultar sua identidade, utilize suas criptomoedas para adquirir uma vasta gama de produtos em grandes redes de varejo, anonimamente, sem maiores riscos e sem ter que passar por plataformas de negociação de criptomoedas sujeitas a regulação.[138] A sujeição de comerciantes e prestadores de serviços às mesmas normas aplicáveis às plataformas de negociação seria, assim, uma alternativa para fechar uma porta que, em nosso entender, ainda se encontra aberta.[139] Esse trabalho poderia, inclusive, ser feito em conjunto com as autoridades fiscais, interessadas em arrecadar impostos incidentes sobre vendas.[140]

Seria recomendável, de outra parte, que as plataformas de negociação de criptomoedas, assim como grandes comerciantes e prestadores de serviços, também

138. Ou seja, sem precisar converter seus bitcoins em moeda real.

139. Certamente em escala bem mais reduzida do que nas plataformas de negociação, mas que, com o crescimento da aceitação de bitcoins por comerciantes e prestadores de serviços pode se tornar uma opção para criminosos. Ao que parece, o entendimento atual dos reguladores é de que o mercado de compra de bens em serviços com pagamento em criptomoedas ainda é limitado, de forma que a maior parte dos usuários em algum momento terá que recorrer às plataformas de negociação reguladas para trocar suas criptomoedas pela moeda oficial. Vide Ogunbadewa, Ajibola. *The Bitcoin Virtual Currency*: a safe haven for money launderers? (September 4, 2013). Disponível em SSRN: [ssrn.com/abstract=2402632] or [dx.doi.org/10.2139/ssrn.2402632].

140. É interessante observar que, em Memorando divulgado em 5 de dezembro de 2014, com o fim de esclarecer aspectos relacionados com a tributação das criptomoedas, o *New York State Department of Taxation and Finance* (Departamento de Tributação e Finanças do Estado de Nova Iorque) faz referência às obrigações acessórias às quais estão sujeitos os comerciantes e prestadores de serviços que aceitam criptomoedas, incluindo, entre elas, o dever de declarar as vendas em questão às autoridades fiscais. Disponível em: [www.tax.ny.gov/pdf/memos/multitax/m14_5c_7i_17s.pdf]. Acesso em: 29.10.2017.

estivessem sujeitos à prestação de informações nos moldes do FACTA e dos acordos internacionais celebrados após a sua edição, reforçando-se a cooperação internacional referida.

Adicionalmente, o monitoramento dos preços dos bitcoins parece ser uma medida que mereceria ser considerada. Isso poderia ser feito por meio do acompanhamento, pelas autoridades, das taxas de conversão divulgadas pelas principais plataformas de negociação e pelos preços cobrados por comerciantes e prestadores de serviços que aceitam a criptomoeda. Assim, os reguladores poderiam estabelecer preços médios de negociação, que serviriam como parâmetros acima ou abaixo dos quais as transações poderiam ser consideradas suspeitas. O monitoramento dos preços dos bitcoins também seria uma ferramenta útil para a detecção de oscilações indevidas da criptomoeda, ajudando a coibir eventuais manipulações que possam gerar ganhos artificiais, beneficiando criminosos.

Não se pode olvidar também que se está diante de tecnologia complexa, de difícil compreensão e alto grau de sofisticação, de forma que seria importante que os reguladores incentivassem a adoção de programas de capacitação e treinamento das pessoas encarregadas de fazer cumprir as leis com o fim de desenvolver métodos mais avançados de investigação, visando a, especialmente, conter tecnologias de "anonimização" e aprimorar técnicas de rastreio dos titulares de bitcoins.[141]

Cabe registrar, por fim, que o aprofundamento das discussões sobre a regulação do Bitcoin e sobre a sua utilização para a prática do crime de lavagem de dinheiro dependerá da capacidade de a citada criptomoeda se tornar, de fato, meio de troca de aceitação generalizada.[142]

---

141. FAVERÓN PATRIAU, Oswaldo Enrique. *Crímenes con bitcoins* (un futuro diferente nº 126) (Spanish edition). Livro digital. Não paginado, pos. 250, cita o exemplo da Dinamarca, que foi o primeiro país a lançar um método para rastrear criminosos que usam criptomoedas. Vide, a propósito, portal *Guia do Bitcoin*. Disponível em: [guiadobitcoin.com.br/policia-dinamarquesa-e-a-primeira-no-mundo-a-cacar-criminosos-utilizando-bitcoin/]. Acesso em: 26.10.2017.

142. Conforme observa Cesar van der Laan, os riscos e problemas associados aos bitcoins e criptomoedas, em geral, ainda possuem "caráter muito mais teórico do que real, diante dos baixos volumes operados". LAAN, Cesar van der. *É crível uma economia monetária baseada em Bitcoins?* Limites à disseminação de moedas virtuais privadas. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dezembro/2014. p. 12-13. Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos]. Acesso em: 31.07.2017. Vide, no mesmo sentido: MARIAN, Omri. Are cryptocurrencies super tax havens? 112 Mich. L. Ver. *First Impressions* 38 (2014). p. 43. Disponível em: repository.law.umich.edu/mlr_fi/vol112/iss1/2]. Acesso em: 01.11.2017. Esse parece ser, também, o entendimento de outros reguladores, conforme decorre do Comunicado 25.306/14, do Banco Central do Brasil. Note-se

Referências bibliográficas

AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

ANSELMO, Márcio Adriano. O ambiente internacional do combate à lavagem de dinheiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 47, n. 188, p. 357-371, out./dez. 2010.

BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. Prefácio. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. (Coord.). *A revolução das moedas digitais*: *bitcoins* e *altcoins*. São Paulo: Renovar, 2016.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

BERNARDINO, Gustavo (Trad.). *Bitcoin:* o guia definitivo de A a Z sobre negociações e mineração lucrativa de bitcoins. The Blockhead Series. Babelcube Books, 2016. Formato digital.

BÖHME, Rainer et al. Bitcoin: economics, technology, and governance. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 29 (2), 2015.

BORTOLINI, Rafael. Como funciona o Blockchain em 4 passos. *Smlblog*. Disponível em: [blog.smlbrasil.com.br/2017/05/12/como-funciona-o-blockchain-em-quatro-passos/]. Acesso em: 17.07.2017.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Ed. RT, 2012.

BOTTINO, Thiago. Brazil's approach to battling soccer corruption through anti-money laundering legislation. *Southwestern Journal of International Law*, v. XXI, n. 1, p. 125-149, 2014.

BRAGA, Juliana Toralles dos Santos. Histórico da evolução do "processo antilavagem de dinheiro" no mundo. *Portal Âmbito Jurídico*. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8426]. Acesso em: 22.10.2017.

CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro:* aspectos penais da Lei n. 9.613/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008.

CARAVINA, Adriano. *Bitcoin e altcoins*: fácil, prático e completo. Brasil. 2017. Livro digital.

CARLI, Carla Veríssimo de. O sistema internacional antilavagem de dinheiro. In: CARLI, Carla Veríssimo de (Org.). *Lavagem de dinheiro:* prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

que, no Comunicado em questão, a citada autarquia não regula as criptomoedas, apenas deixa claro que está acompanhando o mercado e que adotará as medidas regulatórias cabíveis quando entender necessário.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 46-59, mar./abr. 2004.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Ed. RT, 1998.

DE SANCTIS, Fausto Martins. *Lavagem de dinheiro por meio de obras de arte*: uma perspectiva judicial criminal. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

FAVERÓN PATRIAU, Oswaldo Enrique. *Crímenes con bitcoins* (un futuro diferente nº 126) (Spanish edition). Livro digital.

GOODMAN, Marc. *Future crimes*: everything is connected, everyone is vulnerable and what we can do about it. Livro digital.

HILSE, Lars. *Threat-Assessment*: Bitcoin (English edition). Livro digital.

LAAN, Cesar van der. *É crível uma economia monetária baseada em Bitcoins?* Limites à disseminação de moedas virtuais privadas. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dezembro/2014.

MACHADO, Maíra Rocha. Cooperação Internacional e o intercâmbio de informações bancárias: as decisões do STF sobre a quebra de sigilo em cartas rogatórias. In: MACHADO, Maíra Rocha; REFINETTI, Domingos Fernandes (Coord.). *Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos*: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)*: anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARIAN, Omri. Are cryptocurrencies super tax havens? 112 Mich. L. Ver. *First Impressions 38* (2014), p. 43. Disponível em: [repository.law.umich.edu/mlr_fi/vol112/iss1/2]. Acesso em: 01.11.2017.

MORSE, Eric. *Bitcoin*: uma introdução simples. Livro digital.

OGUNBADEWA, Ajibola. *The Bitcoin Virtual Currency*: a safe haven for money launderers? (September 4, 2013). Disponível em: SSRN: [ssrn.com/abstract=2402632] or [dx.doi.org/10.2139/ssrn.2402632].

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense. 1981. v. IV.

POPPER, Nathaniel. *Digital gold*: the untold story of bitcoin. Livro digital.

RAMALHO, David da Silva. *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*. Livro digital.

RIZZO, Maria Balbina Martins de. *Prevenção da lavagem de dinheiro nas organizações*. São Paulo: Trevisan, 2016.

ROCARD, Michel. O que é a comunidade internacional. *Portal Project Syndicate*. 30.05.2013. Disponível em: [www.project-syndicate.org/commentary/defining-the-international-community-s-role-and-responsibility-by-michel-rocard/portuguese]. Acesso em: 23.10.2017.

RUIZ-FORNELLES, Alejandro F. *Blaqueo de capitales:* análisis económico. Madrid: Delta, 2014.

SILVA, Alexandre Pacheco da. Oportunidades e oportunismos: as dimensões interna e externa de segurança do *bitcoin*. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. (Coord.). *A revolução das moedas digitais*: *bitcoins* e *altcoins*. Cotia: Revoar, 2016.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain revolution*: como a tecnologia por trás do *bitcoin* está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo. São Paulo: Senai Editora, 2016.

TICAMI, Danilo Dias. Considerações acerca do anonimato nas transações de moedas criptografadas e sua utilização como subterfúgio para facilitação na lavagem de ativos. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. (Coord.). *A revolução das moedas digitais*: *bitcoins* e *altcoins*. Cotia: Revoar, 2016.

TORRES, Heleno Taveira. *O Brasil inova como fisco global na luta contra a evasão fiscal*. Disponível em: [file:///C:/Users/CHRIS_000/Downloads/heleno_torres_-_trocas_de_informacoes_com_eua.2015.pdf]. Acesso em: 28.10.2017.

ULRICH, Fernando. *Bitcoin*: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.

USKA, Sarah. Desmistificando *bitcoin* e *blockchain*: conheça a tecnologia que promete mudar o mundo. *Portal e-business*. 2017. Disponível em: [ebusiness.liveuniversity.com/desmistificando-bitcoin-e-blockchain-conheca-a-tecnologia-que-promete-mudar-o-mundo/]. Acesso em: 21.08.2017.

VIANA, Wladston. O que é *bitcoin*? Um guia para os curiosos e futuros investidores. *Blog Bússola do investidor*. Disponível em: [blog.bussoladoinvestidor.com.br/o-que-e-bitcoin/]. Acesso em: 17.07.2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Breves considerações econômicas e jurídicas sobre a criptomoeda. Os bitcoins, de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa – *RDE* 14/139-154 (DTR\2016\2911); e
- O fenômeno da lavagem de dinheiro e o tráfico de drogas na deep web: avanço da criminalidade virtual, de Fabiano Emídio de Lucena Martins e Romulo Rhemo Palitot Braga – *RBCCrim* 125/337-354 (DTR\2016\24348).

Da delimitação do dolo eventual nos crimes de receptação: uma análise do art. 231º, n. 2, do Código Penal português

The delimitation of the "dolus eventualis" in the crimes of "receiving": an analysis of the article 231º, n. 2, of the Portuguese Penal Code

Túlio Felippe Xavier Januário

Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-Graduado em Direito Penal – Parte Geral pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) em parceira com o Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Universidade de Coimbra (IDPEE). Especialista em *Compliance* e Direito Penal pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Universidade de Coimbra (IDPEE). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – Unesp. Pesquisador financiado pelo programa ERASMUS+ na Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha. Advogado.
tuliofxj@gmail.com

Recebido em: 03.10.2017
Aprovado em: 08.02.2018
Última versão do(a) autor(a): 15.02.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: Objetiva-se, com o presente trabalho, analisar o alcance e eventual compatibilidade com o ordenamento jurídico-penal português, dos recentes desenvolvimentos da doutrina referente aos limites entre o dolo eventual e a negligência consciente, nomeadamente no que se refere à modalidade de Receptação prevista pelo Artigo 231º., n. 2., do Código Penal, problemática esta que se destaca ainda mais caso se entenda o referido delito como exclusivamente doloso, concepção aceita por cada vez mais expressiva doutrina e jurisprudência. Assim, a partir de um método dedutivo e tendo como referencial teórico a doutrina e jurisprudência alemãs, espanholas e portuguesas, pretende-se analisar a evolução dogmática da matéria, avaliando de maneira crítica os principais

Abstract: The aim of the present essay is to analyze the scope and eventual compatibility with the Portuguese Legal System, of the recent doctrinal developments referring to the limits between the "dolus eventualis" and the "conscious negligence", in particular with regard to the crime of "receiving" typified by the Article 231, n. 2, of the Penal Code, a problem that stands out even more when it is understood as a exclusively intentional crime, conception accepted by increasingly expressive doctrine and jurisprudence. Therefore, from a deductive method and having as theoretical referential the doctrine and jurisprudence from Germany, Spain and Portugal, it is intended to analyze the dogmatic evolution of the theme, evaluating critically the main models

Januário, Túlio Felippe Xavier. Da delimitação do dolo eventual nos crimes de receptação: uma análise do art. 231º, n. 2, do Código Penal português. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 148. ano 26. p. 177-206. São Paulo: Ed. RT, outubro 2018.

modelos elaborados no âmbito das chamadas teorias "cognitivas", "volitivas" e "significativas" do dolo, para então examinar seus possíveis aproveitamentos no que se refere à conduta de "Recepta-ção" tipificada pelo artigo 231º, n. 2.

Palavras-chave: Dolo eventual – Negligência consciente – Receptação – Teorias volitivas do dolo – Teorias cognitivas do dolo – Teoria da ação significativa.

elaborated in the scope of the "cognitive", "volitional" and "meaningful" theories of the "dolus", to then examine their possible uses regarding to the conduct of "receiving", typified by the article 231, n. 2.

Keywords: *Dolus eventualis* – Conscious negligence – Receiving – Volitional theories – Cognitive theories – Theory of the meaningful action.

Sumário: 1. Introdução. 2. Teorias volitivas do dolo. 2.1. Teoria do consentimento. 2.2. Teoria da indiferença. 2.3. Teoria da vontade de evitação. 2.4. Teoria da decisão contrária ao bem jurídico. 3. Teorias cognitivas do dolo. 3.1. Teoria da representação. 3.2. Teoria da probabilidade. 4. Teoria significativa do dolo. 5. Da aplicação da teoria significativa do dolo nos casos de receptação. 6. Conclusões. Referências.

1. Introdução

As necessidades político-criminais de persecução de agentes que, mediante suas ações, estabelecem relações patrimoniais com coisas obtidas por terceiros através de crimes contra o patrimônio, foi enfatizada pela alteração legislativa levada a cabo pelo legislador português em 1982, pela qual a contravenção penal prevista no n. 1 do artigo único do Dec.-lei 28/79, de 22 de fevereiro[1], passou a integrar a Parte Especial do Código Penal, no n. 2 do artigo 231º.[2], e a ter natureza criminal[3].

1. "Artigo único. – 1 – Todo aquele que, sem previamente se ter informado da sua legítima proveniência, adquire ou recebe, a qualquer título, coisa que, pela sua qualidade ou pela condição de quem lhe oferece ou pelo montante do preço proposto, faz, razoavelmente, suspeitar de que ela provém de actividade criminosa será punido com pena de prisão até um mês e multa até 10000$00" PORTUGAL. Dec.-lei 28/79, de 22 de fevereiro. *Diário da República* 45/1979, Série I de 1979-02-22. Disponível em: [https://dre.tretas.org/dre/169609/decreto-lei-28-79-de-22-de-fevereiro]. Acesso em: 30.04.2017.
2. "2º – Quem, sem previamente se ter assegurado da sua legítima proveniência, adquirir ou receber, a qualquer título, coisa ou animal que, pela sua qualidade ou pela condição de quem lhe oferece, ou pelo montante do preço proposto, faz razoavelmente suspeitar que provém de facto ilícito típico contra o património é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 120 dias." PORTUGAL. DL 48/95, de 15 de março: Código Penal de 1982, versão consolidada posterior a 1995. Disponível em: [www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=109&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=]. Acesso em: 30.04.2017.
3. CAEIRO, Pedro. Comentário ao artigo 231º. do Código Penal. In: DIAS, Jorge de Figueiredo. (Dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*: parte especial: t. II: artigos 202º a 307º. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 475; 485-486.

Essa alteração deu início, entre outras, a uma significativa divergência doutrinária e jurisprudencial referente ao tipo subjetivo do artigo em comento, nomeadamente com relação à admissibilidade ou não da punição a título de negligência[4]. Isso porque, não obstante a resistência de alguns setores da doutrina, essa mudança de estatuto impulsionou um crescente entendimento no sentido de que o referido artigo admitiria unicamente a modalidade dolosa da conduta, sendo atípica, portanto, a receptação negligente[5].

Não adentrando nas minúcias da referida discussão, em respeito aos limites e objetivos do presente trabalho, importante destacar apenas, que este último posicionamento nos parece o mais acertado. Conforme enfatiza Pedro Caeiro, enquanto no âmbito das contravenções a regra é a da punição a título de

4. O entendimento ainda majoritário, sustentado, entre outros, por Manuel Lopes Maia Gonçalves, é de que o n. 2 do artigo 231º. admite a punição a título de negligência, argumentando não apenas com base na origem contravencional do delito, mas também em suposta inutilidade do preceito em caso de entendimento contrário, uma vez que o n. 1 já abrangeria os fatos dolosos. Segundo o autor, seriam subsumíveis no tipo os casos em que o agente não procedesse com o devido dever de cuidado e não chegasse sequer a representar a possibilidade de estar adquirindo ou recebendo coisa objeto de crime contra o patrimônio (GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código penal português*: anotado e comentado: legislação complementar. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 791).

5. Nesse sentido: CAEIRO, Pedro. Op. cit.; GARCIA, Manuel Miguez; RIO, J. M. Castela. *Código penal* – Parte Geral e Especial: com notas e comentários. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2015.; SANTIAGO, Rodrigo. O branqueamento de capitais e outros produtos do crime: contributos para o estudo do art. 23 do Decreto-lei 15/93, de 22 de janeiro e do regime de prevenção da utilização do sistema financeiro no branqueamento (decreto-lei n. 313/93, de 15 de setembro). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 4, n. 4, p. 497-560, out.-dez. 1994. Na jurisprudência: "Concordamos com Pedro Caeiro e a jurisprudência citada no sentido de que o art. 231º. do Cód. Penal apenas prevê e pune a recetação dolosa: com dolo direto ou necessário no n. 1 e como dolo eventual no n. 2. Com efeito, para além da própria letra do preceito conduzir a tal conclusão, a punição do crime negligente é excepcional e carece de disposição especial neste sentido (art. 13º. do CP)." Tribunal da Relação do Porto. Acórdão 310/12.4TDPRT.P1, de 03.04.2013. Relatora: Eduarda Lobo. Disponível em: [www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/cf0884d0b877434680257b4f0047f8df?OpenDocument&Highlight=0,310%2F12.4TDPRT.P1]. Acesso em: 30.04.2017. "O crime de receptação p. e p. p. art. 231º., n. 1 e 2 do CP é de natureza dolosa. No n. 1 exige-se o dolo específico. No n. 2 prevê-se o ilícito cometido com dolo eventual. A sua punição a título de negligência não está especificada prevista em nenhuma norma." Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão 869/02.4PBGMR, de 14.09.2009. Relator: Ricardo Silva. Disponível em: [www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/709158d5369f83da8025766c003f62ee?OpenDocument&Highlight=0,869%2F02.4PBGMR]. Acesso em: 30.04.2017.

negligência, no domínio criminal, para tanto, faz-se necessária disposição especial nesse sentido, nos termos do artigo 13º.[6], norma esta que, nos crimes de receptação, é inexistente[7-8]. Além disso, a imposição de um dever de informação não se coaduna com uma modalidade negligente de delito, muito menos em sua modalidade inconsciente, uma vez que se faz necessário por parte do agente, no

6. "Art. 13º. Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência." Portugal. DL 48/95, de 15 de março: Código Penal de 1982, versão consolidada posterior a 1995. Disponível em: [www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=109&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=]. Acesso em: 30.04.2017.
7. CAEIRO, Pedro. Comentário ao artigo 231º. do Código Penal. In: DIAS, Jorge de Figueiredo. (Dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*: parte especial: t. II: artigos 202º a 307º. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 496.
8. No caso, entendemos haver uma confusão por parte dos defensores da primeira concepção, no que se refere aos âmbitos objetivo e subjetivo do ilícito. Isso porque, ao contrário do sustentado por essa parcela da doutrina, o "não assegurar-se" da legítima proveniência da coisa, ou seja, a violação do dever de informação por parte do agente, nada mais é do que a tipificação dos limites entre o risco proibido e permitido eventualmente criado pelo autor, o que vai determinar a tipicidade ou atipicidade objetiva do fato. Não é, portanto, a violação do dever de cuidado caracterizadora das condutas negligentes, mas, sim, a regulação expressa do papel do agente, ou seja, um requisito de avaliação da tipicidade do comportamento. Importante esclarecer que adotamos o entendimento de que a avaliação da criação ou não de um risco proibido por parte do agente não é um critério a ser adotado única e exclusivamente no momento da imputação objetiva do resultado, mas, sim, há de ser averiguada já no plano do comportamento, possibilitando sua adoção não apenas para crimes de resultado, mas também para crimes de perigo. Essencial, nesse sentido: "Según mi modo de ver, la teoría de la imputación del resultado plantea cuantiosas preguntas acerca de problemas de imputación de resultados que en verdad no se refieren a imputación del resultado, sino ya a la pregunta de si existe siquiera una acción prohibida, ayustada al tipo. Entonces, desde mi punto de vista, quien disminuye el riesgo no actúa de manera prohibida, como así tampoco el que proporciona a un tercero ciertos instrumentos con los cuales él se lesiona imprudentemente, etc. En lo fundamental, en todas las preguntas referidas a la creación de un riesgo desaprobado, no se trata de un problema de imputación del resultado, sino ya de la pregunta acerca de si se actuó de manera reprobada por el tipo penal" (FRISCH, Wolfgang. Desarrollo, lineamientos y preguntas abiertas sobre la teoría de la imputación objetiva del resultado. *Revista de Derecho Penal y Proceso Penal*, Buenos Aires, n. 4, abr. 2011. p. 601). Ainda, Günther Jakobs defende como critério de imputação objetiva, cuja resposta negativa é apta a excluir a responsabilidade, o questionamento sobre o eventual desvio de uma expectativa que recai sobre portadores de determinados papéis na sociedade (JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Editorial Civitas, 1996. p. 96-101).

mínimo, uma efetiva suspeita sobre a proveniência da coisa, para que ele possa identificar o seu dever de informação acerca dela[9].

Adotada, porém, essa concepção, ganha importância, também para esses casos, a vetusta discussão referente à diferenciação concreta entre o dolo eventual e a negligência consciente, uma vez que teríamos como consequência necessária a atipicidade dos casos nos quais seja constatada somente esta última modalidade. Além disso, conforme será analisado no decorrer do trabalho, os casos concretos de receptação apresentam uma especial dificuldade na diferenciação entre as condutas imputáveis a título de dolo, daquelas que configurariam negligência consciente, sendo muito tênue a sua fronteira, especialmente pela complicada aferição, nesses casos, de circunstâncias como "se o agente assumiu o risco de produção do resultado", "anuiu com sua ocorrência[10]" e "se conformou com ela[11]", ou se, pelo contrário, "levianamente confiou na não sua não ocorrência ou evitação[12]".

Importante destacar que, muito embora seja já antiga a discussão sobre os critérios diferenciadores entre o dolo eventual e a negligência consciente, esta se encontra aparentemente ainda longe de qualquer tipo de consolidação, sendo que, pelo contrário, novas construções, baseadas em novos paradigmas, têm sido elaboradas, visando justamente corrigir as imperfeições das antigas e corresponder de maneira mais fiel à realidade dos fatos.

Por todo o exposto, pretende-se com o presente trabalho, inicialmente, analisar a evolução das principais teorias elaboradas sobre o tema, avaliando, por óbvio, a eventual compatibilidade delas com o ordenamento jurídico português. Posteriormente, pretende-se analisar de que forma elas podem ser aplicadas aos casos tipificados pelo art. 231º., n. 2, do Código Penal, auxiliando na diferenciação prática entre as condutas imputáveis a título de dolo eventual, e

9. CAEIRO, Pedro. Comentário ao artigo 231º. do Código Penal. In: DIAS, Jorge de Figueiredo. (Dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*: parte especial: t. II: artigos 202º a 307º. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 496-497.
10. Concepção majoritariamente utilizada pela doutrina e jurisprudência brasileiras para configurar o dolo eventual e diferenciá-lo da negligência consciente. Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 1: parte geral. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 290.
11. Concepção que, segundo Jorge de Figueiredo Dias, é a dominante na doutrina portuguesa e foi expressamente adotada pelo artigo 14º., 3. Nesse sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral: t. I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 371-374.
12. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC, 2008. p. 143.

consequentemente alcançadas por esse tipo, daquelas consideradas negligência consciente e, na concepção aqui defendida, não tipificadas pelo ordenamento jurídico português.

Para sua análise, optamos por dividir as teorias em "volitivas" e "cognitivas", de acordo com a fundamentação do dolo unicamente em elementos cognitivos do agente ou da simultânea exigência de um posicionamento pessoal do mesmo perante o resultado, consubstanciado no elemento volitivo[13]. Por fim, será analisada em separado a chamada "teoria significativa do dolo", que, muito embora possa ser considerada uma teoria volitiva pelos parâmetros supracitados, tem particularidades que a diferenciam em demasiado das demais representantes deste gênero[14].

2. Teorias volitivas do dolo

2.1. Teoria do consentimento

Entre as teorias volitivas, a chamada *teoria do consentimento* ou *teoria da aprovação* é, sem dúvidas, a que recebeu maior destaque, sendo considerada, inclusive, por significativa parcela da doutrina, como a expressamente adotada pelo

13. GRECO, Luís. Algumas considerações introdutórias à "Distinção entre dolo e culpa", de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad., introdução e notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. XIV-XV.

14. Importante destacar que a doutrina brasileira majoritária costuma classificar as teorias desenvolvidas no âmbito do dolo em: "teoria da vontade", na qual o agente atua com intenção de causar o resultado; a "teoria da representação", segundo a qual haveria dolo quando o agente representasse a possibilidade de ocorrência do mesmo, mas mantivesse a sua atuação; e a "teoria do consentimento", segundo a qual se falaria em dolo quando o agente representasse a possibilidade de ocorrência do resultado, mas assumisse o risco de sua produção. Nesse sentido: CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal*: parte geral. (arts. 1º. ao 120). 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 194. Tal sistematização, porém, conforme ressalta Luís Greco, há de ser rechaçada por sua incompletude e inexatidão. Isso porque, segundo o autor, não há apenas uma teoria da vontade ou uma teoria da representação, mas, sim, várias, devendo estas últimas ser entendidas como aquelas que fundamentam o dolo unicamente em elementos cognitivos, enquanto as primeiras, para além desse requisito, exigem um posicionamento pessoal do autor, ou seja, um elemento volitativo. Além disso, importante salientar que com base nesse critério, a chamada "teoria do consentimento" seria, na verdade, um modelo de teoria volitiva, e não uma terceira espécie como defende a doutrina brasileira (GRECO, Luís. Algumas considerações introdutórias à "Distinção entre dolo e culpa", de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad., introdução e notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. XIV-XV).

Código Penal Brasileiro, em seu artigo 18º, I[15-16], sendo defendida ainda pela jurisprudência majoritária na Alemanha e na Espanha. Segundo os defensores dessa referida concepção, para a configuração do dolo eventual não basta que o agente represente a possibilidade de ocorrência de um resultado típico, fazendo-se necessário que o mesmo o aceite, o aprove internamente[17].

Diante das inegáveis dificuldades práticas inerentes a tal concepção, especificamente no que se refere à prova do elemento volitivo, Reinhard Frank desenvolveu duas fórmulas visando possibilitar a concretização destes enunciados nos casos práticos. Em sua primeira elaboração, propõe que o julgador se coloque no lugar do agente e se pergunte: "se o que eu acho provável fosse seguro, eu atuaria da mesma maneira?". Se a resposta for positiva, haverá dolo eventual. Caso contrário, negligência consciente[18].

A essa primeira fórmula de Frank foram feitas importantes críticas, sendo a primeira delas, o fato de ela se basear em dados fictícios para a aferição do dolo[19]. O julgador, no caso, acabaria tendo que fazer uma prognose sobre eventual conduta do agente, caso este tivesse um determinado conhecimento, o qual, na realidade, este não possui. Além disso, os resultados aos quais essa fórmula chega são questionáveis, uma vez que, conforme explica Ingeborg Puppe, os comportamentos humanos não são determináveis por leis naturais estritas[20].

15. "Art. 18. Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;" 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: 30.04.2017.
16. Entendendo que o Código Penal brasileiro adotou a teoria da vontade para o dolo direto e a teoria do consentimento (assentimento) para o dolo eventual: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II: arts. 11 ao 27. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 544; GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 243; CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal*: parte geral. (arts. 1º. ao 120). 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 194.
17. Importante destacar que o referido autor não adota a referida concepção, mas apenas a conceitua. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Dolo*: causalismo, finalismo, funcionalismo y la reforma penal em México. 2. ed. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2000. p. 147.
18. DÍAZ PITA, Maria del Mar. Los limites del dolo eventual. Tesis doctoral. Universidad de Sevilla, 1993. Disponível em: [http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/747/los-limites-del-dolo-eventual/]. Acesso em: 28.03.2017. p. 189.
19. PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad., introdução e notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. 44.
20. PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad., introdução e notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. 45.

Exemplo disso é o conhecido "caso da barraca de tiro[21]" proposto por Lacmann, no qual buscou comprovar a possibilidade de um dolo sem vontade no sentido psicológico-descritivo, uma vez que seria, no caso, indesejável ao agente ferir a vítima. Ainda assim, considera-se político-criminalmente indesejável não conhecer, nesse caso, um dolo do agente[22].

Buscou, então, Frank, corrigir essas imperfeições[23], elaborando sua segunda fórmula, segundo a qual o autor que atua com dolo eventual raciocina da seguinte forma: "seja de uma forma, seja de outra, eu atuo da mesma maneira"[24].

Ocorre que, como se observa, essa solução não obteve sucesso em reduzir as dificuldades práticas evidentemente encontradas no que se refere à averiguação do elemento psíquico do agente, qual seja, dessa avaliação que o agente faria no momento da ação. Além disso, exigir do autor esse exame de consciência nada mais é do que, na verdade, exigir que ele tenha conhecimento de todos os elementos de sua culpabilidade, o que, nos casos concretos, dificilmente ocorre.[25]

Em Portugal, reconhecendo as críticas que foram elaboradas às fórmulas de Frank e acrescentando ainda, que em casos limites, elas acabam considerando como de negligência situações que evidentemente configurariam dolo, Eduardo Correia propõe que se faça um caminho inverso, ou seja, se a realização do fato

21. Dois fazendeiros que brincavam em uma barraca de tiro ao alvo decidiram fazer uma aposta, ficando estipulado que se o primeiro deles conseguisse acertar o chapéu de uma garota sem a ferir, ganharia todo o patrimônio do outro. Com o tiro, porém, aquela é atingida e vem a morrer (GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, Augusto et. al. *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009 p. 887-888.

22. GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, Augusto et. al. *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 887-888.

23. Importante destacar, porém, que segundo Ingeborg Püppe, na verdade, a primeira fórmula de Frank visava definir o conteúdo do estado psíquico específico do autor que age com dolo, mas que, em razão das inúmeras críticas, desenvolveu a sua segunda fórmula. Ocorre que a segunda não restou muito clara, fazendo-se necessário que Frank recorresse a sua primeira fórmula, para precisar o conteúdo da segunda (PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad., introdução e notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. 44).

24. Tradução livre. Do original: "[...] mag es oder anders sein, so oder anders werden, auf jeden Fall handele ich [...]" (FRANK, Reinhard. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*: nebst dem Einführungsgesetze. Leipzig: Mohr Verlag, 1931. p. 190).

25. DÍAZ PITA, Maria del Mar. Los limites del dolo eventual. Tesis doctoral. Universidad de Sevilla, 1993. Disponível em: [http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/747/los-limites-del-dolo-eventual/]. Acesso em: 28.03.2017. p. 188.

puder ser considerada mera consequência possível ou eventual da conduta, haverá dolo quando o agente, ao atuar, não confiar na sua não ocorrência[26].

Conforme explica Manuel Lopes Maia Gonçalves, o Projeto de Código Penal de 1963, no § 2º. do art. 11º., transcrevia expressamente o entendimento supracitado, ampliando, de alguma forma, as fórmulas hipotéticas de Frank. Foi, porém, justamente nesse ponto, criticado pela Comissão Revisora, que propôs um estreitamento dos limites do dolo eventual[27]. Importante destacar, ainda, que conforme salientado por Jorge de Figueiredo Dias, tal concepção mantém a opção das construções anteriores por fundamentar o dolo em elementos internos do agente, apresentando, nesse caso, uma conotação extremamente psicologista do termo "confiança", o que pode acabar por privilegiar o agente excessivamente otimista em face do pessimista[28].

2.2. Teoria da indiferença

Muito parecida com a *teoria do consentimento,* a chamada *teoria da indiferença* entende haver dolo eventual quando o sujeito recebe com indiferença as eventuais consequências acessórias de sua ação, ao contrário de quando o agente tem esperança na sua não ocorrência, as considerando indesejáveis.[29-30] Conforme explica Esther Hava García, essa teoria parte da 1ª fórmula de Frank, substituindo, porém, sua ideia de hipotética aceitação do resultado pela de indiferença para com os bens jurídicos protegidos pelo tipo em questão.[31]

---

26. CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. reimp. Coimbra: Almedina, 1963. v. 1. p. 384-386.
27. GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código penal português*: anotado e comentado: legislação complementar. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 101-102.
28. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral: t. I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 372.
29. ENGISCH apud ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general, t. I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p. 432.
30. Nesse mesmo sentido: "Der hier vertretene Standpunkt entspricht im Wesentlichen der Gleichgültigkeitstheorie. Danach ist dolus eventualis gegeben, wenn der Täter die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält und aus bewusster Gleichgültigkeit gegenüber dem geschützen Rechtsgut in Kauf nimmt" (SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch*: kommentar. 28. Auflage. München: C.H. Beck, 2010. p. 266.
31. HAVA GARCÍA, Esther. Dolo eventual y culpa consciente: critérios diferenciadores. Anuario de derecho penal: aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal

É partindo dessa ideia, porém, que a autora tece suas críticas à referida teoria no mesmo sentido que à da teoria do consentimento, qual seja, a de que com esse critério diferenciador existe um eminente risco de julgamento do autor pela sua personalidade, e não pelo fato que cometeu.[32] Além disso, conforme salienta Claus Roxin, tal construção pode levar a soluções de casos que são político-criminalmente indesejáveis, como no conhecido caso do "cinto de couro[33]", julgado pelo Tribunal Federal alemão. Para o autor, nesse caso, se adotada a teoria da indiferença de Engisch, haveria de ser considerada, no caso, no máximo a negligência consciente, uma vez que é constatável dos dados comprovados no caso em que os agentes não agiram com indiferença para com a incolumidade física da vítima. Considera, porém, Roxin, que estes não podem se eximir das consequências de seus atos, conscientemente incluídos nos seus cálculos, unicamente com base em esperanças nas quais nem eles mesmos confiam.[34]

2.3. Teoria da vontade de evitação

Proposta diferente é a apresentada por Armin Kaufmann, que elabora seu modelo partindo teoria finalista da ação, da qual é partidário. Para Hans Welzel, a vontade de concretização dos objetivos do agente engloba não apenas a meta

---

Peruano. Freibourg, n. 8, p. 1-20. 2003. Disponível em: [www.unifr.ch/ddp1/derecho-penal/anuario/an_2003_08.pdf]. Acesso em: 28.03.2017. p. 12.

32. HAVA GARCÍA, Esther. Dolo eventual y culpa consciente: critérios diferenciadores. Anuario de derecho penal: aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal Peruano. Freibourg, n. 8, p. 1-20. 2003. Disponível em:

    [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_08.pdf]. Acesso em: 28.03.2017. p. 12.

33. Consta que dois acusados decidiram roubar a casa de um conhecido, mas não pretendiam o lesionar. Assim, inicialmente, tentaram ministrar-lhe soníferos, mas sem sucesso. Posteriormente, passaram a tentar agredi-lo contra a cabeça com um saco de areia, pois este não seria tão rígido e não lhe causaria lesões graves. Ocorre que o objeto se arrebentou e a vítima logo retomou a consciência. Por fim, por decisão unilateral de um dos acusados, passaram a estrangulá-la com uma cinta de couro, até que esta se desfalecesse. Finalizado o assalto, os mesmos ainda tentaram reanimar a vítima, mas sem sucesso (ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. *Derecho penal*: cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias. Trad. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Editorial Colex, 1995. p. 157).

34. ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general, t. I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p. 432-433.

aspirada, mas também os meios necessários para alcançá-la e as suas consequências necessárias, devendo ocorrer o mesmo, necessariamente, com o dolo[35]. Seu limite, porém, encontra-se, segundo Kaufmann, na pergunta inversa, qual seja, se o agente dirigiu sua vontade no sentido de não deixar determinada consequência necessária tida por ele como possível, ocorrer[36]. É a chamada *teoria da vontade de evitação,* que propõe que quando o agente dirigir sua vontade aos objetivos pretendidos, mas, ao mesmo tempo, à evitação de consequências acessórias indesejadas, não haverá dolo com relação a estas últimas[37].

Conforme explica Winfried Hassemer, Kaufmann buscou elaborar uma teoria que fosse aplicável não apenas para o dolo eventual, mas, sim, para todas as espécies de dolo, ou seja, também para o dolo direto e o dolo de consequências necessárias, configurada como uma teoria unitária do dolo[38]. Além disso, pretendeu o autor, sem abandonar o ontologismo inerente à escola finalista, objetivar os limites do dolo, como de fato o fez[39].

Ocorre que, segundo Hassemer, as principais críticas a essa teoria foram justamente feitas sobre esses pontos considerados por Kaufmann como seus principais méritos, quais sejam, a ontologização do dolo e a objetivação dos seus limites[40]. Explica o primeiro autor, que dados ontologicamente fundados somente são corretos quando têm suas raízes na estrutura do "ser", enquanto que a diferenciação dos comportamentos dolosos dos que não o são só pode ser analisada a partir de um ponto de vista deontológico, uma vez que é uma questão aberta às expectativas de justiça historicamente variáveis[41].

Além disso, a objetivação dos limites do dolo nos termos propostos por Kaufmann não é garantia de soluções político-criminalmente aceitáveis. Isso porque,

35. WELZEL, Hans. Derecho penal: parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 74.
36. KAUFFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 13, fasc/mes 2, 1960. p. 194.
37. KAUFFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 13, fasc/mes 2, 1960. p. 195.
38. HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 43, fasc/mes 3, 1990. p. 911.
39. HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 43, fasc/mes 3, 1990. p. 911.
40. HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 43, fasc/mes 3, 1990. p. 911.
41. HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 43, fasc/mes 3, 1990. p. 913.

conforme salienta Roxin, nem sempre é acertado falar que alguém que dirige sua ação no sentido de evitar a ocorrência de um resultado acessório não tenha agido com dolo. Trata-se, apenas, de um indício refutável[42-43]. Aliás, nos termos expostos por Puppe, o conceito de vontade de evitação não determina de nenhuma maneira quais seriam os requisitos mínimos da atuação do agente a fim de evitar o resultado indesejado. Dessa forma, não pode prevalecer o entendimento de que mesmo a precaução mais irrelevante deve ser isenta de reprovação a título de dolo.[44]

2.4. Teoria da decisão contrária ao bem jurídico

Com as críticas supracitadas, busca Hassemer averiguar a fundamentação da maior punibilidade do dolo eventual em face da negligência consciente, procurando critérios normativos aceitáveis para delimitar esse instituto. Explica o autor que, em relação à negligência, o dolo encontra-se em um escalão mais elevado de reprovabilidade, uma vez que os agentes que assim atuam lesionam não apenas o bem jurídico tutelado pela norma, mas também, essa própria norma que tutela o bem[45].

No mesmo sentido, defende Roxin que o elemento comum entre as três formas de dolo seria que em todas elas o resultado produzido seria equivalente ao plano do agente que praticou a conduta[46]. Quem inclui em seus cálculos a possibilidade de ocorrência de um resultado típico, sem que este o dissuada de agir,

42. ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general, t. I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p. 436-437.
43. Imagina-se, por exemplo, o caso de um agente que coloca fogo em sua casa, visando obter o seguro, mesmo sabendo que sua sogra se encontra no interior. Ainda que o agente tente, de todas as formas, retirá-la de dentro do imóvel, mostra-se bastante questionável qualquer entendimento no sentido da inexistência de dolo no caso em questão.
44. PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad., introdução e notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. 49.
45. HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 43, fasc/mes 3, 1990. p. 917.
46. ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general, t. I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p. 416-417.

decide contrariamente contra o bem jurídico, resignando-se com a possibilidade de ocorrência do fato[47].

Muito embora seja uma concepção normativa, as dificuldades práticas inerentes ao conceito de dolo e sua constatação nos casos concretos ainda subsistiam, razão pela qual Hassemer desenvolveu determinados indicadores, que possibilitariam uma dedução dos elementos volitivos internos do agente, que de outra maneira, restariam inacessíveis[48]. Esse catálogo não exaustivo possui indicadores que podem ser divididos em três níveis, sendo eles: o do perigo da situação para o bem jurídico (por exemplo, a distância da qual um tiro é realizado, contra que região do corpo, a possibilidade ou não de salvamento por terceiros, da vítima); o da representação deste perigo pelo agente (presença do agente no local dos fatos, sua distância para com o objeto da ação ou a vítima, a capacidade cognitiva daquele no momento da conduta (se estava ou não sob efeitos de álcool e drogas, por exemplo)); e o da decisão pela realização desse perigo (a realização de atos para impedir a consumação, a eventual possibilidade de autolesão do agente, com sua conduta)[49].

Importante destacar que a *teoria da decisão contrária ao bem jurídico* é, talvez, a mais próxima da chamada *teoria da conformação*, a qual, segundo Jorge de Figueiredo Dias, é não apenas a teoria dominante, como a prevista expressamente pelo artigo 14º. do Código Penal Português.[50-51] Segundo o autor, quando o agen-

47. Essa concepção, alcunhada pela doutrina de "teoria da decisão contrária ao bem jurídico", considera como dolosos também aqueles casos nos quais o agente é indiferente com relação ao resultado, isso porque a "decisão" da qual fala Roxin, não é uma decisão em sentido naturalístico, mas, sim, em sentido normativo (ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general, t. I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p. 425-427.

48. HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 43, fasc/mes 3, 1990. p. 925.

49. HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 43, fasc/mes 3, 1990. p. 928-929.

50. "Art. 14º. [...] 3 – Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com a aquela realização." PORTUGAL. DL 48/95, de 15 de Março: Código Penal de 1982, versão consolidada posterior a 1995. Disponível em:

[www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=109&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=]. Acesso em: 30.04.2017.

51. Nesse sentido: GARCIA, Manuel Miguez; RIO, J. M. Castela. *Código penal* – Parte Geral e Especial: com notas e comentários. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 118-119;

te constata o sério risco de produção do resultado e, mesmo assim, prossegue com o seu atuar, entende que o que move a sua atuação vale mais do que o "preço" da realização do tipo, se conformando com todas as consequências de sua ação, ou com elas se resignando[52].

De fato, é inegável que, caso adotada uma concepção normativa de "decisão", entendida como a tomada de postura do agente que, tendo um certo nível de conhecimento sobre uma determinada possibilidade de ocorrência do resultado, não se dissuade de agir, esse termo acaba por englobar em seu sentido não apenas a ideia de resignação para com o resultado, mas também a de conformação com o mesmo, sendo, assim, a presente construção, no nosso entendimento, compatível com o ordenamento jurídico português.

Muito embora possa ser considerada uma das mais modernas construções no âmbito das terias volitivas, a chamada *teoria da decisão contrária ao bem jurídico* não restou isenta de críticas. Ainda que reconhecendo que o fundamento do desvalor da conduta reside na decisão de praticar a atividade mesmo conhecendo suas possíveis consequências, Bernardo Feijóo Sanchéz entende que ela não é a *ratio* da maior punibilidade dessas condutas, uma vez que, para ele, o ordenamento jurídico valora com a mesma intensidade aqueles comportamentos que subjazem uma decisão baseada em conhecimentos suficientes dos fatos, daquelas em que não o há. Explica, porém, o autor que as teorias supracitadas partem de uma metáfora, uma vez que as pessoas não atuam no sentido de lesionar o bem jurídico protegido[53].

Explica, ainda, Maria del Mar Díaz Pita que, segundo o autor, os critérios apresentados por estas últimas teorias não são seguros, uma vez que ambas as modalidades de conduta, quais sejam, a dolosa e a negligente, contêm em si próprias uma decisão, visto que esta é subjacente à ideia de vontade de colocar em curso uma ação[54].

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal*: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3. ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 150-151;

52. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral: t. I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 372-373.

53. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo: sobre la normativización del dolo. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 65, 1998. p. 302-307.

54. DÍAZ PITA, Maria del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 5-6.

É com base em críticas como essas que significativa parcela da doutrina vem defendendo já há um bom tempo que a diferenciação entre o dolo e a negligência seja feita com base apenas no elemento cognitivo do instituto, seja por entenderem pela não existência ou relevância do elemento volitivo para a constatação do dolo, seja pela sua dificuldade de aferição e comprovação judicial.

3. Teorias cognitivas do dolo

3.1. Teoria da representação

Entre as teorias que não se utilizam do elemento volitivo para a fundamentação e caracterização do dolo e consequentemente para sua diferenciação da negligência, a *teoria da representação* baseia-se na ideia de que a mera representação, por parte do agente, da possibilidade de ocorrência de um resultado desvalioso em razão de sua conduta já deveria fazer o agente desistir dela. Se não o faz, deve ser considerado o fato como doloso[55]. Conforme explica Ramon Ragués i Vallès, essa teoria deixa de lado a investigação a respeito da vontade do agente e se concentra unicamente em determinar quais são os pressupostos necessários para a configuração do dolo. Considerando alguns comportamentos desvaliosos o suficiente para serem assim considerados, ainda que ausente no agente qualquer tipo de vontade, eles deixam de considerar esse elemento como essencial[56].

A primeira consequência observável de eventual adoção dessa teoria é a eliminação da categoria da negligência consciente. Aliás, conforme lecionava LK-Schröder, toda negligência é inconsciente[57]. Importante ressaltar, porém, que, conforme explicam Wessels e Beulke, na realidade não há uma abstração do elemento volitivo, mas, sim, uma presunção a partir de um determinado nível de conhecimento por parte do agente[58].

55. ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general, t. I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p. 433.
56. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999. p. 53.
57. SCHRÖDER; SAUER apud ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general, t. I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p. 433.
58. WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht, allgemeiner Teil*: die Straftat und ihr Aufbau. 29. Neubearb. Alfl. Heidelberg: Müller, 1999. p. 73.

3.2. Teoria da probabilidade

Outra representante significativa das teorias cognitivas é a chamada *teoria da probabilidade*, segundo a qual haverá dolo eventual quando ao agente pareça extremamente provável a possibilidade de ocorrência do resultado[59]. Esse juízo de probabilidade, conforme explica Díaz-Aranda, deve ser feito não apenas com dados gerais e objetivos, mas, sim, de maneira subjetiva e individualizada. Dessa forma, deve o julgador, no momento de análise dos fatos, avaliar se o resultado poderia ser considerado objetivamente provável, mas também levar em conta se o agente concreto o teria assim considerado, tendo-se em vista as particularidades do caso[60].

Essa concepção apresenta a inerente dificuldade referente à falta de um critério para determinar o grau de probabilidade necessário para a configuração do dolo eventual. Assim, subsistem as dificuldades na análise dos casos limítrofes com a negligência[61].

Ressalva importante é feita, ainda, no sentido de que essa teoria não consegue fundamentar o porquê da maior punibilidade do dolo, ou seja, não justifica a razão de que um maior conhecimento por parte do agente torna a sua conduta mais reprovável[62]. Respondendo a esse questionamento, Jakobs entende que a conduta negligente afetaria a validez da norma de maneira menos intensa do que a dolosa, uma vez que enquanto o autor doloso atuaria com certo desinteresse pela mesma, o primeiro poderia ser considerado apenas incompetente para lidar com determinados assuntos, uma vez que foi descuidado. Estaria exposto, inclusive, a uma espécie de pena natural, uma vez que em muitos casos poderia este mesmo resultar lesionado através de sua conduta não calculada[63].

---

59. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida: dolo eventual, relación parricidio-asesinato. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 43, n. 2, maio-ago. 1990. p. 421.
60. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Dolo*: causalismo, finalismo, funcionalismo y la reforma penal em México. 2. ed. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2000. p. 151-152.
61. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Dolo*: causalismo, finalismo, funcionalismo y la reforma penal em México. 2. ed. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2000. p. 152.
62. HAVA GARCÍA, Esther. Dolo eventual y culpa consciente: critérios diferenciadores. Anuario de derecho penal: aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal Peruano. Freibourg, n. 8, p. 1-20. 2003. Disponível em: [www.unifr.ch/ddp1/derecho-penal/anuario/an_2003_08.pdf]. Acesso em: 28.03.2017. p. 5.
63. JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*: fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 312-313.

Ingeborg Puppe também procurou desenvolver a teoria em questão, optando, porém, por diferenciar o dolo eventual e a negligência consciente através da própria qualidade desse perigo[64]. Para a autora, um perigo deverá ser considerado doloso quando puder ser tido como um método idôneo para a realização do resultado[65].

Importante destacar, que uma vez que o critério fundamentador do dolo, para Puppe, seria a qualidade do perigo criado pelo agente, a intenção[66] do agente acaba por não exercer um papel relevante sequer na diferenciação entre as modalidades de dolo, quais sejam, o dolo direto, eventual e o de consequências necessárias, mas somente naqueles casos de dolo específico. Assim, propõe a autora a abolição dessa tripartição[67].

Cumpre ressaltar, porém, que ainda que em suas concepções mais modernas, as teorias cognitivas são suscetíveis a diversas críticas. Identifica-se, primeiramente, que os problemas probatórios do âmbito volitivo que motivaram, em parte, o desenvolvimento dessas construções, são, nas mesmas, transladados para o âmbito cognitivo. Dessa forma, não foi solucionada a questão da dificuldade de aferição do que seria "confiar" em determinado resultado, ou ser para com o mesmo "indiferente". Pelo contrário, após certa "troca de etiquetas"[68], eles são transferidos para o âmbito cognitivo, deixando-o, muitas vezes, sobrecarregado e com elementos também de difícil comprovação[69].

64. PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad., introdução e notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. 79.

65. Ainda que não haja qualquer expressa disposição sobre qualquer critério específico para identificar quais métodos seriam ou não idôneos para causar o resultado, a autora defende que, exceto em casos-limite, existe certa unanimidade com relação a isto, o que não seria, portanto, uma fraqueza de sua concepção (PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad., introdução e notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. 82-84).

66. Optamos por utilizar a palavra "intenção" para traduzir o termo "absicht", utilizado pela autora.

67. PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad., introdução e notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. 140-141.

68. HAVA GARCÍA, Esther. Dolo eventual y culpa consciente: critérios diferenciadores. Anuario de derecho penal: aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal Peruano. Freibourg, n. 8, p. 1-20. 2003. Disponível em:

    [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_08.pdf]. Acesso em: 28.03.2017. p. 6.

69. ROMEO CASABONA, Carlos Maria. Sobre a estrutura monista do dolo: uma visão crítica. *Ciências penais*: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, n. 3, v. 2, p. 7-32, jul.-dez. 2005.

Além disso, conforme diagnostica Carlos Maria Romeo Casabona, o fato de o elemento volitivo ser de difícil comprovação não deve significar que o mesmo é inexistente[70]. Devem, pelo contrário, ser definidos critérios concretos e aptos a sua aferição e prova, mas não abstrair de sua existência. Importante destacar, ainda, as negativas consequências político-criminais de tais entendimentos, uma vez que reduzem excessivamente o âmbito da negligência consciente e elevam o do dolo eventual, cujas penas em abstrato são muito superiores[71].

Pelas razões expostas, devem ser rechaçadas as teorias que reduzem o dolo ao seu elemento cognitivo, até mesmo porque nos parece que qualquer concepção nesse sentido é incompatível de plano com o ordenamento jurídico português, diante da literalidade do artigo 14 do Código Penal.

4. Teoria significativa do dolo

Uma vez que não podemos abstrair das já expostas dificuldades de aferição do elemento volitivo, entendemos que, da mesma forma que elemento cognitivo, ele pode ser objeto de normativização, entendida no sentido de uma valoração normativa de um segmento da realidade, qual seja, a vontade do ser humano, que, através de uma perspectiva psicológica, seria inacessível[72].

É nesse sentido que a chamada *teoria significativa do dolo* pode ser considerada uma das mais modernas e promissoras construções no tema, uma vez que se apresenta como uma concepção inteiramente normativa, seja nos elementos configuradores do dolo, seja em seus fundamentos[73], aqui se diferenciando das teorias ontológicas, que são aquelas que o fazem através de elementos psicológicos[74].

70. Ibidem, p. 18-19.

71. HAVA GARCÍA, Esther. Dolo eventual y culpa consciente: critérios diferenciadores. Anuario de derecho penal: aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal Peruano. Freibourg, n. 8, p. 1-20. 2003. Disponível em: [www.unifr.ch/ddp1/derecho-penal/anuario/an_2003_08.pdf]. Acesso em: 28.03.2017. p. 9.

72. Nesse sentido: DÍAZ PITA, Maria del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-22. p. 16.

73. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. O conceito "significativo" de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 35.

74. BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 62.

Tendo como paradigma filosófico a "filosofia da linguagem[75]" de Ludwig Wittgenstein, ela decorre da reestruturação da teoria do delito proposta por Tomás Salvador Vives Antón[76], e tem como uma de suas premissas a negação da chamada "teoria do acesso privilegiado da mente[77]", e consequentemente, a recusa da ideia de um "saber" interno e inacessível a terceiros, uma vez que esse "saber" do agente seria decorrente de um processo de aprendizagem, treinamento e domínio de uma técnica, sendo, portanto, público e externamente observável[78].

Da mesma maneira, podemos entender que não há um "querer" interno, mas, sim, ele se expressa no próprio agir. Melhor dizendo, ainda que não haja uma ação de "querer" propriamente dita, manifestamos nossa intenção através de ações cotidianas, tais como o andar, comer, falar ou escrever[79]. O próprio pensamento, conforme explica Rodrigo Cabral, é realizado através dessas ações ou, até mesmo, através da mera manipulação de signos linguísticos, ainda que não verbalizados em voz alta[80].

---

75. Para mais detalhes: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

76. Conforme explica Paulo Busato, o autor propõe uma reorganização do sistema de imputação a partir de dois pilares: a ação e a norma. Assim: "Vives exige, para o reconhecimento do "tipo de ação" uma pretensão de relevância no sentido da determinação de que uma ação humana em concreto é uma das que interessam ao Direito Penal. Mas esta pretensão de relevância é verificável mediante o cumprimento de dois pontos: uma pretensão conceitual de relevância, que expressaria a idéia de tipicidade, e uma pretensão de ofensividade, que representaria a idéia de antijuridicidade material. E logo, fecha o injusto com a antijuridicidade formal, que corresponde a uma pretensão de ilicitude que se traduz na verificação da falta de ajuste do comportamento significativo em relação ao ordenamento jurídico. É neste ponto onde Vives situa o dolo e a imprudência, sendo o primeiro identificado segundo um compromisso de atuar por parte do autor. O dolo, para Vives, resulta um dolo neutro, ou seja, é a intenção de realizar o fato antijurídico" (BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 74).

77. Conforme explica Vives Antón, o pensamento derivado de Descartes entendia a mente como uma substância espiritual, de onde derivam os estados mentais, sendo que estes permanecem no âmbito privado de cada ser (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996. p. 147-148).

78. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Reexame do dolo. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 100-101.

79. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 154.

80. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 134.

Inserido no segundo plano do sistema de imputação proposto por Vives Antón, qual seja, o da antijuridicidade formal, o dolo seria, portanto, parte integrante da chamada pretensão de ilicitude, expressando uma ideia de contrariedade do comportamento significativo para com o ordenamento jurídico[81]. Isso decorre do fato de a intenção subjetiva não ser um elemento inerente a todas as ações, mas, sim, permitir um juízo atributivo a um determinado comportamento, que seria valorado como doloso ou negligente[82].

Buscando identificar o elemento comum a todas as espécies de dolo, Vives Antón rechaça as clássicas teorias volitivas, que analisam o elemento volitivo por um viés psicológico, o caracterizando como uma espécie de "querer". Isso porque, segundo o autor, esse "querer" não está presente em todas as modalidades de dolo, como se observa no dolo eventual, por exemplo. Conclui, assim, que o elemento básico da figura dolosa é, de fato, a decisão contrária ao bem jurídico, mas não a entendida através de um viés psicológico, mas, sim, normativo, ou seja, como um compromisso com a lesão de tal bem[83].

Para averiguar se o agente realizou esse compromisso, atribuindo o dolo ao seu comportamento, devem ser analisadas, inicialmente, as normas sociais e jurídicas que caracterizam sua ação como tal[84], em conjunto com as técnicas dominadas pelo primeiro, ou seja, suas competências. Com isso, torna-se possível avaliar se o autor, de fato, "sabia", preenchendo ou não o âmbito cognitivo. Essa bagagem de conhecimentos, porém, não é averiguada através da busca de processos mentais do agente, mas, sim, através de suas manifestações externas[85].

Da mesma forma, o elemento volitivo não é analisado por uma perspectiva psicológica, mas, sim, valorado através da própria atuação do agente, uma vez que é nela que reside o significado de sua intenção. Assim, através dessa valoração, busca-se analisar se o agente decidiu de maneira contrária ao bem jurídico

81. BUSATO, Paulo César. BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 74.

82. BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 75.

83. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996. p. 233-234; 237.

84. Vives Antón exemplifica com a ação de "matar alguém", devendo, no caso, serem analisadas as normas sociais que definem o que é, de fato, uma ação de "matar" (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996. p. 237).

85. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996. p. 237.

ou, mais precisamente, se realizou um compromisso com a sua lesão, atribuindo a seu comportamento significativo, portanto, o caráter doloso[86].

Assim como a supracitada *teoria da decisão contrária ao bem jurídico,* a concepção ora em análise não nos parece, de plano, incompatível com o ordenamento jurídico português. Isso porque, conforme já salientado[87], o elemento comum aos comportamentos dolosos nos parece, de fato, a decisão contrária ao bem jurídico, decisão esta que englobaria uma necessária conformação para com o resultado. Em outras palavras, o agente que se conforma com o resultado desvalioso decide, de fato, contra o bem jurídico, ainda que, no mínimo, com certa passividade em relação ao resultado[88].

Essa parece, inclusive, ser uma solução próxima à defendida por Maria Fernanda Palma, que entende que a ideia da "decisão contrária ao bem jurídico" possui a vantagem de assimilar as vias psicológicas e valorativas, reconhecendo, ainda, a importância da conexão entre a filosofia da ação e da linguagem no tratamento da matéria[89]. Para a autora, é no plano da ação que se revela a vontade do agente, devendo ser considerada o "entendimento da acção legitimada pela linguagem social e por uma lógica reconhecida e comum de atribuição de significado"[90-91].

86. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996. p. 238.

87. *Vide supra*, p. 12.

88. Para José de Faria Costa, o termo "conformação" não poderia ser entendido como uma espécie de aceitação, mas, sim, revela uma atitude de astenia ético-jurídica, de passividade para com o resultado (COSTA, José de Faria. As definições legais de dolo e de negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em direito penal. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 69, 1993. p. 384).

89. PALMA, Maria Fernanda. Dolo eventual e culpa em direito penal. In: AAVV. *Problemas fundamentais de direito penal*: homenagem a Claus Roxin. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002. p. 49-50.

90. Importante destacar, porém, que a autora entende que parte da problemática do dolo eventual e sua diferenciação com a negligência não pode ser resolvida no âmbito do ilícito, mas, sim, de um juízo de culpa. Para ela, é nesse âmbito que deve ser feito um juízo sobre a capacidade efetiva de ponderação do risco do resultado perante o contexto motivacional. Ibidem, p. 61. Esse entendimento não nos parece, de plano, incompatível com as proposições até então defendidas e muito menos desacertadas. Uma análise pormenorizada, porém, dos reflexos do dolo eventual no âmbito da culpa ultrapassa os limites do presente trabalho, razão pela qual, optamos por fazer o recorte temático e tratar apenas do âmbito do ilícito.

91. PALMA, Maria Fernanda. Dolo eventual e culpa em direito penal. In: AAVV. *Problemas fundamentais de direito penal*: homenagem a Claus Roxin. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002. p. 57.

5. Da aplicação da teoria significativa do dolo nos casos de receptação

Conforme exposto no capítulo introdutório, uma vez adotado o entendimento da exclusiva admissibilidade da punição a título de dolo por parte do artigo 231º., 2, do Código Penal português, mostra-se de suma importância a diferenciação concreta entre o dolo eventual e a negligência consciente nos casos práticos abrangidos pelo tipo, uma vez que caso configurada esta última modalidade, o fato seria atípico.

Pelas razões expostas e desenvolvidas no decorrer do trabalho, e com a devida vênia a posicionamentos contrários, ainda que seja difícil alcançar um grau absoluto de segurança jurídica na aplicação e diferenciação prática desses institutos, entendemos que a concepção que melhor alcança estes objetivos é a "teoria significativa do dolo", seja porque não abstrai dos componentes volitivos e pressupõe, de um determinado nível de conhecimento do agente, o dolo, seja porque, por outro lado, não busca em critérios mentais e psicológicos, a sua diferenciação, oferecendo, ainda, a partir de um paradigma filosófico paralelo ao comumente utilizado, critérios valorativos mais seguros e, em nosso entender, acertados de solução dos casos.

Além disso, cumpre ressaltar, mais uma vez, que essa concepção é compatível com o ordenamento jurídico português, uma vez que ambas as construções identificam no dolo o mesmo elemento básico comum, qual seja, a decisão contrária ao bem jurídico, que engloba, atendendo à disposição expressa do legislador português, a atitude de conformação para com o resultado desvalioso.

No que se refere ao objeto específico do presente trabalho, qual seja, analisar a aplicação prática da referida teoria às condutas abrangidas pelo tipo do artigo 231º., 2, do Código Penal português, propõe-se, para melhor contextualização e aplicação dos postulados aqui defendidos, a análise de dois casos concretos:

Caso 1: certo funcionário "X" de uma fábrica de equipamentos eletrônicos procura "Y", que possui conhecimentos técnicos na área, e lhe informa que a fábrica em que trabalha está descartando produtos defeituosos, produtos estes que ele acredita ainda serem passíveis de manutenção e reaproveitamento. Oferece-lhe, assim, uma parceria comercial, na qual o primeiro pegaria esses produtos descartados, mas antes de serem recolhidos pela coleta de lixo, e venderia a "Y", que faria a manutenção e os revenderia a um preço ainda abaixo do valor de mercado. Após aceitar tal proposta, este último passou a realizar a manutenção nos aparelhos e revendê-los pela internet, tendo, inclusive, aberto uma pessoa jurídica para a comercialização dos produtos e uma conta bancária em seu nome, para que pudesse aceitar transferências e pagamentos através de cartão de crédito,

além de distribuir cartões de visita, fazer propagandas através de redes sociais e meios de comunicação, todos eles contendo seu nome verdadeiro e meios de contato. Ocorre que, após denúncia da empresa, averiguou-se que os produtos não haviam sido descartados, mas, sim, furtados por "X" de dentro da empresa, sendo "Y" acusado de receptação.

No caso em tela, para averiguar se a conduta do agente "Y" é dolosa, importante analisar, com base nos elementos externamente observáveis, se o mesmo efetivamente decidiu de maneira contrária ao bem jurídico "patrimônio" da vítima, ou seja, realizou um compromisso com a continuação de seu prejuízo patrimonial. Para tanto, mister averiguar, num primeiro momento, as normas sociais e jurídicas que tornam a sua ação de "adquirir os equipamentos eletrônicos" como ações de "receptação" propriamente ditas e, comparando-as com as capacidades técnicas do agente, averiguar se pode ser considerado no caso que o mesmo efetivamente tinha conhecimento dos fatos.

Importante destacar que o próprio legislador português já elencou, de maneira não taxativa, os critérios aptos a fazer nascer no agente a suspeita do caráter ilícito da coisa, quais sejam, a qualidade dela, a condição de quem oferece ou o montante proposto. Assim, nos casos abrangidos por esse tipo, devem ser analisadas não apenas as características que tornam a coisa suspeita, mas se a bagagem de conhecimentos do autor específico lhe permitiria fazer esse juízo.

No caso em tela, uma vez tendo conhecimentos técnicos específicos na área, o agente tinha, de fato, inegáveis condições de suspeitar da ilícita origem da coisa, não apenas pelo preço e condições nas quais elas lhe foram oferecidas, mas ainda, pelo simples fato de ser muito questionável o descarte, por parte da vítima, de produtos ainda aptos a serem consertados e vendidos.

Importante destacar, porém, que o fato de que os produtos efetivamente vinham com defeitos para seu domínio, fazendo-se necessária, de fato, a manutenção e sendo ela, inclusive, insuficiente em alguns casos, torna muito duvidosa a representação por parte do agente, do caráter ilícito da coisa. Além disso, a forma pela qual "Y" praticou sua conduta, qual seja, revendendo de forma aberta os produtos pela internet, abrindo uma pessoa jurídica em seu nome, assim como uma conta bancária, fazendo constantes anúncios pelas redes sociais e passando seu contato telefônico pessoal para os clientes, levantam ainda mais dúvidas se ele realmente decidiu de maneira contrária ao bem jurídico tutelado pelo tipo, ou se apenas foi descuidado, negligente ao não se assegurar da veracidade da história contada por "X".

É inegável que os elementos externos, no caso em tela, tornam duvidoso qualquer entendimento no sentido atribuir o caráter doloso à conduta do agente, uma vez que muito embora este tivesse condições de suspeitar da origem da coisa, é

questionável se ele efetivamente representou essa possibilidade e muito menos se conformou com o resultado, ou, na concepção aqui defendida, realizou um compromisso com a lesão do bem jurídico, pois, caso assim fosse, teria atuado de maneira a se expor menos na revenda dos produtos, tentando dissimular melhor sua atividade. Há, portanto, no nosso entendimento, negligência na conduta do agente, sendo, portanto, atípica perante o ordenamento jurídico português.

Caso 2: trata-se do caso das "feiras do rolo"[92]. Nessas situações, excetuadas particularidades de cada situação, as condições do local pouco podem ajudar, uma vez que essas feiras ocorrem com certa naturalidade em diversas cidades e contam com uma ampla clientela[93]. Além disso, conforme já exposto, apesar de, de fato, muitos produtos serem objetos de crimes contra o patrimônio, nem todos o são, uma vez que é muito comum a venda de produtos defeituosos, usados, velhos, falsificados ou, simplesmente, sem uso para seu vendedor. Dessa forma, o simples fato de ter sido adquirida em uma "feira do rolo" não deve fundamentar um juízo de dolo na conduta do agente.

Mais importante, portanto, nesses casos específicos, são as características da própria coisa adquirida e as condições do vendedor específico que a oferece. Indícios exteriores que ajudam nessa valoração são: se o produto apresenta algum defeito ou avaria visível que justifique seu diminuto valor ou se, pelo contrário, encontra-se em perfeitas condições de uso; em caso de veículos, se ele está sendo vendido com a devida documentação; em caso de eletrônicos, se ele está sendo ou não, vendido na caixa e se existe é vendido em grandes quantidades ou apenas uma unidade[94-95].

92. São feiras realizadas em grandes cidades brasileiras, com oferta dos mais diversos produtos, entre os quais, alguns deles podem ser provenientes de práticas criminosas.

93. Cumpre ressaltar que muito embora haja tímidos esforços por parte das autoridades públicas no sentido de evitar a realização dessas feiras, em algumas cidades brasileiras, por exemplo, elas transcorrem sem maiores empecilhos, a céu aberto, em ruas movimentadas do centro urbano. Caso seja essa a situação no exemplo supracitado, há que se questionar ainda mais eventual caráter doloso da conduta do agente, uma vez que, dependendo de sua bagagem de conhecimentos, ele pode sequer ter representado do caráter suspeito da coisa, por imaginar a licitude de tais comércios clandestinos.

94. Tal indício é muito importante para levantar a suspeita sobre a possibilidade de o produto ter sido alvo de um "roubo de cargas".

95. A título de exemplificação do funcionamento de tais feiras, *vide*: "Feiras do rolo" vendem até animais e produtos vencidos em São Paulo. G1 São Paulo, 11.07.2016. Disponível em: [http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/07/feiras-do-rolo-vendem-ate-animais-e-produtos-vencidos-em-sao-paulo.html]. Acesso em: 15.05.2017; Nove meses após denúncia, SBT Brasil volta à feira do rolo em São Paulo. SBT Brasil, 25.08.2016. Disponível

Muito importante, ainda, é a bagagem de conhecimentos do agente, que possibilita ou não o juízo de que ele sabia da origem suspeita da coisa. Exemplo disso, no qual, no nosso entendimento, é inegável o caráter doloso da conduta, é o caso fictício de um policial militar que, sabendo se tratar de uma "feira do rolo" e sabendo ter havido um grande roubo de cargas de televisores de determinada marca "X", tendo sido ele, inclusive, a atender à ocorrência, adquire um aparelho dessa mesma marca, em uma feira desse gênero, sendo que o televisor não apresenta qualquer avaria que justifique seu baixo preço, sendo revendido, inclusive, dentro da embalagem original. Outro exemplo é o do vizinho "Y", que sabendo ter sido assaltada a residência de seu vizinho "W", adquire um aparelho de DVD idêntico ao dele, em feira realizada nas proximidades da sua residência.

Pelo exposto, observa-se que na diferenciação entre o dolo e a negligência no que se refere aos comportamentos abrangidos pelo tipo de receptação, exerce fundamental importância a análise, por parte do julgador, das características da coisa objeto do crime, assim como das circunstâncias particulares em que o negócio ocorre, mas não como um método para tentar decifrar elementos psicológicos do agente, que por si só, seriam inacessíveis. Pelo contrário, esses elementos são componentes que permitem a valoração da bagagem de conhecimentos do agente, das técnicas que dominava e das competências que possuía. Com isso em mente, a sua própria conduta deve ser valorada a fim de constatar se o mesmo, através dela, decidiu ou não de maneira contrária ao bem jurídico, ou seja, se realizou um compromisso com a perduração do prejuízo patrimonial da vítima.

6. Conclusões

Conforme restou comprovado no decorrer do trabalho, o tipo subjetivo do crime previsto pelo artigo 231º., 2, do Código Penal português vem sendo bastante discutido pela doutrina após a sua transferência do âmbito contraordenacional para o criminal, em virtude da admissibilidade ou não da punição a título de negligência. Em caso, porém, de resposta negativa a essa questão, apresenta, ainda, outro ponto problemático, qual seja, a da sua diferenciação entre o dolo e a negligência e, consequentemente, relacionado à própria tipicidade da conduta.

Muito embora a discussão doutrinária referente a esses institutos venha se desenvolvendo já há muito tempo, observa-se pelas inúmeras e diferentes propostas que nos encontramos ainda distantes de uma solução definitiva. Prova disso

em: [www.sbt.com.br/jornalismo/sbtbrasil/noticias/80048/Nove-meses-apos-denuncia-SBT-Brasil-volta-a-feira-do-rolo-em-Sao-Paulo.html]. Acesso em: 15.05.2017.

é que sequer no que se refere à existência de um elemento volitivo no dolo e à necessidade dele para sua averiguação, há unanimidade.

Nos termos que foram demonstrados, as teorias exclusivamente cognitivas, ou seja, que prescindem de qualquer elemento volitativo por parte do agente para a configuração do dolo, devem ser rechaçadas de plano, não apenas por suas negativas consequências político-criminais e pela mera transferência de planos do problema probatório, mas também pela simples incompatibilidade delas com o ordenamento jurídico português, diante da literalidade do artigo 14º.

As teorias volitivas "clássicas", por assim dizer, as que buscam analisar o instituto através de um viés psicológico, procurando sempre constatar uma espécie de sentimento do agente perante o eventual resultado lesivo, também fracassam de plano. Conforme exposto, essa atitude emocional do agente perante o resultado, se assim considerada, é inacessível e de impossível averiguação por qualquer avaliador externo, independentemente dos nomes dados a estes sentimentos por parte da doutrina.

Pelo exposto, entendemos que entre as soluções apresentadas pela doutrina, a que nos parece mais promissora é a que busca, antes de tudo, através de uma mudança de paradigma filosófico, normatizar não apenas o âmbito cognitivo do dolo, mas também o volitivo. Este passaria, assim, a ser considerado, não como uma atitude emocional e interna do agente para com o resultado, mas uma valoração sobre a própria sua conduta, uma vez que sua intenção, se assim entendida, só tem significado quando exteriorizada e, consequentemente, externamente observável.

Assim, o dolo deve ser entendido como uma decisão contrária ao bem jurídico, decisão esta, por óbvio, não entendida de maneira psicológica, mas, sim, normativa, como um compromisso com a lesão do bem jurídico, devendo este ser valorado a partir da bagagem de conhecimentos do agente concreto e da consequente atribuição, ou não, do dolo ao seu comportamento significativo.

Tal concepção nos parece não apenas compatível com o ordenamento jurídico português, pelas razões desenvolvidas no decorrer do trabalho, mas também a que oferece as melhores condições de aplicação prática e concreta do previsto no Código Penal, possibilitando uma maior concretude ao termo "conformar-se com".

Exemplo disso foi o demonstrado no grupo de casos selecionado para o presente trabalho, qual seja, o dos crimes previstos pelo artigo 231º., 2, do Código Penal português, uma vez que a posição aqui adotada, ao contrário da doutrina majoritária, não busca averiguar qual era a intenção do agente no momento do negócio, ou muito menos pressupô-la a partir de um determinado conhecimento

por parte do mesmo, mas, sim, oferece critérios seguros e normativos para que o intérprete possa analisar as particularidades do caso, nomeadamente as características e condições da coisa e do negócio em si, e valorar a própria conduta do agente, atribuindo-lhe ou não um dolo de receptação.

Referências

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal*: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3. ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1: Parte geral.

BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAEIRO, Pedro. Comentário ao artigo 231.º do Código Penal. In: DIAS, Jorge de Figueiredo. (Dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*: parte especial: t. II: artigos 202º a 307º. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. reimp. Coimbra: Almedina, 1963. v. 1.

COSTA, José de Faria. As definições legais de dolo e de negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em direito penal. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 69, p. 361-386, 1993.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal*: parte geral (arts. 1º ao 120). 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral: t. I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Ed. RT, 2007.

DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Dolo*: causalismo, finalismo, funcionalismo y la reforma penal em México. 2. ed. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2000.

DÍAZ PITA, Maria del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DÍAZ PITA, Maria del Mar. Los limites del dolo eventual. Tesis doctoral. Universidad de Sevilla, 1993. Disponível em: [http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/747/los-limites-del-dolo-eventual/]. Acesso em: 28.03.2017.

ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. *Derecho penal*: cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias. Trad. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Editorial Colex, 1995.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo: sobre la normativización del dolo. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 65, p. 269-364, 1998.

"Feiras do rolo" vendem até animais e produtos vencidos em São Paulo. G1 São Paulo, 11.07.2016. Disponível em: [http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/07/feiras-do-rolo-vendem-ate-animais-e-produtos-vencidos-em-sao-paulo.html]. Acesso em: 15.05.2017.

FRANK, Reinhard. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*: nebst dem Einführungsgesetze. Leipzig: Mohr Verlag, 1931.

FRISCH, Wolfgang. Desarrollo, lineamientos y preguntas abiertas sobre la teoría de la imputación objetiva del resultado. *Revista de Derecho Penal y Proceso Penal*, Buenos Aires, n. 4, p. 591-602, abr. 2011.

GARCIA, Manuel Miguez; RIO, J. M. Castela. *Código penal* – Parte Geral e Especial: com notas e comentários. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida: dolo eventual, relación parricidio-asesinato. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 43, n. 2, p. 421-441., maio-ago. 1990.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal português*: anotado e comentado: legislação complementar. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

GRECO, Luís. Algumas considerações introdutórias à "Distinção entre dolo e culpa", de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad., introdução e notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, Augusto et. al. *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 43, fasc/mes 3, p. 909-932, 1990.

HAVA GARCÍA, Esther. Dolo eventual y culpa consciente: critérios diferenciadores. Anuario de derecho penal: aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal Peruano. Freibourg, n. 8, p. 1-20. 2003. Disponível em: [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_08.pdf]. Acesso em: 28.03.2017.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I, t. II: Arts. 11 ao 27.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*: fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

KAUFFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 13, fasc/mes 2, p. 185-206, 1960.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. O conceito "significativo" de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Nove meses após denúncia, SBT Brasil volta à feira do rolo em São Paulo. SBT Brasil, 25.08.2016. Disponível em: [www.sbt.com.br/jornalismo/sbtbrasil/noticias/80048/Nove-meses-apos-denuncia-SBT-Brasil-volta-a-feira-do-rolo-em-Sao-Paulo.html]. Acesso em: 15.05.2017.

PALMA, Maria Fernanda. Dolo eventual e culpa em direito penal. In: AAVV. *Problemas fundamentais de direito penal*: homenagem a Claus Roxin. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa.* Trad., introdução e notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. Sobre a estrutura monista do dolo: uma visão crítica. *Ciências Penais*: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, n. 3, v. 2, p. 7-32, jul.-dez. 2005.

ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general, t. I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997.

SANTIAGO, Rodrigo. *O branqueamento de capitais e outros produtos do crime*: contributos para o estudo do art. 23 do Decreto-lei 15/93, de 22 de janeiro e do regime de prevenção da utilização do sistema financeiro no branqueamento (Decreto-lei n. 313/93, de 15 de setembro). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 4, n. 4, p. 497-560, out.-dez. 1994.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC, 2008.

SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch*: kommentar. 28. Auflage. München: C.H. Beck, 2010.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Reexame do dolo. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

WELZEL, Hans. Derecho penal: parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht, allgemeiner Teil*: die Straftat und ihr Aufbau. 29. Neubearb. Alfl. Heidelberg: Müller, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Receptação dolosa - da necessidade de se punir com maior rigor o receptador habitual - da ação anti-social e danosa do receptador que estimula menores penalmente inimputáveis à prática de infrações contra o patrimônio - instrumentos legais à disposição do juiz, de Francisco Fernandes de Araújo – *RT* 644/381-386 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 5/845 (DTR\1989\88); e
- Uma releitura do crime de receptação à luz da reforma penal de 1984, de Cezar Roberto Bitencourt – *Ciências Penais* 0/250-288 (DTR\2004\24).

Prisões cautelares e tráfico de drogas: um estudo a partir de processos judiciais nas varas de tóxicos em Salvador

Pretrial detention and drug trafficking: a study from criminal cases in the "toxic specialized courts" of Salvador

Ana Luisa Leão de Aquino Barreto

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), 2017. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia, 2014. Foi docente por tempo determinado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia em 2017. É professora da Faculdade Ruy Barbosa e da Faculdade Dois de Julho, ambas em Salvador. Advogada.
analuisalabarreto@gmail.com

Recebido em: 30.01.2018
Aprovado em: 15.03.2018
Última versão do(a) autor(a): 06.04.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: Este trabalho busca, a partir do horizonte teórico-metodológico da Criminologia Crítica brasileira, articular o delito de tráfico de drogas e a prisão cautelar como eixos centrais do poder punitivo no capitalismo neoliberal brasileiro, com o objetivo de avançar na interpretação sobre como a prisão cautelar em casos de tráfico de drogas se insere nas dinâmicas de controle social autoritário, racista e classista, a partir do olhar crítico sobre o discurso judicial. Para isso, foi realizada pesquisa empírica tendo como objeto 604 processos criminais com 928 réus, todos os processos que tiveram sentenças proferidas pelas três Varas de Tóxicos existentes na cidade de Salvador/BA no ano de 2015, articulando dados sobre a situação prisional dos réus no curso do processo com o respectivo resultado da persecução penal.

Palavras-chave: Prisões cautelares – Tráfico de drogas – Criminologia crítica – Salvador – Decisões judiciais.

Abstract: This work seeks, from the theoretical-methodological perspective of Brazilian Critical Criminology, to articulate drug trafficking and pretrial detention as central issues of punitive power in Brazilian neoliberal capitalism, with the objective of advancing the interpretation of how the use of the pretrial detention in cases of drug trafficking is embedded in the dynamics of authoritarian, racist and classist social control, from the critical view on judicial discourse. For that, an empirical research was carried out with 604 criminal cases involving 928 defendants, all sentences given by the three "Toxic Specialized Courts", that exist in the city of Salvador-BA in the year 2015, articulating data about the prison situation of the defendants during the proceedings with the respective outcome of the criminal prosecution.

Keywords: Pretrial detention – Drug trafficking – Critical criminology – Salvador – Court decision.

Barreto, Ana Luisa Leão de Aquino. Prisões cautelares e tráfico de drogas: um estudo a partir de processos judiciais nas varas de tóxicos em Salvador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 148. ano 26. p. 209-242. São Paulo: Ed. RT, outubro 2018.

Sumário: 1. Introdução. 2. Duas chaves de leitura: tráfico de drogas e prisões cautelares. 3. Salvador e a questão criminal. 4. Antecipando a pena?. 4.1. Notas sobre a pesquisa empírica. 4.2. Os achados e algumas reflexões. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Este trabalho tem como ponto de partida conceber a política criminal de drogas e o encarceramento cautelar como dois eixos centrais na atual configuração do poder punitivo brasileiro. A partir dessa perspectiva, o problema da pesquisa parte de inquietações sobre como o uso da prisão cautelar em casos de tráfico de drogas se insere nas dinâmicas de controle social autoritário, racista e classista, a partir do olhar crítico sobre a prática judicial, com o objetivo de avançar nas possibilidades de interpretação desse processo. A "guerra às drogas" aparece como o "carro-chefe" da política criminal brasileira, legitimando a punição antecipada através de prisões cautelares, sendo o encarceramento preventivo, por sua vez, a resposta rápida e imediata às demandas punitivas oriundas do pânico moral[1] criado em torno da questão das drogas.

A ideia em si de "guerra" é emblemática, não casual. Uma guerra é sempre contra alguém, e não contra algo; a afirmação alardeada de que estaríamos vivendo uma "guerra contra às drogas" busca esconder os verdadeiros significados desse modelo bélico de lidar com a repressão ao tráfico de drogas. O "traficante-herege" (BATISTA, 2002) mistificado pela mídia hegemônica, parece bem diferente daqueles capturados nas ruas e vielas das cidades brasileiras em "atitude suspeita": são pequenos traficantes não violentos, primários, presos em flagrante sozinhos e desarmados (BOITEUX, 2014, p. 84), que constituem a massa que ocupa as prisões brasileiras. Em geral, jovens, negros e das camadas populares[2].

Pontue-se ainda que este é um trabalho que tem a Criminologia Crítica como base teórica, mas também metodológica: é ela, portanto, que orienta o olhar

1. O conceito de "pânico moral" aparece pela primeira vez no vocabulário criminológico com Stanley Cohen em 1972 na obra *Folk devils and moral panics: the creation of the mods and rockers*. *Mods* e *rockers* eram grupos de jovens que apareceram na Inglaterra na década de 1960, causando incômodo na população interiorana inglesa que passou a demandar a intervenção policial para o controle desses jovens. A mídia passou a escrever sobre o fato, o que gerou mais ansiedade e medo em torno da questão, levando a mais pedidos de intervenção policial, o que, por sua vez, deu mais substrato para a mídia seguir alardeando o problema. Estava criado o que autor denominaria de "pânico moral".
2. De acordo com o Infopen (2016): 55% da população prisional brasileira tem menos de 30 anos, 64% são negros e apenas 9% concluiu o ensino médio.

e ajuda a traçar o caminho a ser seguido[3]. Quando falamos da política de drogas brasileira, portanto, é preciso orientar o olhar para além das funções declaradas e procurar aquelas funções concretas cumpridas por essa política, ainda que não ditas. Desse modo, se, por um lado, em relação a suas funções declaradas não há "fracasso mais estrondoso e reconhecido" (BATISTA, N., 2011, p. 15), por outro, "não há instrumento jurídico que permita mais amplamente a violação de domicílios e da privacidade, a aterrorização de comunidades inteiras e a execução sumária de infratores do que a legislação que exprime aquela política" (BATISTA, N., 2011, p. 15).

O problema de pesquisa foi pensado a partir do diálogo entre a abordagem empírica, "adotada para delimitar objetos específicos de indagação", com "uma perspectiva macrossociológica, adotada para definir um horizonte explicativo e interpretativo" mais amplo (BARATTA, 2011, p. 26-27). Para isso, foram selecionados todos os processos que tiveram sentença publicada no ano de 2015 no *Diário Eletrônico de Justiça* da Bahia, nas três Varas de Tóxicos existentes na cidade de Salvador, resultando em um volume de 604 processos e 928 réus e realizada uma análise quantitativa, que será apresentada adiante.

2. Duas chaves de leitura: tráfico de drogas e prisões cautelares

A ideia da "droga" como um problema social é um fato relativamente recente na história moderna e, conforme observam diversas(os) autoras(es) ao discorrer sobre o assunto, as drogas sempre existiram – possuindo diferentes usos – e nem sempre foram consideradas uma questão problemática (DEL OLMO, 1990; BOITEUX, 2006). Elas teriam se convertido "[...] em 'problema' quando deixaram de ter exclusivamente valor de uso para adquirir valor de troca e converterem-se, assim, em mercadorias sujeitas às leis da oferta e da procura" (DEL OLMO, 2002, p. 65). No mesmo sentido, Foucault (1987) ressalta ainda que:

> Os tráficos de armas, os de álcool nos países de lei seca, ou mais recentemente os de droga mostrariam [...] esse funcionamento da "delinquência útil"; a

3. Nesse sentido, Salo de Carvalho (2016) afirma que: "Se a criminologia etiológica mantém diversas pesquisas voltadas à resposta da indagação '*por que determinadas pessoas usam drogas?*', a crítica perguntará '*por que certas substâncias são consideradas lícitas e outras ilícitas?*'. A mudança na forma de questionamento permitirá à criminologia, ao direito penal e processual penal e às políticas criminais absterem-se do papel meramente descritivo das funções oficiais (declaradas) do sistema penal das drogas para descortinar os efeitos de sua programação no incremento e na manutenção dos processos criminalizadores" (p. 37).

> existência de uma proibição legal cria em torno dela um campo de práticas ilegais, sobre o qual se chega a exercer controle e a tirar um lucro ilícito por meio de elementos ilegais, mas tomados manejáveis por sua organização em delinquência. Este é um instrumento para gerir e explorar ilegalidades (p. 246).

No Brasil, Moreira (2015, p. 8-9) identifica evidências de que a "droga" já era encarada como um problema social desde o século XIX, com algumas tentativas de controle de "substâncias venenosas" ou, ainda, pela proibição de uso do "pito de pango", por exemplo, através de legislações municipais, cumprindo um importante papel de controle das classes populares. É importante reforçar que a criminalização da maconha nesse período está essencialmente ligada ao fato de que seu uso era mais comum entre as classes populares, sendo "associado, desde os primórdios da colonização e do tráfico negreiro, à população de origem africana e indígena, e era voltada para finalidades medicinais, lúdicas, religiosas e de resistência cultural" (MACRAE, 2016, p. 25).

Entretanto, é só no começo do século XX que "algumas substâncias começaram a aparecer como portadoras de potencialidades maléficas constituindo uma questão em si" (MOREIRA, 2015, p. 9), processo que se radicalizará na segunda metade do século XX, quando o traficante de drogas vai ser alçado ao lugar de inimigo interno "número um" dos Estados Unidos e de boa parte do mundo ocidental. É durante o governo Nixon que os EUA explicitamente declaram "guerra às drogas", por meio de um processo de intensificação do proibicionismo a partir da década de 1960, tornando o tráfico de determinadas substâncias objeto principal das políticas criminais de diversos países.

No Brasil, até a década de 1960 vigorou em relação à determinadas drogas o modelo sanitário, paradigma que, de acordo com Nilo Batista (1998), assume essa designação porque "[...] se pode perceber claramente o aproveitamento de saberes e técnicas higienistas, para as quais as barreiras alfandegárias são instrumento estratégico no controle de epidemias, na montagem de tal política criminal" (p. 81). Essa colocação é importante, pois mesmo nesse modelo de caráter "mais" médico, o controle das classes populares é um elemento central. O uso da maconha, por exemplo, no início do século XX, era "mais ou menos restrito a estratos populares nortistas e nordestinos, geralmente formado por negros e mestiços" (MACRAE, 2016, p. 26), razão pela qual Macrae (2016) afirma que a criminalização da erva na Bahia, já nesse período, "além de servir como pretexto para a manutenção do preconceito racial, desenvolveu um discurso salvacionista que fortalecia a discriminação de classe e fornecia pretextos para planos de intervenção disciplinar no modo de vida dos subalternos" (p. 27).

A inflexão do "modelo sanitário" para o "modelo bélico" ocorrerá no Brasil na década de 1960, sendo identificado por Nilo Batista (1998) o ano de 1964 como

um demarcador entre os dois modelos, em razão das condições de implementação do paradigma bélico dado pelo golpe de Estado. O conceito de "inimigo interno" formulado no contexto da doutrina da Segurança Nacional "transbordará para o sistema penal em geral, e sobreviverá à própria guerra fria" (BATISTA, 1998, p. 85). A recepção nos países latino-americanos do modelo bélico significou também transformar a guerra externa promovida nos EUA – contra os imigrantes advindos dos países produtores – em uma guerra interna, instaurando um verdadeiro "modelo genocida de segurança pública" (CARVALHO, 2016, p. 61).

A "guerra às drogas" funcionava, desse modo, de maneira coordenada com os objetivos das ditaduras latino-americanas; no Brasil, por exemplo, a equalização das penas de traficantes e usuários – entre 1968 e 1976 – propiciou uma ampla possibilidade de controle de jovens potencialmente "subversivos" das classes médias e altas, legitimando uma intervenção penal em nome dessa suposta "guerra". Sobre a "guerra às drogas" no contexto das ditaduras latino-americanas, é relevante a seguinte colocação de Zaffaroni (2011):

> A administração norte-americana [...] pressionou para que estas ditaduras declarassem *guerra à droga*, numa primeira versão vinculada estreitamente à segurança nacional: o traficante era um agente que pretendia debilitar a sociedade ocidental, o jovem que fumava maconha era um *subversivo*, guerrilheiros eram confundidos com e identificados a narcotraficantes (a *narcoguerrilha)* etc. À medida que se aproximava a queda do *muro de Berlim*, tornou-se necessário eleger outro inimigo para justificar a alucinação de uma nova guerra e manter níveis repressivos elevados. Para isso, reforçou-se a *guerra contra a droga* (p. 51).

No Brasil, a transição para a democracia em meados da década de 1980 não alterou os paradigmas repressivos em matéria de drogas. Na verdade, ocorreu um movimento inverso, quando a "violência urbana" foi alçada à posição de importante problema social, e a "violência institucional" colocada como a grande resposta a esse problema[4]. Nesse contexto, o "traficante de drogas" viria a ocupar o lugar ideal no imaginário social e, como coloca Salo de Carvalho (2016), nos

4. Em Pastana (2003) temos uma importante reflexão sobre este processo, conforme pode ser ilustrado pelo seguinte trecho: "Mais do que isso, observa-se a utilização político-ideológica da violência surgindo exatamente no momento de reabertura política. Com a anunciada 'escalada da criminalidade' pelo governo e pela imprensa, a segurança nacional deu lugar a segurança pública e o que antes incomodava o cidadão, ou seja, a violência institucional, passou a ser mostrada como a única forma de proteção. O cidadão passou a aceitar um controle mais ostensivo temendo não mais o Estado opressor, mas sim o marginal, o bandido" (p. 45).

"países periféricos" a política criminal de drogas assumiu "o papel significativo de definição dos horizontes de punitividade" (p. 35).

Na década de 1990 o Brasil entra no "cenário internacional do grande encarceramento" (CARVALHO, 2015, p. 9), tendo na Lei de Crimes Hediondos um marco simbólico desse movimento. Nesse cenário, o tráfico de drogas equiparado constitucionalmente aos crimes hediondos, tornou-se a força motriz do *boom* carcerário do período (BOITEUX, 2014). Nesse sentido, temos que, em 1990, a taxa de aprisionamento era de 60 presos por 100 mil habitantes[5], tendo essa variável atingido a marca de 137,1 em 2000, e chegado a impressionantes 352 presos por cem mil habitantes em 2016 (INFOPEN, 2016). Completando dez anos em 2016, a nova Lei de Drogas mudou em definitivo o cenário prisional brasileiro: em 2005[6], o delito de tráfico era responsável por 14% dos tipos penais pelos quais as pessoas encontravam-se encarceradas, incluindo delitos tentados e consumados e pessoas ainda sem condenação. Em 2014, esse delito passou a representar 28% do total de tipos penais, sendo que entre as mulheres esse delito representa 58% dos tipos penais responsáveis pelo encarceramento (INFOPEN Mulher, 2014).

Essa lei representa também aquilo que Nilo Batista (2002) chamou de "dualidade perversa" do capitalismo tardio: "para os consumidores, mil expedientes para evitar a institucionalização; para os consumidores frustrados, encarceramento neutralizante duradouro" (p. 275). Enquanto a pena aumentava para o traficante, desprisionalizava-se o usuário. Assim, por meio de uma legislação marcada por uma multiplicidade de verbos e condutas criminalizáveis, a droga vai se convertendo no "mais imperturbavelmente plástico" eixo (BATISTA, 1998, p. 89), que autoriza uma ampla margem de discricionariedade na atuação de diferentes agentes do sistema penal – da polícia aos juízes –, incrementando a seletividade inerente a esse sistema.

Quando falamos de seletividade é importante destacar que em um País marcado por uma escravidão "mal abolida" a questão racial deve ser colocada como um eixo estruturante para a compreensão de qualquer política criminal e marcadamente da política de drogas. Ao discutir a política repressiva de drogas nos EUA, Michelle Alexander (2012) ressalta que uma suposta política de "guerra"

5. Esse dado foi calculado por mim com base na população prisional da época (90.000, de acordo com o INFOPEN, 2014) e na população total do país naquele ano (150.310.243 pessoas, de acordo com o IBGE).

6. Usa-se o ano de 2005 pois este, além de ser o ano exatamente anterior à promulgação da "nova" lei de drogas, é o primeiro ano em que o Ministério da Justiça passou a divulgar dados mais completos sobre o sistema penal.

às drogas tem sido usada como ferramenta de manutenção de controle social, que tem no homem negro seu foco principal. O "grande encarceramento"[7] – resultante dessa suposta "guerra" às drogas – retroalimentaria o racismo estrutural, ao permitir a continuação de um estado de negação (*denial*) desse mesmo racismo: não haveria uma guerra contra os negros, diriam os defensores das políticas repressivas, mas uma guerra contra o crime.

Além disso, essa política também cumpre o papel de retroalimentar o racismo, ao assegurar que a maioria dos condenados não vai conseguir acessar o *mainstream* social, permitindo uma forma de discriminação perfeitamente "legal". Conforme colocado pela autora "uma vez varrido para dentro do sistema" a chance de sair dele é mínima, ou até mesmo inexistente (ALEXANDER, 2012, p. 16-17). O estereótipo criado em torno da figura do "traficante de drogas", de ente acima de tudo perigoso, tem, assim, uma importante razão de ser, sendo útil às instâncias de controle que se valem dessa suposta periculosidade inerente para legitimar uma atuação de controle altamente seletiva e racializada. O peso dos estereótipos é central no processo de criminalização secundária operado pelas agências de controle na seleção daqueles que, concretamente, cairão no filtro do sistema penal (ZAFFARONI, BATISTA et al, 2011). Desse modo, embora representados pela mídia como a personificação do "mal", são os "pequenos traficantes não violentos, primários, presos em flagrante sozinhos e desarmados" (BOITEUX, 2014, p. 84) que lotam as prisões brasileiras. São, em sua maioria, "jovens-homens-negros" (REIS, 2005), que ocupam as posições das franjas do tráfico, os que massivamente lotam as prisões.

Parece ser relevante destacar que boa parte dos processos criminais que tem como objeto o art. 33 da Lei 11.343/2006 começam com uma "atitude suspeita". Ou assim relatam os policiais que não precisam aprofundar no assunto[8]; em uma determinada rua – em geral em um bairro popular –, um indivíduo – que podia estar andando, correndo, parado ou sentado – é apontado como estando em "atitude suspeita", o que indubitavelmente levará os policiais a revistá-lo, encontrando então uma determinada – e na maior parte dos casos pequena – quantidade de drogas.

7. Preferimos aqui o termo "grande encarceramento", usado por Wacquant (2007) e Vera Malaguti Batista (2011), do que aquele utilizado por Alexander (2012) de "encarceramento em massa". Nesse sentido, concordamos com Wacquant, que o termo "em massa" pode não deixar claro a extrema seletividade do sistema penal, que não atua de forma massificada, mas escolhe seus alvos.

8. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/09/1816049-definicao-vaga-de-lei-brasileira-da-margem-a-abusos-em-revistas-policiais.shtml].

Não é difícil imaginar o quanto dessa "atitude suspeita" está carregada de marcadores de classe e cor; tampouco é difícil não pensar na "estratégia de suspeição generalizada", que Sidney Chalhoub (2011) destaca como a maneira utilizada para o controle da população negra, que, no fim do século XIX, havia pouco tempo sido liberta da escravidão. Vera Malaguti Batista (2003), ao estudar processos relativos a adolescentes apreendidos pela suposta prática da conduta de tráfico de drogas entre 1968 e 1988 no Rio de Janeiro, conclui que: "analisando a fala dos policiais o que se vê é que 'atitude suspeita' não se relaciona a nenhum ato suspeito, não é atributo de 'fazer algo suspeito' mas sim de ser, pertencer a um determinado grupo social; é isso que desperta suspeitas automáticas" (p. 103).

No caso dos delitos de tráfico de drogas, que incluem condutas tão díspares como "importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente" (art. 33 da Lei 11.343/2006), o filtro da seletividade parece ter campo de atuação ainda mais amplo e arbitrário do que em outros tipos penais.

A criminalização contemporânea do tráfico de drogas encarna, assim, em diversos aspectos, o direito penal autoritário de que fala Zaffaroni (2009). Isso se dá seja pelo fenômeno da "multiplicação dos verbos", resultando em que "o caráter mágico e fetichista da nossa política criminal de drogas vai demonizando tudo à sua volta" (BATISTA, 2016, p. 17), seja pelo "cancelamento da exigência de lesividade" por intermédio dos tipos de "perigo sem perigo" (ZAFFARONI, 2011, p. 14), seja, ainda, por se tratar essencialmente de uma lei penal em branco, que delega à ANVISA o poder de determinar quais são as substâncias ilícitas ou não, que serão passíveis de criminalização pela Lei 11.343/2006, incidindo com isso em "tipos confusos e vagos e [n]a delegação de função legislativa penal" (ZAFFARONI, 2011, p. 15).

Essas características, portanto, permitem que a criminalização secundária – operada primeiro pela Polícia e depois pelo Judiciário –, ocorra de modo ainda mais arbitrário e autoritário que para os demais tipos penais: a "atitude suspeita" parece ser um importante ilustrativo de um longo caminho – que segue do flagrante ao processo criminal e, por fim, a uma sentença – enquadrado nessa lógica. Quando "trazer consigo" é uma conduta por si só criminalizável, parece importante compreender quem está – ou não – acima de qualquer suspeita.

É interessante trazer o que colocam Zaffaroni, Batista et al (2011) sobre o poder das agências do sistema penal: muito mais do que um controle negativo ou repressivo, essas agências exercem verdadeiro "poder configurador positivo da

vida social" (p. 52), poder este que é o verdadeiro instrumento de controle social disposto por tais agências[9].

Na grande maioria dos casos, esses jovens são apenas figuras "certas" – porque encaixáveis no estereótipo – andando em lugares errados (ou seriam também certos?). A "guerra às drogas", mais do que uma guerra contra a produção e o consumo das substâncias ditas "ilícitas", parece ser um instrumento de controle das "classes perigosas". Nesse ponto é possível destacar as prisões cautelares como outro instrumento central nesse processo de controle social. Pois, se o traficante de drogas é o "grande mal" da contemporaneidade brasileira, o direito penal e processual penal tornam-se verdadeiros obstáculos para a garantia da punição "adequada". Zaffaroni (2011) argumenta que isso leva à construção da ideia de que para um "ente perigoso ou daninho" não é necessário que a privação de um direito como a liberdade seja realizada como resultado de uma pena, após o devido processo legal com o respeito de garantias. O central é a mera contenção do indivíduo, sendo irrelevante saber por que nome – se pena ou qualquer outra coisa – isso foi feito.

Conforme discute o autor argentino, o sistema penal latino-americano caracteriza-se por um elevado número de presos cautelares – que muitas vezes estão em maior número que os presos condenados – atuando de uma maneira que poderia ser vista como "invertida", mas que na realidade há muito tempo – ou seria desde sempre? – opera a partir de medidas de contenção provisórias "apenas por presunção de periculosidade" (ZAFFARONI, 2011, p. 70). Nesse sentido, o autor afirma que:

> De toda a forma, é configurado um *sistema penal cautelar* diferente do *sistema penal de condenação*, no qual operam como pautas a *seriedade da suspeita* de

9. Nesse sentido afirmam que: "a detenção arbitrária de suspeitos, a identificação de qualquer pessoa que lhes chame a atenção, a detenção por supostas contravenções, o registro das pessoas identificadas e detidas, a vigilância sobre locais de reunião e de espetáculos, de espaços abertos, o registro da informação recolhida durante a tarefa de vigilância, o controle alfandegário, o fiscal, o migratório, o veicular, a expedição de documentação pessoal, a investigação da vida privada das pessoas, os dados pessoais recolhidos no decorrer de investigações distintas, a informação sobre contas bancárias, patrimônio, conversas privadas, comunicações telefônicas, telegráficas, postais, eletrônicas etc. – tudo sob o argumento de prevenir e vigiar para a segurança ou investigação com vistas à criminalização –, constituindo um conjunto de atribuições que podem ser exercidas de um modo tão arbitrário quanto desregrado e que proporcionam um poder muitíssimo maior e enormemente mais significativo que o da reduzida criminalização secundária" (p. 52).

> cometimento de um delito (o direito penal entra apenas como critério para a qualificação cautelar) e considerações de periculosidade e dano, provenientes do positivismo do século XIX, ou seja, da individualização ôntica do *inimigo* (p. 110).

Embora prevista em diversos outros sistemas penais – inclusive nos países do centro – a medida cautelar de "prisão" se tornou regra, e não exceção, na América Latina, levando Zaffaroni (2011) a afirmar a existência de um "sistema penal cautelar latino-americano". A questão que parece emergir dessa inferição é a seguinte: em um espaço que se constituiu a partir de uma lógica de "instituição de sequestro" (ZAFFARONI, 2001) em que, portanto, há uma "maioria" de "desviantes" constituída por um extenso grupo de pessoas, que passaram por boa parte da história brasileira destituídas de suas condições de "pessoas", é certo que o sistema penal precisará de um modelo adequado para lidar com essa questão.

A estrita medida da necessidade utilizada para legitimar essa "pura contenção" não conhece nem lei nem limites; "o *grau de periculosidade* do *inimigo* – e, portanto, da necessidade de contenção – dependerá sempre do juízo subjetivo do individualizador, que não é outro senão o de quem exerce o poder" (ZAFFARONI, 2011, p. 25). Nesse sentido, não surpreende a afirmação de Zaffaroni (2011) de que a "característica mais destacada do poder punitivo latino-americano atual em relação ao aprisionamento é que a grande maioria [...] dos presos está submetida a medidas de contenção, porque são *processados não condenados*" (p. 70).

As prisões cautelares sintetizam, dessa maneira, uma espécie de "urgência" punitiva, que parece caracterizar a dinâmica da punição hoje, ao mostrar ao mundo o "cumprimento" imediato da "lei". Nesse sentido, é relevante conjugar esse fenômeno com outro importante fenômeno da modernidade: a mídia. Nilo Batista (2002) – a partir de Zaffaroni – propõe pensar a mídia como uma das agências executivas do sistema penal. O autor constrói ainda uma importante relação entre a mídia e a flexibilização do devido processo legal ao sinalizar o:

> [...] incômodo gerado pelos procedimentos legais que intervêm para a atestação judicial de que o delito efetivamente ocorreu e de que o infrator deve ser responsabilizado penalmente por seu cometimento. Tensões graves se instauram entre o delito-notícia, que reclama imperativamente a pena-notícia, diante do devido processo legal (apresentado como um estorvo), da plenitude de defesa (o *locus* da malícia e da indiferença), da presunção da inocência (imagine-se num flagrante gravado pela câmera!) e outras garantias do Estado democrático de direito, que só liberarão as mãos do verdugo quando o delito-processo alcançar o nível do delito-sentença (= pena-notícia). Muitas vezes essas tensões são resolvidas por alguns operadores [...] mediante

> flexibilização e cortes nas garantias que distanciam o delito-notícia da pena-notícia. No processo de minimização do Poder Judiciário, o neoliberalismo se vale de instrumento análogo aos empregados na sua obra econômico-social (p. 273-274).

Por outro lado, a mídia também tem um papel central na construção e divulgação da imagem do traficante como o portador e causador de todos os males contemporâneos. Nesse sentido, Zaccone (2004) afirma que:

> O "traficante" é sempre um ser perigoso e seu encarceramento se justifica para além da realização do direito, como uma verdadeira necessidade, diante de sua natureza de "fera". O discurso do medo ganha retoques inquisitoriais com a "demonização" do traficante, fato esse que encontra na mídia a força do verdadeiro "empresário moral" (p. 191).

Desse modo, a compreensão desses dois eixos – pensados de maneira interligada – parece central para ampliar as possibilidades de compreensão do fenômeno de recrudescimento do poder punitivo no Brasil contemporâneo. Para isso, foi realizada a pesquisa empírica na cidade de Salvador, articulando um objeto delimitado a um horizonte explicativo e interpretativo mais amplo, oferecido pela criminologia crítica.

3. Salvador e a questão criminal

O espaço escolhido para a realização da pesquisa empírica foi a cidade de Salvador. As possibilidades de pesquisa empírica na região Norte-Nordeste do País sobre a questão criminal ainda estão longe do esgotamento pelo enfoque preferencial dado ao eixo Rio-São Paulo na tradição de pesquisa acadêmica nesse campo. Além disso, Salvador passa por dois importantes processos relacionados entre si e ao tema aqui abordado: por um lado, uma intensa política higienista sob o falso pretexto de uma "revitalização" da cidade e, de outro, um importante processo de recrudescimento penal. Nesse contexto, a política repressiva em relação às drogas aparece como um dos elementos centrais desse processo.

Cidade de absoluta maioria de população negra (os pretos e pardos somados totalizam cerca de 80% da população)[10], Salvador constituiu-se como um importante palco de conflitos e rebeliões ao longo da sua história, tendo como

10. É comumente referida como a maior cidade negra fora da África. Disponível em: [http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-03/os-467-anos-de-salvador-cidade-mais-negra-fora-da-africa].

protagonista as classes populares negras. O "medo branco" da "onda negra", ainda mais reforçada após a revolta do Haiti (1791-1804) e da Revolta dos Malês (1835), não diminuiu com o fim da escravidão. O historiador João Reis (1988) adverte que nos primeiros estudos sobre a "questão negra", na Bahia, em fins do século XIX as "revoltas de muitas décadas atrás eram como metáforas de um perigo ainda fora de controle" (p. 89).

A economia baseada na produção da cana-de-açúcar deu as bases de sustentação para elementos que se refletem até hoje: os grandes latifúndios monocultores, dependentes quase exclusivamente de uma mão de obra escravizada – o que no Brasil Colônia queria dizer mão de obra negra – e orientados por um poder – punitivo, inclusive – precipuamente privado. A escravidão no Brasil – e especialmente na Bahia, que recebeu boa parte das pessoas escravizadas vindas da África – é central para compreender o longo processo de desumanização que ainda hoje parece se associar – ainda que de forma mais furtiva – às negras e aos negros brasileiros.

A entrada na "modernidade" na Bahia, ocorrida no regime ditatorial, integrou-se à lógica de "modernização conservadora" que marca o período. Conforme pontua Nelson de Oliveira (2000), "tudo aconteceu sem que uma viga sequer do antigo sistema latifundiário tenha sido afetada ou atingida por qualquer reformulação mais significativa" (p. 14), o que conduz à conclusão de que os processos de integração da Bahia a um capitalismo mais "contemporâneo" só serviram para perpetuar relações de dominação, acentuar as desigualdades e os processos de concentração de renda e aprofundar as diferenças entre brancos e negros. Conforme coloca Luiza Bairros (1988): "A manutenção da divisão racial do trabalho é, a cada momento, garantida pela criação e recriação de lugares subordinados dentro da estrutura produtiva, essenciais ao processo de exploração, no qual se baseia a sociedade de classes" (p. 302).

Por boa parte dos primeiros anos do novo regime democrático no País, o Estado foi governado por um mesmo grupo político (entre 1991 e 2006), movimento que ficou conhecido como "carlismo", em razão da influência direta de Antônio Carlos Magalhães[11]. Esse período é marcado por importantes rearranjos espaciais na cidade, com a consolidação de um novo centro financeiro e crescimento das regiões populares conhecidas como "Miolo" e "Subúrbio Ferroviário". Essas mudanças tiveram um forte impacto para a população habitante do Centro Antigo, por exemplo, que viu boa parte dos empregos – formais e informais – desparecer (REIS, 2005). Esse momento político também é marcado por um modelo

11. Figura que ficou conhecido em todo o País por suas práticas truculentas e coronelistas.

de segurança pública que "assumiu uma performance considerada muito violenta pelos especialistas da área de segurança" (REIS, 2005, p. 102). Vilma Reis (2005) afirma, ainda, que essas políticas se caracterizaram por uma dualidade, pois, se por um lado, perpetuam práticas conservadoras de controle social, por outro adotam práticas de políticas de segurança pública – de caráter também autoritário – já em curso nos países do centro.

Desde 2007, entretanto, o Estado é governado pelo Partido dos Trabalhadores, que ganhou de maneira surpreendente o governo no primeiro turno das eleições[12], sendo essa vitória sentida por diversos grupos de esquerda como uma derrota nas forças coronelistas que tradicionalmente detinham o poder. Entretanto, o PT baiano não promoveu rupturas importantes em relação às suas políticas criminais, pelo contrário, os últimos anos não viram esmorecer a truculência dos agentes do Estado.

Embora a Bahia não apresente, em definitivo, as piores taxas de encarceramento – com uma taxa de 100 presos por 100 mil habitantes é o Estado com a taxa mais baixa de encarceramento –, possui, entretanto, a quinta maior proporção de encarceramento cautelar: 58,2% dos presos baianos, situação que coloca o Estado atrás apenas de Maranhão (58,6%), Amazonas (64,4%), Ceará (65,8%) e Sergipe (65,1%) (INFOPEN, 2016, p. 8). Isso significa que apenas 36% dos presos baianos são presos efetivamente condenados, ou seja, o sistema "invertido" de que fala Zaffaroni (2011), não poderia estar mais evidente.

A polícia baiana é também a terceira que mais mata em números absolutos – atrás apenas de Rio de Janeiro e São Paulo – e a sétima em números relativos (ficando atrás de Rio de Janeiro, Alagoas, Rio Grande do Norte, Pará, Paraná e Goiás). O alto número relativo de mortos pela polícia – dois por 100 mil habitantes – a coloca bem acima da média nacional – de 1,6 mortes por 100 mil – de acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2016, p. 25).

Em uma cidade de maioria negra, as demandas por ordem têm na questão racial um eixo central[13]. Vilma Reis (2005) aponta que a instituição policial na Bahia surge em 1825, com o intuito de conter e destruir rebeliões escravas e quilombos.

12. Disponível em: [http://eleicoes.uol.com.br/2006/estados/bahia/ultnot/2006/10/01/ult3752u69.jhtm]; [http://eleicoes.uol.com.br/2006/estados/bahia/ultnot/2006/10/01/ult27u58102.jhtm]; [http://csbh.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/editora/teoria-e-debate/edicoes-anteriores/bahia-cronica-de-uma-vitoria-nao-anunciada].

13. "À tradição baiana na criminalização negra, percebo que de Nina Rodrigues, no final do século 19, ao Carlismo dos anos 1990-2000, é recorrente a criminalização dos negros, o que fortalece a histórica política de suspeição policial baseada no perfil racial" (REIS, 2005, p. 17).

Além disso, a autora afirma que a atuação da polícia baiana é marcada, ainda hoje, por três eixos: um *racismo institucional*, que tem como consequência uma atuação baseada em um *filtro racial*, ignorado pelos poderes públicos em razão de uma *cegueira racial*[14]. As "classes perigosas" têm no Brasil – e especialmente na Bahia – uma cor bem definida.

Em 2011, a Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia lançou a cartilha "Tatuagens: desvendando segredos". O objetivo desse trabalho – que teria envolvido oito anos de "pesquisa" – seria o de dar mais elementos *incriminantes* aos policiais em sua atividade cotidiana, trazendo diversas fotos de tatuagens e o suposto crime ao qual ela corresponderia. De acordo com Capitão Alden, idealizador da cartilha, ela "é apenas mais uma ferramenta que poderá dar, ao policial, elementos inicialmente, subjetivos. É uma cartilha de orientação. A partir dela, o policial tem que buscar mais informações na rede Infoseg e buscar as fichas criminais"[15].

Já no endereço eletrônico da Secretaria de Segurança Pública da Bahia, também um outro elemento chama atenção: o "Baralho do crime", uma ferramenta "lúdica" criada pela SSP/BA em 2011, em que cada carta de um baralho comum possui a foto dos supostos – ou nem tão supostos assim – criminosos mais "perigosos" do Estado[16]. O objetivo é fazer com que a população memorize as fotos dos "criminosos", para denunciá-los. E se isso tudo não fosse o bastante, o referido portal ainda anuncia de forma orgulhosa: desde 2011, quando foi implementado o programa, denúncias da população contribuíram para "tirar de circulação" – incluindo presos e mortos – 82 "criminosos"[17].

---

14. Michelle Alexander (2012), ao falar da realidade norte-americana, afirma que se vive uma era de *color blindness* que permite esconder, por exemplo, a alta seletividade racial do sistema penal. Essa "cegueira racial" também é trabalhada por Bairros (1988) a partir do mito da democracia racial que "impede que percebamos as atitudes discriminatórias no recrutamento e seleção de pessoal" (p. 319), ao tratar das diferenças raciais percebíveis na força de trabalho da Bahia.
15. Disponível em: [www.bahianoticias.com.br/noticia/147232-cartilha-da-pm-ba-que-associa-tatuagens-a-crimes-e-apresentada-a-guarda-municipal-de-salvador.html]. Acesso em: 07.06.2014.
16. O baralho possui fotos de pessoas condenadas, mas também de réus em processos criminais e pessoas que sequer foram denunciadas pelo Ministério Público. Fonte: Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia. Disponível em: [www.pactopelavida.ba.gov.br/servicos/mais-procurados/]. Acesso em: 25.06.2014.
17. Fonte: Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia. Disponível em: [www.ssp.ba.gov.br/2016/12/1647/Baralho-do-Crime-ja-tirou-de-circulacao-82-bandidos-.html]. Acesso em: 25.01.2017.

A evolução do orçamento do Estado da Bahia de 2014 para 2015 deixa entrever as prioridades governamentais: enquanto a educação teve um aumento de 1,7%, e a saúde, de 6,1%, a área de segurança pública viu seu orçamento subir 16%[18]. Em 2016, uma notícia anuncia que a maior parte do orçamento do Estado iria para área social (63%); esta, entretanto inclui, além de educação, saúde e previdência social, segurança pública[19].

A "guerra às drogas" aparece nesse contexto, tal como no resto do País, como um importante instrumento de legitimação da atuação violenta da polícia. Em junho de 2006, do total de crimes praticados pelos quais as pessoas encontravam-se presas na Bahia, 15% correspondiam ao crime de tráfico de drogas; já em junho de 2014, o crime de tráfico correspondia a 32% do total[20], número superior ao da média nacional (27%).

O governo baiano veiculou em 2010 diversas mensagens publicitárias em *outdoors* que afirmavam que "80% das mortes [sem especificá-las] estariam relacionadas com o crack. As fotos mostravam pés com etiquetas claramente relacionada à morte violenta e ao Instituto Médico-Legal, ou então uma mãe lamentado a morte do seu filho(a) pelo crack"[21]. A mensagem não podia ser mais clara como a veiculada em outra peça publicitária veiculada na mesma época, na Bahia "Crack é cadeia ou caixão"[22].

4. Antecipando a pena?

4.1. Notas sobre a pesquisa empírica

Uma vez delineados os eixos centrais, bem como o local estudado, apresentaremos agora a análise realizada com base nos dados coletados ao longo da

18. Disponível em: [www.aratuonline.com.br/blogdepabloreis/2015/01/24/maiores-orcamentos-da-bahia-educacao-e-saude-seguranca-foi-a-mais-beneficiada-inchaco-da-maquina-continua/].
19. Disponível em: [www.secom.ba.gov.br/2015/09/128291/Proposta-orcamentaria-da-Bahia-para-2016-preve-aumento-de-65.html].
20. Disponívelem: [http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7B42EF698F-6383-4685-B544-EFFBB8766A98%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D]. Acesso em: 10.07.2015.
21. Disponível em: [https://conversandocomnery.wordpress.com/2010/09/14/crack-e-cadeia-ou-caixao-%E2%80%93-uma-proposicao-indecente/].
22. Fonte: [www.bahianoticias.com.br/2011/imprime.php?tabela=principal_noticias&cod=107 328].

pesquisa, de modo a interligar esse "horizonte interpretativo" mais amplo, que se tentou construir ao longo destas páginas, com um objeto empírico, buscando ampliar as possibilidades de análise. O objeto empírico estudado são os processos concluídos em primeira instância no ano de 2015, nas três Varas de Tóxicos da capital baiana, em especial as sentenças e decisões interlocutórias relativas à prisão/liberdade aí proferidas.

As Varas de Tóxico são Varas Criminais especializadas no julgamento das condutas referentes ao art. 33 da Lei 11.343/2006, tráfico de drogas. Elas aparecem já na Lei de Organização Judiciário baiana de 1979, em que consta que entre as varas criminais deverá constar uma vara "privativa dos feitos relativos a Tóxicos"[23]. Embora não tenhamos conseguido encontrar informações sobre quando essa vara foi de fato implementada, o certo é que não é por acaso que a primeira menção a ela apareça nos fins da década de 1970. Conforme discutido na primeira parte deste trabalho, esse período é marcado, no Brasil, por alçar o tráfico de drogas à posição de um dos grandes problemas nacionais. Também, destaque-se que a Lei de Drogas de 1976 (6.368/76) estabelece que "os Tribunais de Justiça deverão, sempre que necessário e possível [...] instituir juízos especializados para o processo e julgamento dos crimes definidos nesta Lei".

A Lei de 1979 foi revogada pela Lei de Organização Judiciária de 2007, que prevê a existência de cinco Varas de Tóxicos entre as varas criminais baianas. No ano da promulgação da referida lei já havia a existência de duas varas especializadas em tóxicos no Estado, e em 2014 foi implementada a 3ª Vara de Tóxicos de Salvador[24]. Um breve levantamento entre as capitais dos 26 Estados brasileiros e do Distrito Federal apontou que pelo menos 12 delas possuem varas especializadas no julgamento dos delitos da Lei 11.343/2006, sendo elas Rio Branco, Manaus, Boa Vista, Porto Velho, São Luís, João Pessoa, Recife, Maceió, Salvador, Cuiabá, Belo Horizonte e Distrito Federal.

No caso de Salvador, a existência das varas especializadas propiciou um privilegiado campo de pesquisa, já que não foi preciso realizar uma triagem dos delitos ali julgados, uma vez que as três varas de tóxicos do Estado julgam apenas aquelas condutas tipificadas na Lei 11.343/2006[25]. A opção por analisar proces-

23. A Lei de Organização Judiciária de 1966 não faz referência a existência de uma vara privativa de tóxicos.

24. Disponível em: [www.bahiatodahora.com.br/noticias/criacao-de-vara-especializada-em-presos-envolvidos-com-toxicos-visa-acelerar-processos-em-salvador].

25. Exceto as condutas tipificadas no art. 28 que se referem ao porte para consumo pessoal que são julgadas nos Juizados Especiais Criminais.

sos nas três varas possibilitou ter acesso a diferentes juízes, de modo a poder tentar construir um panorama mais institucional e menos vinculado à determinada atuação do juiz X ou Y.

Destaca-se que as 604 sentenças analisadas foram proferidas por 14 juízes diferentes. Para evitar estigmatizações, eles serão chamados de juiz(a) A, B etc., quando houver necessidade de nominá-los. Apenas para demonstrar que a amostra é de fato representativa, é relevante apontar que: o(a) juiz(a) A proferiu 34 sentenças; o(a) juiz(a) B, duas sentenças; o(a) juiz(a) C, nove sentenças; o(a) juiz(a) D, 108 sentenças; o(a) juiz(a) E, 114 sentenças; o(a) juiz(a) F, 67 sentenças; o(a) juiz(a) G, três sentenças; o(a) juiz(a) H, 23; o(a) juiz(a) I, 99; o(a) juiz(a) J, 34; o(a) juiz(a) K, uma; o(a) juiz(a) L, 36 sentenças; o(a) juiz(a) M, 17 sentenças; e o(a) juiz(a) N, 57 sentenças.

Pontua-se, ainda, que não interessa aos propósitos deste trabalho demonizar determinados juízes e/ou criticar posturas individuais, mas fazer um panorama das posições e discursos do Judiciário perante determinada questão, razão pela qual não houve preocupação em apontar quantas condenações proferiu o(a) juiz(a) A ou quantas pessoas responderam ao processo presas em processos julgados pelo(a) juiz(a) G, por exemplo. Destaca-se, ainda, que entre os(as) juízes(as) havia seis homens e oito mulheres.

Foi feita a opção por processos findos, pois se entendeu que seria importante verificar não só se os réus respondiam ao processo criminal presos – como demonstram a maior parte das pesquisas nesse sentido e as estatísticas oficiais –, mas também – e isso é muito relevante – o que ocorreria após a sentença. Seriam eles de fatos condenados, e, em caso positivo, essa condenação implicaria em uma pena de prisão? Uma observação superficial e sem qualquer preocupação de rigor científico, durante uma experiência de estágio em uma dessas varas no período de graduação, levava-nos a crer que um número relevante desses réus não ficaria preso após a sentença. Não só pela possibilidade de absolvição, mas, mesmo em caso de condenação, pela possibilidade de fixação do regime aberto, pela conversão da pena de prisão em pena restritiva de direitos, ou ainda por já terem cumprido a totalidade da pena presos.

Zaffaroni (2011) observa que essa é uma questão que parece caracterizar boa parte dos processos criminais na América Latina, sugerindo que grande número dos presos cautelares será absolvido ou liberado por ausência de provas – o que no Brasil, em razão do inciso VII do art. 386 do Código de Processo Penal, implica a mesma coisa – ou já terá cumprido a totalidade da pena preso provisoriamente. Desse jeito, os processos já sentenciados poderiam dar mais elementos para compreender as funções ocultas – para além das declaradas – cumpridas pelas prisões cautelares.

O trabalho de coleta de dados começou com a leitura do *Diário Eletrônico de Justiça* da Bahia[26] – de livre acesso ao público –, pela internet, em que estão disponíveis todas as edições desse Diário desde 11 de maio de 2009[27]. Optou-se por selecionar todas as sentenças – pois, como já explicado, nos interessavam os processos conclusos – proferidas pelas três varas especializadas em tóxicos de Salvador no ano de 2015. O ano foi escolhido para que a análise fosse a mais atualizada possível[28]. "Sentença" é aquela decisão que põe fim ao processo, podendo ter caráter condenatório, absolutório (próprio ou impróprio) ou declaratório (de extinção de punibilidade) (LOPES JR., 2013). Foram coletadas, então, todas as decisões que encerraram o processo para pelo menos um dos réus, mesmo que, em caso da existência de corréus, tenham determinado a continuidade do feito para os demais.

Tendo iniciado a coleta de dados tomando por base as sentenças publicadas no *Diário Eletrônico de Justiça* da Bahia de 2015, buscou-se complementar essa coleta inicial, por meio da "consulta processual" do sítio eletrônico do Tribunal da Justiça da Bahia, acessando a "movimentação processual" desses processos (também de livre acesso ao público)[29]. Isso permitiu, por exemplo, descartar alguns processos cuja sentença já havia sido anteriormente publicada, mas por erro teve sua publicação repetida[30]. Foram descartados também os processos em que os réus foram denunciados nos Juizados Especiais pelo delito do art. 28 – porte para uso pessoal –, mas que, em razão de necessidade de citação por edital, por exemplo, seus processos foram deslocados do procedimento sumaríssimo. Também foram descartadas as sentenças que extinguiram a pretensão executó-

26. Disponível em: [www.tjba.jus.br/diario/internet/pesquisar.wsp#].

27. Os diários antes dessa data não eram disponibilizados por meio eletrônico pelo que pude constatar, já tendo parte deles – a partir de 2007 – sido digitalizada. O acesso é possível por meio de outra base de dados.

28. Visto que este trabalho foi iniciado em 2016 e interessava para efeitos de análise o acesso a um período anual completo, de modo a evitar eventuais discrepâncias que podem ocorrer com algum eventual "aperto" do CNJ – em um determinado mês –, por exemplo, para o cumprimento de determinadas metas.

29. Em alguns (poucos) casos, foi necessário também procurar no sistema de busca Google, usando como palavra-chave os nomes dos réus, de modo a, por meio de *sites* de busca jurídica como o Jusbrasil, encontrar informações como o Auto de Prisão em Flagrante ou processos de Liberdade Provisória etc.

30. Isso foi feito para que, por exemplo, uma pesquisa que estude as sentenças publicadas em 2014, por exemplo, não use um mesmo processo que utilizei como publicado em 2015, afinal já publicado anteriormente.

ria de processos já sentenciados. Foram, em síntese, selecionados 604 processos, com 928 réus.

Na planilha foram incluídos os dados referentes às seguintes variáveis: número do diário[31]; número da vara (1ª/2ª/3ª); número do processo; nome do réu; sexo (F/M); preso provisório (Sim/Não)[32]; duração da prisão (parcial/total/NSA); resultado do processo (absolvição/condenação/desclassificação art. 28/extinção da punibilidade); artigo e pena (em caso de condenação/NSA para os demais casos)[33]; regime de cumprimento de pena (Fechado/Semiaberto/Aberto/NSA); substituição da pena de prisão por pena restritiva de direitos (Sim/Não/NSA); fundamento da absolvição (entre os incisos do art. 386 do CPP/NSA); fundamento da extinção de punibilidade (entre os incisos do art. 107 do CP/NSA); condenação por arma (Sim/Não)[34]. Os dados foram analisados com as ferramentas disponíveis no próprio programa Excel.

Infelizmente, os dados sobre prisão muitas vezes foram difíceis de conseguir ou conseguidos de maneira incompleta[35]. Para 61 réus (6,6% do total) não fo-

31. Número da edição do *Diário da Justiça* do Estado da Bahia em que a sentença foi publicada. As sentenças proferidas em 2015 estão nos diários 1346-1579.

32. É importante fazer uma observação: como este trabalho teve como objeto processos sentenciados em 2015, as audiências de custódia não fizeram parte da análise, uma vez que só foram implantadas na cidade de Salvador em 28.08.2015. Entretanto, algumas pesquisas iniciais têm apontado que elas "prendem mais do que soltam" (Disponível em: [http://g1.globo.com/politica/noticia/audiencias-de-custodia-prendem-mais-do-que-soltam-em-23-dos-estados.ghtml]). Relatórios já foram produzidos em alguns Estados (como São Paulo e Rio de Janeiro), mas ainda não havia informações mais detalhadas da situação das audiências em Salvador até o momento de término deste trabalho. Entretanto, muitas são as críticas que a mídia hegemônica tem feito em relação às audiências de custódia realizadas na capital baiana, reiterando-se constantemente a ideia de que a "polícia prende mas a justiça solta" (Disponível em: [www.correio24horas.com.br/detalhe/salvador/noticia/policia-prende-justica-liberta-casos-de-presos-soltos-apenas-24h-depois-somam-13-mil-em-seis-meses/?cHash=f89ed5ae016281fcc40243e3d68a9946]). Além disso, o próprio Governador do Estado (Rui Costa, do PT) fez um apelo ao Judiciário alguns dias antes do Carnaval de 2017, "a fim de flexibilizar o procedimento para que os detidos não sejam soltos imediatamente", pois, segundo ele "o processo de soltura apenas 24 horas após o delito vai acarretar em reincidência" (Disponível em: [www.bahianoticias.com.br/noticia/203230-para-rui-soltura-imediata-de-presos-pode-aumentar-delitos-de-reincidentes-no-carnaval.html]).

33. Esse dado não foi analisado para este trabalho.

34. NSA ou "Não se Aplica" foi utilizado para preencher os casos não aplicáveis.

35. Alguns dos dados relativos à prisão foram complementados com os dados publicamente disponíveis na "movimentação processual" do referido processo, acessado por meio

ram obtidas informações suficientes para afirmar se ficaram presos por aquele processo e o período[36]. Além disso, optou-se por classificar a prisão apenas em "total" ou "parcial" em relação ao tempo do processo, pois os dados da prisão muitas vezes estão dispersos e às vezes sequer o(a) magistrado(a) tem certeza se o réu está preso, ou não, no curso do processo. Isso tornaria muito difícil obter dados mais detalhados que permitissem reconstruir o período exato de prisão de cada um dos réus, exceto para aqueles que ficaram presos totalmente, pois isso é, em geral, informado na própria sentença.

Destaca-se ainda que não consideramos como "preso cautelar" os réus presos em flagrante que não tiveram essa modalidade de prisão convertida em preventiva; entre aqueles que responderam ao processo todo em liberdade – 124 pessoas –, 93% foram presos em flagrante. Assim, mesmo que não tenham tido o flagrante convertido em preventiva – critério aqui utilizado para classificar se o acusado ficou preso no processo ou não – é certo que também esses indivíduos sofreram as agruras da prisão até o julgamento do seu Auto de Prisão em Flagrante.

Do resultado do processo advieram algumas subdivisões; para os condenados algumas variáveis foram consideradas: o tipo de regime aplicado (isso era essencial para saber se ficariam efetivamente presos ou se foram condenados ao regime aberto, por exemplo) e se a pena de prisão foi convertida em uma pena restritiva de direitos (o que significa que o réu não ficou preso após a sentença). Para os que tiveram a punibilidade extinta, foi destacado qual o inciso do art. 107 do CP que fundamentou essa extinção. Além disso, só foi considerada "absolvição" àqueles que não tiveram qualquer condenação; aqueles réus absolvidos de um dos tipos penais presentes na denúncia, mas condenados por outros, foram considerados condenados.

Uma questão final metodológica merece destaque por sua relevância: os dados sobre raça não são disponibilizados nas sentenças e nas decisões interlocutórias, o que nos impediu de trazer isso em números. Entretanto, tentamos construir ao longo do trabalho o argumento de que a questão racial é um eixo estruturante do sistema penal brasileiro em razões que encontram raízes na nossa própria história. Além disso, em uma cidade de 80% de população negra, que

---

da "consulta processual" do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça da Bahia, também disponível ao público, não se restringindo aos dados disponíveis nas sentenças, muitas vezes insuficientes.

36. Entre eles, 23% foram absolvidos, 13,1% tiveram o delito de tráfico desclassificado para o art. 28, e 44,3% tiveram a punibilidade extinta. Apenas 19,7% foram condenados (11,5% ao regime aberto, 4,9% ao regime semiaberto e 3,3% ao regime fechado).

possui 89% de negros em seu sistema prisional (INFOPEN, 2016, p. 33), a raça é elemento constitutivo e presente, mesmo quando não é possível acessá-la através de dados estatísticos.

Dessa maneira é que se pretende articular os dados aqui apresentados com um horizonte teórico mais amplo, esperando com isso conseguir agregar mais um instrumento que ajude na aproximação dessa realidade, que exprime um fenômeno tão complexo e tantas vezes encoberto pelas "névoas da ideologia" (GINZBURG, 1989) que marcam o discurso oficial.

4.2. Os achados e algumas reflexões

No presente trabalho, entendemos que, ao relacionar um estudo sobre prisões cautelares com as políticas proibicionistas em matéria de drogas, teríamos dois elementos que, sob um manto de suposta legalidade, autorizam uma atuação arbitrária das agências do sistema penal. Seja por intermédio dos policiais – que realizam uma primeira etapa da criminalização secundária, identificando aqueles em "atitude suspeita" em meio à totalidade dos cidadãos –, seja por juízes que podem punir sem processo – através das prisões cautelares – deixando entrever nos seus discursos muito mais do que gostariam de mostrar sobre suas próprias opiniões e preconceitos.

A ideia de estudar processos já sentenciados em primeira instância buscava permitir a articulação entre a prisão provisória – instrumento que permite ampla margem de arbitrariedade na aplicação pelo julgador – e o resultado do processo – momento balizado por regras formais –, para saber quantos entre os presos provisórios efetivamente ficariam presos após a sentença.

Os primeiros dados coletados foram relativos à prisão provisória. Em 21,9% dos casos analisados o réu ficou preso durante todo o processo (203 pessoas), 58,2% ficaram presos parte do processo; 13,4% responderam a todo o processo em liberdade. Em 6,6% dos casos (ou 61 pessoas) não conseguimos encontrar informações suficientes sobre prisão para poder saber com certeza como elas responderam ao processo, conforme explicado no tópico anterior.

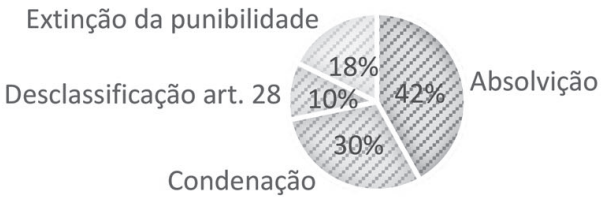
Já quanto ao resultado do processo, temos o seguinte cenário: 34,3% dos réus foram absolvidos, 44,1% foram condenados, 7,8% tiveram a conduta desclassificada do art. 33 para o art. 28[37], e 13,9% dos réus tiveram a punibilidade extinta. No caso da extinção da punibilidade, uma questão se destacou e foi impossível

37. Ou seja, tiveram a conduta apontada na denúncia como tráfico reclassificada para a conduta de porte de drogas para uso próprio.

ignorá-la: dos 129 réus que tiveram a punibilidade extinta, apenas 31 (24%) foram em razão da prescrição; os outros 98 réus (76%) tiveram a punibilidade extinta em razão do art. 107, I, ou seja, em caso de morte do agente.

Quando cruzamos os dados, o que emerge é o seguinte panorama: entre os que não ficaram presos em nenhum momento do processo (ou seja, responderam a todo o processo em liberdade), um total de 124 pessoas, 41,9% foram absolvidos, 29,8% condenados, 10,5% tiveram a conduta imputada de tráfico desclassificada para o art. 28, e 17,7% tiveram a punibilidade extinta, conforme ilustra o gráfico a seguir:

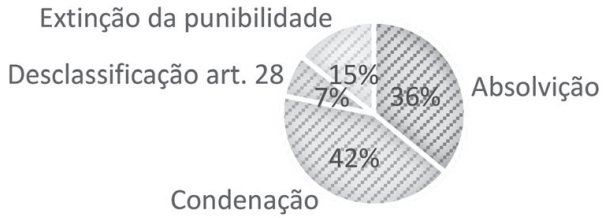
GRÁFICO 01: RESULTADO DO PROCESSO DE RÉUS QUE RESPONDERAM A TODO O PROCESSO EM LIBERDADE



Fonte: elaboração da autora.

Entre os que ficaram presos parcialmente (540 pessoas), 35,9% foram absolvidos, 42,2% condenados, 7,4% tiveram o delito desclassificado para o art. 28, e 14,4% tiveram a punibilidade extinta:

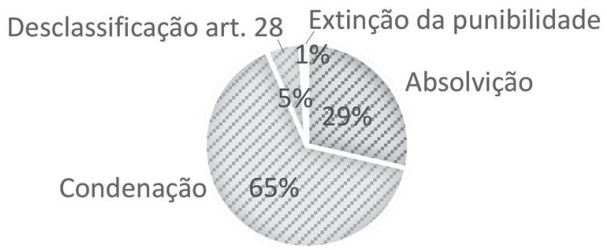
GRÁFICO 02: RESULTADO DO PROCESSO DOS RÉUS QUE FICARAM PARCIALMENTE PRESOS



Fonte: elaboração da autora.

Por fim, entre os que ficaram presos durante todo o processo (203 pessoas), 28,6% foram absolvidos, 65% condenados, 5,4% tiveram o delito desclassificado para o art. 28, e 1% teve a punibilidade extinta, conforme o gráfico a seguir:

GRÁFICO 03: RESULTADO DO PROCESSO DE RÉUS QUE RESPONDERAM TODO O PROCESSO PRESOS



Fonte: elaboração da autora.

É relevante destacar que as menores taxas de condenação estão entre os réus que responderam ao processo todo em liberdade (29,8%); por outro lado, entre os que responderam a todo o processo privados de sua liberdade, a condenação corresponde à grande maioria dos casos (65%). Isso ajudaria a reforçar a ideia de que a prisão cautelar é vista antes de tudo como forma de punição antecipada, ou seja, por meio dela, o juiz já deixa entrever o que pensa sobre aquele réu e aquela determinada situação. Se para decretar a prisão preventiva o juiz precisa registrar a existência de fortes indícios de materialidade e autoria – além de outros requisitos –, ele parece indicar, ainda no curso da instrução probatória, ou antes mesmo do seu início, que acredita haver fortes indícios de que aquele réu de fato cometeu o crime.

No mesmo sentido, a "ordem" das absolvições tampouco se altera: é maior entre os que responderam ao processo em liberdade (42%), seguida por aqueles que responderam a parte do processo em liberdade (36%) e, por fim, por aqueles que responderam a todo o processo presos (29%). Destaque-se que mesmo "menor", o número de absolvições entre os que responderam a todo o processo presos (29%) é um número bastante alto, considerando o alto impacto que tem o aprisionamento na vida de um indivíduo.

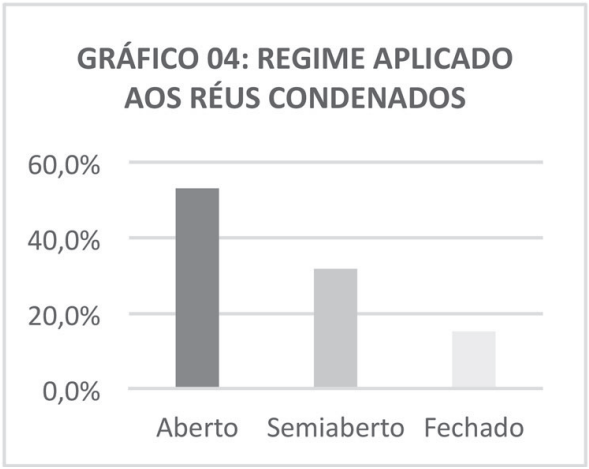
É relevante o que destaca Zaffaroni (2011) acerca das absolvições nos sistemas penais latino-americanos: nesses casos, para ele, "a arbitrariedade é evidente e incontrastável, pois só se decide favoravelmente ao preso quando o tribunal não encontrou nenhuma possibilidade de condenação" (p. 71). De fato, em 71% das absolvições o

fundamento foi pelo art. 386, VII, do CPP, ou seja, no caso de "não existir prova *suficiente* para a condenação", quase como se o juiz lamentasse esse fato.

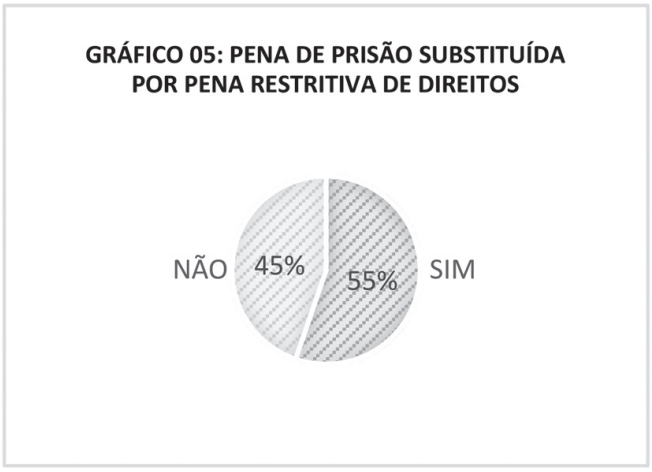
De tal modo, o que parece se construir é que o magistrado já decide a *priori*, em hipóteses de tráfico de drogas, diante de sua "grande repercussão social" ou pelo fato de que esse "maior malefício ocasiona" à sociedade. Há menções, ainda, de que tal crime que "figura como o responsável por grande parte dos homicídios verificados nesta capital, segundo revelam as estatísticas policiais" – como repetido diversas vezes nas decisões interlocutórias e sentenças – justifica a antecipação da pena, e assim a executa por meio da prisão cautelar. Como apontou Zaffaroni (2011), sobre o "sistema cautelar latino-americano":

> A *medida cautelar* é pena cautelar, ou seja, por precaução, o poder punitivo é exercido condenando-se materialmente todos os acusados a uma medida e revisando-se com grande parcimônia essas condenações, num processo que se arrasta anos a fio, com o intuito de verificar se corresponde a uma pena formal. *O desencarceramento ou a cessação da prisão preventiva ou provisional representa uma absolvição, pois corresponde a quase todos os seus efeitos* (ZAFFARONI, 2011, p. 70) (grifos aditados).

No panorama apresentado, temos que dos 928 réus, 743 (80%) responderam ao processo total ou parcialmente presos, mas apenas um pouco mais de metade do total (409 ou 44,1%) foi efetivamente condenada. Entretanto, a análise das condenações permitiu revelar que, mesmo entre os condenados, nem todos efetivamente seriam submetidos a uma pena de prisão. Cabe sinalizar que foi fixado o regime aberto em 53,1% das condenações, semiaberto em 31,8%, e fechado em apenas 15,2% (regime que corresponde ao da prisão provisória). Entre os condenados, ainda, ao final 55,3% tiveram a pena de prisão convertida em uma pena restritiva de direitos, conforme os gráficos a seguir:



Fonte: elaboração da autora.



Fonte: elaboração da autora.

Tem-se, portanto, que, entre as 409 pessoas condenadas, 226 pessoas (55%) o foram a uma pena diferente de prisão (restritiva de direitos). Apenas 183 réus (45%) foram efetivamente condenados à pena de prisão; destes somente 62 tiveram efetivamente fixado o regime fechado.

Relacionando a prisão provisória com o regime de cumprimento de pena, temos o seguinte: entre os que responderam ao processo em liberdade, 70,2% não foram condenados[38], 23,4% foram condenados ao regime aberto, 4,8% ao regime semiaberto, e 1,6% ao regime fechado. Entre aqueles que ficaram parcialmente presos, 57,8% não foram condenados, 23% foram condenados ao regime aberto, 14,8% ao regime semiaberto, e 4,4% ao regime fechado. Entre os que responderam ao processo todo presos, 35% não foram condenados, 28,1% foram condenados ao regime aberto, 20,2% ao regime semiaberto, e 16,7% ao regime fechado[39].

Assim, temos um panorama no qual o processo impõe uma medida mais rigorosa do que aquela que efetivamente será aplicada na sentença ao final. No caso dos réus que estiveram presos durante todo o curso do processo, por exemplo, apenas 34 dos 203 réus (16,7%) foram condenados ao regime fechado, o que aponta para o fato de que para 169 pessoas uma sentença condenatória foi mais benéfica do que sua situação durante todo o curso do processo criminal!

O ponto de partida de que as prisões cautelares estariam sendo utilizadas para algo além da mera função "instrumental" ao processo, sua função declarada,

38. Ou seja, foram absolvidos, tiveram a conduta do art. 33 desclassificada para o art. 28, ou tiveram a punibilidade extinta.

39. Destaque-se que, como já afirmado, em relação a 61 réus não obtivemos informações suficientes sobre prisão. Entre eles, 80,3% não foram condenados, 11,5% foram condenados ao regime aberto, 4,9%, ao regime semiaberto, e 3,3%, ao regime fechado.

assim, parece se confirmar a partir da análise dos dados empíricos de Salvador. Ao negar certos direitos e garantias básicos inerentes ao processo penal liberal – como a presunção de inocência –, impondo uma verdadeira pena antecipada, a prisão provisória parece funcionar como uma forma direta de controle social sobre parte da população.

Uma forma direta de controle que não se submete ao direito penal do fato – já que características do autor parecem pesar mais que o fato em si –, não se submete à culpabilidade – pois, a "periculosidade" é frequentemente usada como fundamento nos decretos prisionais –, nem sequer se submete a parâmetros formais rígidos de controle em sua aplicação, não há prazo máximo para a manutenção da medida e não há uma definição segura do que seja a tão citada "garantia de ordem pública", fundamentação que dá base a grande parte das decisões que determinam a prisão preventiva.

Ao legitimar uma punição instantânea, valida-se uma forma de controle imediato sobre parte da população preferencialmente (e previamente) selecionada pelo direito penal (ZAFFARONI, BATISTA, et al, 2011). No mesmo sentido, Salo de Carvalho (2010) aponta a "utilização do processo penal como efetiva (antecipação de) pena contra os grupos vulneráveis criminalizados" (p. 70) por meio da prisão cautelar (com respaldo jurídico, portanto).

No sistema inquisitório, de acordo com Geraldo Prado (2005), o poder de punir do Estado é o "objetivo primordial" (p. 173) ou, em uma linguagem mais direta, "o juiz cumpre função de segurança pública no exercício do magistério penal" (p. 173). Em um sistema penal essencialmente inquisitório "o resultado do processo inquisitivo é determinado *ex ante*, pois a conclusão posta em sentença deriva de prova antecipada à sua realização, concebida previamente à sua produção" (CARVALHO, 2010, p. 83).

O que se quer dizer é que não parece haver uma mera má atuação dos juízes quando aplicam a prisão cautelar em "excesso", mas sim que esta integra parte das funções não declaradas do sistema penal, função positiva-configuradora de um controle de classe. De acordo com Rodríguez Alzueta (2014):

> [...] a regularidade da prisão preventiva, nos convida a pensar sobre o uso estratégico tem a contenção cautelar e a postular como uma prática sistemática desta medida cautelar, sistematicidade que se constata nos altos percentuais, estão nos informando que não se trata de uma medida excepcional que se aplica quando há risco processual, mas como uma medida de polícia para defesa social. A prisão preventiva continua a ser a regra geral (p. 280).[40]

40. Tradução nossa. No original: "[...] la regularidad de la prisión preventiva, nos invita a pensar el uso estratégico que tiene la contención cautelar y a postularla como una

Prevalece, de acordo com Rodríguez Alzueta (2014), não uma presunção de culpabilidade, mas de periculosidade. É dessa maneira que "a prisão preventiva constitui uma pena antecipada e, por outro lado, dirigida não apenas a obstar a lentidão do processo, mas também a encobrir o caráter classista da justiça" (p. 281)[41].

Por sua vez, Baratta (2003) aponta para a existência de um direito penal do autor cujo o objetivo é o controle das "classes perigosas"[42]. No mesmo sentido, Vera Andrade (2012) propõe substituir a questão de "para que foi feita a prisão?" por "para *quem* foi feita a prisão?": a primeira pergunta estaria dentro do horizonte da criminologia etiológica, e de todo discurso oficial, a exemplo das funções declaradas da prisão e das teorias da pena. Já a segunda estaria em um segundo eixo, das funções reais da prisão.

Se a "prisão está a serviço da reprodução da desigualdade específica de classe no capitalismo" (ANDRADE, 2012, p. 306), em nosso "sistema cautelar latino-americano" fomos além, substituindo a prisão-pena – que depende de um processo penal – pela prisão-cautelar, imediatamente decretável – de ofício, inclusive, –, e que se fundamenta em argumentos que pouco, ou nada, fundamentam. Esse sistema "invertido" – em que a prisão cautelar tem mais importância punitiva que a prisão pena – legitima-se na e é potencializado pela política de drogas, conforme aponta Batista (1998):

> O modelo bélico da política criminal imprime suas marcas também no procedimento judiciário, a começar pela contradição de julgar alguém que, por constituir-se num inimigo, deve ser implacavelmente abatido (= condenado). Tal contradição ficará exposta nas múltiplas tolerâncias para com violações ao devido processo penal, no preconceito generalizado contra as garantias constitucionais dos acusados por tráfico de drogas (p. 91).

É importante o que destacam Zaffaroni et al (2011) no sentido de que o poder exercido no âmbito da criminalização secundária não tem mera função negativa

---

práctica sistemática de esta medida cautelar, sistematicidad que se constata en los altos porcentajes, nos está informando que no se trata de una medida excepcional que se aplica cuando existe riesgo procesal sino como medida de polícia para la defensa social. La prisión preventiva sigue siendo la regla geral" (RODRIGUEZ ALZUETA, 2014, p. 280).

41. Tradução nossa. No original: "La prisión preventiva constituye una pena antecipada y, por otro lado, dirigida no solo a obviar la lentitud del proceso sino a ocultar el carácter clasista de la justicia" (p. 281).

42. "Do ponto de vista das elites brasileiras, as massas urbanas de trabalhadores, em sua maioria negros, vivendo nos morros, quilombados, constituem contingente perigoso" (BATISTA, 2003, p. 36).

ou repressiva, mas também positiva-configuradora[43]. Os autores formulam essa ideia a partir de Foucault (1987), que aponta – este, por sua vez, a partir de Rusche e Kirchheimer – que "as medidas punitivas não são simplesmente mecanismos 'negativos' que permitem reprimir, impedir, excluir, suprimir; mas que elas estão ligadas a toda uma série de efeitos positivos e úteis que elas têm por encargo sustentar" (p. 27).

Assim, é importante destacar que, se pelo lado das suas funções declaradas, a prisão "é um fracasso, é uma falência porque não consegue combater a criminalidade" (portanto, função "negativa"), do ponto de vista das suas funções ocultas – função configuradora e reprodutora de um dado sistema social – a "prisão é um sucesso" (ANDRADE, 2012, p. 308).

De acordo com Zaffaroni (2001), existe grande margem do poder configurador ou positivo que ocorre "à margem da legalidade, de forma arbitrariamente seletiva" (p. 25). A violação da legalidade é intrínseca ao sistema penal, pois este não pode dispor do poder que apenas supostamente possui, qual seja, o de criminalizar todas as condutas, e ocultar o verdadeiro poder que exerce (configurador), estando estruturalmente montado para atuar de forma seletiva, sendo essa seleção voltada – em uma sociedade de classes – para as camadas vulneráveis. Ao apontar exemplos de violação dessa legalidade o autor aduz que:

> a duração extraordinária dos processos penais provoca uma distorção cronológica que tem por resultado a conversão do auto de prisão em flagrante ou do despacho de prisão preventiva em autêntica sentença (a prisão provisória transmuta-se em penal), a conversão do despacho concessivo de liberdade provisória em verdadeira "absolvição" e a conversão da decisão final em recurso extraordinário. (p. 27)

No caso em tela, o uso das prisões cautelares como instrumento de antecipação de uma pena – de prisão esta que, na maior parte das vezes, não se confirmará na sentença – não se trataria de uma mera distorção conjuntural, mas de um

43. De acordo com Zaffaroni (2001), ainda: "todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução da violência, a criação das condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e destruição das relações horizontais ou comunitárias *não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais*" (p. 15).

caractere estrutural (e configurador) que cumpre importante função de controle de classe.

É o controle da ilegalidade de bens – em contraposição a uma ilegalidade de direitos vigente no feudalismo – surgida com o "novo estatuto da propriedade" (FOUCAULT, 1987, p. 79) que passará a definir os novos horizontes de punibilidade na sociedade de classes. Nas sociedades periféricas, colonizadas, fundadas em fortes raízes escravocratas, essa ilegalidade ganhará seus próprios contornos, que têm na especial desumanização dos corpos uma marca da sua violência.

5. Considerações finais

Alguns dias antes do Carnaval de 2017 em Salvador, o Governador da Bahia deu uma polêmica declaração em torno da questão criminal em Salvador: Rui Costa (PT) criticou um recente mutirão – organizado pelo TJBA – instaurado com o objetivo de acelerar o julgamento de réus presos e afirmou que a realização de audiências de custódia pode ser "problemática" durante o Carnaval. O Governador enviou secretários do governo para "conversar com o Tribunal de Justiça", a fim de tentar "flexibilizar" o procedimento para que os detidos não fossem soltos imediatamente. Ele afirmou ainda que "o processo de soltura apenas 24 horas após o delito vai acarretar em reincidência" e o mutirão "contribuirá para o aumento de furtos no Carnaval"[44].

Embora essas declarações, proferidas sem nenhum tipo de pudor ou constrangimento, versem especificamente sobre a questão das audiências de custódia, o que não foi objeto deste trabalho, elas permitem entrever – ou seria escancarar? – uma determinada visão sobre a questão criminal, as prisões cautelares e as garantias processuais que têm se mostrado hegemônicas. O criminoso é um "outro" que, por não possuir "qualquer freio inibitório"[45] em relação à prática de crimes, precisa ser, acima de tudo, contido.

A partir de uma "estratégia de suspeição generalizada" – que remonta aos tempos de escravidão – sobre um determinado grupo, que possui classe e cor, a polícia atua orientada por um modelo bélico de política criminal, que ganha seus contornos definitivos a partir do período ditatorial iniciado na década de 1960. Mas esse modelo bélico não imprime sua influência apenas no aparato policial,

44. Disponível em: [www.bahianoticias.com.br/noticia/203230-para-rui-soltura-imediata-de-presos-pode-aumentar-delitos-de-reincidentes-no-carnaval.html].

45. Decisão proferida em 24.02.2015 no processo apenso 0570309- 83.2014.8.05.0001 (processo principal 0570309- 83.2014.8.05.0001).

pois também o Judiciário atua a partir desse mesmo referencial. E aqui encontramos uma contradição, a "contradição de julgar alguém que, por constituir-se num inimigo, deve ser implacavelmente abatido" (BATISTA, 1998, p. 91).

Com a construção de um novo "inimigo" do direito penal a partir de meados da década de 1970, o "traficante de drogas" vai progressivamente ocupando o lugar de causador de todos os males sociais. É o tráfico de drogas que "estimula a violência", "ceifa vidas" e "destrói famílias".

Entretanto, a criminalização do tráfico de drogas parece se constituir como apenas mais um argumento legitimador para que se prendam os "suspeitos de sempre". Na multiplicidade e vagueza dos verbos e condutas proibidas vão se encarcerando milhares de jovens-homens-negros. Conforme já apontado, hoje, esse delito, isoladamente considerado, responde por 28% dos crimes cometidos pelas pessoas encarceradas, segundo o Infopen 2016.

Nesse contexto, as prisões cautelares vão se apresentando como o instrumento preferencial de controle social utilizado pelo Judiciário. Assim é que foi possível apresentar um panorama em que, de um total de 928 réus, 80% (743 pessoas)[46] responderam ao processo todo ou em parte presos. Entretanto, apenas 44,1% (ou 409 pessoas) foram efetivamente condenadas ao fim da persecução penal. Entre os condenados, 55% (ou 226 pessoas) tiveram a pena de prisão convertida em restritiva de direitos. Entre os que efetivamente foram condenados a uma pena de prisão, apenas 62 réus (15,2% dos condenados) tiveram fixado o regime fechado em sentença!

Ou seja, enquanto 743 réus responderam ao processo presos (total ou parcialmente) – dos quais 203 responderam a todo o processo presos –, apenas 62 foram condenados ao regime fechado (regime correspondente à situação do preso provisório). Para a maioria absoluta dos presos, portanto, uma sentença condenatória se mostrou mais benéfica que responder ao processo criminal. A prisão cautelar nos casos estudados se mostrou como a antecipação de uma pena de prisão que na maior parte dos casos não veio.

Não pretendemos com isso fazer generalizações maiores do que permitem um objeto de estudo empírico limitado. Mas todos esses elementos articulados com um "horizonte teórico e interpretativo" mais amplo parecem permitir avançar na interpretação de como o uso da prisão cautelar em casos de tráfico de drogas se insere nas dinâmicas de controle operadas pelo sistema penal brasileiro contemporâneo e orientadas de maneira seletiva.

46. Alertando-se para o fato de que sobre a situação prisional de 61 réus não obtivemos informações suficientes que permitissem afirmar com certeza se ficaram ou não presos.

O uso indiscriminado das prisões cautelares, sem necessidade sequer de se recorrer às aparentes formalidades jurídicas, dialoga com um ambiente – e contribui para ampliá-lo – já propício à atuação de um controle social autoritário que não demonstra mais ter qualquer vergonha ou necessidade de se esconder sob falsos pretextos.

Além disso, se os criminosos, com sua "periculosidade inerente", precisam ser imediatamente neutralizados ou "tirados de circulação"[47], "bandido bom" mesmo "é bandido morto" e os absurdos e chocantes massacres prisionais que marcaram o início do ano de 2017 já foram praticamente esquecidos. Para os 56 mortos no Amazonas, 33 mortos em Roraima e os 26 mortos no Rio Grande do Norte,[48] o fato de possuírem a etiqueta de "criminosos", o rótulo de criminosos faz com que deixem de "ser cadáveres que gritam que estão mortos" (ZAFFARONI, 2012, p. 29).

Nos processos criminais aqui estudados, para 98 réus o fim da persecução penal se deu por "morte do agente": a "guerra às drogas" seria o álibi institucionalizado "para matar e prender em massa, exatamente nesta ordem, nos levando à hipótese *a priori* de que, quem não é preso, já foi morto" (REIS 2015, p. 5-6).

E nessa "guerra" vão ficando os jovens-homens-negros pelo caminho, a ponto de termos a cínica e bárbara declaração do então Secretário de Segurança Pública do Rio de Janeiro em 2013 de que talvez fosse necessário perder uma geração inteira para mudar o quadro de violência[49]. Ou a lamentável declaração do Governador da Bahia perante uma chacina policial que resultou em 13 mortos no Bairro do Cabula em Salvador, quando comparou a atuação da polícia com a de um "artilheiro em frente ao gol que tenta decidir, em alguns segundos, como é que ele vai botar a bola dentro do gol, pra fazer o gol"[50]. É o genocídio como política de Estado, conforme apontou Ana Flauzina (2008).

47. Disponível em: [www.ssp.ba.gov.br/2016/12/1647/Baralho-do-Crime-ja-tirou-de-circulacao-82-bandidos-.html].

48. Disponível em: [http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/mortes-em-presidios-do-pais-em-2017-ja-superam-o-massacre-do-carandiru.html].

49. Disponível em: [https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2013/11/19/violencia-vai-continuar-nas-comunidades-pacificadas-do-rio-diz-beltrame.htm].

50. "É como um artilheiro em frente ao gol que tenta decidir, em alguns segundos, como é que ele vai botar a bola dentro do gol, pra fazer o gol", comparou. "Depois que a jogada termina, se foi um golaço, todos os torcedores da arquibancada irão bater palmas e a cena vai ser repetida várias vezes na televisão. Se o gol for perdido, o artilheiro vai ser condenado, porque se tivesse chutado daquele jeito ou jogado daquele outro, a bola teria entrado", continuou (Fonte: [www.correio24horas.com.br/detalhe/noticia/e-como-um-artilheiro-em-frente-ao-gol-diz-rui-costa-sobre-acao-da-pm-com-treze-mortos-no-cabula/?cHash=29aec7dc0780c803119bd08a679425a9].

O aprisionamento cautelar é, assim, apenas um dos instrumentos utilizados como ferramenta de controle de uma parte específica da população (em especial jovens-homens-negros), no contexto do capitalismo neoliberal brasileiro, mas que, conjugado com a guerra às drogas e a atuação de caráter explicitamente repressivo do Judiciário, tem ocupado um nefasto papel na neutralização das "classes perigosas".

Referências bibliográficas

ALEXANDER, M. *The New Jim Crow*: mass incarceration in the age of colorblindness. New York: The New Press, 2012.

ANDRADE, V. R. P. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des) ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BAIRROS, L. Pecados no "paraíso racial": o negro na força de trabalho da Bahia, 1950-1980. In: REIS, J. J. (Org.). *Escravidão & invenção da liberdade:* estudos sobre o negro no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BARATTA, A. Prefácio. In: BATISTA, V. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, N. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 5-6, p. 77-93, 1998.

BATISTA, N. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos Sediciosos:* crime, direito e sociedade*,* Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 271-288, 2. sem. 2002.

BATISTA, N. Sobre el filo de la navaja. *Revista EPOS*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, jan. -jun. 2011.

BATISTA, V. M. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, V. M. *Introdução crítica à criminologia brasileira.* Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, V. M. Prefácio (3. ed.). In: CARVALHO, S. de. *A política criminal de drogas no Brasil:* estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOITEUX, L. F. R. *Controle penal sobre as drogas ilícitas*: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

BOITEUX, L. F. R. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, S. S. (Org.). *Drogas uma nova perspectiva.* São Paulo: IBCCrim, 2014.

CARVALHO, S. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, S. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. *Rev. Fac. Direito UFMG,* Belo Horizonte, n. 67, p. 623-652, jul.-dez. 2015.

CARVALHO, S. *A política criminal de drogas no Brasil:* estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2016.

CHALHOUB, S. *Visões da liberdade*: uma história das últimas décadas da escravidão na Corte. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

COHEN, S. *Folk devils and moral panics*: the creation of the mods and rockers. London/New York: Routledge, 2002.

DEL OLMO, R. *A face oculta da droga.* Rio de Janeiro: Revan, 1990.

DEL OLMO, R. A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas. *Discursos Sediciosos:* crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 65-79, 2. sem. 2002.

FLAUZINA, A. L. P. *Corpo negro caído no chão:* o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1987.

GINZBURG, C. Sinais: raízes de um paradigma indiciário. In: GINZBURG, C. *Mitos, emblemas, sinais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

INFOPEN, Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)*, jun. 2016.

INFOPEN MULHER, Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen Mulher)*, jun. 2014. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias]. Acesso em: 15.06.2016.

LOPES JR., A. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACRAE, E. *Canabis*, racismo, resistência cultural e espiritualidade. In: MACRAE, E.; ALVES, W. C. (Org.). *Fumo de Angola: cannabis*, racismo, resistência cultural e espiritualidade. Salvador: Edufba, 2016.

MOREIRA, T. R. S. R. *Maratonas e* rambles: a emergência dos tóxicos como um problema social no início do século XX. Dissertação (Mestrado em História) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2015.

OLIVEIRA, N. de. Sob o manto da concordância: Bahia como contrafação do moderno. In: OLIVEIRA, N.; RIBEIRO, L. M. S.; ZANETTI, J. C. (Org.). *A outra face da moeda. Violência na Bahia.* Salvador: Comissão de Justiça e Paz, 2000.

PASTANA, D. R., *Cultura do medo:* reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: Método, 2003.

PRADO, G. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REIS, J.J. Um balanço dos estudos sobre as revoltas escravas da Bahia. In: REIS, J. J. (Org.). *Escravidão & Invenção da liberdade*. Estudos sobre o negro no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1988.

REIS, V. *Atucaiados pelo Estado*: as políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações, 1991-2001. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005.

REIS, V. Juristas negros e negras: por vida e liberdade no Brasil. In: FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro et al (Org.). *Discursos negros*. Brasília: Brado Negro, 2015.

RODRIGUEZ ALZUETA, E. *Temor y control*: la gestión de la inseguridad como forma de gobierno. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Futuro Anterior Ediciones, 2014.

WACQUANT, L. *Punir os pobres*: A nova gestão da miséria nos E.U.A (a onda punitiva). Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZACCONE, O. Sistema penal e seletividade punitiva no tráfico de drogas ilícitas. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, ano 9, n. 14, p.181-195, 1º e 2º sem. 2004.

ZAFFARONI, E.R. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, E.R. La legislación anti-droga latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario. In: VITERI, J. P. M; PALADINES, J. V. (Ed.). *Entre el control social y los derechos humanos*. Los retos de la política y de la legislación de drogas. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

ZAFFARONI, E.R. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, E.R. *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, E.R; BATISTA, N. et al. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Análise crítica da problemática das drogas e a Lei 11.343/2006, de Nereu José Giacomolli – *RBCCrim* 71/181-204 (DTR\2008\166); e
- Decisões judiciais em matéria de drogas em São Paulo e em Portugal: estudo comparativo de sentencing, de Jorge Albino Quintas de Oliveira e João Diego Rocha Firmiano – *RBCCrim* 143/245-287 (DTR\2018\12767).

A indevida incriminação do exercício regular da advocacia

The improper incrimination of the regular exercise of advocacy

Geraldo Prado

Doutor em Direito. Concluiu estudos de Pós-doutoramento em História das Ideias e Cultura Jurídicas pela Universidade de Coimbra. Professor de Direito Processual Penal da UFRJ. Investigador do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e do Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas, da Universidade Autónoma de Lisboa, e Professor visitante da Universidade Autônoma de Lisboa.
geraldoprado@terra.com.br

Autor convidado

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: As sociedades contemporâneas creditam à advocacia, exercida com independência em relação aos poderes político e econômico, relevante papel para a estabilidade social e a defesa dos direitos dos indivíduos. O advogado não é profissional isento de responsabilidade em âmbito criminal. A demarcação do que pode configurar "conduta típica", para distinguir a ação delituosa do advogado das condutas lícitas concernentes ao cumprimento de obrigações e deveres próprios da advocacia, requisita o conhecimento de ferramentas e categorias analíticas que no âmbito do direito penal foram desenvolvidas objetivando fornecer ao jurista critérios seguros de decisão nessa matéria.

Dadas as nuances do exercício da advocacia que as democracias contemporâneas reconhecem e que fundam modelo complexo, a definição das atividades que a caracterizam e dos instrumentos jurídicos de que a advocacia se vale para cumprir suas múltiplas e delicadas funções delimitam o âmbito normativo que protege o seu exercício de ações incriminatórias abusivas.

Palavras-chave: Estado de Direito – Prerrogativas da advocacia – Ações neutras.

Abstract: Contemporary societies credit to advocacy, exercised independently of the political and economic powers, an important role for social stability and the defense of the rights of individuals. The lawyer is not a professional exempt of criminal responsibility. The demarcation of what may constitute a «typical conduct», in order to distinguish the lawful action of the lawyer from the licit conduct concerning the fulfillment of the obligations and duties proper to the law, requires the knowledge of tools and analytical categories that have been developed in criminal law with the objective of providing criteria for decision-making in this area.

Considering the nuances of the advocacy practice that contemporary democracies recognize and which form a complex model, the definition of the activities that characterize it and the legal instruments that advocacy serves to fulfill its multiple and delicate functions delimit the normative scope that protects its abusive incriminating actions.

Keywords: Rule of law – Attorney prerogatives – Neutral actions.

Prado, Geraldo. A indevida incriminação do exercício regular da advocacia.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 148. ano 26. p. 243-282. São Paulo: Ed. RT, outubro 2018.

Sumário: Parecer. I. Consulta. II. O exercício da advocacia: múnus público na defesa do estado de direito. Bibliografia.

Parecer

> O Exercício da advocacia e a necessidade de respeito às prerrogativas profissionais do advogado.* – O Supremo Tribunal Federal tem proclamado, em reiteradas decisões, que o Advogado – ao cumprir o dever de prestar assistência àquele que o constituiu, dispensando-lhe orientação jurídica perante qualquer órgão do Estado – converte, a sua atividade profissional, quando exercida com independência e sem indevidas restrições, em prática inestimável de liberdade. Qualquer que seja a instância de poder perante a qual atue, incumbe, ao Advogado, neutralizar os abusos, fazer cessar o arbítrio, exigir respeito ao ordenamento jurídico e velar pela integridade das garantias – legais e constitucionais – outorgadas àquele que lhe confiou a proteção de sua liberdade e de seus direitos. – O exercício do poder-dever de questionar, de fiscalizar, de criticar e de buscar a correção de abusos cometidos por órgãos públicos e por agentes e autoridades do Estado, inclusive magistrados, reflete prerrogativa indisponível do Advogado, que não pode, por isso mesmo, ser injustamente cerceado na prática legítima de atos que visem a neutralizar situações configuradoras de arbítrio estatal ou de desrespeito aos direitos daquele em cujo favor atua. – O respeito às prerrogativas profissionais do Advogado constitui garantia da própria sociedade e das pessoas em geral, porque o Advogado, nesse contexto, desempenha papel essencial na proteção e defesa dos direitos e liberdades fundamentais.[1]
>
> Ministro Celso de Mello

I. Consulta

1. Consultam-me os cultos advogados Luciano Bandeira e Antonio Pedro Melchior, em nome da Comissão de Prerrogativas da Ordem dos Advogados do Brasil – Rio de Janeiro (OAB/RJ), acerca do marco legítimo da inviolabilidade do advogado relativamente ao caso concreto adiante exposto, caso que tem por interessado o advogado R. R. A. V. nomeado apenas R. V. no parecer.

* Parecer *pro bono*, em face da relevância do tema e de sua repercussão no direito brasileiro.

1. *Habeas Corpus* 98.237/SP. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. rel. Min. Celso de Mello. Paciente: Sérgio Roberto de Niemeyer Salles. Impetrante: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. J. 12.12.2009.

2. Com efeito, tramita na 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro investigação criminal cujo objeto consiste na apuração de condutas em tese delituosas atribuídas pelo Ministério Público Federal (MPF) a O. S. D. e outras pessoas, nomeadamente os crimes de lavagem de dinheiro, pertinência à organização criminosa, corrupção ativa e passiva.[2]

3. O mencionado investigado é Presidente da FECOMÉRCIO/RJ e até o dia 18 de dezembro de 2017 também dirigia o SESC/RJ e o SENAC/RJ, tendo sido afastado da direção dessas duas entidades por decisão monocrática do e. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.[3]

4. Em 1º de março de 2017 a FECOMÉRCIO/RJ firmou contrato com M. e V. Advogados, pelo prazo de doze meses, objetivando "a prestação de serviços advocatícios para a defesa dos interesses dos Contratantes em todas as demandas complexas que tramitam perante o Tribunal de Contas da União, englobando o acompanhamento processual, reuniões, elaboração de petições (manifestações, defesas etc.) e interposição de recursos que se fizerem necessários".

5. Em outra oportunidade, o SENAC/AARJ havia contratado o mesmo escritório, de que é titular R. V., tendo a contratação por escopo implantar programa de *Compliance* (26 de outubro de 2015 – prazo de vigência: nove meses, prorrogado de 26 de julho de 2016 até 26.07.2017, mas com distrato, em 1º de fevereiro de 2017).

6. Asseveram os Consulentes que no curso da referida investigação criminal conversas telefônicas entre O. S. D. e R. V., travadas no âmbito da relação "cliente-advogado", foram interceptadas.

7. Com base na interpretação do MPF de que trechos das conversas sugerem uma "relação próxima", o magistrado determinou a busca e apreensão de documentos, incluindo contratos de honorários, mídias e "outras provas encontradas relacionadas aos crimes de corrupção passiva e ativa, crimes contra o Sistema

2. Procedimentos 0502323-04.2018.4.02.5101, 0503369-77.2017.4.02.5101 (cautelar de quebra de sigilo bancário e fiscal), 0509358-64.2017.4.02.5101 (cautelar de monitoramento eletrônico) e PIC 1.30.001.001771/2017-76.

3. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 557.089/RJ. Decisão Monocrática do Min. Napoleão Nunes Maia Filho. rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Agravantes: O. S. D. e outros. Agravados: Serviço Social do Comércio – Administração Nacional e outros. J. 14.12.2017, *DJ* 18.12.2017. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 708.603/RJ. Decisão Monocrática do Min. Napoleão Nunes Maia Filho. rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Agravantes: Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial Senac e outros. Agravados: O. S. D. e outros. J. 14.12.2017, *DJ* 18.12.2017. O. S. D. foi intimado da decisão por Oficial de Justiça em 21 de dezembro de 2017.

Financeiro Nacional, peculato, lavagem de dinheiro, falsidade ideológica e/ou documental e organização criminosa" e indicou a sede do escritório de M. e V. Advogados como um dos lugares de execução da medida.[4]

8. Antes disso, em 9 de janeiro de 2018 o juiz criminal, igualmente atendendo ao pleito do MPF, ordenou a interceptação das conversas telefônicas de R. V.[5]

9. Observado o cenário de deferimento e execução das citadas medidas cautelares, enquadrado no contexto mais amplo no qual está inserida a proteção constitucional de que goza a advocacia, interrogam os Consulentes sobre se foram indevidamente violadas as garantias definidas no artigo 7º, inciso II, da Lei 8.906/1994, que expressamente estabelece:

> Art. 7º, da Lei n. 8.906/1994. São direitos do advogado:
>
> (...)
>
> II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; (Redação dada pela Lei n. 11.767, de 2008)[6]

4. Decisão que deferiu, entre outras medidas, a busca e apreensão no escritório M. e V. Advogados. Processo 0502324-04.2018.4.02.5101 (2018.51.01.502324-4). Sétima Vara Federal Criminal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Não identificado. Juiz: Marcelo da Costa Bretas. Data: 08.02.2018. fl. 862.

5. Decisão que deferiu a prorrogação da interceptação de quatro linhas e a inclusão de seis novas linhas, entre as quais a do advogado R. R. A. V. Processo 0509358-64.2017.4.02.5101 (2017.51.01.509358-8). Sétima Vara Federal Criminal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Não identificado. Juíza: Caroline Vieira Figueiredo. Data: 09.01.2018. fl. 30.216.

6. Art. 7º, da Lei 8.906/1994. São direitos do advogado:

   (...)

   II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; (Redação dada pela Lei 11.767, de 2008)

   (...)

   § 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do *caput* deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes. (Incluído pela Lei 11.767, de 2008)

10. As passagens relevantes dos pronunciamentos do MPF e do magistrado que são questionadas serão reproduzidas ao longo do estudo.

11. De forma objetiva, os Consulentes pretendem resposta sobre que efeito ou efeitos jurídicos resulta(m) da violação das garantias para o exercício da advocacia e formulam as seguintes indagações:

> *Primeiro quesito:* O fato de o advogado R. V., em conversa com seu cliente, interceptada por ordem judicial, demonstrar "total insegurança com esse meio de comunicação" caracteriza, de algum modo, conduta ilícita?
>
> *Segundo quesito:* O fato de o advogado R. V., em conversa com seu cliente, interceptada por ordem judicial, ter dito que "tem boi na linha" caracteriza, de algum modo, conduta ilícita?
>
> *Terceiro quesito:* O fato de o advogado R. V., em conversa interceptada por ordem judicial, demonstrar "preocupação com as redes sociais, sobretudo com a página do Facebook denominada 'SOS SESC SENAC RIO'", procurando "C. S. para que este realize trabalho nas redes sociais, com o fito de reverter a imagem de O. e, também, atacar a referida página do Facebook, com o intuito de desmentir os textos ali escritos", caracteriza, de algum modo, conduta ilícita? Referida atuação insere-se no escopo do trabalho profissional desenvolvido pelo advogado R. V.?
>
> *Quarto quesito:* Há nos autos indícios de autoria e materialidade da prática de crime atribuível ao advogado R. V., capazes de justificar a interceptação de seu telefone celular e a decretação de busca em seu escritório de advocacia? Há nos autos qualquer indicação de que o advogado R. V. ultrapassou, em sua atuação como advogado, os limites legais ou éticos dos mandatos a ele conferidos?
>
> *Quinto quesito:* As decisões que decretaram a interceptação do telefone celular de R. V. e a busca no escritório de advocacia do qual R. V. é sócio preenchem os requisitos exigidos pela ordem jurídica brasileira, em especial no que diz com a obrigação de motivação, contida no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal?
>
> *Sexto quesito:* Caso a resposta à pergunta 4) seja negativa, as evidências obtidas a partir da interceptação do telefone celular de R. V. e da busca em seu escritório de advocacia devem ser consideradas ilícitas, por força do que dispõem o art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.906/94 e art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal?
>
> *Sétimo quesito:* A Portaria SENAC NOR n. 004/2014 dispõe que contratações acima de R$ 1.179.000,00 são da competência exclusiva do Diretor Regional e do Presidente do Conselho Regional (art. 1º), além de definir que contratos de serviços de consultoria não estarem submetidos aos limites previstos, devendo ser previamente autorizados pelo Diretor Regional (art. 3º). Com base em mencionada norma administrativa, é possível afirmar que a então gerente de governança do SENAC, V. D. F. G., não possuía competência, nem

ingerência, para deliberar sobre a contratação do escritório M. e V. Advogados pelo SENAC/AARJ, ao contrário do afirmado por ela em depoimento juntado aos autos?

Oitavo quesito: O escopo do serviço contratado entre SENAC/AARJ e M. e V. Advogados dizia respeito à criação, implementação e acompanhamento do programa de integridade do SENAC/AARJ, em três macroetapas: (A) Prevenção: Elaboração de códigos de ética e de conduta; Elaboração de Opiniões Legais; Revisão e Consolidação das normas de contratação; Elaboração de regulamento para concessão de patrocínios, apoios e ativações; Revisão estrutura organizacional da Entidade; Estruturação da Diretoria Jurídica, com a respectiva área de controle; Criação de fluxos de processos; Verificação de Procedimentos Internos; Criação de Procedimentos anticorrupção; Análise de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; Avaliação de terceiros (novos parceiros comerciais, prestadores de serviços, fornecedores, distribuidores, entre outros); (B) Detecção: Apoio na aplicação de medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; apoio na pronta interrupção de irregularidades e a tempestiva remediação dos danos gerados; (C) Saneamento: Apoio na aplicação de medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; Apoio na pronta interrupção de irregularidades e a tempestiva remediação dos danos gerados. Com base na descrição do objeto do contrato, acima reproduzida, e ainda nos relatórios de atividade apresentados ao SENAC/AARJ pelo escritório M. e V. Advogados, referentes aos anos de 2016 e 2017, é possível avaliar que se trata de "serviço duvidoso e desnecessário"?

12. A consulta leva em consideração as cópias físicas e digitais de elementos do procedimento de investigação que os Consulentes apresentaram.

13. O estudo será iniciado pela análise das prerrogativas da advocacia em seu contexto político-jurídico de consolidação do Estado de Direito.

14. Na sequência, serão abordados os conceitos de inviolabilidade das comunicações entre advogado e cliente e a inviolabilidade do escritório de advocacia à luz das provocações do caso concreto.

II. O exercício da advocacia: múnus público na defesa do Estado de Direito

15. Embora certos conceitos sejam de conhecimento comum aos juristas do campo processual penal, por uma questão de organização racional das ideias convém iniciar o parecer tratando de explicitar a noção, gênese e função das garantias da advocacia.

16. Com efeito, as sociedades contemporâneas creditam à advocacia, exercida com independência em relação aos poderes político e econômico, relevante papel para a estabilidade social e a defesa dos direitos dos indivíduos contra toda sorte de abusos.

17. Não é necessário voltar tanto assim no tempo para constatar que em determinadas circunstâncias o conjunto de forças dominantes no corpo social pode facilmente orientar-se ao sacrifício das mais elementares práticas civilizatórias, não raro incentivado por certo consenso moralizante que elege os fins em detrimento dos meios.

18. O drama do "11 de setembro de 2001", nos Estados Unidos da América, com as mortes provocadas por ato terrorista de proporções inéditas naquele país, teve como reação a edição de atos normativos que limitaram de modo extremo o exercício de direitos e garantias individuais de pessoas e grupos sociais sobre os quais se lançou alargado manto de suspeição.

19. Mesmo com a restrição significativa imposta às garantias do processo, sucessivos governos norte-americanos apelaram a práticas presumivelmente banidas das democracias pós-Segunda Guerra Mundial.

20. Assim é que o governo norte-americano reativou a prisão existente na Base de Guantánamo, lugar mantido idealmente à margem dos direitos previstos pelo ordenamento jurídico daquele país, em um evidente contexto de "Estado de Exceção". A rigor, coube quase que unicamente aos advogados e advogadas elevar a voz em defesa dos direitos e garantias daquelas pessoas presas em Guantánamo, isoladas do resto do mundo, que sequer estavam sendo acusadas do cometimento de crimes.

21. O relato das atividades e da postura combativa e independente dos "advogados de Guantánamo" é impressionante. Dessas narrativas pode ser extraída com segurança a conclusão de que juízes e tribunais federais norte-americanos somente puderam iniciar o processo de restabelecimento do império das leis, tão caro àquele povo, porque "havia advogados em Guantánamo", como um dia, para um moleiro, "houve juízes em Berlin". Convém relembrar o episódio recente a partir das palavras dos próprios envolvidos:

> A princípio somente um pequeno número de advogados saiu em defesa dos prisioneiros em Guantánamo. Nos meses seguintes ao 11 de setembro, a maioria das pessoas não questionava os atos do governo dos Estados Unidos e sabia-se pouco do novo centro de detenção. Mas com o passar do tempo começou a ficar claro que o Estados Unidos estava cometendo abusos e negando aos prisioneiros as garantias processuais básicas. A advocacia esteve à altura das circunstâncias, e se uniram juristas de todos os lugares, origens

> e especialidades de todo o tipo para proporcionar representação legal aos prisioneiros e para exigir que se fizesse justiça. Assim explicam alguns deles sua participação.

22. Compreende-se que se a jurisdição na atualidade é, por vocação, contramajoritária sempre que necessário à defesa dos direitos fundamentais, a advocacia independente é o esteio dessa garantia que toma corpo na independência dos juízes. É impossível conceber um Estado democrático com juízes independentes que se veja privado de uma advocacia igualmente independente.

23. O sentido da independência da advocacia – dos advogados e advogadas – será visto adiante, é construído em oposição às forças de que dispõe o Estado para atuar em face do indivíduo. Por evidente que o "arsenal" estatal não é pura força. No Estado de Direito a compressão do exercício de direitos e garantias está juridicamente delimitada.

24. Danilo Zolo e Pietro Costa, juristas e cientistas políticos, lembram que, "colocado no seu horizonte histórico-genético, o Estado de Direito evoca, portanto, o problema da relação entre os sujeitos, o direito e o poder"[7] e se caracteriza por instaurar um nexo funcional (direito) entre o poder e os sujeitos de modo a controlar o poder e a direcioná-lo à realização das plenas potencialidades dos seres humanos na busca por sua autodeterminação (dignidade).

25. Luigi Ferrajoli preconiza a superioridade ética do estado de direito, que tem lugar justamente porque os direitos fundamentais dos cidadãos operam na dimensão de "vínculos funcionais", que condicionam a validade jurídica de toda a atividade do Estado.[8]

26. Não se desconhece, no entanto, que os mencionados vínculos funcionais existem porque também é real a possibilidade de violação dos direitos, ruptura tantas vezes causada por atos de agentes do próprio Estado.

27. Nesse sentido, a figura do advogado é absolutamente essencial. São os advogados e advogadas o corpo profissional que por excelência assume o risco de confrontar o arbítrio. O caráter de essencialidade da advocacia está reconhecido na Constituição da República: "Art. 133, CF. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

---

7. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Estado de Direito*: história, teoria e crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. XIV.
8. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*: teoría del garantismo penal. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 905.

28. Essa missão constitucional cuja ancestralidade remonta aos mitos fundantes do Ocidente confere ao exercício da advocacia peculiaridades que as democracias contemporâneas reconhecem e que fundam um modelo complexo, quer na definição das atividades que a caracterizam, quer na previsão dos instrumentos jurídicos de que a advocacia se vale para cumprir suas múltiplas e delicadas funções.

29. As "prerrogativas do advogado" enunciadas no voto do e. Ministro Celso de Mello que está na portada do presente estudo têm uma "genealogia" e uma "morfologia" correspondentes à complexidade da vida social contemporânea, havendo evoluído em virtude da dinâmica própria das sociedades, que também se tornaram bastante mais complexas do que eram há alguns séculos, no tempo da Revolução Francesa.

30. Por um lado, "advogar" significa algo mais do que ser a voz das pessoas perante os tribunais. Uma das notas distintivas da vida nesse mundo global é o domínio do "jurídico" em praticamente todas as dimensões existenciais. A pluralidade de fontes jurídicas, com regulamentos, decretos, contratos variados, instrumentos econômicos sofisticados etc., coloca-nos permanentemente diante de questões cuja resolução prática demanda conhecimento e habilidades próprios dos juristas.

31. Também é inequívoco que a multiplicação dos casos de regência da vida pelo Direito provoca séria reflexão sobre a possibilidade de os tribunais estatais monopolizarem a tarefa de resolução de conflitos. O Poder Judiciário em todo o mundo não está em condições de dar conta das demandas que encontram no "jurídico" a chave de solução das controvérsias.

32. Essa é a razão pela qual as últimas décadas testemunharam o renascimento da arbitragem, da mediação, das iniciativas de consenso a reclamar a intervenção do profissional com *expertise* jurídica.

33. A advocacia cumpre a função de estabilização do corpo social, buscando o equilíbrio entre os membros da sociedade que de ordinário, por ocuparem posições desiguais, também perseguem de forma desigual a proteção de seus interesses. Os advogados e advogadas orientam, aconselham, mediam conflitos e, quando é o caso, representam as partes perante os órgãos estatais, na busca de soluções em um quadro de preservação e incremento do Estado de Direito.

34. A tutela dos interesses individuais passa pela capacidade de se traduzirem esses interesses em interesses jurídicos. Os advogados são os "tradutores primários" e devem poder realizar suas tarefas ainda que em oposição a outros interesses igualmente legítimos.

35. A defesa da liberdade de locomoção, por exemplo, sempre se colocará em oposição aos atos dos agentes estatais interessados em restringir essa liberdade. A garantia de que o Poder Judiciário terá condições de exercitar sua função decisória com justiça, no sentido de prover a decisão adequada a cada caso de pretensão de privação da liberdade, somente será uma garantia jurídica "conforme o Estado de Direito" se o ambiente dialético do processo contemplar o exercício da defesa da liberdade contra os riscos historicamente confirmados do abuso do poder de encarcerar e castigar.

36. Conjugam-se nesse âmbito as tarefas de orientação, aconselhamento e representação do indivíduo que formam o primeiro dique – e muitas vezes o único ou último – contra as investidas avassaladoras dos poderes públicos e privados.

37. A dualidade de estatutos jurídicos resulta ser uma necessidade que decorre dessas tarefas. O estatuto jurídico do assistido ou representado é próprio. Ele é o titular da presunção de inocência. O estatuto jurídico do advogado ou defensor igualmente é peculiar. O advogado é o guardião jurídico-constitucional da presunção de inocência do seu assistido ou representado.[9]

38. Do exemplo da defesa da presunção de inocência, que é a marca da atuação legítima de R. V. no caso concreto, é possível extrair uma consequência lógica que configura a base epistêmica da concretização da presunção de inocência do suspeito ou acusado de que o advogado é o guardião.

39. A "presunção de inocência" não é uma expressão mágica. Trata-se de um instituto jurídico complexo, cuja dimensão alcança vários âmbitos da vida protegidos contra os impulsos de punição fora dos marcos do Estado de Direito. As pessoas comuns desconhecem essa dimensão rica e complexa do âmbito normativo da presunção de inocência, que contempla, por exemplo, a tutela contra a autoincriminação compulsória.

40. A rigor, as pessoas não têm uma compreensão precisa do que em toda a sua extensão significa não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo. Cabe ao advogado "traduzir" o significado da tutela contra a autoincriminação compulsória para o assistido ou representado. Esse "processo de tradução", que em realidade compreende as atividades de comunicação, instrução e esclarecimento do assistido ou representado, inscreve-se como "dever jurídico-político" de todo advogado relativamente às pessoas que assiste ou representa.

41. Infringiria o dever de ser o guardião da presunção de inocência do assistido ou representado o advogado que se omitisse de orientar nesse sentido,

9. ROXIN, Claus. Presente y futuro de la defensa en el proceso penal del Estado de Derecho. *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Rubinzal, 2004. p. 39.

advertindo para a expansão da rede de "dispositivos de invasão da privacidade" que órgãos do Estado e particulares têm hoje a sua disposição.

42. Como sublinhado, o exemplo didático da presunção de inocência – que é o retrato da absurda violação das prerrogativas do advogado R. V. no caso concreto – ilustra muito bem as várias nuances do âmbito normativo significado no art. 133 da Constituição da República.

43. Contra os abusos autoritários de um delírio de conhecimento total dos fatos – conhecimento da "verdade absoluta" – penetrando nos lugares mais recônditos da existência individual por meio da vigilância acústica ambiental, das comunicações de dados e telefônicas, delírio que se manifesta pelos "dotes interpretativos" dos verdugos de todos os tempos, recortando frases e retirando-as de seu contexto para edificar um relato incriminador que sustente a "presunção de culpa" alheia, é impositivo o dever de orientação do advogado ao assistido ou representado.

44. Essa e tantas outras orientações, que na maioria das vezes valorizamos apenas quando nos vemos na contingência de "consultar um advogado", tem seu êxito condicionado à reserva imposta às relações entre advogado e assistido ou representado.

45. A "confidencialidade" é uma ferramenta conceitual de múltiplas faces. É a garantia devida ao assistido ou representado de que poderá expor com inteira liberdade sua versão dos fatos, seus receios, sua convicção e expectativas. Há muito mais que "afirmações brutas" no diálogo entre humanos. É ingênuo supor a existência de "afirmações brutas", da mesma maneira que é equivocado acreditar em "fatos brutos".

46. Há consenso de que os "fatos brutos" não são passíveis de serem acessados. Como alerta Daniel González Lagier, professor da Universidade de Alicante, somente o objetivismo ingênuo levaria a crer que fatos brutos, insensíveis à interpretação, estão à disposição dos sujeitos para serem conhecidos, muito embora muitos juristas – como os cientistas – tenham a aspiração de conhecer a realidade.[10]

47. A "informação pura" igualmente não existe. Os diálogos são travados em contextos específicos. Isso é próprio da vida social. O contexto de aconselhamento, orientação e representação requisita para os diálogos entre advogado e assistido ou representado o reconhecimento da condição de comunicação fechada, resultante da autodeterminação informativa do assistido ou representado.

10. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Capítulo 1: Los hechos bajo sospecha: sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial. *Questio Facti* (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción). Lima-Bogotá: Palestra Temis, 2005. p. 17.

48. À defesa individual ativa do direito a preservar as informações do círculo restrito da vida privada dá-se o nome de autodeterminação informativa. No caso brasileiro é possível extrair a tutela da autodeterminação informativa da proteção especial conferida à dignidade da pessoa humana pelo inc. III do art. 1º da Constituição da República.

49. Afinal, tem-se como certo que a dignidade humana, em sua dupla dimensão, exprime a autonomia da pessoa humana vinculada, como salienta Ingo Sarlet, "à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência".[11]

50. Importa ressaltar no âmbito deste parecer que a autodeterminação informativa reflete ainda no resguardo constitucional da comunicação. Como destacado, o alargamento do âmbito normativo de cuidado com a privacidade, de que a intimidade é seu círculo mais restrito, alcança à comunicação, sempre que for o caso da comunicação fechada.

51. Por comunicação fechada entende-se aquela que se realiza entre intervenientes determinados, independentemente de seu número. A comunicação fechada pressupõe que o receptor (ou receptores) seja previamente determinado pelo emissor.[12]

52. Algumas Constituições contemplam expressamente a tutela da autodeterminação informativa, como é o caso da Espanhola e da Portuguesa. Tribunais constitucionais a reconhecem no nível dos princípios constitucionais (decisão de 15 de dezembro de 1983 do BVerfG alemão)[13] e o Parlamento Europeu a consagra no âmbito da Directiva 95/46/CE (art. 29).[14]

53. O histórico de tutela das comunicações, nos Estados Unidos da América, igualmente revela a evolução gradual da proteção, que se inicia com o resguardo das comunicações telefônicas, em 1967/68, a partir da interpretação/aplicação

11. SARLET. Ingo W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. *Dimensões da dignidade:* ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 30.

12. NEVES, Rita Castanheira. *As ingerências nas comunicações electrónicas em Processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 18. LOPES, José Mouraz. Escutas telefônicas: seis teses e uma conclusão. *Revista do Ministério Público*, ano 26, n. 104, out.- dez. 2005. Lisboa. p. 142.

13. RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 55.

14. ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso. *Protección de datos de carácter personal*. Madrid: Difusión Jurídica, 2008. p. 25.

da Quarta Emenda, à tutela das comunicações eletrônicas pelo estatuto denominado Eletronic Communications Privacy Act (ECPA), de 1986,[15] sempre ao fundamento de que o *Bill of Rights* reconhece que os cidadãos de uma democracia precisam de privacidade em âmbito referente às informações pessoais, em sua casa, relativamente a documentos e nas demais projeções da intimidade.[16]

54. A confidencialidade caracteriza-se geneticamente por ser a garantia do assistido ou representado de que o âmbito jurídico-constitucional de autodeterminação não será violado ao buscar orientação, assistência ou representação junto a um advogado. Por esse ângulo da relação entre assistido ou representado e advogado ao último é imposto o dever de confidencialidade.

55. Pelo ângulo da relação jurídica entre advogado e terceiros o "dever de confidencialidade" converte-se em prerrogativa de inviolabilidade do advogado relativamente a todas as informações que resultam dessa comunicação fechada.

56. Por evidente que a tutela jurídica da confiabilidade não chancela a prática de infrações penais. Isso será visto adiante. O que se destaca neste momento, no entanto, é a condição de superioridade epistêmica da "confidencialidade" em relação a interesses opostos, que a especializa em face da proteção que a Constituição outorga de maneira geral à privacidade e à intimidade.

57. Dito de outra forma, o afastamento do sigilo das comunicações entre advogado e assistido ou representado e o acesso a documentos ou informações que o advogado tenha recebido de assistido ou representado convocam a uma decisão judicial mais fundamentada que aquela que de ordinário afasta os demais sigilos constitucionais.

58. O dever de confidencialidade na relação entre advogado e assistido ou representado é uma preocupação constante de todas as instituições comprometidas com o Estado de Direito e a democracia.

59. Assim, para ilustrar, na esfera da Organização das Nações Unidas foram editados os Princípios Básicos das Nações Unidas Relativos à Função dos Advogados, que no ponto estabelecem:

> Garantias para o exercício da profissão de advogado
>
> (...)

15. [www.cdt.org/issue/wiretap-ecpa] e [www.it.ojp.gov/default.aspx?area=privacy&page=1285], consultados em 12 de outubro de 2012.

16. [www.aclu.org/technology-and-liberty/modernizing-electronic-communications-privacy-act-ecpa]. Acesso em: 12.10.2012.

> 22. Os Governos devem reconhecer e respeitar a confidencialidade de todas as comunicações e consultas feitas entre os advogados e os seus clientes no âmbito das suas relações profissionais. [17]

60. Em âmbito europeu, o Código de Deontologia dos Advogados igualmente trata do assunto, revelando idêntica preocupação com a preservação da confidencialidade. Literalmente:

> *Art. 2.3 – Segredo profissional*
>
> 2.3 – 1 – *É requisito essencial do livre exercício da advocacia a possibilidade do cliente revelar ao advogado informações que não confiaria a mais ninguém, e que este possa ser o destinatário de informações sigilosas só transmissíveis no pressuposto da confidencialidade. Sem a garantia de confidencialidade não pode haver confiança. O segredo profissional é, pois, reconhecido como direito e dever fundamental e primordial do advogado.*
>
> *A obrigação do advogado de guardar segredo profissional visa garantir razões de interesse público, nomeadamente a administração da justiça e a defesa dos interesses dos clientes. Consequentemente, esta obrigação deve beneficiar de uma protecção especial por parte do Estado.* (grifo meu)
>
> 2.3 – 2 – O advogado deve respeitar a obrigação de guardar segredo relativamente a toda a informação confidencial de que tome conhecimento no âmbito da sua actividade profissional.
>
> 2.3 – 3 – A obrigação de guardar segredo profissional não está limitada no tempo.
>
> 2.3 – 4 – O advogado exigirá aos membros do seu pessoal e a todos aqueles que consigo colaborem na sua actividade profissional, a observância do dever de guardar segredo profissional a que o próprio está sujeito.[18]

61. Na América Latina, na esfera do Mercosul o cuidado com o dever de confidencialidade não é menor. O Código de Ética para a advocacia no Mercosul define a matéria do seguinte modo:

---

17. *Princípios Básicos das Nações Unidas Relativos à Função dos Advogados*, adoptados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, Cuba, de 27 de agosto a 7 de setembro de 1990. Disponível em: [www.oa.pt/conteudos/artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=43040]. Acesso em: 07.03.2018.

18. *Código de Deontologia dos Advogados Europeus*, originalmente adotado na sessão plenária do Conseil des Barreaux européens (CCBE) de 28 de Outubro de 1988 e subsequentemente alterado nas sessões plenárias do CCBE de 28 de Novembro de 1998, de 6 de Dezembro de 2002 e de 19 de Maio de 2006. Disponível em: []https://portal.oa.pt/ordem/regras-profissionais/legislacao-internacional/codigo-de-deontologia-dos-advogados-europeus/]. Acesso em: 07.03.2018.

> Art. 3.2.8. – Secreto profesional. La obligación del secreto profesional se extiende a las confidencias del cliente, a las del adversario, a las de los colegas, a las que resulten de entrevistas para conciliar, mediar, o transar y a las de terceras personas, hechas al abogado en razón de su ministerio.[19]

62. Também não é diferente na Espanha[20], Reino Unido, França,[21] Portugal, Chile[22] e Argentina.[23]

---

19. *Código de Ética para la Abogacía del Mercosur*, aprobado el 17 de octubre de 1997 en Asunción, Paraguay, por el Comité Ejecutivo del COADEM. Disponível em: [www.dhnet.org.br/direitos/codetica/abc/codigo_etica_abogados_mercosur.pdf]. Acesso em: 09.03.2018.

20. *Código Deontológico de la Abogacía Española*

    (…)

    Artículo 5.- Secreto profesional

    1. La confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado, ínsita en el derecho de aquél a su intimidad y a no declarar en su contra, así como en derechos fundamentales de terceros, impone al abogado el deber y le confiere el derecho de guardar secreto respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, sin que pueda ser obligado a declarar sobre los mismos como reconoce el artículo 437.2 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial.

    2. *El deber y derecho al secreto profesional del abogado comprende las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional. Código Deontológico de la Abogacía Española.* (grifo meu).

    (…)

    (Código Deontológico de la Abogacía Española, adaptado al Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio Aprobado en el Pleno de 27 – IX – 2002 Y Modificado en el Pleno de 10 - XII – 2002. Disponível em: [www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/codigo_deontologico1.pdf]. Consultado em 07 de março de 2018).

21. WOLOCH, Morgane. *Le secret professionnel de l'avocat*. Master de droit pénal et sciences pénales, dirigé par Yves Mayaud. Université Panthéon-Assas, 2010. Disponível em: [https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/1a062c03-56dd-4c26-98a7--7fe8e0c8c8af]. Acesso em: 09.03.2018. Em sua tese (dissertação) de mestrado sobre o sigilo profissional do advogado na França, Woloch informa que a matéria está tratada na Lei de 31 de dezembro de 1971, com as alterações da Lei de 7 de abril de 1997 (art. 66, inc. 5), pelo Código Penal (art. 226, inc. 13) e pelo Código de Processo Penal (art. 56, inc. 1), reconhecendo-se a imprescindibilidade da proteção à confidencialidade. [p. 14 e 44]. Acrescenta a investigadora que o art. 107, inc. 7, do CPP Francês, modificado pela Lei de 10 de julho de 1991, estabelece maior rigor no controle da execução excepcional de vigilância telefônica quando o advogado é suspeito da prática de crime. [p. 43]. Relativamente ao Reino Unido o precedente da Câmara dos Lordes *R v. Derby Magistrates*

63. Por fim, em consideração à genealogia da proteção e à tradição jurídica a que se filia o Brasil releva notar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos realça a relevância da confidencialidade na relação entre advogado e assistido ou representado para a proteção dos direitos humanos. Seguem alguns exemplos:

> If a lawyer were unable to confer with his client and receive confidential instructions from him without such surveillance, his assistance would lose much of its usefulness…
>
> […]
>
> The fact that this may lead to a coordination of defense strategy cannot - even or especially in the case of serious offences - be used as a pretext for the restriction or surveillance of communications between a lawyer and his client. I do not think that there can be any exceptions to these principles. (grifo meu)[24]

Court, que afirma "que nenhuma exceção pode ser oposta ao caráter absoluto do privilégio" até hoje orienta o tema, matizada a garantia "quando o processo põe em causa o bem-estar de uma criança" (precedente Re. L, 2006) ou envolve "partidos ou seus advogados e terceiros" (precedente *Three Rivers Council v. Governor & Company of the Bank of England*, 2004). [p. 7, tradução livre]. Finalmente, em 2002 os juízes ingleses amenizaram seu posicionamento "no precedente Medcalf v. Mardele e afirmaram que 'é possível que, aos olhos do artigo 6 da CEDH, o privilégio relativo ao sigilo profissional não necessariamente conserve sempre seu caráter absoluto e possa às vezes ser até mesmo objeto de uma balança de interesses'" [idem, tradução livre. No original a parte destacada: «il est possible, qu'au regard de l'article 6 de la CEDH, le privilège relatif au secret professionnel ne conserve pas forcément toujours son caractère absolu et puisse parfois même faire l'objet d'une balance d'intérêts».

22. "A mayor abundamiento destacamos que, conforme lo sostiene Luis Ortiz Quiroga, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile ha reconocido que el secreto profesional del abogado ampara no sólo su persona, que no puede ser objeto de apremio, sino también su estudio profesional donde desarrolla su actividad y guarda los documentos que le confían sus clientes. Constituye un acto abusivo la orden de allanamiento y registro del estudio de un abogado a fin de retirar documentos recibidos de sus clientes y que, por consiguiente, constituyen parte del secreto profesional que imperativamente está obligado a guardar." AZERRAD, Marcos E. *Ética y secreto profesional del abogado*. Ejercicio y función social de la abogacía. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2007. p. 155.
23. "El secreto profesional del abogado es garantía insoslayable de confidencialidad en beneficio no sólo de los justiciables, sino de la sociedad en su conjunto. Su preservación interesa al orden público." AZERRAD, Marcos E. *Ética y secreto profesional del abogado*. Ejercicio y función social de la abogacía. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2007. p. 154.
24. TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Caso S. v. Suíça*. Sentença de 28 de novembro de 1991. Disponível em: [www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1991/54.html]. Acesso em: 09.03.2018.

Se um advogado não pudesse deliberar com seu cliente e receber instruções confidenciais dele sem essa vigilância, sua assistência perderia grande parte da sua utilidade...

[...]

O fato de que isso pode levar a uma coordenação da estratégia de defesa não pode – mesmo ou especialmente no caso de ofensas graves – ser usado como pretexto para restringir ou fiscalizar as comunicações entre um advogado e seu cliente. Não penso que possa haver exceções a esses princípios. (grifo meu)[25]

TEDH – Caso Grigoryevskikh v. Russia

83. As regards the use of the video link, the Court reiterates that this form of participation in proceedings is not as such incompatible with the notion of a fair and public hearing, but it must be ensured that the applicant is able to follow the proceedings and to be heard without technical impediments, and effective and confidential communication with a lawyer must be provided for (see Marcello Viola v. Italy, no. 45106/04, ECHR 2006-... (extracts)).[26]

No que diz respeito à utilização do link de vídeo, o Tribunal reitera que esta forma de participação nos processos não é intrinsicamente incompatível com a noção de audiência pública e justa, mas deve ser assegurado que o requerente possa acompanhar o processo e ser ouvido sem impedimentos técnicos, e uma comunicação eficaz e confidencial com um advogado deve ser prevista (ver Marcello Viola v. Italy, n. 45106/04, ECHR 2006 -... (extracts)) [27]

25. TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Caso S. v. Suíça*. Sentença de 28 de novembro de 1991. Disponível em: [www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1991/54.html]. Acesso em: 09.03.2018.

26. TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Grigoryevskikh v. Russia*. Sentença de 9 de abril de 2009. Disponível em: [http://echr.ketse.com/doc/22.03--en-20090409/view/]. Acesso em: 09.03.2018.

27. TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). *Caso Grigoryevskikh v. Russia*. Sentença de 09 de abril de 2009. Disponível em: [http://echr.ketse.com/doc/22.03--en-20090409/view/]. Acesso em: 09.03.2018. Em sua tese (dissertação) de mestrado sobre o sigilo profissional do advogado na França, Woloch relembra que a jurisprudência do TEDH é "particularmente protetiva do sigilo profissional do advogado" sob o pálio da garantia do art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) desde o precedente de 18 de maio de 1982, *AM & S. Europe Limited v. Commission of the European Communities*, reafirmado nos precedentes *Niemetz v. Allemagne*, de 16 de dezembro de 1992, e *André v. France*, de julho de 2008. No que se refere ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), Woloch assevera, literalmente: "O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias teve a oportunidade no precedente *Wouters*, em 19 de fevereiro de 2002, de precisar que o sigilo é uma das garantias fundamentais da liberdade individual e do bom funcionamento da justiça, portanto, de ordem pública". [Tradução

64. Conforme sublinhado, "advogar" significa algo mais do que ser a voz das pessoas perante os tribunais. Paulo Lobo, ao comentar o Estatuto da Advocacia e da OAB, salienta que o aconselhamento e a orientação jurídica extrajudiciais inscrevem-se entre as tarefas do advogado, destacando que "o advogado, ao emitir conselhos, vale-se de argumentos essencialmente *ad necessitatem*".[28]

65. Essa consideração é fundamental porque o advogado não é um profissional isento de responsabilidade em âmbito criminal. No entanto, a demarcação do que pode configurar "conduta típica", para distinguir a ação delituosa do advogado das condutas lícitas concernentes ao cumprimento de obrigações e deveres próprios da advocacia, requisita o conhecimento de ferramentas e categorias analíticas que no âmbito do direito penal foram desenvolvidas objetivando fornecer ao jurista critérios seguros de decisão sobre o que é lícito e ilícito nessa matéria.

66. Em obra fundamental sobre a responsabilidade de profissionais jurídicos, Raul Cervini e Gabriel Adriasola inicialmente recordam que a atuação profissional do advogado não se limita ao patrocínio da causa em juízo, mas envolve também o assessoramento legal, sendo este, via de regra, o tema delicado da incriminação legítima ou ilegítima de atos praticados por advogados.[29]

67. Diferenciar os âmbitos do lícito e do ilícito no aconselhamento jurídico implica, inicialmente, interpelar em abstrato que tipo de relação há entre advogado e assistido ou representado tomando em consideração os deveres de orientação do advogado e os direitos e garantias do assistido ou representado. A questão é central para a ordem jurídica quando a orientação é levada a cabo em matéria criminal, a rigor suscetível de afetar a liberdade de locomoção ou à de acesso aos bens do assistido ou representado.

68. Não se trata de algo meramente teórico. No ponto o interesse é pragmático. Afinal, que orientações do advogado ao assistido ou representado estão *a priori* vedadas? Que orientações do advogado ao assistido ou representado aquele tem o dever de ministrar ao seu cliente?

---

livre}. WOLOCH, Morgane. *Le secret professionnel de l'avocat*. Master de droit pénal et sciences pénales, dirigé par Yves Mayaud. Université Panthéon-Assas, 2010. Disponível em: [https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/1a062c03-56dd-4c26--98a7-7fe8e0c8c8af]. Acesso em: 09.03.2018. p. 9 e 58.

28. LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 38.

29. CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos*: Os limites entre a prática jurídico-notarial lícita e a participação criminal. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 111.

69. Precisamente na matéria Cervini e Adriasola distinguem as condutas com potencial de tipicidade daquelas consideradas "neutras". Convém reproduzir a passagem da mencionada obra:

> Uma terceira questão surge quando o advogado atua como "mero conselheiro". Aqui se compreende a hipótese em que o profissional traz informação jurídica qualificada como 'neutral' ou 'meramente técnica', no dizer do mestre Ferrajoli, que, uma vez processada pelo cliente, este a adapta livremente a suas necessidades e executa um delito sem participação do profissional, mas utilizando o acervo de conhecimentos que ele proporcionou. O 'mero conselho' desemboca em uma série de ações profissionais que devem se diferenciar de uma contribuição ao fato antijurídico do autor, pois são ações 'normais', 'neutrais', 'diárias' e 'nas quais não existe um sentimento delitivo, uma vez que aquele que as realiza não persegue o favorecimento de um delito alheio, apesar de que possa ter contribuído de alguma maneira ao fato antijurídico do autor'.[30]

70. Vale esclarecer que no extremo de a orientação jurídica do advogado ao assistido ou representado levar à adaptação do conselho à lesão injustificável de bens jurídicos pelo assistido ou representado, ainda assim não há "conduta penalmente relevante" do advogado desde que este haja ministrado informação jurídica conformada ao direito.

71. É a hipótese do presente estudo. Ao examinar o requerimento do Ministério Público Federal visando obter autorização para interceptar as conversas entre o presidente da FECOMÉRCIO/RJ e o advogado contratado pela FECOMÉRCIO/RJ, R. V., o trecho apontado como "suspeito" pelo MPF revela orientação no sentido de informar ao cliente de que ele é titular de uma garantia constitucional: o direito a não ser obrigado a produzir prova contra ele mesmo – *nemo tenetur*.

72. Evidentemente é "neutra" a conduta do advogado que informa e aconselha quanto ao exercício de garantia constitucional. Mais uma vez Cervini e Adriasola alertam:

> Não pode ser entendido como defraudar a Justiça o conselho legal de não revelar onde se encontra evidência contra o réu, pois isso equivaleria a atuar no caso como coadjuvante do Estado.[31]

30. CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos*: Os limites entre a prática jurídico-notarial lícita e a participação criminal. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 119-120.

31. CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos*: Os limites entre a prática jurídico-notarial lícita e a participação criminal. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 96.

> [...]
>
> O processo deve satisfazer essas necessidades, mas, por sua vez, também deve proteger o direito constitucional de não fazer prova contra si mesmo em relação a quem se presume ter violado bens jurídicos de outros cidadãos. Assim, transladadas essas ideias ao papel do defensor penal, o assessoramento para evitar o início do processo não pode ser considerado como uma 'frustração' ao início de uma investigação.[32]

73. A diferença entre a conduta típica e a conduta neutra na esfera das atividades de aconselhamento do advogado está bem demarcada na opinião dos citados autores, que lecionam que "O defensor penal somente incorre no delito quando produz evidência falsa, utiliza de coação ou propicia que terceiros não imputados induzam o juízo em engano."[33]

74. A passagem interceptada do diálogo entre cliente e advogado é paradigmática do que não caracteriza uma conduta típica e é exemplar da conduta neutra. Vale reproduzir, pedindo vênia pelo sentimento de assombro que causa supor que a orientação para a tutela de direitos "fundamentou" o prosseguimento da violação da confidencialidade nas relações entre advogado e cliente:

> O Ministério Público Federal, pelos Procuradores da República signatários, nos autos da Cautelar de Monitoramento Telefônico em referência, vem requerer o acautelamento do CD com os áudios totais do período de interceptação entre 08 a 19 de dezembro de 2017, encaminhado pelo ofício 15601/2017 – SR/PF/RJ, bem como a via original do Relatório de Análise e Interceptação 001/2017, já encaminhado a esse Juízo por ocasião do pedido de prorrogação dos monitoramentos.[34]

---

32. CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos*: Os limites entre a prática jurídico-notarial lícita e a participação criminal. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 90.

33. CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos*: Os limites entre a prática jurídico-notarial lícita e a participação criminal. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 90.

34. Representação do Ministério Público Federal que requereu a interceptação telefônica do telefone do advogado R. V. Processo 0509358-64.2017.4.02.5101 (2017.51.01.509358--8). Sétima Vara Federal Criminal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Não identificado. Procuradores: Leonardo Cardoso de Freitas (Procurador Regional da República), José Augusto Simões Vagos (Procurador Regional da República), Eduardo Ribeiro Gomes El Hage (Procurador da República), Rodrigo Timóteo da Costa e Silva (Procurador da República), Rafael A. Barreto dos Santos (Procurador da República), Sérgio Luiz Pinel Dias (Procurador da República), Fabiana Keylla Schneider (Procuradora da

> [...]
>
> Voltando aos áudios de diálogos telefônicos até agora interceptados, os mesmos passaram a conteúdos mais interessantes para a investigação a partir do dia 15.12.2017, quando a mídia noticiava que nesse dia O. D. fora mais uma vez afastado da presidência do SESC/FECOMÉRCIO por uma liminar do STJ, o que rendeu diálogos do mesmo com o advogado R. R. A. V. (xx xxxxx-xxxx) em que fica claro que ambos demonstram total insegurança com esse meio de comunicação, chegando O. a dizer que não quer falar o nome de uma pessoa por telefone.[35]
>
> [...]
>
> A partir desse mesmo dia 15/12 O. D. reduziu drasticamente o uso de celular, curiosamente depois que R. V. utilizou a expressão 'tem boi na linha'. Com efeito, segundo a equipe de analistas ficou patente que 'D. passou a ter enorme preocupação em passar informações por telefone... *note que ele evita que V. passe o telefone de C., interrompendo-o e solicitando que envie o número por SMS (o que, de fato, não ocorreu, segundo dados do sistema VIGIA). V. ainda diz que O. D. não utiliza WhatsApp, aplicativo de troca de mensagens instantâneas bastante popular; mas que talvez não atenda aos requisitos de segurança exigidos por O. em suas tratativas*'. Ainda prosseguiu em suas conclusões os investigadores: '*É possível que SMS seja uma forma de referência a outros tipos de aplicativo de mensagens instantâneas mais sigilosos, como* Wickr*, por exemplo*'. [36]

75. Em primeiro lugar, no contexto de uma investigação criminal que o MPF considera de fundamental importância, a quantidade de "erros factuais" é assustadora e revela inadmissível negligência do órgão da acusação.

76. A pesquisa mais elementar de busca no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça (STJ), relativa à decisão referida no requerimento de interceptação das comunicações telefônicas claramente indica que O. S. D. era e continuava sendo Presidente da FECOMÉRCIO/RJ, não tendo sido afastado da entidade pela decisão do STJ. O. S. D. fora afastado do SESC e do SENAC/RJ, o que é algo muito diferente.

77. Ademais, ainda estava em vigor o contrato de prestação de serviços jurídicos firmado entre o escritório de R. V. e a FECOMÉRCIO/RJ.

República), Marisa Varotto Ferrari (Procuradora da República) e Felipe Almeida Bogado Leite (Procurador da República). Data: 9 de janeiro de 2018. fl. 30.127.

35. Ibidem, fl. 30.129.

36. Idem.

78. Mas o assombro não para aí. A conversa telefônica mencionada registrava um diálogo entre advogado e cliente e até aquele momento não havia ordem judicial afastando a confidencialidade.

79. Na qualidade de fiscal da reta aplicação da lei, caberia ao MPF, imediatamente constatada a interceptação das comunicações entre advogado e cliente, requerer ao juiz criminal a exclusão desses diálogos e de seus registros, porque violada a prerrogativa do art. 7º do Estatuto da Advocacia e da OAB.

80. Conforme mencionado, o âmbito normativo da "confidencialidade" derivada da relação entre advogado e cliente tem seu fundamento na Constituição da República, de que o art. 7º do Estatuto da Advocacia e da OAB é a concretização na esfera legal ordinária. O artigo do estatuto dos advogados tutela uma prerrogativa que, antes de tudo, projeta várias garantias constitucionais de assistido e representado.

81. Existem instransponíveis limites ao poder do Estado nessa esfera. Alberto Binder, tomando por referência a simétrica situação argentina alude a que:

> Ahora bien: en este campo existen también algunos límites absolutos. Existen ciertas comunicaciones y registros cuya inclusión en el proceso penal es siempre inadmisible. Por ejemplo, las comunicaciones entre el imputado y su defensor, sea cual fuere la vía a través de la cual se realizaren; también, las comunicaciones entre el imputado y aquellas personas que no pueden declarar como testigos porque así lo establece a la mayoría de los códigos procesales (por ejemplo, al cónyuge o los hijos del imputado, a menos que sean sus víctimas).[37]

82. Levando em conta o aspecto que "atormentou" o MPF, a professora portuguesa Rita Castanheira Neves equipara as intromissões presenciais às que são verificadas via as modernas tecnologias digitais. Analisa Castanheira Neves à luz do direito português:

> Entrando no campo de proteção das comunicações, o Código de Processo Penal dita que é proibida, sob pena de nulidade, a apreensão e qualquer outra forma de controlo da correspondência trocada entre o defensor e o arguido, salvo, claro se for ela própria objeto ou elemento do crime (artigo 179.º).[38]
>
> [...]

37. BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. 2. ed. 5. reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009. p. 191.

38. NEVES, Rita Castanheira. *As ingerências nas comunicações electrónicas em Processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 293.

> Como não poderia deixar de ser, pela grande danosidade que representam, também as escutas telefónicas consagram cláusulas de salvaguarda ao segredo profissional. Por equiparação do regime aplicável às escutas telefónica à intercepção das demais comunicações electrónicas, nomeadamente do correio electrónico (em transmissão ou armazenado), realizado no artigo 189.º do Código de Processo Penal, torna-se essencial buscar os requisitos estabelecidos no artigo 187.º deste diploma legal. O seu n. 5 consagra que 'É proibida a intercepção e a gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objeto ou elemento de crime'. [39]

83. Não é para ter inveja de portugueses e argentinos que militam pelo respeito às respectivas constituições e aos direitos humanos. Também no Brasil a ordem jurídica não agasalha a captação telefônica que serviu de base ao requerimento do MPF, não se tratando de caso de "encontro fortuito".

84. O "encontro fortuito" é "encontro fortuito de provas de uma infração penal". O que o MPF levou ao culto juiz federal foi a notícia da prática de um ato lícito, dever do advogado, que consistiu em orientar o cliente a respeito de seu direito fundamental de não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, presencialmente ou via comunicação por qualquer meio,

85. Em monografia até hoje referenciada, a jurista Maria Elizabeth Queijo clarifica o sentido da tutela contra a autoincriminação compulsória. São suas palavras:

> O princípio *nemo tenetur se detegere* apresenta importante dimensão no processo penal, na medida em que assegura ao acusado o direito de não se autoincriminar. Dele se extrai o respeito à dignidade deste no interrogatório e que as provas de sua culpabilidade devem ser colhidas sem a sua cooperação. Tais considerações derivam da concepção de que o acusado não pode mais ser considerado objeto da prova na atual feição do processo penal.
>
> O mencionado princípio consolidou-se como direito fundamental, vinculado ao Estado de Direito, estritamente relacionado com outros direitos igualmente consagrados: o direito à intimidade, à liberdade moral, à dignidade e à intangibilidade corporal.[40]

39. NEVES, Rita Castanheira. *As ingerências nas comunicações electrónicas em Processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 294.

40. QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25.

86. A posição do MPF no caso, ao requerer a interceptação das comunicações telefônicas do advogado R. V. com base no exercício de um dever por parte dele de informar ao cliente sobre a citada garantia constitucional, não apenas provocou a prática do ato antijurídico consistente na decisão judicial de interceptar as comunicações telefônicas entre advogado e cliente, como foi omisso quanto à proteção que não se limitava a R. V. e O. S. D.

87. Queijo alerta para a transcendência da garantia contra a autoincriminação compulsória. Não há nela somente uma dimensão individual. Ao revés, o interesse público em sua observância é inegável. Aduz Queijo:

> Deve-se salientar, porém, que, embora o *nemo tenetur se detegere* esteja encartado entre os direitos de primeira geração, nos quais a ênfase é o resguardo do indivíduo diante do Estado, não se pode deixar de ressaltar a ótica do interesse público em sua tutela. Isto porque, como adiante se observará, o *nemo tenetur se detegere* se insere no direito à defesa e na cláusula do devido processo legal. Por via de consequência, repercute na própria legitimação da jurisdição. Nesse sentido, não é a apenas o direito daquele indivíduo que está sendo investigado ou processado, especificamente, mas é de interesse público, para o exercício correto e adequado da jurisdição. Além de direito, o *nemo tenetur se detegere* é também garantia. Trata-se de garantia da liberdade, em especial da liberdade de autodeterminação do acusado.[41]

88. Custa crer que o MPF possa ter confundido o cumprimento de um dever e o exercício de um direito como algo que, mesmo à luz do requerimento de interceptação, é verdadeiramente indefinível.

89. As passagens das conversas não guardavam relação com quaisquer práticas delituosas. Não sendo "fonte de prova" de condutas ilícitas, não poderiam constituir indícios suficientes de autoria de algum crime atribuível a R. V. que autorizasse a decretação da interceptação telefônica.

90. Com efeito, dispõem a Lei 9.296/96 que o afastamento do sigilo telefônico demanda "indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal".[42]

---

41. QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 78.

42. Art. 2º, da Lei 9.296/96. Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

    I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

91. Os indícios de autoria ou participação em infração penal não existem na hipótese de se tratar de orientação do advogado ao cliente para o exercício de direitos e garantias. À partida fundar o requerimento de afastamento de sigilo em informação obtida ilicitamente por si culmina na invalidade da decisão judicial que a decretou.

92. O que veio depois, no entanto, conseguiu ser ainda mais grave. Assim é que, em vigor o contrato de prestação de serviços jurídicos entre o escritório de R. V. e a FECOMÉRCIO/RJ, é inquestionável que o alvo da diligência eram as conversas entre advogado e cliente, invadindo decididamente a esfera da confidencialidade assegurada pela Constituição.

93. Tanto as comunicações entre advogado e cliente como o escritório do advogado, onde ficam guardados documentos igualmente protegidos pela confidencialidade, são invioláveis. Ao vulnerar esses âmbitos, operou-se a busca por informações cuja disponibilidade a terceiros é inadmitida pela Constituição da República.

94. A vulnerabilidade perseguida, em suma, era a do cliente do advogado, sacrificando-se as prerrogativas da advocacia em prol do fim de inviabilizar o exercício do direito de defesa. Dificilmente algo mais grave pode ocorrer em termos de ruptura da ordem jurídica pelo prisma das prerrogativas da advocacia. Talvez apenas a proibição por qualquer meio que o advogado defenda os interesses do assistido ou representado.

95. Ao tratar das vulnerabilidades impostas pela violação às prerrogativas da advocacia, Gladstone Mamede assevera:

> Seria nefasto para o trabalho do advogado – para sua missão constitucional e social – se o cidadão se sentisse inseguro sobre o que diz ou entrega ao causídico, temendo que o Estado, ou qualquer outra pessoa, pudesse agir sobre o defensor para obter o que não conseguiria agindo sobre seu cliente. Num cenário político e jurídico em que tais medidas fossem possíveis, a insegurança campearia e as pessoas temeriam por si, sendo obrigadas a desconfiar de seus defensores, não pelo caráter desses, mas por sua fragilidade, sua vulnerabilidade. O escritório de um advogado não mais seria interpretado como um

II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

> lugar de asilo e segurança para os que pretendem defender-se, mas como uma ameaça, como um lugar arriscado.[43]

96. Ao tomar como ponto de partida das medidas cautelares o cumprimento pelo advogado do dever de informar ao cliente sobre a garantia contra autoincriminação compulsória, o MPF e o magistrado criminal atentaram gravemente contra as prerrogativas da advocacia.

97. Em voto histórico, mais uma vez coube ao Ministro Celso de Mello colocar as coisas em seu devido lugar:

> A invocação da prerrogativa contra a autoincriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza eminentemente constitucional, a adoção de medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a 'persecutio criminis' nem justifica, por igual motivo, a decretação de sua prisão cautelar. – O exercício do direito ao silêncio, que se revela insuscetível de qualquer censura policial e/ou judicial, não pode ser desrespeitado nem desconsiderado pelos órgãos e agentes da persecução penal, porque a prática concreta dessa prerrogativa constitucional – além de não importar em confissão – jamais poderá ser interpretada em prejuízo da defesa. [44]

98. Essa preocupação não está presente na decisão de interceptação das comunicações de R. V. No lugar de excluir as conversas entre advogado e cliente, o magistrado emitiu decisão aquém de sucinta e tão somente reproduziu a notícia do MPF, equivocada quanto a O. S. D., e de todo modo infringente das prerrogativas da advocacia. Segue o trecho da decisão:

> Trata-se de representação do Ministério Público Federal pugnando pela renovação da *interceptação das comunicações telefônicas* dos investigados, mediante renovação do monitoramente [sic] de quatro terminais interceptados e inclusão de seis novos terminais, conforme fls. 30.127/30.139 e quadro adiante:
>
> [...]
>
> CPF/CNPJ – Nome – Terminal – Operadora – Pedido

43. MAMEDE, Gladstone. *A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 52.

44. *Habeas Corpus* 99.289/RS Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. rel. Ministro Celso de Mello. Paciente: Maria Aparecida Dambrós de Castilhos. Impetrante: Marcelo Mayora e outro. J. 23.06.2009.

1) xxx.xxx.xxx-xx – O. S. D. – xx xxxxx-xxxx/xx xxxxx-xxxx CLARO/CLARO – Renovação/Renovação;

2) xx.xxx.xxx/xxxx-xx – Fecomércio (utilizado por P.) – xx xxxxx-xxxx – VIVO – Renovação;

3) xxx.xxx.xxx-xx – E. B. D. S. – xx xxxxx-xxxx/xx xxxxx-xxxx – VIVO/Não consta – Renovação/Inclusão;

4) xxx.xxx.xxx-xx – P. J. F. T. M. – xx xxxxx-xxxx – Não consta – Inclusão;

5) Não consta – M. A. – xx xxxxx-xxxx – Não consta – Inclusão;

6) Não consta – M. N. – xx xxxxx-xxxx – Não consta – Inclusão;

7) Não consta – R. R. A. V. – xx xxxxx-xxxx – Não consta – Inclusão;

8) Não consta – F. (caseiro) – xx xxxxx-xxxx – Não consta – Inclusão.[45]

[...]

O órgão ministerial informou que a partir do afastamento de O. D. da Presidência do SESC/SENAC, por decisão do STJ em 15/12/2017, foram verificados alguns diálogos com o advogado R. R. A. V., que demonstram a insegurança de D. pelas investigações sofridas.[46]

[...]

Ante o exposto, DEFIRO a prorrogação da Interceptação Telefônica, deferida às fls. 30.071/30.086, com amparo no art. 5º, *in fine*, da Lei n. 9.296/96, mediante a renovação da interceptação de quatro linhas e inclusão de seis novas linhas, todas listadas no quadro retro.

Na esteira do art. 10, incisos. III, V, VI e VII, da Resolução n. 59, de 09-09/2008, do Conselho Nacional de Justiça, estabeleço que:

a) As linhas deverão ser interceptadas pelo prazo de *15 (quinze) dias*, a contar da efetiva implementação, mesmo prazo para as prorrogações, cujas datas e horários de início deverão constar do termo circunstanciado a ser lavrado;

b) É vedada a interceptação telefônica de outros números não autorizados na presente decisão.[47]

45. Decisão que deferiu a prorrogação da interceptação de quatro linhas e a inclusão de seis novas linhas, entre as quais a do advogado R. R. A. V. Processo 0509358-64.2017.4.02.5101 (2017.51.01.509358-8). Sétima Vara Federal Criminal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Não identificado. Juíza: Caroline Vieira Figueiredo. Data: 09.01.2018. fl. 30.216.

46. Idem.

47. Decisão que deferiu a prorrogação da interceptação de quatro linhas e a inclusão de seis novas linhas, entre as quais a do advogado R. R. A. V. Processo 0509358-64.2017.4.02.5101 (2017.51.01.509358-8). Sétima Vara Federal Criminal. Autor: Ministério Público Fe-

99. Em geral, relativamente à base fática das decisões sem motivação, como a desse caso, verifica-se um "salto lógico". Em outras palavras, não há relação entre os dados empíricos de fato existentes nos autos, os efetivamente apontados pelo requerente, os admitidos pelo juiz e a conclusão judicial. O que prevalece é uma espécie de princípio da confiança que concretamente vulnera a separação dos poderes. Na prática o MPF obteve autorização judicial para "bisbilhotar" a defesa da FECOMÉRCIO/RJ no âmbito dos processos em curso em que representada pelo escritório de R. V.

100. O raciocínio de corroboração expresso pelo culto magistrado na fundamentação da decisão é meramente especulativo e sequer está endossado pela prova. Como sublinhado, houve o que em epistemologia se denomina "salto lógico", insuscetível de ser objeto do contraditório. E isso está evidenciado no problema que se colocou para a motivação.

101. Não custa lembrar com Marcelo Lamy que "motivar, por outro lado, não é mostrar como se formou a convicção da autoridade judicial (processo psicológico), mas explicitar que a convicção está fundada em razões aceitáveis... e que as razões mostram- se aptas a justificar a decisão".[48]

102. Sob a perspectiva analítica o processo decisório compreende, de acordo com Michele Taruffo, três estágios. No primeiro deles, "na motivação se coloca a hipótese formulada para depois proceder à sua explicação",[49] constituindo a decisão a premissa da justificação. Com efeito, segundo Taruffo, a decisão não é o ponto de chegada, mas o de partida da fundamentação, configurando discurso autônomo relativamente ao próprio processo intelectual de formação da convicção.

103. Ao estruturar o raciocínio da justificação o magistrado se obriga a indicar os elementos probatórios que afirmam (ou infirmam) determinada hipótese. E ao fazê-lo expõe-se à crítica, quer a respeito da legalidade do modo de introdução desses elementos no processo, quer acerca da fiabilidade deles, variável, evidentemente, conforme a maior ou menor harmonia do conjunto probatório em relação à hipótese que se pretende ter sido explicada pelo citado conjunto.

---

deral. Réu: Não identificado. Juíza: Caroline Vieira Figueiredo. Data: 09.01.2018. fl. 30.218.

48. LAMY, Marcelo. O princípio da legalidade sob a ótica da teoria e da jurisdição constitucional. In: BRANDÃO, Cláudio e outros (Org.). *Princípio da legalidade:* da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 326.

49. TARUFFO, Michele. La motivación de la decisión sobre los hechos. In: *Proceso y decisión:* Lecciones mexicanas de Derecho Procesal. Barcelona: Marcial Pons, 2012. p. 96.

104. Para além da superação do esquema que distingue sujeito e objeto, no processo de conhecimento, separando-os ao modo da filosofia da consciência, a motivação como argumento de justificação, que está mais adiante do próprio processo de conhecimento, porque parte dele (ou da convicção formada), atende ao objetivo de proporcionar "as razões racionais sobre as quais a decisão do juiz resulta *objetivamente aceitável* à luz de critérios de valoração e de juízo que se aplicam em termos gerais, para estabelecer se uma verdade determinada tem fundamento sobre a informação disponível e também para precisar se uma interpretação determinada da norma jurídica é correta ou não" (grifo nosso).[50] Trata-se de proteger o processo contra "saltos lógicos", tentação de todos nós quando nos convencemos *a priori* do acerto de determinada tese.

105. O culto juiz federal não tomou essa precaução. Fundado em prova obtida por meios ilícitos, porque não enquadrada na categoria do "encontro fortuito", mas resultante da indevida ingerência nas conversas telefônicas entre cliente e advogado, o magistrado decidiu sem decidir, isto é, não esclareceu o porquê e de que suspeitava do advogado R. V. e ainda assim determinou que fossem interceptadas as suas comunicações telefônicas.

106. O mesmo defeito de falta de motivação é constatado na decisão posterior que deferiu a busca e apreensão no escritório de R. V., a sugerir que mais uma vez o culto magistrado federal confiou nos argumentos do MPF e não cuidou de examinar os elementos informativos que em tese conferiam suporte ao pleito.

107. Ignorando a potente proteção constitucional deferida à advocacia, o juiz federal defere a busca e apreensão de documentos, objetos e coisas em geral no escritório de advocacia de R. V., fundando a suspeita basicamente: a) no exercício legítimo do dever de informar ao cliente sobre a titularidade de sua garantia contra a autoincriminação compulsória; b) no depoimento de V. D. F. G., declarando que o escritório de R. V. foi contratado para "revisar e reestruturar a política de compras e contratações" no SENAC/RJ; c) e porque R. V. teria orientado O. S. D., conforme se depreenderia de ilícita captação telefônica anterior, a desmentir os textos escritos em uma página do Facebook. Particularmente no tocante a esse argumento o MPF enfatiza a orientação de "atacar" a página do Facebook, de tal modo que a forma do "ataque" aparece como periférica (esclarecer as mentiras).

108. Anteriormente foram sublinhados os requisitos para a fundamentação de uma decisão judicial acerca dos fatos. Eles também não foram atendidos na busca e apreensão. Em primeiro lugar, ignorando-se os termos do próprio contrato de prestação de serviços jurídicos, firmado em 26 de outubro de 2015, com

50. TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 97.

prazo de nove meses, entre o escritório de advocacia e o SENAC, para implantação de programa de Compliance, optou-se por adotar medida drástica de busca e apreensão.

109. A mera solicitação de esclarecimentos teria operado o efeito de esclarecer o MPF sobre as razões pelas quais, ao longo do tempo de contratação, foram trocados 2.448 e-mails e realizadas 180 (cento e oitenta) viagens. A implantação de programa de Compliance é atividade complexa, reclamada para assegurar as condições de boa governança empresarial. Não são muitos os escritórios habilitados a prestar esse tipo de serviço, que requisita *expertise* tanto mais competente quando mais complexo é o cenário de implantação do programa e de treinamento de pessoal.

110. A realidade, portanto, dista anos-luz da especulação de V., mas o que interessa ao estudo é que, existindo alguma dúvida a respeito de o contrato de prestação de serviços jurídicos estar servindo de "fachada" para a prática de crimes, a relevância constitucional do interesse de defesa das prerrogativas da advocacia impunha condutas progressivas orientadas ao esclarecimento. Ao pretender saltar essas condutas o MPF, com consciência ou não de seus membros, agiu no sentido de intimidar a advocacia.

111. Mais do que nunca os fatos históricos que levaram à instituição das prerrogativas da advocacia, protegendo-se comunicações e escritórios, revelaram-se fundados e, lamentavelmente, atuais.

112. Na própria decisão judicial salta aos olhos que os valores cobrados nos dois contratos pelo conjunto extraordinário de atividades desempenhadas pelo escritório de R. V. no SENAC/RJ e na FECOMÉRCIO correspondem ao trabalho contratado. Argumentar com esses valores relativamente às atividades jurídicas e de implantação do plano de integridade é, em verdade, buscar um pretexto, o que não se coaduna com o dever de lealdade que deve dirigir as ações do Ministério Público.

113. O argumento empregado pelo MPF é falacioso e ao ser adotado acriticamente pelo magistrado na decisão contaminou o provimento jurisdicional, que é nulo por falta de fundamentação adequada.

114. Com efeito, do ponto de vista lógico "o fato base" e o "fato presumido" expostos no raciocínio judicial são o mesmo recorte da realidade: dispensabilidade da contratação do escritório de advocacia para "revisar e reestruturar a política de compras e contratação e a política de patrocínios". A contratação não teve esse objeto, não se podendo presumir desnecessário que se implemente um programa de integridade no SENAC/RJ, tampouco que os valores pagos não correspondam ao conjunto significativo de atividades desenvolvidas na vigência do contrato.

115. Trata-se de falácia argumentativa ou, como elucidam Walter A. Carnielli e Richard L. Epstein, "maus argumentos, tão deficientes que não podem ser reparados".[51]

116. A falácia aqui é estrutural, pois expõe o estado mental do juiz – estar convencido daquilo que ainda deve ser demonstrado – estabelecendo como "premissa" e "conclusão" o mesmo fato: a contratação teria por objetivo encobrir a lavagem de dinheiro.[52]

117. De acordo com Carnielli e Epstein configura falácia estrutural e, assim, mau argumento, sendo "irremediavelmente inválida por ferir a estrutura dedutiva, a afirmação do consequente".[53]

118. O terceiro e último argumento do MPF, que não faz o menor sentido, engloba o conjunto de ações neutras resultantes de orientação profissional que é dever do advogado para com seu cliente. O episódio do Facebook desmerece a imensa importância dos sujeitos envolvidos na causa.

119. Interessante notar que ao menos de modo aparente o juiz criminal abandonou as alegações ministeriais. Não o fez apelando a outras razões. Em um contexto em que as surpresas desagradáveis se sucedem, em detrimento da Constituição, o magistrado simplesmente não apresentou razão alguma para ordenar, como de fato ordenou, a busca e apreensão no escritório de advocacia. Não há uma linha dedicada ao escritório do advogado R. V. na fundamentação da decisão de busca e apreensão para a qual remeto o leitor. O que há é somente o dispositivo a deixar a forte impressão que, se o magistrado não se confundiu, confundiu o escritório de R. V. com a FECOMÉRCIO/RJ. Bem, errou de cidade, mas principalmente errou quanto à tutela jurídica dispensada às prerrogativas da advocacia.

120. Há pouca dúvida quanto as consequências jurídicas dessa cadeia de violações às prorrogativas, que iniciou ainda quando as primeiras conversas telefônicas entre O. S. D. e o advogado R. V. foram interceptadas. Os elementos obtidos nas interceptações, quer na busca e apreensão configuram prova ilícita.

---

51. CARNIELLI, Walter A; EPSTEIN, Richard L. *Pensamento Crítico*: o poder da lógica e da argumentação. 2. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2010. p. 333.

52. Releva notar que a alegação de que não cabia ao Diretor Regional ou Presidente do Conselho contratar o escritório cai por terra à vista da Portaria SENAC NOR 4/2014, que estabelece níveis de competência para contratações que representem despesas ou receitas de diversas naturezas e dá outras providências. Data: 03.09.2014. Aqui também o que se percebe é no mínimo certa negligência na corroboração de notícia que embasou medida extrema e excepcional à luz da nossa ordem jurídica.

53. CARNIELLI, Walter A; EPSTEIN, Richard L. *Pensamento Crítico*: o poder da lógica e da argumentação. 2. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2010. p. 334.

121. Tratando do tema na Argentina, Marcos Azerrad leciona que:

> Conforme a lo que venimos exponiendo, consecuentemente todos los actos procesales originados a partir del procedimiento de escuchas ilegales, tanto éstos – desde su inicio – como sus actos subsecuentes, deben ser considerados nulos de nulidad absoluta y en violación de las normas legales y garantías constitucionales. Rige, en definitiva, la aplicación de la doctrina del fruto del árbol envenenado.
>
> El secreto profesional del abogado es garantía insoslayable de confidencialidad en beneficio no sólo de los justiciables, sino de la sociedad en su conjunto. Su preservación interesa al orden público.[54]

122. No Brasil não é diferente. A orientação do STF com que o estudo é aberto consagra as prerrogativas da advocacia em nível de interpretação constitucional, na via delineada no julgamento da ADI 1.127/DF.[55]

123. Comunicações entre advogado e assistido ou representado são invioláveis em regra. O escritório de advocacia também.

124. Contra a tentação autoritária de ingerência indevida no âmbito da defesa, os tribunais brasileiros têm respondido à altura.

125. No que concerne à ilicitude das provas obtidas por meio de interceptação telefônica violadora das prerrogativas da advocacia o STJ decidiu pela exclusão das provas, que foram declaradas inadmissíveis:

> Recurso ordinário em *habeas corpus*. Ilicitude das interceptações telefônicas. Decisões carentes de fundamentação. Ausência de indícios de prática criminosa. Violação ao sigilo profissional entre advogado e cliente. Mácula evidenciada. 1. O sigilo das comunicações telefônicas é garantido no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, e para que haja o seu afastamento exige-se ordem judicial que, também por determinação constitucional, precisa ser fundamentada (artigo 93, inciso IX, da Carta Magna). 2. O artigo 5º da Lei 9.296/1996, ao tratar da manifestação judicial sobre o pedido de interceptação telefônica, preceitua que 'a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio

54. "El secreto profesional del abogado es garantía insoslayable de confidencialidad en beneficio no sólo de los justiciables, sino de la sociedad en su conjunto. Su preservación interesa al orden público." AZERRAD, Marcos E. *Ética y secreto profesional del abogado*. Ejercicio y función social de la abogacía. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2007. p. 154.

55. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1127/DF. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. rel. Min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. J. 17.04.2006.

de prova'. 3. No caso dos autos, nas decisões que autorizaram a quebra do sigilo telefônico do recorrente não há qualquer menção à suspeita de prática de crime, tendo a interceptação sido autorizada sem que demonstrados os indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal punida com pena de reclusão, bem como a impossibilidade de se obter a prova por outros meios, o que revela que não foram atendidos os requisitos previstos no artigo 2º da Lei 9.296/1996. 4. Ademais, sem que houvesse a menor suspeita de que o recorrente, advogado, estaria cometendo algum ilícito, as estratégias que discutia com seu cliente acerca do ajuizamento de ação indenizatória foram indevidamente monitoradas a partir de decisões judiciais completamente desprovidas de fundamentação, o que demonstra que seu sigilo profissional foi indevidamente violado. Pretendida proibição de deferimento de novas interceptações telefônicas do recorrente sem que hajam indícios de que tenha praticado algum crime. Cancelamento da quebra do sigilo telefônico há mais de 5 (cinco) anos. Recorrente não acusado em ação penal. Ausência de ameaça concreta ao direito de locomoção. Não cabimento do remédio constitucional para o fim pretendido. 1. Inviável utilizar o remédio constitucional para obstar eventuais ilegalidades ou constrangimentos ainda não perpetrados e sem fundado receio de que realmente ocorrerão. 2. A mera suposição, sem indicativo fático, de que o sigilo das comunicações telefônicas do recorrente será indevidamente quebrado não constitui uma ameaça concreta à sua liberdade capaz de justificar o manejo de habeas corpus para o fim pretendido. Pleito de Remessa de Cópia dos Autos a Diversos Órgãos para a Apuração da Responsabilidade Criminal e Funcional das Autoridades que Pleitearam e Deferiram a Interceptação Telefônica do Recorrente. Inexistência de Indícios de Prática de Delito ou de Violação de Dever Funcional. Inviabilidade. 1. Das peças processuais acostadas ao reclamo não há indícios de que a autoridade policial que representou pela interceptação telefônica, ou os magistrados responsáveis pelo deferimento da medida, tenham agido com o dolo de cometer algum ilícito, ou tenham violado os seus deveres profissionais, motivo pelo qual não se mostra necessário o envio de cópias da presente irresignação e dos documentos que a acompanham ao Ministério Público Federal, ao Conselho da Justiça Federal e à Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 3ª Região para que sejam adotadas as medidas cabíveis para a respectiva apuração criminal e funcional dos fatos a eles imputados. 2. Recurso parcialmente provido apenas para determinar o desentranhamento dos autos e a respectiva inutilização das provas decorrentes das interceptações telefônicas realizadas em detrimento do recorrente, deferidas mediante pronunciamentos judiciais não fundamentados e em violação ao seu sigilo profissional.[56] (grifo meu)

56. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 28.643/SP. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. rel. Min. Jorge Mussi. Recorrente: S F de A T. Recorrido: Ministério Público Federal. J. 22.10.2013. *DJ* 29.10.2013.

126. A inviolabilidade do escritório de advocacia igualmente tem merecido proteção no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com destaque para o acórdão proferido no Recurso em Mandado de Segurança 27.419/SP.[57]

127. A análise serena dos fatos e das provas que já estavam à disposição do MPF e do juiz criminal não pode levar a outra conclusão, salvo que se está diante de graves violações às prerrogativas da advocacia, encarnadas no advogado R. V., infrações em nível constitucional que devem ser imediatamente reparadas e que, sob a ótica do procedimento criminal em curso, resultam na inadmissibilidade das provas obtidas por meio das interceptações telefônicas e da busca e apreensão.

128. Muito embora as vulnerações transcendam a pessoa do advogado para afetar a advocacia como um todo e o Estado de Direito, justificando o interesse da Comissão de Prerrogativa da OAB/RJ,[58] fato é que, além de tudo, R. V. é um dos mais respeitados e sérios advogados brasileiros.

129. R. V. é titular de um admirado escritório que, conforme é público, foi classificado em 3º lugar na especialidade "infraestrutura e regulatório", bem como figurou entre os escritórios especializados mais admirados do Estado de São Paulo, na edição de 2015 da Análise Advocacia 500 – os escritórios e advogados mais admirados do Brasil.[59]

130. Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, R. V. é Professor de Direito Administrativo e Fundamentos de Direito Público da Faculdade de Direito PUC/SP, Professor Visitante da Università Commerciale Luigi Bocconi (Itália), Coordenador do

57. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 27.419/SP. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Recorrente: Banco do Brasil S/A e outros. Recorrido: os mesmos. J. 14.04. 2009.

58. O episódio mobilizou as principais instituições representativas da advocacia e muitos importantes juristas. Aqui apenas alguns exemplos: Instituto dos Advogados Brasileiros. *Nota do IAB sobre buscas e apreensões em escritórios de advocacia e vazamento de dados*. Disponível em: [www.iabnacional.org.br/noticias/nota-do-iab-sobre-buscas-e-apreensoes-em-escritorios-de-advocacia-e-vazamento-de-dados]. Acesso em: 06.03.2018. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da Rocha. *Nota de Apoio a R. V*. Disponível em: [https://jornalggn.com.br/noticia/nota-de-apoio-a-rafael-valim-por-silvio-luis-ferreira-da-rocha]. Acesso em: 06.03.2018. Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – Rio de Janeiro. *Nota de repúdio e protesto*. Disponível em: [www.abracrim.adv.br/atos-oficiais/nota-de-repudio-e-protesto]. Acesso em: 06.03.2018.

59. M. e V. Advogados. Reconhecimento. Disponível em: [www.marinhoevalim.com.br/o-escritorio.html]. Acesso em: 07.03.2018.

Curso Euro-Brasileño de Postgrado sobre Contratación Pública – na Faculdade de Direito da Universidade de La Coruña (Espanha) e Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo da Universidade Nacional de Comahue (Argentina), entre outras distinções acadêmicas que orgulham os juristas brasileiros.[60]

131. A violência de que R. V. foi uma das vítimas, no contexto da relevância constitucional da advocacia em nosso País, certamente pesa muito em alguém como ele, incansavelmente dedicado à defesa do Estado de Direito.

132. A confiança de que os tribunais repararão a injustiça naquilo que está ao seu alcance certamente é compartilhada pelo Professor R. V., que mesmo em tempos sombrios nunca deixou de acreditar na Justiça de seu País.

133. Voltando às indagações formuladas pelos Consulentes, concluo o presente estudo e respondo:

> *Primeiro quesito:* O fato de o advogado R. V., em conversa com seu cliente, interceptada por ordem judicial, demonstrar "total insegurança com esse meio de comunicação" caracteriza, de algum modo, conduta ilícita?
>
> *Respondido no curso do parecer.* A manifestação de "total insegurança com esse meio de comunicação" corresponde à interpretação dos investigadores e do magistrado sobre o que, em verdade, caracteriza "ação neutra", não incriminável.
>
> *Segundo quesito:* O fato de o advogado R. V., em conversa com seu cliente, interceptada por ordem judicial, ter dito que "tem boi na linha" caracteriza, de algum modo, conduta ilícita?
>
> *Respondido no curso do parecer.* Como no episódio narrado no item anterior, o que se constata é o cumprimento do dever do advogado de informar ao cliente acerca da inquestionável titularidade da garantia contra a autoincriminação compulsória.
>
> *Terceiro quesito:* O fato de o advogado R. V., em conversa interceptada por ordem judicial, demonstrar "preocupação com as redes sociais, sobretudo com a página do Facebook denominada 'SOS SESC SENAC RIO'", procurando "C. S. para que este realize trabalho nas redes sociais, com o fito de reverter a imagem de O. D. e, também, atacar a referida página do Facebook, com o intuito de desmentir os textos ali escritos", caracteriza, de algum modo, conduta ilícita? Referida atuação insere-se no escopo do trabalho profissional desenvolvido pelo advogado R. V.?

60. M. e V. Advogados. Sócios: R. V. – Experiência profissional. Disponível em: [www.marinhoevalim.com.br/valim.html]. Acesso em: 07.03.2018.

Respondido no curso do parecer. Também nesse caso o que se constata é o cumprimento do dever do advogado de orientar o cliente a respeito da melhor forma de defender os próprios direitos no marco legal.

Quarto quesito: Há nos autos indícios de autoria e materialidade da prática de crime atribuível ao advogado R. V., capazes de justificar a interceptação de seu telefone celular e a decretação de busca em seu escritório de advocacia? Há nos autos qualquer indicação de que o advogado R. V. ultrapassou, em sua atuação como advogado, os limites legais ou éticos dos mandatos a ele conferidos?

Respondido no curso do parecer. Nos autos não há indícios de crime algum atribuível ao advogado R. V. A interceptação das suas comunicações telefônicas, inicialmente com o cliente e depois de maneira geral, a partir da execução do decreto judicial, sem indícios de crime, violam as regras instituídas no Estatuto da Advocacia e da OAB e na Lei 9.296/96. O mesmo ocorre relativamente à ingerência no escritório de advocacia de R. V. Não há sequer indícios de violação ética imputável a R. V. Ao revés, as ações narradas nos requerimentos ministeriais e nas decisões judiciais indicam escrupuloso respeito de R. V. pelos comandos éticos que inspiram o exercício ordinário da advocacia.

Quinto quesito: As decisões que decretaram a interceptação do telefone celular de R. V. e a busca no escritório de advocacia do qual R. V. é sócio preenchem os requisitos exigidos pela ordem jurídica brasileira, em especial no que diz com a obrigação de motivação, contida no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal?

Respondido no curso do parecer. As mencionadas decisões carecem de fundamentação idônea – e no caso da de busca e apreensão a falta de fundamentação é absoluta. Em vista disso as decisões são nulas.

Sexto quesito: Caso a resposta à pergunta 4) seja negativa, as evidências obtidas a partir da interceptação do telefone celular de R. V. e da busca em seu escritório de advocacia devem ser consideradas ilícitas, por força do que dispõem o art. 7º, inciso II, da Lei 8.906/94 e art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal?

Respondido no curso do parecer. Não apenas em virtude da falta de fundamentação das decisões, o que já seria suficiente, mas em virtude principalmente da violação das prerrogativas da advocacia, que tem base constitucional, os elementos probatórios eventualmente obtidos nas diligências respectivas são considerados "provas obtidas por meios ilícitos" e, portanto, são inadmissíveis na investigação criminal e no processo.

Sétimo quesito: A Portaria SENAC NOR 004/2014 dispõe que contratações acima de R$ 1.179.000,00 são da competência exclusiva do Diretor Regional e do Presidente do Conselho Regional (art. 1º), além de definir que contratos de serviços de consultoria não estão submetidos aos limites previstos, devendo ser previamente autorizados pelo Diretor Regional (art. 3º). Com base em mencionada norma administrativa, é possível afirmar que a então gerente de

governança do SENAC, V. D. F. G., não possuía competência, nem ingerência, para deliberar sobre a contratação do escritório M. e V. Advogados pelo SENAC/AARJ, ao contrário do afirmado por ela em depoimento juntado aos autos?

Respondido no curso do parecer. Com base na portaria é inequívoco que V. D. F. G. não tinha competência administrativa para o exercício da contratação do escritório M. e V. Advogados.

Oitavo quesito: O escopo do serviço contratado entre SENAC/AARJ e M. e V. Advogados dizia respeito à criação, implementação e acompanhamento do programa de integridade do SENAC/AARJ, em três macroetapas: (A) Prevenção: Elaboração de códigos de ética e de conduta; Elaboração de Opiniões Legais; Revisão e Consolidação das normas de contratação; Elaboração de regulamento para concessão de patrocínios, apoios e ativações; Revisão estrutura organizacional da Entidade; Estruturação da Diretoria Jurídica, com a respectiva área de controle; Criação de fluxos de processos; Verificação de Procedimentos Internos; Criação de Procedimentos anticorrupção; Análise de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; Avaliação de terceiros (novos parceiros comerciais, prestadores de serviços, fornecedores, distribuidores, entre outros); (B) Detecção: Apoio na aplicação de medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; apoio na pronta interrupção de irregularidades e a tempestiva remediação dos danos gerados; (C) Saneamento: Apoio na aplicação de medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; Apoio na pronta interrupção de irregularidades e a tempestiva remediação dos danos gerados. Com base na descrição do objeto do contrato, anteriormente reproduzida, e ainda nos relatórios de atividade apresentados ao SENAC/AARJ pelo escritório M. e V. Advogados, referentes aos anos de 2016 e 2017, é possível avaliar que se trata de "serviço duvidoso e desnecessário"?

Respondido no curso do parecer. O escopo do contrato estabelecido entre o escritório M. e V. Advogados e o SENAC/RJ consiste na implantação de programa de integridade, conhecido de maneira geral como *Compliance*. A implementação de um programa de integridade na complexa estrutura do SENAC/RJ é uma exigência da boa governança das atividades do gênero.

Este é o parecer, ressalvado melhor entendimento.

Rio de Janeiro, 9 de março de 2018.

GERALDO PRADO

Bibliografia

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS – RIO DE JANEIRO. *Nota de repúdio e protesto*. Disponível em: [www.abracrim.adv.br/atos-oficiais/nota-de-repudio-e-protesto]. Acesso em: 06.03.2018.

AZERRAD, Marcos E. *Ética y secreto profesional del abogado:* ejercicio y función social de la abogacía. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2007.

BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. 2. ed. 5. reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

CARNIELLI, Walter A; EPSTEIN, Richard L. *Pensamento crítico*: o poder da lógica e da argumentação. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

CCBE. Código de Deontologia dos Advogados Europeus, originalmente adotado na sessão plenária do Conseil des Barreaux européens (CCBE) de 28 de outubro de 1988 e subsequentemente alterado nas sessões plenárias do CCBE de 28 de novembro de 1998, de 6 de dezembro de 2002 e de 19 de maio de 2006. Disponível em: [https://portal.oa.pt/ordem/regras-profissionais/legislacao-internacional/codigo-de-deontologia-dos-advogados-europeus/].Acessoem: 07.03.2018).

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos*: os limites entre a prática jurídico-notarial lícita e a participação criminal. São Paulo: Ed. RT, 2013.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Estado de Direito*: história, teoria e crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ESPANHA. Código Deontológico de la Abogacía Española, adaptado al Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio Aprobado en el Pleno de 27 – IX – 2002 Y Modificado en el Pleno de 10 – XII – 2002. Disponível em: [www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/codigo_deontologico1.pdf]. Acesso em: 07.03.2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Capítulo 1: Los hechos bajo sospecha: sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial. *Questio Facti* (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción). Lima-Bogotá: Palestra Temis, 2005.

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS. *Nota do IAB sobre buscas e apreensões em escritórios de advocacia e vazamento de dados*. Disponível em: [www.iabnacional.org.br/noticias/nota-do-iab-sobre-buscas-e-apreensoes-em-escritorios-de-advocacia-e-vazamento-de-dados]. Acesso em: 06.03.2018.

LAMY, Marcelo. O princípio da legalidade sob a ótica da teoria e da jurisdição constitucional. In: BRANDÃO, Cláudio e outros (Org.). *Princípio da legalidade:* da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES, José Mouraz. Escutas telefônicas: seis teses e uma conclusão. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 26, n. 104, out.-dez. 2005.

MAMEDE, Gladstone. *A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MERCOSUL. Código de Ética para la Abogacía del Mercosur, aprobado el 17 de octubre de 1997 en Asunción, Paraguay, por el Comité Ejecutivo del COADEM. Disponível em: [www.dhnet.org.br/direitos/codetica/abc/codigo_etica_abogados_mercosur.pdf]. Acesso em: 09.03.2018).

NAÇÕES UNIDAS. *Princípios Básicos das Nações Unidas Relativos à Função dos Advogados*, adoptados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, Cuba, de 27 de agosto a 7 de setembro de 1990. Disponível em: [www.oa.pt/conteudos/artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=43040]. Acesso em: 07.03.2018).

NEVES, Rita Castanheira. *As ingerências nas comunicações electrónicas em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso. *Protección de datos de carácter personal*. Madrid: Difusión Jurídica, 2008.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da Rocha. *Nota de Apoio a R. V*. Disponível em: [https://jornalggn.com.br/noticia/nota-de-apoio-a-rafael-valim-por-silvio-luis-ferreira-da-rocha]. Acesso em: 06.03.2018.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. Presente y futuro de la defensa en el proceso penal del Estado de Derecho. *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Rubinzal, 2004.

SARLET. Ingo W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. *Dimensões da dignidade:* ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TARUFFO, Michele. La motivación de la decisión sobre los hechos. *Proceso y decisión:* lecciones mexicanas de Derecho Procesal. Barcelona: Marcial Pons, 2012.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Grigoryevskikh v. Russia*. Sentença de 9 de abril de 2009. Disponível em: [http://echr.ketse.com/doc/22.03-en-20090409/view/]. Acesso em: 09.03.2018.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Caso S. v. Suíça*. Sentença de 28 de novembro de 1991. Disponível em: [www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1991/54.html]. Acesso em: 09.03.2018.

WOLOCH, Morgane. *Le secret professionnel de l'avocat*. Master de droit pénal et sciencespénales,dirigéparYvesMayaud.UniversitéPanthéon-Assas,2010.Disponível em: [https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/1a062c03-56dd-4c26-98a7-7fe8e0c8c8af]. Acesso em: 09.03.2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Inviolabilidade do escritório do advogado, de Elias Farah – *RIASP* 5/254-263 (DTR\2000\103); e
- Valorização da advocacia: direitos e prerrogativas do advogado, de Elias Farah – *RIASP* 21/94-126 (DTR\2008\111).

Colaboração premiada: justa causa para quê?

Cooperation agreement: probable cause for what?

L.G. Grandinetti Castanho de Carvalho

Pós-Doutor pelo Instituto de História e Ciências das Ideias da Universidade de Coimbra. Doutor pela UERJ. Mestre pela PUC-Rio. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor Adjunto da UERJ. Advogado.
gustavograndine@gmail.com

Paulo Wunder

Doutorando em Direito Processual pela UERJ. Guest Researcher no Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht e Visiting Scholar na Columbia Law School. Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.
wunder.paulo@gmail.com

Recebido em: 04.12.2017
Aprovado em: 17.02.2018
Última versão dos autores: 03.03.2018

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: Através de uma metodologia de análise doutrinária e jurisprudencial, o presente trabalho visa a demonstrar que a colaboração premiada não configura justa causa para, isoladamente, fundamentar a decretação de prisões cautelares ou o recebimento da denúncia. Pode a colaboração premiada, entretanto, justificar a instauração de uma investigação, ou a decretação de medidas cautelares que visem a obter novas provas.

Palavras-chave: Colaboração premiada – Justa causa – Validade – Eficácia – Prova – Indícios – Recebimento da denúncia – Prisões cautelares.

Abstract: Using a methodology of analysis of doctrine and case law, this paper seeks to demonstrate that cooperation agreement does not configure, by itself, a probable cause for arrests or to underpin receipt of a charge. However, the cooperation agreement may justify the initiation of an investigation, or the decree of precautionary measures that aim to obtain new evidence.

Keywords: Cooperation agreement – Probable cause – Validity – Efficacy – Proof - Circunstancial evidence – Receipt of charge – Precautionary arrests.

Sumário: I. Introdução. II. A natureza jurídica da colaboração premiada. II.1. O caráter misto da colaboração premiada. II.2. O equívoco no tratamento da colaboração premiada como

indício. III. A justa causa. III.1. Os graus da justa causa e os tipos correspondentes de decisão. IV. A colaboração premiada como justa causa. IV.1. A decretação de prisões cautelares. IV.2. O recebimento da denúncia. IV.3. O elemento informativo corroborante. V. Conclusão. Referências bibliográficas.

I. Introdução

É extremamente comum escutarmos reportagens na imprensa sobre negociações em curso entre colaboradores com a Polícia Federal ou o Ministério Público, seguidas, alguns dias depois, de grandes operações para o cumprimento de mandados de prisões cautelares, buscas e apreensões ou conduções coercitivas. Pelo sigilo natural das investigações, é impossível saber ao certo se essas operações foram embasadas exclusivamente nas informações decorrentes da contribuição do colaborador, ou se outras medidas investigativas também foram realizadas anteriormente, de modo a embasar tais operações.

Ocorre que o artigo 4º, § 16, da Lei 12.850/2013 estatui que: "nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador" e, diante de seu enunciado, fica claro que a palavra do colaborador, por si só, não pode embasar uma sentença penal condenatória. Contudo, no exame do alcance dessa restrição e muito antes do momento procedimental da sentença, ainda resta a dúvida sobre a incidência analógica dessa regra no que se refere a outras decisões incidentais, especialmente aquelas de natureza cautelar e o recebimento da denúncia.

Portanto, a proposta deste trabalho será analisar se, apesar da mencionada ineficácia relativa da colaboração premiada como prova acusatória suficiente e autônoma a embasar uma sentença penal condenatória, a contribuição do colaborador pode configurar justa causa para as prisões cautelares ou para o recebimento da denúncia.

II. A natureza jurídica da colaboração premiada

A Lei das Organizações Criminosas tratou diretamente da natureza jurídica da colaboração premiada, chamando-a de meio de obtenção de prova[1] (art. 3º, in-

1. Conforme Michele Taruffo: "(...) os meios de prova conectam-se aos fatos em litígio através de uma relação instrumental: meio de prova é qualquer elemento que possa ser utilizado para estabelecer a verdade dos fatos" (TARUFFO, 2014. p. 14). Nesse sentido, pode-se dizer que os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (prova testemunhal, prova

ciso I, da Lei 12.850/2013[2]). Cuida-se, assim, de um instrumento para se chegar até a prova, embora não através de uma medida judicial (como na busca e apreensão, nas quebras de sigilos etc.), mas, sim, de um ato processual negocial, apesar de não ser um contrato privado[3].

documental etc.). Enquanto isso, os meios de obtenção de provas são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, esses sim, aptos a convencer o julgador (por exemplo, a busca e apreensão seria o meio de obtenção de um documento, a prova propriamente dita).

2. Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

   I – colaboração premiada.

3. É muito comum a doutrina associar os novos institutos de direito público que vão surgindo aos modelos do direito privado. E também é comum – embora de todo inadequado – a doutrina processual civil analisar institutos do direito processual penal com a sua lente. Por exemplo, de acordo com Didier Jr. e Bomfim: "A colaboração premiada é um negócio jurídico bilateral que se caracteriza como um contrato, considerando a contraposição de interesses, aqui consubstanciados nas vantagens esperadas por ambas as partes em razão do conteúdo pactuado. De um lado, o Ministério Público (ou o delegado, com a participação do Ministério Público) espera (e tem direito em razão do negócio) colaboração do investigado ou acusado com o fim de colher informações e elementos de prova. Este interesse não é comum; cuida-se de vantagem buscada pelo órgão de investigação ou acusação. Tanto não é interesse comum que a colaboração costuma significar ao colaborador assumir a participação no delito. Tanto não é interesse comum que, para tanto, o colaborador abre mão do direito ao silêncio. Do outro lado, o colaborador terá, como vantagem contraposta à obrigação assumida, uma decisão judicial penal que signifique o perdão judicial, a redução de pena privativa de liberdade ou a sua conversão em perna restritiva de direito. É por esta razão que o colaborador celebra o negócio e obriga-se a colaborar. Em se tratando de negócio jurídico bilateral caracterizado por interesses contrapostos das partes, configurada resta a sua natureza contratual. Cuida-se, ainda, de contrato bilateral (ou sinalagmático) e oneroso". (DIDIER JR; BOMFIM, 2016. p. 192). Entretanto, no caso da colaboração premiada, essa tentativa esbarra na constatação de que, enquanto no contrato privado as partes estabelecem perfeitamente o conteúdo de seus direitos e obrigações, na colaboração premiada as partes apenas enunciam suas expectativas a serem submetidas ao Poder Judiciário, que terá a última palavra na homologação ou na rejeição daquilo que foi pactuado (artigo 4º, § 8º, da Lei 12.850/2013). Destarte, a colaboração premiada não pode usar as vestes de um negócio jurídico, muito menos de caráter sinalagmático ou bilateral: a parte Ministério Público não cede nenhum direito ou bem seu, como num contrato privado, mas apenas deixa de promover a ação penal condenatória ou, em o fazendo, apenas postula redução de pena ou a sua substituição, de acordo com um dever jurídico. Mais próximos dessa ideia, Humberto Dalla e José Roberto Mello Porto consideram a colaboração premiada espécie *sui generis* de negócio jurídico. Para os autores, "não seria de se falar em negócio jurídico propriamente dito, porque os celebrantes não podem predeterminar algo

Com efeito, a colaboração premiada é um acordo[4] em que o investigado negocia com a autoridade policial e o Ministério Público o recebimento de benefícios na sua responsabilidade criminal e se compromete a, em contrapartida, delatar a dinâmica de operacionalização da organização criminosa a que pertencia, o que, enfim, permitirá que os respectivos órgãos com a incumbência da persecução criminal alcancem a(s) prova(s) propriamente dita[5].

Nota-se, portanto, que a colaboração premiada, por si só, não é a prova que se visa a obter no processo penal, mas apenas o canal pelo qual essa prova pode ser atingida, já que, sem essa contribuição de um ex-integrante do grupo criminoso seria impossível desvendar situações ocultas e alcançar a justa causa para a imputação. Através da colaboração, almejam a Polícia e o Ministério Público que sejam

---

que não é de sua alçada" (PINHO; PORTO, 2016. p. 10), já que a eficácia do acordo se encontra vinculada à análise do juiz, a ser aferida na sentença (artigo 4º, § 11, da Lei 12.850/2013), sendo que o magistrado não faz parte das negociações, restritas às partes (artigo 4º, § 6º, da Lei 12.850/2013). De qualquer forma, o STF já reconheceu que: "A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como 'meio de obtenção de prova', seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo penal criminal, atividade de natureza processual, ainda que agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração" (HC-STF 127.483/2015 – rel. Min. Dias Toffoli).

4. A doutrina processual penal sempre discutiu a possibilidade de atos processuais penais negociais sobre um pano de fundo mais amplo. Há, basicamente, duas correntes opostas: de um lado, a visão da instrumentalidade do processo, daí decorrendo sua subserviência ao direito substancial, sem possibilidade de nele influir; de outro, o pamprocessualismo processual, que, inicialmente, teve a finalidade de alavancar a autonomia do direito processual e acabou por admitir a possibilidade concreta de atos negociais processuais. Mormente no âmbito do direito processual penal, em que se reconhece a indefectibilidade do processo para a imposição de pena, a norma penal é que passa a ser considerada instrumental do processo, o que dá a este uma posição de supremacia na realização daquele. Na visão de Siagura, essa tendência acaba por transformar o direito processual: *"il servo si è trasformato in socio paritario, se non perfino in socio tirano"* (SIAGURA, 2015. p. 5). Será, efetivamente, sócio tirano se o acordo permitir a renúncia a garantias constitucionais, como vem ocorrendo no Brasil.

5. A finalidade da colaboração premiada é superar as dificuldades da Polícia e do Ministério Público na coleta de provas e aprimorar a eficiência no combate ao crime organizado. Como esses grupos se utilizam de sofisticados artifícios e estruturas para a ocultação de suas atividades e de seus recursos, acreditou-se que seria necessário dotar o Estado de novas ferramentas para reprimir as suas condutas, a fim de se diminuir a impunidade e se alcançar patamares mais exitosos na conclusão das investigações penais e na elucidação de delitos.

atingidos aqueles resultados referidos nos incisos do art. 4º, da Lei 12.850/2013[6], e não a mera confissão na participação em uma organização criminosa. Visa a colaboração, então, a alcançar algo diverso e além do simples reconhecimento da participação daquele agente na atividade ilícita, embora sem a sua contribuição fosse muito difícil a obtenção desses resultados pela usual investigação.

Inclusive, além de não se caracterizar como a prova perseguida do ponto de vista finalístico, não há contraditório na celebração do acordo de colaboração premiada, uma vez que o conteúdo das declarações do colaborador somente será conhecido e poderá ser confrontado de forma diferida, ou seja, por ocasião da instrução criminal processual. Assim, a referida regra disposta no artigo 3º, inciso I, da Lei 12.850/2013, encontra-se em harmonia com outras fixadas no mesmo diploma legal, especialmente nos artigos 4º, §§ 6º e 12, c/c 7º, *caput* e § 3º[7]. Isso porque, nesses enunciados está previsto "que o juiz não participará das negociações entre as partes para a homologação do acordo", bem como que o acordo é si-

6. Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

   I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

   II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

   III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

   IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

   V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

7. Art. 4º. § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

   § 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

   Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

   § 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

giloso, tem o seu conhecimento restrito às partes que o celebraram e ao juiz que o homologa e se tornará público só com o recebimento da denúncia, sendo que as defesas dos corréus delatados terão acesso ao seu conteúdo apenas após a sua realização e poderão confrontá-lo somente em juízo.

Aliás, de acordo com Barbosa Moreira, há três exigências fundamentais do direito à prova, sendo que todas elas se relacionam justamente à presença do contraditório: a) necessidade de "conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de provas"; b) inexistência de "disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento" das "provas pelo órgão judicial"; e c) igualdade, para as partes, de "possibilidade de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados"[8]. Ocorre que nenhum desses requisitos se encontra presente por ocasião da celebração do acordo de colaboração premiada, razão pela qual, como dissemos, não se trata de uma prova, mas apenas de um meio de obtenção de prova.

Ademais, sem o contraditório também fica prejudicada a ampla defesa, uma vez que ambos "(...) perfazem uma mesma garantia processual, pois não pode existir ampla defesa sem contraditório e vice-versa (...) contraditório e ampla defesa incluem a possibilidade de contraditar as provas produzidas, contraprovar, tomar conhecimento das alegações da parte contrária, contra-alegar, e, finalmente, tomar ciência dos atos e decisões judiciais para poder impugná-los" [9], ou seja, tudo aquilo que não acontece no procedimento sigiloso e unilateral da colaboração premiada[10].

II.1. O caráter misto da colaboração premiada

Contudo, apesar de mero meio de prova, cabe esclarecer que, após a realização da ampla defesa e do contraditório, isto é, depois do acordo de colaboração premiada se tornar público e das defesas dos corréus delatados se manifestarem sobre o seu conteúdo e terem a oportunidade de contraditarem a versão do agente colaborador, ainda há outra regra disposta no artigo 4º, § 16, da Lei 12.850/2013, que prevê que "nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador".

8. (MOREIRA, 1984. p. 67).
9. (CARVALHO, 2006. p. 141-142).
10. J.J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão também sustentam a mesma posição: "A ampla defesa que a este deve ser garantida só é exercitável num quadro processual estável e com regras bem definidas, que permitam ao arguido saber, em cada momento, aquilo com que pode contar" (CANOTILHO; BRANDÃO, 2016. p. 24).

Em outras palavras, se, num primeiro momento, ficou clara a natureza do acordo de colaboração premiada como mero meio de obtenção de prova, submetido a contraditório e ampla defesa diferidos, agora se estabelece que, após o efetivo cumprimento desses requisitos para que um elemento de convicção se torne prova, as palavras do colaborador terão eficácia probatória relativa, uma vez que, isoladamente, não podem embasar uma sentença penal condenatória. Destarte, enquanto no início tratava-se do acordo de colaboração premiada homologado, mas ainda não sujeito ao contraditório diferido pelos corréus delatados, agora a lei dispôs sobre a eficácia da palavra em si do colaborador, proferida já em audiência judicial.

Nesse sentido, embora possa parecer incoerente à primeira vista, deve-se salientar que a natureza jurídica do acordo homologado de colaboração premiada não se confunde com a eficácia em si das palavras do colaborador. Isso porque, apesar de o negócio jurídico ser meio de prova e instrumento para que a Polícia e o Ministério Público obtenham as provas, é inegável que, posteriormente, ou seja, por ocasião da instrução processual daquela ação penal instaurada com base na sua colaboração anterior, deve o delator, diante do compromisso assumido de dizer a verdade[11], confessar, além de narrar a participação dos demais membros da organização na empreitada criminosa.

A questão, então, deixa de ser de invalidade como prova do acordo homologado sem contraditório e ampla defesa para se relacionar com a sua ineficácia probatória[12], ou seja, sua inaptidão para gerar os efeitos pretendidos, no caso, a condenação dos corréus delatados. Nesse sentido, tal dispositivo representa uma exceção à regra do artigo 155 do CPP[13], pela qual todas as provas teriam o mesmo peso abstrato, cabendo ao magistrado, por ocasião da sentença, valorá-las conforme a sua convicção. Há um resgate ao sistema da prova tarifada, na medida em

11. Art. 4º. § 14, da Lei 12.850/2013. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

12. Conforme Marcos Bernardes de Mello: "O plano de eficácia é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficacial representado pelos direitos – deveres, pretensões – obrigações, ações e exceções, ou os extinguindo" (MELLO, 2017. p. 163).

13. Art. 155 do CPP. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

que o valor da colaboração premiada possui peso menor, relativizado e condicionado às demais[14].

Na verdade, todas as provas possuem peso relativo, uma vez que sua valoração irá depender da formação da convicção do juiz. Nenhuma tem valor absoluto, maior ou pré-definido em relação às demais, sendo que todas podem ser desconsideradas na avaliação concreta, ou podem ser consideradas e decisivas na formação da convicção judicial.

Todavia, o que há de especial aqui é que, mesmo se o magistrado quisesse utilizar o depoimento judicial do colaborador para embasar uma sentença condenatória, não poderia, pois sua eficácia relativa decorre da própria lei.

De fato, a colaboração premiada, após a instrução criminal que permitiu a realização do contraditório e da ampla defesa, bem como depois de verificados os efetivos resultados decorrentes da sua contribuição, poderia, tecnicamente, ser considerada como prova. Entretanto, por expressa determinação do nosso legislador, isso somente será possível caso haja outra prova que a corrobore, uma vez que, isoladamente, a palavra do colaborador não possui eficácia probatória. Desse modo, apesar da contribuição do colaborador, ratificada em juízo, ter a validade de prova, somente será eficaz para ser utilizada como embasamento de uma sentença penal condenatória caso acompanhada de outra prova[15] que a confirme, inclusive em relação ao próprio colaborador[16].

14. Segundo Vinícius Vasconcellos: "(...) configura-se um limite negativo à persuasão racional, ou uma regra de prova legal negativa, visto que se limita o livre convencimento judicial, determinando que tal elemento de prova não é suficiente para embasar uma condenação. Certamente, essa vedação impõe-se em relação aos corréus incriminados, mas também ao próprio colaborador" (VASCONCELLOS, 2017. p. 221).

15. É importante destacar que a necessidade de a palavra do colaborador ser corroborada por outra prova também impede a chamada colaboração cruzada, conforme já decidiu o STF: (...) "para fins de corroboração das declarações hétero-inculpatórias do agente colaborador, não são suficientes, por si só, as declarações harmônicas e convergentes de outro colaborador" (HC-STF 127483/2015). Ora, se a palavra do colaborador não possui eficácia isolada de prova, a palavra de vários colaboradores, ainda que no mesmo sentido, também não são suficientes para enfrentar a essência dessa ineficácia relativa, uma vez que não restará superada a falta de credibilidade dessa prova, pois todas advêm de delatores. Portanto, a palavra de colaborador, ou de vários colaboradores, não constituem provas eficazes caso estiverem isoladas no contexto probatório e por isso não desoneram a responsabilidade do Ministério Público na produção de outra efetiva e independente prova acusatória, inclusive contra o próprio colaborador.

16. Nas palavras de Mercedes Rosemarie Herrera Guerrero: (...) "a vigência do consenso no processo penal afeta o direito fundamental à presunção da inocência; por essa razão, embora a renúncia para exercer a direito da defesa seja legítima (e consequentemente, é

Vale ressaltar que, se o obstáculo não foi técnico, essa ineficácia relativa da palavra do colaborador como prova decorreu da sua própria falta de credibilidade, como lembrou Mittermaier: "Têm-se visto criminosos que, desesperados por conhecerem que não podem escapar à pena, se esforçam em arrastar outros cidadãos para o abismo em que caem"[17]. Assim, é natural que essa credibilidade parcial, relativa ou desconfiada da contribuição do colaborador derive da sua participação interessada na instrução criminal, isto é, como uma contraprestação ao recebimento de um benefício na sua pena e não um ônus cívico de prestação de serviço à administração da Justiça[18].

Aliás, essa condição de credibilidade da palavra do colaborador é dupla, uma vez que se relaciona tanto com a necessidade da existência de outra prova corroborativa para que a palavra do colaborador seja valorada, bem como com a produção dos próprios resultados advindos da colaboração[19] (art. 4º, *caput, in fine*,

---

legítimo que a lei lhe conceda determinadas consequências legais), em um outro nível diferente e preeminente se situa a presunção de inocência, por meio da qual a carga da prova corresponde ao Estado, de tal maneira que a única declaração do criminoso não pode ser considerada suficiente para desvirtuar aquela. Em outras palavras, a conformidade do processado com as posições formuladas não deve gerar da maneira automática a determinação de sua culpabilidade, já que ao Estado corresponde a prova". *(...) "la vigencia del consenso en ele proceso penal afecta al derecho fundamental a la presunción de inocencia; por ello, si bien la renuncia a ejercer el derecho de defensa es legítima (y por ende, es legítimo que la Ley le conceda determinadas consecuencias jurídicas), en otro nivel distinto y preeminente se sitúa la presunción de inocencia, por la cual, la carga de la prueba le corresponde al Estado, de tal modo que la sola declaración del reo no puede considerarse suficiente para desvirtuar aquélla. En otras palabras, la conformidad del procesado con los cargos formulados no debe generar de modo automático la determinación de su culpabilidad, ya que es al Estado al que corresponde probaría".* (tradução livre) (HERRERA GUERRERO, 2010. p. 13-14).

17. Mittermayer ainda acrescentou que: "(...) outros denunciam cúmplices, aliás inocentes, só para afastar a suspeita dos que realmente tomaram parte no delito, ou para tornar o processo mais complicado ou mais difícil, ou porque esperam obter tratamento menos rigoroso, comprometendo pessoas colocadas em altas posições" (MITTERMAYER, 2008. p. 295).

18. Se a confissão do réu comum possui eficácia relativa e deve ser ponderada com outras provas, com muito mais razão a colaboração, onde os benefícios legais são muito mais vantajosos.

    Art. 197 do CPP. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

19. Além da chamada credibilidade externa, aferida através da prova corroborativa, há a necessidade de demonstração da credibilidade interna e pessoal do próprio colaborador,

c/c art. 6º, inciso I[20]), sem o que a principal situação jurídica prevista ao colaborador no negócio jurídico, isto é, o gozo dos benefícios, não poderia ter seus efeitos realizados.

Isto posto, embora tenha concordado com a pouca representatividade da sua natureza mista, Gustavo Badaró reconheceu que:

> a colaboração premiada seria, então, tanto um meio de prova, no que diz respeito às declarações do colaborador e, portanto, diretamente valoráveis pelo juiz, quanto um meio de obtenção de prova, a partir da necessidade de que sejam descobertos e levados ao processo outros elementos de corroboração da declaração hétero-incriminatória[21].

II.2. O equívoco no tratamento da colaboração premiada como indício

Ainda no que se refere à distinção entre o acordo de colaboração premiada como meio de obtenção de prova e a palavra do colaborador como prova de eficácia relativa, é importante destacar que ambas não se confundem com os indícios[22], isto é, não são provas indiretas[23].

De fato, Maria Thereza de Assis Moura ensina que: "Indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em regra, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo". Em seguida, a Ministra do STJ concluiu

---

o que se percebe pelas suas características e condições subjetivas e especialmente pela coerência das suas palavras com o resultado da sua cooperação e o confronto de todo o acervo probatório.

20. Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados.

    Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

    I – o relato da colaboração e seus possíveis resultados.

21. (BADARÓ, 2017. p. 136).

22. Art. 239 do CPP: "Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias".

23. De acordo com Marcellus Pollastri: "tendo-se em vista o conteúdo ou objeto, a prova pode ser referida à coisa que se quer provar, ou a uma coisa outra, da qual se deduz a primeira. Assim, a prova, em relação ao objeto, pode ser direta ou indireta" (LIMA, 2002. p. 25).

que: "É imperativo que o *factum probans* esteja completamente provado, conhecido, induvidoso, para poder revelar o *factum probandum*. Caso contrário, a inferência não poderá ser estabelecida"[24].

Mittermaier[25], por sua vez, alude à prova por concurso de circunstâncias, a que chama de prova artificial, em contraposição à prova direta. Para bem aferi-la, propõe *"examinar sus mutuas relaciones con las circunstancias accesorias, y hacer nacer de ellas las inducciones que encierran"*[26]. Em relação à prova artificial, concorrem os indícios e as circunstâncias acessórias que tenham relação com eles, mas que têm natureza diferente[27]. Com o intuito de valorar a força probatória dos indícios, propõe examinar as suas relações com o que denomina de circunstâncias acessórias ou presunções informativas[28], que podem ser extraídas, também, mas não só, das justificativas do acusado. Convém não confundir essas circunstâncias acessórias ou presunções informativas. Se os indícios são fatos autônomos, acidentais, conhecidos e provados, dos quais se extrai a relação com o fato a provar[29], as circunstâncias acessórias e as presunções afirmativas são como que anéis de uma cadeia lógica, com graus de inafastabilidade diferentes, e que permitem construir o silogismo indiciário, cuja força probante residirá, justamente, na lógica do raciocínio[30]. Integram, portanto, o silogismo indiciário. Agregam-se a ele, mas, sozinhos, não provam contra o réu.

Diante disso, pode-se concluir que os indícios partem de fatos provados que se ligam inexoravelmente ao fato a provar. Não se trata de presumir contra a inocência do réu, mas de analisar o quadro fático que se mostra ao juiz por meio de fatos devidamente provados que se ligam ao fato a provar. Esses fatos provados, porém, para formarem a convicção judicial, carecem de uma univocidade inconteste, reclamada por Cafferata Nores[31].

---

24. (MOURA, 2009. p. 41).
25. Tratado de la Prueba en Materia Criminal, p. 293/314, 1929, Editorial REUS, Madri.
26. Ibidem, p. 294.
27. Explica o autor: *Un indicio es un hecho que esta en relación intima con otro hecho, que un Juez llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural..... Aplicado al proceso criminal, es el hecho o circunstancia accesoria que se refiere al crimen principal*. Ibidem, p. 295 e 301, respectivamente.
28. Ibidem, p. 314.
29. CARNELUTTI, Francesco. *La Prueba Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982. p. 191.
30. NORES, Cafferata. *La Prueba en Proceso Penal*. Buenos Aires: Edicones Depalma, p. 203, 1988,
31. Ibidem, p. 203.

Assim sendo, para se demonstrar a responsabilidade sobre determinada conduta através da prova indiciária, deve haver uma prova propriamente dita que, ainda que se refira a outro fato diferente do *factum probandum*, permite a sua conclusão por meio do recurso a outras circunstâncias, que serão unidos através de um raciocínio indutivo que representa o nexo de causalidade entre esses fatos.

Ocorre que as declarações do agente colaborador, por expressa previsão legal (art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013), não podem configurar o *factum probans*, pois, como vimos, não devem ser reconhecidas, isoladamente, como prova, ou seja, não são inquestionáveis e induvidosas. Nesse sentido, a palavra do colaborador pode caracterizar apenas uma daquelas chamadas circunstâncias que, agregadas ao *factum probans,* permitem a conclusão acerca do *factum probandum*.

Isoladamente falando, portanto, a palavra do colaborador não configura uma prova eficaz, seja direta ou indireta, podendo, no máximo, se caracterizar como um dos elementos que, agregado a uma prova propriamente dita, ainda que de fato diferente, pode formar a conclusão para se atingir o indício[32]. Assim, a palavra do colaborador poderia, no máximo, constituir aquelas outras circunstâncias que contribuem à realização do raciocínio indutivo que revela a responsabilidade criminal de um integrante de organização criminosa, mas desde que suficientemente embasados em uma prova (o *factum probans* da prova indiciária).

Por essa razão, a palavra do colaborador, por si só, sequer pode ser equiparada a um indício[33], embora possa constituir parte da sua formação[34]. Inclusive, tal conclusão se encontra em perfeita sintonia com o artigo 4º, § 16, da Lei 12.850/2013, que exige outra prova (sem restrição de ser direta ou indireta, ou seja, pode ser o *factum probans* do indício) para se agregar à palavra do

32. Inclusive, Malatesta ensina que "indício é aquele argumento probatório indireto que deduz o desconhecido do conhecido por meio da relação de causalidade", o que nos possibilita compreender que a contribuição do colaborador não é esse "argumento probatório indireto", mas, sim, um elemento que irá contribuir para a formação dessa "relação de causalidade" (MALATESTA, 2001. p. 202).

33. Ao contrário do que defende Cezar Roberto Bitencourt, ao declarar que a colaboração premiada "deve situar-se, isso sim, em um patamar de mero indício probatório, o qual não sendo reforçado por outros elementos de convicção, não pode gerar, ele somente, qualquer classe de sustentáculo para a condenação" (BITENCOURT; BUSATO, 2014. p.137).

34. Para facilitar a compreensão, podemos recorrer à seguinte fórmula matemática: indício/*factum probandum* (X) = *factum probans* (Y) + outras circunstâncias/inclusive a colaboração premiada (Z).

colaborador e, assim, permitir a formação de um conjunto probatório apto a um juízo condenatório.

Em suma, pode-se concluir que, enquanto o acordo de colaboração premiada é mero meio de obtenção de prova, a palavra do colaborador (ou de vários colaboradores), após o transcurso da instrução criminal e a realização do contraditório e da ampla defesa, se torna uma prova, embora de eficácia relativa e condicionada à apresentação de outro elemento de convicção corroborante, uma vez que, isoladamente, não pode embasar uma sentença condenatória. Ora, se não possui eficácia plena e autônoma, a colaboração premiada não pode ser tratada como indício, uma vez que, no máximo, configuraria um de seus elementos formadores.

III. A justa causa

A dificuldade de delimitar a justa causa foi bem descrita por Sérgio Demoro Hamilton, ao destacar que "(...) a doutrina, até hoje, não encontrou uma definição em termos rígidos para conceito tão amplo, tal a variedade de matizes com que se apresenta o tema aos olhos do estudioso do problema"[35]. De fato, a noção de justa causa evoluiu de um conceito abstrato, identificada como a necessidade de que a denúncia (ou queixa) descrevesse, em tese, um fato típico, para um aspecto concreto, cuja abordagem incluiria a presença de elementos de convicção sobre a autoria e a materialidade delitiva.

Nessa trajetória, não houve consenso doutrinário acerca do enquadramento da justa causa entre as condições da ação penal[36]. Rogério Lauria Tucci, por exemplo, ao tratar do interesse de agir, considera que, apesar de multifária e inespecífica, a conceituação da justa causa, "é perfeitamente possível extremá-la em situações concernentes à verificação da admissibilidade do julgamento do *meritum causae* (e, portanto, do legítimo interesse, ou interesse de agir)"[37].

35. (HAMILTON, 2000. p. 11).

36. Posição também conhecida é a de Ada Pellegrini Grinover, considerando que "identificar o interesse de agir com o fumus boni iuris significa, em última análise, que o juiz deveria avaliar a possibilidade de que exista o direito subjetivo que o autor alegou" (GRINOVER, 1977. p. 119). Em outra obra, a crítica foi repetida: "a existência ou a aparência do direito não dizem respeito ao interesse de agir, como necessidade, utilidade ou adequação do provimento pretendido. E como, no processo penal, este é sempre necessário, o conceito de interesse de agir, nele, só pode ligar-se à utilidade ou à adequação do provimento" (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2014. p. 256).

37. (TUCCI, 2002. p. 95).

Em virtude dessa complexidade, Afrânio Silva Jardim, baseando-se na Reforma de 2008 do Código de Processo Penal e na nova redação do seu artigo 395[38], chegou a defender que "(...) a falta de justa causa deve ser algo distinto da inépcia da denúncia, que está no inc. I, e diferente dos pressupostos processuais (existência e validade), bem como diverso das condições para o exercício do direito de ação, que estão ambos no inc. II"[39].

Desse modo, a justa causa não seria mais uma condição da ação penal acusatória, atinente ao lastro probatório mínimo de uma imputação. Também não se equipararia ao mérito do processo (a sua falta não determina a absolvição do réu, ou seja, não gera uma sentença de improcedência do pedido condenatório), razão pela qual Afrânio[40] passou a defini-la como a própria imputação de um crime, com a descrição da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, em todas as suas circunstâncias (art. 41 do CPP[41]).

Maria Thereza de Assis Moura também não identificou a justa causa como condição da ação penal, embora tenha indicado que a falta de qualquer uma das condições da ação ensejasse na falta de justa causa[42]. De qualquer forma, independentemente da sua classificação jurídica como condição da ação penal, o importante é que, como ressalta Maria Thereza, a justa causa desempenha uma função mediadora entre a realidade social e jurídica, como um "(...) antídoto, de proteção contra o abuso de Direito"[43], na medida em que constituiu um limite ao exercício da promoção da ação penal pelo Ministério Público.

Destarte, através da imprescindibilidade da presença da justa causa, é possível exigir que o processo penal somente deva ser legitimamente instaurado quando

38. Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
I – for manifestamente inepta;
II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou
III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.
39. (JARDIM; AMORIM, 2016. p. 584).
40. "Em resumo, esclareço que a justa causa pressupõe acusação de uma conduta típica, em tese. Trata-se de uma questão de direito, vale a pena repetir. Isto é diferente de existir ou não suporte probatório mínimo de tudo o que esteja narrado na acusação (quarta condição para o regular exercício do direito de ação penal condenatória)" (JARDIM; AMORIM, 2016. p. 585).
41. Art. 41 do CPP: A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.
42. (MOURA, 2001. p. 221).
43. (MOURA, 2001. p. 99).

houver a demonstração do seu lastro probatório mínimo, ou seja, o apontamento das provas ou elementos de convicção que embasem a ação penal, seja aquela de índole condenatória, ou mesmo qualquer outra de caráter cautelar. A finalidade da justa causa é, portanto, a de impedir a apresentação de uma ação penal injusta e desproporcional, desamparada de elementos de convicção sobre a autoria e a materialidade daquele injusto penal, demonstrando a existência minimamente segura de um fato típico, antijurídico e culpável por parte do imputado, evitando-se, assim, o seu vexame gratuito e imotivado[44].

Daí o hábito atual de se chamar a justa causa, nas palavras de Aury Lopes Jr., de uma "condição de garantia contra o uso abusivo do direito de acusar"[45], relacionada à presença de dois fatores essenciais: existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade e controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal.

Outro aspecto bem levantado por Eugênio Pacelli de Oliveira foi a finalidade protetiva que a justa causa realiza ao direito à ampla defesa. Isso porque, ampliando-se o conceito definido no artigo 5º, LV, da Carta Magna, é importante que "a imputação feita na inicial demonstre, de plano, a pertinência do pedido, aferível pela correspondência e adequação entre os fatos narrados e a respectiva justificativa indiciária (prova mínima, colhida ou declinada)", a fim de que a defesa saiba "o caminho percorrido na formação da *opinio delicti*"[46] e, assim, planeje a sua melhor estratégia.

Aliás, não há um direito subjetivo do acusado em ver julgado o mérito da ação penal, mas certamente existe o seu direito subjetivo de não ser acusado sem a demonstração clara e inequívoca dos elementos de convicção utilizados para embasar a sua imputação, evitando-se o desenvolvimento da atividade jurisdicional inútil, ou útil somente para o seu constrangimento e vexame.

Nesse ponto, Gustavo Badaró ressalta "o caráter apenador do simples estar sendo processado. Essa realidade degradante que representa o *status* de réu num

44. Ressalta Antonio Scarance Fernandes que: "O simples fato da instauração do processo, principalmente para quem nunca se envolveu em ilícito criminal, causa sofrimento à pessoa acusada, abala a sua dignidade e produz reflexos nos diversos ângulos de sua vida – individual, familiar, social, política. Por isso, para a imputação em sentido estrito, não basta qualquer suspeita, impõe-se um juízo de probabilidade de condenação, com base em dados anteriormente obtidos, ou, como é corrente afirmar, há necessidade de justa causa para a ação penal. A denúncia não pode ser um ato de prepotência, mas um ato calcado em elementos previamente obtidos e que indicam alguém como o provável autor de prática delituosa" (FERNANDES, 2002. p. 249).

45. (LOPES JR., 2018. p. 196).

46. (PACELLI, 2018. p. 124).

processo penal faz com que não seja admitido que alguém seja processado criminalmente, sendo-lhe imputada a prática de um crime, sem que haja uma mínima base probatória quanto à existência do crime e sua autoria"[47]. Na prática, não se pode negar que o simples fato de estar sendo processado criminalmente, correndo até o risco de ser preso cautelarmente, constitui um fardo extremamente pesado ao acusado, que, de alguma forma, já estará sendo por isso punido e não sairá incólume dessa experiência.

Conclui-se, portanto, que a justa causa tem uma dupla dimensão, de direito fundamental e institucional, eis que os tipos penais protegem institutos jurídicos, devendo a ponderação das referidas dimensões ser analisada à luz do princípio democrático da dignidade da pessoa humana, no caso de eventual embate.

Desse modo, pretende-se sugerir que a justa causa não se limite apenas a um suporte probatório mínimo, ou se restrinja ao conceito de interesse de agir, ou represente a presença de tipicidade. Ela é tudo isso, mas não apenas isso. A justa causa é uma *cláusula de encerramento* que sacramenta, no âmbito processual penal, os preceitos constitucionais da dignidade, da proporcionalidade, além de exercer todas aquelas outras funções antes referidas. Ela concretiza a legitimidade de submeter alguém a um processo criminal sob todas as perspectivas exigidas pela ordem constitucional.

Especificamente quanto à tipicidade penal, a justa causa exige mais do que se subsumir a narração fática feita na denúncia ou na queixa a um tipo penal. A tipicidade é um indício da antijuridicidade, mas não é, por si só, suficiente para fazer mover a máquina persecutória estatal. Algumas vezes, o fato típico não justifica a demanda penal, o que ocorre quando o desvalor da conduta imputada ao agente não seja maior do que o proveito social que advirá em submeter-se alguém ao processo criminal. Ou, em outros termos, quando a conduta não seja grave o bastante para justificar a pretensão de imposição de uma sanção penal, que é o mais severo modo de reação do Direito. Nesse caso, quando o fato narrado puder ser tratado por outro modo menos ofensivo à dignidade da pessoa humana e mais proveitoso socialmente, não haverá justa causa para a propositura da ação penal, considerando-se tratar-se o Direito Penal de *ultima ratio* para recompor o tecido social injustamente violado[48].

Inclusive, segundo Cezar Roberto Bitencourt, "o caráter fragmentário do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas

47. (BADARÓ, 2017. p. 172).

48. Estes três últimos parágrafos constaram da conclusão do primeiro autor *et alli* na obra *Justa causa penal constitucional*, 2004. p. 90-91.

lesivas a bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes"[49]. Por isso, como salienta Aury Lopes Jr., "o princípio da proporcionalidade, visto como proibição de excesso de intervenção, pode ser visto como a base constitucional da justa causa"[50], especialmente no sentido de que deve haver uma clara proporcionalidade entre os elementos que justificam a intervenção penal e processual, de um lado, e o custo do processo penal, de outro.

Isso posto, não se discute que a justa causa seja o requisito que trata do suporte probatório mínimo à deflagração de uma ação penal[51], seja a principal ou outra de natureza cautelar, sendo certo que a denúncia não pode ser oferecida e qualquer medida cautelar não pode ser proposta sem que existam os elementos informativos suficientes acerca da autoria e da materialidade de um crime (fato típico, antijurídico e culpável), colhidos em fase pré-processual.

III.1. Os graus da justa causa e os tipos correspondentes de decisão

Embora a justa causa seja um requisito imprescindível para a deflagração de qualquer tipo de ação penal, cabe reconhecer que sua presença deve ser gradativa, conforme a intensidade da restrição nela embasada. Isso significa que existe uma proporção direta entre o grau da justa causa e o nível de constrição ao imputado pela correspondente decisão judicial, ou seja, quanto maior o constrangimento causado, mais robusto deve ser o conjunto probatório apresentado.

Por exemplo, no que tange às medidas cautelares, a prisão preventiva somente poderá ser decretada "quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria" (art. 312 do CPP), assim como a prisão temporária, que exige "fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado" (art. 1º, inciso III, da Lei 7.960/1989). Já no que se refere à denúncia, embora o atual CPP não tenha um dispositivo que diga claramente quando o MP deve requerer o arquivamento e, *a contrario sensu*, quando deve oferecer a exordial acusatória, o artigo 395 do CPP[52] elenca os casos em que o juiz deve rejeitar a denúncia, ressaltando a necessidade

49. (BITENCOURT, 2005. p. 19).

50. (LOPES JR., 2018. p. 197).

51. Art. 648, inciso I, do CPP.

52. Art. 395 do CPP. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.

da presença da justa causa para a sua promoção. A sentença penal condenatória, por sua vez, deve conter a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão (art. 381, III, CPP[53]).

Destarte, embora em todas essas espécies de decisões haja a referência à necessidade de acompanhamento da justa causa, isso não significa que em todas exige-se o mesmo grau de justa causa, na medida em que existe uma relação direta entre determinado tipo de decisão e certo grau de justa causa, formando-se uma relação entre o ônus do Ministério Público na apresentação da justa causa com o correspondente pedido apresentado, o que irá se refletir na consequente profundidade do juízo decisório.

Portanto, há uma congruência entre a justa causa exigida para determinado ato com a possibilidade, a probabilidade ou a certeza da responsabilidade do imputado, a serem aferidas em juízos decisórios que impõem alguma medida de constrição à sua liberdade, tais como, deferimento de medidas cautelares, recebimento de denúncia, sentença condenatória etc.

Na verdade, a referida graduação não se opera quanto ao convencimento judicial, pois o juiz está convencido ou não acerca de determinado fato, inexistindo convencimento parcial sobre um fato indivisível[54]. Porém, como salienta Gustavo Badaró[55], nem sempre a decisão judicial deverá ser fundada em certeza, nem em altíssimo grau de probabilidade, pois a mera possibilidade pode ser suficiente. Em outras palavras, o juiz precisa estar convencido da certeza, convencido da probabilidade ou convencido da possibilidade de determinado imputado ter

53. Art. 381 do CPP. A sentença conterá: III – a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.

54. Badaró adota a mesma linha de raciocínio: "Sobre o objeto da imputação incidirão as cogitações que, em uma curva ascendente, vão crescendo desde o grau de mera suspeita até a certeza judicial. A formação do convencimento do juiz sobre tal conteúdo, ao longo do processo, dá-se através de sucessivos juízos que, gradualmente, avançam do desconhecido para o conhecido, da incerteza para a certeza, da dúvida para a confirmação. Trata-se de juízos sucessivos com diferenças de quantidade, mas não de qualidade" (BADARÓ, 2013. p. 80).

55. "Há possibilidade no lugar da probabilidade, quando as razões favoráveis e contrárias da hipótese são equivalentes. No juízo de possibilidade não há predominância de qualquer das razões positivas sobre as negativas, ou vice-versa. Por outro lado, podemos construir o raciocínio: no juízo de probabilidade há um predomínio das razões positivas sobre as negativas, ou vice-versa. E mais: na medida em que o predomínio aumenta, maior a probabilidade. Quando o predomínio das razões positivas vai decrescendo, tendendo a se igualar às razões negativas, a probabilidade diminui. Isso até o ponto em que os juízos entre as razões positivas e negativas se igualam, pois aí se retorna ao campo do juízo de possibilidade" (BADARÓ, 2017. p. 173).

sido o responsável por certa conduta criminosa, a fim de que possa, em face dele, proferir uma decisão correspondente ao seu convencimento e que constrinja a sua liberdade.

Ocorre que não existe um critério objetivo para a aferição desse balanceamento entre o grau de probabilidade (possibilidade, probabilidade e certeza), pois a análise da presença da justa causa possui caráter extremamente subjetivo[56], uma vez que conceitos como necessidade e suficiência de valores variam entre as pessoas. Não existe, então, um critério seguro que defina o que se entende por justa causa "mínima", ou melhor, aquilo que seria um núcleo inquestionável de caracterização objetiva da justa causa, muito menos uma correlação desse critério com o tipo de pretensão apresentada e de decisão requerida.

Aliás, para Maria Thereza de Assis Moura, a indefinição conceitual da justa causa acontece justamente na medida em que "causa possui significado vago e ambíguo, enquanto justo constitui um valor"[57]. Todavia, isso não pode levar à conclusão de que qualquer elemento informativo seja suficiente a formar a justa causa para todo tipo de decisão judicial, especialmente aquelas em matéria processual penal e de cunho restritivo a direitos fundamentais.

Não concordamos, portanto, com a opinião restritiva de Afrânio Silva Jardim, ao declarar que para "(...) o exame da justa causa, basta constatar a existência (sem juízo de valor) da prova mínima que dê lastro à acusação. Se, no inquérito policial ou nas peças de informação, encontrarmos alguma prova da existência material da infração penal, de sua autoria ou participação e também prova mínima da ilicitude e culpabilidade, estará correto o exercício daquela ação penal condenatória"[58]. Como referido antes, a justa causa é mais do que suporte probatório mínimo. Ora, se, como vimos, o conceito de prova mínima é extremamente indeterminado e subjetivo, a mera presença de "alguma prova" seria algo ainda mais incerto, gerando a possibilidade de imputações baseadas em suposições e ilações.

Destarte, a configuração desse elemento informativo mínimo deve-se conectar, de forma imediata, com aquela medida que está sendo requerida, mas

56. (MOURA, 2001. p. 221).

57. (JARDIM; AMORIM, 2016. p. 90).

58. Para Canotilho e Nuno Brandão, "(…) deverão ser sujeitas a este rigoroso crivo de constitucionalidade não apenas as normas legais quando tomadas pelo seu valor facial, isto é, digamos assim, quando lidas ao pé da letra, mas também as interpretações normativas adoptadas pelo Ministério Público e/ou pelo juiz nas suas intervenções processuais no âmbito de acordos de colaboração premiada sob invocação de determinada regra legal ou da conjugação de vários preceitos legais" (CANOTILHO; BRANDÃO; 2016. p. 24).

também, de maneira mediata, com o estudo da viabilidade da ação penal. Em outras palavras, a presença da justa causa se relaciona diretamente com a possibilidade daquele determinado elemento de convicção ser apto a embasar o respectivo provimento jurisdicional ao qual serve como justa causa, bem como com a respectiva limitação às garantias individuais daquele que irá sofrer com as consequências dessa e de eventuais decisões judiciais subsequentes, o que deve ser aferido no que se refere à colaboração premiada.

IV. A colaboração premiada como justa causa

Com base naquilo até aqui exposto, a credibilidade do acordo de colaboração premiada homologado, porém não confrontado pelas partes, não se equipara à palavra do colaborador depois da realização da audiência de instrução e julgamento, pois, enquanto o acordo não é prova, o testemunho/interrogatório do colaborador é prova, apesar da sua eficácia relativa e condicionada. Isso porque, conforme já sustentado, o acordo de colaboração premiada foi produzido na fase pré-processual, ou seja, muitas das vezes sem a apresentação dos resultados concretos daquela cooperação, bem como sem a presença do juiz, das partes e, assim, do contraditório e da ampla defesa[59].

Desse modo, não restam dúvidas de que o acordo de colaboração premiada não pode ser valorado em uma sentença, sendo possível, todavia, que a sua ratificação posterior e em juízo pelo colaborador possa ser considerada como prova, mas desde que inserida em um conjunto probatório, o que foi reconhecido expressamente no artigo 4º, § 16, da Lei 12.850/2013, e vem sendo seguido pela doutrina[60] e pela jurisprudência[61].

---

59. Para Vinicius Vasconcellos: "(...) a partir da lógica da oralidade e publicidade que deve guiar o sistema acusatório, é necessário que somente possam ser valorados pelo julgador no sentenciamento aqueles elementos de prova produzidos durante a fase processual da persecução, com respeito ao contraditório. (...) Isto porque não se produz prova na primeira fase da persecução penal. Somente poderão ser considerados provas, no sentido técnico-processual do termo, aqueles elementos produzidos na presença do juiz e das partes, as quais devem ter efetiva possibilidade de participar de sua produção e oferecer contraprova" (VASCONCELLOS, 2017. p. 218-219).

60. De acordo com Canotilho e Nuno Brandão, "(...) num processo penal democrático só é admissível uma responsabilização penal baseada em factos apurados de modo processualmente válido, proscrevendo-se uma procura da verdade a todo custo" (CANOTILHO; BRANDÃO, 2016. p. 24).

61. AP 676 / MT, Mato Grosso, rel.(a): Min. Rosa Weber, J. 17.10.2017. Ementa Penal. Processual Penal. Operação Sanguessuga. Deputado Federal. Quadrilha, corrupção passiva

Contudo, preliminarmente à sentença, deve ser examinado se outras decisões judiciais, especialmente a decretação de prisões cautelares e o recebimento da denúncia, podem ser embasados apenas na contribuição do acordo de colaboração premiada.

Como vimos, sendo meio de obtenção de prova (art. 3º, inciso I, da Lei 12.850/2013), consubstancia-se o acordo de colaboração premiada no instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas propriamente ditas, que serão utilizados posteriormente no convencimento judicial. Por exemplo, o comprovante eletrônico de recebimento de um pagamento indevido seria a prova, enquanto a quebra de sigilo bancário o seu meio de obtenção. Assim, a quebra do sigilo, por si só, em nada contribui para a convicção do magistrado acerca da responsabilidade criminal.

Entretanto, não se pode negar que, no acordo de colaboração premiada, ocorre uma diferença na medida em que há nele inserido um ato direto de produção de um elemento de investigação. Isso porque, além de meio de obtenção de prova, o acordo enseja uma confissão e a incriminação de comparsas, o que seria equivalente ao interrogatório cumulado à oitiva de testemunhas em sede policial (daí o seu caráter misto referido no tópico II.1).

Nesse sentido, quando falamos do tipo de decisão preliminar à sentença que pode ser embasada na palavra do colaborador, não nos referimos à sua natureza de meio de obtenção de prova, mas, sim, na sua utilização direta. Em outras palavras, da mesma forma que pode o Ministério Público representar por uma prisão temporária ou oferecer uma denúncia com base na confissão de um coautor

---

e crime licitatório do art. 90 da Lei 8.666/93. Colaboração premiada. Ausência de corroboração. Insuficiência de prova acima de dúvida razoável. Presunção de inocência. Absolvição. 1. A colaboração premiada é meio de obtenção de prova (artigo 3º da Lei 12.850/2013). Não se placita, antes ou depois da Lei 12.850/2013, condenação fundada exclusivamente nas declarações do agente colaborador. 2. A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o standard anglo saxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), o qual foi consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. 2.1. Na espécie, ausente prova para além de dúvida razoável da participação do acusado, Deputado Federal, nos crimes licitatórios praticados com verbas decorrentes de emendas orçamentárias de sua autoria, do recebimento de vantagem indevida em decorrência das emendas orçamentárias, ou de associação perene a grupo dedicado à prática de crimes contra a administração pública, particularmente no que diz quanto à aquisição superfaturada de ambulâncias com recursos federais. 3. Ação penal julgada improcedente.

do crime ou nas declarações em sede policial de uma testemunha, poderia fazer o mesmo lastreando-se exclusivamente na contribuição do colaborador?

Para a resposta desse problema, deve-se aferir a hipótese da colaboração premiada ser equivalente aos elementos informativos produzidos durante uma investigação. De acordo com Aury Lopes Jr., os atos de investigação ou de instrução preliminar (ressalvadas as chamadas provas irrepetíveis e as cautelares de antecipação de provas) "esgotam a sua eficácia probatória com a admissão da acusação, isto é, servem para justificar medidas cautelares e outras restrições adotadas no curso da fase pré-processual e para justificar o processo ou o não-processo"[62].

Após esse momento preclusivo, precisam ser refeitos, mas, obviamente, desde que isso seja viável e possível. Caso contrário, não produzirão efeitos durante o processo. Porém, no que se refere à colaboração premiada, ao contrário dos elementos de investigação, que, se repetidos em juízo, terão a validade e eficácia de prova, a contribuição do colaborador, ainda que repetida em juízo, terá apenas eficácia relativa e condicionada de prova.

De fato, apesar de as palavras do réu ou de uma testemunha, em sede policial, por si só, não configurarem prova, mas mero elemento informativo, se forem repetidas e ratificadas em juízo, passarão a ser prova e estarão sujeitas ao crivo ponderado do magistrado. No entanto, as declarações do agente colaborador, mesmo que repetidas e ratificadas em juízo perante os corréus delatados e apesar de possuírem validade de prova, para terem utilidade, dependerão da existência de outra prova independente que as corrobore, o que significa que, isoladas, não possuem eficácia probatória (art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013).

Desse modo, se as palavras do colaborador não têm a aptidão para se tornarem provas isoladas, ou seja, suficientes por si só a embasar um juízo condenatório, ainda que repetidas em juízo, isso gera a conclusão de que a colaboração premiada possui eficácia inferior à dos elementos de convicção de uma investigação.

Aliás, no que tange à imprescindibilidade de repetição em juízo para a outorga da qualidade de prova, sabe-se que os chamados elementos informativos produzidos na fase inquisitorial também podem ser repetíveis ou irrepetíveis. O primeiro grupo se refere àqueles elementos que, produzidos fora do processo, podem e devem ser reproduzidos durante o processo (prova testemunhal, acareação, reconhecimento etc.). Já o segundo diz respeito àqueles que, por sua própria natureza, devem ser realizados no momento do descobrimento, sob pena de perecimento ou impossibilidade de posterior análise. Apesar de colhidos

62. (LOPES JR, 2003. p. 130-203).

diretamente pela autoridade investigativa, o contraditório será diferido ao processo futuro (exame de corpo de delito, laudo de local, exame toxicológico etc.).

Nesse ponto, por exemplo, uma testemunha que presta depoimento em sede policial configura um elemento informativo mínimo. Contudo, se ela morrer ainda durante o inquérito, não deve, por si só, embasar uma denúncia ou uma medida cautelar, a não ser que o Ministério Público indique outro elemento informativo que será produzido judicialmente, uma vez que "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas" (art. 155 do CPP).

Ora, se o valor do depoimento em sede policial dessa testemunha se restringe a embasar um juízo de recebimento de denúncia, mas se será impossível a sua repetição em juízo, parece óbvio que a sua eficácia se exauriria no momento do oferecimento da denúncia, razão pela qual propor uma ação penal com base exclusivamente nesse elemento impediria um provimento condenatório futuro, o que fulminaria o interesse de agir dessa demanda, uma vez que, se a situação probatória for mantida, as restrições aos direitos fundamentais seriam inúteis e causariam constrangimento desnecessário ao imputado

Em resumo, para embasar uma ação penal, seja condenatória ou cautelar, o elemento informativo da investigação, caso desacompanhado de qualquer outro que o corrobore e forme com ele um conjunto probatório, deve ser no mínimo adequado a possibilitar a sua própria repetição em juízo, a fim de que passe a ostentar futuramente a qualidade de prova. Se, ao contrário, não puder ser repetido em juízo, seja por uma impossibilidade física ou técnica, esse elemento informativo não pode, isoladamente, constituir a justa causa para a deflagração do *jus persequendi in judicio*.

IV.1. A decretação de prisões cautelares

Cediço que, no que tange às medidas cautelares, a prisão preventiva somente poderá ser decretada "quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria" (art. 312 do CPP), assim como a prisão temporária, que exige "fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado" (art. 1º, inciso III, da Lei 7.960/1989).

Tratam os dispositivos do chamado *fumus commissi delicti*, isto é, do requisito cautelar concernente à presença, no processo penal, da probabilidade de ocorrência de um crime, através da prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Assim, para a sua presença, a materialidade deve estar provada (por qualquer meio de prova, ainda que não seja pericial), enquanto a autoria deve ser provável, ou seja, nas palavras de Andrey Borges de Mendonça, "necessário haver probabilidade de condenação, ao menos no estado do ato"[63].

Portanto, no caso da decretação de uma prisão cautelar, devem haver mais elementos que confirmem a autoria do imputado do que outros que a neguem. A excepcionalidade desse constrangimento à liberdade não se contenta, assim, com a mera possibilidade da autoria do imputado, o que seria "quando as razões favoráveis e contrárias da hipótese são equivalentes"[64]. É imprescindível, então, um predomínio das razões positivas sobre as negativas, a fim de que se torne viável a prisão cautelar.

Com efeito, no que se refere ao presente tópico e dentro da graduação entre possibilidade, probabilidade e certeza, para que a colaboração premiada pudesse embasar uma prisão cautelar seria necessária a sua aptidão para, em tese, formar, no mínimo, a convicção acerca da probabilidade da autoria.

Ocorre que não há dúvidas de que a colaboração premiada seria ineficaz como fundamento único de uma sentença condenatória, o que significa sua incapacidade de gerar o juízo da certeza. Por outro lado, mesmo para formar a probabilidade, a colaboração premiada precisaria estar acompanhada de outros elementos de convicção, a fim de que houvesse o predomínio das razões positivas. Isso porque, no caso de a colaboração premiada ser o único elemento de convicção acerca da autoria do imputado, ou seja, não havendo nenhuma outra informação corroborante além da palavra do próprio delator, a razão positiva de decretação da prisão cautelar estaria baseada em um único dado concreto.

Desse modo, enquanto do lado do Ministério Público haveria a palavra do colaborador, com a defesa estaria a negativa da autoria, em situação de eventual empate gradativo na persuasão judicial, o que ensejaria a inaptidão da colaboração premiada a embasar, isoladamente, uma prisão cautelar. Essa hipótese traria uma dúvida sobre a presença do *fumus commissi delicti*, sendo que, de acordo com Andrey Borges de Mendonça, "não há que se falar em aplicação do suposto princípio *in dubio pro societatis*"[65].

Vale frisar que não estamos dizendo que todos os meios de prova da mesma espécie se equivalem em valor, como se houvesse um peso uniforme previamente atribuído, por exemplo, à prova testemunhal. Ora, é evidente que, pelo nosso

63. (MENDONÇA, 2017. p. 312).

64. (BADARÓ, 2017. p. 173).

65. (MENDONCA, 2017. p. 311).

sistema do livre convencimento motivado (art. 155 do CPP), uma única prova pode "vencer" várias outras, ainda que do mesmo tipo, quando em uma análise de confronto direto de credibilidade, mas desde que seja suficiente a persuadir o magistrado sobre a sua maior verossimilhança.

No entanto, tratando-se especificamente de colaboração premiada, há uma incredulidade presumida diante da sua ineficiência isolada a produzir o resultado natural de uma prova, isto é, a convencer o juiz acerca de determinado fato, o que interfere mesmo na formação da probabilidade.

Aliás, embora a cautelar se contente com a probabilidade, esse requisito deve ser alcançado de forma plena, ou seja, deve haver a certeza da probabilidade, mas não a probabilidade da probabilidade. Apesar de parecer contraditório, a cognição sumária da responsabilidade, típica do provimento cautelar, não significa uma cognição superficial da própria probabilidade, mas, sim, exauriente quanto a esse aspecto. Isso porque, "analisando a cognição cautelar em relação ao próprio processo cautelar, isto é, em relação tão somente aos requisitos necessários para a concessão da tutela cautelar, se verifica que tal cognição não sofre, em si, qualquer limitação quanto à sua profundidade"[66].

Embora o nível de cognição necessário na cautelar seja menos profundo do que o próprio para condenar, o atingimento desse nível deve ser obtido através de segurança, pois, caso o magistrado fique em dúvida sobre a probabilidade, deve indeferir o pedido do MP. Porém, a colaboração premiada não é exauriente na formação sequer do juízo de probabilidade, considerando que não há nenhuma outra razão que a corrobore.

Destarte, em relação ao próprio tema do processo cautelar, isto é, a probabilidade da autoria do delatado, a colaboração premiada isolada não seria exauriente para o convencimento do magistrado na decretação de uma prisão provisória.

IV.2. O recebimento da denúncia

De acordo com Gustavo Badaró, "no início do inquérito policial, tem-se um fato atribuído a alguém, em grau de mera suspeita. Posteriormente, quando se vai avançando no caminho da transformação da probabilidade em certeza, o mesmo conteúdo será agora qualificado não sob a ótica da mera suspeita, mas de indícios, o que autorizaria o oferecimento da denúncia com a formulação da pretensão penal, isto é, da imputação"[67].

66. (BADARÓ, 2003. p. 420).

67. (BADARÓ, 2013. p. 79).

Nessa linha, por mais de uma vez, já reconheceu o Supremo Tribunal Federal que o conteúdo dos depoimentos colhidos em sede de colaboração premiada constituiria indício de autoria suficiente para embasar o recebimento da denúncia[68].

Entretanto, com base naquilo que examinamos anteriormente, cabe destacar que, na verdade, a colaboração representa apenas a circunstância que, acrescida a um fato conhecido e provado, pode formar o indício. Outrossim, também asseveramos que a palavra do colaborador, ainda que repetida em juízo, não possui a aptidão para, isoladamente, sustentar uma sentença condenatória.

Por isso, muito provavelmente, a expressão indício, utilizada pela jurisprudência, não foi em seu sentido técnico do artigo 239 do CPP, mas, sim, como uma simples prova leve, ou uma prova semiplena da autoria, da mesma forma que no artigo 312 do CPP[69].

---

68. Inq 3982/DF, rel. Min. Edson Fachin, J. 07.03.2017.

    Ementa: inquérito. Corrupção passiva majorada e lavagem de capitais (Art. 317, § 1º, C/C ART. 327, § 2º, do Código Penal e art. 1º, *caput* e § 4º, da Lei 9.613/1998). Inépcia da denúncia. Rejeição. Indícios de autoria e materialidade demonstrados. Substrato probatório mínimo presente. Atendimento dos requisitos do art. 41 do CPP. Denúncia recebida em parte. 1. Não contém mácula a impedir a deflagração de ação penal denúncia que descreve, de forma lógica e coerente, a imputação no contexto em que se insere, permitindo ao acusado compreendê-la e exercer seu direito de defesa (Ap 560, rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, *DJe* de 11.06.2015; Inq 3.204, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, *DJe* de 03.08.2015). 2. O juízo de recebimento da denúncia é de mera delibação, nunca de cognição exauriente. Assim, há que se diferenciar os requisitos para o recebimento da exordial acusatória, delineados no art. 41 do Código de Processo Penal, com o juízo de procedência da imputação criminal. 3. Conforme já anunciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada não é prova por si só eficaz, tanto que descabe condenação lastreada exclusivamente neles, nos termos do art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013. São suficientes, todavia, como indício de autoria para fins de recebimento da denúncia (Inq 3.983, rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, *DJe* de 12.05.2016). No caso, vislumbra-se substrato probatório mínimo de materialidade e autoria. 4. É inviável a incidência da causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal, pelo mero exercício do mandato parlamentar (Inq 3.983, rel. Min. Teori Zavaski, Tribunal Pleno, *DJe* de 12.05.2016; e Inq 3.997, rel. Min. Teori Zavaski, Tribunal Pleno, *DJe* de 26.09.2016), porquanto a jurisprudência desta Corte determina a existência de uma imposição hierárquica (Inq 2.191, rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, *DJe* de 08.05.2009), sequer descrita nos presentes autos. 5. Denúncia recebida, em parte, com relação ao art. 317, § 1º, do Código Penal e art. 1º, V e § 4º, da Lei 9.613/1998, na redação anterior à Lei 12.683/2012.

69. "No art. 312 do CPP, o legislador, certamente, utiliza-se da expressão 'indícios' em sentido diverso daquele empregado no art. 239, querendo referir a um dado probatório que

Ocorre que, mesmo sendo essa a interpretação, parece que deveria ser acrescido à orientação do Supremo Tribunal Federal que, para embasar uma denúncia, o depoimento do colaborador precisaria estar amparado por outra prova já existente, a fim de que, aí sim, pudesse formar completamente um indício. Essa prova, como vimos, embora certa, não precisa ser direta quanto ao *factum probandum*, já que a relação a ser estabelecida com o objeto da apuração seria através justamente da participação do colaborador.

Alternativamente, não havendo essa outra prova, a outra maneira que se vislumbra tecnicamente possível da denúncia estar ancorada apenas no depoimento do colaborador seria se, no seu conteúdo, houvesse a referência a outras provas existentes, embora ainda não produzidas, mas que serão oportunamente apresentadas durante a instrução criminal[70]. Nesse caso, com a menção, tanto no depoimento do colaborador como na denúncia (ou na cota denuncial), acerca de outra fonte de prova certa, concreta e independente, o depoimento do colaborador poderia, em tese, embasar uma denúncia.

Somente nessas hipóteses é que se evitaria a instauração de ação penal apenas baseada na palavra do colaborador, sem sequer uma referência a outra fonte de prova independente que seria acrescida durante a instrução, o que fulminaria o interesse de agir da demanda, conforme já reconheceu a jurisprudência do Ministro Luiz Fux[71].

Ademais, como vimos no ponto anterior, também somente nessas hipóteses é que a possibilidade de o colaborador estar falando a verdade se transformaria em probabilidade, dependendo da força agregadora do elemento informativo corroborante, uma vez que, caso contrário, seria a sua palavra contra a do delatado, o que poderia não ser suficiente a vencer a barreira da mera possibilidade.

Parafraseando Malatesta, "o juízo penal só se instaura quando existe a fé de poder chegar à verificação da criminalidade, para que se faça justiça"[72]. Todavia,

---

possa dar suporte a um juízo positivo de autoria, embora não haja certeza da mesma" (BADARÓ, 2003. p. 424).

70. Em passagem já transcrita aqui anteriormente, Eugênio Pacelli deixou claro que a justa causa pode ser formada por uma prova ainda não produzida, embora já declinada: "a imputação feita na inicial demonstre, de plano, a pertinência do pedido, aferível pela correspondência e adequação entre os fatos narrados e a respectiva justificativa indiciária (prova mínima, colhida ou declinada)" (PACELLI, 2018. p. 124).

71. STJ – Questão de Ordem APn 514/PR, rel. Min. Luiz Fux, J. 28.10.2010: é ausente lastro probatório mínimo para a justa causa da persecução penal "(...) quando a única prova produzida é resultante de delação premiada de suposto opositor político".

72. (MALATESTA, 2001. p. 148).

a colaboração premiada, por si só, não nos leva a lugar algum, muito menos a verificações incontestes de fatos controversos.

IV.3. O elemento informativo corroborante

Como vimos, para haver a justa causa, ainda no que tange à formação de juízos de probabilidade, a colaboração premiada deve necessariamente estar acompanhada de outro tipo de elemento de convicção que a corrobore, isto é, outro elemento informativo que já seja uma prova ou que, pelo menos, seja apto a se tornar prova no futuro processo.

Essa necessidade de a colaboração ser corroborada por outra prova decorre não apenas da falta de comprovação dos resultados da cooperação, do contraditório e da ampla defesa na sua obtenção, como também na desconfiança da sua contribuição por ser uma contrapartida a um benefício que pretende receber na diminuição da sanção da sua conduta.

A princípio, pode o magistrado, apesar de através de uma fundamentação reforçada[73], utilizar qualquer prova ou meio de obtenção de prova para essa finalidade. Contudo, deve-se destacar que esse outro elemento probatório deve ser independente da colaboração premiada, a fim de não ser equiparado ao cruzamento de delações[74], isto é, como explica Vinicius Vasconcellos,

73. Geraldo Prado salienta a importância do dever de fundamentação reforçada das decisões no âmbito das medidas cautelares: "(...) considerar-se-á motivada a decisão interlocutória quando esta se apresentar completa, consistente, suficiente e coerente, o que, no âmbito das cautelares que afetam os direitos fundamentais do imputado, reclama mais vigorosa fundamentação" (PRADO, 2016. p. 136).

74. Consoante Gustavo Badaró: "A lei não define a natureza do meio de prova do qual advirão os elementos de corroboração do conteúdo da delação. Em princípio, portanto, a corroboração pode se dar por intermédio de qualquer meio de prova ou meio de obtenção de prova: documentos, depoimentos, perícias, interceptações telefônicas... Mas uma questão interessante é se serão suficientes para justificar uma condenação duas ou mais delações com conteúdos concordes. É o que se denomina *mutual corroboration* ou corroboração cruzada. Ou seja, o conteúdo da delação do corréu *A*, imputando um fato criminoso ao corréu *B*, ser corroborado por outra delação, do corréu *C*, que igualmente atribua o mesmo fato criminoso a *B*. Cabe observar que a regra do § 16 do art. 4º da Lei 12.850 não atinge a delação premiada quanto a sua admissibilidade. Ao contrário, é uma prova admissível que, contudo, recebe um descrédito valorativo, por ser proveniente de uma fonte considerada 'impura', o que justifica seu ontológico *quid minus* em relação ao testemunho. Se assim é, e se o próprio legislador atribui à delação premiada em si uma categoria inferior ou insuficiente, como se pode admitir que a sua corroboração se dê com base em elementos que ostentam a mesma debilidade ou inferioridade? Assim sendo,

> (...) a colaboração premiada precisa ser confirmada por elementos externos, a partir de um exame que se projeta na identificação de uma prova independente, capaz de demonstrar e comprovar que a manifestação do cúmplice é verdadeira no que se refere a um corréu[75].

Com efeito, não apenas a fonte de prova deva ser outra, mas também nela não deve ocorrer a participação do colaborador. Nesse aspecto, seriam bem-vindos, por exemplo, anotações, documentos, planilhas ou arquivos digitais apreendidos com o próprio colaborador, por serem elementos probatórios independentes.

Entretanto, caso haja a necessidade de serem interpretados exclusivamente pelo próprio delator, diante de uma codificação indecifrável por terceiros, pode ser que não seja alcançado o requisito da externalidade, uma vez que, novamente de acordo com Vinicius Vasconcellos: "(...) as declarações do colaborador devem ser sempre confirmadas por elementos externos, restando prejudicada a imposição de qualquer medida intrusiva exclusivamente nelas fundamentadas"[76].

Melhor explicando, imagine-se a apreensão de uma lista de pagamento de propina na residência de um colaborador, mas codificada no sentido de que, sem a sua interpretação, seria impossível identificar os nomes e os motivos dos supostos pagamentos. Ora, se além da palavra do delator, relatando a razão da entrega da propina e fornecendo os nomes reais dos pretensos beneficiários, não houver nenhuma outra prova autônoma e independente (como um comprovante de transferência), aquela suposta prova obtida através da busca e apreensão estaria, na verdade, inserida na limitação à colaboração cruzada, embora, nesse caso, tivesse sido ratificada pelo mesmo delator.

Portanto, a avaliação subjetiva do convencimento da prova real, obtida através de uma busca e apreensão, ou seja, por um ato involuntário dos investigados e delatores, embora seja limitada[77], já que supostamente produzida de surpre-

---

não deve ser admitido que o elemento extrínseco de corroboração de uma outra delação premiada seja caracterizado pelo conteúdo de outra delação premiada. Sendo uma hipótese de grande chance de erro judiciário, a gestão do risco deve ser orientada em prol da liberdade. Neste, como em outros casos, deve-se optar por absolver um delatado culpado, se contra ele só existia uma delação cruzada, a correr o risco de condenar um delatado inocente, embora contra ele existissem delações cruzadas" (BADARÓ, 2015. p. 26-29).

75. (VASCONCELLOS, 2017. p. 224).

76. (VASCONCELLOS, 2017. p. 228).

77. Segundo Malatesta, "(...) a avaliação subjetiva das provas reais tem um campo limitadíssimo e uma importância muito menor do que as provas pessoais. E a pouca importância da avaliação subjetiva das provas reais surge mais clara quando se lembra que

sa, deve ser temperada nesse caso em que ocorre justamente o inverso, ou seja, a participação direta e imprescindível do agente colaborador na sua interpretação.

Outrossim, a confirmação por elementos probatórios distintos deve se dar em relação a cada fato ou pessoa relevante ao processo, sendo que também não basta que essa colaboração externa às declarações do colaborador seja genérica ou de mera confirmação da sua credibilidade pessoal, como se fosse um testemunho abonatório. É imprescindível que a imputação seja relacionada com a sua correspondente justa causa, de modo a ficarem claros os elementos de convicção existentes em face de cada fato ou pessoa diferente mencionada na investigação ou na ação penal.

V. Conclusão

Isto posto, caso os órgãos de persecução penal se vejam exclusivamente com uma colaboração premiada como justa causa, a medida mais recomendada seria a deflagração de uma investigação em face daquele que foi delatado, o que equipara a eficácia do depoimento do colaborador a uma mera notícia anônima[78], consoante Vinicius Vasconcellos[79], Thiago Bottino[80] e Frederico Valdez Pereira[81].

---

a apreensão judicial das coisas, para fazê-las funcionar como provas, tem lugar quase sempre imediatamente após o delito e, pela imediata apreensão, se assegura sua identidade, de outro, são elas subtraídas à facilidade das falsificações, através das mil garantias de que é costume cercá-las" (MALATESTA, 2001. p. 154).

78. "Notícias anônimas de crime, desde que verificada a sua credibilidade por apurações preliminares, podem servir de base válida à investigação e à persecução criminal" (STF HC 106152/MS, rel. Min. Rosa Weber), ou seja, a chamada "denúncia anônima" é elemento informativo, mas não possui o valor mínimo apto a embasar a deflagração de uma ação penal ou uma medida cautelar, mas mero início de investigação.

79. "(...) pode-se unicamente aventar a possibilidade de início de investigações paralelas, a partir de elementos apresentados pelo delator, de modo semelhante ao regime da *notitia criminis*, ou, dependendo da situação, conforme a urgência do caso, a imposição de medidas cautelares probatórias em busca de elementos para a corroboração da colaboração" (VASCONCELLOS, 2017. p. 229).

80. "Isoladamente, as declarações de réus colaboradores, ainda que sob o compromisso de dizerem a verdade, não podem ser consideradas provas, nem sequer indícios, que possam ensejar o recebimento de uma acusação criminal, a imposição de medidas cautelares ou um decreto condenatório. Com efeito, se a prisão preventiva exige 'prova da existência do crime e indício suficiente de autoria' (art. 312, do CPP/1941), essa prova não poderá se constituir nas declarações do réu colaborador. De igual forma, os indícios de autoria, tampouco poderão se limitar a tais declarações, eis que a lei define indício a partir de fatos já provados: 'Considera-se indício a circunstância conhecida e provada,

Como o acordo de colaboração premiada, por si só, não possui aptidão futura de eficácia de prova, autorizar o oferecimento de uma denúncia com base

que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias' (art. 239, do CPP/1941). Embora a própria Lei 12.850/2013 afirme que 'Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador' (art. 4º, § 16), afirma-se, com base nos acordos de colaboração examinados, onde se constata a ampliação dos benefícios para muito além daquilo que o legislador dispôs, a inexistência de força probatória nessas declarações, seja para embasar uma sentença, seja para justificar a imposição de uma medida cautelar ou mesmo para justificar o recebimento de uma denúncia. Não se discute que a prolação de uma sentença condenatória deve estar calcada em provas produzidas sob o contraditório (art. 155, CPP). E que a colaboração premiada não possui natureza de prova. Mas impõe-se que o texto da lei seja interpretado de forma analógica para medidas cautelares e para o recebimento da denúncia. Com efeito, todas as medidas cautelares, sejam elas pessoais (prisão preventiva, temporária e interceptação telefônica) ou reais (busca e apreensão, arresto, sequestro e hipoteca legal), investigativas ou assecuratórias, exigem, para sua decretação, de lastro probatório mínimo. Isto é, não se admite qualquer medida cautelar sem que haja uma base probatória que lhe dê suporte. Sem provas, ainda que mínimas, da existência do crime, não é possível avançar sobre a liberdade do cidadão. E a Lei 12.850/2013 expressamente rechaçou a natureza probatória da colaboração premiada. De igual forma, determina o Código Processual que 'Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (...) III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.'. Justa causa, como conceitua unanimemente a doutrina, constitui um conjunto probatório, ainda que mínimo, mas que comprove a existência do crime. Depoimentos prestados no âmbito de uma colaboração premiada não têm essa natureza de lastro probatório. Por conseguinte, não se prestam, por si só, para embasar qualquer decisão judicial, seja ela uma sentença condenatória, seja uma medida cautelar, ou mesmo o recebimento de uma denúncia" (BOTTINO, 2016. p. 11).

81. "(...) terá eficácia de mera *notitia criminis* as declarações do colaborador processual que não estiverem corroboradas por outros dados externos (...)" (PEREIRA, 2008. p. 97). Em posterior obra, discorrendo sobre a importância do princípio da presunção da inocência no âmbito da delação premiada, Frederico Valdez Pereira declara que: "(...) não é suficiente qualquer prova para abalar o status de inocência, senão de que o conjunto probatório, além de respeitar as garantias constitucionais e legais, deve desenvolver-se durante a instrução judicial a partir de atos probatórios de incriminação aptos a demonstrar a culpabilidade do acusado. A prova da culpabilidade, para fins de formação de um juízo condenatório, deve ser segura e induvidosa, a culpa do acusado deve ficar demonstrada acima de desconfiança justa, mediante a inserção de atividade probatória da culpabilidade perfeita do ponto de vista formal, além de eficaz sob o perfil substancial. Há verdadeira imposição de absolvição quando a responsabilidade penal do imputado não tenha sido verificada com certeza, fora da dúvida razoável" (PEREIRA, 2013. p. 152). Mais à frente, na mesma obra, o autor concluiu que: "As declarações acusatórias de coimputado arrependido serão avaliadas neste quadro delineado pelo postulado da presunção da inocência, e a este meio de prova não se poderá racionalmente conferir os

exclusivamente em seu conteúdo, sem ao menos se referir a provas concretas que seriam obtidas futuramente na instrução criminal processual, parece incoerente, na medida em que a ação penal estaria fadada ao insucesso.

Da mesma forma, não seria prudente a decretação de uma prisão cautelar[82], medida extremamente excepcional, com base unicamente em uma colaboração premiada, sem ter sido confirmada por uma prova ou, no mínimo, um elemento informativo que tivesse a aptidão futura para se tornar prova[83].

Soa muito mais técnico e adequado, então, que o acordo de colaboração premiada enseje apenas a instauração de uma investigação para a busca de outros elementos informativos ou provas, de acordo com posição defendida por Frederico Valdez Pereira: "(...) simples declaração acusatória de pretenso colaborador da justiça não pode ter ainda nenhum efeito de restrição sobre direitos do acusado que não se relacionem estritamente em atos de investigação, ou seja, com o início de uma pesquisa investigativa com vistas a colher indícios mínimos de veracidade. Não se pode embasar nenhuma medida cautelar restritiva sobre o imputado sem que se tomem as medidas necessárias a indicar a provável veracidade da delação".

Aliás, justamente por ser um meio de prova, a finalidade da colaboração premiada deveria ser exatamente a de buscar a prova, ao invés de constituir a prova propriamente dita. Assim, no máximo, ou seja, além da mera instauração de uma investigação, poder-se-ia vislumbrar, mas desde que a contribuição do agente colaborador fosse muito verossímil, rica em detalhes ou de difícil confirmação por outras informações, que as suas declarações embasassem isoladamente a decretação de medidas cautelares aptas a conseguir novas provas, isto é, outros meios de obtenção de prova, como interceptações telemáticas e telefônicas, busca e apreensão, quebras de sigilo fiscal e bancário etc.

Enfim, o ideal e prudente seria que o conteúdo das palavras do agente colaborador fosse sempre corroborado por outros elementos de informação ou provas, a fim de que se garanta uma persecução penal segura, robusta e não baseada apenas em possíveis revanchismos, falsidades e oportunismos.

---

atributos de certeza e segurança, pois as informações do colaborador advém de pessoa interessada no processo. Daí porque se conclui que não há como se afirmar a responsabilidade penal do acusado, desvirtuando sua presunção de inocência, com base tão somente em delação processual" (PEREIRA, 2013. p. 157).

82. (PEREIRA, 2008. p. 110).

83. Vale lembrar que o imputado que tiver sido delatado e eventualmente for preso pode usar de sua prerrogativa ao silêncio e não produzir nenhuma prova contra si mesmo, fazendo com que, novamente, o acordo de colaboração permanecesse como elemento informativo isolado.

Referências bibliográficas

AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas. *Crime organizado*. Análise da Lei 12.850/2013. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 443, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2005. v. 1.

BITTENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organizações Criminosas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOMFIM, Daniela; DIDIER JR, Fredie. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. *Repercussões do Novo CPV* – Processo Penal. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 13.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na *Operação Lava Jato*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 122, 2016.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*. Curitiba: Juruá, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. *Coleção Repercussões do Novo CPC* – Processo Penal. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 13.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. n. 400, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho processal civil y penal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição*: princípios constitucionais do processo penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de; CHAGAS, Fernando Cerqueira; FERRER, Flávia; BALDEZ, Paulo de Oliveira Lanzellotti; PEDROSA, Ronaldo Leite. *Justa causa penal-constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Pulo: Ed. RT, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Crime organizado:* aspectos processuais. São Paulo: Ed. RT, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 4. ed. São Pulo: Ed. RT, 2013.

FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. *Colaboração premiada:* contornos segundo o sistema acusatório. Belo Horizonte: D'Plácido. 2017.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

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

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

GUERRERO, Mercedes Rosemarie Herrera. *La justicia penal negociada:* un análisis comparativa entre los procesos penales español y peruano. Grin Verlag, 2010.

HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. *Poder Judiciário não pode ser refém de acordos de delação premiada do MP*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-out-18/afranio-jardim-judiciario-nao-refem-acordos-delacao-premiada]. Acesso em: 22.07.2017.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal:* estudos e pareceres. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

JUNOY, Joan Picó i. *O juiz e a prova:* estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. *Crime organizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico:* plano de existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). *Custos Legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, v. 4, 2013.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011:* análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado*. São Paulo: Atlas, 2014.

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. 5. ed. Campinas: Bookseller, 2008.

MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Madri: REUS, 1929.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O.G. *Delação premiada:* aspectos jurídicos. 2. ed. Leme: JH Mizuno, 2016.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração premiada*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

NORES, Cafferata. *La prueba en proceso penal*. Buenos Aires: Edicones Depalma, 1988.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada:* legitimidade e procedimento. Curitiba: Juruá, 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada:* legitimidade e procedimento. Curitiba: Juruá, 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. n. 73, 2016.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório:* a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos:* a quebra da cadeia de custódia das provas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. O dever de fundamentação reforçada das decisões no âmbito das medidas cautelares penais. *Verdade e prova no processo penal:* estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. *Processo penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo et al. *Autoritarismo e processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016.

SIAGURA, Anna Maria. *La negoziabilità della pena*. Milão: Wolters Kluwer/CEDAM, 2015.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas:* aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal:* jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Ed. RT, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial:* análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. n. 68, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro, de Américo Bedê Junior e Alexandre de Castro Coura – *RT* 969/149-159 (DTR\2016\21676);
- Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação lava jato, de J. J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão – *RBCCrim* 133/133-171 (DTR\2017\1844); e
- Constitucionalidade da colaboração premiada: indícios de *common law* no processo penal brasileiro, de Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti Pereira – *RDCI* 103/247-265 (DTR\2017\6382).

O instituto da colaboração premiada no sistema legal brasileiro e sua receptividade como meio de defesa: necessidades de reforma

The institute of plea bargaining in Brazilian legal system and its admission as a defense mechanism: need of reform

Rodrigo Sánchez Rios
Professor de Direito Penal da PUCPR. Advogado Criminalista.
rodrigo@sanchezrios.com.br

Renata Amaral Farias
Advogada Criminalista.
renata@sanchezrios.com.br

Recebido em: 15.01.2018
Aprovado em: 15.03.2018
Última versão do (a) autor (a): 05.04.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O advento da Lei 12.850/2013 viabilizou o emprego do acordo penal na prática judicial brasileira, tendo se tornado, hoje, um instrumento de elevada importância na elucidação de crimes e na recuperação de valores. A utilização da colaboração premiada em larga escala, considerando que se trata de um mecanismo alheio à tradição jurídica continental, foi responsável pelo surgimento de problemas inéditos, nunca antes enfrentados pelos operadores do direito. O presente trabalho, nesse sentido, traz uma reflexão acerca do papel do advogado de defesa em face da nova realidade premial.

Palavras-chave: Colaboração premiada – Brasil – Advocacia – Direito de defesa – Ética profissional.

Abstract: The advent of Statute 12,850/2013 enabled the usage of penal agreements in Brazilian legal practice, which has now become an important instrument to solve crimes and retrieve money. Being a strange mechanism to the continental tradition, the large-scale utilization of plea bargaining was responsible for creating unprecedented problems, never before seen by the legal community. The present work brings some thoughts in this matter considering the defense attorney's role facing these new challenges.

Keywords: Plea bargaining – Brazil – Advocacy – Defense rights – Professional ethics.

Rios, Rodrigo Sánchez; Farias, Renata Amaral. O instituto da colaboração premiada no sistema legal brasileiro e sua receptividade como meio de defesa: necessidades de reforma. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 148. ano 26. p. 319-347. São Paulo: Ed. RT, outubro 2018.

Sumário: 1. Premissas iniciais. 2. O instituto da colaboração premiada na Lei 12.850/2013: alcance e aplicabilidade. 2.1 Aspectos legais. 2.2. Aspectos controvertidos. 3. Problemas e limites na atuação do advogado em face da nova realidade premial a partir da discussão de casos práticos. 4. Considerações finais. 5. Bibliografia.

1. Premissas iniciais

O combate à criminalidade no século XXI importa na criação de novos tipos penais e aumento de suas sanções, na introdução de novos meios de obtenção de prova e, mais especificamente na América Latina, da utilização em larga escala de medidas cautelares pessoais no processo penal.[1] A política criminal, outrora pensada para cumprir os fins de prevenção e repressão do ilícito, deixa esses objetivos de lado e se volta para uma ampliação do poder punitivo do Estado, em detrimento das garantias fundamentais previstas na Constituição.

Todo esse impulso de ampliação do direito criminal decorre da demanda social por mais punição, tendo em vista a sensação de insegurança amplamente disseminada nos meios de comunicação. Assim, a ideia de que quanto maior a punição menor a quantidade de crimes estimula, principalmente no âmbito legislativo, ações para a satisfação do clamor público.[2] É importante citar, neste ponto, que a expansão da norma penal, difundida e incentivada de maneira ampla pela mídia de massas, também encontra lugar na atividade jurisdicional do Estado.[3]

1. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*, Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 59-81.
2. MEDINA CUENCA, Arnel. Intervención mínima, proporcionalidad y expansionismo penal en el siglo XXI. In: GOITE PIERRE, Mayda. *Globalización, delincuencia organizada, expansionismo penal y derecho penal económico:* libro homenaje al Prof. Dr. Juan María Terradillos Basoco. Havana: Editorial Unijuris, 2015. p. 151-152.
3. Veja-se, nesse sentido, a seguinte notícia: HOLANDA, Marianna. Raquel Dodge defende que STF mantenha prisão após segunda instância. *Estadão*, São Paulo, 02 nov. 2017. Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,raquel-dodge-defende-que-stf-mantenha-prisao-apos-2-instancia,70002070396]. Acesso em: 03.11.2017. Trata-se de um exemplo concreto no qual um importante meio de comunicação noticia a opinião de autoridade (Procuradora-Geral da República) defendendo a prisão antes do trânsito em julgado – ou seja, uma aplicação mais severa da lei penal – como meio de combate ao crime. Como se a simples ampliação do direito penal fosse capaz de solucionar a questão da criminalidade. Ocorre que a forma como tal posicionamento é apresentado cria uma pressão real sobre o Poder Judiciário, que se torna mais suscetível a acatá-lo.

O respeito às garantias fundamentais não constitui verdadeiramente uma preocupação dos programas de governo, passando a ser encarado como verdadeiro empecilho no combate ao fenômeno delitivo. Não surpreende, nos pormenores desse cenário de risco, a necessidade de uma reforma, ou melhor, de uma readequação do ordenamento jurídico a fim de proporcionar uma resposta visando à efetiva persecução penal. Surge, então, a carência de uma conformação do direito à exigência de combate a hodiernas formas de criminalidade.

No âmbito do processo penal, a mudança ocorre apenas no sentido de aceleração do procedimento e de permitir cada vez mais meios de investigação. Inova-se quanto às funções do sistema criminal, tendo em vista a perda da ideia de intervenção mínima, passando a ser primeira ou única *ratio*, transmutando-se a norma em defensora da sociedade em detrimento do indivíduo. Adota-se, portanto, a ideia de eficiência, prevenção e de contenção de problemas sociais, em vez da resposta a um fato passado.[4]

No ordenamento jurídico pátrio, são diversos os exemplos de diplomas legais que trazem de maneira evidente as citadas características. Dentre elas, podem-se citar: a Lei 7.492/1986, de crimes contra o sistema financeiro facional; a Lei 8.072/1990, de crimes hediondos; a Lei 8.137/1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo; a Lei 9.613/1998, de lavagem de dinheiro; a Lei 9.807/1999, de proteção a vítimas e testemunhas; a Lei 11.343/2006, de drogas; e, por fim, a atual Lei 12.850/2013, de combate ao crime organizado. Todos estes dispositivos têm em comum institutos que, quando analisados pormenorizadamente, entram em colisão com determinadas garantias e direitos fundamentais. A introdução da justiça negocial ao direito brasileiro não parece ser exceção.

Para o presente estudo, tomar-se-á como base a chamada lei das organizações criminosas (Lei 12.850/2013), pois foi a primeira normativa que colocou em destaque o procedimento da colaboração premiada[5]. Isto posto, cumpre esclarecer de início que, apesar das críticas à opção legislativa, não se pode deixar de reconhecer sua utilidade e sua contribuição, em certa medida, para a justiça criminal. Não obstante, por outro lado, seria impossível ignorar as disfunções percebidas

4. HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 197-200.

5. Acerca do histórico deste instituto, vide o seguinte parecer: SARMENTO, Daniel. Colaboração premiada. Competência do relator para homologar e limites à sua revisão judicial posterior. Proteção à confiança. Princípio acusatório e proporcionalidade. In: SARMENTO, Daniel. *Direitos, democracia e República:* escritos de direito constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 449-480.

no emprego do direito premial, o qual vem crescendo de maneira exponencial no Brasil. Daí a importância desta reflexão, cujo objetivo se encontra justamente em demonstrar a imprescindibilidade do estabelecimento de parâmetros para a atuação do advogado de defesa frente a esta realidade.

2. O instituto da colaboração premiada na Lei 12.850/2013: alcance e aplicabilidade

Embora já presente na legislação brasileira desde os anos 90,[6] a justiça negociada ainda era um recurso subutilizado tanto pelos acusados quanto pelos órgãos da persecução penal. A partir do ano de 2013, com a edição da Lei 12.850, a colaboração premiada tornou-se protagonista em muitos casos penais de repercussão, atraindo invariavelmente o interesse de diversos setores da sociedade – sobretudo nos casos em que se apura o envolvimento de agentes políticos e empresários em casos atrelados à movimentação de vultosas somas em dinheiro. Nesse ponto, não se pode deixar de mencionar a Operação Lava Jato[7] como maior exemplo do emprego de novos meios de obtenção de provas, em consonância com o atual ambiente de "expansão do direito penal"[8].

6. Apesar de a lei de crimes contra o Sistema Financeiro (Lei 7.492) datar de 1986, a introdução do artigo 25, § 2º, ocorreu por meio da Lei 9.080/1995, segundo a qual haveria redução de pena se o acusado que revelasse, de maneira espontânea, toda a trama delituosa à autoridade judicial ou à policial. Por esse motivo, na realidade, a primeira normativa a prever uma diminuição da pena com a colaboração do criminoso foi a Lei 8.072/1990, responsável por instituir a figura dos crimes hediondos. Para um breve histórico do instituto na legislação pátria, vide: ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração premiada*: o novo paradigma do processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: M. Mallet Editora, 2016. p. 34-38.
7. Acerca do tema, vide: SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. A investigação policial da Operação Lava Jato: anotações descritivas, a temática da corrupção e suas consequências no modelo político econômico. In: GONÇALVES, Oksandro; SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo; OSORIO, Ricardo Serrano (Orgs.). *Direito e economia entre o Peru e Brasil:* alcances da sua institucionalidade jurídica-econômica. Curitiba: Íthala, 2016. p. 509-533.
8. "O conjunto de fenômenos sociais, jurídicos e políticos comentados nos apartados anteriores vem experimentando no Direito Penal um acúmulo de efeitos, que configuram o que convencionamos chamar de 'expansão'. [...]. Como é sabido, entretanto, a modificação da própria estrutura e do conteúdo material dos tipos penais é a sua primeira expressão. Assim, a combinação da introdução de novos objetos de proteção com antecipação das fronteiras da proteção penal vem propiciando uma transição rápida do modelo 'delito de lesão de bens individuais' ao modelo 'delito de perigo (presumido) para bens supra individuais' [...]". SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *A expansão do direito*

À partida, far-se-á um breve resumo dos dispositivos trazidos pela nova legislação de combate ao crime organizado, com ênfase no instituto da colaboração premiada, cuja crescente aplicação no cotidiano forense originou o surgimento de diversos questionamentos, tanto em relação à falta de regras claras para o seu emprego como também no tocante ao papel das partes que realizam o acordo. Trata-se de uma reflexão atual e necessária diante dos recentes acontecimentos vinculados à justiça negocial, os quais serão trabalhados ao longo desta composição.

2.1 Aspectos legais

Diferentemente de outros países, o Brasil demorou a adotar uma definição própria para a categoria de organização criminosa, a qual, embora sofra diversas críticas[9] da doutrina, é globalmente considerada como uma das formas delitivas a serem enfrentadas[10], acarretando uma certa relativização de direitos fundamentais reconhecidos como essenciais em um Estado Democrático de Direito. O primeiro conceito legal no ordenamento pátrio foi o estabelecido no Decreto 5.015/2004[11], decorrente da promulgação da Convenção das Nações contra o Crime Organizado Transnacional (também conhecida como Convenção de Palermo). Em seguida, o Legislativo adotou definição própria, mas ainda muito parecida com a anterior, por meio da aprovação da Lei 12.694/2012[12].

---

penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 145-146.

9. Para uma discussão crítica acerca do conceito de crime organizado, ver: HASSEMER, Winfried. Segurança pública no estado de direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, jan.-mar. 1994. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Crime organizado": uma categorização frustrada. *Discursos sediciosos*, Rio de Janeiro, Relume Dumará, ano 1, n. 1, p. 45-67, 1996.

10. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado*: aspectos gerais e mecanismos legais. São Paulo: Atlas, 2012.

11. Artigo 2º

    Terminologia

    Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

    a) "Grupo criminoso organizado" – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

12. Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de

Ato contínuo, com a edição da Lei 12.850/2013, estabeleceu-se o atual conceito para a figura da organização criminosa, distinguindo-a de outros delitos de concurso necessário:

> associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

No artigo 4º do referido diploma legal, encontra-se a hipótese de cabimento do acordo e os requisitos essenciais para a sua concessão. Estabelece-se que o magistrado pode, com base no requerimento das partes envolvidas no negócio, decidir entre o perdão judicial e a redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou a substituição por restritiva de direitos do acusado de cuja colaboração efetiva e voluntária possam ser obtidos os seguintes resultados, *in verbis*:

> I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Assim, a efetiva outorga do benefício requerido pelo órgão acusatório está condicionada ao cumprimento dos requisitos estabelecidos taxativamente na lei, dependendo de avaliação do juízo no momento da sentença (artigo 4º, § 11, da Lei 12.850/2013). Na prática, não se exige o atingimento de todos os objetivos, devendo as partes incluírem no acordo apenas aqueles incisos que fazem sentido no contexto fático analisado; por exemplo, seria descabido determinar a localização de eventual vítima com integridade física preservada quando os delitos praticados pelo grupo criminoso forem meramente econômicos. Ou ainda, requerer a prevenção de infrações penais quando a organização já tiver sido desfeita pela deflagração das investigações, com cumprimento de mandados de prisão, bloqueio de bens, etc.

---

tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

De todo modo, o texto legal não garante de maneira inequívoca a redução da pena ou o perdão judicial pleiteados pelo Ministério Público[13]. Tudo dependerá de uma análise final do magistrado acerca da eficácia das informações trazidas pelo colaborador, bem como do grau de sua contribuição para que se encontrem provas concretas (isto é, aquelas cuja obtenção não seria possível sem a realização do acordo).

Em que pese se mantenha uma certa subordinação ao juízo, em conformidade com as demais regras do ordenamento[14], a lei previu diversos casos nos quais o *Parquet* poderá exercer determinada autonomia, aproximando-se da lógica de conveniência e oportunidade dos sistemas da *common law*. Ao representante da acusação é permitido: suspender o prazo prescricional de oferecimento da denúncia ou do processo, caso já iniciado, por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, a fim de aguardar o cumprimento dos requisitos estabelecidos para garantir a efetividade da colaboração (art. 4º, § 3º); deixar de oferecer ação penal em relação a determinado colaborador, desde que ele não seja o líder da

13. Embora a legislação preveja expressamente a legitimidade do Delegado de Polícia (desde que com a manifestação do Ministério Público) para realizar o acordo com o indiciado, acredita-se que esse não seja o melhor entendimento. Nesse sentido: "A questão toda é que a iniciativa a respeito do emprego deste instrumento probatório e mesmo o sopesamento das consequências que ele gera para fins de aplicação do direito penal devem estar disponíveis tão somente para o titular da ação penal que, por disposição constitucional é exclusivamente o Ministério Público, afinal, em certa medida, trata-se de dispor da persecução penal. [...] Claramente, a seguir as disposições da lei, o delegado de polícia assume o papel de parte no processo penal, pois, ao admitir que ele negocie a colaboração, sua iniciativa poderia gerar a extinção da persecução, a redução da pena ou sua substituição de privação de liberdade por restrições de direitos, e até extinção da punibilidade por perdão judicial. [...]". BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 123.

14. "A obrigatoriedade (não consagrada expressamente, mas extraída da leitura do art. 24 e do seu caráter imperativo) encontra sua antítese nos princípios da oportunidade e da conveniência (não adotados no Brasil na ação de iniciativa pública), em que caberia ao Ministério Público ponderar e decidir a partir de critérios de política criminal com ampla discricionariedade.

    Em nosso sistema, isso não existe e, estando presentes os requisitos legais para o exercício da ação penal, deverá o Ministério Público oferecer a denúncia. O dever de agir faz com que não exista margem de atuação entre denunciar, pedir diligências complementares ou postular arquivamento. Ou denuncia, se presentes as condições da ação; ou pede diligências complementares, nos termos do art. 16; ou postula de forma fundamentada o arquivamento." LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 381.

organização criminosa ou seja o primeiro a realizar o acordo (art. 4º, § 4º); requerer o perdão judicial para o colaborador devido à relevância de sua contribuição para o caso (art. 4º, § 2º).

Há certa flexibilidade na escolha do momento em que se deve realizar a negociação, podendo ocorrer antes ou depois do oferecimento da denúncia ou mesmo após a prolação da sentença (caso em que o benefício será de uma redução de até a metade da sanção imposta, ou progressão de regime, independentemente dos requisitos objetivos – art. 4º, § 5º).

Ao juiz, por sua vez, não lhe é facultado presenciar as tratativas entre as partes da negociação (art. 4º, § 6º). Sem embargo, uma vez aceitos os termos do acordo, deve haver o pronunciamento do magistrado em dois momentos específicos: a) na homologação; b) na avaliação da efetividade da colaboração, bem como na posterior concessão (ou não) dos benefícios. No primeiro caso, o papel do juízo é verificar a regularidade, legalidade e voluntariedade das tratativas, podendo inclusive ouvir o colaborador para garantir o cumprimento dos requisitos legais (art. 4º, § 7º).[15] Se entender que o termo não cumpre o estabelecido em lei, poderá recusá-lo ou adequá-lo ao caso concreto (art. 4º, § 8º). No segundo caso, que ocorre ao final da fase processual (seja a sentença em primeira instância, seja o acórdão de apelação em segunda – art. 4º, § 11), a resposta jurisdicional deve contemplar, além das formalidades normativas, os elementos de prova trazidos aos autos pela acusação com ajuda das colaborações, se os benefícios acordados são proporcionais à contribuição e, ainda, se as circunstâncias pessoais do réu colaborador são favoráveis (art. 4º, § 1º).

Depois de realizada a homologação do acordo, independentemente de ter sido denunciado ou de ter obtido o perdão judicial (art. 4º, § 12), a parte poderá ser ouvida novamente pelo Ministério Público e pela autoridade policial (art. 4º, § 9º), ou mesmo pelo juízo, se as partes entenderem necessário. Em todos esses casos, o colaborador, acompanhado de seu defensor, renunciará ao direito ao silêncio e prestará compromisso de dizer a verdade (art. 4º, § 14).

Quanto à forma do termo de acordo, a lei, em seu artigo 6º, estabelece que deverá ser feito por escrito e conter: o relato da colaboração com seus possíveis resultados; a proposta do Ministério Público ou da autoridade policial; declaração de aceite do colaborador e de seu defensor; assinaturas das partes envolvidas. Igualmente, para garantir a fidelidade das transcrições apresentadas, o texto legal recomenda que os atos de colaboração sejam registrados também por meio

15. ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração premiada*: o novo paradigma do processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: M. Mallet Editora, 2016. p. 96.

audiovisual ou outro disponível (art. 4º, § 13). Referida sugestão do legislador, em que pese não seja obrigatória, tem se mostrado de extrema importância diante de casos concretos de visibilidade nacional[16], exatamente pela dificuldade em manter o sentido de um relato falado ao reduzi-lo a termo.

Apesar de todas as formalidades necessárias para garantir a efetividade do negócio, tanto para a acusação (que recebe um direcionamento na obtenção de provas) quanto para o acusado (que dá informações em troca da obtenção de algum benefício), no art. 4º, § 10, permite-se a retratação das partes em relação à proposta. A única ressalva, caso se decida pela renúncia do pacto, é o fato de as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderem ser usadas apenas em seu desfavor – o que é de certa forma desnecessário, tendo em vista que o instituto da delação só faz sentido quando são relatados, além dos próprios crimes, aqueles realizados por terceiros.

Por fim, o último esclarecimento acerca dos dispositivos legais envolvendo a colaboração premiada é a proibição de se proferir sentença condenatória com base exclusivamente nas declarações fornecidas por réu colaborador (art. 4º, § 16).[17] Trata-se de dispositivo análogo ao do art. 155 do Código de Processo Penal, segundo o qual "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação

16. Nesse sentido, vide a seguinte notícia: AFFONSO, Julia; VASSALLO, Luiz; MACEDO, Fausto; FABRINI, Fabio. Procuradoria diz que Delcídio mentiu e quer cortar benefícios da delação. *Estadão*, São Paulo, 01 set. 2017. Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/procuradoria-diz-que-delcidio-mentiu-e-quer-cortar-beneficios-da-delacao/]. Acesso em: 20.11.2017.

17. Antes mesmo da edição da Lei 12.850/2013, que ditou as bases procedimentais para a realização de acordos, já havia na doutrina a posição de que não poderia o magistrado fundamentar decisão condenatória sem outros elementos que corroborem as declarações do réu colaborador. "Diante da reduzida confiabilidade da palavra de um criminoso, a regra número um é a assim denominada 'regra da corroboração'. O depoimento do delator deve encontrar apoio em provas independentes. Não havendo estas, não se justifica a condenação e, rigorosamente, nem sequer a acusação." MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 111. No mesmo sentido, ver também: PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. Curitiba: Juruá, 2013. p. 157; BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada*: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 178-179. Em obra mais recente, vide o prefácio escrito por Sérgio Fernando Moro: ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração premiada*: o novo paradigma do processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: M. Mallet Editora, 2016. A impossibilidade de condenação exclusivamente com base no depoimento dos colaboradores foi também reconhecida nos autos de Apelação Criminal 5012331-04.2015.4.04.7000/PR, referentes a uma das ações penais da Operação Lava Jato. O julgado merece ser citado principalmente pelo

da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação [...]". Conforme se verá no item seguinte, a natureza do instituto de direito premial gera discussões tanto no meio acadêmico[18] como nas manifestações jurisprudenciais[19].

---

voto divergente do Des. Vitor dos Santos Laus, que discordou da sentença de primeiro grau com base na ausência de corroboração dos depoimentos dos colaboradores.

18. Para BITTAR, trata-se de uma causa de liberação de pena, isto é, uma categoria autônoma, que não faz parte nem do conceito de injusto, nem do de punibilidade. "[...] É tranquilo afirmar que aquele que aquele que ajuda nas investigações e recebe o prêmio, fica livre da pena, ou é contemplado com a sua diminuição. No entanto, restam intactas as outras categorias do delito, ou seja, o fato típico, antijurídico, culpável e punível. E a punibilidade persiste, pois podem existir casos em que se descubra posteriormente a mentira por parte do colaborador, o que implica a aplicação da reprimenda cabível ao caso concreto. Fica, portanto, localizada a delação premiada nessa categoria". BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada*: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 37-38.

    Na visão de ESSADO: "Quanto a considerar a delação premiada como meio de obtenção de prova, para ser o enquadramento que melhor coaduna com os fins a que ela se destina, vale dizer, instrumento de repressão à criminalidade organizada. A delação, por si só, é neutra, o que guarda nexo com a definição de meio de obtenção de prova, e poderá, a depender do resultado advindo das palavras do imputado, contribuir para a atividade estatal de persecução penal." ESSADO, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 101, p. 211, mar.-abr. 2013.

    De acordo com PEREIRA, por outro lado, a colaboração premiada tem natureza tripla (meio de prova, meio de investigação e causa de redução ou extinção da pena), no seguinte sentido: "Resumindo-se dessa forma, vê-se que nada mais é do que o cerne do tema da prova no processo penal, conhecido e tratado amplamente na doutrina e jurisprudência. Novidade é a utilização do imputado como fonte probatória e técnica de investigação de um lado, e, ao mesmo tempo, instrumento de direito premial ao colaborador, com efeitos de atenuação ou remissão de pena". PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n. 44, p. 30, jan.-mar. 2009.

19. Corroborando a posição de que a colaboração premiada seria meio de obtenção de prova, vide posicionamento dos seguintes Ministros do Superior Tribunal de Justiça: Min. Nancy Andrighi, Reclamação 31.629/PR; Min. Reynaldo Soares da Fonseca, *Habeas Corpus* 354.800/AP; Min. Felix Fischer, *Habeas Corpus* 341.790/PR; Min. Humberto Martins, Ação Penal 746.

    No âmbito do Supremo Tribunal Federal, igualmente se consolidou o entendimento de que o instituto teria natureza de meio de obtenção de prova: Min. Dias Toffoli, Pet 6138 AgR-Segundo/DF; Min. Rosa Weber e Min. Celso de Mello, *Habeas Corpus* 127483/PR.

2.2. Aspectos controvertidos

Doravante, serão suscitadas algumas questões pontuais referentes à regulação procedimental da colaboração premiada no ordenamento brasileiro, as quais servirão de pano de fundo para o real objeto deste trabalho: uma análise do papel do advogado criminalista perante a nova realidade negocial. Apesar das diversas críticas existentes na doutrina[20], não há como simplesmente rejeitar este singular instrumento, o qual está sendo cada vez mais incluído no plano defensivo por muitos acusados[21].

O primeiro ponto sensível à defesa é o da renúncia ao direito ao silêncio por parte do réu colaborador. Previsto de maneira expressa no art. 4º, § 14, da Lei 12.850/2013[22], tal dispositivo se contrapõe diretamente à garantia constitucional à não autoincriminação estabelecida no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal e reforçada pelo art. 186, parágrafo único, do CPP. Sendo derivado da

Apenas a Min. Carmen Lúcia tem entendimento diverso, também em voto proferido no *Habeas Corpus* 127483/PR, afirmando que "[...] o acordo de colaboração premiada apresenta-se como meio de obtenção de prova, porém os depoimentos nele contidos caracterizam-se como meio de prova, ou ao menos indício probatório" e ainda discordando que "vários acordos de colaboração premiada são, por si sós, insuficientes a ensejar condenação criminal".

20. Vide: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 13, n. 159, p. 7-9, fev. 2006; LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. *Estudos de direito penal, processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 240-261; PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação premiada. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 627-659; BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 24, n. 122, p. 359-390, 2016; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 25, n. 133, p. 133-171, 2017; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015.

21. Para discussões atuais, a partir de uma postura de aceitação do instituto da colaboração premiada, importante citar a recente obra: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

22. 4º, § 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

máxima *nemo tenetur se detegere*, o direito ao silêncio é ainda mais denso do que deixa transparecer o texto legal: faculta ao acusado a opção de permanecer calado (para que não seja obrigado a produzir prova contra si mesmo); impõe que tal prerrogativa deve sempre lhe ser comunicada; determina que da ausência de cooperação não poderá advir consequência negativa (prisão preventiva, decisão condenatória, aumento de pena etc.); também, a negativa de prestar esclarecimentos não implicará presunção de culpabilidade; eventual confissão deve ser livre de coerções; o réu não sofrerá consequências criminais caso deixe de falar a verdade em juízo ou perante autoridade, quando se tratar de fato que possa representar infração penal.[23]

Nesse panorama, ao decidir entabular acordo com o Ministério Público em troca de algum benefício legal, o investigado escolhe abdicar dessa prerrogativa contra a não autoincriminação – até porque a colaboração prevista na Lei 12.850/2013 pressupõe necessariamente a participação do indivíduo em uma organização criminosa, a fim de que possa dividir com o órgão acusatório detalhes da conduta ilícita, os quais dificilmente seriam obtidos sem a sua cooperação. A solução desse problema gira em torno da disponibilidade dessa garantia constitucional. Por certo, ela deve sempre ser observada pelos agentes da persecução penal; todavia, o compromisso de falar a verdade por parte do colaborador se contrapõe a apenas uma das faces desse direito fundamental, que pode sim ser mitigado em nome da obtenção de benefícios – aqui não se fala em total inobservância, mas sim em abrandamento, com o intuito de conseguir uma pena menor ou até mesmo o perdão judicial. Recorde-se que o próprio ordenamento prevê a redução de pena para o réu confesso (art. 65, inciso III, alínea *d*, CP). Aliás, no caso da confissão e também no caso da colaboração premiada, a assunção de culpa por parte do imputado não gera automaticamente um juízo condenatório, sendo necessário que o magistrado faça uma análise do conjunto probatório produzido com o intuito de formar o seu convencimento.

Por esse motivo, é possível afirmar com segurança que o referido instituto de justiça negociada não representa ofensa ao texto constitucional no que se refere ao direito ao silêncio em sentido estrito.

O segundo questionamento diz respeito à quebra de isonomia, que pode ser encarada tanto em relação aos coautores e partícipes do crime (desigualdade interna), mas também em face dos demais acusados em geral (desigualdade externa).

23. QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 156-160.

Para Pereira, nessa hipótese, a justificativa para o tratamento diferenciado ao réu que decide colaborar com a justiça se encontra na indispensabilidade deste meio investigativo para a adequada prevenção e repressão deste tipo de criminalidade.[24] Em outras palavras, pela dificuldade de encontrar provas de alguns delitos, os órgãos da *persecutio* se valem de meios pouco convencionais para obtê-las, tais como a delação premiada. Nesse sentido, a conduta do imputado que decide revelar detalhes da empreitada criminosa (os quais, frise-se novamente, dificilmente seriam obtidos de outra maneira) merece ser estimulada/recompensada de alguma forma, seja com a redução de pena ou com o perdão judicial.

Assim, em que pese seja possível argumentar que o direito premial trata os colaboradores de maneira diferenciada dos demais acusados, tal regalia é concedida em troca de informações valiosas para o deslinde do feito. Claro, essas considerações sempre partem da ideia de que a autoridade responsável pelo acordo negocie apenas com aqueles que não sejam os líderes e possam trazer elementos de interesse à investigação, enquanto proponham benesses proporcionais à ajuda fornecida. Trata-se, em última análise, de uma opção político-criminal cujo enfoque de enfrentamento ao crime organizado se situa na investigação e na obtenção de provas capazes de viabilizar condenações e recuperar valores.

Em terceiro lugar e diretamente relacionadas ao ponto anterior, estão a incerteza que permeia os limites da negociação, bem como a efetiva concessão dos benefícios acordados.[25] Isso porque até o presente momento a atuação do Ministério Público nas tratativas não foi delimitada com o grau de certeza necessário para trazer segurança e guiar o comportamento do colaborador e de seu representante. Do mesmo modo, o cumprimento das benesses pactuadas fica sempre adstrito a uma dupla avaliação judicial (tanto no momento da homologação quanto na sentença, oportunidade em que o magistrado irá avaliar se o grau da colaboração foi suficiente ou não para justificar o prêmio). A Lei 12.850/2013 foi um importante avanço nesse sentido, porém, a experiência prática nos demonstra a sua insuficiência.

24. PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. *Revista CEJ*, Brasília, v. 17, n. 59, p. 89-90, jan.-abr. 2013.

25. Como forma de ilustração do caos gerado pela ausência de definição de regras claras e que estejam em conformidade com o ordenamento jurídico-penal brasileiro, vide: BÄCHTOLD, Felipe; BALTHAZAR, Ricardo; NUNES, Wálter. Lava Jato e Odebrecht fazem pressão sobre delator que não admite culpa. *Folha de S. Paulo*, 15 dez. 2017. Disponível em: [http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/12/1943364-lava-jato-e-odebrecht-fazem-pressao-sobre-delator-que-nao-admite-culpa.shtml]. Acesso em: 15.12.2017.

Acerca desse tema, imperioso mencionar decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski (Pet 7.265/DF)[26], na qual deixou de homologar um acordo de colaboração premiada por considerar ilegais diversas das cláusulas estipuladas. Ocorre que tais dispositivos são utilizados diuturnamente pelo Ministério Público na celebração de negócios com acusados, daí a importância de referido posicionamento, que pode ter o condão de ajustar diversos pontos passíveis de crítica na chamada "colaboração à brasileira"[27].

A orientação vigente aponta para uma atuação mínima do julgador na homologação do acordo de colaboração, atendo-se exclusivamente à regularidade, à legalidade e à voluntariedade do negócio. Na prática, entretanto, havia um receio do Judiciário em interferir de qualquer modo nas cláusulas estipuladas. O *Parquet*, então, viu legitimada a possibilidade de tornar parte do pacto aspectos que estão eminentemente fora de sua alçada institucional, tais como: a concessão de perdão judicial, a unificação de penas até determinado patamar, o cumprimento da sanção em regime diverso daquele estipulado na legislação penal, a criação de regimes de cumprimentos de pena não previstos, o estabelecimento dos valores de multa a serem pagos pelo condenado, a alteração de prazos prescricionais, a renúncia total da garantia contra a autoincriminação e do direito ao silêncio, a desistência antecipada da apresentação de recursos, etc. Fato extremamente relevante é que tais cláusulas não dizem respeito a direitos que podem ser dispostos livremente pelos contratantes, mesmo em se tratando de negócio jurídico personalíssimo, devendo ser respeitadas a normativa penal e processual.

De todo modo, em nenhum momento a nova lei das organizações criminosas afirmou que após a homologação a aplicação das cláusulas pactuadas estaria assegurada pelo Poder Judiciário. Pelo contrário, o texto é claro em asseverar que

26. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 7.265/DF. rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 14 nov. 2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/lewandowski-devolve-acordo-delacao.pdf]. Acesso em: 08.12.2017.

27. Termo utilizado por Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa em artigo publicado no site Consultor Jurídico, na qual discutem justamente à decisão do Ministro Lewandowski na Petição 7.265/DF: "A delação premiada é, indiscutivelmente, um instituto importante, de grande utilidade como meio de obtenção de provas e cuja tendência é irreversível. Inobstante, é preciso compreender que criticar a 'delação à brasileira' não significa, obviamente, pactuar com a mediocridade, como pensam alguns reducionistas de plantão. Todo o oposto: se querem salvar a delação das práticas abusivas, é preciso retomar o eixo da legalidade". LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A decisão de Lewandowski acabará com a farra da "delação à brasileira"? *Revista Consultor Jurídico*, 08 dez. 2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-dez-08/limite-penal-decisao-delewandowski-acabara-farra-delacao-brasileira]. Acesso em: 08.12.2017.

somente na prolação da sentença o magistrado avaliará se a sugestão[28] do Ministério Público terá ou não eficácia, a depender da efetividade da colaboração prestada. Quer dizer, se a partir da realização do acordo não advenham os requisitos do art. 4º, incisos I a V, da Lei 12.850/2013, não há que se falar em benefício.

Em quarto lugar, há ainda que citar as condições estipuladas de maneira autônoma pelo órgão acusatório, sem qualquer autorização legal[29]. Dentre elas, merece destaque a obrigação imposta ao colaborador de fornecer todas as evidências ao seu alcance, bem como indicar onde ou com quem podem ser encontradas – apesar de tal determinação incialmente não parecer estar em desacordo com a lei, ela coloca como ônus do colaborador a produção de prova suficiente para a condenação, invertendo a lógica do processo penal.[30]

Com o intuito de esclarecer melhor este ponto, cabe realizar uma breve explicação acerca da natureza jurídica da colaboração premiada. Diante das diversas posições existentes[31], aquela que nos parece mais acertada seria a que classifica o instituto como meio de obtenção de prova ou, na rigorosa definição de Gomes Filho[32], meio de investigação da prova: mecanismos regulados pela legislação

28. A escolha da palavra "sugestão" não é por acaso: o poder do Ministério Público, salvo referente ao oferecimento da denúncia (art. 4º, § 4º, I e II), está totalmente vinculado à aceitação ou não do magistrado da causa. A Lei 12.850/2013 é clara: "Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos [...] § 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia."

29. Cumpre citar aqui que o Ministério Público, mesmo não podendo garantir os benefícios prometidos, costuma estipular livremente, além daqueles previstos na legislação específica, condições especiais para a concessão do prêmio pela delação. Registre-se, desde já, embora inexistente qualquer pronunciamento judicial sobre o tema, a opinião destes autores aponta para a ilegalidade desta prática, a qual não possui nenhum respaldo legal.

30. "Em suma, tanto no direito comparado, como no ordenamento jurídico nacional, mesmo no combate ao crime organizado, em suas diversas formas de manifestação, não há qualquer previsão, expressa ou implícita, de inversão do ônus da prova, para fins de julgamento de mérito da ação penal. Aliás, qualquer dispositivo nesse sentido, certamente, seria declarado inconstitucional, por ser incompatível com a garantia constitucional da presunção de inocência." BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 366.

31. Vide notas 18 e 19.

32. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 309.

processual penal que não geram sozinhos elementos de prova[33], mas que visam a alcançar informações (fontes de prova)[34] capazes de indicar onde eles poderão ser encontrados. Em outras palavras, o acordo de delação premiada tem a função de guiar a atuação do Ministério Público e da polícia na busca por dados concretos capazes de subsidiar uma acusação criminal. Não se trata de fornecer esses dados, mas sim de auxiliar as autoridades a chegar até eles, tal como a busca e apreensão, a interceptação telefônica, a quebra de sigilo bancário, etc. Essas conclusões se confirmam na redação do art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013, segundo o qual "nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador". Ora, se o depoimento do delator não possui valor probatório autônomo, ele não pode ser considerado um elemento de prova, tampouco pode ser identificado como meio de prova[35].

Partindo da perspectiva do acusado e de sua defesa, poder-se-ia entender a colaboração premiada como causa especial de redução de pena. No entanto, a legislação de combate ao crime organizado tem um objetivo político-criminal claro: facilitar a investigação e repressão desse tipo de delito, cuja própria natureza

33. "Assim, na terminologia do processo, a palavra prova serve também para indicar ada um dos *dados objetivos* que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa. É o que se denomina *elemento de prova* (*evidence*, em inglês). Constituem elementos de prova, por exemplo, a declaração de uma testemunha sobre determinado fato, a opinião de um perito sobre a matéria de sua especialidade, o conteúdo de um documento, etc." GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 307.

34. "Fala-se em *fonte* de prova para designar as *pessoas* ou *coisas* das quais pode-se conseguir a prova (*rectius*, o *elemento* de prova), resultando disso a sua usual classificação em *fontes pessoais* (testemunha, vítima, acusado, peritos) e *fontes reais* (documentos, em sentido amplo)." GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 308.

35. "Outra coisa são os denominados meios de prova, ou seja, os instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção da prova). São, em síntese, os canais de informação de que se serve o juiz. Assim, quando se fala em prova por testemunha ou prova documental, indica-se que a representação do fato foi conseguida por meio do testemunho ou do documento." GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 308-309.

dificulta a obtenção de elementos de prova suficientes para superar a máxima da presunção de inocência. Não é por acaso a exigência de que sejam atingidas determinadas metas para a concessão do benefício pactuado. Em outras palavras, o tratamento mais brando do réu colaborador é meio, enquanto a facilitação das investigações é o fim perseguido pelo legislador ao aprovar a norma de direito premial.

O quinto e último ponto que se busca discutir é a utilização do instrumento de justiça negociada como estratégia defensiva no processo penal. Conforme já mencionado, as críticas e discordâncias que possam existir em relação à colaboração premiada não a invalidam; trata-se essencialmente de uma ferramenta a serviço da obtenção de elementos de prova, mas que também pode trazer vantagens significativas ao investigado/acusado. Daí a importância do advogado em analisar as especificidades do caso concreto e verificar se seria interessante ou não para o cliente firmar o acordo, bem como expor essa opção e fornecer orientação acerca das consequências que dela podem advir.

Muitos defensores assumem a postura de não realizar acordos com o Ministério Público, por convicção pessoal oriunda de uma deturpação dos fins do processo penal ancorados nos pressupostos do sistema acusatório; outros ganham notoriedade exatamente por participarem de negociações com grande repercussão midiática, denotando pouco apreço a um modelo contencioso próprio da realidade processual, além de revelar uma faceta exibicionista incompatível com o ofício do criminalista. Quer-nos parecer que o cerne da discussão deva sempre girar em torno do melhor interesse do representado, pois é este quem deve decidir, com a ajuda de um profissional do direito de sua confiança, a forma mais satisfatória para se defender. Por esse motivo, as opiniões individuais do advogado não podem se tornar empecilhos à obtenção de benefícios por parte do cliente, pelo contrário, a atuação do criminalista deve se pautar pela compreensão das regras do jogo processual[36] e da utilização dos instrumentos à sua disposição para cumprir seu papel de defensor. De outro viés, o estímulo à delação jamais deverá

36. "[...] O processo penal é um jogo mediado pelo Estado Juiz em que a fortaleza da inocência, ponto de partida do jogo, é atacada pelo jogador acusador e defendida pelo jogador defensor, sendo que no decorrer as posturas (ativa e passiva) se alternam reciprocamente, devido ao caráter dinâmico do processo, a cada rodada probatória (subjogos) e em face das variáveis cambiantes. O jogador acusador pretende romper com a fortaleza da inocência, enquanto a defesa sustenta as muralhas. Rompido ou antevisto ou (*sic*) rompimento, bem assim a impossibilidade, por que não negociar? Constitui-se num jogo de táticas processuais no decorrer do jogo processual guiado por estratégia dos efeitos pretendidos (pena)." ROSA, Alexandre Morais da. *A teoria dos jogos aplicada ao processo penal*. 2. ed. Portugal: Rei dos Livros e Empório do Direito, 2015. p. 45.

servir para a promoção pessoal do advogado. A conduta do profissional da advocacia criminal, repita-se, não pode se desvincular da atuação ética, nos moldes da regulamentação do órgão de classe, nem do compromisso assumido com o acusado.

Feitas estas considerações a respeito dos desafios enfrentados na prática por aqueles que militam na área, cumpre deixar claro que ainda estamos longe de soluções efetivas para o sistema de justiça criminal. A justiça negociada surgiu na tradição da *common law* como válvula de escape para a crescente complexidade adquirida pelo processo penal a partir da introdução de direitos e garantias aos acusados[37], ganhando papel de destaque em referido sistema. Nos Estados Unidos, exemplificativamente, o chamado *guilty plea* é responsável pela resolução de cerca de 90% dos casos penais.[38] No Brasil e em diversos outros países de tradição continental, o instituto da barganha foi introduzido sem a devida adaptação ao ordenamento jurídico assentado, daí o advento de diversas situações que precisam ser enfrentadas e de alguma forma concertadas pelos operadores do direito, a fim de que o uso da colaboração premiada possa de fato representar um aliado aos órgãos da persecução penal, sem deixar de lado as garantias consolidadas na lei fundamental.

3. Problemas e limites na atuação do advogado em face da nova realidade premial a partir da discussão de casos práticos

Dentre os vários impasses surgidos com a aplicação prática da colaboração premiada, sobretudo após a entrada em vigor da Lei 12.850/2013 (que

37. "First, there are intrinsic limits to the level of complexity and safeguard that even a civilized people can tolerate. If those limits are exceeded and the repressive capacity of the criminal justice system is thereby endangered, the system will respond by developing subterfuges that overcome the formal law".

    Tradução livre do original: "Primeiramente, existem limites intrínsecos ao nível de complexidade e salvaguardas que mesmo um povo civilizado pode tolerar. Se esses limites são ultrapassados e a capacidade repressiva do sistema de justiça criminal é ameaçada, o próprio sistema reagirá desenvolvendo subterfúgios para superar os obstáculos legais". LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, n. 1, p. 20, 1978. Disponível em: [www.judicialstudies.unr.edu/js_summer09/jsp_week_4/js710wk4.langbeintorandpleabargtxt.pdf]. Acesso em: 15.12.2017.

38. SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. *Estudos de direito penal, processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 252.

regulamentou o acordo), está a ausência de definições de como deve se dar a conduta do advogado criminalista. Ressalta-se que o escopo deste trabalho é discutir questões controvertidas acerca do comportamento do profissional na negociação de um acordo, bem como estabelecer esses parâmetros de atuação até então pouco tratados pela comunidade jurídica nacional.[39] Para tanto, serão analisados cinco casos, alguns fictícios e outros inspirados em situações reais ocorridas a partir da vigência da atual legislação premial.

Caso 1: Advogado representa o delator A e o delator B, sendo que ambos respondem a mesma ação penal X e têm envolvimento nos mesmos fatos delituosos.

Inicialmente, deve-se deixar claro que a presente situação é absolutamente insustentável, tendo em vista o evidente conflito de interesses entre dois delatores. Partindo do entendimento de que A e B possam fornecer informações relevantes justamente por terem incursionado na mesma empreitada criminosa, seria inevitável que um atribuísse culpa a si mesmo e também ao outro. Daí a impossibilidade de que estas declarações sejam assessoradas pelo mesmo causídico, uma vez que partem de posições contrárias, nas quais o sucesso de uma pode representar a derrota da outra.

Saliente-se o postulado contido no Código de Ética e Disciplina da OAB em seu art. 20: "sobrevindo conflito de interesses entre seus constituintes e não conseguindo o advogado harmonizá-los, caber-lhe-á optar, com prudência e discrição, por um dos mandatos, renunciando aos demais, resguardado sempre o sigilo profissional". Ora, ainda que se argumente pela inexistência de prejuízo caso os depoimentos resultem compatíveis entre si, sempre haverá a imputação de culpa recíproca capaz de impossibilitar o patrocínio de ambos os acusados pelo mesmo profissional. Aliás, essa é a atitude mais recomendável, sobretudo porque seria inadmissível do ponto de vista legal a "harmonização" de depoimentos entre os réus colaboradores a fim de garantir a convergência dos interesses em jogo.

39. Veja-se, por exemplo, o caso dos Estados Unidos, onde o funcionamento da justiça criminal é absolutamente dependente da realização dos chamados *plea agreements*, razão pela qual existem balizas muito bem delimitadas para atuação ética não apenas dos agentes estatais (magistrados e membros do Ministério Público), mas também para os advogados que representam o acusado. Nesse sentido, cumpre citar a seguinte publicação "ABA Standards for Criminal Justice Pleas of Guilty", cujo conteúdo pode ser consultado no sítio [www.americanbar.org/publications/criminal_justice_section_archive/crimjust_standards_guiltypleas_toc.html], e também "ABA Model Code of Professional Responsibility", disponível em: [www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/mrpc_migrated/mcpr.authcheckdam.pdf]. Acesso em: 15.12.2017.

Ademais, a participação nas declarações do delator A permite que o advogado tenha conhecimento privilegiado acerca da matéria tratada e, caso haja divergências com as declarações dadas por B, qual deveria ser a postura do defensor? Um dos acusados (ou ambos) faltou com a verdade e certamente perderá os benefícios negociados após a comparação realizada pelo órgão acusatório com os demais elementos de prova produzidos no processo. Nesse cenário, o causídico se encontra em posição difícil, pois tem o dever de advertir seus clientes sobre as possíveis consequências decorrentes dos depoimentos diversos, mas não pode violar o dever de sigilo. Tampouco seria admissível, como já mencionado, que orientasse os testigos de A e de B, com vistas a evitar uma possível incompatibilidade, sob pena de participação no crime do art. 19 da Lei 12.850/2013[40].

Caso 2: Advogado representa o delator A e o réu não colaborador B na mesma ação penal X. Ambos os acusados têm envolvimento nos mesmos fatos delituosos e A cita B em sua delação.

Esta segunda hipótese é ainda mais crítica do ponto de vista ético-profissional, porquanto envolve um embate direto entre dois clientes. O causídico deverá acompanhar o delator A em sua oitiva perante os órgãos da persecução penal, oportunidade em que serão expostos diversos detalhes da empreitada criminosa, inclusive a indicação dos elementos de prova capazes de constituir materialidade e autoria suficientes para decisão condenatória. Por esse motivo, não se mostra razoável fazer paralelamente a defesa do acusado B, tendo em vista que a participação deste no fato delituoso foi reconhecida por A em sua colaboração.

Ainda que não se verifique falha concreta na atuação do advogado em favor de B e este atue de maneira idônea, separando informações prestadas no âmbito da colaboração daquelas fornecidas pelo acusado não colaborador em sigilo, haverá uma incompatibilidade ética nestas defesas. Isso porque, invariavelmente, o resultado favorável a um dos clientes será desfavorável ao outro. Caso a delação seja entendida como efetiva (isto é, caso as provas indicadas pelo colaborador sirvam para fundamentar a procedência da pretensão acusatória) e os benefícios sejam concedidos, o réu B será condenado. Em outro plano, caso B seja absolvido, significará que o relato fornecido por A não foi capaz de cumprir com os objetivos acordados, indicando que o delator não terá direito

40. Art. 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

às benesses pactuadas, podendo inclusive responder pelo delito autônomo de delação caluniosa[41].

Desse modo, ao presente caso, aplica-se igualmente o disposto no art. 20 do Código de Ética e Disciplina da OAB, do qual se retira a recomendação de que o advogado deve renunciar a um dos clientes, tendo em vista a absoluta incompatibilidade dos interesses em jogo.

Caso 3: Advogado defende o delator A (que responde à ação penal X) e também o delator B (que responde à ação penal Y). Porém, ambas as ações penais X e Y, apesar de tramitarem em separado, tratam de fatos que guardam estreita relação entre si. Assim, o causídico tem acesso a informações que influenciam mutuamente os dois feitos.

Mais uma vez, de maneira análoga aos *casos 1 e 2*, a presente hipótese trata da conduta do advogado diante da obtenção de informações privilegiadas, conseguidas através do acompanhamento de clientes que realizam colaborações premiadas. Assim, em que pese inexista um conflito prévio na mera representação, há grandes chances de que a atuação do causídico seja questionada, sobretudo pelos acusados delatados.

De fato, na advocacia criminal é muito comum que se exerça a defesa de réu que já esteve em posição contrária a um cliente, mas que com o decurso do tempo (transitada em julgado a ação penal, por exemplo) teve sanada a incompatibilidade inicial, permitindo-se a representação. No cenário atual, entretanto, a situação é um pouco diversa. Levando-se em consideração a importância alcançada pela colaboração premiada como forma de auxílio do órgão acusatório na obtenção de elementos de prova, o conhecimento acerca de fatos criminosos passou a ser moeda de troca pela liberdade individual. Por esse motivo, a questão deve ser tratada com maior rigor pela Ordem dos Advogados do Brasil, os artigos do Código de Ética já não suprem todas as hipóteses e problemas que possam envolver a atuação da classe profissional.

Obviamente, eventual troca ou fornecimento de informações privilegiadas por meio do patrono representará violação de sigilo (art. 35 e 36, CED). Porém, se houver consentimento expresso dos representados para o acesso aos depoimentos prestados em sede de colaboração premiada, poderá no máximo haver violação do termo de sigilo comumente presentes nestes acordos, mas não haverá contrariedade direta a nenhuma norma que rege a advocacia.

41. BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 199-200.

Não obstante, é inegável que tal conduta deve ser reprovada, tanto do ponto de vista ético como do penal. Se a informação foi obtida pelo delator por meio do advogado, é essa a fonte que deve constar do termo de sua delação. Se, por outro lado, ele dá a informação afirmando que a obteve de maneira autônoma, tal conduta poderá sim ser enquadrada na violação do art. 19 da Lei 12.850/2013. E mais grave, caso provado o efetivo auxílio ou orientação do causídico, este poderá responder criminalmente em conjunto com seu cliente.

Caso 4: O próprio advogado se torna delator e fornece informações sobre empreitada criminosa de que tenha participado em coautoria ou participação com determinado cliente.

A presente hipótese possui grande complexidade e, embora de início pareça incompatível com uma atuação ética do advogado, está expressamente permitida pelo art. 37 do CED: "o sigilo profissional cederá em face de circunstâncias excepcionais que configurem justa causa, como nos casos de grave ameaça ao direito à vida e à honra ou que envolvam defesa própria". Ora, conforme já mencionado no item 2.2 deste trabalho, a colaboração premiada tornou-se, sem sombra de dúvidas, um importante meio de defesa do acusado no processo penal, podendo ser utilizada em praticamente todo e qualquer feito a partir da disposição da Lei 9.807/1999, em seus arts. 13 e 14.

Por esse viés, é possível entender que as informações privilegiadas obtidas no exercício da advocacia podem sim ser utilizadas em eventual delação, desde que possuam relação estreita com os fatos pelos quais o profissional está sendo investigado/acusado, cabendo desse modo na hipótese de "defesa própria" estabelecida pelo art. 37 do CED.

Este permissivo, todavia, pode gerar diversos outros problemas de confiança na relação defensor/cliente, pois nem sempre o limite entre a atuação lícita e a ilícita é facilmente identificável.[42] É sempre possível que uma das partes esteja sonegando informações relevantes para esclarecer se aquele serviço estaria ou não de acordo com a lei. No âmbito da defesa criminal, igualmente, é difícil ter em conta até que ponto está o procurador atuando licitamente no melhor interesse do representado ou auxiliando-o em sua empreitada criminosa. Como consequência, caso haja persecução penal em face do defensor, ainda que este tenha atuado de boa-fé e dentro dos limites legais (os quais, como dito, não são claros), está permitido que ele negocie benefícios com o Ministério Público com o único intuito de se defender.

42. Acerca desse delicado tema, vide: CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos*: os limites entre a prática jurídico-notarial lícita e a participação. São Paulo: Ed. RT, 2013.

Caso 5: O próprio advogado se torna delator na ação penal X e, para obter mais benefícios, além dos fatos que dizem respeito a X, fornece informações sobre crimes apurados na ação penal Y, a respeito dos quais tem conhecimento em razão da sua profissão.

É cediço que os acordos de colaboração premiada propostos pelo Ministério Público, sobretudo após a edição da Lei 12.850/2013, trazem como deveres do delator "a elucidação de todos os fatos de que tenha conhecimento"; isto é, exige-se que o investigado não omita nenhum fato ilícito em seus depoimentos. Ocorre que inexiste um parâmetro para determinar quais seriam esses delitos cuja descrição deve ser feita pelo réu colaborador. Seriam todos os crimes cometidos que guardem relação com os fatos objeto do acordo ou abrangeriam outros delitos também? Como exemplo: se a investigação diz respeito a corrupções e lavagem de dinheiro, deve o delator também comunicar um delito de fraude à licitação sem nenhuma relação com os primeiros (do qual teve conhecimento por acaso)? Nenhuma dessas dúvidas foi até o momento esclarecida.

Tomando como ponto de partida essas questões, coloca-se o presente caso. Ora, por mais fictícia que possa parecer, é importante discutir referida situação, pois o advogado (principalmente aquele que atua na área criminal) tem notícia de crimes de maneira cotidiana no exercício de sua profissão. Não significa que ele participe ou cometa tais delitos, mas acaba sendo informado de que ocorreram. Desse modo, a citada cláusula presente nos acordos de delação, segundo a qual o acusado deve relatar tudo o que sabe, ganha uma dimensão ainda maior.

Nessa hipótese, parece que as informações obtidas por meio da defesa de clientes que não se relacionam de nenhuma maneira com o fato objeto da investigação devem estar protegidas pelo sigilo profissional (art. 35 e 36, CED). As exceções do art. 37 do CED não estão presentes neste caso, visto que a "defesa própria" apenas englobaria eventual fato criminoso em que o causídico tenha tomado parte de alguma forma, outras informações sem qualquer ligação com o acordo estarão sempre protegidas.

Cumpre ainda observar, após a entrada em vigor da Lei 12.8150/13, constatou-se que um dos pontos de discussão era justamente a necessidade de limitar o número de clientes colaboradores representados por um mesmo advogado, pois evidentemente haveria o risco de concretização de alguma das hipóteses de conflito acima descritas.

4. Considerações finais

A máxima "o advogado é indispensável à administração da justiça", mais do que uma norma constitucional (art. 133), representa também um preceito

geral do Estado Democrático de Direito; por essa razão é que a sua conduta profissional deve sempre estar orientada por padrões éticos claros previamente estabelecidos. Não obstante, as balizas para esse comportamento nem sempre são fáceis de distinguir, sobretudo num cenário de mudanças constantes, no qual se inserem novos mecanismos e práticas advindas de uma realidade absolutamente diversa.

Embora inspirado pelo *plea bargaining* estadunidense, o instituto de justiça negociada introduzido no ordenamento brasileiro – incialmente conhecido por delação premiada e, a partir de 2013, denominado colaboração premiada – possui características próprias que possibilitaram o seu funcionamento neste particular sistema jurídico. Assim, diversos princípios fundantes do processo penal foram mitigados para permitir a realização de acordos entre o órgão acusatório e o acusado ou investigado. Veja-se que os papéis de ambos os atores processuais foram radicalmente modificados: ao decidir tornar-se um colaborador da justiça, o réu abdica da sua posição comum de apenas refutar os fatos que lhe são imputados e passa a atuar em conjunto com o órgão acusatório para provar a sua própria culpa e também a dos demais envolvidos, além de auxiliar na minimização dos danos e na devolução dos proveitos do crime.

Frente às novidades legislativas, a defesa técnica também sofreu modificações, passando a assumir uma postura de verdadeiro "assistente" do Ministério Público, atuando apenas para orientar o cliente a cooperar no sentido de garantir os benefícios prometidos. Sob outro prisma, defender o réu colaborador se equipara a atacar os demais corréus delatados e fazer com que estes sejam condenados com base tanto nas provas produzidas ao longo da instrução quanto nas informações prestadas no âmbito do acordo, pois isto significa que a colaboração foi efetiva e merece ser premiada nos moldes do pacto.

Como bem citado ao longo deste trabalho, nos Estados Unidos, principalmente no âmbito da *American Bar Association*, há vasta produção normativa[43] a respeito do tema, são os denominados *standards* ou padrões de comportamento, estabelecidos com fundamento em experiências práticas, cujas consequências demonstraram a necessidade da mudança ou da criação de regras de atuação. Cada parágrafo da norma é discutido por uma comissão que justifica a sua inclusão, citando doutrina, decisões judiciais e outras fontes de lei. Quer dizer, apesar das duras críticas à barganha norte-americana, não se pode negar que existe constante reflexão acerca das consequências do instituto, bem como sempre há atualizações dos pontos que merecem reformas.

43. Vide nota 39.

No Brasil, os operadores do direito começam a lidar com estes problemas – que não são poucos e não podem continuar sendo ignorados. Daí a importância de se fomentar o debate em torno do direito premial: pouco adianta menosprezar totalmente a utilização do acordo, mais vale aceitar que esta é a realidade do processo penal brasileiro, discutindo formas capazes de tornar mais justa e clara a sua aplicação prática. Ademais, as incertezas que permeiam este instituto valem para todos, sejam magistrados ou membros do Ministério Público, sejam advogados ou acusados. Tanto é assim que, na Pet 7.265/DF[44], foi negada a homologação de acordo tendo em vista a existência de cláusulas que, na visão do Min. Ricardo Lewandowski, representavam uma usurpação de poder (Legislativo e Judiciário) por parte dos Procuradores da República. Ocorre que, até o presente momento, todas as delações contendo as mesmas cláusulas citadas haviam sido homologadas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, e eram vistas como possíveis pelas partes. Desse modo, percebe-se que inexistem parâmetros para a celebração deste tipo de pacto, as regras do jogo ainda são desconhecidas pelos jogadores.

Somente após a superação da insegurança jurídica envolvendo a colaboração premiada é que se poderá explorar todo o seu potencial como meio de defesa. Ora, é importante ter como aliado este novo instrumento de diminuição da pena, de perdão judicial, de reparação do dano causado e de arrecadação dos proventos do crime. Urge estabelecer os seus limites, para que não se produzam situações contraditórias como vem ocorrendo em alguns casos[45].

Todas essas mudanças estruturais do funcionamento do processo penal trouxeram consigo uma verdadeira descaracterização do advogado criminalista, sem nenhum sentido pejorativo. De fato, a postura aguerrida entendida como necessária para o bom exercício da advocacia na área criminal perde a razão no cenário negocial, sua atuação se resume a informar ao cliente sobre os direitos e deveres envolvendo a aceitação do acordo, além de acompanhá-lo contemplativamente em depoimentos e outros atos judiciais por longos períodos. Isto é, a defesa propriamente dita fica nas mãos do acusado, o qual é o único responsável por eventuais consequências negativas advindas de um

44. Vide notas 26 e 27.

45. Como exemplo de evento inaceitável envolvendo acordos de colaboração premiada, cita-se a notícia: FREIRE, Flávio. Youssef pode recuperar até R$ 20 milhões com delação premiada: defesa conseguiu inclusão de cláusula na qual doleiro receberá 2% de todo o dinheiro que ajudar a recuperar. *O Globo*, Rio de Janeiro: 24 jan. 2015. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/brasil/youssef-pode-recuperar-ate-20-milhoes-com-delacao-premiada-15143551]. Acesso em: 27.12.2017.

descumprimento. Nem se pode exigir um comportamento mais ativo do causídico na negociação, pois, evidentemente, ao menos nesse momento, todo o poder está nas mãos do representante do Ministério Público. Requerer benefícios em excesso pode inviabilizar a aceitação do contrato, o que coloca a defesa em uma posição frágil, considerando que antes de iniciar as tratativas o acusado já deu indícios das informações valiosas de que tinha conhecimento para demonstrar a necessidade do acordo.

Os parâmetros éticos de conduta impostos pelo órgão de classe, mais especificamente o Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8.906/1994) e o Código de Ética e Disciplina, já não são capazes de fornecer uma orientação – nem sanções – para o comportamento do profissional. Por esse motivo, aprender com as experiências adquiridas nestes quase cinco anos de vigência da Lei 12.850/2013 será fundamental para uma adequada condução do acordo de colaboração premiada.

5. Bibliografia

AFFONSO, Julia; VASSALLO, Luiz; MACEDO, Fausto; FABRINI, Fabio. Procuradoria diz que Delcídio mentiu e quer cortar benefícios da delação. *Estadão*, São Paulo: 01 set. 2017. Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/procuradoria-diz-que-delcidio-mentiu-e-quer-cortar-beneficios-da-delacao/]. Acesso em: 20.11.2017.

ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração premiada*: o novo paradigma do processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: M. Mallet, 2016.

BÄCHTOLD, Felipe; BALTHAZAR, Ricardo; NUNES, Wálter. Lava Jato e Odebrecht fazem pressão sobre delator que não admite culpa. *Folha de S. Paulo*, 15 dez. 2017. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/poder/2017/12/1943364-lava-jato-e-odebrecht-fazem-pressao-sobre-delator-que-nao-admite-culpa.shtml]. Acesso em: 15.12.2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada*: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 24, n. 122, p. 359-390, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 7.265/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 14 nov. 2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/lewandowski-devolve-acordo-delacao.pdf]. Acesso em: 08.12.2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 25, n. 133, p. 133-171, 2017.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos*: os limites entre a prática jurídico-notarial lícita e a participação. São Paulo: Ed. RT, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 13, n. 159, p. 7-9, fev. 2006.

ESSADO, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 101, p. 203-227, mar.-abr. 2013.

ESTADOS UNIDOS. ABA Standards for Criminal Justice Pleas of Guilty. Disponível em: [www.americanbar.org/publications/criminal_justice_section_archive/crim just_standards_guiltypleas_toc.html]. Acesso em: 15.12.2017.

ESTADOS UNIDOS. ABA Model Code of Professional Responsibility. Disponível em [www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibi lity/mrpc_migrated/mcpr.authcheckdam.pdf]. Acesso em: 15.12.2017.

FREIRE, Flávio. Youssef pode recuperar até R$ 20 milhões com delação premiada: defesa conseguiu inclusão de cláusula na qual doleiro receberá 2% de todo o dinheiro que ajudar a recuperar. *O Globo*, Rio de Janeiro, 24 jan. 2015. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/brasil/youssef-pode-recuperar-ate-20-milhoes-com-delacao-premiada-15143551]. Acesso em: 27.12.2017.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública no estado de direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 55-69, jan.-mar. 1994.

HOLANDA, Marianna. Raquel Dodge defende que STF mantenha prisão após segunda instância. *Estadão*, São Paulo, 02 nov. 2017. Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,raquel-dodge-defende-que-stf-mantenha-prisao-apos-2-instancia,70002070396]. Acesso em: 03.11.2017.

LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 1, p. 3-22, 1978.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A decisão de Lewandowski acabará com a farra da "delação à brasileira"? *Revista Consultor Jurídico*, 08 dez.

2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-dez-08/limite-penal-decisao--delewandowski-acabara-farra-delacao-brasileira]. Acesso em: 08.12.2017.

MEDINA CUENCA, Arnel. Intervención mínima, proporcionalidad y expansionismo penal en el siglo XXI. In: GOITE PIERRE, Mayda. *Globalización, delincuencia organizada, expansionismo penal y derecho penal económico*: libro homenaje al Prof. Dr. Juan María Terradillos Basoco. Havana: Editorial Unijuris, 2015.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado*: aspectos gerais e mecanismos legais. São Paulo: Atlas, 2012.

MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coords.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação premiada. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. *Revista CEJ*, Brasília, v. 17, n. 59, p. 84-99, jan.-abr. 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. Curitiba: Juruá, 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n. 44, p. 25-35, jan.-mar. 2009.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSA, Alexandre Morais da. *A teoria dos jogos aplicada ao processo penal*. 2. ed. Portugal: Rei dos Livros e Empório do Direito, 2015.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. A investigação policial da Operação Lava Jato: anotações descritivas, a temática da corrupção e suas consequências no modelo político econômico. In: GONÇALVES, Oksandro; SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo; OSORIO, Ricardo Serrano (Orgs.). *Direito e economia entre o Peru e Brasil*: alcances da sua institucionalidade jurídica-econômica. Curitiba: Íthala, 2016.

SARMENTO, Daniel. Colaboração premiada. Competência do relator para homologar e limites à sua revisão judicial posterior. Proteção à confiança. Princípio acusatório e proporcionalidade. In: SARMENTO, Daniel. *Direitos, democracia e República*: escritos de direito constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte--americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Ed. RT, 2013.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Crime organizado": uma categorização frustrada. *Discursos sediciosos*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 45-67, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Compatibilização constitucional da colaboração premiada, de Frederico Valdez Pereira – *RT* 929/319-358 (DTR\2013\585); e
- Constitucionalidade da colaboração premiada: indícios de common law no processo penal brasileiro, de Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti Pereira – *RDCI* 103/247-265 (DTR\2017\6382).

Globalização, adolescência e vulnerabilidade: um exame em paralelo com a escola criminológica de Chicago

Globalization, adolescence and vulnerability: an exam in parallel with the Chicago criminological school

Ana Paula Motta Costa

Doutora em Direito PUCRS. Mestre em Ciências Criminais. Professora PPGD da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS e PPGD do Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter. Advogada. Coordenadora do Grupo de Pesquisa A Efetividade dos Direitos Fundamentais de Adolescentes Envolvidos em Situações de Violência – EDAV – UFRGS/CNPQ.
anapaulamottacosta@gmail.com

Guilherme Aresi

Estudante de Direto. Membro do Grupo de Pesquisa A Efetividade dos Direitos Fundamentais de Adolescentes Envolvidos em Situações de Violência – EDAV – UFRGS/CNPQ.
guilherme-aresi@hotmail.com

Recebido em: 19.04.2017
Aprovado em: 06.03.2018
Última versão do(a) autor(a): 17.03.2018

Áreas do Direito: Infância e Juventude; Penal; Direito Humanos

Resumo: Este trabalho busca pensar a situação dos adolescentes envolvidos em relações de violência e vulnerabilidade no Brasil contemporâneo, em paralelo com as teorias da ecologia urbana e da desorganização social da primeira geração da Escola Criminológica de Chicago. Para isso, vislumbrou-se necessário contextualizar os adolescentes dentro da conjuntura brasileira, suscetível às influencias globalizantes modernas, em diálogo com a noção de "zonas de vulnerabilidade" presentes no espaço social. De outra parte, identificou-se na ideia de existência de diversos planos de referência normativa a guiar a conduta dos sujeitos adolescentes uma forma de releitura das teorias da Escola de Chicago examinadas no trabalho.

Abstract: This paper aims to rethink the situation of the adolescents involved in relations of violence and vulnerability in contemporary Brazil, tracing a parallel between these situations and the theories of urban ecology and social disorganization, created by the first generation of Chicago Criminological School. To achieve this goal, it was considered necessary to begin by contextualize the adolescents as part of the Brazilian modern conjuncture, perceiving it as susceptible to modern globalizing influences, while also maintaining a dialogue with the notion of "vulnerability zones" present in the social space. Additionally, it was identified in the idea of the existence of several normative reference planes that guide the conduct of adolescents a form of reinterpretation of the theories of the Chicago School examined in the paper.

Costa, Ana Paula Motta; Aresi, Guilherme. Globalização, adolescência e vulnerabilidade: um exame em paralelo com a escola criminológica de Chicago. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 148. ano 26. p. 351-372. São Paulo: Ed. RT, outubro 2018.

Palavras-chave: Adolescência – Globalização – Modernidade – Vulnerabilidade – Escola de Chicago – Direitos humanos.

Keywords: Adolescence – Globalization – Modernity – Vulnerability – Chicago School – Human rights.

Sumário: 1. Introdução. 2. Modernidade, globalização e adolescentes brasileiros em situação de vulnerabilidade. 3. A primeira geração da Escola de Chicago. 4. Escola de Chicago: uma releitura baseada no cenário do Brasil contemporâneo. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Há diferentes formas de encarar-se tanto o período que se convencionou chamar de Modernidade quanto o processo de modernização brasileiro. No entanto, em seus aspectos gerais, existem diversos pensadores que entendem que não se está mais vivendo na era moderna, ao menos não em sua modalidade clássica, sendo que o caráter globalizado dos sistemas sociais altera os parâmetros da Modernidade (GIDDENS, 2002, p. 11).

Em vista disso, identifica-se na globalização um dos pontos centrais para a compreensão das relações existentes na ordenação mundial que vigora. De outra parte, é preciso considerar que o Brasil ainda é um país muito desigual no que se refere à efetivação dos direitos humanos de muitos sujeitos; além disso, é um país que abriga grande diversidade e, por isso, é recheado de peculiaridades.

Assim, a perspectiva aqui adotada foca em como a conjuntura mundial – local e global –, conecta-se com o cenário dos adolescentes brasileiros inseridos nas "zonas de vulnerabilidade", isto é, nos locais em que se cruzam a sobreposição de carências (não restritas ao âmbito econômico) e as violações de direitos. Esses lugares, comumente associados às periferias dos grandes centros urbanos, espraiam-se por diversos recantos e formatos, sentindo os efeitos da globalização e da Modernidade em sua modalidade mais brutal: a que constrói laços de segregação, marginalização, quando não de criminalização e opressão.

O questionamento que motivou o presente esforço de pesquisa foi o de saber como a primeira geração da Escola Criminológica de Chicago poderia contribuir no debate das adolescências inseridas em situações de vulnerabilidade do Brasil contemporâneo. Dito isso, o presente trabalho buscou nos aportes na primeira geração dessa Escola de Pensamento alguns instrumentos teóricos de reflexão da situação desses adolescentes. Para tal desiderato, parte-se do pressuposto de que uma aproximação a esse tema desligada dos fatores globalizatórios (os quais, a seu turno, põem em contato determinados padrões socioculturais de cunho extraterritorial),

corre o risco de ignorar aspectos fundamentais de como as relações multifacetadas da contemporaneidade interferem na vida dos sujeitos e das coletividades. Portanto, não se defende uma transposição teórica que não enxergue as diferenças entre as realidades de Chicago, quando da época das formulações de sua primeira geração, e do Brasil contemporâneo. E, antes de tudo, o que se procura é agregar mecanismos de análise à discussão a respeito dos adolescentes brasileiros, tangenciadas por ambientes nos quais há vulnerabilidade social e relações de violência.

Doravante, é preciso esclarecer a estrutura do trabalho, que se divide em três etapas principais. A primeira delas tem por intento delinear os reflexos que a Modernidade altamente globalizada imprime nos rumos da adolescência brasileira. A segunda parte, por outro lado, busca explicitar algumas contribuições da primeira geração da Escola de Chicago no debate criminológico, com ênfase nas teorias da ecologia criminal e da desorganização social. E, por último, a terceira etapa representa o produto do esforço em desenvolver uma síntese das ideias presentes nas etapas anteriores, por meio de uma reflexão de como a Escola de Chicago pode ser incluída no debate contemporâneo.

2. Modernidade, globalização e adolescentes brasileiros em situação de vulnerabilidade

Nas palavras de Anthony Giddens, está-se vivendo no mundo da alta Modernidade; mundo em que a oportunidade e o perigo estão equilibrados em igual medida; ou seja, em que a ilusão de controle por conhecimento e técnica acaba sendo ineficaz diante da mobilidade extraordinária da globalização. Segundo o autor, a experiência global da modernidade, interligada por um processo de interinfluenciação entre globalidade e localidade, levaria a uma penetração das instituições modernas nos acontecimentos da vida cotidiana, os quais, assim como as questões ligadas ao "eu" e à identidade, são envolvidos por uma multiplicidade de constantes mudanças e adaptações (1997, p. 74-75).

Analogamente, contrapondo a ideia de que a implementação da Modernidade no Brasil deu-se de modo incompleto (uma vez que o subdesenvolvimento do país imantaria a convivência entre características de conjunturas pré-modernas junto das entendidas como próprias do período moderno), Jessé Souza sustenta a tese de que foi implantado no país um efetivo processo de modernização de grandes proporções a partir do início do século XIX, cuja consequência foi a naturalização da desigualdade social e a consequente produção de "subcidadãos" (2004, p. 79-80).

De todo modo, independentemente do consenso a respeito do momento enfrentado, da sua denominação e da repercussão de seus efeitos, certo é que se vive

em uma fase de turbulência, na qual os padrões estruturados nem sempre traduzem a multiplicidade e o dinamismo das relações sociais, que estão sempre em contínuas mutações. Sob esse viés, a globalização, em suas inúmeras expressões, tende a dar novos horizontes à manifestação do que se entendia por Modernidade, de maneira que, para Giddens, a difusão das instituições modernas, universalizadas pela ação da globalização, estabelece uma dicotomia entre a ordem global e local, o que, a seu turno, reorganiza e reformula os agrupamentos, incluindo os Estados e as coletividades de todos os tipos (GIDDENS, 1997, p. 75).

Utilizando o paralelo entre os planos local e global para explicar o processo globalizatório, Zygmunt Bauman defende que a globalização afeta a todos integralmente. Para o autor, o rompimento espaço-temporal desencadeado pela globalização instaurou uma maior estratificação social – com a reformulação de novas hierarquias sociais –, além de segregação, privatização dos espaços públicos e formas mais abrangentes de isolamento; sendo que isso, de sua parte, desembocaria na polarização mundial, com inúmeras consequências culturais e psicológicas (1999, p. 25-31).

No que tange ao caso brasileiro, Souza argumenta que a desigualdade social existente no país seria moderna, porque vinculada à eficácia de valores e instituições modernas. Dito com outras palavras, isso traduz a ideia de que a incorporação das práticas institucionais modernas seria calcada na naturalização das instituições e dos valores ocidentais vigentes, vale dizer, do Estado centralizador e do capitalismo (através do mercado), como únicos modelos válidos de organização social (2004, p. 80-81).

Nessas condições, os rumos da modernização brasileira complementar-se-iam com o modelo da sociedade de consumo – centrada na figura do consumidor e suscetível às pressões do mercado global. A noção de sociedade de consumo, segundo Bauman, contrapõe-se à noção de sociedade de produção, própria das camadas fundadoras da sociedade moderna, na qual as aspirações e o direcionamento da vida dos indivíduos eram voltados à produção. Todavia, a sociedade orientada pelo consumo, tal qual nos aponta esse autor, apresenta-se como um projeto estabelecido para todos, mas disponível apenas para alguns: os aptos a consumirem (1999, p. 88-93).

Assim, para esse autor, os sujeitos que não consomem no ritmo exigido pelo mercado tendem a ser considerados redundantes, não mais que um problema a ser contabilizado. Logo, aposentados, desempregados, jovens, e todos aqueles que são considerados improdutivos – desnecessários – são tidos por sinônimos de cargas à sociedade, e não como indivíduos construtores de projetos de vida (BAUMAN, 2005, p. 20-22).

De forma correlata, Souza defende que, em países periféricos de modernização recente como o Brasil, o respeito social correspondente aos papéis do produtor e do cidadão seria baseado nas distinções que estabelecem o valor relativo de cada um dentro da cadeia social existente. Portanto, para Souza, a aquisição de dignidade e de cidadania pressupõe a "avaliação objetiva do valor relativo" de cada sujeito, alicerçada na concepção de trabalho produtivo e disciplinado, própria de uma "ideologia do desempenho", cuja pretensão de neutralidade e de universalidade faz com que os processos de exclusão sejam reproduzidos de maneira invisível àqueles que não fazem frente aos patamares tácitos que atribuem valor aos sujeitos (2004, p. 88-89).

Diante dessas ideias, as desigualdades seriam camufladas, pois, o sucesso, tal qual o fracasso, ficariam a cargo do mérito e do desempenho pessoal (SOUZA, 2004, p. 88). E, com a tradução das desigualdades nos valores meritocráticos e de igualdade formal, esconder-se-ia o fato de que: aos sujeitos pertencentes à categoria dos subcidadãos quase nunca são dadas as chances de uma competição bem-sucedida com os demais grupos, de modo que, a imensa discrepância entre a realidade dos sujeitos seria ofuscada pela aparência de neutralidade promovida por um padrão hegemônico considerado socialmente válido a todos (porém, materialmente possível a poucos) (SOUZA, 2009, p. 22-26).

De outro prisma, é preciso tomar em cálculo que, com a ressignificação dos elos entre as ordens global e local, o âmbito global adquire posição de destaque e de preferência em detrimento das perspectivas locais, firmando-se um paradoxo no qual: ao passo que uns têm as distâncias reduzidas ao instante e vivenciam uma cultura global, outros têm de esperar na sua localidade, bem como calar suas aspirações extraterritoriais (BAUMAN, 1999, p. 25-33). Nesse ínterim, os sujeitos vulneráveis às pressões globalizantes do mercado e da sociedade de consumo (inseridos em um mundo interligado) se veem presos à dimensão espacial de sua localidade e, sem condições de consumir, tornam-se refugos humanos isolados em seus próprios territórios (BAUMAN, 2005, p. 11- 15).

Posto isso, assim como as populações marginalizadas (e localmente presas) são alvejadas com mensagens e sinais que só o modo de vida global – sintonizado com o consumo – pode proporcionar, as populações globais raramente conhecem a realidade das dimensões locais em suas problemáticas e peculiaridades, cimentando espaço não só para a obscuridade e o desconhecimento de outras realidades, como também para o reforço de estereótipos e medos (BAUMAN, 1999, p. 29, 133-134).

Outrossim, na contemporaneidade, em razão das diversas influências globalizatórias, as turbulências próprias da adolescência aumentam. A adolescência,

por si só, não corresponde exatamente a uma fase natural do ciclo biológico humano; e, embora seu início coincida com a puberdade, é artificialmente prolongada ou retraída de acordo com certas condições socioculturais (KEHL, 2001, p. 37). Assim, pode-se dizer que existam adolescências (no plural) e, diante do descompasso na fixação do intervalo de início e de término do decurso do adolescer[1], este se constitui em etapa singular para cada pessoa, influenciada por diversos fatores, vale dizer, não restritos às mudanças biológicas. Então, é possível entender a adolescência como um momento importante na vida do sujeito, no qual aos movimentos de crescimento físico e estrutural do corpo biológico, somam-se o amadurecimento e o desenvolvimento do sujeito social.

Nessa situação de múltiplas possibilidades de se adolescer, a Modernidade trouxe aos indivíduos não só maiores inseguranças, como também maiores liberdades. Porém, não são todos os adolescentes que podem desfrutar integralmente das benesses e possibilidades do mundo moderno. Isso, pois, os adolescentes em situação de vulnerabilidade, frustrados em suas aspirações de consumir, e presos aos seus âmbitos locais, mantêm-se inaptos a beneficiarem-se de todas as possibilidades que o mercado continuamente lhes oferta.

Isso pode ser analisado sob a ótica dos efeitos colaterais da globalização. De acordo com as ideias de Bauman, esses efeitos gerados pela expansão global de vida moderna, alastrar-se-iam como produtores massivos de pessoas refugadas. Por essa perspectiva, a presença dessas pessoas tomadas por excedentes populacionais, do ponto de vista dos sujeitos consumidores, possuiria uma ligação direta com o agravamento do sentimento de insegurança, local e globalmente produzidos (2005, p. 11-15). Nesse caminho, fluxos de criminalização da pobreza – e dos refugos e excedentes populacionais considerados sem valor (no caso, os adolescentes nas "zonas de vulnerabilidade") –, aliados a categorizações dos sujeitos com conceitos pré-reflexivos, aumentam os espaços de distância e incrementam as diferenças. Consequentemente, a dimensão local não tem voz; e quando tem, faz ecoar pânico e insegurança na esfera global.

A questão de segurança pública torna-se, por conseguinte, uma das pautas mais discutidas, e uma das exigências mais triviais, quando se fala da atuação do Estado. E, em tempos nos quais a segurança pública é tida como sinônimo de aumento da força policial e coercitiva do Estado, as raízes da criminalidade ligadas às desigualdades pungentes, às faltas de oportunidade e a não efetivação de

1. No Brasil, o marco jurídico da adolescência é compreendido entre 12 anos completos e 18 anos incompletos, por decorrência do artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990).

direitos, quando reconhecidas, transformam-se em objeto de barganha política e eleitoreira.

Conforme Bauman, quando os temas relacionados à segurança pública – por si só, complexos e multidimensionais – são reduzidos à segurança pessoal, configuram-se em uma concretude palpável, capaz de ser combatida (1999, p. 126). Disso decorre que as causas de insegurança e mal-estar são imputadas, em certa medida, aos "delinquentes", considerados como sendo os vetores de criminalidade e, então, as raízes da falta de segurança.

No Brasil, esse debate tende a ganhar especial relevância em um momento no qual os projetos legislativos que propõem a redução da idade de imputabilidade penal – e que expressam claro retrocesso no campo dos direitos dos adolescentes – contam com massivo apoio popular. Nessa tela de medos, inseguranças e incertezas, os adolescentes que cometem atos infracionais[2] são identificados, por boa parte da mídia e do senso comum, como os principais causadores da violência urbana, de modo a serem considerados enquanto pessoas que precisam ser controladas e domesticadas.

De mais a mais, muitas vezes ignora-se que viver sob certas circunstâncias, ou possuir determinadas características, faz com que se enfrente maiores dificuldades: ser pobre, morar na periferia, ser de etnia não branca, ter baixa escolaridade etc., representam a inevitabilidade de que, em determinado momento, a pessoa seja confrontada por algum tipo de opressão. Em contrapartida, juntam-se outros vetores às questões que envolvem os adolescentes circunscritos nas "zonas de vulnerabilidade", principalmente onde há dinâmicas de violência, porque, para além dos desafios particulares da adolescência, expandem-se os elementos e incrementam-se as especificidades os quais exigem reflexão.

Nesses moldes, tais adolescentes – que frequentemente não são sequer tidos como sujeitos completos – são transpassados por múltiplas carências e preconceitos, sendo que a construção de projetos de vida, conjugada com os anseios inerentes ao adolescer, vêm acompanhada de inúmeros limites, cuja transposição é difícil e demanda muito esforço (COSTA, 2012, p. 63). Portanto, ao lado dessas barreiras – visíveis e invisíveis –, não raro, sobrepujam-se cenários nos quais os direitos: ou não são efetivados, ou são diretamente violados, ora pela ação ou omissão do Estado, ora pelas cadeias de violência em que se inserem.

2. Juridicamente, os atos infracionais não correspondem estritamente à definição de crime, abarcando também as contravenções penais, pois, por força do artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal". Além disso, somente os sujeitos adolescentes podem ser autores de atos infracionais.

Além do mais, cabe referir que acontece na adolescência, dentre outras coisas, uma significativa (re)construção do projeto de identidade do sujeito (OSÓRIO, 1989, p. 122). Nesse processo, a dimensão grupal desempenha um papel expressivo enquanto fonte de intercâmbio emocional, pois, fazer parte de um grupo, nutrir laços e sentir-se reconhecido como pessoa, além de elevar a autoestima, está intimamente ligado à consolidação de uma identidade (SUDBRAK, p. 1-2). Isso faz com que atividades desviantes (contrapostas ou não ao juridicamente estabelecido) possam afigurar-se como meios centrais na criação de laços e no fortalecimento de um projeto de identidade no sujeito (ATHAYDE, MV BILL e SOARES, 2005, p. 228 e 229).

Nesse passo, dado o limitado espectro de possibilidades existentes, a correspondência satisfatória às pressões do mundo do trabalho – cada vez mais exigente e com altos padrões de qualificação –, para grande parte desses jovens, torna-se inviável, de forma que o mercado formal encontra dificuldades em absorvê-los (COSTA, 2012, p. 60 e 61). Para muitos, ainda, o vínculo com atividades de natureza jurídica ilícita pode ser um caminho possível – e, até mesmo, altamente lucrativo –, quando não de caráter atrativo, em virtude do prestígio que assumem em determinados grupos (ATHAYDE, MV BILL e SOARES, 2005, p. 250).

Por seu lado, os adolescentes que cometem atos infracionais, apesar de sua inimputabilidade penal, são responsabilizados com base no sistema da socioeducação, que se justifica pela etapa de vida que esses sujeitos vivenciam. Esse microssistema jurídico, analogamente ao sistema jurídico-penal adulto, seguindo a tendência de criminalização da pobreza, é marcado pela seletividade e inclinação a punir os adolescentes mais empobrecidos, os quais, por conta de múltiplas questões, são mais suscetíveis à intervenção estatal.

De pronto, verifica-se que a discussão sobre os adolescentes que incorrem em atos infracionais deve ter, desde o seu ponto de partida, uma ótica multifocal, minando o terreno do reducionismo ou das generalizações. Portanto, o debate contemporâneo sobre em que medida as condições sociais influenciam nas cadeias de manutenção de violência(s) e vulnerabilidade(s) faz parte das pautas centrais, de modo que, como já foi abordada em outra oportunidade, a aferição da dinâmica de violência presente na vida da população infantojuvenil das grandes metrópoles brasileiras transita por diversos fatores conjugados, como: a) a família, a escola e a comunidade que não exercem papel protetivo; b) a falta de perspectiva de integração social plena, ou de constituição de um projeto de vida em que haja sentimento de pertencimento; c) o Estado ausente; d) a oferta do mundo do tráfico como fonte de renda imediata que permite um padrão de consumo jamais acessado através do mundo do trabalho formal ou informal; e) o uso de drogas, tráfico e acesso a armas de fogo; f) o *status*, autoestima e virilidade ofertada pelo

mundo do tráfico – isto é, vantagens simbólicas não encontradas facilmente em outros espaços sociais; g) a cultura da violência costumeira e institucionalizada (COSTA, 2005, p. 42-44).

Consequentemente, em busca de uma análise mais coerente desse assunto que, a seu turno, congregue a complexidade e a especificidade de forma complementar, procurou-se na primeira geração da Escola Criminológica de Chicago instrumentos que contribuíssem na análise da juventude em situação de vulnerabilidade do Brasil contemporâneo.

3. A primeira geração da Escola de Chicago

Surgida nos Estados Unidos, na cidade de Chicago – após um período de forte industrialização, de grandes fluxos migratórios e de abrupto crescimento econômico –, a Escola de Chicago ficou conhecida por revolucionar os estudos e pesquisas sociológicas no âmbito norte-americano, causando grande impacto no pensamento criminológico do século XX. Nesse sentido, essa escola teve o crédito de refutar as teorias biopsicológicas (que, até então, imperavam centradas na figura do delinquente), trabalhando com uma perspectiva macrossociológica, na qual o crime seria um produto social da realidade urbana.

Por conseguinte, pode ser cindida em uma escola de pensamento e em uma escola de atividade, pois ela representa, de um lado, uma produção teórica de grande importância, e, de outro, certos aspectos metodológicos voltados a uma abordagem empírica da realidade (notadamente, com a alternância de uso entre ferramentas quantitativas e qualitativas). Dessa forma, Howard Becker assevera que a Escola de Chicago foi antes um "modo de pensar" e abordar problemas de pesquisa, do que propriamente uma teoria uniforme com pretensão de universalidade (1996, p. 188).

Além disso, a Escola de Chicago é separada em gerações. Na primeira metade do século XX, a primeira geração de pensadores tornou-se um marco para o pensamento sociológico em Criminologia, reverberando suas marcas nos estudos posteriores. Sendo assim, foi tendo a cidade como campo de estudo que, a primeira geração dessa escola, abordou, de forma transdisciplinar, muitos aspectos relacionados à interação da vida humana com o espaço urbano (SHECAIRA, 2014, p. 141), formulando as teorias da ecologia urbana e da desorganização social, as quais serão explicitadas a seguir.

Robert Ezra Park – um dos pioneiros e mais influentes pensadores da Escola de Chicago –, inspirado na biologia vegetal, elaborou o conceito de Ecologia Humana, procurando uma semelhança entre como o espaço físico relacionava-se com o espaço social e influenciava na produção da criminalidade. A cidade, para

ele, era um núcleo vivo em que manifestações culturais, identitárias e sociais interagiam, fazendo com que, na construção do espaço, ela adquirisse outras conotações não restritas à sua estrutura física, mas provindas das modificações que a vida humana complexa nela exercia (PARK, 1925, p. 1).

Nessa lógica, a formação moral e social das pessoas da cidade estaria em relação direta com os espaços por elas habitados: a vida urbana absorveria um pouco das características e práticas dos seus membros, o que permitiria a divisão da cidade em áreas; cada área, por sua hora, ligada ao sentimento particular de sua população, tenderia a ser segregada e classificada. O efeito disso seria o de converter o que, de início, era uma mera expressão geográfica em uma vizinhança – uma localidade com sentimentos, tradições e uma história própria –, isto é, converter em uma "região moral" (PARK, 1925, p. 5-6; 43-44).

Para Park, haveria um compartilhamento cultural e psicológico consensual dos membros de áreas da cidade, traduzido pelo conceito das "regiões morais" (PARK, 1925, p. 43). Cabe assinalar a relevância da analogia biológica no conceito de Park de Ecologia Urbana – de maneira que as áreas da cidade estariam em constante interação de simbiose, invasão, dominação e sucessão (FREITAS, 2002, 68). Nessas circunstâncias, o autor considerava que uma sociedade organizada seria criada quando os indivíduos se tornassem progressivamente dependentes da comunidade, na qual eles integrariam uma parte. E essa organização seria mantida em um estado de "equilíbrio instável", perpetuado por um processo de contínuo reajuste (PARK, 1925, p. 15-17).

Em razão de Chicago ter tido, àquele tempo, um processo de expansão aguda – com grande aumento demográfico por conta da industrialização e migração, além de problemas com a rápida e desorganizada urbanização –, constituiu-se em um espaço altamente heterogêneo, além de fértil campo para o estudo da criminalidade (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2000, p. 272-274). De acordo com Wagner Freitas, os problemas culturais e sociais que Chicago enfrentava àquela época contribuíram para o aumento da criminalidade, que foi acompanhado por uma política pública de segurança voltada à repressão, executada pelo aparelho policial (2002, p. 46-47).

Nesse ponto, Park aduz que o controle, o qual anteriormente seria baseado nos costumes, foi trocado pelo controle baseado na lei (*positive law*), cujos efeitos se estenderam ao poder de polícia (PARK, 1925, p. 28). Ou seja, no viés de Park, o poder de polícia acabaria por ser destinado a reprimir os grupos dissonantes da "ordem moral vigente".

Segundo esse pesquisador, a criminalidade dos centros urbanos estaria associada à deterioração dos mecanismos informais de controle social – provocada

pela impessoalidade, individualismo e racionalidade dos grandes centros urbanos. De outro plano, a modificação nas tradicionais instituições de controle social primário (como a Família, a Igreja e a Escola) acarretaria, então, no enfraquecimento das restrições e inibições do indivíduo, o que gradualmente dissolveria a ordem moral existente na sociedade. No limite, formar-se-iam regiões morais nas quais prevaleceriam outros códigos de conduta a orientar os indivíduos (PARK, 1925, p. 23-25; 42-45).

Ademais, até a primeira metade do século XX, diversas ondas migratórias constituíram em Chicago um panorama social, étnico e econômico altamente plural, sendo que "um dos temas mais importantes naquele tempo era o da delinquência juvenil, que afetava especialmente os filhos de imigrantes [...], que não eram criados da maneira que a população dominante da cidade considerava apropriada" (BECKER, 1996, p. 181). E nos estudos que relacionavam a juventude com a delinquência destacam-se os trabalhos dos alunos de Robert Park: Frederic M. Thrasher, Clifford R. Shaw e Henry Mackay (BECKER, 1996, p. 181).

Frederic M. Thrasher, em seu livro *The gang: a study of 1,313 gangs* (de 1927), mapeou as gangues da cidade de Chicago, delineando uma teorização acerca da trajetória por intermédio da qual um grupo juvenil poderia tornar-se uma "gangue de delinquentes". Na visão desse autor, uma gangue formava-se, de um lado, pela atração que a vida livre nas ruas exercia, de outro, pelo caráter desagradável e da fraqueza moral das agências de controle; além disso, para esse autor, o crime exerceria alguma atração no imaginário juvenil, pois seria sinônimo de diversão, lucro e destaque (BORDUA, 1957, p. 119-123). Sob o aspecto da interação com o espaço social, Thrasher relacionou algumas zonas da cidade à presença de "gangues" (*ganglands*), associando a criminalidade aos locais em que as condições de vida mostravam-se deficitárias (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, p. 275).

Assim, a perspectiva de Thrasher, apesar de apresentar certo traço determinista (constante – em maior ou menor grau – nos demais autores pertencentes à geração abordada da Escola de Chicago), englobava a noção de que as ações desviantes, para além de serem uma expressão da auto-orientação dos sujeitos, reportam-se a uma interação com o grupo em que se pertence e às condições e dificuldades a que se está submetido.

Já Clifford R. Shaw e Henry Mackay fizeram conjuntamente uma série de pesquisas acerca do tema da delinquência juvenil, alicerçando-se na ideia de desorganização social. Por meio de suas pesquisas, sugeriram que a desorganização social corresponderia ao colapso das instituições sociais que estruturam a comunidade, fazendo com que os adultos se tornassem inaptos a controlar a juventude,

ou a parar o surgimento de organizações criminais. Sob essa ótica, a juventude, livre dos adultos, aprenderia nas ruas os valores e habilidades criminais, por um mecanismo de transmissão cultural dos delinquentes mais velhos aos mais novos (AGNEW e CULLEN, 2011, p. 90-91; COSTA, 1976, p. 126 e 127).

A delinquência, para esses autores, teria raízes nas dinâmicas da comunidade. Em comunidades assoladas pela pobreza e em constante mudança social, as instituições tornar-se-iam fracas, e um sistema de valores que apoia o crime seria nutrido. Todavia, eles reconheciam que, até em comunidades desorganizadas, os pais e outros adultos tentariam incutir valores morais nas crianças; entretanto, deveriam competir contra uma série de influências criminais que não estariam presentes em comunidades organizadas (AGNEW; CULLEN, 2011, p. 98).

Essa explicação da delinquência partia da existência de diferentes sistemas de valores, o que contornava a ideia de que: nas comunidades com menores taxas de delinquência (e, então, mais estruturadas e frequentemente mais ricas) existiria maior uniformidade, consistência e universalidade de valores convencionais, de maneira que os jovens ficariam isolados de influências criminógenas. Além do mais, para esses autores, nas áreas de padrão econômico alto e médio, a similaridade de atitudes e valores seria expressada em instituições e associações voluntárias designada a perpetuá-los e protegê-los. Em contraste, nas áreas de baixo *status* econômico, onde as taxas de delinquência eram altas, sendo caracterizadas pela ampla diversidade de normas e padrões de comportamento, os valores desviantes seriam simbolizados por grupos e instituições provindas de gangues criminais adultas, detentoras de poder, influência e prestígio. Logo, crianças vivendo em tais comunidades estariam expostas a uma variedade de padrões contraditórios e formas de comportamento, ao invés de um padrão convencional e relativamente consistente (AGNEW; CULLEN, 2011, p. 99-102).

Os sistemas de moral conflitantes seduziriam os jovens na medida em que proporcionassem um significado de segurança econômica, ganho e reconhecimento, dificilmente conseguidos nos meios de vida convencionais. Por consequência, para esses autores, as atitudes e os hábitos seriam formados na medida da extensão na qual os jovens participassem e se identificassem com os grupos criminosos (AGNEW; CULLEN, 2011, p. 98-101).

Em resumo, para Shaw e Mackay, a prática de um crime ocorreria em maior probabilidade caso houvesse fragilizações da comunidade e das instituições sociais de controle informal. Assim, se a desorganização da comunidade era o insumo da delinquência, então a solução contra o crime seria "organizar" a comunidade. E, logo, entendiam necessária a elaboração de políticas públicas preventivas, sobretudo para com a população jovem, o que foi, em larga medida, favorecido por uma filosofia protestante de auxílio filantrópico, com a qual esses

autores compactuavam. Diante disso, foram realizadas diversas iniciativas, tendo em vista o entendimento de que a Universidade poderia contribuir para o equacionamento dos problemas sociais presentes nas cidades americanas (FREITAS, 2002, p. 88-89; SHECAIRA, 2014, p. 155-157)[3].

Porém, a construção da ideia de desorganização social dos guetos, tal qual formulada por esses autores, passava por uma perspectiva de cunho moralizante, alicerçada no determinismo ambiental, ínsito ao paradigma dessa Escola de pensamento. Para essa teoria, a família era tida como instituição propulsora de valores convencionais e oposta ao comportamento desviante. E, no ambiente em que surgiu, a ideia de que, em comunidades desorganizadas, a família perderia espaço para outros grupos na socialização da criança ou do adolescente, parte do pressuposto de que haveria um tipo de comunidade com organização social válida, correspondente modelos familiares de classe média e alta (AGNEW; CULLEN, 2011, p. 99). Em resumo, por essas ideias, a deterioração dos grupos primários (ilustrado na figura da "família"), a superficialidade e individualização das relações interpessoais dos centros urbanos, o questionamento dos valores tradicionais e familiares, a superpopulação e o enfraquecimento do controle social implicariam um "meio desorganizado e criminógeno" (GARCÍA-PABLOS de MOLINA; GOMES, p. 274).

Nesse ínterim, uma das críticas para essa teoria foi não conseguir explicar a delinquência presente nas comunidades supostamente organizadas, que eram mais abastadas que as demais, bem como ignorar a desorganização social e os valores culturais que apoiam o crime nessas mesmas comunidades (AGNEW; CULLEN, 2011, p. 99; GARCÍA-PABLOS de MOLINA; GOMES, p. 276). Por consequência, atualmente, tem-se por incabível relacionar diretamente a pobreza com a criminalidade, ou a pobreza com a desorganização social, já que todos esses conceitos são chaves de interpretação da realidade, mas não a determinam de forma mecânica.

No caso dos estudos que versaram sobre a juventude cotejada com a delinquência, enxergou-se nos fatores sociais externos ao indivíduo a mola propulsora dos comportamentos criminosos. Desse modo, ao longo das transformações do pensamento criminológico, fomentaram-se diversas críticas e apontamentos

3. Um exemplo disso é o "Projeto Área de Chicago" (*Chicago Area Project* – 1934), estruturado por Shaw e Mckay, o qual visava não só ao incremento de bem-estar das comunidades pobres, como também o fortalecimento de vínculos sociais, através de ações e projetos em conjunto com os habitantes da comunidade. Além disso, esse projeto tinha por alvo principal o engajamento da comunidade na prevenção de que os jovens se envolvessem com o crime. (FREITAS, 2002, p. 61; SHECAIRA, 2014, p. 155-157).

aos moldes originais da Escola de Chicago, visto que, nessa fase, compreendia-se que o ambiente social impunha limitações ao exercício da vontade dos sujeitos, fazendo com que o comportamento humano fosse visto como sendo moldado por vetores socioambientais (FREITAS, 2002, p. 70).

Portanto, ainda que compreensível a presença de algumas teorias que atualmente podem ser consideradas retrógradas ou simplificadoras, no momento em que surgiram, tiveram um papel relevante dentro da história da criminologia, já que as teorias da primeira geração da Escola de Chicago, antagonicamente ao que entendia a Escola Criminológica Clássica, tiveram por ponto central a ideia de que a criminalidade é influenciada pelos valores e normas do grupo, e não pela liberdade individualmente considerada dos sujeitos.

De qualquer lado, presentemente exigem-se estudos interseccionais que abarquem o peso da complexidade de determinados assuntos, como é o caso da juventude, e, mais particularmente, da adolescência em relação com a criminalidade. Ademais, deve-se tomar em cálculo as diferenças entre a cidade de Chicago, quando das formulações teóricas, e o Brasil, que, enquanto país de larga escala, exprime suas próprias particularidades.

Na cidade de Chicago do século XX, o surgimento de guetos formados por imigrantes de mesma origem levava à tendência de que a junção das pessoas em um mesmo espaço territorial fosse correlata a algum nível de comunhão cultural e identitária. No Brasil, de outro lado, por se tratar de território que abriga ampla variação sociocultural, o processo de formação urbana seguiu certos padrões especiais, de modo que delinear vínculos entre espaço e cultura, para além da discussão sobre a interação de ambos, depende em larga medida da localidade tratada; ainda, permeia esse aspecto a discussão sobre a existência e produção de uma identidade brasileira comum a todos, ou de uma unidade cultural em si, fazendo com que se considere descabida qualquer associação direta entre realidades distintas, que, ultrapassando as distinções temporais, possuem inúmeras especificidades. Consequentemente, abordar esses temas sem uma contextualização complexa torna-se trabalho inócuo, ou, ainda, corre o risco de se pautar em análises demasiadamente reducionistas dos coeficientes envolvidos.

4. Escola de Chicago: uma releitura baseada no cenário do Brasil contemporâneo

Como visto, a primeira geração da Escola de Chicago teve grande importância no pensamento criminológico do século XX. E, apesar de ter limitações, pode-se dizer que essa geração teve o mérito de chamar a atenção ao impacto da ampliação urbana na produção de atividades desviantes, bem como de mostrar

que os sujeitos não estão isolados uns dos outros, mas sim imersos em uma teia social de relações, que produzem influências intersubjetivas, diretas ou indiretas, nos indivíduos.

A cidade em processo de urbanização, objeto da pesquisa de Robert Park, foi tida como um núcleo vivo com proporções extraespaciais que interagia com seus habitantes, não só em uma dimensão geográfica e "ecológica", como também em aspectos econômicos, organizacionais e culturais (PARK, 1925, p. 2). Porém, nos tempos globalizados, o significado atribuído ao espaço geográfico em que se vive refere-se não somente à interinfluenciação com o espaço físico, como também ao grau de mobilidade e independência que se tem dele.

É preciso considerar que os efeitos da globalização, com a separação entre as dimensões global e local, fizeram da cidade um campo desigual, em que as barreiras existentes superam as restrições físicas, e os espaços delimitados por classes imiscuem-se com os fatores globalizantes de separação dos sujeitos, de acordo com a capacidade de viver em tempos e velocidades diferentes. Não por outra razão, Bauman assevera que ao passo que a extraterritorialidade da elite apresenta-se como uma liberdade, a territorialidade configura-se como uma prisão ao espaço geográfico, tanto mais humilhante quanto maior for a visão da liberdade de movimento dos outros (BAUMAN, 1999, p. 31).

A cidade passa a ser um dínamo em que os sujeitos sociais não estão separados somente por espaços, mas também por tempos e velocidades diferentes. Isso materializa uma distância imensa, que extrapola o âmbito geográfico. Em suma, com a desterritorialização do mundo pela globalização e a reorganização dos espaços por ela provocada, a ressignificação das realidades sociais adquire fronteiras não limitadas pelos encadeamentos das interações da vida urbana.

Desse modo, Park relatava, já na década de 20, o aumento da instabilidade causado pelos valores da impessoalidade e do anonimato, próprios dos centros urbanos, nos quais pessoas viviam em bolhas, isoladas umas das outras. No entanto, atualmente, tais valores são mundialmente massificados e não se restringem às interações com os espaços físicos: as segregações, agora, podem dar-se em qualquer lugar, e cada um é incentivado a cuidar exclusivamente de si.

Disso decorre a existência de diversas estruturas que mantêm quadros de exclusão e vulnerabilidade, os quais, a seu turno, fogem aos âmbitos econômico e geográfico. Aliado a isso, aqueles que estão na periferia do mundo inserem-se em uma cultura de valores que promove o sucesso e humilha as perdas. E, no caso do brasileiro, à marginalização permanente de grupos sociais específicos, soma-se uma hierarquia valorativa invisível de preconceitos tacitamente sedimentados e mantenedores de relações de desigualdade (SOUZA, 2006, p. 68). Especificamente, nas periferias das grandes cidades brasileiras evidenciam-se

as implicações das desigualdades sociais no mundo contemporâneo, pois nelas manifestam-se disparidades e carências de inúmeras facetas, conjugando, na vida de muitos, precariedade e falta de perspectivas de mudança.

No que se refere ao tema da juventude em relação com a criminalidade, os adolescentes que cometem atos infracionais são, com frequência, considerados os principais geradores de violência urbana. Assim, não raro, esses adolescentes são utilizados pelo sensacionalismo da mídia, e por discursos oportunistas, como um meio de insuflar o medo e o terror coletivo. Nesse panorama, os adolescentes imersos em cadeias de violência – ora na posição de agentes, ora na de objetos – são invisíveis para boa parte das pessoas. Quando vistos, são contabilizados como sendo não mais do que um problema a ser resolvido, não mais do que uma carga financeira especialmente custosa, e que, por questões de ordem, exige controle severo.

Nesse passo, os estudos da delinquência infantojuvenil da primeira geração da Escola de Chicago tinham por amparo tanto o entendimento de uma sociedade de consensual, quanto interpretações de mundo adulto centradas, nas quais se pressupunha o controle da juventude. Clifford Shaw e Herny Mackay viam naquilo que chamavam de desorganização social um terreno fértil para a produção da criminalidade juvenil; todavia, a contraposição da desorganização social das camadas pobres com a organização social das camadas mais ricas, em interação com a ideia de códigos de conduta dicotômicos (entre bem e mal, certo e errado, saudável e patológico), expressava uma aproximação eminentemente externa ao problema de estudo, na qual os pesquisadores, a partir dos seus respectivos contextos, outorgavam significados aos estudos da "delinquência juvenil" em consonância com uma lógica reformista. Essa lógica, segundo Becker, procurava, de um lado, saber como lidar com esse problema (quer dizer, como lidar com os delinquentes), e, de outro, uma demonstração de fracasso da sociedade em socializar muitas crianças (BECKER, 1996, p. 181).

Os delinquentes, a despeito de qualquer ideal filantrópico-intervencionista, eram vistos na qualidade de sujeitos com valores que destoavam do padrão de normalidade, e que, portanto, para falar na linguagem de Park, destoavam do "código moral dominante". Ocorre que, talvez não seja adequado falar em um "código moral dominante" como um centro de referência unânime e homogêneo.

Como levantado em outro momento, convivem no Brasil da contemporaneidade, em um mesmo espaço social, diversos "campos sociais semiautônomos", isto é, "normatividades jurídicas paralelas ao sistema jurídico estatal, localizadas, em especial, nas periferias urbanas", que, "em sobreposição, diferenciados e com relativa autonomia (...) definem-se não em razão do tipo de organização que tenham, mas porque criam normas e podem assegurar que sejam cumpridas"

(COSTA, 2012, p. 89). Em outras palavras, essa noção de campos sociais semiautônomos traduz a ideia de que existe mais de um centro normativo pelo qual as pessoas orientam-se, fazendo com que haja centros porosos de normatividade dos quais as pessoas extraem referência para as suas vidas, de acordo com a situação em que se encontrem.

> Para poder orientar-se diante de cada situação enfrentada, é necessário vincular-se a esses sistemas, tomando-o como referência para si mesmo. Caso as pessoas não façam tal opção, porque não querem, ou não conseguem, a tendência é sentirem-se perdidas, desorientadas, o que conduz à relativização de regras de um sistema e outro.
>
> O fato é que essas referências não são necessariamente compartilhadas pela sociedade como um todo, mas sim por determinados grupos, que funcionam como 'subsociedades'. Sendo parte desses grupos, as pessoas interpretam o mundo desde a perspectiva de seus pares. Assim, às vezes, não fazem escolhas ou opções, mas olham o mundo desde o local do qual se sentem parte (COSTA, 2012, p .90).

Nada obstante, tais planos de orientação não gozam de autonomia completa uns dos outros, de sorte que o grau de identificação e coesão que cada plano possui, não é uma categoria fixa e rigorosamente estabelecida, "muitos adolescentes brasileiros referenciam-se em distintos planos normativos que convivem no processo de tomada de decisões" (COSTA, 2012, p. 90-91), sendo que tais centros porosos de referência, normalmente, não se situam alheios em relação à sociedade formal e ao Estado.

Com base nessa ideia, os adolescentes brasileiros tangenciados pelas "zonas de vulnerabilidade" tomam decisões e orientam-se com a ajuda dos centros de referência normativos com os quais convivem. As normas vigentes na escola, no Estado (por meio das leis), na família ou nos grupos que fazem parte têm determinado peso na tomada de decisões, sendo que escolhas são direcionadas, em grande medida, pelas circunstâncias e problemas que tenham de ser solucionados, bem como pelo espectro de possibilidade disponível em cada situação.

Ademais, devido em parte às repercussões do mundo moderno globalizado, os centros de referência são gradativamente menos restritos à dimensão territorial local, fazendo com que as regras sociais tornem-se muito mais dinâmicas. Pois, com os âmbitos local e global cada vez mais interpenetrados, identidades culturais globalmente produzidas acarretam em movimentos de influência nos planos normativos. Porém, as influências da globalização, assim como as demais, não são absolutas, visto que os liames da pobreza e da vulnerabilidade imantam os sujeitos aos seus territórios, acarretando no descompasso de que

muitos, ainda que perpassados pelas aspirações a um projeto de vida global, apenas sentem os reveses da globalização.

De todo modo, a teoria dos distintos planos normativos de referência conecta-se com outra, de um autor pertencente à geração posterior da Escola de Chicago: a teoria sociológica do desvio de Howard S. Becker. Esse pensador, sob a égide de um paradigma de interacionismo simbólico, diferentemente de seus predecessores, não concebe a sociedade de forma homogênea. Conforme sua teoria, a sociedade cria diversos tipos de desviantes em consonância com categorias de desvio geradas por alguns grupos (os quais criam normas e são capazes de impô-las, rotulando aqueles que as infringem de desviantes – *outsiders*). Nesse prisma, cada grupo, possuidor de uma categoria particular de desviante considera outros grupos e indivíduos como desviantes, na medida em que estes violem as regras tidas por válidas (BECKER, 2008, p. 22).

Seguindo essa perspectiva, como a sociedade é composta por diversos grupos – os quais não necessariamente partilham as mesmas regras –, frequentemente convivem categorias desviantes divergentes. Isso posto, tendo-se em conta a ideia de que cada um dos grupos da sociedade possui seu próprio conjunto de regras, e de que as pessoas "pertencem a muitos grupos ao mesmo tempo, (...) uma pessoa pode infringir as regras de um grupo pelo próprio fato de ater-se às regras de outro" (BECKER, 2008, p. 21).

Portanto, entender o que seja desviante implica em detalhar o ponto de partida do qual se fala; e, consequentemente, existirão tantos centros de referência normativos criadores de categorias desviantes, quanto maior seja o número dos lugares de fala. Acontece que, as instituições modernas – como a escola e o Estado – e toda a carga valorativa que a elas acompanham, exigem do indivíduo um crescente nível de racionalização em suas orientações.

Ao Estado, nesse sentido, cumpre a tarefa de polo abstrato racionalizante, que imputa aos sujeitos com base em uma carga normativa autocentrada, ou seja, provinda do seu próprio ordenamento jurídico. Os grupos sociais, em contrapartida, não são autocentrados. As ações das pessoas, apesar de virem acompanhadas de discursos justificadores, frequentemente, não são produtos puros da racionalidade e da liberdade; pelo menos, não como abstratamente concebida no imaginário moderno, como sendo as forças absolutas que movem a sociedade. Além disso, as vinculações emocionais e subjetivas, em conjunto com a consolidação de uma identidade social e coletiva, levam o discurso justificador do grupo a misturar-se com o projeto reflexivo do "eu" de cada sujeito social.

Nesse ponto é possível referir a Luiz Eduardo Soares, quando, em seus escritos, discorre a respeito do paralelo entre o tráfico de drogas e outros campos de

pertencimento e orientação dos sujeitos, no horizonte das relações entre crime e juventude, mormente situado nas periferias dos centros urbanos, acrescentando à discussão a perspectiva de fluidez entre os âmbitos legal e ilegal. Sob esse viés, a despeito das diferenças existentes entre ambos: "Não há 'o tráfico' e 'o traficante', no singular. Nem uma causa para o fenômeno. Há trajetórias, no plural, e distintas combinações das condições que são mais ou menos comuns a todos" (ATHAYDE; MV BILL e SOARES, 2005, p. 235-236).

Logo, dois aspectos ganham relevo no debate dos adolescentes que cometem atos infracionais. De um lado, pensar em como os processos de formulação da identidade, próprias da adolescência – enquanto etapa *sui generis* e singular na vida das pessoas –, permeiam esse tema. E, de outro, perquirir a "escolha por delinquir", se é que ela existe tal qual está posta, não sendo nem como reflexo da escolha individual, nem como produto do determinismo dos vetores sociais sobre o sujeito, ou ainda como oriunda de uma transmissão cultural conjugada com a fraqueza das instituições sociais de controle (a exemplo de algumas ideias derivadas da primeira geração da Escola de Chicago).

E, ao se tratar o tema do adolescer em situação de vulnerabilidade no presente esforço de pesquisa, procura-se fazer um exame a partir dos adolescentes individualmente considerados dentro da realidade brasileira, contextualizando as peculiaridades desta, em conjunto com cenário global na qual se insere. A inserção da difusão da globalização e dos efeitos da Modernidade ao debate, exorbitando aos campos das conceituações e fixação de modelos acerca do momento enfrentado, serve para exemplificar que, mesmo estudos que tendem a uma carga de especificidade, como é o caso dos adolescentes inseridos em dinâmicas violentas ou em situações de vulnerabilidade, são impactados por influências mais abrangentes, que, a seu turno, devem ser observadas. Dessa maneira, a noção de porosidade entre os grupos que influenciam e orientam os adolescentes nos ambientes em que estão imersos, afigura-se somente como um caminho possível de ser trilhado na busca de respostas para as questões que afetam determinada – e numerosa – parcela da adolescência brasileira.

5. Considerações finais

A proposta do presente artigo intentou verificar como a primeira geração da Escola Criminológica de Chicago poderia contribuir no debate das adolescências inseridas em situações vulnerabilidade. Constatou-se, assim, que a rearranjo de parâmetros promovidos pelo processo globalizatório imprime peculiaridades na compreensão da situação dos adolescentes inseridos em "zonas de vulnerabilidade" – em que está presente a violação ou inefetividade dos direitos básicos.

Assim, de forma parcial, pode-se dizer que os autores da primeira geração da Escola de Chicago compartilhavam as noções de que o crime seria produto, de um lado, das adversidades da urbanização desordenada e, de outro, do enfraquecimento do sistema de valores hegemônico em certas regiões, proporcionados pela desorganização social das populações. Em especial, na visão de Robert Park, a perda de influência dos valores instituições tradicionais da esfera privada no controle social das pessoas seria acompanhada pela progressiva tentativa de controle por parte do Estado. Nesse passo, os estudos da juventude em cotejo com a criminalidade foram marcados pelas análises de Frederic Thrasher, sobre a dimensão grupal da vida dos sujeitos nas gangues, e de Clifford Shaw e Henry Mackay, com a ideia de transmissão cultural da delinquência e da desorganização social das camadas mais empobrecidas, onde a fraqueza de sistemas de valores não conseguiria fazer frente às influências criminógenas.

E, em afinidade com o espírito de fundo da primeira geração da Escola de Chicago, de que os sujeitos sociais estão imersos em cadeias de interinfluenciação, pode-se dizer, superando um pouco a linha determinista dessa Escola de pensamento, que não é um enfoque isolado ou unilateral que terá o condão de ponderar as relações de violência e de vulnerabilidade existentes no espaço social, mas sim a intersecção de processos concomitantes, que se sobrepõem, e cujo produto dá-se no movimento dos casos concretos. Porém, a visão de que a perda de espaço das instituições consideradas tradicionais no papel de controle social – tal qual a Família, o Estado e a Igreja –, bem como da atratividade de um modo de vida desviante associada a uma suposta desorganização social das comunidades pobres, não ampara, por si só, a tarefa de interpretação da realidade social, sendo insuficiente para a compreensão das redes de violência e vulnerabilidade social arraigadas junto à realidade brasileira.

No Brasil, haja vista as mútuas interferências entre as ordens globais e locais, a precariedade, constante nos mais variados pontos geográficos do país, é sobremaneira sentida, dificultando a adequação a modelos e projetos socialmente difundidos. Para os adolescentes que convivem com os quadros das "zonas de vulnerabilidade", ultrapassar as fronteiras sedimentadas – muitas vezes, tacitamente – torna-se tarefa de especial dificuldade.

Desse modo, ao invés da noção de ausência de controle social e de transmissão cultural da "delinquência", encontra-se um caminho na ideia de existência de distintos planos normativos para a compreensão da situação dos adolescentes que, inseridos nas "zonas de vulnerabilidade" da realidade brasileira, desempenham condutas consideradas como desviantes. Nessa dimensão, ancorado na ideia de campos sociais semiautônomos – os quais, a seu turno, servem de orientação aos adolescentes –, o cometimento de atos infracionais, e a própria ideia de

incorrer-se em atividades desviantes, tornam-se uma questão complexa, que não restringe à transgressão de disposição legal ou a uma escolha arbitrária por delinquir, com base em uma influência grupal ou no exercício da liberdade individual.

Pelo contrário, a dimensão de diversos planos normativo de referência alarga o horizonte para outros vetores que influenciam os sujeitos sem, com isso, emoldurá-los em uma causalidade linear, cega para as especificidades dos sujeitos adolescentes e para os tempos dinâmicos globalizados. Essa abordagem, de outro lado, abre terreno para o questionamento das relações do sujeito adolescente com o seu meio, com o espaço em que vive, com aqueles com quem se relaciona, ou seja, com os planos normativos nos quais se referencia. Enfim, toma-se em cálculo um sujeito complexo e particular, dotado de especificidades, que devem ser ponderadas em qualquer estudo que dele se aproxime.

Referências bibliográficas

AGNEW, Robert; CULLEN, Francis T. *Criminological theory*: past to present. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2011.

ATHAYDE, Celso; MV BILL; SOARES, Luiz Eduardo. *Cabeça de porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janiero: Zahar, 2005.

BECKER, Howard. A escola de Chicago. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 177-188, out. 1996.

BECKER, Howard. *Outsiders*: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BORDUA, David J. Delinquent subcultures: sociological interpretation of gang delinquency. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, n. 338, p. 119-136, nov. 1961.

COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e o direito penal juvenil*: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais*: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

COSTA, Álvaro José Ferreira Mayrink. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. *Espaço urbano e criminalidade*: lições da Escola de Chicago. São Paulo: IBCCrim, 2002.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva:* política, tradição, estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora USP, 1997.

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

KEHL, Maria Rita. A gravidez e o vazio. In: WEINBERG, Cybelle (Org.). *Geração* delivery: adolescer no mundo atual. São Paulo: Sá, 2001.

OSÓRIO, Luiz Carlos. *Adolescente hoje*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.

PARK, Robert E. *The city*: Suggestions for the investigation of human behavior in the urban environment. In: BURGES, Ernest W.; MCKENZIE, Roderick d.; PARK, Robert E. *The city*. Chicago: University of Chicago, 1925.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

SOUZA, Jessé. A gramática social da desigualdade brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 19, n. 54, 2004.

SOUZA, Jessé (Org.). *A invisibilidade da desigualdade brasileira*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

SOUZA, Jessé. *Ralé brasileira*: quem é e como vive. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

SUDBRAK, Maria de Fátima Oliver. *Adolescentes e transgressão*: grupos de socialização, margem e desvios. Texto inédito produzido para fins didáticos do Curso Extensão Universitária no Contexto da Educação Continuada do Sistema Socioeducativo do Distrito Federal, Universidade de Brasília, 2009.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- De menores a adolescentes infratores: contribuições ao debate sobre a criminalidade juvenil, de Alessandra Teixeira e Fernando Salla – *RBCCrim* 126/267-290 (DTR\2016\24554);
- Paralelismo e distanciamento entre a criminologia e o "olhar sociológico" sobre a punição: as múltiplas possibilidades do controle social enquanto objeto, de Franciele Silva Cardoso – *RBCCrim* 145/607-626 (DTR\2018\17991); e
- Quem é o adolescente em conflito com a lei? Uma análise da criminologia de menores em uma perspectiva à luz da filosofia da libertação, de Halley Jhason Medeiros Mendes, Cristina Grobério Pazó e Thiago Fabres de Carvalho – *RBCCrim* 124/299-321 (DTR\2016\24303).

Órgãos de segurança, seletividade penal e estado de exceção: uma análise crítica

Security agencies, criminal selectivity and state of exception: a critical analysis

Bruna Fróes de Oliveira

Graduanda em Direito pela Universidade do Vale do Paraíba. Estagiária em Direito na Defensoria Pública da União de São José dos Campos/SP.
brunafroesoliveira@gmail.com

Frediano José Momesso Teodoro

Doutor e Mestre em Direito Penal pela PUC-SP. Especialização em Direito Penal Econômico e Empresarial pela Universidade Castilla-La Mancha (Espanha). Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Paraíba. Advogado Criminalista.
frediano.mt@gmail.com

Recebido em: 28.10.2017
Aprovado em: 14.02.2018
Última versão do (a) autor (a): 03.03.2018

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: A perseguição estatal direcionada à população marginalizada é uma realidade que se mostra às claras no país, notadamente na atuação dos organismos de segurança. Uma das teorias a trabalhar o tema é a escola criminológica denominada *Labeling Approach*, um estudo que, inovando o paradigma etiológico das escolas antecedentes, apresenta o crime, pela primeira vez, como uma realidade construída através de um processo em que o *status* de criminoso é distribuído a determinadas pessoas. Esses indivíduos, mais que infratores, são tratados como verdadeiros inimigos do Estado, aos quais os inúmeros direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico não são aplicados. Tal fissura na ordem legal é explicada através da teoria do Estado de

Abstract: The directed state persecution at the marginalized population is a evident reality in the country, especially in the security agencies operation. One of the theories to wrap the subject is the criminological school called Labeling Approach, a study that, innovating the etiological paradigm from the previous schools, presents the crime, for the first time, as a reality constructed through a process in which the criminal status is distributed to certain people. These individuals, more than offenders, are treated as true enemies of the State, to which the innumerable rights and guarantees predicted in the juridical system are not applied. Such legal order fissure is explained through the theory of the State of Exception, study that demonstrates the possibility

Exceção, estudo que demonstra a possibilidade de suspensão legítima do direito diante de um perigo que ameace a sociedade. O presente artigo tem como objetivo explanar os principais conceitos e pontos de conexão dessas teorias, demonstrando sua aplicação prática e, ainda, realizar uma análise crítica das propostas apresentadas, através do estudo da forma-política do Estado, que explica a origem da repressão estatal seletiva e o poder de definição do inimigo.

Palavras-chaves: Órgãos de segurança – Seletividade penal – *Labeling approach* – Estado de exceção – Forma política.

of law legimate suspension against a danger that threatens society. This article aims to explain the principal concepts and connection points of these theories, demonstrating their practical application and, more, accomplish a critical analysis of the proposals presented, through the study of the State's political form, which explains the origin of the selective state repression and of the power of the enemy definition.

Keywords: Security agencies – Criminal selectivity – Labeling approach – State of exception – Political-form.

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve histórico da repressão policial e o perfil atual dos indivíduos perseguidos pelo Estado. 3. A atividade policial sob a perspectiva do *Labeling Approach.* 4. Estado de exceção: abertura política e jurídica para a não aplicação dos direitos e garantias constitucionais. 5. O surgimento do Estado e o papel das instituições policiais na dinâmica do capitalismo. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

Diariamente as pessoas são bombardeadas pelos noticiários sobre a violência no país, furtos, roubos, homicídios, tráfico de drogas, dentre outros, são os crimes mais divulgados. Pouco se fala, no entanto, sobre a opressão institucional vivenciada, dia após dia, pelas classes marginalizadas.

Trata-se não só de uma repressão física, mas também moral e simbólica, levada a cabo pelo Estado, principalmente no combate à criminalidade. Responsável por grande parte dos abusos praticados, os órgãos de segurança destacam-se dentre os mecanismos de coerção estatal, na medida em que, por possuírem o legítimo uso da força, fazem sentir de forma direta a perseguição voltada a substratos sociais mais baixos.

A repressão estatal, evidenciada pelas ações policiais, é distribuída de modo seletivo, desrespeitando inúmeros direitos e garantias individuais consagrados, ao longo da história, a toda e qualquer pessoa. Trata-se de um problema social que não advém do simples acaso, mas da complexa lógica da sociedade capitalista.

Por meio de uma análise crítica, o presente artigo tem como objetivo contribuir para a compreensão da origem desse problema, relacionando-o às teorias do *Labeling Approach,* do Estado de Exceção e da Forma Jurídica e Política do

Estado. Para tanto, apresenta-se, através de estudo bibliográfico, os principais conceitos e pontos de conexão dessas três distintas teorias, demonstrando, por meio de relatórios estatísticos e notícias recentemente divulgadas, a pertinência prática de seus conceitos.

O *Labeling Approach* é uma corrente da criminologia que revolucionou o paradigma etiológico das escolas antecedentes e apontou o caminho para uma criminologia crítica. Através dessa teoria, entende-se que a criminalidade é um bem negativo distribuído na sociedade, que se dá por meio de um processo de etiquetamento, no qual certos indivíduos são eleitos criminosos, sendo que o tratamento a eles conferido chancela sua exclusão social. A teoria do Estado de Exceção, por sua vez, aponta para a existência de uma fissura no sistema jurídico e político atual que torna viável a não aplicação das normas em geral às pessoas que representam um perigo à sociedade, ou seja, aos inimigos do Estado.

Por mais que tratem de temas completamente distintos, as referidas teorias possuem pontos de contato. Enquanto o *Labeling Approach* demonstra a existência de um sistema de seleção de pessoas que serão consideradas criminosas, o Estado de Exceção explica como é possível, de forma legítima, a não aplicação do direito – leia-se direitos e garantias individuais – a esses indivíduos selecionados, vistos agora como inimigos da sociedade.

Apesar dos subsídios fornecidos por essas duas teorias, ainda assim, não se chega à raiz da questão: a origem da repressão estatal. Isso pode ser alcançado a partir de uma análise marxista sobre o surgimento do Estado. O estudo da Forma Política e Jurídica demonstra que a repressão estatal não surgiu ao mero acaso, muito pelo contrário, trata-se de uma característica estatal que serve como meio de garantir a continuidade do processo de exploração capitalista. Dessa feita, os órgãos de segurança atuam como meros instrumentos de consolidação do poder de repressão estatal e possuem importante função na garantia da reprodução do capitalismo. Enfim, lastreando-se nessas bases teóricas, almeja-se contribuir para o debate sobre o tema da seletividade penal e da opressão estatal, apontando não uma solução para essas questões, mas destacando que a abordagem crítica pode contribuir para uma melhor compreensão desses fenômenos.

2. Breve histórico da repressão policial e o perfil atual dos indivíduos perseguidos pelo Estado

A Constituição Federal do Brasil em seu art. 144 prevê que a segurança pública é dever do Estado, sendo exercida por órgãos policiais para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

O surgimento dos órgãos de segurança no país remonta ao período imperial, momento histórico marcado pelo sistema escravagista, no qual a atuação policial pautava-se pela manutenção da ordem de exploração da mão de obra escrava.

Com a Proclamação da República, o aparato de repressão estatal foi reconfigurado, justamente em razão da Lei Áurea. Segundo Sousa e Morais (2011, p. 5):

> [...] no aspecto social, a abolição da escravidão afetou profundamente o trabalho policial. O papel das polícias no controle social concentrava-se na vigilância das classes urbanas perigosas e, com o fim da escravidão, as polícias reinterpretaram sua função na estrutura de controle social. Uma das primeiras tarefas impostas ao aparelho policial foi o controle da população rural que migrou em massa para os principais centros urbanos.

A quebra do estatuto colonial representou o marco de transição para o trabalho assalariado. Foi justamente em razão das profundas alterações econômicas e sociais que os órgãos policiais foram rearranjados.

Tendo em vista que a maior parte da população formada por famílias de escravos libertos e sertanejos não foi absorvida pelo mercado de trabalho, por não atender ao padrão de vida urbano moderno e por não ter sido considerada nos projetos políticos de ordem social (COUTINHO, 2009, p. 348), há o surgimento de uma classe marginalizada, destacada da classe trabalhadora.

Consequentemente, a fim de compensar a ausência de políticas públicas que proporcionassem a adaptação ao novo sistema econômico e político, tem-se a criação de instrumentos de controle social, como o Código Penal de 1890, o qual "passou a dar maior importância às práticas comuns das ditas classes perigosas como vadiagem, prostituição, embriaguez e capoeira" (SOUSA e MORAIS, 2011, p. 6).

Mesmo com a implementação do "Estado de bem-estar social brasileiro" na Era Vargas, as mudanças elaboradas não alteraram a situação de classe da "ralé", eis que os projetos políticos foram direcionados às classes trabalhadoras (COUTINHO, 2009, p. 349). A existência, portanto, de uma polícia repressora predominantemente voltada às populações marginalizadas é um fato que marca e persiste na sociedade brasileira até os dias atuais.

Conforme o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN (2014, p. 36), elaborado pelo Ministério da Justiça, os negros (pretos ou pardos) ocupam 61,67% das vagas carcerárias, em contraste com brancos ocupantes de tão somente 37,22%.

Da mesma forma, observa-se que a população carcerária é composta majoritariamente por pessoas com baixa escolaridade. Nos termos do INFOPEN (2014, p. 46), 75,08% dos presos estudaram até o ensino fundamental, enquanto apenas

24,92% chegaram a cursar o ensino médio, o ensino superior e o ensino acima do superior incompleto.

Além do fato de a maior parte dos presidiários ser de negros (pretos ou pardos) e de pessoas com baixa escolaridade, verifica-se, conforme o levantamento supramencionado (INFOPEN, 2014, p. 32), que os crimes que mais levam ao encarceramento no País são infrações típicas da periferia, como os delitos contra o patrimônio (furto e roubo, por exemplo), que correspondem a 46% das infrações praticadas pelos detentos, o tráfico de entorpecentes que representa 28%, seguido dos crimes contra a pessoa (homicídio, lesões corporais etc.) equivalentes a 13%. Somados, esses tipos penais são responsáveis por 87% dos encarceramentos.

A conclusão lógica feita a partir desses dados não deve fomentar a crença de que as populações marginalizadas cometem mais crimes, mas, ao contrário, demonstra a diferença na perseguição estatal para com pobres, negros e pessoas de baixa escolaridade, em contraste com pessoas brancas e de melhores condições financeiras.

Enquanto infrações contra o patrimônio, tráfico de drogas e contra a pessoa são as que mais prendem no Brasil, os crimes contra a paz pública, de legislação específica e contra a fé e administração públicas, além de crimes de trânsito, são responsáveis, todos juntos, por tão somente 2% dos encarceramentos. Veja que os crimes de colarinho branco pouco aparecem nas estatísticas, apesar de frequentemente cometidos[1].

Essa mesma constatação foi feita pela primeira vez em 1940 por Edwin Sutherland[2], contudo, infelizmente, poucas foram as pesquisas voltadas ao levantamento de novos dados sobre os crimes de colarinho branco. Ryanna Pala Veras (2006, p. 56), ao refletir sobre o trabalho de Sutherland (1940), conclui que:

> [...] mais de meio século após o trabalho de Sutherland, os crimes do colarinho branco ainda persistem como um vácuo na reação social e as estatísticas

1. A título de ilustração da frequência no cometimento de crimes de colarinho branco, a pesquisa realizada pela Price Water House Coopers – PwC, em 2014, através de entrevista com 132 executivos do Brasil, constatou que 27% das empresas brasileiras relatam ter sofrido algum tipo de crime econômico nos 24 meses anteriores à pesquisa.
2. O norte-americano Edwin Sutherland foi o primeiro sociólogo a desenvolver um estudo específico sobre a criminalidade das classes burguesas. Além de dar os contornos da definição de crimes do colarinho branco, realizou, em 1940, pesquisa de campo com as 70 maiores empresas americanas a fim de identificar, em seu histórico, o cometimento de infrações que se encaixassem no referido conceito. Chegou à conclusão que todas elas obtiveram decisões desfavoráveis, variando de uma a cinquenta (VERAS, 2006).

> certamente continuam refletindo de forma predominante a repressão aos crimes tradicionais contra o patrimônio, praticados pelos pobres e estigmatizados. A busca dos dados que Sutherland realizou na época pretendia ser apenas um impulso a estudos mais abrangentes e que permitissem conhecer mais sobre a criminalidade do colarinho branco. O que se nota, entretanto, *é que tais estudos permaneceram isolados, não havendo qualquer ampliação e aprofundamento pela criminologia. Portanto, nos dias de hoje sabe-se sobre os* white collar crimes *praticamente a mesma coisa que há cinquenta anos* (grifo nosso).

Nesse cenário de seletividade, a perseguição estatal direcionada mostra-se às claras. Portanto, urge investigar-se, a partir da atuação dos órgãos de segurança, o funcionamento do sistema penal para se compreender um pouco mais a dinâmica da sociedade capitalista e, com isso, encontrar soluções aos sérios problemas que hoje se apresentam.

3. A atividade policial sob a perspectiva do *Labeling Approach*

O primeiro passo para desvendar esse sistema de seleção de indivíduos criminosos é abordar os principais conceitos de uma importante teoria da criminologia, disciplina que analisa o comportamento criminoso sob a perspectiva social, psicológica e jurídica.

A criminologia, conforme nos ensina Baratta (2011, p. 31), surge com a escola clássica que busca investigar as causas do desvio, ou seja, realizar uma pesquisa etiológica. Fortemente influenciada pelas teorias contratualistas e iluministas, a escola baseava-se na ideia de que o crime constitui em uma decisão do homem, ser dotado de livre arbítrio, pela violação do pacto social através de seu comportamento. Assim, caberia ao Direito Penal ser instrumento de defesa da sociedade através da aplicação de uma pena.

Posteriormente, no século XIX, a escola positivista passa a ver o crime, não sob o aspecto jurídico e individual, como o fazia a escola clássica, mas como produto de uma disfunção patológica influenciada por um forte determinismo social. Sendo o desvio uma doença ligada a elementos biológicos, a pena ganha, mais que o caráter de retribuição, a ideia de "cura", de ressocialização.

Apesar das diferenças entre as teorias, tanto no que se refere à concepção do homem quanto da sociedade, em ambas vislumbra-se a ideologia da defesa social, ou seja, a sociedade sente a necessidade de se defender do ser desviante. Trata-se, pois, de uma concepção que, baseada no fim da pena, serve, segundo Baratta (2011 p. 43), como um conceito justificante e racionalizante das práticas penais, e não apenas como um elemento técnico do sistema legislativo ou do dogmático.

Após o surgimento de diversas teorias que avançaram, ainda que minimamente, dos conceitos das escolas clássica e positivista, advém a teoria do *Labeling Approach*, uma pesquisa que rompe radicalmente com o paradigma etiológico das escolas antecedentes, trazendo as primeiras contribuições para o nascimento da criminologia crítica.

Enquanto as escolas clássica e positivista veem o crime como uma realidade pré-constituída, ou seja, tomam-no como elemento de partida já dado, o *Labeling Approach,* também chamado de teoria do etiquetamento, entende que o desvio é uma *realidade social constituída* dentro da experiência cognoscitiva e prática, através de processos de interação social (BARATTA, 2011, p. 86).

A partir disso, a criminalidade deve ser estudada, não como um elemento natural da sociedade, tal como entendia Durkheim, representante da teoria estrutural-funcionalista do desvio (posterior à escola positivista), mas como resultado da atividade dos órgãos de controle social. Assim, "o crime passa a ser compreendido não como uma qualidade intrínseca [ao indivíduo], determinada, e sim como uma decorrência de critérios seletivos e discriminatórios que o definem como tal" (COELHO e MENDONÇA, 2009, p. 13).

Nas palavras de Baratta (2011, p. 86):

> [...] esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias.

Para formulação de seu conteúdo, a teoria do etiquetamento toma por base duas correntes sociológicas americanas, o interacionismo simbólico e a etnometodologia, as quais, a despeito de certas nuances, entendem, em síntese, que a sociedade não é um fenômeno objetivo, mas uma construção social obtida através de um processo de tipificação realizado tanto pelos indivíduos isoladamente considerados como por grupos diversos (BARATTA, 2011, p. 87). Desta feita, para compreender a realidade é necessário entender esses processos de definição.

A partir dessas teorias, o *Labeling Approach* passa a ser estudado sob diferentes perspectivas. A primeira delas volta-se ao aspecto do indivíduo e as consequências psicológicas do processo de etiquetamento, contudo, somente se percebe uma mudança no paradigma etiológico das escolas antecedentes com o

surgimento de uma segunda direção de pesquisa, focada não mais na pessoa do criminoso, mas na ideia de reação social.

Representada, principalmente, por Wolfgang Keckeisen, John I. Kitsuse e Fritz Sack, dentre outros, essa segunda linha de pesquisa do *Labeling Approach* analisa o processo de definição, ou seja, do poder de determinar o etiquetamento.

Segundo Kitsuse (1962, p. 248, apud BARATTA, 2011, p. 95), a reação social, ou seja, a resposta da sociedade para um comportamento delituoso é desencadeada, não pelo desvio em si, mas por um ato de interpretação. Isso porque, para ser considerado um criminoso, o indivíduo deve perturbar uma ordem de normalidade predeterminada, que atribui certos modelos de comportamento de acordo com o papel e a posição social de cada pessoa. Assim, dois indivíduos podem cometer o mesmo ato, mas somente será considerado desviante aquele que infringir o padrão de comportamento a ele determinado, perturbando, com isso, a percepção de habitualidade das demais pessoas. O processo de rotulação, portanto, inicia-se a partir da interpretação de um comportamento, ao qual é atribuído um significado negativo. Uma vez iniciada a tipificação no senso comum, cabe às instituições oficiais tornar definitiva essa seleção através de uma condenação penal. Para tanto, o sistema penal também se utiliza de um processo de interpretação que parte de conceitos-gerais (normas), chamados por Sack de meta-regras, e conclui-se na distribuição do *status criminoso* através da sentença.

Por tudo isso é que a criminalidade deve ser vista como uma construção social, ou seja, como um "bem negativo" distribuído àqueles que se enquadram num modelo desviante predeterminado. O ponto crucial reside, entretanto, em descobrir quem define essas regras objetivas e esses modelos de comportamento e de desvio. Uma visão macrossociológica da seleção de indivíduos vai apontar que esses padrões refletem os mesmos antagonismos que permeiam as relações de poder e de propriedade, ou seja, as relações de produção. Conforme Baratta (2011, p. 111), sintetizando o pensamento de Sack (1972, p. 14), o poder de se distribuir um *status criminoso* pertence a "um grupo específico de funcionários que pelos critérios segundo os quais são recrutados e pelo tipo de especialização a que são submetidos, exprimem certos estratos sociais e determinadas constelações de interesses".

A teoria do *Labeling Approach* encontra grande correspondência prática na realidade brasileira. Os dados do INFOPEN já mencionados demonstram com clareza o perfil de criminoso perseguido pelo Estado. Trata-se da população negra, pobre e de baixa escolaridade, que desde a instituição da polícia, no período imperial, vem sendo perseguida.

Conforme dito alhures, esses dados não devem ser interpretados no sentido de que tais pessoas cometem mais crimes, muito pelo contrário, devem ser vistos

como indicativos de uma repressão estatal direcionada a substratos sociais vulneráveis. As abordagens policiais são um nítido exemplo do processo de etiquetamento. Ao realizar a operação, o agente policial faz uma *seleção* de quem lhe parece propenso a cometer algum desvio. Como parâmetros de escolha, geralmente se utiliza de características físicas conjugadas ao contexto da operação, como locais e horários das abordagens. A forma de tratamento da pessoa investigada dependerá justamente dos critérios nos quais ela se enquadra. Usualmente, a interpelação truculenta é direcionada aos indivíduos que mais se parecem com o típico perfil de criminosos, os jovens pobres de bairros periféricos, já o tratamento respeitoso é dispensado aos que, embora suspeitos, não possuem as características daqueles infratores, e, geralmente, essas pessoas pertencem às classes mais abastadas.

Recentemente, circulou pelas redes sociais a gravação de um episódio do programa televisivo que mostra a rotina da equipe Rota, batalhão da Polícia Militar do Estado de São Paulo e serve justamente como exemplo da afirmação acima. No vídeo[3], enquanto realiza a abordagem de um rapaz afrodescendente e da periferia, um agente policial questiona insistentemente os antecedentes criminais do garoto e, ainda, vasculha seu telefone celular buscando encontrar motivos para uma apreensão. Em uma outra abordagem, entretanto, realizada na mesma exibição, ocorre de forma completamente distinta, ou seja, sem gestos truculentos e pretenciosos, quando os mesmos policiais interpelam um casal de namorados brancos.

Os órgãos de segurança, como parte das instituições oficiais, têm relevância no sistema de repressão estatal, pois a eles é reservado o uso legítimo da força. Quando se trabalha o processo de rotulação feito através do sistema penal, rapidamente se conclui que a primeira etapa é iniciada com a atuação da polícia. Não à toa todo o treinamento policial é realizado com vistas à repressão da criminalidade típica das classes marginalizadas. Isso explica porque quatro a cada cinco suspeitos mortos durante confronto com a polícia, na cidade do Rio de Janeiro, são negros ou pardos, conforme informações obtidas junto ao Instituto de Segurança Pública (ISP) relativas ao período de janeiro de 2007 até 12 de junho de 2017 (MARINATTO e SOARES, 2017).

Nesse diapasão, a perseguição seletiva levada a cabo pelos órgãos de segurança não deve ser compreendida tão somente como resultado dos preconceitos que até hoje permanecem enraizados em nossas instituições, mas também como instrumento de dominação no contexto da luta de classes. Isso porque, conforme os

3. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=1LAbe-lXoLY]. Acesso em: 27.02.2018.

teóricos do *Labeling Approach* apontaram e, mais tarde e com maior propriedade, os integrantes da criminologia crítica, os processos de rotulação reproduzem as mesmas contradições que permeiam a sociedade.

Antes, porém, de adentrar na análise das relações de poder, é preciso entender como é possível, no interior de um Estado Democrático, a total inaplicação dos direitos e garantias fundamentais, consagrados historicamente, a todos os seres humanos.

4. Estado de exceção: abertura política e jurídica para a não aplicação dos direitos e garantias constitucionais

A teoria do *Labeling Approach* é uma das primeiras a apontar a existência de um sistema de seleção de indivíduos considerados criminosos, os quais são tratados, não como cidadãos que erram e devem ser reabilitados pelo sistema penal, mas como autênticos inimigos do Estado.

Por serem inimigos, ainda que haja uma constituição no Brasil com 250 artigos, nos quais inúmeros direitos e garantias individuais estão previstos, não há a efetiva aplicação destes. Ao contrário do que se poderia pensar, a não efetivação de tais direitos e garantias aos indivíduos intitulados como inimigos não é considerada ilegal aos olhos do Estado, mas um procedimento legítimo que se perfaz de forma silenciosa. O referido fenômeno pode ser compreendido pela teoria do Estado de Exceção, termo trabalhado em diversos domínios do conhecimento, o que, como bem aponta Rafael Valim (2017, p. 17), torna mais difícil sua exata compreensão. Para o presente artigo, utilizaremos apenas os conceitos básicos propostos por Carl Schmitt e Giorgio Agamben.

O Estado de Exceção pode ser compreendido como uma medida política/jurídica por meio da qual a norma jurídica vigente é suspensa para a eliminação *legítima* de um inimigo do Estado. Schmitt conceitua estado de exceção como uma manifestação da soberania, logo o poder de atribuir o *status* de inimigo do Estado pertence ao soberano. Para o autor, o fundamento de todo o estado e da ordem jurídica repousa na decisão do soberano, diferentemente de Kelsen que parte da norma hipotética fundamental (SERRANO, 2016, p. 53).

Agamben (2007, p. 13), analisando o contexto histórico do século XX, profundamente marcado pelo Regime Nazista, define o Estado de Exceção como um paradigma de governo, em que há a instauração do autoritarismo no interior de um regime democrático. Este modelo torna-se, pois, uma técnica de governo, a partir da qual, diante de um perigo que ameace a sociedade, suspende-se a ordem vigente para se estabelecer a normalidade. Nas palavras do autor:

> O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos. Diante do incessante avanço do que foi definido como uma "guerra civil mundial", o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como um paradigma de governo dominante na política contemporânea (AGAMBEN, 2007, p. 13).

Havendo a suspensão do direito, o executor da norma não deverá respeito aos direitos e garantia previstos em lei justamente como ocorre nos governos autoritários (SERRANO, 2016, p. 24). De fato, mesmo com a instauração do Estado de Direito, as marcas dos governos ditatoriais permanecem em nossa sociedade até hoje, ainda que com outra feição. Verifica-se, pois, que o Estado de Exceção situa-se em um estágio de indeterminação entre democracia e absolutismo (AGAMBEN, 2007, p. 13), porquanto medidas autoritárias coexistem em governos ditos democráticos.

É importantíssimo compreender que o Estado de Exceção não corresponde aos institutos jurídicos previstos na constituição, que apesar de serem providências excepcionais, ainda estão circunscritos ao direito, como o estado de sítio e de defesa (SERRANO, 2016, p. 33). Enquanto Schmitt busca assentar a teoria no contexto jurídico, para Agamben (2007, p. 39) o Estado de Exceção não pode ser inserido no ordenamento jurídico, vez que significa a suspensão da própria ordem legal, ou seja, uma anomia, tampouco pode ser considerado como um fato externo ao direito, na medida em que seu caráter excepcional contraria a lei, exigindo, portanto, um tratamento jurídico.

Por essa razão, Agamben situa a exceção em um terreno indeterminável (dentro e fora do direito), nas palavras do autor:

> [...] na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada é (ou pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica (AGAMBEN, 2007, p. 39).

Conforme dito anteriormente, Schmitt busca assentar a teoria no contexto jurídico, entendendo que o direito tem utilidade ao regular a normalidade

cotidiana, mas, em situações excepcionais, para ordem ser mantida, é necessário afastar o ordenamento jurídico, de modo que a suspensão da norma torna possível sua aplicação (2006a, p. 9-10, apud SERRANO, 2016, p. 57).

Interessa-nos esse ponto de vista, pois para instaurar o Estado de Exceção é necessário invocar a figura do inimigo, indivíduo que ameaça a sociedade. O conceito de inimigo nasce, na teoria de Schmitt, com a ideia de soberania, a qual é formada a partir da união do povo que elege um líder com a mesma identidade cultural.

Explica Serrano que a união do povo somente se dá na medida em que se verifica homogeneidade entre ele, ou seja, igualdade substancial, por exemplo, mesma cultura, hábitos, religião etc. Acontece que essa igualdade apenas é possível ser definida diante de algo que lhe difere. Nas palavras de Serrano:

> [...] a partir dessa visão schmittiana, o conceito de igualdade apenas é possível porque se pode claramente identificar algo diferente daquilo que se pretende igualar. Isso significa que o conceito de igualdade depende do conceito de diferença. Por essa razão ele combate o conceito de 'humanidade' e os direitos dela decorrente. A homogeneidade se realiza na medida em que se pode identificar um povo diferente do outro (2016, p. 47).

O diferente, por sua vez, é considerado inimigo, que não merece o mesmo tratamento destinado ao povo, cabendo ao soberano identificá-lo e suspender o direito no caso concreto. Daí porque a exceção, para Schmitt é a forma primária de manifestação da soberania, enquanto a política é o ato de definição de amigo e de inimigo (SERRANO, 2016, p. 52). O conceito de inimigo é o oposto de pessoa humana e, por via de consequência, incompatível com o princípio de dignidade de pessoa humana, pressuposto do estado de direito (2016, p. 73). Nas palavras de Zaffaroni:

> [...] a essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referências a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação dos hostis, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito (2011, p. 18).

A figura do inimigo é elemento histórico na sociedade que remete à definição romana de *hostis judicatus*, ou inimigo declarado pelo poder (ZAFFARONI, 2011, p. 22). Sua identificação assumiu diferentes roupagens com o decorrer do

tempo, assim, no nazismo, elegeram-se os judeus, na ditadura militar, os comunistas, e, mais recentemente, os terroristas.

A construção do inimigo funda-se num perigo forjado por aqueles que exercem o poder, sendo chancelado pela influência midiática, populista, a que Zaffaroni denomina de *völkisch*:

> [...] a rigor, a novidade é essa denominação, völkisch, mas não o fenômeno em si, uma técnica presente há séculos na fabricação do inimigo. A técnica völkisch (ou popularesca) consiste em alimentar e reforçar os piores preconceitos para estimular publicamente a identificação do inimigo da vez (2011, p. 57).

Como dito alhures, a sociedade marginalizada desde seu surgimento foi alvo de repressão pelo Estado, contudo, isso se deu com maior ou menor intensidade a depender do momento histórico. Ainda assim, pode-se dizer que a figura do bandido, com origem na periferia, é o inimigo declarado no Brasil, assim como nos demais países de capitalismo tardio. Conforme Serrano:

> [...] no Brasil contemporâneo, o inimigo é a figura mítica do bandido, o agente da violência que pretende destruir a sociedade. O bandido inimigo da sociedade não é o cidadão que erra, mas o sujeito que deve ter seus direitos suspensos, inclusive o direito à vida. Esses inimigos vivem sob a égide permanente de um Estado de polícia (2016, p. 99).

Enquanto o bandido é considerado o inimigo nas sociedades economicamente menos desenvolvidas, na Europa e Estados Unidos, essa figura é identificada no estrangeiro, ou seja, o imigrante ilegal, o terrorista. Assim, nas grandes potências o Estado de Exceção é aplicado a pessoas externas, diferentemente do que ocorre nos países da América Latina, cuja própria população interna marginalizada é desprovida das garantias previstas no ordenamento jurídico.

É justamente nesse ponto em que se identifica a correlação das teorias do *Labeling Approach* e do Estado de Exceção: o primeiro estudo demonstra a existência e o funcionamento de seleção de indivíduos e o segundo, a maneira como funciona o Estado de Exceção em relação a tais inimigos.

Além disso, enquanto os órgãos de segurança, como dito anteriormente, iniciam o processo de rotulação no âmbito penal, ao mesmo tempo, são responsáveis também por uma *primeira etapa* de suspensão da norma. Nas palavras de Agamben:

> O fato é que a polícia, contrariamente à opinião comum que vê nela uma função meramente administrativa de execução do direito, é talvez o lugar no qual se põe a nu, com maior clareza, a proximidade e, quase, a troca constitutiva entre

> violência e direito que caracteriza a figura do soberano. [...] Se o soberano é, de fato, aquele que, proclamando o estado de exceção e suspendendo a validade da lei, assinala o ponto de indistinção entre violência e direito, a polícia sempre se move, por assim dizer, em um semelhante "estado de exceção". As razões de "ordem pública" e de "segurança", sobre as quais ela deve decidir em cada caso singular, configuram uma zona de indistinção entre violência e direito exatamente simétrica àquela da soberania (2015, pos. 1177/1190 de 1815).

A aplicação da teoria do estado de exceção facilmente pode ser identificada, pois nos países de capitalismo tardio, todos os dias a população marginalizada enfrenta o Estado de Exceção[4]. Para o jovem da periferia não importam os tratados internacionais dos quais o país é signatário, tampouco os princípios garantistas do Direito Penal, quando se está diante de uma abordagem policial. Ele sabe que nesse momento é o agente policial quem dita as regras e, mesmo que sofra alguma violência, será a sua palavra contra a de uma autoridade máxima.

O famoso caso de Rafael Braga é exemplo claro da aplicação do Estado de Exceção no interior do regime democrático. Único condenado em razão das manifestações de 2013 por portar produtos de limpeza, novamente, em 2017, foi sentenciado a 11 anos e 03 meses de reclusão pelo suposto porte de nada mais que 0,6 g de maconha, 9,3 g de cocaína e um rojão. Segundo a defesa, em entrevista ao site Ponte Jornalismo, Rafael fora abordado com truculência e levado a um beco quando se dirigia a uma padaria. Após ter sido espancado e ameaçado para fornecer informações sobre o tráfico local, foi levado à delegacia, onde se deparou com um flagrante forjado. Mesmo havendo uma testemunha ocular afirmando estar Rafael de mãos vazias no momento da abordagem e terem os policiais agido com violência, ele foi condenado (SANSÃO, 2017).

Espantoso é o fato de que a única prova que sustentou a julgamento foram as palavras dos policiais, o que foi possível graças à aplicação da Súmula 70 do TJRJ que permite a condenação mesmo que o fato se restrinja à prova oral e depoimento de autoridades policiais.

Note-se que, nesse caso, todos os direitos e garantias constitucionais que norteiam o Direito Penal e o Direito Processual Penal, tais como a dignidade da

4. De acordo com o Jornal *O Globo*, o Disque 100, da Secretaria Nacional de Direitos Humanos, registrou, entre 2011 e 2013, 816 casos de tortura envolvendo 1.162 agentes do Estado. Ocorre que os crimes de tortura cometidos por policiais pouco são investigados e devidamente perseguidos. Segundo a mesma notícia, a pesquisadora Maria Gorete Marques Jesus estudou 51 processos de tortura, iniciados de 2000 a 2004, envolvendo 181 agentes de Estado, dentre os agentes que eram policiais, 70% foram absolvidos (CARVALHO, 2014).

pessoa humana, o devido processo legal, a presunção de inocência e o princípio da não autoincriminação, foram totalmente desprezados. Pessoas como Rafael Braga, negros e pobres, são vistas como inimigos da sociedade e, para elas, esses direitos e garantias não são aplicados. Isso acontece de forma totalmente legal, justamente porque existe uma fissura velada no ordenamento jurídico que permite a não aplicação da regra em casos considerados como exceção, tal como a inconstitucional Súmula 70, acima mencionada.

Ambas as teorias, do *Labeling Approach* e do Estado de Exceção trabalham o mesmo problema da perseguição estatal sob diferentes enfoques, contudo nenhuma fornece subsídios suficientes para compreender a origem da questão e, consequentemente, buscar soluções adequadas.

A teoria do etiquetamento demonstra que a rotulação advém de um processo de interpretação, que toma como parâmetro certos padrões de comportamento preestabelecidos para classificar um comportamento como criminoso ou não. Apesar desse sistema ser muito bem esclarecido, um ponto crucial permanece em aberto, que é descobrir quem define os referidos modelos de comportamento e as regras objetivas utilizadas como referência.

Da mesma forma, embora Schmitt afirme ser o Estado de Exceção um produto da decisão soberana, quem atualmente pode ser declarado soberano? Como dito anteriormente, os órgãos de segurança figuram tão somente como instrumentos de aplicação do Estado de Exceção, mas a eles, assim como aos integrantes do poder judiciário, não cabe decidir sobre quem deve ser perseguido, a quem devem ser suprimidos os direitos e garantias constitucionais. Se não cabe aos aplicadores do Direito a seleção de quem serão os inimigos, caberia, portanto, aos demais agentes do poder executivo ou do poder legislativo eleitos pela população?

Essa lacuna pode ser preenchida a partir da compreensão do Estado sob a lógica da luta de classes.

5. O surgimento do Estado e o papel das instituições policiais na dinâmica do capitalismo

Os estudos das teorias até então apresentadas demonstram como o conceito de igualdade reside unicamente no plano formal. Assim, quando são identificados os abusos policiais e, da mesma forma, com a atuação preconceituosa das demais instâncias oficiais, percebe-se que a origem do problema não reside nelas. Qual então é a fonte de tantas desigualdades sociais e por que a cada dia a perseguição estatal para com as classes marginalizadas aumenta mais e mais?

A teoria do Estado de Exceção, apesar de contribuir significativamente com o conceito de inimigo, não consegue, entretanto, alcançar o cerne da problemática.

Isso porque os teóricos, a exemplo de Carl Schmitt, partem da concepção do Estado como um ente já dado, totalmente dissociado das relações materiais que formam a sociedade. Os críticos desse paradigma de governo, por sua vez, parecem enxergar o estado de direito como o ideal que, se alcançado, fará desaparecer as desigualdades sociais, mas se esquecem da lógica sob a qual se estrutura o aparato político.

Da mesma forma, o *Labeling Approach* toma como ponto de partida padrões de comportamento e regras objetivas como elementos preexistentes, sem trabalhar de forma aprofundada o poder de definição desses modelos. Ao contrário do que se possa imaginar, o Estado, tal como hoje é denominado, é uma manifestação especificamente capitalista (MASCARO, 2013, p. 17). De fato, historicamente, houve organizações sociais que receberam a mesma nomenclatura, mas em suas épocas não havia a separação entre âmbito político e econômico, como hoje acontece. Assim, o poder político concentrava-se nas mesmas mãos dos exploradores econômicos, como os senhores feudais, os donos da terra, enfim, aqueles que ditavam as regras da organização social.

A separação desses dois poderes (econômico e político) ocorre no capitalismo, pois o sistema de troca, basilar das relações de produção capitalistas, não mais se estrutura por meio da violência, mas é intermediado por uma instância apartada dos sujeitos dessa operação (burgueses e trabalhadores). Essa instância é justamente o Estado (MASCARO, 2013, p. 18).

Explica Pachukanis (2017, p. 172) que a dominação de classe pode ser direta e indireta. A primeira identifica-se no fato de que o trabalhador assalariado é dependente do capitalista, na medida em que, se não vende sua força de trabalho, não sobrevive. Existe, porém, uma dominação indireta, ao que o filósofo chama de dependência "ideologicamente duplicada", trata-se de uma força impessoal, "separada dos representantes da classe dominante", que se ergue sobre os capitalistas considerados individualmente e aliena o trabalhador de sua força de trabalho de maneira formal, através de um contrato livre.

Verifica-se, portanto, que o Estado surge no seio do sistema capitalista e serve, nas palavras de Mascaro (2013, p. 18), como um "aparato necessário à reprodução capitalista assegurando a troca das mercadorias e a própria exploração da força de trabalho sob a forma assalariada", o que, sem esse aparato, se daria na forma exclusiva do domínio direto, ou seja, por meio da escravidão.

Conquanto o Estado, embora seja um terceiro apartado, não pode ser compreendido como um aparato neutro, posto que a burguesia dele se utiliza e através dele exerce o poder. Em verdade, por ser derivado do capitalismo, o Estado não lhe pode ser contrário, pois ele surge para dar suporte a esse sistema, ou seja, para garantir a reprodução do capital (MASCARO, 2013, p. 19).

Vislumbra-se, pois, que a repressão, um mecanismo eminentemente estatal, serve justamente como meio de garantir a continuidade do processo de exploração. Contudo, a violência não é aplicada isoladamente. Isso porque todo o regime político e jurídico lastreia a reprodução e circulação capitalista ao tornar as pessoas, sejam elas exploradoras ou exploradas, sujeitos de direitos, conferindo-lhes garantias jurídicas ao estabelecer mecanismos de proteção da propriedade privada e da exploração através do contrato de trabalho (MASCARO, 2013, p. 19).

Para compreender como o Estado nasce no capitalismo, faz-se necessário entender o conceito de *formas sociais*. A partir da interação entre os indivíduos, surgem certos parâmetros de comportamento, ou seja, modelos, que são chamados de formas sociais. Essas *formas*, por sua vez, passam a exercer contornos da sociedade, em outras palavras, determinam os atos das pessoas. Trata-se, portanto, de "processo de mútua imbricação: as formas sociais advêm das relações sociais, mas acabam por ser suas balizas necessárias" (MASCARO, 2013, p. 21).

Desse modo, é a partir de determinadas formas sociais que o capitalismo se estrutura. Portanto, quando as pessoas passam a vender sua força de trabalho aos que detêm os meios de produção, surgem formas como a mercadoria e valor atribuído a esta, que passarão a moldar a sociedade. Isso quer dizer que as ações dessas mesmas pessoas serão pautadas com base nesses parâmetros, ou seja, garantir o sistema de troca, reproduzindo as condições necessárias para tanto.

Tendo em vista que as relações capitalistas demandam vínculos que garantam a produção e circulação do capital, surgem as formas jurídica e política. Isso se dá, nas palavras de Mascaro (2013, p. 26):

> [...] quando as trocas se generalizam e até mesmo o trabalho passa a ser objeto de troca – trabalho assalariado –, os indivíduos, perante o mercado, apagam suas características de classe, de cultura e de condição econômica, reduzindo-se a peças formalmente iguais trocadas livremente – com o dispositivo da autonomia da vontade, tornam-se sujeitos de direito. A forma-valor que permeia as relações de circulação e produção, está até então derivada em forma jurídica. *Mas a forma-valor só pode existir quando também se derivar em forma política estatal. No capitalismo, os aparatos que garantem o vínculo contratual e que jungem contratante e contratado são distintos formalmente e ambas as partes* (grifo nosso).

A constituição das formas sociais, principalmente a forma política e econômica, é atravessada pela luta de classes, afinal é a partir das interações entre os indivíduos e nas profundas contradições daí surgidas que se molda o próprio capitalismo. Em virtude disso que, como dito anteriormente, o Estado não é

exclusivamente controlado pela burguesia, mas também não é um elemento neutro, posto que atua como garantidor da reprodução do capitalismo.

É a partir das formas sociais, portanto, que o sistema de seleção apontado pelo *Labeling Approach* é estruturado. Os perfis de comportamento tomados como parâmetro reproduzem necessariamente as relações de produção, servindo como forma de perpetuação do capitalismo. Esses modelos transformados em regras objetivas não advêm da vontade de uma pessoa, mas nascem, como dito acima, da interação de indivíduos pautada pela lógica capitalista.

O Estado, ao se constituir, de acordo com Mascaro (2013, p. 30), "[...] materializa-se em organismos estatais e também em um vasto conjunto de instituições sociais, consolidando-se em aparatos que lhe são específicos e próprios". Trata-se de instituições que estão imbricadas em todo o aparato político, como os órgãos de forças armadas, os quais concretizam o monopólio da violência concentrado no Estado.

Essas instituições sociais não surgem necessariamente com o Estado, já que muitas delas existiam antes do capitalismo ser instaurado, mas serão transformadas e reconfiguradas com o surgimento da forma política. Ocorre que não há um "conjunto institucional padrão para a forma política estatal" (MASCARO, 2013, p. 32).

Assim, não é possível afirmar que a forma política capitalista será estruturada, necessariamente, em um estado democrático de direito. Isso porque, para permitir a reprodução do capital, ela pode ser consolidada tanto em instituições democráticas como até mesmo em arranjos políticos ditatoriais ou mesmo fascistas, a depender das crises que assolam o capitalismo.

Mesmo assumindo o regime democrático, este fica restrito às balizas impostas pelas formas sociais. Desse modo, permite-se a participação das classes no debate político, na medida em que isso não afete a reprodução do capital. Não por outro motivo, não se discute a legitimidade da propriedade privada ou a venda do trabalho.

É justamente porque o Estado atua como garantidor do capital, que é possível a coexistência do Estado de Exceção em regimes democráticos, contudo, o soberano descrito por Carl Schmitt não pode ser entendido como um líder eleito pela nação, porque o inimigo é definido não por uma pessoa, mas pelo próprio sistema capitalista, que, através das formas política e jurídica, elege como tal grupos de indivíduos que de alguma forma representem um risco para a perpetuação da lógica de exploração.

Desta feita, a consolidação do estado de direito fundado em direitos e garantias não erradica as desigualdades sociais, tampouco se efetiva por completo, como já foi explanado no presente artigo.

Além de ser atravessado pelas contradições sociais, o Estado é "mergulhado em diversas outras redes de poder social, como no caso das relações de patriarcado, raça, crença etc." (MASCARO, 2013, p. 64). Os preconceitos e modelos de comportamento oriundos de relações de poder serão, pois, reconfigurados e formalizados pelo Estado, na medida em que funcionam para a reprodução do capital.

Assim, é a partir dos "instrumentos típicos de repressão", como o caso do aparelho policial, que se possibilita "o controle do transbordo da luta dos indivíduos, grupos e classes do plano da forma jurídica para a luta aberta de classes, evitando, por meio da violência, tal passagem" (MASCARO, 2013, p. 65). Em outras palavras, a repressão seletiva de determinado segmento da sociedade busca ceifar sua união e coibir sua luta contra as desigualdades, direcionando o conflito aos meios legais, que, como visto, não permitem o abalo ao capital.

Diante disso, depreende-se que a posição assumida pelos excluídos dentro do capitalismo não é apenas a reprodução de preconceitos que já existiam – os quais, diga-se de passagem, fundam-se justamente nas noções de respeito e admiração do capital –, mas uma "política estatal deliberada de instituição de relações estruturais e funcionais na dinâmica do capital [...]" (MASCARO, 2013, p. 67).

Assim, nada mais *natural* que o aparelho policial agir de modo seletivo na perseguição do criminoso enquanto nosso sistema penal e carcerário simplesmente fecha os olhos à aplicação de direitos fundamentais mínimos, já que o infrator não é apenas considerado como inimigo do Estado, mas, por via de consequência, também inimigo da reprodução capitalista, na medida em que a união das classes marginalizadas pode abalar o sistema vigente.

Por tudo isso, é possível afirmar que as injustiças, frequentemente cometidas pelos órgãos de segurança, refletem, necessariamente, o capitalismo, na medida em que, como partes do aparato estatal, impedem o transbordo da luta das classes mais oprimidas contra o sistema, senão, através dos meios legítimos. Por esse motivo, não bastaria uma reforma das instituições se não se transmuta a origem das desigualdades, ou seja, o modo de produção capitalista.

Considerações finais

A diferença do tratamento policial para com a população é bastante variável, principalmente quando a diferença reside na cor e na classe social. Infelizmente, somente vivenciando essas situações de perto é possível enxergar o rígido sistema seletivo existente desde a investigação até processo penal em si.

A teoria do *Labeling Approach* é uma das primeiras escolas da criminologia a compreender a criminalidade não mais como um dado preexistente à sociedade

e da qual resulta a defesa social, mas como uma realidade construída a partir do etiquetamento. Assim, *bandido* não é todo aquele que afronta uma norma penal, mas o marginalizado que, como tal, representa um potencial criminoso.

Tais indivíduos, selecionados pela sociedade e, consequentemente, pelo sistema penal, recebem um tratamento não condizente com os direitos e garantias individuais consagrados no Estado Democrático de Direito. Isso porque existe uma fissura em nosso ordenamento jurídico, denominada Estado de Exceção, que permite a não aplicação do direito aos inimigos do Estado, grupos de pessoas que representam uma ameaça à sociedade.

No Brasil, a figura do inimigo é assumida pelo *bandido*, o homem negro e pobre, que não merece o mesmo tratamento humano do cidadão branco que comete uma infração penal.

Apesar das teorias do *Labeling Approach* e do Estado de Exceção demonstrarem a forma pela qual a população marginalizada sofre a perseguição estatal, nenhuma fornece subsídios suficientes para compreender a verdadeira origem do problema. Para tanto é preciso investigar a origem do Estado através do estudo da forma política e jurídica.

A ideia de Estado, embora sempre presente na história, surge da forma como hoje a concebemos somente após o nascimento do capitalismo. A forma política deriva das relações sociais capitalistas funcionando como ente garantidor do processo de produção. O Estado, portanto, é ente apartado dos sujeitos desse processo, mas não é considerado neutro, na medida em que sua função essencialmente é perpetuar a exploração. Consequentemente, o aparato político, materializado em instituições como a polícia e o Poder Judiciário, aplica políticas que tendem a perpetuar o capital, como a perseguição de classes marginalizadas, as quais, se unidas, podem potencializar a luta de classes. Por esse motivo, o problema da perseguição estatal não será resolvido por meio de reformas institucionais, através da alteração das leis. A mudança deverá alcançar a origem do próprio Estado, ou seja, o modelo de produção capitalista, e é nesse aspecto que a divulgação e a pesquisa sobre a temática contribuem para referida transformação, vez que busca desmistificar as raízes dos males sociais, a exemplo do que se presta a presente abordagem.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. Polícia soberana. *Meios sem fim*: notas sobre a política. Trad. Davi Pessoa. Belo Horizonte: Autêntica, 2015. eBook Kindle.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan e Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN*. Dezembro 2014. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf]. Acesso em: 03.07.2017.

CARVALHO, Cleide. Denúncias de tortura no Brasil cresceram 129% nos últimos 3 anos. Até chegar à Justiça, crime cometido por agentes públicos vira lesão corporal ou abuso de autoridade. *Jornal O Globo*, 01.04.2014. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/brasil/denuncias-de-tortura-no-brasil-cresceram-129-nos-ultimos-3-anos-12050252]. Acesso em: 20.08.2017.

COELHO, Sérgio Reis; MENDONÇA, Gilson Martins. *Da ideologia da defesa social ao movimento de reação social*: analisando o *labeling approach* e seus reflexos no direito brasileiro. 2009. Disponível em: [http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/sergio_reis_coelho.pdf].

COUTINHO, Priscila. A má-fé da justiça. In: SOUZA, Jessé. *Ralé brasileira*: quem é e como vive. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

MARINATTO, Luã; SOARES, Rafael. Jovens negros e pardos, de quarta a sexta-feira: veja quem e como a polícia do Rio mata em confronto. *Extra*, 09.07.2017. Disponível em: [https://extra.globo.com/casos-de-policia/jovens-negros-pardos-de-quarta-sexta-feira-veja-quem-como-policia-do-rio-mata-em-confronto-21567988.html?utm_source=Facebook&utm_medium=Social&utm_campaign=Extra]. Acesso em: 09.07.2017.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

PACHUKANIS, Evgeni. Direito e moral. *A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. Trad. Lucas Simoni. São Paulo: Sundermann, 2017.

PRICE WATER HOUSE COOPER (PWC). 7ª Pesquisa Global sobre Crises Econômicas. São Paulo, 2014. Disponível em: [www.pwc.com.br/pt/estudos/servicos/consultoria-negocios/2014/pesquisa-gecs-14.html]. Acesso em: 09.07.2017.

REDAÇÃO PRAGMATISMO. Vídeo viral mostra como jovens negros são tratados pela Rota. *Pragmatismo Político*. 10.01.2015. Disponível em: [www.pragmatismopolitico.com.br/2015/12/video-viral-mostra-como-jovens-negros-sao-tratados-pela-rota.html]. Acesso em: 15.07.2017.

SANSÃO, Luiza. Rafael Braga é condenado a onze anos de prisão. *Ponte Jornalismo*. 21.04.2017. Disponível em: [https://ponte.org/rafael-braga-e-condenado-a-onze-anos-de-prisao]. Acesso em: 19.08.2017.

SANSÃO, Luiza. Rafael Braga é preso com novo flagrante forjado, diz advogado. Disponível em: [https://ponte.org/rafael-braga-e-preso-com-flagrante-forjado-novamente]. Acesso em: 19.08.2017.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina*: breve ensaio. São Paulo: Alameda, 2016.

SOUSA, Reginaldo Canuto de; MORAIS, M. S. Polícia e sociedade: uma análise da história da segurança pública brasileira. *Jornada Internacional de Políticas Públicas*, 2011.

VALIM, Rafael. *Estado de exceção*: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017.

VERAS, Ryanna Pala. A obra de Sutherland. *Os crimes do colarinho branco na perspectiva da sociologia criminal*. São Paulo: PUC, 2006. Disponível em: [www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp012998.pdf]. Acesso em: 13.07.2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Introdução ou prolegômenos indispensáveis. O inimigo na prática do exercício real do poder punitivo. *O inimigo no direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Direitos, fundamentais para quem? Mídia, direito penal e criminalização da pobreza, de Raphael Boldt e Aloísio Krohling – *RT* 893/385-406 (DTR\2010\140); e
- Narrativas e encobrimentos criminológicos: desvelamento e vida negada (os excluídos entre os excluídos) segundo a ética da libertação, de Ana Cláudia Bastos de Pinho e José Edvaldo Pereira Sales – *RBCCrim* 139/111-141 (DTR\2017\7102).

Do recato à rebeldia: o estigma de ser mulher diante de uma condenação por tráfico de drogas na cidade do Recife

From the submission to the rebellion: the fact of being a woman by the conviction for drug trafficking in Recife city

Érica Babini Lapa do Amaral Machado
Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professora da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.
ericababini@unicap.br

Rafaela Maria de Aguiar Cavalcanti
Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Advogada.
rafaelamaria2004@hotmail.com

Recebido em: 13.10.2017
Aprovado em: 14.02.2018
Última versão do(a) autor(a): 22.02.2018

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O trabalho tem como objetivo identificar a existência ou não de práticas de preconceito de gênero nas sentenças de mulheres condenadas por tráfico de drogas na Comarca de Recife no ano de 2015. Isso porque se parte da hipótese de que tais sexismos, advindos de uma sociedade patriarcal e machista são reproduzidos nos julgamentos e pode representar uma dupla punição: pelo simples fato de ser mulher e pelo crime propriamente dito. Através do marco teórico da criminologia crítica e feminista, fez-se análise de conteúdo por meio do método qualitativo de quarenta sentenças das varas de entorpecentes do referido município. Notou-se grande abusividade da atuação da polícia, além de diferentes formas no tratamento da mulher quando no banco dos réus, variando conforme

Abstract: The goal of this paper is to verify if the gender prejudice has any kind of influence in the judicial sentences of women condemned by drug trafficking, in the city of Recife in year of 2015. The hypothesis is that such sexism, derived from a patriarchal and macho society, is reproduced in the judgment of these women and it might represent double punishment: by being a woman and for the crime itself. Through the theoretical framework of critical and feminist criminology, a content analysis of forty sentences of the narcotics court of said municipality was conducted by using the qualitative method. It was noted that there is a great deal of the abuse by the police, as well as different ways of treating the condemned woman, varying according to the magistrate's consideration of liars, "poor women" and head of

Machado, Érica Babini Lapa do Amaral; Cavalcanti, Rafaela Maria de Aguiar. Do recato à rebeldia: o estigma de ser mulher diante de uma condenação por tráfico de drogas na cidade do Recife. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 148. ano 26. p. 395-431. São Paulo: Ed. RT, outubro 2018.

a consideração do magistrado entre mentirosa, "coitadinha" e chefe do tráfico. Assim, o que se tem é um verdadeiro jogo de manipulação entre o recato e a rebeldia.

Palavras-chave: Mulher – Tráfico de drogas – Sexismo – Decisão judicial.

traffic. Thus, there is a real game of manipulation between the submission and the rebellion.

Keywords: Woman – Drug Trafficking – Sexism – Criminal decisions.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os trilhos metodológicos para a construção da lógica sexista do sistema de controle punitivo. 3. De "coitadinha" à traiçoeira ou "chefa" do negócio: considerações acerca da análise das sentenças de mulheres presas por tráfico de drogas na Comarca de Recife no ano de 2015. 3.1. A face nua e crua da política de "guerra às drogas". 3.1.1. Dois pesos e uma medida: a violação de garantias fundamentais em nome do combate ao terror e da pregação da paz. 3.2. Para além das sentenças: as peculiaridades de ser mulher em uma condenação por tráfico de drogas. 3.2.1. Silêncio! Uma mentirosa não pode ter credibilidade!. 3.2.2. Confissão: rainha ou prostituta das provas?. 3.2.3. "Coitadinha" ou "boa moça"? Ou "o que eu quiser?". Um jogo de manipulação com o estigma de ser mulher. 3.2.4. De "mula" à "chefia": distinções de tratamento. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

Na base do pensamento criminológico o reducionismo da transgressão feminina a aspectos relacionados à sexualidade e ao corpo, reforçando a tradição misógina de que a mulher é prisioneira da sua anatomia, foi comum. A relação entre mulher e direito penal sempre foi paradoxal, haja vista ser marcada pela benevolência, representada pelo papel primordial da mulher enquanto vítima, e pela severidade, quando a mulher é criminosa. Por isso é que se tem a ideia de que, no sistema criminal, a mulher é punida mais severamente na medida em que se afasta do seu papel de gênero, descumprindo o destino da maternidade, do casamento, do recato e da submissão, tal como identifica o estereótipo.

Todo esse quadro é refletido no modo seletivo em que o sistema penal atua e sob o prisma crítico-criminológico e feminista, a observação de tais fenômenos possibilita a compreensão de que a referida seletividade é profundamente marcada por um aspecto patriarcal. Assim, o problema de pesquisa baseou-se na seguinte indagação: será mesmo que as mulheres que adentram no universo da criminalidade e do cárcere são punidas pela dupla transgressão (papel que deve desempenhar na sociedade e o crime propriamente dito)?

No Brasil, as pesquisas mostram que a população carcerária feminina vem crescendo em ritmo mais acelerado que a dos homens. Diante disto, além do papel que a mulher sempre desempenhou no sistema patriarcal, surgem vários questionamentos, sobretudo a explicação desse crescimento.

A divisão sexual existente no mercado de trabalho – uns feitos para homens, e outros feitos para mulheres, além da hierarquia – se repete no âmbito ilícito, resultando em uma maior vulnerabilidade da mulher na atividade criminosa, que fica mais exposta ao flagrante. Reproduz-se, portanto, no mercado ilícito de drogas, a realidade do mercado de trabalho convencional, ou mesmo a realidade que sempre perpetuou o sistema penal: trata-se de um sistema direcionado àquelas que já se encontram socialmente vulneráveis, atingidas por discursos preconceituosos de gênero, classe, raça e/ou sexualidade.

Aliado a isto está a atual declaração de "guerra às drogas", que põe em evidência tanto a política criminal de entorpecentes no Brasil (caracterizada por uma tênue divisão do que é usuário e do que é traficante, o que acaba contribuindo para o aumento de presos por tráfico, já que acaba incumbindo às autoridades do sistema de controle punitivo o enquadramento de cada tipo penal, dando margem a uma certa discricionariedade), representada pela Lei 11.343/06, quanto o processo de criminalização, sobretudo o seu início, quando os criminosos são selecionados pela polícia.

Por isso, o objetivo desta pesquisa é investigar se há práticas de preconceito de gênero nas sentenças de mulheres condenadas por tráfico de drogas na Comarca de Recife no ano de 2015.

A escolha por esse local para coleta dos dados deu-se pelo fato de as pesquisadoras pertencerem a tal município, o que facilita o acesso às informações. Do mesmo modo, a seleção pelo ano de 2015 ocorreu devido ao marco inicial da coleta dos dados, que foi em meados do ano de 2016, e queria-se atingir todas as sentenças prolatadas pelo lapso temporal de um ano. Por outro lado, tendo em vista que, mesmo ainda sendo menor que a masculina, a criminalização feminina está crescendo em ritmo mais acelerado que a do homem, a escolha pelo crime de tráfico de drogas é justificada pelo fato de ser o delito responsável pela maior parte do encarceramento feminino, perfazendo quase 70% dos casos[1].

A hipótese da pesquisa é a de que os preconceitos advindos de uma sociedade patriarcal e sexista são reproduzidos no momento da condenação de uma mulher pelo simples motivo de ser mulher e pelo crime propriamente dito, ocorrendo, portanto, uma dupla punição. Primeiro porque se parte da ideia de que quando a mulher sai do âmbito do recato e da domesticidade que lhe foram socialmente designados, tende-se a olhá-la como um ser anormal, que não pode (e não deve)

1. DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. INFOPEN Mulheres – junho de 2014. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf]. Acesso em: 06.12.2016.

se apoderar de papeis tipicamente masculinos. Quando isso acontece, então, o que se tem é o desvio de sua função como mulher, cabendo à sociedade, na figura da família, da religião e da escola, e ao sistema de justiça criminal colocá-la em seu devido lugar.

2. Os trilhos metodológicos para a construção da lógica sexista do sistema de controle punitivo

Para que se entenda o raciocínio de como se chegou às conclusões que serão apresentadas, importante é empreender algumas considerações acerca da metodologia adotada, bem como todas as impressões e dificuldades que permearam a realização da pesquisa.

A partir da relação de sentenças prolatadas no ano de 2015, fez-se a busca das sentenças no site do Tribunal de Justiça de Pernambuco, identificando o gênero dos réus. O universo da pesquisa consistiu em 112 sentenças, sendo excluída, somente a 2ª Vara, dentre as quatro Varas especializadas, devido à recusa tanto do/a magistrado/a quanto dos servidores em informar os dados dos processos sentenciados em 2015.

De posse desses dados, escolheu-se, proporcional e aleatoriamente 40 sentenças para analisar (4 da 1ª Vara; 13 da 3ª Vara; e 24 da 4ª Vara). Isso porque, de acordo com King, Keohane e Verba, o número de observações necessárias para uma boa pesquisa qualitativa gira em torno de 20 casos. Entretanto, segundo os mesmos autores, "the more the better"[2], ou seja, quanto mais, melhor, considerou-se que o dobro dessa quantidade ideal representaria uma boa amostra.

O critério de saturação também procura satisfazer esse problema da pesquisa. A saturação funciona para trabalhar com um número-limite (não definido previamente) que no decorrer da pesquisa passa a apresentar uma repetição que indica uma padronização e aumentar a quantidade de investigação "pouco acrescentaria de significativo ao conteúdo da representação"[3].

Becker também alerta sobre isso ao afirmar que "posso escolher minha amostra de uma maneira que leve em conta minha imagem do que estou estudando, mas certamente modificarei minha imagem com base no que minha amostra me

2. KING, Gary; KEOHANE, Robert O.; VERBA, Sidney. *Designing social inquiry*. Nova Jersey: Editora: Princeton University Press, 1994. Disponível em: [http://metodos-avanzados.sociales.uba.ar/files/2014/06/Gary_King_Robert_O._Keohane_Sidney_Verba.pdf]. Acesso em: 06.04.2017.

3. SÁ, Celso Pereira de. *A construção do objeto em pesquisa em representações sociais*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1998. p. 92.

revela"[4], ou seja, não existem processos limpos e bem arrumados em que se fechem em si mesmos; portanto, não são necessariamente objeto de validação.

A esse respeito, importante tecer algumas considerações acerca do método escolhido para realização desta pesquisa: o qualitativo, através da análise de conteúdo das decisões. Justifica-se pelo fato de que ele "trabalha com o universo dos significados, dos motivos, das aspirações, das crenças, dos valores e das atitudes, as quais, não podem ou não deveriam ser quantificadas"[5]. Assim, considera-se que analisar o discurso de gênero proferido pelo sistema penal, através dos juízes, quando da prolação das sentenças das varas de entorpecentes, é extremamente revelador para se perceber quais valores estão por trás do que se é formalizado.

Nesse diapasão, o que se pretende é analisar a realidade social em que a mulher está inserida, através do olhar do magistrado no momento da prolação das sentenças. Isso porque, de acordo com Minayo:

> [...] o ser humano se distingue não só por agir, mas por pensar sobre o que faz e por interpretar suas ações dentro e a partir da realidade vivida e partilhada com seus semelhantes". Ademais, uma pesquisa como essa tem "a magia de transmitir, por meio de um porta-voz, o que pensa o grupo dentro das mesmas condições históricas, socioeconômicas e culturais que o interlocutor[6].

Assim, parte-se do pressuposto de que esse conjunto de ações humanas revela muito quando enxergado nas entrelinhas de maneira crítica, já que uma abordagem qualitativa estuda uma "realidade que não é visível", e "precisa ser exposta e interpretada, em primeira instância, pelos próprios pesquisadores"[7].

Considerando a inexistência de neutralidade científica[8], os marcos teóricos da crítica criminológica crítica e de gênero orientaram a pesquisa, de modo que, na medida que a leitura flutuante foi sendo realizada, foram sendo separadas as percepções de gênero, através dos significados dos discursos e dos fatos em que

4. BECKER, Howard. S. *Segredos e truques da pesquisa*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
5. MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.); GOMES, Suely Ferreira Deslandes Romeu. *Pesquisa social*: teoria, método e criatividade. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2008. p. 21.
6. MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.); GOMES, Suely Ferreira Deslandes Romeu. *Pesquisa social*: teoria, método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 64.
7. MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.); GOMES, Suely Ferreira Deslandes Romeu. *Pesquisa social*: teoria, método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 22-22.
8. OLIVEIRA, Luciano. Neutros & neutros. *Humanidades*, n. 19, p. 122-127. Brasília, 1988.

essas mulheres estão envolvidas, bem como o funcionamento da política criminal de drogas no Brasil.

Nesse momento, algumas dificuldades foram encontradas, sobretudo porque alguns dados que seriam extremamente relevantes para uma análise mais crítica acerca da questão, como quem seriam essas mulheres presas por tráfico de drogas, cor, raça, idade, onde moram, escolaridade e mesmo se têm filhos. Talvez isso se explique pelo fato de que as sentenças partem da ideia de que as pessoas que estão respondendo a um processo já foram qualificadas nos autos[9].

Além disso, outra dificuldade sentida foi o fato de que os discursos de gênero não estavam explícitos nas decisões. Por outro lado, após análise mais aprofundada, chegou-se à conclusão de que o discurso é mesmo mascarado, só podendo observá-lo nas entrelinhas. Isso denota a perspectiva de que ele continua opressor e disseminado, pois não é questionado, apenas aceito (talvez por não enxergá-lo explicitamente ou por propositalmente quererem que assim continue). Nesse sentido é que está a essência de uma (boa e crítica) pesquisa qualitativa:

> A pretensão quali é afastar-se da investigação fatores determinantes para compreender os significados, introduzindo um relativismo dos objetos e das coisas, a partir da diversidade de pontos de vista – visíveis ou censurados. Logo, o que se busca é compreender como os sujeitos percebem, constroem e gerem a sua identidade, vivendo seu cotidiano[10].

Assim, na mesma linha que Helena Castro, foi possível concluir que "as sentenças dizem muito, mesmo quando não falam".[11]

Não se pode perder de vista outro inconveniente que é o fato da praxe de decisões serem elaboradas por assessores dos magistrados, e não por eles individualmente que apenas as ratifica, o que levaria a impossibilidade de precisar as representações dos juízes. Entretanto, não obstante a insuficiente certeza, é

9. CASTRO, Helena Rocha Coutinho de. *O dito pelo não dito*: uma análise da criminalização secundária das traficantes na cidade do Recife. Dissertação, Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.
10. MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. *Medida socioeducativa de internação: do discurso (eufemista) à prática judicial (perversa) e à execução (mortificadora)*: um estudo do *continuum* punitivo sobre adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei na cidade do Recife, PE. Tese, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. p. 28.
11. CASTRO, Helena Rocha Coutinho de. *O dito pelo não dito*: uma análise da criminalização secundária das traficantes na cidade do Recife. Dissertação, Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. p. 98.

indiscutível que os documentos são representações do Judiciário no contexto do julgamento, afinal são os juízes que assinam e dão o tom do processo[12].

Enfim, fazer análise temática é descobrir núcleos de sentido que compõem a comunicação e cuja presença, frequência de aparição podem significar alguma coisa para o objetivo analítico escolhido.

Para retratar o que as sentenças significam foram elaboradas categorias, "codificação", que servem para sistematizar os materiais colhidos para posterior obtenção de respostas, dentro de "conjunto predefinido de alternativas (valores de codificação)". Nesse sentido, é necessário pontuar que se optou por não utilizar as categorias classificatórias oficiais do direito[13], mas sim parâmetros criados pelas pesquisadoras, a partir do marco teórico escolhido.

3. De "coitadinha" à traiçoeira ou "chefa" do negócio: considerações acerca da análise das sentenças de mulheres presas por tráfico de drogas na Comarca de Recife no ano de 2015

Parte-se da hipótese de que o Direito Penal atua com perspectivas de gênero, ou seja, um processo de produção de identidades fixas, no qual a mulher é o diferente e, quando não exerce o papel que historicamente é atribuído de mãe e/ou de esposa, é socialmente desviada[14]. É nesse sentido que Andrade aponta os estereótipos de gênero, sintetizando o homem como "o cara" a quem se recorre em qualquer emergência, mas também é aquele "vilão temido" (nunca – ou quase nunca uma mulher) disposto a cometer algum delito. O contraponto desse "cara", "exaltado e temido" ao mesmo tempo, é "a coisa" (a mulher), ou seja, "aquilo que não age" (ideia de passividade). Assim, o sistema de justiça criminal atua

12. PORTO, Madge; COSTA, Francisco Pereira. Lei Maria da Penha: as representações do judiciário sobre a violência contra as mulheres. *Estudos de Psicologia*, Campinas, v. 27, n. 4, p. 479-489, out.-dez. 2010.
13. OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
14. BERNARDI, Maria Luiza Lorenzoni. Gênero, cárcere e família: estudo etnográfico sobre a experiência das mulheres no tráfico de drogas. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2013. Disponível em: [http://wp.ufpel.edu.br/ppgs/files/2014/09/DISSERTA%C3%87%C3%83O-Maria-Luiza-Lorenzoni-Bernardi.pdf]. Acesso em: 03.11.2016.

de forma a controlar qualquer desvio cometido pelo "cara", e a manter a "coisa" em seu devido lugar de privação e recato[15].

Dessa forma, todo ordenamento jurídico contribui para reforçar a ideia de que o marido é um cuidador, responsável e representante de sua mulher[16], a qual praticamente não possui direitos.

3.1. A face nua e crua da política de "guerra às drogas"

Inicialmente, a leitura das sentenças causou grande inquietação em relação a algo que transcende a questão de gênero: o discurso de que as drogas são o "mal do século" e apresenta sério risco à convivência social e à saúde pública.

De fato, tal constatação já era de se esperar, haja vista o investimento midiático desse discurso, forjando a crença de que todo consumidor é um "viciado", além de um potencial traficante e delinquente de outros crimes para sustentar sua mácula, bem como de que todo traficante é capaz de estimular a violência da cidade e qualquer tipo de imoralidade para garantir seu lucro. Entretanto, imaginou-se que, além desses discursos, haveria mais considerações acerca das circunstâncias do fato ocorrido, sendo que a sensação era a de que, existindo droga envolvida, qualquer prova apresentada não seria capaz de descaracterizar o pior crime do século.

Isso porque, de acordo com Salo de Carvalho, a Lei 11.343/06 apresenta "vazios e dobras de legalidade" que legitimam "o aprisionamento massivo da juventude vulnerável", o que torna o sistema de persecução penal detentor de um amplo poder criminalizador[17]. Com uma simples leitura da mencionada lei, constata-se que os tipos penais possuem termos abertos, contraditórios, e até complexos, dando margem à livre e (por que não?) arbitrária interpretação dos operadores do direito.

Com a análise dos dados, viu-se que a dramaticidade é priorizada em detrimento de questões realmente relevantes para o desenvolvimento do processo,

15. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência*, v. 26, n. 50, 2005. p. 86. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/4f33baebd636cb77eb9a4bdc2036292c.pdf]. Acesso em: 27.09.2016.
16. LARRAURI, Elena. Tradução livre da autora. *Mujeres y sistema pena*l: violencia doméstica. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.
17. CARVALHO, Salo de. *Política de drogas*: mudanças e paradigmas (nas trincheiras de uma política criminal com derramamento de sangue: depoimento sobre os danos diretos e colaterais provocados pela guerra às drogas). *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 63 (edição especial), 2013. p. 47.

como a demonstração de como efetivamente os fatos e a ponderação de suas circunstâncias. Ao contrário, a dosimetria da pena está fundamentada, muitas vezes, no argumento de que as drogas são o grande mal da sociedade atual, fazendo com que o meio em que se vive esteja num "estado de exceção permanente"[18], e, só por esse fato, ela já deve ser agravada negativamente. Para comprovar isso, têm-se os seguintes excertos, retirados das sentenças analisadas de cada Vara:

> Culpabilidade é elevada tendo em vista o alto grau de reprovabilidade pela sociedade do odioso crime de tráfico de drogas; [...] a conduta social não se mantém compatível com as exigências sociais, pois as comunidades, diante de tal conduta, passam a sofrer pelo temor e pela insegurança em face da presença de uma infratora em seu meio, determinando perigo constante[19].
>
> As circunstâncias do delito também merecem desvalor, haja vista a qualidade (crack), droga de forte poder viciante e destrutivo, que assola todo o Brasil, destrói núcleo familiares e representa hodiernamente um sério problema de saúde pública, [...] considerando a qualidade da droga (crack), devido ao seu alto poder devastador, capaz de tornar o usuário viciado desde o primeiro consumo e por razões de saúde pública, que demandam enfrentamento mais rígido por parte do Poder Judiciário, aplico a redução no patamar mínimo[20].
>
> As consequências extrapenais são comuns ao crime, posto que este tipo de delito é móvel para vários outros tipos, além das graves consequências penais para a sociedade, levando à ruína a vida de vários jovens e suas famílias[21].

E, considerando o "modelo padrão" utilizado para a confecção das sentenças, numa espécie de "copia e cola", discursos como esses acontecem em sua maioria, senão em todas.

Outra questão é o fato de o juiz não tolerar outro meio de sustento que não o proveniente do mercado de trabalho formal, já que considera o tráfico de drogas como obtenção de "lucro fácil", capaz de prejudicar quem trabalha "honestamente":

> A motivação da prática criminosa não seria outra senão o lucro fácil[22].
>
> Em regra, a personalidade e a conduta social de todo traficante devem ser consideradas desajustadas porque visam ao lucro fácil e desonesto, pouco se

18. CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 52.
19. Sentença da 1ª Vara de Entorpecentes. Processo 0034320-06.2015.8.17.0001.
20. Sentença da 3ª Vara de Entorpecentes. Processo 0000772-58.2013.8.17.0001.
21. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0045213-90.2014.8.17.0001.
22. Sentença da 1ª Vara de Entorpecentes. Processo 0000764-13.2015.8.17.0001.

> importando com a saúde dos usuários. [...] Provavelmente a motivação de traficar surgiu da ideia do "lucro fácil", motivo pelo qual deve ser valorado negativamente[23].
>
> Na hipótese, a conduta da ré tem altíssimo grau de reprovação social, destacando que, conforme auto de apresentação e apreensão à fl. 18, a ré se beneficia de programas sociais (auxílio moradia e bolsa família) e ao invés de buscar ocupação lícita, prefere fomentar o comércio ilícito de drogas[24].

Assim, o discurso de "lucro fácil" em cima do comércio ilegal de entorpecentes é tido como motivo de "encarcerar essas pessoas que veem na atividade uma forma de sustento, e que são, por consequência, pobres". O que os magistrados consideram como alta lucratividade, pode-se dizer que assim o é se considerar "o risco contido na operação, que é a possibilidade de ir para cadeia ou ser morto"[25].

3.1.1. Dois pesos e uma medida: a violação de garantias fundamentais em nome do combate ao terror e da pregação da paz

Em nome do combate às drogas a todo custo e com a promessa de sossego e paz às comunidades, o Estado, através do Judiciário, viola várias garantias fundamentais consagradas na CF, sem que isso seja questionado em algum momento processual. Chega a ser extremamente inquietante perceber que o magistrado simplesmente ignora qualquer consideração acerca de tais violações, mesmo elas fazendo parte dos fatos relatados, ou da dinâmica do processo.

Em primeiro lugar, está a nítida violação à defesa do réu, a qual, seja ela patrocinada por defensor público (na maioria dos casos) ou advogado particular, pois, o magistrado, em sua fundamentação, apenas, quando muito, ao requerimento de absolvição:

> Por sua vez, a defesa, em sede de alegações finais, pugnou pela absolvição da acusada por insuficiência de provas. Alternativamente, a aplicação da pena base no mínimo legal.[26]

---

23. Sentença da 3ª Vara de Entorpecentes. Processo 0191616-96.2012.8.17.0001.
24. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0045213-90.2014.8.17.0001.
25. CASTRO, Helena Rocha Coutinho de. *O dito pelo não dito*: uma análise da criminalização secundária das traficantes na cidade do Recife. Dissertação, Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. p. 159.
26. Sentença da 1ª Vara de Entorpecentes. Processo 0033322-38.2015.8.17.0001.

> A ilustre Defensoria Pública, por sua vez, requer a improcedência da Denúncia por insuficiência de provas, contudo, requer, alternativamente, que, caso seja condenada a acusada, seja fixada a pena base no mínimo legal.[27]
>
> Defesa preliminar por advogado constituído à fl. 83. Não foram trazidos argumentos meritórios. [...] A defesa postulou a nulidade do feito ou, subsidiariamente, a condenação da acusada na reprimenda mínima, com reconhecimento do tráfico privilegiado.[28]

Outro ponto que merece destaque é a relevância dada à palavra da polícia, tida, muitas vezes, o único meio de prova contido. O depoimento policial está presente em todas as sentenças analisadas, haja vista a preponderância de prisões em flagrante, e, em sua maioria, presta-se como único ponto de fundamentação do juiz:

> Como já foi dito, não verifico conflito nos relatos policiais inquiridos, e, além disso, não há nada nos autos que demonstrem a falta de idoneidade dos policiais ou a intenção de prejudicar a ré. Em que pese serem policiais, as únicas testemunhas neste tipo de crime, têm eles fé de ofício, até prova em contrário.[29]
>
> Consigne-se que os depoimentos de policiais prestados em Juízo, sob a garantia do contraditório, revestem-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal.[30]

Ademais, até quando o policial não se recorda do fato ocorrido a solução é fazer uma rápida leitura de seu depoimento contido no auto de prisão em flagrante e, num passe de mágica, ele se lembra de tudo e apenas ratifica aqueles termos. Isso aconteceu, por exemplo, em um processo da 3ª Vara de Entorpecente, no qual havia somente policiais como testemunhas, tendo o julgador apenas mencionado que estes "ratificaram os termos da denúncia"[31]. Isso serviu para a fundamentação de seu decreto condenatório.

Vê-se, pois, que parece que o magistrado faz questão de elevar a palavra da polícia a um patamar sempre de boa-fé, sem motivos para questioná-la. Além disso,

27. Sentença da 3ª Vara de Entorpecentes. Processo 0191616-96.2012.8.17.0001.
28. Sentença da 3ª Vara de Entorpecentes. Processo 0052607-51.2014.8.17.0001.
29. Sentença da 1ª Vara de Entorpecentes. Processo 0028991-13.2015.8.17.0001.
30. Sentença da 3ª Vara de Entorpecentes. Processo 0000772-58.2013.8.17.0001.
31. Sentença da 3ª Vara de Entorpecentes. Processo 0021046-43.2013.8.17.0001.

outro motivo para levá-la exclusivamente em consideração é a alegação de que a população tem medo de sofrer represálias, caso deponha contra algum traficante:

> Destaco também que, não obstante a prova testemunhal acusatória aqui utilizada para convencimento acerca da autoria do crime imputada à acusada compor-se basicamente dos policiais que receberam denúncia anônima, montaram campana e efetivamente participaram diretamente do flagrante – mas não só, diante de todas as circunstâncias fáticas já expostas acima – tal fato não tem o condão de, por si só, retirar a credibilidade necessária do depoimento, mormente levando-se em consideração a dificuldade da persecução penal no que pertine aos delitos de tráfico de entorpecentes, que contam na maioria das vezes com o silêncio da comunidade, temerosa de sofrer represálias, nada havendo, portanto, de concreto, a reduzir a eficácia probatória dos depoimentos dos policiais.[32]

Aliás, quando surge algum relato de abuso, de invasão ou flagrante forjado, sequer isso é posto em discussão. É como se o Poder Judiciário considerasse que as ações policiais são sempre legítimas e, por isso, devem ser tidas como inquestionáveis. Nesse sentido, em boa parte dos casos, a situação de flagrância ocorreu da seguinte maneira: após receber denúncias anônimas de que estava havendo atividade de traficância em determinada localidade, os policiais dirigiram-se para lá e, após identificarem o "elemento suspeito", fizeram a abordagem, encontrando certa quantidade de droga. Logo em seguida, questionou-se a existência de mais droga, quando prontamente o mesmo "elemento suspeito" levou os policiais até sua residência para mostrar onde o restante da droga.

Beatriz Resende, ao analisar sentenças judiciais pelo crime de tráfico de drogas no Distrito Federal, também indaga acerca do "nível de questionamento e satisfação do juiz sobre o cumprimento – ou não – de requisitos de legalidade na produção da prova que fundamenta sua decisão final"[33]. Para ilustrar a situação acima narrada, segue trecho de uma das sentenças analisadas:

> Em depoimento realizado em juízo, as testemunhas, dentre elas policiais que efetuaram a prisão em flagrante da acusada, disseram que haviam recebido

32. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0045213-90.2014.8.17.0001.

33. REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves. *A ilusão do proibicionismo*: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal. Tese, Universidade de Brasília, Brasília, 2011. p. 93. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9856/1/2011_BeatrizVargasRamosGon%c3%a7alvesdeRezende.pdf]. Acesso em: 09.04.2017.

> informações de que uma mulher com as características da ré e com uma criança de colo estava no local da prisão promovendo a venda de drogas. Disseram ter abordado a ré e com ela encontrado apreendida. A testemunha E. J. D. S. foi enfática ao relatar os fatos, aduzindo que localizaram a pessoa que estava vendendo drogas no local – a ré – a qual foi pega com uma pequena quantidade de drogas e informou no ato que o restante da droga estava em sua residência – fato muito comum quando se efetua a prisão de traficantes nas condições da acusada.[34]

Não basta a não interpelação acerca de a ré realmente ter conduzido os policiais à sua residência, mas também não se é mencionando – em momento algum – a existência de mandado judicial para realização da busca e apreensão domiciliar. Por isso, pode-se ter como indício a partir do material analisado que em Recife dá-se o mesmo que em Brasília:

> Em boa parte dos casos, as apreensões da droga em domicílio foram realizadas sem mandado judicial e logo após a prisão do acusado. Preso mais comumente em via pública, o acusado, antes de ser conduzido à delegacia, é levado, pela polícia, ao lugar onde mora para realização de busca domiciliar por droga – portanto, sem ordem judicial, mas, em geral, com "permissão expressa do preso", dispensado o "pena porta". Em todos esses casos de flagrante acompanhado de busca e apreensão domiciliar, a polícia recolhe maior quantidade de droga, às vezes acompanhada de objetos e substâncias relacionadas ao seu uso ou preparo, além de dinheiro, armas ou munições. Nenhuma dessas buscas se mostrou infrutífera e raramente se fizeram acompanhar de autorização judicial, contudo, na maior parte das sentenças, não há debate ou problematização sobre a necessidade ou não do mandado, o que seria de se esperar, em face da análise judicial quanto à legalidade do ato de prisão, tendo em vista as circunstâncias do próprio flagrante (sobretudo porque, em geral, as provas que motivaram a condenação são extraídas do auto de prisão em flagrante). O interessante é a existência de registro, expresso nas decisões, de que o "acusado permitiu que a polícia penetrasse o domicílio e realizasse a busca" – o que poderia permitir, isto sim, a conclusão de que *todos os acusados presos nessas condições autorizam a entrada da polícia no local onde ocultam maior quantidade de droga*. A conclusão prova demais...[35]

34. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes.

35. REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves. *A ilusão do proibicionismo*: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal. Tese, Universidade de Brasília, Brasília, 2011. p. 93-94. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9856/1/2011_BeatrizVargasRamosGon%c3%a7alvesdeRezende.pdf]. Acesso em: 09.04.2017.

Quando as decisões fazem referência à ilegalidade da prova produzida, genericamente o faz da seguinte forma:

> Ainda, no presente caso, as afirmações dos policiais se afiguram firmes, coerentes, uniformes e comedidas ou sem tendências para o exagero, merecendo, por isso, serem tidas como expressão da verdade, pelo que não se sustenta a versão da acusada de que houve um forjado por parte dos militares.[36]

Verifica-se, assim, que o único trecho acerca do forjado é enaltecendo a palavra dos policiais, a qual deve ser tida por "expressão da verdade", e, consequentemente, a versão da acusada é descabida e mentirosa. Na prática, então, o que ocorre é a aceitação de toda e qualquer atuação policial[37].

Diante de todas essas considerações, tem-se que encontrar o entorpecente e perseguir o traficante é mais importante do que o respeito às garantias fundamentais, afinal a população, que vive apavorada com a ideia do inimigo sempre pronto para "atacar", na lógica da defesa social, autoriza esse procedimento.

Os abusos policiais não param por aí. Verificou-se que encontrar a droga é mais relevante do que a dignidade sexual da mulher, uma vez que há nas sentenças relatos de acusadas que tiveram suas partes íntimas revistadas por policiais homens em via pública.

3.2. Para além das sentenças: as peculiaridades de ser mulher em uma condenação por tráfico de drogas

3.2.1. Silêncio! Uma mentirosa não pode ter credibilidade!

A maioria dos policiais é do sexo masculino, logo qualquer abordagem física realizada em uma mulher pode ser considerada como abuso. Alguns até têm a preocupação de afirmar em juízo que havia uma policial feminina entre o efetivo, mas não oferecem a identificação, nem a mesma é convocada para depor como testemunha. Só em imaginar um estranho colocando as mãos nas partes íntimas desta, a qual, provavelmente está sendo coagida a abrir as pernas, já configura explícita violação à sua dignidade, à sua intimidade, à sua sexualidade.

Utilizando-se nomes fictícios para representar as acusadas, tem-se, para exemplificar o acima exposto, o que aconteceu com Patrícia:

36. Sentença da 1ª Vara de Entorpecentes. Processo 0033322.2015.8.17.0001.

37. CASTRO, Helena Rocha Coutinho de. *O dito pelo não dito*: uma análise da criminalização secundária das traficantes na cidade do Recife. Dissertação, Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. p. 136.

> [...] presa e autuada em flagrante por policiais militares, no dia 10 de fevereiro de 2014, por volta de 01:00h, na Comunidade Borborema, no bairro de Boa Viagem, nesta Comarca, por estar comercializando crack, na revista a ré trazia consigo 32 (trinta e duas) pedras de crack escondidas no órgão genital e R$ 98,00 (noventa e oito reais) em suas vestes. [...] os policiais militares que participaram da prisão da acusada declararam ter recebido informações de tráfico de drogas no local. O lugar era um bar e havia várias pessoas, todas foram revistadas, mas apenas com a ré foram apreendidas substâncias entorpecentes. A ré trazia consigo em sua vagina a droga e também uma quantia em dinheiro. No momento do flagrante a ré assumiu que estava vendendo drogas porque precisava de dinheiro por conta dos seus filhos.[38]

Importante destacar que as testemunhas ouvidas no processo de Patrícia foram dois policiais militares (homens), o que se faz presumir que a abordagem realizada na ré foi feita por eles, além de não haver nenhuma menção acerca das circunstâncias de como a revista ocorreu, sobretudo porque o flagrante foi realizado em um bar, com várias pessoas. Será que, ao menos, foi dada a oportunidade de a acusada reservar-se no banheiro para retirar a droga de sua vagina? Ou, mais que isso, como os policiais sabiam que a droga estava escondida em suas partes íntimas?

O mais inquietador é perceber que o magistrado não tece nenhum comentário acerca do abuso sofrido por Patrícia, limitando-se a relatar os fatos de forma superficial, como se normal fosse a cena.

Da mesma forma ocorre no processo de Milena. A mulher narrou que recebeu ordens de policiais militares para ficar completamente despida para que a revista fosse realizada –, além da que já tinha sido encontrada em sua residência:

> Declarou que era viciada e que toda a droga apreendida se destinava ao seu consumo. Acrescentou ainda que não havia policiais femininos e que os militares procederam com sua revista pessoal, ordenando que ficasse completamente despida. Afirmou que tal fato foi presenciado por uma tia e por uma pessoa de nome E[39].

Entretanto, as palavras dos agentes do Estado são mais relevantes e tendem a anular qualquer acusação contra eles, já que dotados de fé pública:

> Em depoimento, os policiais militares foram firmes e uniformes em afirmar que havia informações sobre o tráfico de drogas naquela localidade. Assim,

38. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0009132-45.2014.8.17.0001.

39. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0105213-90.2013.8.17.0001.

> se dirigiram ao local, montaram campana e ficaram observando a movimentação em torno da acusada. Foram unânimes em afirmar que viram pessoas indo até ela e saindo logo em seguida. Também presenciaram quando a acusada entrou na sua residência e saiu logo depois, demonstrando uma atitude suspeita. Assim, fizeram a abordagem e a própria acusada lhes mostrou onde estaria guardada parte da droga, em um arbusto perto de onde se encontrava. Ao ser indagada se possuía mais entorpecente, levou os policiais até sua residência e lhes entregou o restante. Ficando os fatos esclarecidos, consigno que o testemunho policial goza da presunção de fé pública, tendo em vista a função exercida, e, se nada existe nos autos que possa desabonar os seus depoimentos, quando coerentes e harmônicos com outros elementos dos autos, constitui prova respeitável capaz de lastrear uma decisão condenatória. [...] Assim, entendo que tais declarações não passaram de uma mera tentativa de desqualificar os depoimentos das testemunhas de acusação[40].

Ainda sobre a violação da dignidade da mulher, eis o depoimento de um policial militar que abordou Janaína e foi testemunha em seu processo:

> Quando a abordaram a acusada, ela estava sentada. Quando ela puxou a blusa, a droga caiu. Era uma pequena quantidade de droga. A acusada não tinha dinheiro. Já haviam feito abordagens na pessoa da acusada, mas nunca tinham encontrado drogas com ela. Havia informações de que a acusada traficava drogas naquele local[41].

Com a maior naturalidade, o magistrado conta que a própria acusada, ao ser cercada por policiais militares, prontamente e voluntariamente, puxou sua blusa, fazendo com que a droga que ali estava escondida, caísse e revelasse, aos agentes da lei, sua livre e espontânea vontade de ser presa em flagrante por tráfico de drogas. Tal fato só piora quando se constata o tipo de vestimenta que a ré usava no momento, com os depoimentos de dois outros policiais que participaram da abordagem:

> Não foi feita revista pessoal na ré, mandaram apenas que ela esvaziasse os bolsos e balançasse a blusa, foi quando caíram as pedras de crack [...] Não se recorda de que tivera informações de que acusada estava em posse de drogas. Mas lembra que ela estava com uma blusa, tipo top, com um pequeno volume. Fizeram a abordagem, mandaram que ela balançasse a roupa, foi quando o volume caiu e continha a droga.[42]

40. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0105213-90.2013.8.17.0001.
41. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0056920-89.2013.8.17.0001.
42. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0056920-89.2013.8.17.0001.

Qualquer mulher, ou até um homem com um mínimo de conhecimento e senso crítico, sabe que, com uma blusa tipo top, não é possível simplesmente balançá-la. Primeiro porque ela costuma ser justa ao corpo, e depois porque ela é pequena, costumando cobrir apenas a região do busto. Diante disso, das duas, uma: ou os policiais puseram as mãos em seus seios, ou mandaram-na retirar suas vestes. Em ambas, a situação é evidente a humilhação.

O quadro se repete no processo de Janaína:

> As testemunhas apresentam versões verossímeis, sendo tais declarações perfeitamente aptas a atuarem no convencimento deste magistrado. Não ficou saliente nenhuma contradição, tampouco mostrou-se presente qualquer vício nos depoimentos, motivo pelo qual nada impede a utilização de desses meios de prova.[43]

Vê-se, assim, que o juiz em nada questiona a atuação policial, pelo contrário, ela foi totalmente perfeita e verossímil, capaz de convencer – sem questionamentos – e motivar o decreto condenatório, mesmo diante de expressões como "não se recorda". Desse modo, com a ideia de que o caso de Janaína não poderia piorar, ao narrar o abuso sofrido, eis o comentário do magistrado:

> Esse tipo de afirmação sempre merece atenção por parte da autoridade judicial, haja vista que levanta uma gravíssima possibilidade de comportamento criminoso de um agente do Estado. Contudo, no presente caso, essa denúncia realizada pela acusada encontra-se totalmente isolada, haja vista que em nenhum momento do processo ou do inquérito vislumbrou-se algum vício nas provas obtidas, tampouco há informação nos autos que desmereça a conduta dos policiais envolvidos. Sendo assim, entendo que a afirmação de J. M. d. C. [*Janaína*] é leviana e tem o único propósito de eximi-la de culpa, restando claro que é uma vã tentativa da ré de ludibriar este magistrado.[44]

Ou seja, não pode haver nenhuma mácula no comportamento dos policiais, ao passo que a queixa da ré é uma mentira ou, nos termos do magistrado, uma leviandade, com o único objetivo de enganar o funcionamento da justiça.

Além disso, insta salientar que, em que pese Janaína ter sido presa em flagrante com apenas 13 pedras de crack e não possuir antecedentes, na dosimetria da pena, sua conduta social foi valorada negativamente por conter nos autos relatos (dos policiais) de que a ré é conhecida por se dedicar ao comércio ilegal e

43. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0056920-89.2013.8.17.0001.

44. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0056920-89.2013.8.17.0001.

ao consumo de drogas, existindo, segundo os agentes militares, "inúmeras denúncias associando J. M. [Janaína] à prática do crime descrito no art. 33 da Lei 11.343/06. Por tal motivo, entendo que a imputada possui conduta social digna de reprovação, razão pela qual valoro este item negativamente"[45].

O caso de Janaína chamou atenção, pois, apesar da pouca droga e de sua primariedade, teve a pena fixada em 7 anos e 6 meses de reclusão, acima da média das outras mulheres igualmente com pouca quantidade de droga apreendida. Em outros casos, mulheres tinham número até maior que 13, mas, em geral, a pena é firmada abaixo do mínimo legal – 5 anos. Um elemento torna-se suspeito aqui: será que no caso de Janaína, por ser mentirosa, merece pior reprimenda, considerando que não está a exercer seu papel de recato e complacência? Além disso, o fato de ser conhecida pela atividade de traficância, e isso não corresponde à atividade típica da mulher, levou-a a uma pior condenação?

A ré também não mereceu a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, já que, embora não conste nenhuma informação acerca de seu envolvimento com organização criminosa, apesar de ter antecedentes criminais, de acordo com o magistrado, "não possuía ocupação definida e sua única fonte de subsistência era o comércio ilícito de entorpecentes. Portanto, entendo que a ré se dedica a atividade criminosa, desmerecendo, pois, amenização em sua pena"[46].

A título de comparação, a acusada Márcia foi encontrada com certa quantidade de droga, a qual, embora não contenha na sentença o número exato, afirmou-se tratar de "pouca quantidade", além de terem sido encontradas mais pedras de crack dentro de seu imóvel, o que se presume que, juntando os entorpecentes que estavam com ela no momento do flagrante mais os apreendidos em sua residência, o total deveria ser maior que 13. Entretanto, mais brandamente que Janaína, Márcia, que também era primária, foi condenada em 2 anos e 6 meses de reclusão[47], apesar de ambas as sentenças pertencerem à 4ª Vara.

Talvez a justificativa de Márcia para a traficância tivesse agradado mais o magistrado do que a mentira de Janaína: aquela estava grávida de nove meses e, como uma boa mãe, estava preocupada com o enxoval de seu sétimo filho, além do fato de seu marido ser alcoólatra e estar desempregado – "Coitadinha".

Dessa forma, o que se pode compreender da situação das mulheres é que o tráfico de drogas também reproduz uma ideologia tradicional de gênero em sua dinâmica interna. Isso porque há diferenças nos comportamentos esperados por

45. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0056920-89.2013.8.17.0001.

46. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0056920-89.2013.8.17.0001.

47. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0192300-21.2012.8.17.0001.

homens e mulheres desse próprio meio, e mais: diferenças de tratamento entre as próprias mulheres que exercem alguma atividade no comércio das drogas, as quais variam de acordo com os motivos que as levaram a isso, seja a fidelidade e a submissão ao marido bandido, ou seu cuidado com os filhos[48].

3.2.2. Confissão: rainha ou prostituta das provas?

Na mesma linha de mentirosa e enganadora da justiça está a situação em que a mulher confessa (ou não) a prática do crime. Observou-se que algumas mulheres optam por confessar ou negar o cometimento do delito sempre que inquiridas, enquanto outras apenas admitem perante a autoridade policial, mas negam em juízo, ou vice-versa. No entanto, há diferença de tratamento entre ambas, já que o sistema penal considera estas últimas como "enganadoras da justiça".

A respeito da confissão como meio de prova, mister tecer alguns comentários acerca de seu valor diante da lógica (teórica) do processo penal. Isso porque os depoimentos prestados perante a autoridade policial não têm o condão de servir como meio de prova para o fundamento sentencial do juiz, já que não são obtidos perante o crivo do contraditório e da garantia da ampla defesa. Pode-se dizer que, na maioria esmagadora das vezes, a acusada está diante do delegado de polícia sem a presença de um advogado ou defensor, capaz de assegurar seus direitos e evitar ilegalidades. Sem esse apoio, ela fica à mercê da própria sorte. Entretanto, percebe-se que, por vezes, o que foi dito na fase inquisitorial serve como justificativa para a prolação de uma sentença condenatória, ao argumento de que a indiciada modificou sua versão dos fatos em juízo com o intuito de ludibriar o funcionamento da justiça.

Para o juiz, a confissão de Ruana e Valéria foram dotadas de plena credibilidade, já que a prática delituosa foi assumida tanto na fase inquisitorial quanto sob o crivo do contraditório. Segundo narrou a denúncia, ambas estavam bebendo em um bar, quando um amigo chegou e pediu para que tomassem conta da droga, afirmando que, se desse algo "errado", ele assumiria a culpa. Contudo, ao chegar o efetivo policial, ele negou que o material ilícito lhe pertencia, enquanto que as acusadas disseram que apenas estavam fazendo-lhe um favor. Para o sentenciante, os fatos narrados pelas rés são de confiabilidade, pois não foram distorcidos quando do depoimento em juízo: "as declarações prestadas pelas acusadas são

48. BARCINSKI, Mariana. Centralidade de gênero no processo de construção da identidade de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, Rio das Ostras, v. 14, n. 5, 2009. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/csc/v14n5/26.pdf]. Acesso em: 08.02.2017.

desprovidas de qualquer vício que possam maculá-las, pois, as foram firmadas em juízo, razão pela qual são detentoras de credibilidade"[49].

A confissão, entretanto, não surte o mesmo efeito quando, em que pese afirmarem que estavam tomando conta da droga para o amigo, disseram, do mesmo modo, que não eram proprietárias da droga, mas apenas usuárias:

> Despiciendo fazer estudo minucioso, diante da confissão por parte das acusadas, embora V. F. da S. [Valéria], sob a alegação de que a droga não se destinava à comercialização, mas sim ao seu próprio consumo, e a acusada R. M. da S. [Ruana] tenha atribuído à propriedade da droga ao primeiro denunciado, posto que, tais alegações não têm o condão de eximi-las da responsabilidade[50].

Não há vício na produção da prova, todavia, quando afirmado perante a autoridade policial ou no momento do flagrante, mas negado em juízo, como foi o caso de Clara:

> Outrossim, a versão apresentada por uma das rés em juízo de que não era traficante de rosa, não merece prosperar, uma vez que os depoimentos prestados pelos policiais, bem como os relatos dos menores na fase inquisitória são uníssonos em afirmar que tinham conhecimento de que a acusada era traficante.[51]

Lado outro, Grace negou seu envolvimento com o tráfico quando do flagrante, mas confessou, perante contraditório, que o entorpecente apreendido em sua residência era de propriedade de seu namorado, que foragido da justiça, evadiu-se do local quando da chegada policial. Não obstante o magistrado ter chegado à conclusão de que a droga realmente não era dela, o fato de namorar um foragido e ainda acobertá-lo, em suas palavras, "não a exime da culpa":

> Conquanto possa parecer contraditório, nenhuma dúvida tem este julgador quanto a culpabilidade de G. A. [Grace], porque impossível ela, conforme relatado acima, saiu de casa voltou namorando a pessoa de P., sabia que era foragido, de seu envolvimento com tráfico, não perceber ou sentir o cheiro exalado pela maconha e, segundo o policial ela ao ver a polícia entrou dentro da casa e alguém fugiu; possivelmente o P., não ter participação. Sua culpabilidade *salta aos olhos* [grifos nossos].[52]

49. Sentença da 1ª Vara de Entorpecentes. Processo 0000764-13.2015.8.17.0001.
50. Sentença da 1ª Vara de Entorpecentes. Processo 0000764-13.2015.8.17.0001.
51. Sentença da 3ª Vara de Entorpecentes. Processo 0000772-58.2013.8.17.0001.
52. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0000426-39.2015.8.17.0001.

Nesse caso, ela não mereceu alto grau de reprovação por conta de "seu envolvimento amoroso com a pessoa conhecida por P., suspostamente, proprietário da droga apreendida na casa da ré"[53]. Ou seja, apesar de merecer reprovação penal por esconder a droga em sua casa, não deve ser tão elevada, já que agiu assim por conta da fidelidade ao seu companheiro delinquente. Mais uma "coitadinha" que o sistema de controle punitivo concede certo "bônus".

3.2.3. "Coitadinha" ou "boa moça"? Ou "o que eu quiser?". Um jogo de manipulação com o estigma de ser mulher

O exemplo de Márcia, a "boa mãe", e o de Grace, a fiel "companheira do bandido", ilustrados acima, são apenas algumas das visões segundo as quais a mulher é, ainda, tida como vítima do sistema, mesmo quando no polo ativo, já que cuidar dos filhos pode configurar justificativa aceitável.

Aliás, alguns magistrados entendem que, em determinadas situações, a mulher é tão hipossuficiente e frágil, que é incapaz de tomar decisões por si mesma e, por isso, necessita de alguém para protegê-la. Esse alguém é sempre um homem, ainda que o próprio Estado.

A esse respeito, cabe aqui uma indagação. Será que a entrada da mulher no mundo do tráfico é reflexo do sistema patriarcal já secularmente conhecido, ou estaria acontecendo um novo fenômeno, ainda pouco discutido?

A pesquisa de Mariana Barcinski, intitulada "Centralidade de gênero no processo de construção de identidade de mulheres envolvidas no tráfico de drogas" põe em discussão alguns pontos sobre a temática. Em entrevistas realizadas com mulheres envolvidas com o tráfico de drogas no Rio de Janeiro, chegou-se à conclusão de que elas estão ali inseridas de forma excepcional, posicionando-se entre protagonistas, ao assumirem a responsabilidade pelas suas escolhas, e vítimas do sistema social, que é injusto, não havendo outra alternativa senão a criminalidade.

Entretanto, não se deve entender o ingresso da criminalidade exclusivamente como uma questão de necessidade econômica, devendo tal relação ser vista com cautela, e não como uma forma de visualizar a mulher como incapaz e inabilitada de promover seu bem-estar, mas sim associada à condição de gênero esperada sobre a mulher[54].

53. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0000426-39.2015.8.17.0001.

54. CHERNICHARO, Luciana Peluzio. *Sobre mulheres e prisões*: seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil. Dissertação, Universidade Federal do Rio de

Sendo assim, um dos motivos que levou algumas das entrevistadas à escolha da participação no tráfico de drogas foi o *status* social que elas poderiam obter, e ainda mais que isso, o impacto que causaria sobre as demais mulheres da comunidade. É como se a mulher, quando no polo ativo, deixasse de ser um "troféu" entre os homens e passasse a vivenciar um poder antes exclusivamente masculino. Mesmo assim, porém, ele não é exercido em sua plenitude, pois, na própria fala das mulheres, ele o é comparado a outras mulheres. É assim, por exemplo, o relato de Denise, que exercia papel de chefia: "Eu queria também ter poder, queria ter as pessoas ao meu redor, me bajulando o tempo todo, sabe? [...] Me sentia superior. Todas tinham que ser submissas a mim. (Denise, 30 anos)" (grifos nossos)[55].

O caso de Sandra demonstra a situação de uma boa "mulher de bandido", em que acabava tendo que realizar algumas tarefas, como dirigir em assaltos e esconder armas em casa. Apesar do perigo que essa atividade trazia, Sandra sentia orgulho:

> E aí, de ladrão de carro meu marido subiu de posto pra sequestrador. Ele tinha uma cabeça muito boa, não fumava, não cheirava e não bebia. Então ele era o líder do grupo. Tinham mais sete ou oito que ele tomava conta. Então, faziam o que ele mandava. [...] Eu morava numa casa muito bonita, tipo uma casa de veraneio, sabe? Então, tinha uma garagem e nos fundos tinha um quintal muito grande. (Sandra, 41 anos)[56].

Assim, parece que a explicação do cenário da criminalidade feminina está pautada desde as questões de afirmação de uma identidade com vistas à ascensão social e financeira[57], o que pode estar também relacionado a uma vida de submissão e abdicações.

Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: [www.neip.info/upd_blob/0001/1565.pdf]. Acesso em: 16.02.2017.

55. BARCINSKI, Mariana. Centralidade de gênero no processo de construção da identidade de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, Rio das Ostras, v. 14, n. 5, 2009, p. 1847. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/csc/v14n5/26.pdf]. Acesso em: 08.02.2017.

56. BARCINSKI, Mariana. Centralidade de gênero no processo de construção da identidade de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, Rio das Ostras, v. 14, n. 5, 2009. p. 1848. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/csc/v14n5/26.pdf]. Acesso em: 08.02.2017.

57. OLIVEIRA, Luciana Maria Ribeiro de. *Crime é "coisa de mulher"*: identidades de gênero e identificações com a prática de crimes em posição de liderança entre mulheres jovens na cidade de Recife/PE. Tese, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

Até mesmo a mulher que exerce cargo de chefia, em certo momento demonstra alguma fragilidade ou submissão, a exemplo da já citada entrevistada Denise, vez que afirmou ter que se manter fiel ao seu marido, preso por tráfico, mesmo que não deseje mais manter o relacionamento com ele. Também, ao mencionar como iniciou sua trajetória como traficante, disse que: "primeiro eu comecei fazendo comida, depois eu comecei assim a me envolver mais profundo, a olhar, comecei a transar com os líder, alguns líder né, do [nome da facção] e por último eu fui negociando armas, cocaína pura, alguns quilos"[58].

Quando as traficantes percebem o abandono de seus filhos e os riscos que eles correm, costumam motivar-se a sair do ramo. Ou seja, por vezes, o papel de mãe protetora fala mais alto. É como se um traficante de drogas não pudesse ser, concomitantemente, um bom pai ou uma boa mãe.[59]

Assim, o que o trabalho de Mariana Barcinski destaca é que a maneira de comercializar as drogas é diferente entre o homem e a mulher, e que isso está relacionado à forma que cada gênero se porta na sociedade, sobretudo em relação aos familiares.

Dessa maneira, a posição mais baixa exercida na rede ilegal de entorpecentes acaba sendo, para algumas mulheres, uma forma de proteção, já que ficam longe de maiores problemas e evitam ser presas ou mortas, o que traria várias consequências não só para elas, mas principalmente para quem delas dependem[60].

Foi com tal perspectiva que o juiz da 4ª Vara de Entorpecentes entendeu que a conduta de Maria Joaquina, a qual recebeu de um terceiro certa quantidade de crack para entrega-la ao seu neto que estava preso, foi proveniente de um ambiente de submissão e impotência. Para sua condenação, considerou-se que a ré foi "aliciada" para servir de "mula no transporte da droga". Sendo assim, "trata-se de pessoa socialmente vulnerável", já que, "pelo vínculo de parentesco com o réu

58. BARCINSKI, Mariana. Centralidade de gênero no processo de construção da identidade de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, Rio das Ostras, v. 14, n. 5, 2009. p. 1849. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/csc/v14n5/26.pdf]. Acesso em: 08.02.2017.

59. BARCINSKI, Mariana. Centralidade de gênero no processo de construção da identidade de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, Rio das Ostras, v. 14, n. 5, 2009. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/csc/v14n5/26.pdf]. Acesso em: 08.02.2017.

60. JACINTO, Gabriela. Mulheres presas por tráfico de drogas e a ética do cuidado. *Revista Sociais e Humanas*, Santa Maria, v. 24, n. 2, p. 36-51, jul.-dez. 2011. Disponível em: [https://periodicos.ufsm.br/sociaisehumanas/article/view/2848/2853]. Acesso em: 13.03.2015.

D.," foi usada "pela associação criminosa para o transporte da droga"[61]. Entretanto, tal vulnerabilidade não compadeceu o juiz, já que, apesar de não possuir antecedentes criminais, fixou sua pena definitiva em 8 anos de reclusão.

Por outro lado, Íris foi condenada a 11 anos e 4 meses de reclusão por ter sido encontrada com duas pedras de crack no cós da calça e prontamente afirmou aos policiais que havia mais droga com seu companheiro:

> [...] abordaram a denunciada que estava na moto sozinha, a qual imediatamente informou que estava com duas pedras no cós da calça e os levou até seu companheiro – o denunciado, o qual se encontrava em um Caldinho e nada de ilícito foi encontrado com ele, mas ao ser indagado a respeito das drogas informou que possuía em sua residência, local em que foram encontradas em cima da mesa, exposto, a droga, lâminas para cortá-la, balança de precisão, sacolés para embalagem da droga e a quantia em dinheiro.[62]

Percebe-se, nesse excerto, a irrealidade da situação: ao ser abordada, prontamente informou que estava com droga e ainda denunciou seu companheiro, numa incessante vontade de ajudar a justiça em detrimento de sua reprimenda e de seu par. Pelo depoimento deste, o juiz ainda afirmou que percebeu "que o réu tenta proteger a ré para fazer crer que esta não tinha nenhuma participação no crime". Entretanto, pelo vínculo existente entre ambos, é difícil o magistrado acreditar que a mulher está totalmente isenta da responsabilidade, e que talvez esteja naquela situação porque foi conduzida pelo companheiro.

No mesmo sentido, Maria das Graças foi condenada por ter adentrado o presídio com certa quantidade do medicamento Rivotril para seu marido, que em juízo afirmou ter pressionado a esposa a levar os comprimidos para aguentar a depressão que estava lhe acometendo. Diante disso, concluiu o magistrado:

> O que se extrai da prova produzida é que L. F. aproveitando-se do fato que sua companheira e corré padecia de problemas neurológicos e tomava medicação controlada, sendo certo que não consta dos autos qualquer Receituário Médico prescrevendo o medicamento Rivotril, pediu/exigiu ou acertou com ela para levar os comprimidos para dentro do Presídio.[63]

Além disso, considerando que Maria das Graças não poderia agir sozinha, seu companheiro também foi condenado como incurso nas penas do art. 33 da Lei

61. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0023135-39.2013.8.17.0001.
62. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0080365-39.2013.8.17.0001.
63. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0060017-63.2014.8.17.0001.

11.343/06, já que "sua responsabilidade subsume-se, por ampliação de conduta, [...] ou seja, L. F. orientou a acusada como transportar a droga para dentro da Unidade Prisional"[64].

Para o juiz, o caso de Maria das Graças, além de ser controlada pelo marido, ela também deveria ser controlada pelo Estado, já que, devido ao "mal que lhe aflige", estará mais segura na cadeia do que em casa, onde apenas os familiares é que podem lhe oferecer apoio. Isso como se o cárcere fosse um local de total estabilização, capaz de cuidar e oferecer tratamento às peculiaridades de cada um:

> Expeça-se Mandados de Prisão Preventiva por sentença condenatória. Em relação ao pedido de Prisão Domiciliar, se o ambiente carcerário não é adequado à acusada M. DAS D. [Maria das Graças] em face do mal que lhe aflige, como afirma a defesa, muito menos o será o seu domicílio, uma vez que naquele ao menos poderá ser instalada em enfermaria, receber a medicação de forma gratuita e em casos mais graves será levada a uma unidade de saúde como dantes, e neste apenas disponível a leiga solidariedade familiar.[65]

A esse respeito, Helena de Castro assevera que "considerar a mulher como vítima, 'coitadinha', enquanto responde a um processo criminal, pode significar na situação concreta uma vantagem, principalmente no que concerne à aplicação da pena"[66]. Ou seja, quando, aos olhos do julgador, ela é vista como exercendo seu papel de vítima, merece uma menor pena, já que sua vontade foi anulada e controlada pelo seu homem.

Essa é a lógica utilizada pelos magistrados quando do flagrante de mulheres tentando adentrar no presídio com o fim de levar entorpecentes para seus maridos, companheiros, ou filhos. Existe até um "modelo padrão" utilizado pela 4ª Vara que traduz bem a submissão da mulher para com seus "homens", uma vez que se parte do pressuposto de que uma boa "mulher de bandido" é fiel a ele na paixão, no amor, e até no medo e no terror:

> Culpabilidade relativa e própria desse crime quando mulheres companheiras de detentos, a pedido ou por exigência/pressão deles, tentam adentrar dentro dos estabelecimentos prisionais (local onde se busca a ressocialização e

64. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0060017-63.2014.8.17.0001.

65. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0060017-63.2014.8.17.0001.

66. CASTRO, Helena Rocha Coutinho de. *O dito pelo não dito*: uma análise da criminalização secundária das traficantes na cidade do Recife. Dissertação, Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. p. 161.

> reeducação de detentos e/ou condenados, de modo que a Lei comina agravamento de pena)[67].
>
> [...] tem ocorrido com frequência crimes desta natureza, sempre praticado por mulher, que por pressão, ameaça, amor ao seu companheiro preso e, até mesmo para que este distribua e comercialize substancias entorpecentes dentro das unidades prisionais, lugar onde se busca a ressocialização daqueles que claudicaram na sociedade, enveredando pelo crime, daí o rigor na repressão penal (aumento da pena)[68].

Contudo, considerar a mulher como "coitadinha" pode ser um tanto perigoso, não do ponto de vista individual, quando observado a pena a ela imputada, mas no ponto de vista geral, vez que significa uma forma de controle cruel sobre ela, além de continuar disseminando o discurso de vítima perante o sistema e a sociedade. Assim, a manipulação entre considera-la vítima ou não constitui uma forma de oprimi-la.

Sendo assim, e considerando os relatos das mulheres entrevistadas por Mariana Barcinsk, o que elas próprias esperam, na realidade, é serem vistas de forma livre e imparcial, longe de todas as amarras sociais impostas. Ou seja, pode-se dizer, em verdade, que ocorre uma (nova?) forma de (querer) ser feminina, com um misto de papeis sociais masculinos (trabalho, sustento familiar) e femininos (cuidados domésticos e maternos), capaz, ainda, de proporcionar, "para a jovem empreendedora, momentos de descarga de adrenalina, reconhecimento e inserção social"[69].

Isto é, deve-se deixar de lado os estereótipos criados e assimilados, mesmo que inconscientemente, e perceber que não se trata de um movimento que vai contra todos os papeis femininos impostos tradicionalmente, mas sim uma forma "livre" de viver de acordo com seu livre arbítrio.

Em contrapartida, ao serem julgadas pelos operadores do direito, tais considerações não são levadas a finco, nem sequer cogitadas, e dão prevalência à análise de um perfil socialmente imposto, de modo que, quando no banco dos réus, além de ser criminosa, é mulher. São discursos que traduzem uma moral e

67. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0060017-63.2014.8.17.0001.

68. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0003671-92.2014.8.17.0001.

69. OLIVEIRA, Luciana Maria Ribeiro de. *Crime é "coisa de mulher"*: identidades de gênero e identificações com a prática de crimes em posição de liderança entre mulheres jovens na cidade de Recife/PE. Tese, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012. p. 16.

hierarquia que "caminha lado a lado com a crença da mulher criminosa encarnada em um demônio desviante de suas habilidades 'naturalmente femininas'"[70].

Para Baratta, a justificativa disso é a intenção de colocar a mulher em seu devido lugar, ou seja, em casa cuidando dos filhos, o que ajuda ainda mais a ideia disseminada de que mulher que comete crime é uma "alma perdida" desprovida dos preconceitos morais instituídos socialmente e, por isso, precisa ser expelida. Esse discurso já está tão impregnado no sistema, que chega a parecer que se trata de um problema individual, e não da coletividade[71].

Sendo assim,

> Além do estigma normalmente atribuído àquele que delinque, a mulher desviante, em face dessa cultura patriarcal, carrega o rótulo de "criminosa", bem como o de inconsequente e irresponsável (por agir sem pensar na criação dos filhos) e também acaba perdendo, perante os demais, a sua feminilidade, por praticar condutas socialmente atribuídas ao gênero masculino. Acaba que, mesmo delinquindo em menor expressão, a mulher tem sua punição majorada pelos pré-conceitos da sociedade.[72]

A esse respeito, a pesquisa de Azaola, desenvolvida no México, comparou as penas imputadas a homens e mulheres quando do cometimento de crimes violentos, e concluiu que estas últimas recebem punições um quarto mais elevadas que os homens. Isto quer dizer que essa discrepância está relacionada aos estereótipos de gênero[73] reproduzidos e disseminados nas instâncias de poder, e que trazem sentimento de maior repúdio quando a violência é praticada pela mulher, já que é esperado dela maior pacato, e tranquilidade e domesticidade.

---

70. OLIVEIRA, Luciana Maria Ribeiro de. *Crime é "coisa de mulher"*: identidades de gênero e identificações com a prática de crimes em posição de liderança entre mulheres jovens na cidade de Recife/PE. Tese, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012. p. 156.
71. OLIVEIRA, Luciana Maria Ribeiro de. *Crime é "coisa de mulher"*: identidades de gênero e identificações com a prática de crimes em posição de liderança entre mulheres jovens na cidade de Recife/PE. Tese, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.
72. PEREIRA, Larissa Urruth; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Política de drogas e aprisionamento feminino*: o tráfico e o uso na lei de drogas. Rio Grande do Sul: PUC-RS, 2013. Disponível em: [http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/46.pdf]. Acesso em: 07.12.2016. p. 4-5.
73. CHERNICHARO, Luciana Peluzio. *Sobre mulheres e prisões*: seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil. Dissertação, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: [www.neip.info/upd_blob/0001/1565.pdf]. Acesso em: 16.02.2017.

A verdade é que a justiça criminal ainda não consegue perceber as mudanças e as evoluções dispostas nas pesquisas que a criminologia crítica apresenta, como a nova forma de enxergar a mulher praticante de delitos. Dessa forma, os discursos continuam "atrelados a uma revolta social higienista, aceita e louvada pela indignação humana, que almeja uma sociedade perfeita a partir de bases patriarcais"[74].

3.2.4. De "mula" à "chefia": distinções de tratamento

A leitura das sentenças, em que pese a ideia inicial de que as mulheres seriam mais duramente punidas pelo fato de ser mulher e pelo crime propriamente dito, trouxe algo revelador, até mais que essa concepção inicial: quando a mulher é usada como instrumento para o transporte da droga, indicando o fato de que há, geralmente, um homem submetendo-a e coordenando essa situação, sua reprimenda não é tão elevada quanto se imaginava. Diferentemente, quando a imagem feminina é considerada como mentirosa e burladora da justiça, ela é desajustada e não está em pleno desempenho de seu papel, mesmo que no auxílio ao seu "homem", como boa mãe, ou fiel esposa.

Do mesmo modo, percebeu-se que quando ela foge completamente de tal estereótipo, funcionando como dona da "boca" ou chefe da traficância, merece uma pena maior que àquela imposta à piedosa "mulher de bandido" ou à cuidadosa mãe, capaz de sacrificar-se pelo seu filho.

Para a análise desse fator, foram consideradas aquelas sentenças nas quais, além da apreensão da droga, também foram captadas balança de precisão e outros apetrechos para confecção do entorpecente, bem como revólveres e munições. Isso porque, quando é achado todo esse material em posse da ré, presume-se que a droga é realmente de sua propriedade e a arma deve ser utilizada para proteção pessoal e de seu "negócio". Dessa forma, dentre as 40 sentenças analisadas, 8 continham indícios de que a sentenciada fosse a dona da mercancia, ou seja, 20% do total.

Nesse contexto, Kelly foi condenada por ter sob sua guarda cerca de 2,5 kg de cocaína e 200g de maconha, assim como uma balança de precisão, um caderno de anotações com a movimentação do comércio de drogas e um revólver calibre .38. Para o cálculo da dosimetria da pena, foi considerado que, embora a ré não tenha antecedentes criminais, sua personalidade deve ser considerada para o crime, haja vista a grande quantidade de droga e os demais instrumentos apreendidos:

74. OLIVEIRA, Luciana Maria Ribeiro de. *Crime é "coisa de mulher"*: identidades de gênero e identificações com a prática de crimes em posição de liderança entre mulheres jovens na cidade de Recife/PE. Tese, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012. p. 157.

> [...] apesar de não ter como aferir a personalidade da ré, entendo ser voltada para o crime, por ter sido encontrado em seu poder e em sua residência uma grande quantidade de drogas, balança de precisão, arma e caderno de anotações, fato que define uma disposição e preparo da ré na arte do crime; não há elementos nos autos para avaliar os motivos determinantes do delito, a não ser a pretensão de angariar lucro fácil sem pensar nas consequências do seu ato; as circunstâncias lhe aproveitam; as consequências teriam sido absolutamente nocivas à saúde pública, caso os agentes da Lei não houvesses agido com eficiência.[75]

Com isso, apenas em relação ao crime de tráfico de drogas, sua pena-base foi fixada em 10 anos de reclusão, e reduzida em 1 ano em razão da confissão espontânea, totalizando, definitivamente, 9 anos de reclusão. Além disso, pelo crime de posse de armas, Kelly recebeu mais 1 ano e 9 meses de detenção.

Da mesma forma, Íris foi condenada a uma pena privativa de liberdade de 11 anos e 4 meses de reclusão por ter em sua residência 11 invólucros plásticos acondicionando pedras de crack, com massa bruta de 32,33g (trinta e dois gramas, trezentos e trinta e seis miligramas), bem como 6,318g (seis gramas, trezentos e dezoito miligramas) de cocaína, além de uma balança de precisão e outros insumos para confecção do entorpecente, como ácido bórico, lâminas de aço e sacolés. Por conta disso, sua culpabilidade foi considerada "exacerbada", já que a "quantidade e natureza da droga devem ser observadas com preponderância, devendo-se, portanto, exasperar a pena diante da grande quantidade e natureza da droga"[76].

Insta salientar que, tendo em vista que uma das circunstâncias para aferição da culpabilidade do agente é a existência ou não de antecedentes criminais, a qual, no caso de Íris, embora tenha sido considerado que "a mesma preenche todos os requisitos legais, é primária, possui bons antecedentes e não há provas de que se dedica à atividade criminosa ou integra organização criminosa"[77], a exacerbação de sua reprimenda também foi pautada na "grande organização"[78] em que estava associada. Além disso, diante das sete circunstâncias judiciais que devem ser levadas em consideração para fixação da pena base (art. 59 do Código Penal), somente em duas delas foi considerado desfavorável, mas, mesmo assim, o ódio pela traficância e o papel de mulher, que não deve estar associado ao intenso comércio de drogas, parecem falar mais alto:

75. Sentença da 1ª Vara de Entorpecentes. Processo 0034320-06.2015.8.17.0001.
76. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0080365-39.2013.8.17.0001.
77. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0080365-39.2013.8.17.0001.
78. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0080365-39.2013.8.17.0001.

> Ante a existência de 2 (duas) circunstâncias judiciais desfavoráveis [...], a ré definitivamente condenada a uma pena privativa de liberdade de 11 (onze) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e ainda ao pagamento de 1386 (mil trezentos e oitenta e seis) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.[79]

Aliás, o simples fato de estar envolvida com grande quantidade de droga e demais apetrechos, já é relevante para considerar que faz parte de uma associação criminosa, não fazendo *jus*, portanto, à diminuição de pena contida no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Entretanto, a aplicação de tal dispositivo legal parece ser contraditória e discricionária (senão arbitrária), variando de caso em caso, mesmo que diante das mesmas circunstâncias e fundamentos.

Foi o que ocorreu com Alice, que foi presa em flagrante por manter sob sua guarda, em seu imóvel residencial, pouco mais de 1,7 kg de maconha e 744 pedras de crack, além de uma balança de precisão. Para dosimetria da pena foi considerado que:

> [...] por todos os elementos de prova constantes dos autos, restou evidenciada a culpabilidade da denunciada, no que concerne ao crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006. Lado outro, a acusada é tecnicamente primária, e, ainda, portadora de bons antecedentes, para efeito de sentença penal condenatória. Todavia, a quantidade de drogas apreendida com a acusada, boa parte pronta para a comercialização, bem assim tendo em vista a balança apreendida também na casa da acusada, tudo demonstra que ela se dedica à atividade criminosa, não devendo, pois, ser beneficiada pelo texto do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06[80].

Cláudia também não teve o direito de receber a mencionada diminuição de pena, mesmo tendo sido, em seu caso, apreendidas apenas 26 pedras de crack. Entretanto, talvez por ter sido encontrado mais 6 munições com a ré, o magistrado considerou que ela participava de alguma associação criminosa, pela simples constatação de que "todo aquele que se vale do tráfico de drogas para aferir renda, pratica atividade criminosa, sendo incabível a aplicação da causa de diminuição acima transcrita". Sendo assim, Cláudia foi condenada à pena de 7 anos de reclusão pelo tráfico de drogas, e mais 1 ano de detenção pela posse irregular de arma de fogo (munição)[81].

79. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0080365-39.2013.8.17.0001.
80. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0055075-56.2012.8.17.0001.
81. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0040952-53.2012.8.17.0001.

Entretanto, para Íris, mesmo a preponderância da grande quantidade de droga apreendida, além da balança de precisão e demais instrumentos, tal diminuição de pena foi levada em consideração: "presente a causa de diminuição preconizada no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06".[82]

Além disso, na mesma linha das circunstâncias judiciais para fixação da pena, as circunstâncias e consequências do crime parecem ter maior peso sobre as demais, embora não haja nenhuma consideração a respeito do valor de cada circunstância na própria legislação:

> [...] tendo em conta a natureza das drogas apreendidas e seu potencial de causar dependência nos usuários, sopesadas na análise das circunstâncias do crime e conseqüências do crime (item a.6 e a.7), têm um maior peso de valoração sobre as demais circunstâncias judiciais[83].

Vê-se, pois, que os magistrados procuram (ou criam) determinados conceitos e valorações para pesar o *quantum* da pena, sobretudo quando a ré está com grande quantidade de droga e outros apetrechos utilizados para sua confecção e posterior comércio, visto que esse é o argumento para fixar a reprimenda bem acima do mínimo legal. Percebe-se, assim, que o sentenciante utiliza os critérios legais de forma discricionária, de acordo com a sua visão e conveniência em cada caso. Ademais, quando é uma mulher que está no banco dos réus, e tudo indica que é ela quem comanda a atividade de traficância, merece sofrer uma maior correção penal, já que não está diante de seu papel de "boa moça" e fiel companheira.

Para corroborar tal reflexão, eis alguns casos nos quais a ré serviu apenas de instrumento para o transporte dos entorpecentes.

Edvânia, presa em flagrante por transportar 200g de crack, recebeu o aumento de pena do inciso IV do art. 40 da Lei 11.343/06, vez que foi comprovada a participação de um menor na situação de traficância. Mesmo assim, sua pena foi fixada em 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão.[84] Nesse mesmo caminho, Vilma e Renata foram condenadas a 2 anos de reclusão por terem sido encontradas com 1 papelote de maconha e 73 pedras de crack.[85] Também, Márcia, já anteriormente citada no exemplo de "boa mãe", grávida que queria comprar o enxoval de seu filho, mereceu uma reprimenda de 2 anos e 6 meses de reclusão.

82. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0080365-39.2013.8.17.0001.
83. Sentença da 4ª Vara de Entorpecentes. Processo 0055075-56.2012.8.17.0001.
84. Sentença da 3ª Vara de Entorpecentes. Processo 0052607-51.2014.8.17.0001.
85. Sentença da 1ª Vara de Entorpecentes. Processo 0000764-13.2015.8.17.0001.

Sendo assim, chegou-se à conclusão de que quando supostamente a mulher está em posição de liderança, sua pena é bem maior do àquelas impostas às "coitadinhas". Com a intenção de comprovar isso, foi feito um cálculo simples, considerando o *quantum* das penas referidas neste tópico. Para tal, calculou-se a média das reprimendas impostas apenas pelo crime de tráfico de drogas (desconsiderando, assim, eventuais penas por outro crime, como a posse ilegal de arma de fogo), das julgadas em cargo de chefia, quais sejam, Kelly – 9 anos de reclusão, mais Íris – 11 anos e 4 meses de reclusão, mais Cláudia – 7 anos de reclusão, cuja média perfez o total de 9 anos. Do outro lado, calculou-se a média das penas das mulheres "em seu papel de vítima": Edvânia – 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, mais Vilma e Renata – 2 anos de reclusão, mais Márcia – 2 anos e 6 meses de reclusão, as quais tiveram sua média em 2 anos e 9 meses.

De posse de tais números, fez-se o cálculo de quantas vezes a pena imposta às líderes (9 anos) é maior que a das "coitadinhas" (2 anos e 9 meses), o que trouxe a importância percentual de 326%. Ou seja, quando a mulher exerce cargo de chefia, ela recebe uma correção penal 326% maior do que àquelas impostas à "boa mãe" ou à "fiel companheira".

Os cálculos revelam que, ao contrário do pensado inicialmente, mesmo diante do mundo criminoso, em sua maioria, a mulher continua exercendo seu papel de vítima, tendo que submeter-se aos comandos do marido, ou a cuidar do filho que, até quando inserido na traficância, tem que zelar pelo seu bem-estar. Por sua vitimização e vulnerabilidade, então, o Estado, na figura do Poder Judiciário, proporciona-lhe um "bônus", o qual está refletido na reprimenda abaixo do mínimo legal pelo delito de tráfico de drogas, que é de 5 anos. Ou seja, o sistema continua a marginalizar a mulher, inclusive quando no polo ativo do odioso crime do comércio ilegal de entorpecentes.

Por outro lado, uma vez que a mulher foge desse padrão de vítima e exerce um papel de chefe da "boca", ou líder do grupo, não faz mais jus ao aludido "bônus", mas sim a um castigo duplo, senão mais que o triplo, como foi a conclusão obtida mediante os cálculos acima. Tal é assim porque, primeiramente, a punição se dá por ela não estar em pleno exercício de sua destinação perante a sociedade, ou seja, sendo uma boa mãe e uma boa esposa, e depois pelo crime propriamente dito. Neste contexto, como bem asseverou Helena de Castro, "a mulher honesta tem bem menos chance de ser presa, enquanto a 'bruxa' será queimada na fogueira do poder punitivo"[86].

86. CASTRO, Helena Rocha Coutinho de. *O dito pelo não dito*: uma análise da criminalização secundária das traficantes na cidade do Recife. Dissertação, Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. p. 175.

4. Considerações finais

O objetivo desta pesquisa foi, inicialmente, verificar se os estereótipos criados em torno da mulher eram ou não reproduzidos nas esferas do controle de justiça criminal, partindo-se da ideia de que uma mulher criminosa seria "mal vista" pelos julgadores do sistema, uma vez que estaria saindo de sua esfera doméstica e adentrando no mundo do crime, tido como tipicamente masculino.

Em verdade, encontrou-se diversas problemáticas, muitas até além do objetivo inicial. Primeiramente, em que pese o prévio conhecimento acerca da adoção de "padrões" para a feitura de sentenças, viu-se que estas não possuem tanta qualidade técnica, já que é muito repetitiva a menção ao mal que a droga é capaz de provocar à sociedade e às famílias de bem, e, por isso, o traficante deve ser exterminado a todo custo. Não se viu, por exemplo, considerações específicas acerca dos fatos e da situação em que ocorreu o flagrante, mas, em geral, narrações genéricas e testemunho de policiais, sem qualquer questionamento, bastam para a prolação de um decreto condenatório, mesmo que isso implique na violação de várias garantias fundamentais. Assim, ficou claro que a dogmática penal é totalmente diferente do que ocorre na prática. Por isso, é necessário que pesquisas com viés crítico e questionador do sistema sejam cada vez mais divulgadas e levadas a sério.

Desta forma, o "público-alvo" do tráfico é composto por, em sua grande maioria, aqueles desprovidos de grandes recursos econômicos, sendo caracterizado por aprisionar pequenos traficantes. Diante disto, pode-se induzir que o combate ao tráfico acontece para reprimir as classes mais vulneráveis, já que os "peixes-grandes" continuam, em geral, sem algum tipo de reprovação penal. A perseguição é, então, aos pobres, negros e marginalizados, utilizando-se da justificativa do tráfico como o grande mal do século para o consequente extermínio desse mal que acomete a população e, finalmente, a estabilização da paz.

Isso porque, embora haja certa benevolência para quem é considerado apenas usuário, a verdade é que praticamente não existe diferença entre este e o traficante propriamente dito, vez que esta separação está ao livre arbítrio das instituições de poder, pois a lei não cuidou de fazer uma clara e objetiva distinção entre ambos, e ainda piorou tal situação com a utilização de tipos penais praticamente idênticos entre as condutas. Sendo assim, se a polícia, ou o Ministério Público, ou o próprio Poder Judiciário quiser classificar determinada pessoa como traficante, assim ele vai proceder, não parecendo ter importância a quantidade da droga apreendida para tal enquadramento.

Aliás, essas considerações permitiram outra conclusão também um tanto questionadora. A polícia militar parece ter grande credibilidade quando dos

testemunhos em juízo, já que, pelo simples fato de serem agentes do estado, suas palavras são dotadas de fé pública, e isso justifica qualquer relato feito por eles. Mesmo quando há narrações de abusos ou violações, sequer são questionados, e às vezes ao menos mencionadas, sendo a mentirosa e enganadora da justiça a acusada que está sentada no banco dos réus, e não àqueles que agem apenas em prol segurança coletiva. Em nome de tal segurança, no entanto, várias violações de direitos são colocadas à tona.

Como exemplo disso, foi bem gritante as invasões de domicílio e as violações à dignidade sexual da mulher contidas na atuação policial. Simplesmente, é como se fosse natural encontrar alguém traficando droga na rua e, de livre e espontânea vontade, levar os policiais até sua residência com o único intuito de incriminar mais ainda a si próprio. Mas isso não é posto em discussão, já que a palavra dos agentes da lei vale mais que a de um delinquente. Além disso, a dignidade sexual da mulher é deixada à mercê do arbítrio dos militares, pois a busca pela droga é bem mais importante que o devido respeito. Isso somado ao fato de que a maioria dos agentes é constituída por homens, não havendo, por vezes, a preocupação de mencionar se houve ou não a presença de uma policial feminina pra fazer a revista na acusada, o que corrobora a ideia da humilhante situação a que essas mulheres são submetidas, sobretudo pelo fato de algumas drogas serem encontradas em seus seios e vagina.

Em relação à hipótese da pesquisa, o que se viu pode ser dividido em quatro partes. A primeira restou evidenciada a desconsideração pelo fato de haver uma mulher no banco dos réus que alguns magistrados têm na hora de julgar, sendo as violações de direitos, por elas relatadas, consideradas como se o fim único fosse o de ludibriar o funcionamento da justiça, sem haver ao menos uma apuração da veracidade ou não disso. Assim, uma mentirosa não pode (e não deve) ter credibilidade.

A segunda, utilizando a mesma linha da mentirosa e enganadora da justiça, está a situação da confissão (ou não) do crime. Notou-se que algumas optam por confessá-lo diante da autoridade policial, mas negam quando em juízo, ou vice-versa. Assim, quando há depoimentos contraditórios, diz-se que há nítida intenção de burlar o funcionamento da justiça e, por isso, ela deve ser considerada culpada, sem a relevância da discussão acerca da confissão como meio de prova, considerada pelo processo penal pátrio como a pior das provas, nem o seu valor probatório na fase inquisitorial e na fase judicial, com a presença do contraditório.

Por outro lado, a terceira constatação trouxe algo intrigante e revelador. Imaginava-se, antes da realização da pesquisa, que as mulheres criminosas receberiam uma punição mais dura, sem qualquer piedade do julgador. Entretanto, viu-se que aquelas que exercem seu papel, mesmo no contexto do crime, devem

receber um "bônus" em troca da sua vulnerabilidade. É como se o julgador dissesse: "continue assim, no seu devido lugar, que é melhor para você!". Sendo assim, a "boa-mãe" que levou droga ao presídio só está ali por conta de sua preocupação com o bem-estar e os mimos do filho, sendo este o responsável pelo seu desvio. No mesmo sentido, a "fiel companheira" deve acompanhar seu homem no amor e no terror e, por isso, merece certa benevolência do julgador. Essas são as típicas "coitadinhas" do sistema, que continua por reproduzir que a mulher deve ser comedida e comportada. Em troca, será devidamente beneficiada.

A esse respeito, no entanto, é perigoso o tratamento dessa mulher como vulnerável, pois significa uma forma de controle cruel sobre ela, além de continuar disseminando o discurso de vítima perante o sistema e a sociedade, já que tal fragilidade remete à necessidade de sempre ser ajudada por um terceiro, geralmente um homem, por ser incapaz de tomar as decisões por si só.

A quarta conclusão, por fim, trata-se daquelas mulheres que fogem totalmente ao padrão delas esperado: as donas do tráfico. Presas com grande quantidade de droga, apetrechos para a confecção do entorpecente, balança de precisão, armas e munições, essas mulheres podem ser consideradas com algum cargo de chefia dentro do mercado ilegal. E, quando sob tais circunstâncias, não faz mais jus ao "bônus" da "coitadinha", mas sim, pelo menos na realidade de Recife, recebe uma pena maior que o triplo das imputadas a esta. Aí sim a hipótese ora levantada concretizou-se, já que, quando essas mulheres não estão no âmbito da vitimização, mesmo dentro do mundo do crime, o que se tem é a punição severa pela sua rebeldia.

5. Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência,* v. 26, n. 50, 2005. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/4f33baebd636cb77eb9a4bdc2036292c.pdf]. Acesso em: 27.09.2016.

BARCINSKI, Mariana. Centralidade de gênero no processo de construção da identidade de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, v. 14, n. 5, Rio das Ostras, 2009. Disponível em: [[www.scielo.br/pdf/csc/v14n5/26.pdf]. Acesso em: 08.02.2017.

BERNARDI, Maria Luiza Lorenzoni. *Gênero, cárcere e família: estudo etnográfico sobre a experiência das mulheres no tráfico de drogas*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2013. Disponível em: [http://wp.ufpel.edu.br/ppgs/files/2014/09/DISSERTA%C3%87%C3%83O-Maria-Luiza-Lorenzoni-Bernardi.pdf]. Acesso em: 03.11.2016.

BECKER, Howard. S. *Segredos e truques da pesquisa*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

CARVALHO, Salo de. Política de drogas: mudanças e paradigmas (nas trincheiras de uma política criminal com derramamento de sangue: depoimento sobre os danos diretos e colaterais provocados pela guerra às drogas). *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 63 (edição especial), 2013.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTRO, Helena Rocha Coutinho de. *O dito pelo não dito*: uma análise da criminalização secundária das traficantes na cidade do Recife. Dissertação, Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

CHERNICHARO, Luciana Peluzio. *Sobre mulheres e prisões*: seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil. Dissertação, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: [www.neip.info/upd_blob/0001/1565.pdf]. Acesso em: 16.02.2017.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. *INFOPEN Mulheres* – Junho de 2014. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf]. Acesso em: 06.12.2016.

JACINTO, Gabriela. Mulheres presas por tráfico de drogas e a ética do cuidado. *Revista Sociais e Humanas*, Santa Maria, v. 24, n. 2, p. 36-51, jul.-dez. 2011. Disponível em: [https://periodicos.ufsm.br/sociaisehumanas/article/view/2848/2853]. Acesso em: 13.03.2015.

KING, Gary; KEOHANE, Robert O.; VERBA, Sidney. *Designing Social Inquiry*. Nova Jersey: Princeton University Press, 1994. Disponível em: [http://metodos-avanzados.sociales.uba.ar/files/2014/06/Gary_King_Robert_O._Keohane_Sidney_Verba.pdf]. Acesso em: 06.04.2017.

LARRAURI, Elena. *Mujeres y sistema penal*: violencia doméstica. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. Medida socioeducativa de internação: do discurso (eufemista) à prática judicial (perversa) e à execução (mortificadora): um estudo do *continuum* punitivo sobre adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei na cidade do Recife, PE. Tese, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.); GOMES, Suely Ferreira Deslandes Romeu. *Pesquisa social*: teoria, método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 2008.

OLIVEIRA, Luciana Maria Ribeiro de. Crime é "coisa de mulher": identidades de gênero e identificações com a prática de crimes em posição de liderança entre mulheres jovens na cidade de Recife/PE. *Tese*, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

OLIVEIRA, Luciano. Neutros & neutros. *Humanidades*, Brasília, n. 19, p. 122-127, 1988.

PEREIRA, Larissa Urruth; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Política de drogas e aprisionamento feminino:* o tráfico e o uso na lei de drogas. Rio Grande do Sul: PUCRS, 2013. Disponível em: [http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/46.pdf]. Acesso em: 07.12.2016.

PORTO, Madge; COSTA, Francisco Pereira. Lei Maria da Penha: as representações do Judiciário sobre a violência contra as mulheres. *Estudos de Psicologia*, Campinas, v. 27, n. 4, p. 479-489, out.-dez. 2010.

REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves. *A ilusão do proibicionismo*: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal. Tese, Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9856/1/2011_BeatrizVargasRamosGon%c3%a7alvesdeRezende.pdf]. Acesso em: 09.04.2017.

SÁ, Celso Pereira de. *A construção do objeto em pesquisa em representações sociais*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1998.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Encarceramento feminino por tráfico de drogas no Brasil: a estratégia neoliberal de exclusão das mulheres à margem do sistema capitalista, de Priscylla Kethellen Viana e Franciele Silva Cardoso – *RBCCRim* 146/613-647 (DTR\2018\18312);
- Mulheres e drogas sob o cerco policial, de Helena Rocha C. de Castro e Manuela Abath Valença – *RBCCRim* 146/483-514 (DTR\2018\18289); e
- Mulheres e tráfico de drogas: uma perspectiva de gênero, de Maria Palma Wolff e Márcia Elayne Berbich de Moraes – *RBCCrim* 87/375-395 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 4/429-448 (DTR\2010\865).

Ensaio de uma criminologia anamnética

Essay of an anamnethical criminology

Lucas Melo Borges de Souza

Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Ciências Criminais e Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogado.
lucasmelobdesouza@gmail.com

Thiago Fabres de Carvalho

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Realizou estágio de doutoramento pela Universidade de Coimbra. Docente no curso de graduação, mestrado e doutorado em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e Docente no curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogado.
thiagofabres@gmail.com

Área do Direito: Penal

Resumo: Neste ensaio são experimentados o que talvez sejam os primeiros passos de uma outra forma de sentir, pensar e fazer criminologia. O sobrevivente que atravessa a morte física e psíquica do evento criminal é colocado aqui enquanto o sujeito histórico da criminologia e a memorialidade que se expressa através do seu relato testemunhal aparece como uma condição ética primária para a formação de saberes e discursos criminológicos na contemporaneidade. Isso poderia nomear uma criminologia anamnética.

Palavras-chave: Criminologia Anamnética – Evento criminal – Trauma – Memória – Testemunho.

Abstract: In this essay are experimented what may be the first steps of another way of feeling, thinking and making criminology. The survivor that faces physical and psychic death of the criminal event is placed as the historical agent of criminology and the memorialness that voices itself through your testimonial story shows as the primary ethical condition for the formation of criminological knowledges and discourses in the contemporaneity. That could name an anamnethical criminology.

Keywords: Anamnethical Criminology – Criminal event – Trauma – Memory – Testimony.

Sumário: 1. Criminologia, trauma e memória do evento criminal. 2. Criminologia, memorialidade e enlutamento. Referências bibliográficas.

Souza, Lucas Melo Borges de; Carvalho, Thiago Fabres de. Ensaio de uma criminologia anamnética. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 148. ano 26. p. 433-450. São Paulo: Ed. RT, outubro 2018.

1. Criminologia, trauma e memória do evento criminal

Uma observação[1] atenta e paciente nas historiografias e nos saberes criminológicos em suas múltiplas vertentes, inclusive vertentes críticas[2], faz saltar um elemento que parece funcionar como um recorte, ou melhor, um posicionamento, um colocar-se e deslocar-se, um ângulo perspectivo e compreensivo que ainda funciona, em muitos casos, como algo natural, mas que vem às criminologias e suas historiografias enquanto produto de um processo de naturalização/universalização. E esse posicionamento, por estar naturalizado, torna-se um tipo de prática epistêmica não visível, mas também não oculta, o que, graças a essa segunda qualidade, faz com que seja possível a sua localização.

Tal posicionamento de que se fala aqui, tal prática epistêmica naturalizada e, consequentemente, desistoricizada, coloca diante de nós a questão da "geopolítica do conhecimento"[3] – ainda não devidamente enfrentada pelas historiografias e pelos saberes criminológicos. Nos espaços criminológicos, a geopolítica do conhecimento se faz presente já na estruturação metodológica de seus saberes e discursos, permeando ideias teóricas que servem de base para esses saberes e discursos, atingindo até o que é e o que não é objeto de preocupação e problematização na pesquisa criminológica, na ação política e no cotidiano social.

Um exemplo dado por alguns pesquisadores do Observatório de Sistema Penal e Direitos Humanos da Universidade de Barcelona[4], facilitador da visualização

1. Este artigo é resultado de pesquisas e debates desenvolvidos no Grupo de Pesquisa em Criminologia Crítica da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).
2. Críticas criminológicas que envolvem os efeitos da sociedade ocidental sobre o crime, a criminalização e o criminoso, mas que também alcançam a própria ocidentalização do saber criminológico. Não obstante as diferenças que podem ser encontradas entre essas vertentes, o que importa aqui é o elemento aproximativo de todas elas: o espaço de enunciação moderno, formado pela representação.
3. A geopolítica do conhecimento traz para o debate a necessidade de exercitar o olhar sobre o local de enunciação dos sujeitos formuladores de teorias, saberes, e discursos, indicando que esse local deve ser posto em questionamento, do ponto de vista político, geográfico, cultural, histórico, econômico e social, quando se analisa qualquer teoria, saber e/ou discurso. Análises que levam a geopolítica do conhecimento em conta apresentam, em muitos casos, um domínio das teorias, dos saberes e discursos europeus e norte-americanos sobre os de outros continentes, países e culturas. (MIGNOLO, Walter. Un paradigma otro: colonialidad global, pensamiento fronterizo y cosmopolitismo crítico. *Historias locales/diseños globales*: colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo. Madrid: Akal, 2002. p. 21).
4. BEIRAS; CHAMORRO; CUELLAR; SARMIENTO; TAMAYO. Estudio preliminar. *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*. Barcelona: Anthropos, 2012. p. XXXVII.

da existência de uma geopolítica do conhecimento no campo criminológico, é o chamado "etnocentrismo e imperialismo criminológico", que diz respeito ao fato de que determinados tipos de crimes e criminalizações, por ocorrerem em regra fora da sociedade europeia e norte-americana, do *locus* de enunciação das criminologias ainda dominantes, não são objeto de atenção e estudo. Basta lembrar do descaso das criminologias dominantes às práticas genocidas durante o período colonial e após o período de independência política das colônias europeias[5].

No entanto, essa primeira leitura do etnocentrismo e imperialismo criminológico parece ser apenas a superfície de algo mais elementar, tal como um sintoma de uma subterraneidade, uma manifestação de uma fundamentalidade. Aqui se encontra o âmago da crítica epistêmica inicialmente trazida neste ensaio.

Essa fundamentalidade é a expressão de uma forma histórica de leitura, inscrição e escrita do que percebemos, entendemos e afirmamos como verdadeiro sobre nós mesmos e sobre a realidade em que vivemos. Em outras palavras, por debaixo do etnocentrismo e imperialismo criminológico, no abismo da criminologia ainda dominante, há a expressão epistemológica de uma "vontade de verdade"[6] historicamente determinada e determinante para a modernidade, operacionalizada por meio de uma relação[7], ou talvez seja melhor falar em uma subjugação, intermediada pela representação linguística, do sujeito de conhecimento sobre o objeto de conhecimento, onde o real irromperia daí, tal como ocorreu, enquanto representação universalizável por uma propriedade da linguagem humana[8], qual seja, a propriedade do conhecimento.

E no momento em que a fundamentalidade, a vontade de verdade moderna, reduz a realidade à representação da realidade enquanto objeto de conhecimento e, no mesmo passo, separa a representação objetificada do sujeito agente da

5. A *Shoah* aparece como uma das exceções enquanto objeto de estudo para a criminologia dominante. Não se deve esquecer que, em uma perspectiva histórica, ela aparece como uma dentre várias outras práticas genocidas, ainda que seja considerada por muitos a catástrofe do século XX, o resultado incomensurável do empilhamento da modernidade sobre si própria. Como objeto de estudo para a criminologia dominante, também é preciso levar em conta o local de ocorrência dessa catástrofe: o "coração" da Europa.
6. FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*: aula inaugural no *Collège de France*, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. 23. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013. p. 16.
7. Nesse primeiro momento, a vontade de verdade é apresentada apenas em termos epistemológicos, o que não significa que ela esteja reduzida a esse aspecto, como será tratado em próximos escritos acerca dos processos de politização da vontade de verdade.
8. SELIGMANN-SILVA, Márcio. A história como trauma. *Catástrofe e Representação*. São Paulo: Escuta, 2000. p. 74-79.

objetivação linguística-epistemológica – forma de conhecimento naturalizada como a única passível de posicionamento no verdadeiro[9] –, há o engendramento de uma atitude científica que localiza no humano a própria condição de possibilidade de todo conhecimento e que, simultaneamente, afirma a existência de uma verdade original sobre o humano, a ser escavada nele mesmo[10]. É o duplo posicionamento do humano, possibilitado pelo movimento de dobra da representação sobre ela mesma, que marca o nascimento das ciências humanas do ponto de vista epistemológico para Michel Foucault no livro *As Palavras e as Coisas*[11].

Para a constituição e para o funcionamento das criminologias na modernidade, a postura epistemológica fundadora das ciências humanas torna-se essencial. Talvez o principal *leitmotiv* dos problemas envolvendo as perguntas sobre as possíveis causas do crime, a respeito das ações de uns sobre as ações dos outros diante da prática criminal nas sociedades ocidentais, assim como sobre as relações crime-criminoso, seja a busca por uma verdade (em alguns casos verdade atemporal, em outros casos verdade histórica) para a pergunta fundante[12] do que representa para o humano, sobre o próprio humano, a prática do crime e a reação da sociedade em face do crime.

Além disso, a vontade de verdade moderna, em sua crença na percepção e afirmação do real tal como ele ocorreu, mobiliza e organiza, por meio da postura epistemológica das ciências humanas, uma violência normatizadora da singularidade, da unicidade do crime enquanto acontecimento (tratado ao longo do ensaio enquanto evento criminal). Violência normatizadora porque a singularidade do evento criminal é sufocada na medida em que esse acontecimento é reduzido à representação que é feita sobre ele[13].

---

9. FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*: aula inaugural no *Collège de France*, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. 23. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013. p. 32.
10. "Só na modernidade o homem aparece na dupla posição de objeto de conhecimento e de sujeito que conhece, ou como aquilo que é preciso conhecer e aquilo a partir do que é preciso pensar" (MACHADO, Roberto. *Foucault, a filosofia e a literatura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 86).
11. A questão da representação no nascimento das ciências humanas é um dos temas centrais no livro *As palavras e as Coisas* de Michel Foucault (FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas*: uma arqueologia das ciências humanas. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 475-507).
12. SOUZA, Lucas. *Entre a antropologia, o direito e a literatura:* uma arqueologia do saber criminal no pensamento brasileiro moderno. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 144.
13. DERRIDA, Jacques. *Força de lei*: o fundamento místico da autoridade. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 138-140.

O instante da tentativa de redução do evento criminal à afirmação do que ele representa ou representou, do que ele é ou foi, não só pelo direito penal, mas também por grande parte das criminologias modernas e contemporâneas, é o indicativo da universalização da representação, ação intolerante, pois carregada de pretensões de totalização da unicidade do acontecimento.

A despeito da representação como postura epistemológica de muitas das criminologias desde o início da modernidade, com a unicidade do evento criminal se quer dizer que o crime também aparece enquanto um acontecimento histórico complexo, abrangente sempre de uma multiplicidade não definível aprioristicamente de sujeitos, situações, ideias e afetos, produtor de uma realidade traumática e aflitiva não totalmente assimilável. Em outras palavras, o evento criminal também é uma "ferida na memória"[14], uma afetação na memória individual e na memória coletiva, o que o faz mostrar-se na qualidade de um acontecimento único. Portanto, o evento criminal provoca uma "acontecimentalização"[15] da diferença nos feridos, uma abertura para uma singularidade temporal e espacial na memória dos sujeitos e das coletividades que repetidamente veste-os com uma atitude de recomposição involuntária e obsessiva da ferida memorial e da decorrência aflitiva da ferida. Assim, o evento criminal materializa singularidades, mas também indica regularidades. A mobilização do evento criminal como "catástrofe única"[16] não impede a sua sensação e visualização como cadeia de acontecimentos catastróficos[17] na memória individual e na memória coletiva.

Seja enquanto unicidade, seja enquanto cadeia, em nenhum dos dois casos o evento criminal como realidade traumática e aflitiva é suficientemente incorporado na e pela representação. Isso porque a traumaticidade e a aflitividade decorrentes do evento criminal fazem com que ele seja um "evento transbordante"[18], no sentido de ir além dos limites da representação. Isto é, em todo evento criminal há um conteúdo de irrepresentabilidade, um elemento encriptado, não incorporado pela linguagem representativa, que vem e provoca um estranhamento

14. SELIGMANN-SILVA, Márcio. A história como trauma. *Catástrofe e Representação*. São Paulo: Escuta, 2000. p. 84.
15. FOUCAULT, Michel. Mesa redonda em 20 de maio de 1978. *Estratégia, poder-saber*. Ditos e Escritos IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 339-341.
16. BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da história. *Magia e técnica, arte e política*: ensaios sobre literatura e história da cultura. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012. p. 246.
17. SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética como fundamento II*: Pequeno tratado de ética radical. Caxias do Sul: Educs, 2016. p. 77.
18. SELIGMANN-SILVA, Márcio. A história como trauma. *Catástrofe e Representação*. São Paulo: Escuta, 2000. p. 84.

na memória individual e na memória coletiva[19]. E é a própria singularidade do evento criminal, impeditiva da visualização do que está do outro lado do trauma criminal, que leva à regularidade do evento, à atitude de recomposição involuntária e obsessiva da ferida memorial e da aflição pelos sujeitos envolvidos nesse acontecimento histórico complexo[20].

Perante a inefabilidade do evento criminal, a representação se mostra como uma postura epistemológica redutora[21]. E é da inefabilidade, dessa articulação entre singularidade e regularidade da realidade traumática e aflitiva do evento criminal, com a qual as historiografias e os saberes criminológicos ainda estão em falta, que aparece o protótipo para outra forma de sentir, pensar e fazer criminologia.

O lado traumático e aflitivo do evento criminal, que atinge uma multiplicidade não definível aprioristicamente de sujeitos, situações, ideias e afetos, ainda é tomado pela criminologia dominante. Melhor dizendo, a criminologia dominante, fundada na representação, na redução da percepção ao *logos*, "toma a palavra" e o afeto dos sujeitos e das coletividades feridas através da teorização e da tentativa de universalização discursiva, enquanto que uma outra forma de sentir, pensar e fazer criminologia, ao invés de tomar a palavra e o afeto dos feridos, "seria envolvida por eles"[22].

As questões da memória, do trauma e da aflição no evento criminal, ao apontarem para a sua própria marginalização nas e pelas criminologias dominantes, indicam procedimentos e exercícios de controle sobre a palavra e o afeto dos sujeitos atingidos pelo evento criminal. Procedimentos e exercícios de controle articulados nas instituições, nos meios de comunicação, no Estado, mas também presentes no campo acadêmico, nas áreas de pesquisa.

Tais procedimentos e exercícios de controle interditam, selecionam, separam, organizam e formatam as palavras e as aflições traumatizadas. Funcionam como vontade de verdade consubstanciada em desejo e exercício de poder[23].

19. SELIGMANN-SILVA, Márcio. Narrar o trauma – a questão dos testemunhos de catástrofes históricas. *Revista de Psicologia Clínica*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 69, 2008.
20. SELIGMANN-SILVA, Márcio. A história como trauma. *Catástrofe e Representação*. São Paulo: Escuta, 2000. p. 84-85.
21. SELIGMANN-SILVA, Márcio. Escrituras da história e da memória. *Palavra e imagem, memória e escritura*. Chapecó: Argos, 2006. p. 213.
22. FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*: aula inaugural no *Collège de France*, pronunciada em 02 de dezembro de 1970. 23. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013. p. 5.
23. FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso: aula inaugural no *Collège de France*, pronunciada em 02 de dezembro de 1970. 23. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013. p. 8-19.

Em outras palavras, as criminologias dominantes também são práticas históricas de fazer adormentar, elas fazem parte do circuito moderno de saber-poder condutor, em muitos casos, emudecedor e dessensibilizador das vozes e dos afetos envolvidos no evento criminal.

Por sua vez, uma outra forma de sentir, pensar e fazer criminologia tem como condição de emergência e possibilidade o protagonismo das palavras e das aflições dos sujeitos históricos do evento criminal. Protagonismo esse que se dá no arranjo entre a singularidade e a regularidade da realidade traumática e aflitiva que está em jogo.

Se de um lado o trauma contém um abismo sem forma que escapa da representação e provoca um estranhamento, do outro lado a irrepresentabilidade do abismo traumático propicia uma obsessão no traumatizado pela retomada da memória do evento criminal, na tentativa de absorção, ainda que sempre falha, do abismo que escapa. Dessa espécie de compromisso involuntário e indissociável entre o estranhamento do trauma e a obsessão pelo trauma, é possível sentir o outro na memória individual e coletiva.

Do quiasma entre o estranhamento e a obsessão, o evento criminal traumático, enquanto ferida memorial, mostra uma dimensão de outridade não passível de circunscrição, um abismo de sofrimento inefável que não é pensamento, mas uma sombra projetada a partir do trauma, um deslocamento obscuro e incômodo, inominável e instigador, pois vem sem ser visto e nos olha, nos expõe de uma forma que se perde o controle sobre os efeitos gerados em nós. Estamos diante de um sofrimento que esperávamos jamais ter se materializado, mas que ainda se faz presente enquanto memória da violência. As atitudes que podemos tomar são sempre tardias, o que não diminui a qualidade emergencial delas, mas apenas reforça.

A dimensão de outridade do trauma faz referência à espectralidade da memória da violência do evento criminal, um eco mudo ilocalizável que nos desarticula, que nunca está presente enquanto substância, essência ou existência[24], pois é uma outra temporalidade, uma temporalidade que em vez de sincronizar-se com a atualidade, desconjunta-a[25]. Uma criminologia anamnética, resultado de um encontro entre ética e política, seria uma outra forma de sentir, pensar e fazer criminologia, para além do modo de ser jurídico, para além do modelo legal que ain-

24. DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx*: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. p. 11.

25. SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. p. 97. E-Book. Disponível em: [www.gfeedbooks.com].

da domina as criminologias[26]. Uma criminologia anamnética é uma entre várias possibilidades aproximativas (ainda que todas estejam inevitavelmente fadadas à inconclusão) com essa dimensão espectral sem-forma da memória do trauma e do aflito decorrentes do evento criminal, dimensão paradoxal por ser conjuntamente precária e potente.

Assim, uma criminologia anamnética mostraria a impossibilidade de separação entre ética e epistemologia[27], operando uma política da memória do trauma do evento criminal enquanto o instrumento de correlação entre a ética e a epistemologia. Essa outra forma de sentir, pensar e fazer criminologia estaria constituída em e por uma instância temporal própria, instalada pela dimensão do trauma que o relato testemunhal dos sujeitos envolvidos no evento criminal tenta, sempre de modo falho, representar e universalizar, dizer o que é e qual é o significado dessa dimensão inefável de sofrimento. Logo, uma criminologia anamnética seria atravessada de ponta a ponta pela historicidade, só adquirindo sentido na história e a partir do relato histórico. Uma criminologia anamnética seria história, produto de uma espectralidade visibilizadora de uma temporalidade dos restos, uma temporalidade dos traços que permanentemente projeta uma inscrição de um outro tempo, que supostamente já foi, mas que ainda sobrevive, ainda mostra uma vontade de atualidade, isto é, uma temporalidade que está além da presentificação e, ao mesmo tempo, choca-se com o presente, provocando uma desarticulação[28] e impelindo a atualidade a tomar uma atitude que sempre vem atrasada, não obstante seja fundamental: a atitude de mais do que ouvir, auscultar a memória da violência, os ecos das vozes e dos afetos, a mudez ensurdecedora da aflição do trauma do evento criminal, sofrendo com elas a seu próprio modo. Auscultar para sensibilizar-se com o sofrimento do outro e para assumir uma responsabilidade de não repetição ou de interrupção do tempo de violência.

E antes de uma base teórica congruente ou uma metodologia adequada, o que uma criminologia anamnética pede, necessita, é do testemunho. Não o testemunho em seu sentido jurídico, como *testis*, enquanto relato de um terceiro que presenciou o evento criminal e tem sua palavra dominada pelo ritual

26. A possibilidade de uma criminologia anamnética está diretamente relacionada ao "corte da cabeça do rei" no campo criminológico (FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I*: a vontade de saber. São Paulo: Paz e Terra, 2014. p. 97).

27. SELIGMANN-SILVA, Márcio. Reflexões sobre a memória, a história e o esquecimento. *História, memória, literatura:* o testemunho na era das catástrofes. Campinas: Editora da Unicamp, 2003. p. 74.

28. DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx*: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. p. 12-13.

judiciário, midiático e epistemológico de poder. Trata-se, aqui, do testemunho-sobrevivente, como *superstes*, daquele que "atravessou a morte" física e psíquica do evento criminal e sobreviveu, ainda que ferido em sua memória[29]. O testemunho do qual uma criminologia anamnética parte é aquele que mostra a universalização do significado do relato através da representação como uma "experiência do impossível"[30]. E é a própria impossibilidade da universalização do testemunho-sobrevivente por meio da representação que declara a premência de outros modos de aproximação com o abismo traumático do evento criminal, indo além do relato testemunhal, não obstante ele ainda seja um ponto de partida, ou melhor, um ponto de encontro.

Em muitos casos, o testemunho da vítima-sobrevivente em seu sentido jurídico é o primeiro relato que nos vem ao pensamento. No entanto, o sobrevivente do evento criminal não está reduzido à vítima legal, aquela reconhecida e legitimada pelo direito. O indivíduo acusado e, eventualmente, condenado, assujeitado nas instituições punitivas modernas, experimenta o atravessamento pela morte física e psíquica. O policial militar e o policial civil, do período inicial de treinamento realizado pela instituição policial à vivência cotidiana com o risco, a violência e a fragilidade da vida humana, experimentam a vitimização física e psíquica. Não é possível pensar a questão da vítima-sobrevivente em termos de trauma, de memória e de uma criminologia anamnética, a partir do modelo da lei, do modelo jurídico.

Alguns exemplos de testemunho-sobrevivente de eventos criminais catastróficos, traumáticos para memórias individuais e coletivas, reduzidos aqui ao contexto brasileiro por questões de local de fala, são: *The Biography of Mahommah Gardo Baquaqua*, a *carta de Luíz Gama a Lúcio de Mendonça*, e os livros *Canto dos Malditos*, *Sobrevivente André du Rap* e *Diário de um detento*.

O primeiro testemunho é a única autobiografia até então conhecida de um africano escravizado durante o Brasil Império. Do seu sequestro na costa da África Ocidental até sua chegada à cidade de Recife, passando pela sua utilização em navios de carga e libertação da condição escrava em Nova York, terminando com a tentativa de volta para a família em solo africano.

O segundo é uma carta curta e profunda do poeta, jornalista e advogado Luíz Gama, endereçada ao amigo Lúcio de Mendonça, com um relato sobre o seu

29. SELIGMANN-SILVA, Márcio. Introdução. *História, memória, literatura*: o testemunho na era das catástrofes. Campinas: Editora da Unicamp, 2003. p. 8.

30. FOUCAULT, Michel. Prefácio à Transgressão. *Estética*: Literatura e Pintura, Música e Cinema. Ditos e Escritos III. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 30.

passado de escravidão também durante o Brasil Império. Carta essa que atravessa o tempo e é endereçada a todos nós[31], como afirmaram os organizadores do Projeto Rhumor Negro.

O terceiro testemunho é um relato de Austregésilo Carrano Bueno sobre as internações psiquiátricas pelas quais passou, devido ao uso de maconha, na cidade de Curitiba ao longo da década de 70 do século XX. Nos agradecimentos do livro, Austregésilo rememora a seguinte frase de uma amiga: "Carrano, quem diz que só se morre uma vez nunca esteve preso para tomar o eletrochoque"[32].

O quarto é um testemunho de um sobrevivente do massacre do Carandiru e da realidade prisional brasileira. Um livro que desponta no que se tem chamado há algum tempo de nova literatura carcerária[33].

O quinto e último exemplo é um testemunho de Jocenir, que encontrou na escrita de um diário uma forma de sobrevivência durante a passagem sufocante pelas cadeias públicas de Barueri e Osasco, pela Casa de Detenção de São Paulo (Carandiru) e pela Penitenciária de Avaré[34].

Aqui foram trazidos alguns exemplos do que é costumeiramente chamado de escrita do testemunho, o que não significa que só existam esses testemunhos escritos no contexto brasileiro de eventos criminais[35], e que o testemunho em si esteja reduzido a essa forma de apresentação. Um dos caminhos encontrados pelos sujeitos diante da potência do trauma é a escrita do testemunho, aliás, em muitos casos, a escrita funciona como uma condição de sobrevivência para a testemunha-sobrevivente[36]. No entanto, há também outros caminhos que contribuem na suplementação da necessidade de relato do trauma.

Inclusive, esses exemplos de testemunho-sobrevivente de eventos criminais catastróficos foram indicados porque visibilizam outra forma com a qual o sujeito lida com a insustentabilidade do trauma, com o tom de irrealidade que o seu

31. FERREIRA, Lígia. Luiz Gama por Luiz Gama: carta a Lúcio de Mendonça. *Teresa:* Revista de Literatura Brasileira, São Paulo, v.8/9, p. 302, 2008.
32. BUFREM apud BUENO. *Canto dos Malditos*: uma história verídica que inspirou o filme Bicho de Sete Cabeças. Rio de Janeiro: Rocco, 2001. p. 9.
33. DU RAP, André. *Sobrevivente André du Rap, do Massacre do Carandiru*. São Paulo: Labortexto, 2002.
34. JOCENIR. *Diário de um detento*. 2. ed. São Paulo: Labortexto, 2001.
35. Há também, por exemplo, escritos de Graciliano Ramos, Jorge Amado, Apparício Torelly e Alex Polari.
36. SELIGMANN-SILVA, Márcio. Narrar o trauma – a questão dos testemunhos de catástrofes históricas. *Revista de Psicologia Clínica*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2008, p. 66.

relato aparenta, devido à impossibilidade de universalização e redução da experiência traumática por meio da representação. Diante do "buraco negro do real do trauma"[37], o sobrevivente faz uso da imaginação, da arte, da literatura, na tentativa de supressão da diferença irredutível entre a sua experiência e o seu relato escrito ou oral. Da qualidade inefável do trauma resultante do evento catastrófico, mostra-se muitas vezes urgente o encontro da ética com a estética. Luíz Gama, Austregésilo[38], André e Jocenir[39] procuraram todos, cada um ao seu modo, refúgio na arte diante da experiência traumática vivida.

Mahommah Baquaqua, em contrapartida, devido à dificuldade comunicativa na sociedade onde foi libertado da condição escrava – a sociedade norte-americana –, teve que ir em busca do primeiro contato com a língua inglesa para lutar pela possibilidade de relatar o seu testemunho em uma sociedade que não compreendia a sua língua materna. Não por acaso, a primeira palavra da língua inglesa que aprendeu foi *free*[40].

Novamente, em relação à testemunha-sobrevivente, o indispensável é a não-identidade dela em termos jurídicos, ou seja, o não estabelecimento de condições e pressupostos jurídicos de identificação de quem seja a testemunha-sobrevivente e de como ela deve incorporar o seu relato. Tendo em vista o fato de que o evento criminal não é um acontecimento controlável, determinável em sua complexidade, o trauma resultante pode ainda afetar outras pessoas além da vítima, do acusado, do condenado, do policial, bem como pode produzir uma afetação diferencial em cada um. Logo, o que determina a testemunha-sobrevivente e o seu relato é a própria historicidade do evento criminal, a forma como ele ocorreu, quem foi envolvido, o local onde aconteceu, sobre quem repercutiu, a extensividade do trauma, as possibilidades do relato.

Em qualquer dos casos, a testemunha-sobrevivente do evento criminal ainda é uma figura secundarizada e desvalorizada, quando não, invisibilizada, pelos instrumentos de controle e exercício de poder que, como já dito, vão da pesquisa criminológica, passam pela mídia, até as instituições punitivas formais e

37. SELIGMANN-SILVA, Márcio. Narrar o trauma – a questão dos testemunhos de catástrofes históricas. *Revista de Psicologia Clínica*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2008, p. 70.

38. A história de Austregésilo Carrano Bueno também serviu de base para o filme brasileiro *O Bicho de Sete Cabeças*, dirigido por Laís Bodansky e com roteiro de Luiz Bolognesi.

39. A música *Diário de um detento* do grupo Racionais Mc's faz uso de alguns versos escritos por Jocenir durante a sua experiência carcerária.

40. LAW, Robin; LOVEJOY, Paul. *The biography of Mahommah Gardo Baquaqua*: his passage from slavery to freedom in Africa and America. Princeton: Markus Wiener Publishers, 2009. p. 171.

informais. E a condição para a interdição ou a entrada do relato da testemunha-sobrevivente nesses espaços de controle e exercício de poder é a sua produção de acordo com os procedimentos de controle típicos de cada domínio: procedimentos epistemológicos, políticos, econômicos, sociais, dentre outros.

O testemunho do sobrevivente do evento criminal aponta não somente para uma criminologia anamnética localizada historicamente e socialmente, mas também para o próprio sobrevivente, pois o sujeito histórico da criminologia não é um sujeito universal idealizado pela modernidade. O sujeito histórico da criminologia é o sobrevivente, uma pessoa real, com valores, afetos, ideias e crenças, é aquele sujeito que coexiste com uma aflição que muitas vezes torna a sua vida insuportável.

E qual é a posição da pesquisa e da teoria criminológica frente a isso? Muito provavelmente essa é uma pergunta a qual seja um erro dar uma resposta definitiva. O acerto pode estar em uma permanente crença na necessidade de construção de trilhas, não dando uma única como aquela a ser seguida. Toda tentativa de definição acaba por exercer um sombreamento sobre outra possibilidade através de uma de violência totalizadora, típica da modernidade.

O que parece emergir de uma criminologia anamnética é que, antes de cumprir um papel de pesquisa e produção de conhecimento, a criminologia deve estar em uma aproximação, em um acolhimento na alteridade, funcionando como uma prática ética e política, sempre incompleta e irredutível, porém, insubstituível, de auscultação da memória traumática e de vestimenta da aflição do sobrevivente do evento criminal. Talvez a condição de existência primária para a formação de um saber e de um discurso criminológico contemporâneo seja também nos posicionarmos, a nosso modo, enquanto testemunhas solidárias[41] em encontro com a memória de violência, com o sofrimento do sobrevivente e seu relato da catástrofe criminal.

Como afirma o professor Ricardo Timm, a alteridade é sentida na potência dos restos da realidade que exige um aproximar sensível singularmente diferente no outro e que é impassível de redução a uma categoria do pensamento. A alteridade

41. "Testemunha não é somente aquele que viu com seus próprios olhos, o *histor* de Heródoto, a testemunha direta. Testemunha é aquele que não vai embora, que consegue ouvir a narração insuportável do outro e que aceita que suas palavras levem adiante, como um revezamento, a história do outro: não por culpabilidade ou por compaixão, mas porque somente a transmissão simbólica, assumida apesar e por causa do sofrimento indizível, somente essa retomada reflexiva do passado pode nos ajudar a não repeti-lo infinitamente, mas a ousar esboçar uma outra história, a inventar o presente" (GAGNEBIN, Jeanne Marie. *Lembrar escrever esquecer*. São Paulo: Editora 34, 2006. p. 57).

está nos "restos irreconhecíveis do menino de rua destroçado pela polícia, ou da fumaça de Auschwitz e Hiroshima"[42]. Quão evidente é a residência da alteridade ao imaginarmos a potência do olhar do menino baleado Marcos Vinicius da Silva, direcionado à mãe, seguido das palavras quase não pronunciadas devido ao aproximar-se da morte: "mãe eu sei quem atirou em mim, foi o blindado, mãe! Ele não me viu com a roupa da escola"? O Estudante Marcos Vinicius da Silva, de 14 anos, foi baleado enquanto ia para a escola durante a operação policial ocorrida na favela da Maré, na data de 20 de junho de 2018, no contexto da intervenção na área da segurança pública que ainda ocorre no Rio de Janeiro. O seu uniforme escolar ensanguentado virou um artefato de resistência, e a marca de sangue a inscrição de uma violência traumática que, unidos, compõem a memória de um passado que ainda se repete. Uma camisa que agora pode ser, nas próprias palavras da mãe do garoto, "instrumento de justiça"[43].

2. Criminologia, memorialidade e enlutamento

Mia Couto, em seu livro *Terra Sonâmbula*, nos apresenta os personagens Muidinga e Tuahir com o intuito de pensar a força da memória e da narração enquanto nutrientes para a esperança mesmo nos piores contextos, como foi a guerra civil de Moçambique (1976-1992), cenário no qual se passa o romance.

O elo inicial de Tuahir com Muidinga ocorre em um campo de refugiados. Certa noite algumas pessoas pedem ajuda a Tuahir para enterrar seis crianças recém-falecidas. Ninguém no campo de refugiados sabia quem eram as crianças, de onde vieram, quem eram as suas famílias. Despidas logo após morrerem, as crianças são carregadas nuas por Tuahir e outros ajudantes em direção a um buraco, uma vala comum. Em um determinado momento, Tuahir percebe que os dedos de uma das crianças ainda mostravam uma vontade de viver, pois eles estavam cravados no chão. Essa criança era Muidinga, à beira do abismo da morte por ter comido uma mandioca azeda[44].

Daí então, Tuahir passa a tomar conta de Muidinga, que embora recupere parte de sua força, volte a falar e a andar, sofre perda de memória.

42. SOUZA, Ricardo Timm de. Sobre novas e velhas restaurações – o conceito de verdade em Alain Badiou. *O Tempo e a Máquina do Tempo*: estudos de filosofia e pós-modernidade. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998. p. 107.

43. RODRIGUES, Matheus. *Adolescente morto na Maré é enterrado no Cemitério São João Batista, em Botafogo*. Disponível em: [www.g1.globo.com/rj]. Acesso em: 12.08.2018.

44. COUTO, Mia. *Terra Sonâmbula*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2015. p. 50.

Ambos partem do campo de refugiados e seguem em uma estrada que, tal qual a sociedade moçambicana da época, havia sido morta pela guerra, contaminada pela morte[45]. Caminhavam como se fosse o único ofício, em qualquer direção que apontasse uma esperança de sobrevivência.

Mia Couto nos alerta e sensibiliza para o fato de que a sobrevivência não está reduzida a uma questão física. Em cenários onde a esperança parece ser um afeto já não mais presente, o que faz permanecer viva a estrada, a crença na existência de um caminho para o qual ir e que seja um caminho além do contentar-se em sobreviver, é a memória traumatizada pelo tempo de sofrimento. Como trazido no primeiro ponto desse ensaio, memória que é potencializada através de instrumentos ficcionais, como o sonho e a literatura, embora sempre exista um resto do trauma que não volte.

Contudo, as catástrofes – a guerra civil é um exemplo de um acontecimento catastrófico – são também eventos-limites porque lançam outro desafio à memória, diverso do desafio da representação universal do trauma: a imprescindibilidade de não cairmos em um eterno sono sem sonhos[46], logo, sem memórias. Uma sociedade que segue o caminho do esquecimento de suas memórias nada mais é do que uma terra sonâmbula.

E Muidinga funciona no romance de Mia Couto como uma metáfora de uma sociedade moçambicana sem memória[47], uma sociedade que caiu em um sono sem sonho por não estar lidando adequadamente com o passado de exploração colonial e com a colonialidade conservada mesmo após a independência política.

Em *Terra* Sonâmbula, a abertura para o caminho da memória, para a volta da esperança, para que Muidinga volte a sonhar, se dá nas leituras dos cadernos autobiográficos escritos por Kindzu, encontrados por Muidinga em um corpo empapado em sangue na estrada, lidos em voz alta ao lado de Tuahir todo dia antes de dormirem.

Kindzu é um personagem-narrador que simboliza o sujeito histórico oprimido pela colonialidade, envolto em sofrimento, que sai de sua aldeia em uma jornada de busca pelo direito de tornar-se um guerreiro combatente das injustiças.

45. COUTO, Mia. *Terra Sonâmbula*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2015. p. 9-11.

46. "A guerra é uma cobra que usa os nossos próprios dentes para nos morder. Seu veneno circulava agora em todos os rios da nossa alma. De dia já não saíamos, de noite não sonhávamos. O sonho é o olho da vida. Nós estávamos cegos" (COUTO, Mia. *Terra Sonâmbula*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2015. p. 16).

47. SILVA, Filipa. *Percursos da Memória*: Uma análise de *A Costa dos Murmúrios* de Lídia Jorge e *Terra Sonâmbula* de Mia Couto. Dissertação (Mestrado em Estudos Linguísticos e Culturais) – Universidade da Madeira, Funchal, 2014. p. 31.

Se em um primeiro momento surge uma impressão de que Kindzu abandona o passado, a tradição e as raízes, as suas escritas narrativas mostram que ele, na verdade, provoca uma união das temporalidades, uma aproximação do passado tradicional africano com o presente afirmativo de uma resistência em face da violência, por meio de uma jornada de experimentação do sofrimento do outro e de um despertar para uma memorialidade. Kindzu é um "sonhador de lembranças, inventor de verdades, um sonâmbulo" que interrompe a quietude do tempo[48] e que mostra ser a memória o alimento do sonho, da esperança, do que faz a terra mover-se e os caminhos abrirem-se[49].

Antes de sentir um contato com os escritos de Kindzu, Muidinga não se recordava de sua história e Tuahir afirmava que Muidinga era alguém sem história. Muidinga havia esquecido que sentia, que pensava e que sabia ler. Era uma criança que sequer sonhava. Após o primeiro contato com os cadernos de Kindzu, a leitura com seu poder imagístico passa a ser o único acontecimento entre Muidinga e Tuahir, não que outro acontecimento fosse necessário daí em diante.

Em frente ao cenário de devastação experimentado por Muidinga e Tuahir, a leitura do testemunho de Kindzu funciona como um ritual de anamnese que permite o retorno da memória dos dois personagens, possibilitando uma sensação de esperança. Isto é, Muidinga e Tuahir recriam-se enquanto sujeitos históricos, protagonistas de suas próprias vidas, ainda que em um contexto de desolação, graças a uma aproximação com uma memorialidade simultaneamente ancestral e atual, provocada pela narrativa de Kindzu.

Uma leitura crítica à criminologia (extensível ao direito e à política), tendo em perspectiva o romance *Terra Sonâmbula*, olha para o personagem Muidinga como uma metáfora das criminologias dominantes, apartadas da memória, do trauma e do testemunho daquele que sobrevive ao evento criminal. Essa condição de apartamento, também presente a seu modo no romance de Mia Couto, é o que suspende o reconhecimento do sobrevivente do evento criminal como sujeito histórico da criminologia e das possibilidades abertas pelo relato do trauma.

Se o ponto de partida para sentir, pensar e fazer uma outra criminologia está em uma aproximação, em um acolhimento na alteridade a partir do relato do trauma do evento criminal, há um indicativo de que uma criminologia anamnética é, antes de tudo, um processo de enlutamento, ou seja, uma criminologia anamnética inicia-se na ordem do sensível. Aqui, a sensibilização do enlutado com a memória traumática e a aflição do sobrevivente do evento criminal abre o

48. COUTO, Mia. *Terra Sonâmbula*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2015. p. 104.

49. COUTO, Mia. *Terra Sonâmbula*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2015. p. 5.

caminho para uma recriação da criminologia contemporânea, assim como a narrativa escrita por Kindzu sensibilizou Muidinga e Tuahir e provocou uma espécie de renascimento dos dois personagens.

Agora, a ordem do inteligível vem à criminologia anamnética no instante em que se inicia o processo de enlutamento, logo, ela não está separada da ordem do sensível, mas inevitavelmente correlacionada a esta. A ordem do sensível engendra a ordem do inteligível.

A correlação entre a ordem do sensível e a ordem do inteligível visibiliza uma criminologia anamnética como um dentre vários vetores políticos de memorialidade a partir dos quais o testemunho do sobrevivente do evento criminal escreve e é inscrito. A condição de existência primária de uma criminologia anamnética é a inscrição da memória da violência, do trauma, ocasionada pelo processo de enlutamento, para além da memória do sobrevivente do evento criminal. E a inscrição do trauma em nós, ainda que precária em relação à inscrição do trauma no sobrevivente, é primária porque ela é a condição ética para que uma criminologia anamnética escreva sobre o trauma[50]. Antes de um posicionamento como pesquisador e teórico da criminologia, temos que ir ao encontro do sobrevivente do evento criminal como uma testemunha solidária.

Kindzu escreve em seu primeiro caderno o seguinte: "acendo a história, me apago a mim. No fim destes escritos, serei de novo uma sombra sem voz"[51]. Talvez seja adequado pensar que enquanto ainda houver práticas de destruição dos nomes, silenciamentos de vozes e açoitamentos de afetos em prol da iluminação das histórias vencedoras, nós apagamos não somente as memórias das violências, mas também apagamos, de certo modo, nós mesmos. Afinal, é quando uma mãe recorda as últimas palavras do filho assassinado e nos coloca diante de um uniforme escolar ensanguentado que o porquê lança sobre nós todo o seu ímpeto ético e político.

Referências bibliográficas

ALIGHIERI, Dante. *A divina comédia*. São Paulo: Editora 34, 2009.

BEIRAS; CHAMORRO; CUELLAR; SARMIENTO; TAMAYO. Estudio preliminar. *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*. Barcelona: Anthropos, 2012.

50. Com isso mostra-se a premência de um "compromisso necessário ou inevitável" entre a representação e a expressão sensível ao invés de um simples abandono da representação (DERRIDA, Jacques. *Força de lei*: o fundamento místico da autoridade. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 143).

51. COUTO, Mia. *Terra Sonâmbula*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2015. p. 14.

BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política*: ensaios sobre literatura e história da cultura. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

BUENO, Austregésilo. *Canto dos Malditos*: uma história verídica que inspirou o filme *Bicho de Sete Cabeças*. Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

COUTO, Mia. *Terra Sonâmbula*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2015.

DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx*: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

DERRIDA, Jacques . *Força de lei*: o fundamento místico da autoridade. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DU RAP, André. *Sobrevivente André du Rap, do Massacre do Carandiru*. São Paulo: Labortexto, 2002.

FERREIRA, Lígia. Luiz Gama por Luiz Gama: carta a Lúcio de Mendonça. *Teresa – Revista de Literatura Brasileira*, São Paulo, v. 8-9, p. 300-321, 2008.

FOUCAULT, Michel. Mesa redonda em 20 de maio de 1978. *Estratégia, poder-saber*. Ditos e Escritos IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*: uma arqueologia das ciências humanas. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FOUCAULT, Michel. Prefácio à transgressão. *Estética*: literatura e pintura, música e cinema. Ditos e Escritos III. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. 23. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1*: a vontade de saber. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. *Lembrar escrever esquecer*. São Paulo: Editora 34, 2006.

JOCENIR. *Diário de um detento*. 2. ed. São Paulo: Labortexto, 2001.

LAW, Robin; LOVEJOY, Paul. *The biography of Mahommah Gardo Baquaqua*: his passage from slavery to freedom in Africa and America. Princeton: Markus Wiener Publishers, 2009.

MACHADO, Roberto. *Foucault, a filosofia e a literatura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

MIGNOLO, Walter. Un paradigma otro: colonialidad global, pensamiento fronterizo y cosmopolitismo crítico. *Historias locales/diseños globales*: colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo. Madrid: Akal, 2002.

RODRIGUES, Matheus. *Adolescente morto na Maré é enterrado no Cemitério São João Batista, em Botafogo*. Disponível em: [www.g1.globo.com/rj]. Acesso em: 12.08.2018.

SELIGMANN-SILVA, Márcio. A história como trauma. *Catástrofe e representação*. São Paulo: Escuta, 2000.

SELIGMANN-SILVA, Márcio. Introdução. *História, memória, literatura*: o testemunho na era das catástrofes. Campinas: Editora da Unicamp, 2003.

SELIGMANN-SILVA, Márcio. Reflexões sobre a memória, a história e o esquecimento. *História, memória, literatura*: o testemunho na era das catástrofes. Campinas: Editora da Unicamp, 2003.

SELIGMANN-SILVA, Márcio. Escrituras da história e da memória. *Palavra e imagem*, *memória e escritura*. Chapecó: Argos, 2006.

SELIGMANN-SILVA, Márcio. Narrar o trauma – a questão dos testemunhos de catástrofes históricas. *Revista de Psicologia Clínica*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2008.

SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. E-Book. Disponível em: [www.feedbooks.com].

SILVA, Filipa. *Percursos da memória*: uma análise de *A Costa dos Murmúrios* de Lídia Jorge e *Terra Sonâmbula* de Mia Couto. Dissertação (Mestrado em Estudos Linguísticos e Culturais) – Universidade da Madeira, Funchal, 2014.

SOUZA, Lucas. *Entre a antropologia, o direito e a literatura*: uma arqueologia do saber criminal no pensamento brasileiro moderno. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

SOUZA, Ricardo Timm de. Sobre novas e velhas restaurações – o conceito de verdade em Alain Badiou. *O Tempo e a Máquina do Tempo*: estudos de filosofia e pós-modernidade. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética como fundamento II*: pequeno tratado de ética radical. Caxias do Sul: Educs, 2016.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- Notas sobre o neurodireito penal e a neurocriminologia, de Jéssica Ferracioli – *RBCCrim* 132/17-37 (DTR\2017\1423).

Políticas públicas de acesso à saúde no cárcere: uma análise do plano nacional de saúde no sistema penitenciário

Public policies on access to health in prison: an analysis of the national health plan in the prison system

Luiz Ismael Pereira

Doutor (2017) e Mestre (2013) em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa (UFV/MG). Membro do GT CLACSO Pensamiento Jurídico Crítico. Consultor Jurídico do Instituto Luiz Gama – São Paulo/SP.
luiz.ismael@ufv.br

Beatriz de Santana Prates

Graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2016). Oficial de Defensoria Pública do Estado de São Paulo – São Paulo/SP.
bpbprates@gmail.com

Recebido em: 10.10.2017
Aprovado em: 13.03.2018
Última versão do (a) autor (a): 16.03.2018

Áreas do Direito: Constitucional; Penal

Resumo: O encarceramento no Brasil é seletivo e tem aumentado exponencialmente nos últimos anos. Pessoas privadas de liberdade vivem em condição de superlotação e extrema insalubridade, que fazem com o que sistema prisional brasileiro seja alvo de denúncias recorrentes. Conforme prevê a legislação penal brasileira, ao final do cumprimento da pena os detidos retornam ao convívio social e sua efetiva reintegração tem conexão intrínseca com as condições de reclusão. É nesse contexto que se situa a importância de debater a saúde no sistema penitenciário. Além disso, os presos são considerados cidadãos e por isso têm garantidos todos os direitos que

Abstract: Imprisonment in Brazil is selective and has increased exponentially in recent years. persons deprived of liberty live in overcrowded conditions and extreme unhealthiness, which make the Brazilian prison system the subject of recurrent complaints. As envisaged in the Brazilian criminal law at the end of the sentence the prisoners return to social life and their effective reintegration has intrinsic connection with prison conditions. It is in this context that lies the importance of discussing health in the prison system. In addition, prisoners are considered citizens and therefore has guaranteed all the rights which are not inconsistent with the criminal

não sejam incompatíveis com a sentença penal condenatória. Entretanto, embora essa garantia exista formalmente, sua aplicação demonstra-se limitada. Uma alternativa é a construção de políticas públicas de saúde específicas para o Sistema Penitenciário. Neste trabalho, pretendemos analisar uma delas: o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário.

Palavras-chave: Direito à saúde – Políticas Públicas – Sistema Penitenciário.

sentence. However, although such guarantee exists formally, their application is limited. An alternative is the construction of health public policies specifics for the prison system. In this work, we intend to analyze one of them: the National Health Plan in the Prison System (*Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário – PNSSP*).

Keywords: Right to health – Public Policy – Prison System.

Sumário: 1. Introdução. 2. Sistema Penitenciário brasileiro: punição x ressocialização. 2.1. A peculiaridade da situação carcerária 1. 2.2. Mapa do sistema penitenciário brasileiro: de quem estamos falando? 2.3. Economia Política da Pena. 2.4. Punição e ressocialização: reflexões sobre a finalidade da pena. 3. Direitos de cidadania no contexto do Estado Democrático de Direito. 3.1. O significado dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito. 3.2. A pessoa privada de liberdade e o direito à saúde. 4. A efetivação do direito constitucional à saúde. 4.1. Fundamentos jurídicos das políticas públicas. 4.2. Políticas públicas de acesso à saúde: a efetivação dos direitos de cidadania. 4.3. A peculiaridade da situação carcerária 2: contexto das políticas de atenção à saúde ligadas às pessoas privadas de liberdade. 5. O Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP): criação, desenho institucional e evolução. 5.1. Considerações iniciais. 5.2. Ampliação da cidadania e dos espaços de planejamento participativo. 5.3. O orçamento da saúde no cárcere: investimentos públicos no PNSSP. 5.4. Focalização de políticas públicas: o público-alvo. 5.5. Estratégia de implantação e funcionamento do PNSSP. 6. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Dado o aumento exponencial da população carcerária brasileira nos últimos anos e as condições degradantes em que as pessoas privadas de liberdade cumprem suas penas no país, nosso sistema prisional tem sido alvo de amplas críticas e debates no cenário nacional e internacional (CANCIAN, 2015; CONECTAS, 2016).[1] O confinamento e a superlotação são fatores que por si só afetam as condições de saúde e o bem-estar das pessoas presas. Além disso, as graves violações de direitos humanos reproduzidas cotidianamente no ambiente prisional, culminam em um cárcere que não cumpre seu papel social de reeducação e reinserção.

O anseio popular por efetividade na redução dos altos índices de criminalidade, pressiona as instituições públicas brasileiras ao planejamento e elaboração

1. Dedicamos este texto à memória de Marielle Franco (RJ), ativista dos Direitos Humanos e vereadora do Município do Rio de Janeiro, assassinada em 14 de março de 2018.

de políticas que visem à melhoria das atuais condições de vida no sistema carcerário. As adequadas condições de saúde física e mental são requisitos mínimos para, por exemplo, a inserção no mercado formal de trabalho.

Nesse contexto, torna-se indispensável a elaboração de uma política pública de acesso à saúde específica aos que se encontram recolhidos nos estabelecimentos prisionais, uma das parcelas mais vulneráveis da sociedade e, ainda assim, apartadas de tal direito de cidadania.

Fernando Aith, afirma que o direito à saúde bem como sua garantia dependem da execução eficaz de políticas públicas – ou políticas sociais econômicas, por parte do poder público. Dentre tais políticas, lembra, "existem as políticas públicas direcionadas para o desenvolvimento econômico do país e as políticas públicas direcionadas para o desenvolvimento social", cujo *telos*, é constantemente lembrado no artigo 3º da Constituição Federal (AITH, 2007, p. 134).

Os desafios para concretização do acesso universal, integral e igualitário à saúde, não podem ser pensados fora da esfera de compreensão das políticas públicas. Afinal, embora não se limitem a esse objetivo, essa forma de prestação positiva do Poder Público assume um papel importante e central na concretização dos objetivos da nação e dos direitos fundamentais legitimados na ordem jurídica do Estado Social e Democrático de Direito.

O Brasil, então, no caminho da Portaria 16, de 26 de fevereiro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2015),[2] desenvolveu o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP) partindo de certas necessidades: (i) tornar o cárcere mais humano; (ii) pensar uma política penal que não se limite à punição; e (iii) de ampliar o acesso à saúde das pessoas privadas de liberdade.

Tomando como partida tal situação problemática de pesquisa, a necessidade de acesso pleno à saúde no sistema penitenciário, o objetivo geral deste trabalho é avaliar se o PNSSP pode ser considerado uma política pública de acesso à saúde. Os objetivos específicos são mapear os dados da aplicação do Plano, descobrir como se dá seu processo de avaliação no âmbito dos Estados e Municípios, bem como seu desenho institucional. Como método de análise, será utilizado, além de revisão bibliográfica no estudo do ciclo e dos fundamentos jurídicos das

2. A Portaria 16/2015, do CNJ, contendo 12 propósitos para influência sobre a elaboração e planejamento estratégico do órgão no biênio 2015-2016 e nos próximos anos, estipulou em uma das metas a realização de um estudo sobre as condições de saúde da população carcerária. A proposta refletiu a extrema relevância e atualidade do tema, visto que as diretrizes do CNJ são fonte inspiradora para iniciativas e projetos nos Tribunais brasileiros e também para outros órgãos ligados ao sistema nacional de justiça.

políticas públicas, o quadro de referência de análise elaborado por Maria Paula Dallari Bucci.

Além disso, a partir do referencial teórico da criminologia crítica e de alguns relatórios oficiais listados ao longo do trabalho, busca-se conhecer a peculiaridade da situação carcerária e a necessidade de pensar uma política de atenção à saúde voltada às pessoas privadas de liberdade. Para isso, tomaremos como base o último Levantamento de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça – INFOPEN e outros dados disponibilizados pelos ministérios da Saúde e Justiça.

2. Sistema Penitenciário brasileiro: punição x ressocialização

2.1. A peculiaridade da situação carcerária 1

Dados do último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, indicam que, em números absolutos e relativos, o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014a, p. 13). Entre os anos de 1995 a 2010, nosso país registrou, entre os cinquenta países com maior população prisional, a segunda maior variação na taxa de aprisionamento, com um crescimento na ordem de 136%.

Além disso, entre 2008 e 2014, enquanto a taxa de aprisionamento subiu 33% no Brasil, a variação foi negativa entre os demais países com maior população prisional no mundo: Estados Unidos da América, -8%; China, -9%; Rússia, -24%, conforme o Infopen 2014. No Brasil, há uma tendência contrária aos demais países. Enquanto Estados Unidos, China e Rússia reduzem o ritmo de encarceramento, o Brasil acelera exponencialmente.

O INFOPEN 2014, informa que, para além da alta taxa de aprisionamento, o número de presos é substancialmente maior que a quantidade de vagas. Essa diferença resulta em um *deficit* de 231.062 vagas e uma taxa de ocupação média dos estabelecimentos de 161%. Na prática, em um espaço concebido para aprisionar 10 pessoas, existem, aproximadamente, 16 presos.

O Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Detenção Arbitrária esteve no Brasil entre os dias 18 e 28 de março de 2013, quando realizou inspeção em presídios de cinco capitais brasileiras. O relatório concluiu que embora o país tenha avançado na legislação penal nos últimos anos, a realidade prática do sistema penitenciário segue inalterada (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016b).

A existência de tortura deliberada é frequente e atinge níveis alarmantes, apresentando características específicas nas penitenciárias femininas e demonstrando-se, não uma exceção, mas uma prática instrumental do sistema penal brasileiro desde a abordagem policial, até o dia a dia nos estabelecimentos

prisionais. O texto descreve as condições de reclusão como: desumanas, cruéis e degradantes e há destaque para a excessiva privação da liberdade, que culmina em celas superlotadas e caóticas que afetam as condições de vida e saúde dos reclusos.

Com um tópico dedicado exclusivamente aos serviços de saúde, esse mesmo relatório afirma que, com poucas exceções, a saúde no cárcere sofre de deficiências significantes como falta de saneamento básico, alimentação comestível e dificuldade no acesso à água potável. Além disso, a extrema insalubridade, combinada com os altos índices de doenças altamente contagiosas como tuberculose, lepra e hepatite, tornam as prisões lugares onde a prevenção de doenças é um desafio permanente e inalcançado.

Destacamos o seguinte trecho:

> O Plano Nacional de Saúde para o Sistema Penitenciário e a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde para as Pessoas Privadas de Liberdade na prisão estabeleceram o princípio de que, em teoria, o sistema público de saúde abrange todos os detentos. Entretanto, não é o que ocorre na prática. Devido à grave superlotação, serviços de saúde nas prisões estão falhando gravemente em sua missão de proporcionar efetivamente atenção médica básica para os presos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016b, p. 19).

É importante mencionar também, o Relatório do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, da Organização das Nações Unidas, elaborado a partir de uma visita ao Brasil em setembro de 2011 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012), que registra a ocorrência de atrasos grandes no acesso aos serviços médicos nas penitenciárias brasileiras, e a inexistência de atendimento médico noturno ou nos finais de semana.

Por fim, o relator da ONU contra a tortura, Juan Méndez, expôs e recomendou durante a 31ª sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, em Genebra:

> A tortura e os maus-tratos por parte da polícia e dos agentes penitenciários segue sendo um fato alarmante e de ocorrência regular, principalmente contra pessoas que pertencem a minorias raciais, sexuais, de gênero e outros grupos minoritários [...]. Insto o governo brasileiro a tomar medidas que ponham fim à brecha existente entre a legislação e as políticas ambiciosas do país, por um lado, e a situação cotidiana das pessoas privadas de liberdade ou em conflito com a lei, por outro (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016a).

Nesse contexto, faz-se pertinente tecer breves considerações sobre a normatização específica do atendimento à saúde da pessoa privada de liberdade, em

especial partindo do texto constitucional que garante o respeito à integridade física e moral dos reclusos, consignando que "ninguém será submetido a tortura nem tratamento desumano ou degradante" (artigo 5º, III).

O artigo 41, VII, da Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11 de julho de 1984) – LEP lista a assistência à saúde como direito fundamental da pessoa presa. Essa mesma Lei, em seu artigo 14, *caput*, estabelece que "a assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico". O § 2º deste mesmo artigo, garante que quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta deverá ser prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

Do mesmo modo, as Regras Mínimas da ONU para Tratamento de Presos, que possui caráter cogente no Estado Brasileiro por força do artigo 38 da Carta da ONU, internalizado via Decreto 19.841/45, estabelecem a necessidade de instalação de equipes de saúde de padrões adequados em estabelecimentos penais. Vejamos:

> 52.1. Nos estabelecimentos prisionais cuja importância exija o serviço contínuo de um ou vários médicos, pelo menos um deles residirá no estabelecimento ou nas suas proximidades.
>
> 52.2. Nos demais estabelecimentos, o médico visitará diariamente os presos e residirá próximo o bastante do estabelecimento para acudir sem demora toda vez que se apresente um caso urgente [...]
>
> 82.4. O serviço médico ou psiquiátrico dos estabelecimentos prisionais proporcionará tratamento psiquiátrico a todos os presos que necessitam de tal tratamento.

Ao ser sentenciado, o indivíduo passa à guarda do Estado, que tem o dever de zelar por todos os direitos não atingidos pela sentença penal condenatória. Entretanto, a previsão descrita nas normas que regulamentam a execução penal, não condiz com a realidade observada nas penitenciárias.

A LEP assegura, em seu capítulo II, a assistência ao preso, garantindo às pessoas privadas de liberdade direito à alimentação, vestuário, instalações higiênicas, atendimentos de saúde, assistência jurídica, educacional, social e religiosa, além de acompanhamento ao egresso e assistência à família.

A despeito das garantias internacionais, constitucionais e infraconstitucionais, a realidade prisional não aplica, de maneira nenhuma, essas garantias. O que vemos, é uma calamitosa situação que rememora a afirmação de Eduardo Cardozo, Ministro da Justiça do Governo Dilma Rousseff: "os presídios brasileiros são masmorras medievais" (MARTINS, 2015).

Pensar a materialização dos direitos sociais e da igualdade jurídica formal, passa necessariamente pela compreensão das peculiaridades e especificidades da situação carcerária: falta de infraestrutura, superlotação, recorrentes denúncias de maus-tratos e outras graves violações de direitos humanos que são frutos da distância entre teoria e prática penal.

A atual situação deflagra a necessidade urgente de se planejar e executar políticas públicas voltadas, exclusivamente, para a população privada de liberdade e de caminhar, paralelamente, no sentido de construir uma nova política penitenciária no Brasil.

É preciso exigir do Estado o reconhecimento do cidadão preso enquanto ser dotado de dignidade, a quem são garantidos todos os direitos que não tenham incompatibilidade com a liberdade.

Submetendo as pessoas presas a tantas espécies de violação de direitos, o cárcere acaba por estimular a delinquência, no lugar de diminuí-la, constatação que observamos na conclusão do relatório de pesquisa do CNJ sobre reincidência criminal, que prevê: a cada quatro apenados no Brasil, um é reincidente legalmente (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 14).

Assim, há um imenso desafio colocado ao poder público diante da atual situação carcerária. Se a legislação brasileira prima pelo respeito à dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, e abomina tratamentos cruéis ou degradantes como castigos físicos, é imperativa uma atuação eficiente para buscar reverter o atual cenário e garantir a essa parcela da população o acesso à saúde e outras garantias mínimas de bem-estar.

2.2. Mapa do sistema penitenciário brasileiro: de quem estamos falando?

Embora os números anteriores, por si só, apresentem uma realidade alarmante, traçar o perfil dos internos no sistema prisional brasileiro nos permite identificar especificidades de gênero, raça e classe no processo de exclusão social.

Segundo o "Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil", divulgado pela Secretaria-Geral da Presidência da República, em 2014, o encarceramento brasileiro incide sobre homens, negros,[3] jovens, autores de crimes patrimoniais e que, em sua maioria, não chegaram a completar o ensino médio (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014b, p. 38).

3. Segundo dados do último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, dois em cada três presos no Brasil são negros e a porcentagem de pessoas negras no sistema prisional é de 67%.

O INFOPEN Mulheres aprofunda a análise com um recorte de gênero e demonstra que a população carcerária feminina aumentou 567% em 15 anos no Brasil, sendo que a maioria das mulheres presas no país (68%) é negra e não concluiu o ensino médio. A título de exemplo, estatísticas do mesmo departamento, apontam que em junho de 2014, 100% das detentas no Acre eram negras (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 24).

Uma avaliação isolada dessas informações nos faria concluir que a criminalidade é exercida em proporção maior (e no citado caso do Acre, exclusivamente) pela população negra e pobre do país. Por isso, é imprescindível que a interpretação de dados seja feita a partir do contexto histórico e social no qual se inserem esses números.

Uma pesquisa realizada pelo Grupo de Estudos sobre Violência e Administração de Conflitos (GEVAC) da Universidade Federal de São Carlos, revelou a partir de dados da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, que no período de 2008 a 2012, 51,4% dos presos em flagrante foram negros. Ou seja, enquanto que para cada 100 mil habitantes brancos, 14 são presos, para cada 100 mil habitantes negros, 35 são presos. Esses dados demonstram que os negros são flagrados com maior frequência cometendo delitos, pois há maior vigilância sobre essa parcela da população.[4] A pesquisa conclui que:

> Os resultados da ação policial violenta refletem a desigualdade racial na segurança pública, já que as ações policiais vitimam três vezes mais negros do que brancos, quando se considera a proporcionalidade entre brancos e negros na população paulista. No ano de 2011, por exemplo, em cada grupo de 100 mil negros 1,4 foi vítima de ação letal da polícia; enquanto que num grupo de 100 mil brancos a taxa de letalidade por ação da polícia é 0,5 (SINHORETTO; SILVESTRE; SCHLITTLER, 2014, p. 27).

Essa desigualdade fica demonstrada também na ação do Poder Legislativo, quando do processo de construção das normas penais. É o que expõe Márcia Martini:

> A nossa legislação ordinária e especial é rica em demonstrações de seletividade da norma penal. À guisa de exemplo, tem-se a disparidade entre as penas previstas para os crimes contra o patrimônio público e privado. O crime de roubo é punido muito mais severamente do que o de sonegação fiscal, levando à conclusão de que, para o conjunto a sociedade brasileira, subtrair uma carteira

4. Grupo de Estudos sobre Violência e Administração de Conflitos, da Universidade Federal de São Carlos. "Segurança Pública e relações raciais". 2014.

> mediante grave ameaça é mais gravoso do que sonegar milhões em impostos, ainda que o roubo de carteira apresente à vítima somente prejuízos materiais, enquanto a sonegação pode ceifar inúmeras vidas, por subtrair recursos que seriam aplicados em políticas públicas (MARTINI, 2007, p. 45).

A essas opções políticas do Estado de seletividade punitiva chamamos de "criminalização", conforme lição de Zaffaroni e Nilo Batista:

> Todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Esta seleção penalizante se chama criminalização e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de agências que formam o chamado sistema penal (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 43).

Esses autores dividem o processo de criminalização em duas etapas, quais sejam, criminalização primária e secundária. Em suas palavras, a criminalização primária "é o ato de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas" (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 43). Essa primeira etapa deve ser cumprida pelas agências políticas e trata-se da elaboração de leis penais. Já a criminalização secundária, segunda etapa da seletividade punitiva, é a ação punitiva em si, exercida sobre pessoas concretas.

O processo de seletividade na criminalização opera sobre pessoas que têm pouca possibilidade de defesa perante o poder punitivo e cria, a partir de suas características, o estereótipo do criminoso. Esse estereótipo reforça preconceitos de raça e classe, na medida em que aponta como únicos responsáveis pela criminalidade os setores mais vulneráveis da população. Para compreender, na prática, o que significa essa seletividade em nosso país, é importante ressaltar algumas questões.

Sobre o papel da estrutura social nesse quadro, o Brasil, classificado como o último país da América a abolir a escravidão, não garante ascensão social para a população negra. No ano de 2013, uma pesquisa feita pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) mostrou que os trabalhadores negros ainda ganham menos que os brancos e que o crescimento profissional também é menor (DIEESE, 2013). Uma pesquisa da ONU, divulgada em 2014,[5] afirma que o racismo no Brasil é estrutural e institucionalizado e que permeia todas as áreas da vida. O documento constata ainda que os negros são os

5. Disponível em: [https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/168/64/PDF/G1416864.pdf?OpenElement]. Acesso em: 23.10.2016.

que têm menor escolaridade, menores salários, maior taxa de desemprego, menor acesso à saúde, são os que morrem mais cedo os que mais lotam as prisões.[6]

As mulheres também enfrentam dificuldades para a inserção profissional no país, muita resistência quanto à equiparação salarial e menos oportunidades de acesso a determinadas carreiras. Sobre isso, a ONU mulheres aponta:

> A taxa de desemprego das mulheres é cerca de duas vezes a dos homens, uma diferença que aumenta quando se comparam homens brancos (5,3%) com mulheres afrodescendentes (12,5%). Apenas um quarto das mulheres empregadas está no setor formal. O salário médio para os homens é 30% maior do que o de mulheres. Um terço das famílias brasileiras é chefiada por mulheres, e metade delas é monoparental. As mulheres dedicam mais do que o dobro de seu tempo para as tarefas domésticas do que os homens. A taxa de feminicídio[7] para as mulheres dobrou entre 1980 e 2011, e hoje uma mulher é assassinada a cada duas horas, a maioria por homens com os quais têm relações íntimas, colocando o Brasil como o sétimo país do mundo com maiores taxas de feminicídio. Em 2012, o número de estupros foi superior a 50.000 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016b).

A despeito de estar entre os dez países com maior Produto Interno Bruto (PIB) do mundo, as desigualdades de gênero, raça e classe são estruturais no Brasil. Essa exclusão social do país se reflete na seletividade do poder de vigiar e punir do Estado, pois como demonstramos, essa seletividade atinge a parcela mais vulnerável da sociedade.

Feita uma análise do perfil da população encarcerada e da desigualdade social, podemos afirmar: falar em cárcere no Brasil é falar em dupla (e muitas vezes tripla) exclusão social. Como pudemos constatar, as duas etapas da criminalização atingem, prioritariamente, a parte mais vulnerável de nossa população e o encarceramento dessas pessoas já fragilizadas, somado às condições de precariedade extrema de nossas penitenciárias, resultam em consequências devastadoras e difíceis de reparar.

O Direito Penal alcança prioritariamente os indivíduos marginalizados, que se encontram fora da cadeia de consumo e que demandam maior investimento

6. Sobre o significado e alcance do conceito de racismo estrutural, bem como sua atuação na sociabilidade brasileira, ver: OLIVEIRA, 2016. p. 31-37.
7. Embora o termo legal tenha surgido no Brasil apenas com a Lei Federal 13.104, de 09 de março de 2015, diversas pesquisadoras já trabalhavam com seu conceito e combatiam seus efeitos muito antes disso, como nos casos Carol Orlock, Diana Russel, Jill Rad-ford e Marcela Lagarde (NEVES, 2016).

estatal. E com isso, a pena, que deveria ser aplicada excepcionalmente, como última saída e apenas quando absolutamente indispensável para a preservação dos valores maiores da dignidade da pessoa humana, acaba por tornar-se a regra. No próximo tópico, aprofundaremos o estudo dessas questões.

2.3. Economia Política da Pena

Uma análise meramente jurídica não basta para compreender a realidade das penitenciárias. Ocorre que, as forças sociais (sobretudo econômicas), influenciam e determinam o desenvolvimento do sistema penal ao longo da história.

Como ensinam Rusche e Kirchheimer, todo sistema de produção tende a descobrir punições que correspondem às suas relações de produção. Em suas palavras, "O sistema social de uma dada sociedade não é um fenômeno isolado sujeito apenas às suas leis especiais. É parte de todo o sistema social, e compartilha suas aspirações e seus defeitos" (KIRCHHEIMER; RUSCHE, 1999, p. 282). Os autores exemplificam a afirmação da seguinte forma:

> se uma economia escravista acha o suprimento de escravos insuficiente e a demanda pressiona, não se despreza a penalidade da escravidão. No feudalismo, por outro lado, [...] o retorno para antigos métodos, pena capital ou corporal foi então necessário, uma vez que a pena pecuniária para todas as classes era impossível em termos econômicos. A casa de correção foi o ponto alto do mercantilismo e possibilitou o incremento de um novo modo de produção. A importância das casas de correção desapareceu, entretanto, com o aparecimento do sistema fabril (KIRCHHEIMER; RUSCHE, 1999, p. 35).

Na medida em que o modelo econômico capitalista expandiu-se, o controle social também se transformou, substituindo, teoricamente, a utilização de castigos físicos diretos por métodos punitivos como a privação da liberdade. O processo de acumulação do capital e o desenvolvimento do poder disciplinar deram-se simultaneamente e tiveram influência recíproca. Toda formação social resulta de um modo de produção dominante, diria Althusser, e para que uma formação social se mantenha, é necessária a reprodução das condições de produção, ou seja, das forças produtivas e das relações de produção existentes (ALTHUSSER, 1985, p. 54). O capitalismo, entretanto, não é capaz de assegurar sua existência (HIRSCH, 2010, p. 34), assim, cabe à estrutura estatal a função de manter a formação social coesa. Nas palavras de Alysson Mascaro:

> ao contrário de outras formas de domínio político, o Estado é um fenômeno especificamente capitalista [...]. Nas relações de produção capitalistas se dá uma organização social que em termos históricos é muito insigne, separando

> os produtores diretos dos meios de produção, estabelecendo uma rede necessária de trabalho assalariado. A troca de mercadorias é a chave para desvendar essa realidade. No capitalismo, a apreensão do produto da força de trabalho e dos bens não é mais feita a partir de uma posse bruta ou da violência física. Há uma intermediação universal das mercadorias, garantida não por cada burguês, mas por uma instancia apartada de todos eles. O Estado, assim, se revela como um aparato necessário à reprodução capitalista, assegurando a troca das mercadorias e a própria exploração da força de trabalho sob forma assalariada (MASCARO, 2013, p. 18).

Portanto, há na sociabilidade capitalista um processo de separação entre quem produz a riqueza, de um lado; dos meios e objetos necessários a essa produção, de outro. Quem viabiliza essa separação e garante que os beneficiários dessa usurpação se mantenham anônimos, é o Estado. Segundo Hirsch:

> livre troca de mercadorias no mercado, concorrência e liberdade formal dos assalariados para vender a sua força de trabalho só podem ser garantidas caso a classe economicamente dominante deva renunciar à aplicação direta dos meios de força, tanto frente aos assalariados como no seu próprio interior; ou seja, quando as lutas concorrenciais não são travadas com armas e quando a força de trabalho não é recrutada coercitivamente. Apenas sob tais pressupostos é que a sociedade capitalista pode ganhar estabilidade e se desenvolver (HIRSCH, 2010, p. 28).

Em síntese, é por esse motivo que "somente com uma instância estatal é possível a reprodução capitalista" (MASCARO, 2013, p. 17). Apesar de termos estabelecido na Constituição Federal de 1988 um Estado Democrático de Direito, com garantias constitucionais e limites de atuação, ainda somos um Estado capitalista. Esse Estado, como já dissemos, detém o monopólio da violência física, e a utiliza como uma de suas estratégias fundamentais. No contexto do monopólio e utilização dessa violência, situa-se a aplicação frequente da punição, pois, como nos ensina Althusser:

> O Estado é uma máquina de repressão que permite às classes dominantes (no séc. XIX à classe burguesa e à classe dos proprietários de terras) assegurar a sua dominação sobre a classe operária para a submeter ao processo de extorsão da mais-valia (quer dizer, à exploração capitalista) (ALTHUSSER, 1970, p. 31).

Althusser prossegue nessa análise e evidencia que o poder do Estado não é organizado somente no aparelho de caráter repressivo, mas também nos denominados "Aparelhos Ideológicos de Estado". São estes aparelhos: o religioso, escolar, familiar, jurídico, político, sindical, da informação e cultural (ALTHUSSER,

1970, p. 44). Todas as relações e interações sociais se dão dentro desses aparelhos. Ideologia e repressão, agem como instrumentos de poder complementares, assegurando a normalização e aceitação pela sociedade do uso e monopólio da força pelo Estado e fazendo com que seja possível a reprodução do modo de produção capitalista. É nesse contexto que se situam a pena e o cárcere.

Marco Alexandre de Souza Serra expõe:

> A forma encontrada para legitimar e ocultar a violência que a dominação de uma sociedade de classes traduz é a forma legal, mas sua interiorização, ou seja, sua assunção como modelo de socialização quase inconsciente, não se realizaria se o Estado não dispusesse do recurso da pena (SERRA, 2009, p. 279).

Embora a seletividade, a reprodução da violência e a utilização da punição sejam características estruturais do exercício de poder em todos os sistemas penais, existem especificidades do funcionamento concreto de cada um deles. Conforme conclui Marco Alexandre de Souza Serra:

> Num Estado capitalista de tipo dependente, a dificuldade de acumular capital influi na estruturação e na forma de comportamento entre as classes, com reflexos nos padrões de dominação política. Um dos seus traços mais característicos assenta na produção de um enorme contingente de força de trabalho marginalizada, que funciona como estratégia de controle social e político. Sua manutenção reclama uma dominação altamente punitiva, a fim de impedir violentamente qualquer tentativa de insurgência das substanciosas frações de excluídos. Por isso à normalidade institucional mais ou menos presente na história dos países centrais corresponde o estado de exceção permanente no qual se formou e reproduziu o Estado periférico (SERRA, 2009, p. 278).

Ou seja, nos países periféricos, de baixa acumulação no sistema capitalista global (como é a realidade do Brasil), o aumento do recurso à punição ou sua utilização enquanto regra fica evidenciado. E seu objetivo é conter uma massa de pessoas marginalizadas, impedindo uma possível insurgência.

Portanto, nos países onde a força de trabalho é excedente, as punições são mais cruéis, uma vez que não há preocupação com sua preservação, mas antes há interesse em sua destruição até certa medida, exatamente para conter qualquer tentativa de insurgência que pode surgir deste enorme contingente de força de trabalho marginalizada. Por outro lado, no caso de países em que a mão de obra é escassa, os métodos punitivos buscam utilizá-la a fim de aproveitá-la, de modo que se evita a aplicação de castigos mais pesados.

Entretanto, embora o Estado seja o instrumento de gestão e garantia do sistema capitalista, ele não é instrumento das classes dominantes. Seu papel não

favorece interesses específicos da burguesia e é em seu seio que se dá a luta de classes. Como aponta Mascaro:

> a forma política estatal é fundamental à reprodução da sociabilidade do capitalismo, mas, ao se assentar como forma de um poder separado dos próprios agentes econômicos, ela pode até mesmo, eventualmente, ser disfuncional e contrária aos interesses da valorização do valor. Atravessado pelas pressões e pelos conflitos sociais de um modo específico, o Estado pode se revelar um opositor de determinadas relações econômicas do capital (MASCARO, 2013, p. 24).

Dessa forma, a luta da classe trabalhadora é, historicamente, o meio de reivindicar, garantir e efetivar ganhos em uma sociedade estruturada a partir da desigualdade social. Exemplo disso é a Constituição Federal de 1988 que, enquanto resultado das reivindicações de muitos setores sociais, reconheceu e positivou inúmeros direitos e garantias para a população brasileira.

É exatamente no contexto de uma sociedade regida pelo capital e pelo antagonismo de classes que a luta pela criação de políticas públicas faz sentido. Afinal, não seriam necessárias quaisquer políticas sociais se a universalização dos direitos fosse uma realidade.

À vista disso, temos que o movimento social e a participação popular são elementos fundamentais e indispensáveis na construção de uma sociedade mais justa e igualitária, na efetivação da cidadania e na conquista, ampliação e consolidação de direitos sociais.

2.4. Punição e ressocialização: reflexões sobre a finalidade da pena

Constituindo-se o Brasil em um Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana adquire papel central e deve balizar todo o ordenamento jurídico. Esse princípio se expressa no Direito Penal, através da garantia de que as pessoas privadas de liberdade conservam intactos todos os seus direitos fundamentais não atingidos pela perda da liberdade. Ou seja, aos presos é garantida a cidadania e os direitos e deveres dela decorrentes (LEP, art. 3º).

Ao tratar sobre a pena privativa de liberdade, a exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal dispõe sobre pensar uma nova política criminal que restrinja a privação de liberdade aos casos de reconhecida necessidade. Sendo a sanção mais violenta que nosso Estado pode impor ao cidadão, ela deve ser aplicada como último recurso, nos casos de violação dos bens jurídicos mais caros à sociedade.

Além disso, como afirma o artigo 1º, da LEP, "a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar

condições para a harmônica integração social do condenado e do internado". Mais do que a mera punição pela prática de uma conduta típica, a aplicação da pena deve visar à reabilitação social, lastreada no binômio retribuição e prevenção (função reabilitadora da pena). Embora abarque a ideia de castigo e intimidação, a pena visa também à ressocialização.

A alta taxa brasileira de encarceramento e as condições de vida e saúde do sistema penitenciário contrapõem essa previsão. Embora nossa legislação penal, fundada a partir da dignidade da pessoa humana, objetive a reabilitação do sujeito apenado, a prevenção da criminalidade e alternativas à pena privativa de liberdade, a execução penal no Brasil tem dado efetividade, quase que exclusiva, à finalidade retributiva da pena. Os dados nacionais e internacionais apresentados comprovam que a ressocialização não tem sido um alvo da política carcerária brasileira. Afinal, se faltam condições mínimas de saúde e alimentação para a população presa, como podemos pretender a recuperação desses indivíduos? Que condições nossas penitenciárias oferecem para que a prevista integração social se realize?

A garantia de proteção à saúde da pessoa presa é pressuposto mínimo para se falar em recuperação e reeducação. E mais do que pressuposto, esse é um direito já positivado em nosso ordenamento jurídico. Portanto, há uma necessidade inadiável, por parte do Estado, de criar as condições para que a norma já estabelecida seja efetivada, tirando do campo formal a reintegração social.

Se é finalidade da pena preparar o indivíduo para o convívio social, torna-se inaceitável que seu cumprimento o exponha às péssimas condições de saúde e alimentação, que podem resultar em um processo ainda mais intenso de exclusão social. E por fim, se a pena privativa de liberdade tem efetividade em uma única esfera (a esfera punitiva), é necessário repensá-la e aperfeiçoá-la. O horizonte de construção de uma sociedade mais justa, solidária e igualitária torna imprescindível uma problematização sobre a função social da pena e do direito penal.

Se comprovada a necessidade de sua utilização, é necessário que o Estado garanta que a pena não se limite à esfera punitiva, mas que cumpra a importantíssima tarefa de ressocializar os indivíduos.

Isso passará pela necessária participação popular nas esferas de decisões políticas, buscando a concretização dos direitos sociais garantidos pela atual Constituição Federal. E aqui se situa também a necessidade de implementação de políticas públicas.

Para viabilizar a ressocialização e integrar (ou reintegrar) as pessoas privadas de liberdade, o Estado, atuando de maneira racional e planejada, pode realizar programas de ação governamental que busquem garantir a consolidação e efetivação dos direitos fundamentais no sistema penitenciário.

3. Direitos de cidadania no contexto do Estado Democrático de Direito

O Estado deve, através da atuação governamental, atuar de forma decisiva formulando e executando políticas públicas que tenham como fim a concretização dos direitos de cidadania (civis, políticos, sociais, culturais, econômicos), materializando, assim, a inclusão social e a redução das desigualdades.

3.1. O significado dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito

A partir da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, os textos normativos começam a prever direitos que têm como função primordial assegurar o exercício de direitos individuais de primeira geração, a estes denominamos direitos sociais.

Essa transformação que ocorreu a partir do século XX, representa uma ruptura profunda com o paradigma do Estado Liberal. Essa garantia de direitos sociais, mediatizada pela ação do Estado, pressupõe a intervenção estatal na vida econômica e social. E em que pese essa necessária intervenção para destinar e garantir os direitos sociais, estes não podem ser limitados pela realidade econômica, pois são o núcleo do Estado Democrático de Direito.

Em sentido semelhante, Gilberto Bercovici (2009, p. 11) entende que há um plano de transformação social na Constituição de 1988 a partir do "reforço dos direitos sociais, a proteção ao mercado interno (artigo 219), o desenvolvimento e a erradicação da miséria e das desigualdades sociais e regionais (artigos 3º e 170) como objetivos da República", demonstrando a clara inclusão de um programa nacional-desenvolvimentista no texto constitucional. Vale lembrar que a Constituição de 1988 é também dirigente:

> A Constituição de 1988 é uma constituição dirigente. O seu artigo 3º incorpora um programa de transformações econômicas e sociais a partir de uma série de princípios de política social e econômica que devem ser realizados pelo Estado brasileiro (BERCOVICI, 2011, p. 208).[8]

Logo, os direitos sociais subtendem um papel ativo do Estado e são aqueles que criam as condições materiais para a efetivação da igualdade e para que ocorra o exercício dos direitos individuais. Vale destacar que, para Maria Paula Dallari Bucci, as ações do Estado intervencionista correspondem, na teoria jurídica, ao paradigma dos direitos sociais (BUCCI, 2006, p. 5).

8. Sobre esse conceito de Constituição Dirigente: BERCOVICI, 2013. p. 293.

Para atender a essas aspirações sociais, é necessária uma atuação estatal também no domínio econômico. Por isso a Constituição Federal possui uma política econômica definida, com objetivos claros e posição central no texto constitucional. Há, portanto, um projeto de país constitucionalmente desenhado, com formas estabelecidas para alcançá-lo.

O Estado Democrático tem como base o princípio da soberania popular, que coloca o povo como titular do poder constituinte e legitimador de todo o poder político. Portanto, a materialização dos direitos sociais no âmbito do Estado Democrático de Direito, pressupõem a legitimação do poder do Estado.

Somente assim, a partir de um Estado intervencionista legítimo, que tenha como base de sua atuação as diretrizes constitucionais, é possível efetivar os direitos sociais e alcançar o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (BERCOVICI, 2006, p. 63), isso por meio da criação e execução de políticas públicas.

A Constituição Federal, na medida em que eleva a cidadania, e com ela os direitos sociais (BENEVIDES, 2004, p. 44), a um *status* jurídico diferenciado, considerando-a um fundamento da República Federativa do Brasil, adota uma conceituação avançada do tema que não abrange apenas direitos políticos.

No âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro, a cidadania adquire um conceito amplo, de garantia de direitos fundamentais e de solidariedade. Entretanto, ao analisar o histórico da aquisição de direitos da cidadania no Brasil, Smanio destaca a formação tardia dos direitos de cidadania no caso brasileiro, sendo que a falta de universalização atua diretamente nas dificuldades da superação das desigualdades (SMANIO, 2015, p. 3).

3.2. A pessoa privada de liberdade e o direito à saúde

O direito à saúde encontra-se entre os direitos sociais garantidos por nossa Constituição, prevendo a saúde como direito de todos e dever do Estado, o qual deverá ser concretizado por meio de "políticas sociais e econômicas" (CF, art. 196).[9]

Inspirada nessa previsão, a Lei 8.080/1990 – Lei Orgânica de Saúde, que institui e regulamenta o Sistema Único de Saúde (SUS), estabelece que os níveis de

9. Sobre o conceito de saúde, adota-se o exposto por Fernando Aith (2007, p. 394): "A saúde é um bem jurídico relacionado de forma indissociável com o maior bem jurídico que existe, a vida. A saúde, longe de ser apenas a ausência de doenças ou enfermidades, configura-se no estado completo de bem-estar físico, social e mental". Ou seja, a proteção da saúde é também o cuidado com as necessidades sociais e a proteção ao nosso bem maior, a vida humana, não podendo o Estado furtar-se de promovê-lo.

saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. No artigo 3º, parágrafo único, que as ações que se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social também dizem respeito à saúde.

Financiado com recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 195 da Constituição), o SUS é "um sistema ímpar no mundo, que garante acesso integral, universal e igualitário à população brasileira, do simples atendimento ambulatorial aos transplantes de órgãos" (MINISTÉRIO DA SAÚDE, p. 1).

Entretanto, embora seja avançada a previsão constitucional e legal sobre o tema, a consolidação do direito à saúde e do SUS ainda encontra diversos desafios. A busca pela efetivação dessa perspectiva integral e do acesso universal e igualitário é contínua e demonstra-se, ainda, uma realidade distante para alguns segmentos da população. É o caso da população penitenciária.

Os dados sobre a condição de saúde da população privada de liberdade são escassos e grande parte das informações consta do último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, base da presente pesquisa.

A população prisional foi inserida formalmente na cobertura do SUS em 2014, através da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade (PNAISP), conforme veremos adiante. Essa política, visa a assegurar que cada unidade prisional seja um ponto integrante da Rede de Atenção à Saúde do SUS. Entretanto, segundo o Levantamento, cerca de um terço das unidades prisionais no Brasil tem módulo de saúde. Nas unidades femininas, a porcentagem é maior: 52% têm módulo de saúde.

Apesar de 37% (um terço) das unidades apresentarem módulo de saúde, apenas 63% das pessoas privadas de liberdade encontram-se nessas unidades. Isso significa que mais de um terço da população privada de liberdade não tem acesso a qualquer serviço de atenção básica de saúde na unidade. No Rio de Janeiro, por exemplo, quatro unidades indicaram ter módulo de saúde, essas quatro unidades custodiam apenas 1% da população prisional do Estado. Ou seja, 99% dos presos no Rio de Janeiro não contam com módulo de saúde.

O Ministério da Saúde, por meio da Portaria 1.271 de 2014, define a lista nacional de notificação compulsória de doenças e agravos. A Portaria impõe que notificações compulsórias devem ser inseridas no Sistema Nacional de Agravos de Notificação (SINAN) desse Ministério. Assim, frente a essa obrigação, o INFOPEN buscou identificar o número de agravos e doenças nos estabelecimentos prisionais para compará-los com os dados do SINAN.

O levantamento aponta que foram identificadas 2.864 pessoas portadoras do vírus HIV. Esse número representa 1,21% do total de presos nas unidades que informaram o dado, equivalendo-se a uma taxa de incidência de 1.215,5 pessoas soropositivas para cada cem mil presos, proporção sessenta vezes maior que a taxa da população brasileira total, de 20,476. Além disso, ficou demonstrado que, nas unidades avaliadas, a taxa de pessoas presas com tuberculose é de 940,9, ao passo que na população total é de 24,4, frequência 38 vezes menor.

Essa realidade contrapõe-se às garantias legais conferidas à população privada de liberdade no Brasil. Como já dissemos, são assegurados ao preso todos os direitos não afetados pela sentença penal condenatória e, portanto, o Estado deve garantir que os custodiados cumpram pena sem perder a dignidade humana. A privação da liberdade e de direitos individuais decorrente de condenação penal, não autoriza a restrição ou negação aos presidiários de serviços básicos de saúde garantidos constitucionalmente.

O atual paradigma de cidadania, embasado na efetivação dos direitos humanos, supera o exercício de direitos políticos e abrange, dessa forma, as pessoas privadas de liberdade. Assim, ainda que suspenso o exercício do direito ao voto, os presos continuam sendo sujeitos de direitos e deveres, ou seja, cidadãos.

Sendo a saúde física a principal das necessidades humanas, somente a partir dela é possível falar em direito à vida e participação na sociedade. Logo, garantir o acesso à saúde nas penitenciárias é indispensável à materialização da cidadania e da igualdade.

O direito à saúde e sua aplicação são condicionados por diversos fatores, dentre eles a localização dos serviços, os recursos tecnológicos e a qualificação dos profissionais. Portanto, é importante ressaltar que o atendimento à população privada de liberdade deve ser pensado a partir dessas singularidades.

4. A efetivação do direito constitucional à saúde

4.1. Fundamentos jurídicos das políticas públicas

O estudo científico de políticas públicas nasce nos Estados Unidos da América, como ramo da ciência política, visando a entender como e por que os governos optaram por determinadas ações. Sua utilização como ferramenta das decisões de governo, inicia-se no contexto da Guerra Fria (SOUZA, 2006). Foi H. Laswell, ainda nos anos 30, que cunhou a expressão *policy analysis* (análise de política pública), visando a conciliar conhecimento científico e produção governamental empírica, para estabelecer um diálogo entre cientistas sociais, grupos de interesse e governo.

Há um pressuposto comum nas diversas teorias acerca do tema: a política pública tem caráter interdisciplinar. Essa área, embora seja, a princípio, um ramo da ciência política, também sintetiza outras disciplinas, teorias e métodos. Portanto, a necessidade de formulação de um conceito jurídico de Políticas Públicas surge dessa interdisciplinaridade. Conforme defende Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 37), o quadro institucional das políticas públicas é construído sobre o direito e categorias jurídicas, sendo relevante sua teorização nesse campo.

Isto é, podemos afirmar que o direito confere formalidade aos propósitos políticos, ressaltando que, embora exista essa interdependência, não há qualquer hierarquia entre o sistema político e o sistema jurídico. Conforme Smanio sintetiza:

> Como fenômeno jurídico, notamos que as Políticas Públicas se traduzem por um complexo de normas jurídicas e assim podem ser definidas. Normas especiais, como proposto por Eros Grau, com fixação de objetivos a serem alcançados, mas também podendo realizar normas de conduta e normas de organização, como propôs Patrícia Helena Massa-Arzabe (SMANIO; BERTOLIN, p. 10, 2013).

O caráter jurídico-institucional das políticas públicas é abertamente defendido por Maria Paula Dallari Bucci. Se para a autora o conceito jurídico de políticas públicas se modifica em relação às linhas anteriores sobre o tema, o caráter institucional de ação governamental tomará maior força e centralidade.[10]

Portanto, temos que políticas públicas são normas (SMANIO, 2013, p. 3), constituídas por princípios e regras, que visam a concretizar os direitos sociais constitucionalmente previstos, mas que em razão da interdisciplinaridade da questão, não ficam limitadas a essa esfera. As políticas públicas são, portanto, arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que incidem no sistema jurídico e são por ele realizados.

Numa visão diferente, Fabio Konder Comparato (1997, p. 353-354) e assim como Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 25), afirmam que a política pública não

10. Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 39) lançou elementos iniciais para a fundamentação jurídica de políticas públicas, apontando seu caráter de ação governamental, resultante de um processo complexo (legislativo, orçamentário, administrativo, etc.), com objetivos socialmente relevantes a serem realizados por meio da racionalização dos gastos públicos. Dando um passo adiante, a autora avançará na análise centralizando o caráter jurídico-institucional das ações governamentais (BUCCI, 2013, p. 38-39), sendo que os olhares a partir das políticas públicas deverão considerar seu caráter jurídico-institucional a partir dos elementos de organização, papel institucional e finalidade pretendida (BUCCI, 2015, p. 9).

pode ser compreendida como categoria jurídica nova, mas sim como atividade, ou ação governamental.

Ainda com base no entendimento de Maria Paula Dallari Bucci, há uma nítida confluência entre política e direito no campo das políticas públicas. Para ela, a política cumpre o papel de vislumbrar o modelo, contemplar os interesses em questão, arbitrar conflitos, equacionar o tempo e distribuir as expectativas de resultados entre curto, médio e longo prazo. Enquanto ao direito, cabe conferir expressão formal e vinculativa a esse propósito, através de leis, normas de execução, dispositivos fiscais e outros, pois a legalidade e a constitucionalidade são parâmetros de realização das políticas (o Estado só pode agir com base em habilitação legal).

4.2. Políticas públicas de acesso à saúde: a efetivação dos direitos de cidadania

Como já observamos, os direitos sociais surgem com o objetivo de garantir, de forma igualitária aos cidadãos, o exercício das liberdades individuais, e esses direitos exigem prestações positivas do Estado.

O direito à saúde é um direito social fundamental que se confunde com o direito à vida. Portanto, é a sua satisfação que garante a participação das pessoas em sociedade, sendo assim considerado um direito de cidadania.

Por estar contido em uma constituição dirigente, o direito à saúde deve ser considerado uma norma-objetivo ou norma-fim:

> O artigo 3º da Constituição de 1988 é um instrumento normativo que transformou fins sociais e econômicos em jurídicos, atuando como linha de desenvolvimento de interpretação teleológica de todo o ordenamento constitucional. Em termos de teoria da norma, não é uma "norma programática", concepção conservadora e teoricamente equivocada que justifica a não-vinculatividade e não-concretização dos dispositivos constitucionais. A norma do artigo 3º da Constituição de 1988 é uma "norma-objetivo" ou "norma-fim" ("norma *di scopo*"), ou seja, disponíveis para edificar uma nova sociedade, distinta da existente no momento da elaboração do texto constitucional. O Estado, assim, retira sua legitimidade de suas tarefas materiais. Neste sentido, o Estado deve ser entendido como o "portador da ordem social", o que pressupõe uma vontade política disposta a colocar o programa constitucional em andamento (BERCOVICI, 2011, p. 209).

Nessa linha de raciocínio, afirmamos que o direito à saúde tem caráter vinculativo, não sendo possível ao Estado furtar-se de promovê-lo. E destacamos

que, embora existam diversas limitações à efetiva aplicação desse direito (como por exemplo, a questão da disponibilidade dos meios), as políticas públicas apresentam-se como um caminho para tanto, pois visam exatamente a coordenar os meios à disposição do Estado para realização dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

O próprio texto constitucional vincula a garantia do direito à saúde à execução de políticas públicas (CF, art. 196).

Assim, podemos afirmar que a formulação de políticas públicas de acesso à saúde tem fundamento constitucional e legal, podendo ser considerada política de Estado, com garantias, princípios e metas estabelecidas previamente no texto constitucional.

4.3. A peculiaridade da situação carcerária 2: contexto das políticas de atenção à saúde ligadas às pessoas privadas de liberdade

Como já destacamos, a situação carcerária tem, em razão de inúmeros fatores, suas peculiaridades. Um desses fatores é a dupla e muitas vezes tripla marginalização que vivem as pessoas privadas de liberdade no Brasil, considerada a discriminação de raça, classe e gênero que também sofrem. Além disso, a superlotação, a insalubridade e o próprio confinamento tendem a facilitar a proliferação de doenças (especialmente respiratórias), resultando em números alarmantes, por exemplo, de tuberculose nessa parcela da população. Apontamos, ainda, que o INFOPEN identificou nas unidades prisionais analisadas uma taxa de incidência de pessoas soropositivas sessenta vezes maior que a taxa da população brasileira total. E a taxa de pessoas presas com tuberculose é trinta e oito vezes maior que a da população brasileira.

Assim, embora a implementação de políticas públicas apresente-se como um bom mecanismo de concretização do direito fundamental à saúde, uma política pública abrangente, que vise a atingir a sociedade de uma maneira geral, pode não se demonstrar eficiente para solucionar a questão da saúde da população privada de liberdade, justamente em razão de suas especificidades.

Essa é também uma preocupação central para os movimentos sociais atuantes na pauta do sistema penitenciário. Em relatório sobre a saúde da mulher presa, o Padre Almir José de Ramos da Pastoral Carcerária, afirma:

> No processo de adoecer e morrer das populações e de cada pessoa em particular, as desigualdades sociais, econômicas e culturais se revelam de maneira diferenciada. As pessoas que são mais vulneráveis e vivem menos são populações expostas a condições precárias de vida, dentre elas estão as populações

> privadas de liberdade. Ao privar ou restringir uma pessoa de sua liberdade, o Estado, e a sociedade como um todo, não pode negar-lhe outros direitos, como o é o caso do direito a saúde (RAMOS, s/d, p. 1).

Ocorre que, em razão da imensa desigualdade social brasileira, o país apresenta necessidades de saúde que variam, a depender da região ou do contexto social. Logo, a mera construção de políticas públicas gerais não basta para garantir acesso ao direito à saúde.

Ao analisar o ciclo das políticas públicas, Clarice Seixas Duarte, aponta:

> A formulação de uma política pública deve sempre objetivar imprimir racionalidade à ação estatal, de modo a permitir que se atinja o máximo de ganho social possível, ou seja, de modo a conferir a máxima eficácia possível aos direitos abstratamente previstos. Tudo isso a partir de um planejamento racional. Para tanto, é necessário, em primeiro lugar, por meio da realização de estudos multidisciplinares, verificar os setores ou regiões que apresentam maiores carências, ou os grupos que apresentam maior grau de vulnerabilidade a justificar um tratamento diferenciado ou uma intervenção imediata (DUARTE, 2013, p. 27).

O primeiro passo para a formulação de uma política pública é exatamente identificar o público alvo e o grau de vulnerabilidade em que se encontra, para então pensar políticas específicas, a partir de realidades específicas.

Vale ressaltar que um dos princípios do SUS é a equidade. Esse princípio garante que cada indivíduo seja atendido de acordo com suas necessidades, reconhecidas as diferenças nas condições sociais e de saúde. A equidade remete à necessidade de se "tratar desigualmente os desiguais" e deve pautar também as políticas públicas de saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015).

Considerando que a saúde é um direito de todos e que o princípio da equidade no atendimento público de saúde garante cuidados diferenciados aos mais vulneráveis para que se igualem aos outros, concluímos que são necessárias políticas de atenção à saúde específicas para as pessoas privadas de liberdade.

5. O Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP): criação, desenho institucional e evolução

5.1. Considerações iniciais

Utilizaremos o método pensado por Maria Paula Dallari Bucci (2015) como meio eficaz para uma análise jurídica do PNSSP, política-alvo da presente

pesquisa. Entretanto, antes de iniciarmos a análise, faremos breves considerações sobre o SUS e alguns de seus instrumentos, a fim de facilitar a leitura sobre o PNSSP. Tomaremos como base, principalmente, a cartilha do Ministério da Saúde "Entendendo o SUS" (MINISTÉRIO DA SÁUDE, 2008), que explica de forma didática o funcionamento do Sistema.

Para viabilizar a previsão constitucional de acesso à saúde, foi instituído o SUS, um dos maiores sistemas de saúde do mundo, que beneficia cerca de 180 milhões de brasileiros e realiza, por ano, cerca de 2,8 bilhões de atendimentos (BRASIL, 2014). São princípios do SUS: a universalidade (para todos), a integralidade (compreende o ser humano como um todo e promove todos os níveis de atenção à saúde) e a equidade (pensa os programas e ações de saúde a partir da necessidade de cada pessoa ou grupo, respeitando a diversidade da população).

Além desses princípios, o SUS estabeleceu algumas diretrizes organizacionais para garantir seu melhor funcionamento e articulação. São elas: a regionalização (distribuição das ações de saúde e os recursos entre as regiões), a hierarquização (estabelecimento dos chamados "níveis de atenção"), a descentralização (distribuição da prestação dos serviços de saúde entre os três níveis de governo) e a complementariedade do setor privado.

Grande parte do financiamento do SUS advém da União. Metade dos investimentos em saúde é feita pelo governo federal, ficando por conta dos Estados e Municípios o restante do financiamento. Além de contribuir com grande parcela do financiamento, a União formula políticas nacionais de saúde, cuja implementação cabe aos demais entes federativos e à iniciativa privada.

O governo estadual tem o papel de implementar políticas de saúde nacionais e de organizar o atendimento à saúde em seu território. Entretanto, o principal responsável pela saúde pública da população é o Município. Foi o Pacto pela Saúde (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 1996), assinado em 2006, que municipalizou a gestão das ações e serviços de saúde oferecidos em seu território.

Embora as competências sejam divididas, não há hierarquia entre União, Estados e Municípios na gestão do SUS. A pactuação e a aprovação das políticas de saúde passam por algumas comissões e conselhos. No âmbito municipal, é o Conselho Municipal de Saúde (CMS) que deve aprovar as políticas. No âmbito estadual, as políticas são negociadas e pactuadas pela Comissão Intergestores Bipartite (CIB) e deliberadas pelo Conselho Estadual de Saúde (CES). No âmbito federal, as políticas do SUS são negociadas e pactuadas na Comissão Intergestores Tripartite (CIT).

Os Conselhos de Saúde foram criados pela Lei federal 8.142/1990, e são compostos por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de

saúde e usuários, atuando na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente. Já a Comissão Intergestores Bipartite é composta por representantes das secretarias municipais de saúde e secretaria estadual de saúde e a Comissão Intergestores Tripartite, por representantes do Ministério da Saúde, das secretarias municipais de saúde e das secretarias estaduais de saúde. Ambas foram criadas pela Norma Operacional Básica – NOB/93, do Ministério da Saúde, e são uma instância de discussão, elaboração de propostas e aperfeiçoamento das ações de saúde em todos os seus níveis.

Além de fragmentar-se através da regionalização, o SUS divide-se também em níveis. Essa separação tem como objetivo direcionar os atendimentos conforme a gravidade do caso, evitando a superlotação de hospitais e facilitando o acesso à saúde. São os níveis de atenção à saúde: primário, secundário e terciário, entretanto, nos concentraremos no nível primário, alvo principal do PNSSP.

O nível primário, ou atenção básica, é considerado a porta de entrada do SUS. Seu objetivo é fornecer um primeiro atendimento, que, em geral, limita-se a consultas e exames básicos, além de procedimentos simples. A partir desse atendimento inicial, havendo necessidade, o cidadão pode ser encaminhado para serviços de maior complexidade.

A promoção da atenção básica fica a cargo do Município e também visa promover políticas de conscientização em saúde e prevenção de doenças. Segundo a cartilha "Entendendo o SUS", a atenção básica é capaz de resolver cerca de 80% das necessidades e problemas de saúde da população.

Existe um piso para distribuição de recursos da atenção básica. É o chamado "Piso da Atenção Básica" (PAB), calculado com base no total da população de cada cidade. O PAB foi instituído em 1997 como um novo mecanismo de financiamento do SUS e divide-se em dois componentes: Componente Piso da Atenção Básica Fixo – PAB Fixo e Componente Piso da Atenção Básica Variável – PAB Variável.

Como veremos adiante, o Componente Piso da Atenção Básica Variável – PAB Variável, é constituído por recursos financeiros destinados ao financiamento de estratégias de saúde da própria atenção básica, destinada a populações específicas, dentre as quais se encontra a população privada de liberdade.

O PNSSP foi criado em 9 de setembro de 2003, no primeiro ano do primeiro mandato do governo Lula, através da Portaria Interministerial 1777, fruto de um trabalho construído com a participação dos Ministérios da Saúde e da Justiça, além do Conselho Nacional de Secretários de Saúde, do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2003, p. 4).

A norma que instituiu o Plano foi resultado de recomendações de uma Comissão Interministerial, criada por outro instrumento normativo: a Portaria MS/MJ 2035, com a atribuição de definir estratégias e alternativas de promoção e assistência à saúde no âmbito do Sistema Penitenciário Nacional.

O PNSSP prevê a inclusão da população penitenciária no SUS, portanto, suas ações e serviços são definidos pelo Plano Nacional de Saúde e são consonantes com os princípios e as diretrizes do SUS.

Assim, são também referências normativas do PNSSP: a Constituição Federal de 1988; a Lei 8.080 de 1990, que regulamenta o SUS; a Lei 8.142 de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS; e a Lei de Execução Penal, 7.210 de 1984.

O Plano foi construído em coerência com a discussão sobre o processo de regionalização da saúde, logo, seu texto prevê que as ações e serviços de atenção básica em saúde serão organizados nas unidades prisionais e realizados por equipes interdisciplinares de saúde, e que o acesso aos demais níveis de atenção será pactuado e definido no âmbito de cada Estado. Tudo isso deve estar em consonância com os planos diretores de regionalização e deve ter a aprovação da Comissão Intergestores Bipartite (CIB) e do Conselho Estadual de Saúde (CES).

São as diretrizes estratégicas do Plano (conforme a norma instituidora):

- Prestar assistência integral, resolutiva, contínua e de boa qualidade às necessidades de saúde da população penitenciária;
- Contribuir para o controle e/ou redução dos agravos mais frequentes que acometem a população penitenciária;
- Definir e implementar ações e serviços consoantes com os princípios e diretrizes do SUS;
- Proporcionar o estabelecimento de parcerias por meio do desenvolvimento de ações intersetoriais;
- Contribuir para a democratização do conhecimento do processo saúde/doença, da organização dos serviços e da produção social da saúde;
- Provocar o reconhecimento da saúde como um direito da cidadania;
- Estimular o efetivo exercício do controle social.

Para isso, o Plano prevê a criação de equipes de saúde, articuladas a redes assistenciais de saúde, que devem ser compostas da seguinte forma:

1) Nas unidades prisionais com mais de 100 presos, a equipe técnica mínima, para atenção a até 500 pessoas presas, obedecerá a uma jornada de 20 horas semanais e deverá ser composta por:

- Médico;
- Enfermeiro;
- Odontólogo;
- Psicólogo;
- Assistente social;
- Auxiliar de enfermagem; e
- Auxiliar de consultório dentário (ACD).

2) Nas unidades prisionais com até 100 presos, o atendimento será realizado no próprio estabelecimento por profissionais da Secretaria Municipal de Saúde, respeitando a composição de equipe citada anteriormente, e com carga mínima de 4 horas semanais.
3) Estabelecimentos com menos de 100 presos não terão equipes exclusivas. Os profissionais designados para atuarem nestes estabelecimentos, com pelo menos um atendimento semanal, podem atendê-los na rede pública de saúde.

O Plano prevê ainda que, nos presídios em que já houver quadro de saúde construído a partir da previsão da Lei de Execução Penal, a equipe deverá ser complementada. O piso salarial para os profissionais deverá respeitar a política de RH estabelecida em cada Unidade da Federação e os Estados são livres para decidir sobre a forma de contratação dos profissionais.

Como a normativa que cria essa política considera a importância da realização de estudos de abrangência nacional que revelem o perfil epidemiológico da população presidiária brasileira, consta do Plano uma normatização sobre sistemas de informação. As unidades de saúde implementadas de acordo com o Plano Nacional de Saúde, assim como os profissionais atuantes nestas unidades, serão monitoradas por meio destes sistemas, que constituem o Sistema de Informações em Saúde do SUS.

As unidades deverão ser cadastradas no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES/SUS) e por lá deverão apresentar o Boletim de Produção Ambulatorial (BPA) com a produção dos serviços realizados no Sistema Penitenciário. Na prática, isso significa que aquela unidade, a partir deste cadastro, ficará sujeita à mesma regulação que qualquer outra unidade de saúde da rede SUS. A falta de alimentação dos Sistemas de Informações, por dois meses consecutivos ou por três meses alternados, gera a suspensão do repasse do incentivo.

Com relação ao cadastramento das pessoas presas, este será baseado na sistemática do Cartão Nacional de Saúde. Utilizados, para tanto, mecanismos municipais como: formulário de cadastramento, manual e aplicativo CadSUS.

Embora o responsável pela execução de políticas de saúde seja o SUS (principalmente através do Município), a gestão das unidades prisionais é de responsabilidade estadual. Assim, visando à garantia da intersetorialidade da política, o Plano prevê que a contratação das equipes de saúde que atenderão até 500 presos, deve ficar a cargo das Secretarias Estaduais de Justiça, enquanto que as equipes menores deverão ser compostas por profissionais de saúde do Município.

Resumidamente, as competências dividem-se da seguinte forma:

Ministério da Saúde:

- Gestão deste Plano em âmbito federal;
- Cofinanciamento da atenção à saúde da população penitenciária (70% do valor do Incentivo);
- Prestar assessoria técnica aos estados no processo de discussão, implantação e desenvolvimento dos Planos Operativos Estaduais;
- Monitorar, acompanhar e avaliar as ações desenvolvidas tendo como base o Plano Operativo Estadual.

Ministério da Justiça:

- Cofinanciamento da atenção à saúde da população/penitenciária (30% do Valor do Incentivo);
- Repasse de informações atualizadas ao Ministério da Saúde acerca da estrutura, número de pessoas presas e classificação dos estabelecimentos penitenciários;
- Financiamento da adequação do espaço físico para os serviços de saúde nas unidades prisionais e aquisição de equipamentos;
- Participação na organização e implantação dos sistemas de informação em saúde a serem utilizados;

Secretarias Estaduais de Saúde:

- Elaboração do Plano Operativo Estadual;
- Organização da referência e contrarreferência para a prestação da assistência de média e alta complexidade;
- Participação no processo de educação permanente às equipes de saúde;
- Prestar assessoria técnica aos Municípios no processo de discussão e implantação dos Planos Operativos Estaduais;

Secretarias Estaduais de Justiça (ou correspondente):

- Elaboração do Plano Operativo Estadual;

- Adequação do espaço físico para a unidade de saúde e aquisição de equipamentos;
- Execução das ações de promoção, proteção e recuperação da saúde no âmbito da atenção básica em todas as unidades penitenciárias sob sua gerência;
- Contratação e/ou complementação salarial das equipes de saúde atuantes no Sistema Penitenciário;

Secretarias Municipais de Saúde:

- Participação na elaboração do Plano Operativo Estadual;
- Monitorar, acompanhar e avaliar as ações desenvolvidas tendo como base o Plano Operativo Estadual;
- Execução de ações de vigilância sanitária e epidemiológica.

A adesão ao Plano é voluntária e são critérios para qualificação de Estados e Municípios:

- Formalização do envio do Termo de Adesão ao Ministério de Saúde;
- Apresentação, para fins de aprovação, do Plano Operativo Estadual no Conselho Estadual de Saúde e na Comissão Intergestores Bipartite.
- Envio do Plano Operativo Estadual ao Ministério da Saúde pelas Secretarias de Estado de Saúde;
- Credenciamento dos estabelecimentos de saúde e dos profissionais de saúde das unidades prisionais, por meio do Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES);
- Aprovação dos Planos Operativos Estaduais pelo Ministério da Saúde como condição para que estados e municípios recebam o Incentivo para Atenção à Saúde no Sistema Penitenciário; e
- Publicação no Diário Oficial da União da Portaria de Qualificação.

Há previsão de financiamento para o Plano, mas trataremos especificamente dessa questão no tópico 5.3.

5.2. Ampliação da cidadania e dos espaços de planejamento participativo

O PNSSP prevê, em seu artigo 3º, que para a implementação das ações contidas no Plano Nacional, o Ministério da Saúde, o Ministério da Justiça, as Secretarias Estaduais de Saúde e de Justiça e as Secretarias Municipais de Saúde poderão estabelecer parcerias, acordos, convênios ou outros mecanismos similares com organizações não governamentais, regularmente constituídas, que detenham experiência de atuação no Sistema Penitenciário.

Há também uma previsão de garantia da participação da sociedade civil, através de parcerias com instituições para orientação em saúde dos familiares da pessoa presa. Entretanto, no que diz respeito à execução do Plano, não encontramos quaisquer documentos relatando a participação de agentes não governamentais em sua fase inicial de elaboração.

Entretanto, em 2009, a partir da análise de Relatórios de Gestão dos Estados, visitas de monitoramento/acompanhamento aos Estados então qualificados no Plano, de relatos dos gestores e profissionais de saúde no sistema penitenciário e outros documentos, as equipes técnicas dos Ministérios da Saúde e da Justiça perceberam que era o momento adequado para se proceder uma revisão do PNSSP, a fim de aprimorar as ações de saúde direcionadas à população penitenciária.

Para isso, foi realizada em fevereiro de 2010 uma Consulta Pública Prévia, aberta para participação de profissionais de saúde que atuam no sistema penitenciário, gestores, órgãos de classe, sociedade civil e outros. As contribuições enviadas formaram um documento que subsidiou os eixos de discussão do Encontro Nacional Para revisão do PNSSP, realizado nos dias 11 e 12 de março de 2010, em Brasília (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2003).

Assim, do que pudemos encontrar durante as pesquisas, a participação da sociedade civil e de agentes não governamentais na elaboração do PNSSP, deu-se a partir dessa consulta pública, realizada em fevereiro de 2010, e cujos debates resultaram em uma nova edição do Plano.

5.3. O orçamento da saúde no cárcere: investimentos públicos no PNSSP

O artigo 4º da Portaria Interministerial 1777, de 09 de setembro de 2003, que aprova o PNSSP, determina que o financiamento das ações de saúde, no âmbito do Sistema Penitenciário, deverá ser compartilhado entre os órgãos gestores da saúde e da justiça das esferas de governo.

Para transformar o Plano em uma estratégia e possibilitar que se concretizem os objetivos nele estabelecidos, foi criado o "Incentivo para Atenção à Saúde no Sistema Penitenciário", cabendo ao Ministério da Saúde financiar o correspondente a 70% do recurso e ao Ministério da Justiça o correspondente a 30% do recurso.

Esse Incentivo é um componente variável do Piso de Atenção Básica, um mecanismo de financiamento do SUS, que como já explicamos anteriormente pertence ao Fundo Nacional de Saúde.

Prevê o Plano, que o Incentivo deve ser repassado em conformidade com o número de equipes implantadas nas unidades prisionais, da seguinte forma:

> Em unidades prisionais com o número acima de 100 pessoas presas, serão implantadas equipes de saúde, considerando uma equipe para até 500 presos, com incentivo correspondente a R$ 40.008,00 por ano, por equipe de saúde implantada.
>
> Em unidades prisionais com o número de até 100 pessoas presas, as ações e serviços de saúde serão realizadas por profissionais da Secretaria Municipal de Saúde, à qual será repassado Incentivo, no valor de R$ 20.004,00 por ano, por estabelecimento prisional.

O mecanismo de transferência dos repasses é chamado "transferência fundo a fundo", e funciona da seguinte forma: os recursos do Componente PAB Variável são transferidos do Fundo Nacional de Saúde ao Fundo de Saúde do Distrito Federal e dos Municípios, mediante adesão e implementação das ações constantes no Plano Nacional de Saúde e, mais especificamente, no PNSSP.

O plano, como dissemos no tópico 4.1, prevê que a ausência de alimentação dos Sistemas de Informação, por dois meses consecutivos ou por três meses alternados, resultará na suspensão do repasse do Incentivo para Atenção à Saúde no Sistema Penitenciário.

Embora o repasse da União para os Estados e Municípios ocorresse, parte considerável do financiamento não foi sequer utilizado. Uma pesquisa da Fiocruz aponta que, de 35 milhões repassados até 2008, apenas 2% foram utilizados (SILVA; DELDUQUE, 2012, p. 6).

O Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, considerando essa não aplicação do Incentivo pelos Estados e/ou Municípios, constatado a partir de visitas de monitoramento deste órgão e do Ministério da Saúde em 2009, suspende, através da Portaria 29/MJ de 2010, os 30% dos recursos que lhes cabia no incentivo e deixando a cargo do Ministério da Saúde o custeio integral do Plano.

Em novembro do ano seguinte, o Ministério da Saúde, considerando a manutenção de postura inerte por parte dos Estados qualificados no Plano com relação ao envio dos Relatórios Anuais de Gestão pertinentes ao PNSSP, suspende temporariamente o repasse com efeito retroativo ao mês de junho de 2010, e condiciona o reinício do repasse ao envio, por parte dos entes federados, dos relatórios de gestão em atraso.[11] O reinício dos repasses ocorreu somente em 2012.

11. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2801_28_11_2011.html]. Acesso em: 28.10.2016.

5.4. Focalização de políticas públicas: o público-alvo

Definir o público-alvo é parte essencial do bom funcionamento de uma política pública. Afinal, como já dissemos, é importante elaborar políticas específicas a partir das particularidades de cada parcela da população, chegando assim em resultados mais efetivos. O tópico 2 do plano, define o público alvo: 100% da população penitenciária brasileira, confinada em unidades masculinas, femininas e psiquiátricas (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2003).

Destacamos que, no ano de 2003, quando o PNSSP foi instituído, ainda não existia um sistema nacional de informações penitenciárias. O INFOPEN começa apenas em 2004, por esse motivo, no momento de sua criação e implementação, haviam apenas estimativas sobre a população-alvo.

Se observados os números do INFOPEN de 2014, temos que, em números absolutos, o Brasil tem a quarta maior população de presos provisórios do mundo, com 222.190 pessoas. Portanto, olhando a partir desse recorte, o Plano exclui do seu público alvo parte considerável da população prisional, contemplando apenas a dita "população penitenciária" - pessoas privadas de liberdade que já tem sentença condenatória. Ficam excluídos do atendimento os presos que não se encontram em regime fechado.

5.5. Estratégia de implantação e funcionamento do PNSSP

Em síntese, a partir de ações que envolvem todos os entes de federação e com o financiamento descrito no item 5.3, o PNSSP pretende: organizar ações e serviços de atenção básica à saúde nas unidades prisionais, incluindo a população penitenciária no SUS.

Para isso, prevê-se a criação (ou reforma) de equipes de saúde que atuarão nas unidades prisionais, financiadas com recursos advindos dos Ministérios da Saúde e da Justiça, para garantir atenção à saúde da população privada de liberdade, contribuindo para o controle e/ou redução dos agravos mais frequentes à saúde desta.

A avaliação da aplicação do PNSSP no âmbito das unidades prisionais, é realizada pelos Ministérios da Saúde e da Justiça, a partir dos relatórios informatizados, enviados via Sistemas de Informação do SUS e também de visitas e auditorias conjuntas dos Ministérios nas unidades.

Essa avaliação resultou, como já destacamos no tópico sobre financiamento, na suspensão do Incentivo por longos períodos. Entretanto, embora fosse realizada, essa avaliação permitiu o atraso na entrega dos relatórios por mais de um ano e permitiu também que de 2003 a 2008, quase a totalidade dos recursos

investidos não fossem sequer utilizados no âmbito da atenção à saúde no sistema prisional.

Em razão dessa inaplicabilidade de recursos e de outras questões avaliadas, entre 2009 e 2010, o Plano passou por um processo de revisão no âmbito governamental, ficando em Consulta Pública por 30 dias, para aperfeiçoar as ações de saúde destinadas a essa parcela da população.

Da criação do Plano até o momento de sua revisão, muitas questões se alteraram no panorama do Sistema Penitenciário. Dentre elas, o perfil da população presa. O texto original, ao fazer uma caraterização do público-alvo, afirma:

> *A população penitenciária brasileira é composta, predominantemente, por adultos jovens: homens brancos, solteiros de com menos de 30 anos de idade*. São, em sua grande maioria, pobres e condenados pelos crimes de furto e roubo. Poucos entre eles foram alfabetizados e possuíam profissão definida anteriormente à prisão, caracterizando uma situação de exclusão social anterior ao seu ingresso no Sistema Prisional (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2004, p. 12) – destaques dos autores.

Já quando do texto de revisão do Plano, a população carcerária caracterizava-se da seguinte forma:

> *A população penitenciária brasileira é composta, predominantemente, por adultos jovens – homens negros e pardos, solteiros e com menos de 30 anos de idade*. O conjunto de atividades das equipes de saúde nas unidades prisionais deve englobar a prevenção em DST/aids, independente da raça, etnia, idade, sexo, orientação sexual, identidade de gênero e natureza do crime. Entre as mulheres presas, um novo panorama tem se apresentado para o Brasil entre os anos de 2000 a 2009. O encarceramento de mulheres tem sido proporcionalmente três vezes maior que o encarceramento masculino, segundo dados do Ministério da Justiça (2009) e da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (2007). Estas mulheres são, em geral, jovens, mães solteiras, afrodescendentes, e 'na maioria dos casos, condenadas por envolvimento com tráfico de drogas, sendo que a maioria ocupa uma posição secundária na estrutura do tráfico' (SPM 2007). Encontram-se, geralmente, reclusas em cadeias ou unidades para presas provisórias, destinadas à espera do julgamento, sendo que estes estabelecimentos não possuem estrutura adequada a um espaço de cumprimento de pena (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2008, p. 8) – destaques dos autores.

Esse novo texto, portanto, aponta questões de raça e de gênero ausentes na primeira análise e destaca, ainda, a questão das presas provisórias. Há destaque também para a superlotação, a política repressiva contra drogas, a pressão social pelo

endurecimento das penas e a insalubridade como fatores que contribuem para o surgimento e agravamento de problemas de saúde na população penitenciária.

Outra inovação: o texto revisado, inclui um tópico chamado "participação social", que prevê que a elaboração, execução e avaliação das ações de saúde para a população penitenciária deverão ser estimuladas e apoiadas pela participação da sociedade civil organizada.

No que diz respeito à composição das equipes de saúde, o texto revisado acrescenta que é facultado às unidades prisionais o atendimento por profissionais que podem ser da Secretaria Estadual/Municipal de Saúde, respeitando a composição da equipe citada anteriormente, mantidas as recomendações sobre carga horária e formas de contratação pactuadas.

Por fim, com relação ao Incentivo, após o Encontro para Revisão do Plano, foi consensual a mudança da lógica de repasse, passando o valor do incentivo a ser calculado a partir do número de presos por Estado, e monitorado e avaliado por meio de indicadores de desempenho e metas pré-definidas.

Essas foram as principais alterações realizadas na revisão do Plano Nacional de Saúde para o Sistema Penitenciário. Apesar disso, após 10 anos do Plano, o relatório de gestão do Ministério da Saúde concluiu pelo esgotamento desse modelo (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014).

Em 2013, encontravam-se qualificados ao PNSSP, 100% dos Estados e o Distrito Federal, o que representa 319 equipes cadastradas no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde, destas, 257 encontravam-se ativas para recebimento do incentivo financeiro de custeio, em 227 unidades prisionais, de 157 Municípios.

O índice de 100% de qualificação dos Estados foi alcançado em 2013 com a adesão do Rio Grande do Norte, único Estado que ainda não havia aderido ao Plano. Além disso, o relatório destaca que 72,7% dos presos encontravam-se em unidades prisionais localizadas em 163 Municípios com bons ou razoáveis desempenhos do SUS e capacidades de oferta de atenção em sua rede.

No entanto, como ressalta o próprio texto do relatório, esses números não significam que a população prisional usufrua de tais recursos. Na verdade, aos 10 anos do Plano, apenas 30% da população carcerária tinha acesso aos serviços de saúde (RODRIGUES, 2013). O relatório de gestão do Ministério da Saúde aponta diversos motivos para isso. Dentre eles:

- Equipes de saúde que são vinculadas à justiça e que não trabalham na lógica do SUS;
- Ausência de fluxo para Rede de Atenção à Saúde;
- Pouca alimentação dos sistemas de informação do SUS;

- Gestores locais apresentaram dificuldades em contemplar as pessoas custodiadas em suas estratégias e Planos Municipais de Saúde;
- Ausência de articulação entre as ações das equipes de saúde prisional e as das equipes de atenção primária das unidades básicas de referência dos municípios; e
- Investimento para manutenção das Equipes da Atenção à Saúde Sistema Penitenciário considerado baixo.

O relatório afirma ainda que apenas 14,8% dos Estados brasileiros operavam na lógica do SUS, o restante possuía equipes de saúde baseadas na previsão da Lei de Execução Penal e vinculadas às Secretarias de Justiça ou Administração Penitenciária. Em razão disso, é que ocorria a pouca alimentação dos sistemas de informação do SUS e a ausência de fluxo para a Rede de Atenção à Saúde.

Essas questões apontam para uma grande divergência entre o desenho normativo e o funcionamento efetivo do PNSSP. O Plano tem como ideia central a inclusão da População Penitenciária no SUS, mas demonstrou-se absolutamente insuficiente para tanto.

Após uma década de financiamento e controle de aplicação do Plano, menos de 50% da população privada de liberdade teve acesso garantido à saúde, e muitas das equipes de saúde existentes ainda funcionavam em um modelo obsoleto, ainda nos termos em que previsto na LEP.

Além disso, a tentativa de garantir a intersetorialidade falhou. Como destaca o próprio relatório de gestão do Ministério da Saúde de 2013, grande parte das equipes de saúde ficavam vinculadas exclusivamente à justiça, o que demonstra que os Estados não incentivaram a municipalização do Plano.

O Plano demonstrou-se limitado também por não incluir a totalidade da população privada de liberdade como público-alvo da política, excluindo parcelas imensas dessa população, como os presos provisórios. Além disso, a destacada falta de alimentação dos Sistemas Informatizados, fez com que não fosse possível um mapeamento da saúde no Sistema Penitenciário e as equipes que não operavam na lógica do SUS.

Com base em constatações como essas, após 10 anos de PNSSP, entendeu-se necessário o processo de redesenho deste, sendo elaborada, em 2013, a Política Nacional para Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), publicada pela Portaria Interministerial 1, de 02 de janeiro de 2014.

Essa política encerrou os trabalhos do PNSSP e inseriu formalmente a população prisional na cobertura do SUS, visando a assegurar que cada unidade prisional fosse um ponto integrante da Rede de Atenção à Saúde do SUS.

A Rede de Atenção à Saúde do SUS, segundo informações do Ministério da Saúde, é um arranjo organizativo de ações e serviços de saúde, de diferentes densidades tecnológicas que, integradas por meio de sistemas de apoio técnico, logístico e de gestão, buscam garantir a integralidade do cuidado.[12]

Não pretendemos aprofundar o estudo sobre a política, pois nossa pesquisa limitou-se a avaliar o PNSSP, mas é possível dizer, por exemplo, que ela aprimora os mecanismos de repasses e avaliação e supera a limitação do PNSSP com relação ao público alvo, entendendo por pessoas privadas de liberdade no sistema prisional aquelas com idade superior a 18 (dezoito) anos e que estejam sob a custódia do Estado, em caráter provisório ou sentenciados, para cumprimento de pena privativa de liberdade ou medida de segurança.

A Política também remodela as equipes de saúde, reduzindo seu tamanho e dividindo-as por faixas de atenção. Há previsão expressa de vinculação às Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde e cria-se uma política de educação permanente para os trabalhadores em serviços penais, que visa a humanizar o atendimento.

Embora sua implementação seja muito recente, o último Levantamento de Informações Penitenciárias buscou avaliar a aplicação da Política nas unidades prisionais do país, chegando aos números que constam do Infopen 2014. Como já destacamos em tópicos anteriores, a despeito da previsão da PNAISP, cerca de um terço (37%) das unidades prisionais do Brasil tem módulo de saúde. E apesar de 37% das unidades apresentarem módulo de saúde, apenas 63% das pessoas privadas de liberdade encontram-se nessas unidades. Ou seja, mais de um terço da população privada de liberdade não tem acesso a qualquer serviço de atenção básica de saúde na unidade.

Esses números, somados aos altíssimos índices de tuberculose e outras doenças que destacamos durante a pesquisa, apontam para a dificuldade de garantir à população privada de liberdade o acesso, constitucionalmente garantido, aos serviços de saúde.

6. Conclusão

Segundo o último relatório do INFOPEN, o Brasil já ultrapassou a faixa de 600 mil pessoas encarceradas. Com isso, em números absolutos e relativos, nosso país passa a ocupar o posto de quarta maior população carcerária do mundo.

12. Conforme a notícia, disponível em: [http://dab.saude.gov.br/portaldab/smp_ras.php] Acesso em: 15.10.2016.

Além da altíssima taxa de aprisionamento, as condições de reclusão são degradantes. Celas superlotadas, falta de higiene e saneamento básico, denúncias de tortura e a quase inexistência de acesso à saúde fazem parte do cotidiano da execução penal brasileira, ao arrepio da Constituição Federal e da legislação que rege a execução penal.

Esse encarceramento massivo também é carregado de seletividade e atinge majoritariamente a parte mais vulnerável da população, que já sofre discriminações de raça, classe e gênero. Como buscamos demonstrar neste trabalho, a seletividade punitiva tem origem em desigualdades estruturais, frutos do modo de produção capitalista.

Ocorre que, por sermos um Estado capitalista do tipo dependente, com dificuldade de acumular capital, existe em nossa população uma massa de pessoas marginalizadas, suscetíveis de rebelarem-se a qualquer momento. Para reprimir qualquer ensaio de revolta por parte dessa população, o Estado utiliza diversos mecanismos, dentre os quais se encontram a pena e o direito penal.

É no contexto de uma sociedade marcada pelo antagonismo de classes que a luta pela criação e execução de políticas públicas faz sentido. Afinal, se já fossem materialmente garantidos, de forma igualitária, os direitos e garantias constitucionais, não haveria necessidade de discutir-se quaisquer políticas sociais. Assim, é a partir da demanda popular por transformações sociais e por garantia de direitos, que será possível buscar uma sociedade mais justa e igualitária.

Nossa legislação penal, inscrita no seio de um Estado Democrático de Direito, é balizada pela dignidade da pessoa humana. Essa legislação objetiva a reabilitação do sujeito apenado e prevê que encerrado o cumprimento da pena, essas pessoas devem retornar ao convívio social. Para que a reintegração seja possível e para que se consiga, por exemplo, inserir os egressos do sistema prisional no mercado formal de trabalho, adequadas condições de saúde física e mental são pressupostos básicos.

Entretanto, analisadas as condições do cárcere, podemos afirmar que a execução penal no Brasil não tem dado efetividade a essa finalidade da pena, embora os presos sejam reconhecidos pelo Estado brasileiro como cidadãos. Como destacamos, pessoas privadas de liberdade são dotadas de dignidade e têm garantidos todos os direitos que não tenham incompatibilidade com a sentença penal condenatória.

Tendo em vista a centralidade da cidadania em nossa Constituição Federal e o papel importantíssimo que cumprem os direitos sociais no modelo de Estado por nós adotado, afirmamos que é imprescindível a atuação estatal para materializar a igualdade formalmente prevista, através da concretização de direitos (dentre

eles o direito à saúde da população privada de liberdade). A elaboração e execução de políticas públicas, apresentam-se como um bom mecanismo para tanto.

Sendo as políticas públicas encaradas como normas, constituídas por princípios e regras, que visam a concretizar os direitos sociais constitucionalmente previstos, mas, em razão da interdisciplinaridade que envolvem, não ficam limitadas a essa esfera. São, portanto, arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que incidem no sistema jurídico e são por ele realizados.

A partir de ações que envolvem todos os entes de federação e com uma previsão de financiamento, o PNSSP pretende organizar ações e serviços de atenção básica à saúde nas unidades prisionais, incluindo a população penitenciária no SUS.

O PNSSP considera que as condições de vida e saúde afetam o comportamento das pessoas em sociedade, e com base nisso, pretende assegurar, através do exercício do direito à saúde, que a pessoa presa possa tornar-se produtiva, o que se enquadra perfeitamente nas ideias de reeducação e reinserção inscritas em nosso ordenamento jurídico.

Entretanto, embora represente um progresso na medida em que visa à inclusão da população privada de liberdade no SUS, relatórios e pesquisas por nós analisados, apontam que diversos anos após a criação desta política pública, pouco se alterou no âmbito da saúde prisional. Isso, em parte, pela pouca destinação orçamentária para o Sistema Penitenciário. Entretanto, parece-nos que a falta de avaliação e de uma melhor distribuição de competências, cumprem papel importante no fracasso da política.

Embora houvesse esse monitoramento pelos Ministérios da Justiça e Saúde, ficou demonstrado que os Estados qualificados, em sua maioria, executavam os serviços de saúde ainda com base nas determinações da LEP, descumprindo, por anos, as determinações do Plano.

Além disso, a despeito de ser a atenção básica à saúde municipalizada, o PNSSP delega à administração penitenciária grande parte da responsabilidade pela formação de equipes de saúde nas unidades prisionais. Isso dificulta a inclusão da população privada de liberdade no SUS, pois cria um mecanismo de funcionamento das unidades de saúde, que não atua dentro da lógica de funcionamento do SUS.

Assim, apontamos como caminhos para aperfeiçoar as políticas públicas de saúde no sistema penitenciário: i) melhoria nos mecanismos de controle e avaliação das políticas, aliada à ampliação das verbas destinadas à situação carcerária; e ii) maior trabalho de educação com a sociedade civil, apontando a população carcerária como portadora de direitos, como cidadãos; iii) uma melhor

distribuição de competências e que sejam estimuladas relações intersetoriais efetivas, pois a atividade envolve, no mínimo, a atuação conjunta de dois entes: Município (responsável pela atenção básica) e Estados (responsáveis pela administração penitenciária).

Nesse contexto, a criação de políticas públicas de saúde para o sistema penitenciário representa um enorme avanço e sinaliza uma possibilidade de alteração da lógica de funcionamento de nossa situação carcerária. Entretanto, o modelo e o desenho dessas políticas devem ser pensados criteriosamente, sob pena de não atenderem ao seu objetivo e finalidade de efetivação dos direitos do cidadão preso, como ocorreu com o PNSSP.

Apesar das inúmeras dificuldades, o PNSSP e seu redesenho, a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional, demonstram que nosso país tem dedicado esforços a construir uma política de saúde para o sistema prisional. A construção dessas políticas representa um passo importante na tarefa de efetivação de direitos no cenário prisional, e, mais do que isso, é um pressuposto básico para o desenvolvimento do Brasil.

Referências

AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

BENEVIDES, Maria Victoria. In: Carvalho, José Sérgio. Educação, Cidadania, Direitos Humanos. Petrópolis: Vozes, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões para um conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. Estado intervencionista e Constituição Social no Brasil: o silêncio ensurdecedor de um diálogo entre ausentes. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BRASIL. Site promove reflexão e disponibiliza informações sobre o SUS. *Portal Brasil*. Brasília, 12 nov. 2014. Disponível em: [www.brasil.gov.br/saude/2014/11/site-promove-reflexao-e-disponibiliza-informacoes-sobre-o-sus]. Acesso em: 26.10.2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari . Quadro de referência de uma Política Pública – Primeiras linhas de uma visão jurídico institucional. In: SMANIO; BERTOLIN; BRASIL (Orgs.) *O direito na fronteira das políticas públicas*. São Paulo: Páginas & Letras, 2015.

CANCIAN, Natália. *População carcerária cresce 7% ao ano e soma hoje 607 mil pessoas*. Folha de S. Paulo. Caderno Cotidiano. Disponível em: [www1.folha.luol.com.br/cotidiano/2015/06/1646639-com-607-mil-presos-brasil-tem-a-4-maior-populacao-carceraria-do-mundo.shtml#]. Acesso em: 01.06.2016.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: DE MELLO, Celso Antonio Bandeira (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 2.

CONECTAS. *ONU demanda redução do número de presos no Brasil*: Informe de relator contra a tortura é o primeiro em 15 anos. Disponível em: [www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/41562-onu-demanda-reducao-do-numero-de-presos-no-brasil]. Acesso em: 01.06.2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Reincidência criminal no Brasil* – Relatório de Pesquisa. 2015. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf]. Acesso em: 14.06.2016.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde – SUS*. Brasília, 1996. Disponível em: [http://conselho.saude.gov.br/legislacao/nobsus96.htm]. Acesso em: 26.10.2016.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE . Portaria 16, de 26 de fevereiro de 2015. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/portaria-n16-26-02-2015-presidncia.pdf]. Acesso em: 09.10.2017.

DIEESE. *Os negros no trabalho*. São Paulo: DIEESE, 2013. Disponível em: [www.dieese.org.br/analiseped/2013/2013pednegrosmetEspecial.pdf]. Acesso em: 20.08.2016.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.

FERREIRA, Maria C. F. Necessidades humanas, direito à saúde e sistema penal. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Política Social – Mestrado e Doutorado*. Brasília, Universidade de Brasília, 2009.

HIRSCH, Joaquim. *Teoria materialista do Estado*. Trad. Luciano Cavini Martorano. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

LOPES, Ana Maria D´Ávila. A cidadania na Constituição Federal brasileira de 1988: redefinindo a participação política. In: BONAVIDES, Paulo; DE MARQUES, Francisco Gérson Lima; BEDÊ, Fayga Silveira. (Orgs.). *Constituição e cidadania:* estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARTINI, Márcia. *A seletividade punitiva como instrumento de controle das classes perigosas*. Disponível em: [https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/650/3.4.1%20A%20seletividade%20punitiva.pdf?sequence=1]. Acesso em: 06.06.2016.

MARTINS, Luísa. *'Presídios do País são masmorras medievais', diz ministro da Justiça*. Estado de S. Paulo. Caderno Brasil. Disponível em: [http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,presidios-brasileiros-sao-masmorras-medievais--diz-ministro-da-justica,10000001226]. Acesso em: 23.10.2016.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Departamento Penitenciário Nacional. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen*: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias –2014a. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso: 22.04.2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Mapa do encarceramento*: os jovens no Brasil. 2014b. Disponível em: http://juventude.gov.br/articles/participatorio/0009/3230/mapa-encarceramento-jovens.pdf. Acesso em 05.06.2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN Mulheres – junho de 2014*. 2015. Disponível em: [www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf]. Acesso em: 05.06.2016.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário*. Brasília, 2004. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_nacional_saude_sistema_penitenciario_2ed.pdf]. Acesso em: 22.04.2016.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário*. 2.ed. Brasília, 2005. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_nacional_saude_sistema_penitenciario_2ed.pdf. Acesso em: 22.04.2016.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Entendendo o SUS*. Brasília, 2008. Disponível em: [http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/cartilha-entendendo-o-sus-2007.pdf]. Acesso em: 26.10.2016.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário*. 3. ed. Brasília, 2008. Disponível em: [http://crpsp.org.br/interjustica/pdfs/outros/Revisao_PNSSP.pdf]. Acesso em: 22.04.2016.

MINISTÉRIO DA SAÚDE . *Relatório de Gestão 2013*. Brasília: Secretaria de Atenção à Saúde, 2014. Disponível em: [http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/abril/01/relatorio-de-gestao-sas-2013.pdf]. Acesso em: 20.10.2016.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Você sabe o que é equidade? *Blog da Saúde*. 24 ago. 2015. Disponível em: [www.blog.saude.gov.br/entenda-o-sus/50111-voce-sabe-o-que-e-equidade.html]. Acesso em: 16.10.2016.

NEVES, Sofia. Feminicídio: o fim da linha da violência de género. *Ex aequo*, Lisboa, n. 34, p. 9-12, dez. 2016. Disponível em: [www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602016000200002&lng=pt&nrm=iso]. Acesso em 13.03.2018.

OLIVEIRA, Dennis de. Dilemas da luta contra o racismo no Brasil. *Margem Esquerda*, São Paulo, n. 27, p. 31-37, 2º sem. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NACÕES UNIDAS. *Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. 2012. Disponível em: [https://nacoesunidas.org/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf]. Acesso em: 06 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NACÕES UNIDAS. *ONU Mulheres – visão geral*. 2016a. Disponível em: [www.onumulheres.org.br/brasil/visao-geral/]. Acesso em: 15.10.2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NACÕES UNIDAS. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil*. 2016b. Disponível em: [www.conectas.org/arquivos/editor/files/G160141RelatorioTorturaVisitaBR2015.pdf]. Acesso em: 06.06.2016.

POULANTZAS, N. *O Estado, o poder, o socialismo*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

RAMOS, Almir José de. *Saúde da mulher presa*. s/d. Disponível em: [http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2015/08/Anexo-Saude-da-Mulher-Presa.pdf]. Acesso em: 25.10.2016.

RODRIGUES, Karina. *Apenas 30% dos presos do País têm assistência à saúde*. O Globo. 07 dez. 2013. Disponível em: [http://oglobo.globo.com/brasil/apenas-30-dos-presos-do-pais-tem-assistencia-saude-11003148]. Acesso em: 20.10.2016.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena*: fundamentos políticos e aplicação judicial. 26. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005.

SERRA, Marco Alexandre de Souza. *Economia política da pena*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

SILVA, Martinho Braga Batista e; DELDUQUE, Maria Célia. *Relatório do Projeto de Pesquisa "Do Plano à Política: garantindo o direito à saúde para todas as pessoas*

do sistema prisional" Etapa 1: 01.01.2012 a 31.03.2012. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012. Disponível em: [http://www6.ensp.fiocruz.br/radis/sites/default/files/pdf/martinho_relatorio_saudeprisional.pdf]. Acesso em: 28.10.2016.

SILVA Filho, Manoel Bernardino da. *A saúde nas prisões: uma análise constitucional da (in)efetividade dos direitos sociais atrás das grades*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2011. Disponível em: [www.repositorio.ufal.br/handle/riufal/769]. Acesso em: 28.04.2016.

SINHORETTO, Jacqueline; SILVESTRE, Giane; SCHLITTLER, Maria Carolina. *Desigualdade racial e segurança pública em São Paulo*. São Carlos: UFSCAR, 2014. Disponível em: [www.ufscar.br/gevac/wp-content/uploads/Sum%C3%A1rio-Executivo_FINAL_01.04.2014.pdf]. Acesso em: 31.10.2016.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. (Orgs.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas S.A, 2013.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patrícia Cristina (Orgs.). *O direito na fronteira das políticas públicas*. São Paulo: Página e Letras, 2015.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 16, ano 8, p. 20-45, jul.-dez. 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- Gigante em ruínas: um assombroso panorama do sistema carcerário nacional, de Fabio Lobosco Silva – *RBCCrim* 123/361-380 (DTR\2016\24045).

Loucura e exceção: uma análise da dignidade dos esquecidos em Foucault, Agamben e na literatura distópica

Madness and exception: an analysis of the dignity of those forgotten in Foucault, Agamben and in the distopic literature

Nelson Camata Moreira

Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Sevilla, com bolsa CAPES. Doutor em Direito pela Unisinos/RS, com estágio de pesquisa anual na Universidade de Coimbra, com bolsa CAPES. Líder do Grupo de Pesquisa CNPQ Teoria Crítica do Constitucionalismo da FDV/ES. Professor do programa de pós-graduação *stricto sensu* e da graduação em Direito da FDV/ES. Membro Honorário e Vice-Presidente da Rede Brasileira Direito e Literatura. Advogado.
nelsoncmoreira@hotmail.com

Larah Brahim Duarte dos Santos

Graduanda em Direito e bolsista de Iniciação Científica da Faculdade de Direito de Vitória – FDV/ES.
larahbrahim@hotmail.com

Recebido em: 30.03.2017
Aprovado em: 06.03.2018
Última versão dos autores: 23.03.2018

Áreas do Direito: Direitos Humanos; Penal

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo apontar como a literatura distópica contribui para a compreensão da loucura e das instituições manicomiais no contexto brasileiro, evidenciando as violações à dignidade da pessoa humana ocorridas nos hospitais psiquiátricos Colônia de Barbacena e Colônia Adauto Botelho. Para tanto, é imprescindível a abordagem das obras de Foucault, em relação ao biopoder e à loucura, Agamben, no que tange aos travestimentos do Estado de Exceção, além da Literatura distópica presente na obra 1984 de Orwell.

Palavras-chave: Loucura – Dignidade Humana – Distopia – Direito e Literatura.

Abstract: The present work aims to show how dystopian literature contributes to the understanding of insanity and insane mental institutions in the Brazilian context, evidencing the violations of the dignity of the human person that occurred in the psychiatric hospitals of Colonia de Barbacena and Colonia Adauto Botelho. In order to do so, it is essential to approach Foucault's works in relation to biopower and madness, Agamben with regard to the travestiments of the State of Exception, as well as the dystopian literature present in Orwell's 1984 work.

Keywords: Madness – Human dignity – Dystopia – Law and Literature.

Moreira, Nelson Camata; Santos, Larah Brahim Duarte dos. Loucura e exceção: uma análise da dignidade dos esquecidos em Foucault, Agamben e na literatura distópica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 148. ano 26. p. 495-515. São Paulo: Ed. RT, outubro 2018.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Estado Democrático de Direito e a pessoa portadora de transtorno mental. 2.1. O Estado Democrático de Direito como a antítese de todos os totalitarismos: o reconhecimento dos diferentes no exemplo privilegiado da pessoa portadora de transtorno mental. 3. Loucura, biopoder e o estado de exceção permanente. 3.1. A história da loucura, quem são os loucos? 3.2. O biopoder e a gestão da vida. 3.3. O manicômio como instituição total e o estado de exceção travestido. 4. A literatura distópica como chave de compreensão do "indizível" da humanidade. 4.1. O mundo distópico em 1984. 5. Considerações finais. 6. Referências.

Guerra é Paz.
Liberdade é Escravidão.
Ignorância é Força.
(George Orwell, 1984)

1. Introdução

A Constituição brasileira de 1988 vem inaugurar o período de redemocratização do país após anos de Ditadura Militar, período no qual se retrata grandes violações à dignidade humana, que, por sua vez, consiste no mais caro princípio posto na Constituição de 1988, pois, como é sabido, todos os direitos fundamentais positivados na Constituição têm como pano de fundo a afirmação da pessoa humana e de sua dignidade, à qual está relacionada para além do direito à vida, englobando as condições e as obrigações do Estado a fim de garantir o desenvolvimento de uma vida com dignidade (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 136).[1]

Nesse sentido, o presente estudo traz uma abordagem da questão do (des)respeito à dignidade dentro da chamada política manicomial e do tratamento dado à loucura pelo Estado Brasileiro. Os exemplos que serão trazidos a seguir demonstram violações sistemáticas acerca da dignidade humana num desses "lugares de poder" (instituições psiquiátricas), onde as narrativas de torturas e maus tratos de todas as naturezas, muitas vezes, passam à margem de qualquer tipo de responsabilização do poder público.

À luz do exposto, torna-se necessário que o caso dos manicômios de Barbacena e Adauto Botelho sejam (re)memorados para que violações como essas não aconteçam novamente, sobretudo, em tempos de constante processo de (re)afirmação do Estado Democrático de Direito.

1. Este Artigo repercute a Pesquisa de Iniciação Científica, desenvolvida pela Graduanda em Direito Larah Brahim Duarte dos Santos, orientada pelo Professor Dr. Nelson Camatta Moreira, no âmbito do Grupo de Pesquisa CNPq Teoria Crítica do Constitucionalismo do PPGD-FDV(ES).

Assim, o presente texto tem como objeto central de estudo compreender, com o auxílio essencial da literatura distópica, a sistemática violação da dignidade humana de "pessoas portadoras de transtornos mentais" em instituições estatais, os ditos manicômios. Para tanto, num primeiro momento, será tratada a importância do Estado Democrático de Direito e quais foram os percalços do caminho até o advento deste.

Em seguida, será abordada, rapidamente, a importância da valorização, pelo direito, da dignidade humana, bem como a proteção dos direitos fundamentais fomentados pela Constituição de 1988. Além disso, a pesquisa irá analisar as violações estatais ocorridas na instituição manicomial "Hospital Psiquiátrico Colônia de Barbacena", localizado na cidade de Barbacena – MG, com aporte na obra de Daniela Arbex (Holocausto Brasileiro), bem como, em alguma medida, as violações ocorridas na Colônia Adauto Botelho na cidade de Cariacica – ES.

Posteriormente, o trabalho terá como escopo a análise da construção do discurso da loucura por intermédio do estudo de algumas obras de Michel Foucault. Esse autor, unido a Giorgio Agamben, será peça-chave para a compreensão das práticas do biopoder na modernidade, tendo como paradigma o campo de concentração que, sob a ótica do estado de exceção, produzirá a representação máxima da figura do *homo sacer*.

Por fim, será feita uma aproximação entre o os dois primeiros itens abordados com a literatura, em especial a literatura distópica representada pelo livro 1984, de George Orwell, buscando encontrar elementos nesse gênero literário que possibilitem a análise do desrespeito da dignidade humana no contexto manicomial brasileiro.

2. O Estado Democrático de Direito e a pessoa portadora de transtorno mental

2.1. O Estado Democrático de Direito como a antítese de todos os totalitarismos: o reconhecimento dos diferentes no exemplo privilegiado da pessoa portadora de transtorno mental

A afirmação dos direitos humanos ao longo dos séculos coincide com as transformações históricas do homem, no entanto, não se pode negar a complexidade em que se desenvolveu esse processo, considerando-se que a ideia de direitos do homem teve uma expressão, um significado diferente de acordo com o tempo e o espaço em que estavam inseridos (MOREIRA, 2012, p. 89).

Ademais, os direitos do homem, na forma que conhecemos positivados em cartas fundantes sobre a perspectiva dos direitos fundamentais, são construções

e convenções sociais, que partem de uma certa visão de mundo, principalmente, europeia.

Alega-se, portanto, que, em alguns lugares do mundo, não se (re)conhecem os direitos humanos na forma em que concebemos. Diante disso, características destinadas a esses, tais como, universalidade, ou seja, que os direitos humanos/direitos do homem estão de forma homogênea para toda humanidade, perdem o seu sentido.

Dito de outro modo, sustenta-se que, cada lugar, seja no ocidente ou no oriente, situado em um dado período histórico, teve seus avanços e recuos acerca da afirmação e do desenvolvimento dos direitos humanos. Prova disso é a recente história brasileira, a qual é marcada por um longo e sombrio período de Ditadura Militar que possibilitou diversos tipos de violações à pessoa humana e a sua dignidade que, por sua vez, retrata a ideia do homem enquanto sujeito autônomo de direitos (CANOTILHO, 2003, p. 138), e é consagrada na ordem constitucional brasileira, além de ser fundamento basilar do Estado Democrático de Direito e matriz principal na positivação de direitos fundamentais na Constituição de 1988.

Nessa perspectiva, observa-se que o fenômeno da valorização da dignidade humana não é exclusivo do constitucionalismo brasileiro, mas um movimento de todo o mundo ocidental, tendo em vista que, no campo do Direito Internacional (PIOVESAN, 2011, p. 251), começa a ser delineado todo um sistema normativo a fim de se proteger os direitos humanos.

Considerando-se que essa preocupação com a proteção da dignidade no século XX é decorrente das barbáries advindas da 2ª Guerra Mundial, dos totalitarismos alemão e italiano e, principalmente, do Holocausto, pode-se afirmar que a atenção à dignidade humana e todas as suas implicações são fruto, a princípio, de sua dimensão violatória, como demonstrado anteriormente no exemplo privilegiado do Brasil.

Em outras palavras, a positivação da dignidade humana e dos direitos fundamentais na carta de 1988 e o processo de internacionalização desses, materializados em pactos, tratados e convenções de direitos humanos, são uma resposta às violações ocorridas anteriormente (MOREIRA, 2012, p. 82).

Nessa perspectiva, (re)afirma-se a importância da característica histórica dos direitos fundamentais, que surgem a partir de necessidades resultantes dos processos históricos das sociedades que são marcados por lutas, as quais resultam em reconhecimento de direitos a serem positivados (SILVA, 2011, p. 347), ou seja, os direitos humanos não nascem de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 2004, p. 28).

Observa-se, portanto, que o Estado Democrático de Direito Brasileiro, sugerido pela Constituição de 1988, assenta-se em dois principais pilares, que são a democracia e defesa dos direitos fundamentais (MOREIRA, 2012, p. 23), que surgem como uma resposta aos acontecimentos internos, os quais demonstraram que o próprio Estado foi o principal violador de direitos e da dignidade humana, por intermédio, principalmente, de suas Instituições.

Dito isso, pode-se afirmar que um exemplo de violações estatais institucionalizadas é o caso do "Colônia", maior hospital psiquiátrico brasileiro fundado no ano de 1903, na cidade de Barbacena – MG, cuja história foi (re)contada no livro reportagem "Holocausto Brasileiro" (ARBEX, 2013).

A justificativa oficial para o funcionamento do Colônia era a de um hospital para tratamento de doenças mentais/psíquicas, entretanto, observa-se que ele cumpria a função não declarada de higiene social, de abrigar os indesejáveis, haja vista que todos aqueles que estavam fora do padrão da família brasileira do século XX e ameaçavam a ordem pública eram enviados ao manicômio de Barbacena, como retrata Daniela Abex:

> O Colônia tornou-se destino de desafetos, homossexuais, mães solteiras, alcoolistas, mendigos, negros, pobres, pessoas sem documentos e todo tipo de indesejáveis, inclusive os chamados insanos. A teoria eugenista, que sustentava a ideia de limpeza social, fortalecia o hospital e justificava seus abusos. Livrar a sociedade da escória, desfazendo-se dela, de preferência em local que a vista não pudesse alcançar (ARBEX, 2013, p. 26).

Como afirmado, a maioria dos pacientes do Colônia não tinham diagnóstico de doença mental, funcionando o manicômio como um campo de concentração travestido de hospital (ARBEX, 2013, p. 25).

Mesmo após a publicização do caso, não houve, por parte do Estado, nenhum projeto de assumir a responsabilidade no que diz respeito às violações ocorridas no hospital. Diante disso, com auxílio de seu livro, Daniela Arbex tenta dar voz àqueles que foram calados violentamente pelos Governos e pelos temidos eletrochoques, como explicitado no trecho a seguir:

> Os pacientes do Colônia morriam de frio, fome, de doença. Morriam também de eletrochoque. Em alguns dias, os eletrochoques eram tantos e tão fortes, que a sobrecarga derrubava a rede do município. Nos períodos de maior lotação, dezesseis pessoas morriam a cada dia. Morriam de tudo – e também de invisibilidade. Ao morrer davam lucro. Entre 1960 e 1980, 1853 corpos de pacientes do manicômio foram vendidos para dezessete faculdades de medicina do país, sem que ninguém questionasse (ARBEX 2013, p. 14).

Há aqui uma clara "politização" da vida, a de alguns indivíduos vale mais do que a de outros e, nesse caso, fixa-se que os internos do Colônia são "homens sacros", ou seja, representam a vida que não merece viver, o corpo que pode ser sacrificado, "a vida sacra", a qual pode ser impunemente eliminada (AGAMBEN, 2010, p. 135).

Nesse sentido, em poucas palavras, ainda com AGAMBEN (2008, p. 60), a expressão máxima do *homo sacer* no século XX encontra-se nos campos de concentração ou extermínio, da Alemanha de Hitler, no "muçulmano", o qual consistiria na figura do judeu que se tornou o maior produto da experiência totalitária, uma vez que a sua vida resume-se em uma vida biológica. Os campos de concentração, antes de serem campos de morte, são lugares onde há a transformação do homem em "não-homem", ou seja, a preocupação não mais se resume em "fazer morrer ou deixar viver", mas sim em fazer sobreviver (AGAMBEN, 2008, p. 60).

É importante também ressaltar a importância e a apropriação da medicina pelas instituições estatais, uma vez que, com um laudo médico, é possível rotular as pessoas, criar uma distinção entre as sãs e as loucas, ou seja, fazer um etiquetamento entre as que possuem e não possuem condições para o convívio em sociedade.

Evidencia-se, com isso, o olhar seletivo da medicina, o internamento manicomial não será para todos e sim para aqueles que precisam ser vistos como loucos, pois eles se diferem do corpo social e, por isso, torna-se necessária à sua neutralização. Nota-se que o Estado, com base no do discurso de proteção social, se fundamenta na medicina, muitas vezes, para legitimar a seletividade em relação aos que devem ser internados em manicômios e hospícios (FOUCAULT, 1997, p. 87).

Além disso, é preciso perceber que nenhuma violação dos direitos humanos mais básicos se sustenta por tanto tempo sem que haja o consentimento ou a omissão das instituições estatais. Em especial, um genocídio de mais de 60 mil pessoas em um hospital psiquiátrico público (ARBEX, 2013, p. 22). Vale salientar que a omissão ou a comissão do poder público em relação a essa barbárie perpassam diversos Governos, entre eles, a era Vargas, a Ditadura Militar e, ao todo, quatro Constituições Federais.

O caso do manicômio de Barbacena é mais conhecido pela sociedade civil em razão da repercussão que sua história teve, vindo a ser retratada no livro aqui já referenciado. No entanto, a política manicomial brasileira não se restringiu ao Estado de Minas Gerais, tendo em vista que diversos hospitais psiquiátricos foram implantados em cidades por todo o país, inclusive, no Espírito Santo, mais precisamente, na cidade de Cariacica. O "hospício capixaba" foi inaugurado no ano de 1954 e, por mera coincidência, ou não, levava o nome

de "Hospital Colônia Adauto Botelho", hoje chamado de Hospital Estadual de Atenção Clínica (HEAC).

As pesquisas relacionadas ao manicômio verificam a relação direta entre a polícia e o hospital, haja vista que a maioria dos pacientes eram trazidos pela chefatura de polícia, o que, em um primeiro momento, leva a crer que a loucura é tratada como um caso de polícia da maneira como afirmado na seguinte entrevista:

> Algum ato que a polícia talvez não gostasse, abordasse, qualquer coisa assim. Até mesmo você estar despido na rua. Então o ato de internação era feito pela polícia, era difícil a família estar internando. Era a polícia. Era a polícia que silenciava "algum ato na rua". E era essa mesma polícia que levava ao hospital aqueles que haviam cometido crimes: "Teve uma mulher que arrancou a cabeça do marido com uma foice, lá no alto de um cafezal" – informa Maria. E fala sobre tantos outros que, tendo cometido assassinatos, acabavam por ser internados no Adauto Botelho. Faces múltiplas que se faziam notar em um mesmo hospital (ARAGÃO; CARRION; MARGOTO, 2014).

Acerca desse caráter de "polícia médica", Vera Malaguti Batista (2014, p. 43) afirma que tal característica faz parte de uma perspectiva biopolítica da governabilidade das populações, que resultará, como no manicômio de Barbacena, em uma higienização social. Dessa forma, especula-se que a criminalidade em Minas Gerais e na Grande Vitória, por exemplo, era vista como uma patologia, estendendo-se o controle punitivo aos hospitais psiquiátricos em diferentes lugares do Brasil. Isso posto, pode-se afirmar que, naquele contexto, a loucura e o crime eram alvos de medidas ditas como "terapêuticas".

Nos dois exemplos, tanto no manicômio de Barbacena quanto no Hospital Colônia Adauto Botelho, nota-se que as condutas violatórias praticadas pelas instituições estatais são anteriores à Constituição de 1988 e ao Estado Democrático de Direito. Com o advento desse, aos poucos, a política manicomial vai cedendo lugar a uma política antimanicomial. O internamento passa a ser a última alternativa viável para o portador de transtornos mentais e o direito à diferença é fomentado por políticas públicas estatais, como pela Lei 10.206/2001, que tem por finalidade proteger e garantir os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

Conforme essa Lei, todos os pacientes que padecem de transtornos mentais têm direito a ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, adequado às suas necessidades, bem como ser tratado com humanidade e respeito, e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando a alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade

Além disso, esses pacientes deverão ser protegidos contra qualquer forma de abuso e exploração, tendo garantia de sigilo nas informações prestadas a respeito de sua doença e com direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de uma possível hospitalização involuntária.

Vale ressaltar que todos os direitos previstos, ao longo do texto da Lei 10.216/2002, devem ser cumpridos pela instituição médica, de modo que os pacientes possam exercê-los integralmente, sob pena de responsabilidade daquele que os desrespeitarem.

3. Loucura, biopoder e o estado de exceção permanente

3.1. A história da loucura, quem são os loucos?

A loucura e a figura do louco, entendidas enquanto construções sociais, estão presentes em diversos períodos ao longo da história da humanidade, desempenhando diferentes papéis. A loucura, quem é o louco, qual o seu lugar, a forma de tratamento sugerida pela medicina mudam de acordo com o contexto histórico e o interesse econômico de determinada sociedade.

A ideia de loucura sempre existiu, todavia, ela assume, desde o século XVII, um significado diferenciado no intuito de substituir alguns dos caracteres estigmatizadores de grupos considerados vulneráveis socialmente. São anteriores a ela a lepra e as doenças venéreas. Essas doenças, com o passar do tempo, são erradicadas e não cumprem mais a função de abarcar os indesejáveis sociais, não cumprem mais o seu papel de higiene social. Em relação a isso Foucault afirma:

> Fato curioso a constatar: é sob a influência do modo de internamento, tal como ele se constituiu no século XVII, que a doença venérea se isolou, numa certa medida, de seu contexto médico e se integrou, ao lado da loucura, num espaço moral de exclusão. De fato, a verdadeira herança da lepra não é aí que deve ser buscada, mas sim num fenômeno bastante complexo, do qual a medicina demorará a se apropriar. Esse fenômeno é a loucura. Mas será necessário um longo momento de latência, quase dois séculos para que esse novo espantalho que sucede a lepra nos meados seculares, suscite com ela reações de divisão, de exclusão, de purificação que, no entanto, lhe são aparentadas de uma maneira bem evidente (FOUCAULT, 2004, p. 9).

Afirma-se, portanto, que nem sempre a loucura foi compreendida como doença mental e consequentemente como objeto de domínio médico. A psiquiatria surge a partir do conjunto de transformações que vem operando desde o período clássico em reação àquilo que Foucault (1993) irá chamar de experiência da loucura.

Assim que, a doença mental não esteve sempre aí, como uma identidade móvel condenada a uma longa espera de séculos até que a medicina psiquiátrica surgisse para, enfim, descobri-la e tratá-la.

Antes disso, os considerados loucos tinham uma existência errante, haja vista que as cidades os expulsavam para fora de seus muros, deixando-os entregue aos mercadores e peregrinos. É, nesse momento, que surge a figura mítica trabalhada por Foucault da nau dos loucos, que vagava indefinidamente pelos rios, aportando de cidade em cidade (FOUCAULT, 1993, p. 43).

À medida que Foucault avança em sua análise, ele chama atenção para um ponto muito importante, qual seja, a ressignificação da função desempenhada pela loucura. Com a falência da lepra e das doenças venéreas em cumprir seus papéis higienizadores, a medicina precisou se apropriar da loucura e dar a ela uma nova conotação: faz-se necessário definir o que é loucura.

A partir dessa perspectiva foucaultiana, compreende-se que a loucura não pode ser entendida como algo natural e sim como uma apropriação por parte da medicina a fim de se criar um saber – o saber médico –, um conhecimento sobre a loucura que se pretende como verdade, capaz de legitimar o poder, o qual faz com que a imposição de internação seja social e juridicamente aceita (FOUCAULT, 2004, p. 168).

3.2. O biopoder e a gestão da vida

Entre as várias questões trabalhadas por Michel Foucault, pode-se afirmar que a temática acerca do poder é um dos pontos centrais de seus estudos. Em sua primeira aula em dezembro de 1970, a qual mais tarde resultará em seu livro *A ordem do discurso*, Foucault irá tratar a questão do poder de uma forma inovadora.

Tendo em vista que, em suas investigações, o poder não será analisado apenas como um monopólio do Estado, mas sim como característico das relações cotidianas entre os sujeitos (FOUCAULT, 1988, p. 124), como as relações dentro dos conventos, manicômios etc., afirma-se, com isso, que há no pensamento foucaultiano um deslocamento em relação à perspectiva em que o poder será analisado, ou seja, as relações periféricas, as quais se localizam em volta do centro, nesse caso do Estado, sendo o seu objeto de estudo.

O poder deve ser visto, em Foucault, como algo que funciona em rede, que atravessa todo o corpo social. E mais: segundo ele, o poder não pode ser caracterizado meramente, nem fundamentalmente, como repressivo, como algo que diz essencialmente "não"; é preciso perceber seu aspecto positivo (aquele lado que o faz tornar-se ideológico, aceito coletivamente, isto é, o de formação de individualidades e de rituais de verdade) (FOUCAULT, 1988, p. 124).

A partir do século XVIII, o Ocidente conheceu uma profunda transformação nos mecanismos de poder. O poder de soberania, o direito de causar a morte ou de deixar viver tão característico desse poder, é agora substituído por "um poder que gera a vida e a faz se ordenar em função de seus reclamos" (FOUCAULT, 1988, p. 128).

Segundo Foucault, o século XVIII marca o processo de entrada da vida na história, isto é, a entrada dos fenômenos próprios da vida humana na ordem do saber e nos cálculos do poder. Assim, os processos relacionados à vida humana começam a ser levados em conta por mecanismos de poder e de saber que tentam controlá-los e modificá-los. Dessa forma:

> O homem ocidental aprende pouco a pouco o que é ser uma espécie viva num mundo vivo, ter um corpo, condições de existência, probabilidade de vida, saúde individual e coletiva, forças que se podem modificar, e um espaço em que se pode reparti-las de modo ótimo. Pela primeira vez na história, sem dúvida, o biológico reflete-se no político; o fato de viver não é mais esse sustentáculo inacessível que só emerge de tempos em tempos, no acaso da morte e de sua fatalidade: cai, em parte, no campo de controle do saber e de intervenção do poder (FOUCAULT, 1988, p. 134).

É pelo fato de encarregar-se da vida, mais do que a ameaça da morte, que o poder pode apropriar-se dos processos biológicos para controlá-los e, eventualmente, modificá-los. Assim,

> Se pudéssemos chamar de "bio-história" as pressões por meio das quais os movimentos da vida e os processos da história interferem entre si, deveríamos falar de "biopolítica" para designar o que faz com que a vida e seus mecanismos entrem no domínio dos cálculos explícitos, e faz do poder-saber um agente de transformação da vida humana (FOUCAULT, 1988, p. 134).

Trata-se de uma biopolítica porque os novos objetos de saber, que se criam "a serviço" do novo poder, destinam-se ao controle da própria espécie; e a população é o novo conceito que se constrói para dar conta de uma dimensão coletiva que, até então, não havia sido uma problemática no campo dos saberes.

A população é esse "novo corpo: corpo múltiplo, corpo com inúmeras cabeças, se não infinito pelo menos necessariamente numerável" (FOUCAULT, 199, p. 292). A biopolítica vai se ocupar, portanto, com os processos biológicos relacionados ao homem-espécie, estabelecendo sobre os mesmos uma espécie de regulamentação. E, para compreender e conhecer melhor esse corpo, é preciso não apenas descrevê-lo e quantificá-lo – por exemplo, em termos de nascimento e de mortes, de fecundidade, de morbidade, de longevidade, de migração,

de criminalidade etc. –, mas também jogar com tais descrições e quantidades, combinando-as, comparando-as e, sempre que possível, prevendo seu futuro por meio do passado. E há aí a produção de múltiplos saberes, como a Estatística, a Demografia e a Medicina Sanitária.

Portanto, o "limiar de modernidade biológica" de uma sociedade reside exatamente no momento em que a espécie humana entra em jogo nas estratégias políticas de um Estado. "O homem", diz Foucault, "durante muito tempo, permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivo e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal, em cuja política, sua vida de ser vivo está em questão" (FOUCAULT, 1988, p. 134).

3.3. O manicômio como instituição total e o estado de exceção travestido

O alcance das pesquisas de Michel Foucault é tamanho que, embora tenha se "restringido" a escrever sobre hospitais e prisões, é possível dele partir para analisar também os campos de concentração. Esses se apresentam como o local por excelência da biopolítica moderna a partir da política dos grandes Estados Totalitários. Nessa perspectiva, o campo como puro, absoluto e insuperável espaço biopolítico (e enquanto tal fundado unicamente sobre o Estado de Exceção), surgirá como o paradigma do espaço biopolítico da modernidade, sobre o qual se deve reconhecer as suas metamorfoses e os seus travestimentos (AGAMBEN, 2010, p. 119).

Acerca das metamorfoses e dos travestimentos do campo, Giorgio Agamben afirma que o totalitarismo moderno pode ser definido como a instauração, por meio do Estado de Exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação não só dos inimigos políticos, como visto em Carl Schmitt, mas também de grupos de cidadãos internos, os quais, por qualquer razão, deem indícios de não serem integráveis ao sistema político e ameacem a identidade da nação.

Destarte, a criação de um Estado de Exceção permanente, ainda que, eventualmente, não seja declarado juridicamente, tornou-se uma prática comum dos Estados modernos, inclusive nos ditos democráticos (2004, p. 13).

Após essa construção, fundamental a respeito da loucura, da relação entre "poder, saber e verdade", do biopoder e do Estado de Exceção, necessário se faz compreender a concepção do que sejam as Instituições Totais, tendo em vista que, quando o indivíduo considerado louco é internado, é também retirado do convívio social e encaminhado para as referidas Instituições. Essas podem ser definidas a partir da seguinte perspectiva traçada por Erving Goffman:

> Uma instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados

> da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada (GOFFMAN, 1974, p. 54).

Essas Instituições têm a característica de impor uma barreira ao mundo externo. Há um desligamento do indivíduo da sociedade, elas são voltadas para si. Esse isolamento com o resto do mundo é evidenciado pelas disposições física e geográfica: são construídas envoltas por muros altos e por estarem localizadas em lugares afastados dos grandes centros populacionais. Para Goffman, as Instituições Totais possuem características semelhantes, tais como:

> O aspecto central das instituições totais pode ser descrito com as rupturas das barreiras que comumente separam as esperas da vida. Em primeiro lugar todos os aspectos da vida são realizados no mesmo local e sob uma única autoridade. Em segundo lugar, cada fase da atividade diária do participante é realizada na companhia imediata de um grupo relativamente grande de outras pessoas, todas elas tratadas da mesma forma e obrigadas a fazer as mesmas coisas em conjunto (GOFFMAN, 1974, p. 17).

À luz do exposto, é possível afirmar que as Instituições totais introduzem uma nova cultura no indivíduo, haja vista que o todo passa a ser mais importante que as partes que o compõem, não havendo espaço para individualidades (FOUCAULT, 1997, p. 110). A pessoa agora faz parte do corpo social da instituição e precisa internalizar as novas regras. As Instituições Totais produzem aquilo que Foucault chamou de "corpos dóceis", submissos (FOUCAULT, 1997, p. 110).

Os indivíduos, inseridos nessas instituições, são submetidos a um processo de formatação aniquilador das forças insurgentes pessoais. Devendo seguir as regras repetidamente impostas nesses ambientes, eles absorvem cotidianamente um modo de vida dócil, complacente e anulador de suas reações. Na compreensão de Agamben (2008, p. 55), produz-se um "não-homem", isto é, um sujeito ausente de sua condição humana, um não-ser incapaz de resistir.

Toda e qualquer diferença dentro das Instituições Totais devem ser reprimidas, pois o diferente ameaça a homogeneidade da coletividade. Goffman (1974, p. 62) considera como um dos vários tipos de instituições totais os Manicômios. É a partir dessa identificação que se valida analisar os casos manicomiais brasileiros do Hospital Colônia Adauto Botelho – ES e do Colônia de Barbacena – MG.

4. A literatura distópica como chave de compreensão do "indizível" da humanidade

Para Bakhtin, a literatura não há de ser compreendida fora do contexto da época em que viveu o autor e que o influenciou. Também não é possível separar

as manifestações literárias das demais manifestações culturais e, mais ainda, das demais manifestações humanas (BAKHTIN, 1997, p. 362 apud GRUBBA, 2012, p. 14).

Por isso, afirma-se que a literatura é elucidação da condição humana, e não apenas ideias de um autor, mas de todo um contexto englobante e das fontes das quais bebeu e se influenciou para fazer refletir seu texto.

Isso posto, a literatura deve ser compreendida a partir da noção de que há "uma gama de significações possíveis dos signos linguísticos", e, com isso, o sentido dependerá invariavelmente do enfoque escolhido, consciente ou inconscientemente, pelo intérprete, notadamente a partir da influência de seu próprio contexto societário, cultural, econômico, político, ideológico (GRUBBA, 2012, p. 14).

Nota-se que a autora se refere ao intérprete, e não ao escritor. Parte-se, então, da premissa de que a obra literária não pertence a quem a escreve, mas a quem a interpreta, ou seja, não há problema em interpretar uma determinada obra literária com os olhos contemporâneos de um leitor brasileiro deste século, logicamente, guardadas as diferenças e proporções.

No mesmo sentido, o ato de interpretar, para Paul Ricoeur, em "Teoria da Interpretação" (1979), não pode ser adjetivado como correto, mas, como legítimo, na medida em que não se tem a pretensão de fazer a verdadeira leitura do texto, haja vista que cada leitor faz a sua própria e legítima interpretação, dependendo do que ele procura ao ler.

A literatura, visto que é alegoria, não tem pretensão de verdade, pelo menos não no sentido tradicional, e, sobre isso, Barthes tece o seguinte comentário: "a ciência é grosseira e a literatura é sutil, e, é para corrigir essa distância que a literatura nos importa" (BARTHES, 2007, p. 18). A literatura, enquanto obra de arte e expressão de seu momento histórico, pretende ser próxima ao seu meio social. É, portanto, nosso objetivo, aproximar o discurso oficial do Direito ao seu fundamento social por meio da linguagem literária.

Desse modo, é fundamental a captação das imagens e sentimentos inspirados em sua época, bem como dos diversos âmbitos da vida prática dos seres humanos: a psicologia, o direito, a filosofia, a cultura, a moralidade etc., que convergem na gênese da obra de Orwell.

Dessa forma, a literatura concebe a liberdade criativa que permite cogitar situações e questões que ainda não aconteceram e, assim, prosseguir em direção à reflexão. O Direito se beneficia disso para repensar seus fundamentos, dadas as suas características exatamente opostas de firmar normas e codificar comportamentos (OST, 2006, p. 46).

A literatura distópica é uma fonte de reflexão inesgotável, não só para o Direito, mas para diversos outros saberes. Isso se dá pela forma como é construída. Sociedades futurísticas imaginárias que apresentam características aumentadas de sociedades existentes sob uma ótica extremamente negativa em que há uma predominância do pessimismo em relação ao homem (MATOS, 2013. p. 355).

As narrativas distópicas deixam o seu leitor desconfortável e extremamente incomodado com a sociedade descrita. Haja vista que o leitor questiona como a situação daquela sociedade imaginária chegou ao ponto em que o governo, o Estado ou determinados grupos conseguem oprimir sua população e condicioná-la a viver em situações em que a violação a direitos se torna a regra.

Afirma-se, portanto, que a literatura distópica proporciona uma autorreflexão ao leitor e a sociedade na qual ele está inserido. Pois ao mesmo tempo em que potencializa situações já vivenciadas, tais como ditaduras, guerras, segregação etc., criticando a realidade de dadas sociedades, ela também (re)memora esses acontecimentos para que não tornem a acontecer.

4.1. O mundo distópico em 1984

Em 1984, obra de caráter distópico, George Orwell conta a história de Winston Smith, homem de meia idade que vive em Londres, na Oceania, uma das três potências remanescentes da nova ordem mundial que controlam o globo. As outras duas potências, Letásia e Eurásia, vivem em constante guerra com a Oceania (ORWELL, 2009, p. 18).

A Oceania é governada por um único partido, INGSOC, e esse controla todos os aspectos da vida de seus habitantes. A sociedade descrita por Orwell é dividida em três classes distintas em relação ao partido dominante. Os membros do núcleo interno do partido, que representam uma minoria e compõem a classe privilegiada, os membros externos do partido, que são, em sua maioria, trabalhadores do governo e, por último, os proletas, a parte mais pobre de toda essa sociedade que vive à margem de Oceania, em sua periferia (ORWELL, 2009, p. 28).

O partido é comandado pela figura do Grande Irmão, um rosto que está presente em todos os prédios ao longo de Oceania e estampado nas propagandas que são veiculadas com o slogan "O Grande Irmão está de olho em você", como no trecho a seguir:

> Tirou do bolso uma moeda de vinte e cinco centavos. Ali também, em letras minúsculas porém nítidas, liam-se as mesmas frases; do outro lado a cabeça do Grande Irmão. Até do dinheiro aqueles olhos o perseguiam. Moedas, selos, capas de livros, faixas, cartazes, maços de cigarro – em toda parte. Sempre os

> olhos fitando o indivíduo, a voz a envolvê-lo. Adormecido ou desperto, trabalhando ou comendo, dentro e fora de casa, no banheiro ou na cama – não havia fuga. Nada pertencia ao indivíduo, com exceção de alguns centímetros cúbicos dentro do crânio (ORWELL, 2009, p. 37).

Dentro de todas as casas existe um aparelho futurístico chamado "teletela". Essa espécie de televisão contém uma câmera que é capaz de monitorar todos os habitantes de Oceania 24 horas por dia, haja vista o aparelho transmitir as imagens e os sons simultaneamente. Dessa forma, não há certeza de ser observado ou não. Portanto, tinha-se que viver e vivia-se por hábito transformado em instinto na suposição de que cada som era ouvido e cada movimento examinado (ORWELL, 2009, p. 23).

Em Oceania existem quatro Ministérios que, entre si, dividem todas as funções do governo. O Ministério da Verdade, que se ocupava das notícias, diversões, instrução e belas artes; o Ministério da Paz, que se ocupava da guerra; o Ministério do Amor, que mantinha a lei e a ordem; e o Ministério da Fartura, que controlava as atividades econômicas. Seus nomes, em Novilíngua: Miniver, Minipaz, Miniamo e Minifarto (ORWELL, 2009, p. 25). Na fachada de todos os ministérios há estampado o lema do partido: "Guerra é paz. Liberdade é escravidão. Ignorância é força".

Nesse contexto de opressão e totalitarismo, Winston Smith representa uma peça defeituosa da engrenagem totalitária em que vive. Mesmo estando situado em um contexto em que o mundo perdeu sua humanidade, ele mantém vivo dentro de si o seu anseio por liberdade (DENADAI, 2013, p. 20). A partir de seu ato em começar a escrever um diário e transgredir todas as regras de controle do partido, cometendo o crime de pensamento ou, em novilíngua, crimideia, ele representa a resistência explicada por Michel Foucault:

> [...] que lá onde há poder há resistência e, no entanto (ou melhor, por isso mesmo) esta nunca se encontra em posição de exterioridade em relação ao poder. [...] Mas sim resistências, no plural, que são casos únicos: possíveis, necessárias, improváveis, espontâneas, selvagens, solitárias, planejadas, arrastadas, violentas, irreconciliáveis, prontas ao compromisso, interessadas ou fadadas ao sacrifício; [...] (FOUCAULT, 2009, p. 91).

A trama se desenvolve a partir da vida de um cidadão comum de Oceania, Winston Smith, o qual foi criado dentro da estrutura totalitária imposta pelo Ingsoc, mas que em um ato de insurgência, como mencionado, começa a escrever um diário manifestando seu descontentamento com aquele sistema.

Orwell mantém o foco narrativo a partir da perspectiva do Herói, apesar de não ser a voz que conta a história, é por meio do olhar de Winston e suas

percepções que caminhamos ao longo da obra (DENADAI, 2013, p. 21). Isso demonstra que o autor não quer apenas descrever uma estrutura governamental opressora, mas sim trazer à tona a relação do indivíduo com essa estrutura (DENADAI, 2013, p. 21).

Isso remete ao deslocamento da análise do poder, proposta por Foucault, em que as atenções não mais serão voltadas a partir do Estado, mas sim das relações periféricas que se desenvolvem em torno deste. Esse deslocamento pode ser compreendido melhor a partir do seguinte trecho de 1984:

> — Smith! — gritou da teletela a voz da megera. — 6079 Smith W! Tu, tu mesmo! Inclina-te mais, por favor. Podes fazer mais que isso. Não, não estás te esforçando. Mais baixo! Assim está melhor, camarada. Agora, todo mundo, descansar! Olhai para mim. Um calor quente e súbito dominou todo o corpo de Winston. O rosto continuou inescrutável. Jamais revelar desânimo! Jamais revelar ressentimento! Um simples olhar podia denunciá-lo. Ficou olhando a instrutora levantar os braços acima da cabeça e – não se podia dizer com graça mas com notável decisão e eficiência – inclinar-se e meter a falangeta sob os artelhos (ORWELL, 2009, p. 32).

Nessa passagem, Winston praticava exercícios comandados pela instrutora de ginástica por meio da teletela, quando ele é surpreendido pela voz da instrutora que o repreende, pedindo que faça o alongamento com mais esforço, o que demonstra que ela o estava observando, causando um extremo pânico e uma sensação vigilância, o que irá confirmar a expressão dita anteriormente "O Grande Irmão está de olho em você".

Nota-se que há aqui, em termos foucaultianos, uma demonstração clara do "micro poder", considerando-se que quem estava exercendo a autoridade e que poderia, possivelmente, notar qualquer comportamento subversivo de Winston e denunciá-lo por traição era a instrutora de ginástica. O controle e o poder são exercidos por todos os sujeitos dessa sociedade, as relações de poder que são narradas pelo autor partem do interior do sistema, de atitudes, em regra, simples.

Um ponto importante da obra 1984 diz respeito ao trabalho de Winston. Dos quatro ministérios de Oceania mencionados, Smith trabalha no Ministério da Verdade e o seu ofício é alterar os dados do passado para que esses coincidam com as novas informações fornecidas pelo partido. Assim que fossem reunidas e classificadas todas as correções necessárias no jornal, aquela edição era reimpressa, destruindo a original e o exemplar correto colocado no arquivo em seu lugar (ORWELL, 2009, p. 44). Esse processo de modificação do passado aplicava-se não só em jornais, como também em livros, publicações periódicas, panfletos, cartazes, filmes, fotografias ou qualquer tipo de documento que pudesse ter um

conteúdo político/ideológico (ORWELL, 2009, p. 44). Não havendo a possibilidade de contestar as informações e profecias do partido.

Nessa passagem, George Orwell ajuda na compreensão dos mecanismos de funcionamento da tricotomia foucaultiana entre poder, saber e verdade. Como dito, tanto o manicômio de Barbacena quanto o Colônia Adauto Botelho exerciam a função não declarada de higiene social, basta ver que a maioria de seus internos não possuía doença mental. No entanto, o saber médico, neste caso, a psiquiatria, confisca a doença mental para si e somente ela irá definir quais os parâmetros que se encaixam como transtorno mental. Como se a loucura fosse uma descoberta da psiquiatria e estivesse vinculada com seu nascimento.

Esse conhecimento produzido pela psiquiatria se tornará um discurso de verdade, haja vista que somente ela detém o monopólio de fala acerca da loucura e qualquer discurso que provenha de outro ramo do saber será deslegitimado. Definidos os termos do que difere um indivíduo são do louco, aqueles que são classificados como tais perderão completamente a validade de sua fala, uma vez que ela ficará no campo do irreal. Evidencia-se então que o Estado irá se apropriar desse saber, personificado em um discurso de verdade por intermédio de um laudo psiquiátrico para impor internações a indivíduos que ameacem o corpo social.

A falsificação do passado trazida por Orwell exemplifica isso muito bem. Os jornais, os livros, a literatura contêm diversos tipos de saberes que são tidos como verdade e se o Estado tem o controle, podendo até mesmo alterar esses discursos que serão admitidos pela população como legítimos, ele consegue ter poder para se afirmar cada vez mais, perpetuando assim a sua máquina de controle e dominação. Como afirmado pela máxima do partido "quem controla o passado, controla o futuro. Quem controla o presente controla o passado".

Ao longo desta pesquisa afirmou-se que a vida dos internos do manicômio de Barbacena era relativizada, podendo vir a ser sacrificada e comercializada para faculdades de medicina, tendo em vista que nas estratégias biopolíticas fixou-se que a vida daqueles pacientes não era mais relevante politicamente, portanto, é uma vida que não merece ser vivida.

Sobre este ponto, Agamben (2010, p. 135) afirma que toda sociedade, ao longo da história, irá definir quais são e de quem são essas vidas sacrificáveis dentro de sua população. Além disso, Agamben (2010, p. 135) afirma que essa definição tem se alargado em todo ocidente, pois há um novo horizonte estabelecido pelos Estados, e que a vida sacra "está" em cada cidadão, ou seja, a vida que pode ser morta não está mais destinada a uma ou outra categoria, como no exemplo do Colônia, mas habita o corpo biológico de cada ser vivente. É possível vislumbrar essa constatação feita por Giorgio Agamben, em 1984, no exemplo do trecho a seguir:

> E era sempre à noite – as prisões eram sempre à noite. O súbito arranco ao sono, a mão rude sacudindo o ombro, as luzes ferindo os olhos, o círculo de caras implacáveis em torno da cama. Na vasta maioria dos casos não havia julgamento, nem notícia da prisão. As pessoas simplesmente desapareciam, sempre durante a noite. O nome do cidadão era removido dos registros, suprimida toda menção dele, negada sua existência anterior, e depois esquecido. Era-se abolido, aniquilado; vaporizado era o termo corriqueiro (ORWELL, 2009, p. 42).

Desde os membros internos do partido, passando pelos membros externos, até os proletários estão suscetíveis a serem mortos caso representem uma ameaça ao governo de Oceania. Qualquer pessoa suspeita de praticar crimideia seria vaporizada pela polícia das ideias e, mesmo que não estivesse praticando o crime de pensamento, poderia ser morta a qualquer momento, considerando-se que os expurgos eram práticas habituais do partido como forma de controle populacional, uma vez que, por vezes, faltavam calçados, alimentos e utensílios básicos para a população.

É importante ressaltar que no gênero distópico e, neste caso, em 1984, o Direito e a "técnica jurídica" estão a serviço do totalitarismo e do estado de exceção, fazendo com que a população esteja sobre o controle total do governo. Nota-se que a justificativa para o estado de exceção é a constante ameaça da guerra e a destruição da identidade da nação. Com isso a única forma de garantir a segurança jurídica e a paz é o estado de exceção. Esse, por sua vez possui uma relação direta com a lei, haja vista que, como afirma Agamben (2004, p. 60), a norma está presente, mas ela não é colocada em prática, no entanto atos que não estão positivados adquirem força de lei.

Por isso, mesmo num pretenso Estado Democrático de Direito, supostamente comprometido com os Direitos e Garantias Constitucionais, é necessário manter-se atento aos perigos de um estado de "exceção travestido".

Como afirma Agamben (2004, p. 13), o totalitarismo moderno pode ser definido como a instauração, por meio de um estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação não só de adversários políticos, mas de toda e qualquer categoria de cidadão que se mostre, por qualquer motivo, uma ameaça ao sistema político. Por essa razão, afirma-se que o estado de exceção é o paradigma da política contemporânea.

5. Considerações finais

Por tudo quanto fora apresentado neste artigo, chega-se às seguintes considerações finais:

1) Esta pesquisa preocupou-se em analisar o contexto manicomial brasileiro como um produto do estado de exceção e, para tanto, apropriou-se do discurso da literatura, neste caso, o gênero distópico, o qual corrobora para a compreensão de tal contexto, na medida que ilustra de uma única forma os horrores do totalitarismo e o controle social em nome de uma suposta segurança jurídica e social.

2) A distopia de Orwell pode ser entendida como uma crítica aos horrores praticados pelas sociedades ocidentais, mas, por outra perspectiva, também pode ser analisada como um alerta que resulte, possivelmente, na seguinte reflexão: Embora o fenômeno do Totalitarismo seja algo repugnante que leva as pessoas a se questionarem como a própria população apoiou o Estado, suas práticas e barbáries, ele não deve ser compreendido como um fenômeno restrito ao passado e, acima de tudo, como superado, mas sim como um fenômeno atemporal que pode ressurgir até mesmo em sociedades tidas como democráticas.

3) Em relação a isso, como visto, Giorgio Agamben afirma que o campo de concentração é o espaço privilegiado e de expressão máxima do estado de exceção, no qual chegou-se ao maior produto da experiência totalitária, no rastro de uma biopolítica de Foucault. Como um "eterno recalcamento", o estado de exceção e, por que não o campo, podem sempre voltar em outras localidades em diferentes formatos, por isso, sobretudo, é necessário reconhecer as metamorfoses e os travestimentos desses modelos. Portanto, é possível afirmar que as instituições psiquiátricas "Colônia Barbacena" e 'Colônia Adauto Botelho" são exemplos privilegiados dessas metamorfoses e travestimentos no contexto da realidade brasileira.

4) As violações e maus tratos vivenciados pelos pacientes dessas instituições fazem parte de um passado recente do Brasil e necessitam de especial atenção para que não caiam no esquecimento. Tendo em vista que as barbáries cometidas pelo Estado, diante do que já foi exposto, trazem a seguinte consideração: O estado de exceção não está restrito ao mundo ocidental europeu, ele está presente na História do Brasil, tendo a comunidade acadêmica e a sociedade em geral uma enorme parcela de responsabilidade de manter viva na memória do país aqueles que foram esquecidos e silenciados. Desse modo, considera-se esta pesquisa uma forma de luta contra o esquecimento dos "varridos da história", pois, nas palavras de George Orwell (2009, p. 146) "quem controla o passado, controla o futuro. Quem controla o presente controla o passado".

6. Referências

ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil. São Paulo: Geração Editorial, 2013. v. 1.

AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção.* Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

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

AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz.* Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia crítica brasileira.* 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARTHES, Roland. *Aula*: aula inaugural da cadeira de semiologia literária do Colégio de França, pronunciada no dia 7 de janeiro de 1977. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Cultrix, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CARRION, Carla Torres Pereira; MARGOTTO, Lilian Rose; ARAGÃO, Elizabeth Maria Andrade. As causas das internações no Hospital Adauto Botelho (Cariacica, ES) na segunda metade do século XX. *História, Ciências, Saúde,* Manguinhos, v. 21, n. 4, p. 1323-1340, out.-dez. 2014. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/hcsm/v21n4/0104-5970-hcsm-21-4-1323.pdf].

FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil e teoria geral*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

FOULCAULT, Michel. *A história da loucura.* Trad. José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2004.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FOUCAULT, Michel. *O nascimento da clínica.* Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1977.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população.* Curso dado no Collège de France (1977-1978). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento das prisões. Trad. Raquel Ramalhete. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GAGLIARDI, Ana Paula Denadai. *1984*: uma metáfora totalitarista. São Paulo, 2013. Disponível em: [file:///C:/Users/aluno/Downloads/GagliardiAnaPaula-Denadai.pdf].

GOFFMAN, Erving. *Prisões, conventos e manicômios.* Trad. Dante Moreira. São Paulo: Perspectiva, 2001.

GRUBBA, Leilane Serratine. O literato é o contador da história: ensaio sobre a dignidade humana em Os Irmãos Karamázov. In: OLIVO, Luis Carlos Cancelier de (Org.). *Dostoiévski e a filosofia do direito*: o discurso jurídico dos irmãos Karamázov. Florianópolis: Ed. da UFSC: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em:

[repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99612/Dotoievski_V_VII_texto1.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 19.03.2016

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Segunda Parte. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Direito, técnica e distopia*: uma leitura crítica. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 345-366, jun. 2013. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n1/a13v9n1.pdf]. Acesso em: 24.03.2017.

MOREIRA, Nelson Camatta. *Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. v. 1.

ORWELL, George. *1984*. Trad. Alexandre Hubner, Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Internacional Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 13.

RICOUER, Paul. *Interpretação e ideologias*. Trad. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A (des)legitimação do sistema penal e os direitos humanos na era do biopoder, de Romulo Fonseca Morais – *RBCCrim* 133/385-417 (DTR\2017\1851); e
- A punição da loucura: as decisões do supremo tribunal federal após a lei da reforma psiquiátrica, de MenElick de Carvalho Netto e Letícia Naves – *RBCCrim* 144/183-215 (DTR\2018\14301).

Criminalidade escrava no Brasil imperial e estratégias da população escravizada diante da ordem jurídica do Império (1822-1889)

Slave criminality in imperial Brazil and the strategies of the enslaved population in face of legal order of the Empire (1822-1889)

Ricardo Freitas

Doutor em Direito. Professor de Direito Penal da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Professor de História das Ideias Penais na Pós-Graduação (mestrado) da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco. Procurador da Justiça Militar. Ex-Juiz de Direito.
ricardo.freitas@mpm.mp.br

Recebido em: 16.11.2017
Aprovado em: 14.02.2018
Última versão do autor: 25.02.2018

Áreas do Direito: Direitos Humanos; Penal

Resumo: Prestigiosa corrente historiográfica defende o ponto de vista de que o escravo, destituído de personalidade jurídica e, por conseguinte, *do status* de sujeito de direito, foi reduzido socialmente à condição de coisa pelo sistema escravista imperial. Em sentido contrário, argumenta-se neste artigo, com base no exame de casos judiciais concretos e na análise da legislação repressiva imperial, que a população escravizada desenvolveu conscientemente não somente estratagemas extrajurídicos, mas, também, estratégias jurídicas na defesa de seus interesses, inclusive na esfera penal. Demonstra-se, assim, que a escravidão, ao contrário do que defende a historiografia tradicional, não logrou destituir o escravo de sua condição de sujeito social. Conservando a possibilidade de interação com indivíduos livres, a massa escravizada conseguiu, por vezes, lutar com sucesso em defesa de sua liberdade no interior do próprio sistema penal do Império.

Abstract: Prestigious historiographic current endorses the point of view that slave, dismissed of legal personality and, therefore, of the condition of a subject of law, was socially diminished to the status of thing by the imperial slavery system. In opposition, this article asserts, based on the examination of concrete legal cases and on the analysis of the repressive imperial legislation, that the captive population consciously developed not only extrajudicial strategies, but also judicial ones in the defense of their interests, including at the criminal sphere. Thus, it shows that the slavery, on the contrary of what traditional historiographic advocates, did not enact to dismiss the slave of its condition of social subject. Sustaining the possibility of interaction with free individuals, the enslaved mob got, occasionally, to fight with success for the defense of their freedom within the own legal system of the Empire.

Freitas, Ricardo. Criminalidade escrava no Brasil imperial e estratégias da população escravizada diante da ordem jurídica do Império (1822-1889). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 148. ano 26. p. 517-548. São Paulo: Ed. RT, outubro 2018.

Palavras-chave: Escravidão – Criminalidade escrava – Ordem jurídica imperial – Repressão penal – Estratégias jurídicas.

Keywords: Slavery – Slave Criminality – Imperial Legal Order – Criminal Repression – Legal Strategies.

Sumário: 1. Introdução: a repressão penal à população escravizada no Brasil imperial. 2. Ser escravo no império do Brasil: o *status* jurídico do escravo nos âmbitos do direito civil e do direito penal brasileiro. 3. A legislação criminal imperial e o controle da criminalidade escrava: a política penal diante da escravidão. 4. O controle social não repressivo da massa escravizada: as estratégias de dominação negociada entre o senhor e o cativo. 5. A criminalidade escrava e o sistema jurídico imperial: a lei e a resistência contra a escravidão. 6. Conclusão: sistema penal imperial e exercício da autonomia da população escravizada no Brasil. 7. Referências.

1. Introdução: a repressão penal à população escravizada no Brasil imperial

No século XIX, o Brasil foi o país de maior população escrava em todo mundo. Na realidade, desde as últimas décadas do século XVI, escravos começaram a ser importados para juntar-se à mão de obra indígena nos engenhos de açúcar, então a principal riqueza da colônia portuguesa.

Até meados do século XIX, o Brasil importou algo em torno de 38% a 43% de todos os escravos exportados como mercadoria ao novo mundo (FARIAS; GOMES; SOARES; ARAÚJO, 2006:7). Na primeira metade do século XIX, verificou-se o maior fluxo migratório de mão de obra escrava africana para o Brasil. Em 1807, a população negra, escrava e livre, somava nada mais nada menos que 80% da população da capital da Bahia, estimada em 51.000 habitantes. Em 1835, a população da capital baiana tinha aumentado para 65.000 habitantes, entretanto, a população branca não ultrapassava 28.2% do total (GRINBERG; BORGES; SALES, 2009:238). Nessa época, 63% da população escrava tinha nascido na África, sendo os demais, denominados crioulos, nascidos em solo brasileiro (REIS; SILVA, 1989:103).

Nas duas outras cidades de maior porte do Brasil imperial, a realidade era semelhante. Em 1821, no Rio de Janeiro, então com 55.000 habitantes, os escravos perfaziam 48,8% da população total, ao passo que, em 1828, o Recife, com população de 25.678 habitantes, tinha nos escravos cerca de 31% de seus moradores, incluindo os libertos dentre os 69% de homens livres. Dentre os escravos que habitavam a cidade, 66% eram africanos do sexo masculino (CARVALHO, 2010:44).

Submetida ao trabalho compulsório, a população escrava, assaz numerosa e, às vezes, irrequieta, demandava um controle social repressivo extremamente

rigoroso e permanente que, no entanto, por vezes, se manifestava por meio de soluções negociadas e do estímulo ao funcionamento mais brando do próprio sistema penal.

Em 1822, o Brasil tornou-se independente de Portugal, tendo adotado a forma unitária de Estado e a monarquia constitucional como forma de governo. Muito embora tenha sido outorgada pelo Imperador, a Constituição do Império (1824) apresentava um conteúdo eminentemente liberal-conservador adequado às necessidades das elites brasileiras. Elites e, praticamente, toda a população livre, não abriam mão do trabalho escravo empregado indistintamente em grandes e pequenas propriedades rurais, bem como em atividades urbanas e domésticas. Por conseguinte, o sistema de trabalho escravo constituía o esteio da vida econômica e social do Brasil imperial, influenciando direta ou indiretamente sua estrutura jurídica, as práticas cotidianas e a mentalidade do homem brasileiro, livre ou escravizado.

No Brasil, a instituição da escravidão não se apoiou somente na existência da grande propriedade rural. Pequenos fazendeiros não dispensavam a mão de obra escrava, dando-se o mesmo com os habitantes das cidades, pois a vida urbana dependia em dimensão considerável do trabalho de escravos que se dedicavam aos mais variados ofícios, sem contar aqueles empregados em tarefas eminentemente domésticas. Na primeira metade do século XIX, a mão de obra escrava supria quase que inteiramente a demanda de trabalhadores nos serviços urbanos, inclusive nos especializados (FRAGOSO; CASTRO; VAINFAS, 1988:32). Na realidade, tanto por razões econômicas como por motivo de prestígio social ou, ainda, por mera comodidade, haja vista a comprovada ojeriza então alimentada pelos homens livres às atividades braçais, praticamente todos os brasileiros esforçavam-se para se tornarem senhores de escravos, atitude que refletia uma genuína e generalizada adesão da sociedade brasileira à instituição da escravidão. Até mesmo os libertos, isto é, os escravos que haviam conquistado a liberdade, logo tentavam adquirir, eles mesmos, seus próprios escravos, situação curiosa, embora perfeitamente possível do ponto de vista jurídico e social. Na Bahia, por exemplo, em certo momento, nada mais nada menos que 78% dos libertos possuíam escravos (CARVALHO, 2001:48). De maneira ainda mais notável, em que pese tratar-se de uma situação menos frequente, havia escravos que se tornavam senhores de escravos. Estes eram postos a trabalhar sob coerção estrita com a finalidade de arrecadar recursos que permitissem ao seu proprietário alcançar a almejada alforria (GORENDER, 1991:35). Em resumo: ter ou não ter escravo não era simplesmente uma questão relacionada à estrutura econômica brasileira, mas, também, apresentava uma dimensão mais ampla, inclusive cultural, social e ideológica.

Naturalmente, a conservação do sistema escravocrata dependia, fundamentalmente, da coerção. Instâncias oficiais e não oficiais de controle social somavam esforços para a manutenção do referido sistema, prodigalizando variadas estratégias com essa finalidade. Contudo, ao mesmo tempo, conscientes de que a via repressiva era insuficiente para desestimular o sentimento de revolta e os anseios de liberdade da população escravizada, os senhores de escravos desenvolveram táticas destinadas a apaziguar os ânimos, a cooptar os escravos menos decididos, a transigir com os mais obstinados. Na realidade, para alcançarem a liberdade ou, pelo menos, para subtraírem-se, em maior ou menor medida, aos rigores de sua condição servil, os escravos precisavam desenvolver planos de ação diversificados destinados não somente ao enfrentamento direto, mas, também, a alguma espécie de negociação com seus senhores. Por vezes, inclusive, a arena na qual desenvolvia-se o embate entre homens livres e escravos era o próprio sistema judicial imperial.

Fundamentando-se em sólida bibliografia consistente em obras de referência sobre a escravidão, na literatura jurídica em geral e na literatura jurídico-penal da fase imperial, muitas de difícil acesso aos pesquisadores, bem como de material empírico colhido pelos historiadores nacionais, a pesquisa teórica que embasa este texto pretende examinar alguns conflitos com a finalidade de demonstrar que os escravos brasileiros, destituídos de personalidade jurídica e, por conseguinte, da condição de sujeitos de direito, no plano da realidade social, comportaram-se, não obstante, como verdadeiros sujeitos, inclusive no espaço de luta proporcionado pelo sistema judicial imperial.

O primeiro tópico é dedicado ao exame da legislação imperial referente ao escravo e sua relação com a estrutura socioeconômica e política do Império. No Brasil imperial, elites e população livre comungaram durante muito tempo a opinião de que a escravidão era uma instituição indispensável ao país. Em consequência, tanto a Constituição imperial como a legislação civil e criminal não somente consagraram um papel completamente subordinado ao escravo na vida nacional como criaram mecanismos jurídicos destinados ao controle social rigoroso da população escravizada.

Na sequência, examina-se especificamente a legislação penal imperial nos aspectos relacionados à repressão da massa escravizada, atentando-se para o fato de que, no plano criminal, era reconhecida ao escravo a condição de sujeito (ativo e passivo) do delito. Afirma-se, ademais, que, muito embora a proteção conferida pelo direito penal ao escravo não o impedisse de ser submetido aos mais variados castigos cruéis e desumanos pelo seu senhor, pouco a pouco, por intermédio da adoção de estratégias legais e extralegais de resistência, aquele obteve conquistas pontuais em benefício de seus interesses no próprio campo jurídico, incluindo o sistema penal do Império.

O terceiro tópico aborda os aspectos mais relevantes da legislação penal e processual penal imperial concernentes à população escravizada com a finalidade de oferecer um quadro preciso da moldura legal na qual se desenvolviam as relações entre indivíduos livres e escravizados. Concomitantemente, investigam-se os pontos de vista doutrinários, e mesmo aspectos da jurisprudência criminal relacionados à repressão dos escravos.

No penúltimo tópico, o texto se detém na controvérsia existente na historiografia nacional acerca da coisificação social do escravo no Brasil imperial. Confrontando-se com o ponto de vista tradicional de que a escravidão eliminou por completo – ou quase – a autonomia social do indivíduo escravizado, historiadores argumentam, em sentido contrário, que existiam espaços para a barganha e a negociação entre senhores e escravos no período imperial. Dessa maneira, aduzem, o escravo atuou como sujeito histórico a respeito de sua situação jurídica desfavorável.

O último tópico descreve situações em que escravos, não obstante sua completa inferioridade jurídica em relação aos seus senhores, aproveitaram-se das ambiguidades do próprio sistema social, inclusive daquelas existentes no sistema penal imperial, para defender seus interesses.

2. Ser escravo no império do Brasil: o *status* jurídico do escravo nos âmbitos do direito civil e do direito penal brasileiro

A independência do Brasil, proclamada em 1822, propiciou, como não poderia deixar de ser, a autonomia política do novo Estado em relação ao colonizador. Porém, tanto no plano político interno como no socioeconômico, as transformações foram extremamente tímidas. Os estratos inferiores da população livre, à semelhança do que ocorria tanto na Europa Ocidental como nos Estados Unidos, desfrutavam de cidadania política limitada. Os homens livres situados na base da pirâmide social, possuidores de direitos individuais reconhecidos pela Constituição imperial de 1824, se deparavam com as exigências do voto censitário e do voto a descoberto, de maneira que, no Império, "a massa da população média, constituída de homens livres, não proprietários, pouco importância tem no jogo do mando e do poder" (MACHADO NETO, 1977:13).

Em que pese a existência de certa revalorização do papel desempenhado pelas camadas médias e inferiores da população brasileira na política imperial, persiste o entendimento de que o poder político encontrava-se concentrado nos setores dominantes da sociedade, o que explicaria, por sua vez, uma notável e persistente

> sobrevivência das estruturas tradicionais de produção e das formas de controle político caracterizadas pela manutenção do poder local pelos grandes proprietários e marginalização e apatia da maioria da população (COSTA, 1988:58).

Em seu artigo 6º, a Constituição imperial de 1824 reservava os direitos de cidadania exclusivamente aos indivíduos livres, isto é, aos que "no Brasil tiverem nascido, quer sejam ingênuos, ou libertos, ainda que de pai estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua nação". Esta, por sinal, era a única referência, mesmo assim indireta, que a Constituição fazia à escravidão, o que levou Nabuco (1999:125) a afirmar que a carta constitucional não se ocupou do elemento escravo. Consciente ou inconscientemente, a Constituição esqueceu-se da escravidão, instituição incompatível com a autoimagem de um Estado que pretendia submeter sua atuação ao direito mediante a observância de direitos e garantias nela consagrados. Contudo, a despeito do silêncio da Constituição imperial, a escravidão era inerente ao sistema econômico brasileiro, razão pela qual o Estado precisou regular a referida instituição no âmbito da legislação infraconstitucional. O fato é que, em se tratando da estrutura social brasileira no período imperial baseada na dicotomia homens livres/escravos, "quer do ponto de vista legal, quer do ponto de vista político, o contraste entre as duas camadas sociais era completo", haja vista que "todas as garantias sociais desfrutadas pela camada dominante não se aplicavam à camada servil" (COSTA, 1998:335).

Mas a afirmação de que o Estado imperial não reconhecia nenhum direito ao escravo não corresponde inteiramente à realidade. A legislação criminal, por exemplo, pretendia tutelar a vida do escravo e, também, evitar que padecesse de sofrimentos físicos excessivos, embora, sobretudo no meio rural, o direito pudesse transformar-se facilmente em letra morta. Engana-se quanto a esse aspecto, por exemplo, José Murilo de Carvalho (2001:21), que comete um equívoco ao dizer que o senhor podia matar o escravo legalmente porque a lei equiparava este último a um animal. Em termos econômicos, realmente, o escravo equiparava-se a um meio de produção, haja vista não ser considerado pelo direito civil uma pessoa, mas uma coisa. No entanto, na esfera do direito penal, o escravo podia ser sujeito ativo ou passivo do crime. O direito penal tutelava sua vida, sua integridade física (com restrições) e até mesmo seu patrimônio. Apesar do escravo ser, ele próprio, objeto material do crime, uma vez que, por exemplo, quando subtraído à força do seu senhor ele era objeto da ação do crime de roubo ou, quando vendido por alguém que não fosse seu proprietário a um terceiro de boa-fé, era objeto do crime de estelionato, ele também podia ser sujeito passivo do crime. Por outro lado, o escravo também podia ser sujeito ativo do crime. Era ele e não seu senhor quem seria penalmente responsabilizado caso matasse, roubasse ou furtasse outra pessoa. Ao proprietário do escravo criminoso cabia somente a obrigação de

natureza civil consistente no ressarcimento do dano causado à vítima por este último (MALHEIROS, 1866:22).

No plano processual penal, porém, não se pode deixar de considerar a existência de uma série de restrições à atuação autônoma do escravo como parte, pois este não podia oferecer queixa, precisando ser representado pelo seu senhor ou, alternativamente, caso este se recusasse a fazê-lo, pelo Promotor Público ou qualquer pessoa do povo. O escravo também não podia denunciar seu senhor ou testemunhar contra quem quer que seja. Na hipótese de pretender o escravo litigar contra homens livres, essas proibições certamente representavam considerável desvantagem.

Por outro lado, a despeito do escravo gozar de proteção legal no tocante à sua vida e à sua integridade física, sua existência sofria uma série de limitações inerentes ao instituto da escravidão. Tanto no âmbito municipal como no provincial uma copiosa legislação de natureza administrativa destinava-se ao controle social da massa escravizada. Em São Paulo, por exemplo, com o objetivo de combater o crime de furto cometido por cativos, proibia-se o homem livre de adquirir determinados gêneros alimentícios (café, açúcar e aguardente) e outros bens (objetos de ouro, de prata e de uso doméstico) a escravos sem que estes últimos estivessem autorizados por seus senhores a vendê-los. Com a finalidade de prevenir insurreições e vadiagem, proibia-se aos proprietários de estabelecimentos comerciais, sob pena de multa, a aglomeração de escravos, mesmo que estes estivessem fazendo compras para seus senhores. Também eram proibidos de frequentar casas de jogo e de utilizar transporte público, salvo se devidamente acompanhados por seus senhores ou por familiares destes. Vedava-se aos escravos a aquisição de armas e de pólvora ou mesmo de reparar armas que possuíssem, exceto com autorização de seu senhor. Eles eram proibidos de permanecer nas ruas após o toque de recolher, a menos que seu senhor o permitisse, sob pena de serem presos e conduzidos aos seus proprietários que, por sua vez, deveriam serem multados por sua negligência. A menos que o senhor permitisse, ninguém podia alugar no todo ou em parte imóvel a escravo. Ademais, o asilo concedido ao cativo implicava, igualmente, na imposição de multa. Por fim, qualquer pessoa tinha o direito de prender o escravo que descumprisse a lei. Acompanhado de duas testemunhas, o autor da prisão fazia jus a uma recompensa paga pelo proprietário daquele (COSTA, 1998: 281).

Por último, não se pode esquecer que o controle social da população escrava também se efetivava ao arrepio da legislação penal imperial.

Referindo-se às punições ilegais aplicadas pelo senhor ao escravo, Nabuco (1999: 42-43) assinala, em sua mais importante obra de propaganda da causa abolicionista, que, se nas cidades, "com contato com as diversas influências

civilizadoras", o escravo escapa de alguma maneira da condição de animal ou coisa. Contudo, Nabuco (1999:42-43) ressalta:

> No campo, isolado do mundo, longe da proteção do Estado, sem ser conhecido de nenhum dos agentes deste, tendo apenas o seu nome de batismo matriculado, quando o tem, no livro da coletoria local, podendo ser fechado num calabouço durante meses – nenhuma autoridade visita esses cárceres privados – ou ser açoitado todos os dias pela menor falta, ou sem falta alguma; que lhe dá de esmola a roupa e a alimentação que quer, sujeito a ser dado em penhor, a ser hipotecado, a ser vendido, o escravo brasileiro literalmente falando só tem uma coisa: a morte.

No meio urbano, de fato, a situação do escravo é menos dramática que no ambiente rural não apenas em razão da "influência civilizadora" da cidade, mas, sobretudo, em decorrência do tipo de inserção do cativo na economia citadina. Se, na cidade, o escravo também precisava ser constantemente vigiado para que não fugisse, promovesse agitação ou se revoltasse, a ele era concedida certa margem de liberdade para que pudesse realizar uma série de tarefas das quais era incumbido pelo seu senhor. Assim, por exemplo, ele precisava de liberdade de locomoção, de se movimentar livremente pelo espaço urbano, para oferecer seus serviços e produtos. Precisava, igualmente, ter o direito de negociar de maneira autônoma para gerar o maior lucro possível ao seu senhor. É quase desnecessário recordar que a contradição existente entre a situação jurídica do escravo e as exigências da economia urbana eram aproveitadas ao máximo pelos escravizados (CARVALHO, 2010:241).

3. A legislação criminal imperial e o controle da criminalidade escrava: a política penal diante da escravidão

A Constituição do Império do Brasil (1824) (artigo 179, § 18) determinou de maneira expressa a formulação de um Código Penal, o que ocorreu em 1830. Certamente bastante eclético do ponto de vista ideológico, muito embora claramente influenciado por ideias de inspiração iluminista e pelas declarações dos direitos do homem, o Código foi um diploma legislativo tecnicamente muito bem concebido.

Os parlamentares que formularam o Código Criminal do Império (1830) haviam sido eleitos em 1826, sendo que 70% deles eram proprietários rurais, militares, graduados em universidades europeias, magistrados e sacerdotes, não sendo incomum que o deputado fosse, ao mesmo tempo, magistrado, fazendeiro e senhor de escravos (MACHADO NETO, 1977:15-16).

Quanto ao seu conteúdo, na esteira da Constituição do Império, o Código acolheu o princípio da legalidade dos crimes e das penas praticamente nos mesmos termos em que é concebido atualmente.[1] Registre-se, entretanto, que o referido princípio tinha raízes anteriores ao Código, haja vista que as Ordenações Filipinas (Livro I, Título 2º, § 10), o Alvará de 27 de abril de 1802 (§ 4º), o Assento 4, de 23 de novembro de 1769 e o Assento 5, de 5 de dezembro de 1770, determinavam que as leis obrigariam somente depois de sua publicação. Reconhecendo a importância capital do referido princípio, um importante penalista do Império opinou no sentido de que sua relevância "torna-se ainda mais decisiva quando se tratam daquelas leis que imediatamente jogam com os direitos naturais do homem, como a vida, a liberdade e a honra", na medida em que, em seu entendimento, "se pudesse haver crime ou delito sem uma lei anterior que o qualificasse, não poderia por isso mesmo haver liberdade civil nem segurança individual", pois "a vida, a liberdade e honra dos cidadãos estariam constantemente em perigo, achando-se a mercê dos caprichos de um legislador arbitrário e tirânico" (FLORENTINO, 2003:4-5). No mesmo sentido, afirmou outro jurista imperial quanto ao princípio da legalidade que, "se a lei não o declarasse, a sociedade viveria em contínua perturbação e tranquilidade fugiria aos indivíduos", considerando-se "a incerteza em que cada um viveria sobre o que é ou não é punível, sem saber se o ato que faz na boa-fé é ou não é proibido, necessariamente concorreria para perturbar suas relações", de maneira que "nem mesmo pode haver segurança alguma social, pois a penalidade ficaria dependendo do arbítrio e capricho dos legisladores e juízes". Em síntese, segundo o autor, "a lei anterior, pois, é uma máxima garantidora dos direitos individuais e sociais" (CAMARGO, 2005:205). Como se pode observar, não há dúvida de que, do ponto de vista dos doutrinadores imperiais, o princípio da legalidade era considerado indispensável à conservação da segurança jurídica e, em consequência, da liberdade individual.

Dentre outros aspectos relacionados diretamente à criminalidade escrava, o Código estabeleceu no rol das causas de justificação (capítulo II, artigo 14) a possibilidade de exclusão da antijuridicidade nas hipóteses em que a conduta tivesse sido praticada "em defesa da própria pessoa ou de seus direitos" (artigo 14, 2º)

1. Artigo 1º. "Não haverá crime ou delito (palavras sinônimas neste Código) sem uma lei anterior que o qualifique". Artigo 33. "Nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais ou menos daquelas que estiveram decretadas para punir o crime no grau máximo, médio ou mínimo, salvo o caso em que aos juízes se permitir o arbítrio". O arbítrio, neste caso, refere-se à escolha da pena cabível e à sua imposição em grau máximo, médio ou mínimo, ou seja, somente à dosagem da pena.

ou quando consistisse em "*castigo moderado*, que os pais derem a seus filhos, *os senhores a seus escravos* e os mestres a seus discípulos; ou desse castigo resultar, uma vez que a qualidade dele não seja contrária às leis em vigor" (14, 6º). A moderação do castigo, assim como o princípio da legalidade, também tinha antecedentes tanto na legislação do colonizador (Ordenações Filipinas, Livro V, Título 36, § 1º; Resoluções de 20 de abril e 20 de julho de 1751). Além disso, foi confirmada na legislação nacional pelo Aviso de 11 de novembro de 1835.

O proprietário não cometia crime algum ao castigar moderadamente seu escravo pois agia no exercício regular de um direito, o que excluía a antijuridicidade de sua conduta. Ao fazê-lo imoderadamente, porém, atuava com excesso, descaracterizando a referida causa de exclusão da antijuridicidade.

A doutrina penal imperial estava atenta às consequências indesejáveis da permissão legal referente ao castigo disciplinar dos escravos. Pessoa (1877:50-51), por exemplo, ao tecer comentários sobre o exercício regular do direito de castigar, aconselhava o senhor a "abster-se de castigos excessivos e limitar-se para correção de seus escravos aos meios aconselhados pela justiça e humanidade e ao que permite o parágrafo". Evidentemente, tais aconselhamentos eram de escassa importância prática para o indivíduo escravizado. O senhor de escravos podia, na prática, puni-lo com rigor excessivo, mediante a utilização de castigos corporais, a exemplo dos golpes de chibata, sendo que, nesses casos, "se o número de chibatadas era grande, dividia-se em etapas o castigo", de maneira que "todos os dias o escravo era atado a um poste ou amarrado de bruços, o dorso nu, a um banco, e açoitado certo número de vezes" (COSTA, 1998:341).

Sobretudo nas comunidades mais afastadas dos grandes centros urbanos, o que valia na prática era a vontade ilimitada do proprietário de escravos. Era ele e mais ninguém que avaliava a natureza da falta cometida pelo escravo, bem como a espécie e a intensidade do castigo disciplinar que lhe seria aplicado, não existindo qualquer espécie de controle formal sobre seu comportamento arbitrário. Igualmente despótico, neste sentido, era o comportamento do feitor. Mesmo que, nos termos da legislação penal imperial, o castigo imposto pelo senhor de escravos fosse "moderado", a execução podia tornar-se excessiva a depender das inclinações mais ou menos sádicas do feitor. Este último, em regra, era indivíduo "rude e ignorante, odiado, muitas vezes viciado pelo conceito, que o cativeiro generalizara, da inferioridade racial do negro", de maneira que, na execução do castigo, o feitor "desumano e grosseiro, dava vazão à sua brutalidade, espancando-o em excesso, castigando também pelo simples prazer de contemplar o sofrimento alheio" (COSTA, 1998:340). Refletindo sobre esta cruel realidade, Azevedo (1851:187), jurista imperial, teceu a seguinte observação sobre a hipótese de exercício regular do direito em comento:

> Quanto aos escravos, é difícil de bem avaliar a sorte destes infelizes debaixo do jugo tirânico de alguns senhores, que parece que só porque lhes é vedado o excesso do castigo, com que punem as mais ligeiras faltas, ainda são mais cruelmente castigadas. Se as leis só permitem um castigo moderado, os tigres, debaixo de cujo domínio eles vivem, os submetem não a castigo (porque tal nome não merece uma tal violência), porém aos tratamentos mais rudes e atrozes que pode erigir em castigo a fantasia de um celerado.

Mas a preocupação com a crueldade arbitrária do senhor de escravos não se resumia à doutrina jurídica imperial. O Estado também promulgou toda uma legislação destinada a conter abusos cometidos contra o escravo por seu proprietário. Assim, por exemplo, dois anos após a proibição da importação de escravos pelo Brasil (1850), a Circular 263, de 25 de novembro de 1852, permitia ao escravo a peticionar às autoridades com o objetivo de obter autorização para ser vendido, desde que tivesse sofrido maus-tratos por parte de seu senhor, tudo isso sem que este último pudesse invocar em favor de seus interesses o direito de propriedade consagrado no artigo 179, § 2º, da Constituição Imperial (1824). Também em nome da proteção da vida e integridade física do escravo, a referida Circular determinava que seu proprietário era obrigado a assinar "termo de segurança", consoante previsão legal contida no artigo 125, do Código do Processo de 1ª Instância (1832). Esse tipo de preocupação, reiteradamente manifestada através das décadas do século XIX, sugere que o direito padecia de um elevado nível de ineficiência no que diz respeito à proteção do escravo contra a violência abusiva dos proprietários e de seus prepostos.

Na verdade, a própria estrutura judiciária do Brasil imperial favorecia a impunidade dos senhores de escravos. O Aviso de 1º de junho de 1874, por exemplo, da lavra do Ministro da Justiça, responsabilizava um Juiz de Direito que, desconsiderando as regras de competência do Código do Processo de 1ª Instância (1832), condenara um senhor de escravos pela prática do crime de lesão corporal (artigo 201 do Código Criminal do Império) cometido contra um cativo a despeito do Júri tê-lo absolvido com fundamento no artigo 14, item 6º, do Código Criminal do Império (1830), isto é, reconhecendo que o réu teria exercido o direito de castigar moderadamente seu escravo (PESSOA, 1877:51).

Bastante crítico e, com uma boa dose de razão, cético em relação à proteção jurídica concedida à vida e à integridade física do escravo, Nabuco (1999:131), muito embora referindo-se especificamente aos escravos rurais, denunciou a inoperância do sistema jurídico imperial para ouvir as queixas destes últimos em razão do poder "de fato" que os proprietários então exerciam em suas terras. Em suas palavras: "O escravo precisa ter para queixar-se do senhor a mesma força de vontade e resolução que para fugir ou suicidar-se, sobretudo se ele deixa algum

refém no cativeiro". Reconhecendo toda a dramaticidade dessa situação, a historiografia nacional admite que, se nos estertores do regime escravocrata "nas cidades a lei intervinha, regulava e fiscalizava", no meio rural "a vontade do senhor decidia e os feitores executavam" (COSTA, 1998:340).

Com efeito, não se pode deixar de desconhecer que a situação do escravo variava em conformidade com o meio social no qual ele estava inserido. O escravo camponês, não resta dúvida, vivenciava cotidianamente uma experiência de desproteção diante de seu senhor incomparavelmente pior que aquela experimentada pelo escravo urbano. Regra geral, nas cidades, como no Recife, a legitimidade dos castigos impostos aos escravos foi questionada muito cedo, de maneira que, em meados do século XIX, a violência física praticada contra a população cativa deslocou-se das ruas para as delegacias de polícia, em que pese ter se conservado no interior das casas (CARVALHO, 2010:64). Mesmo uma historiadora que enfatiza em seus estudos a dimensão particularmente cruel e violenta da dominação escravocrata, não deixa de reconhecer que, progressivamente, em razão do fortalecimento do movimento abolicionista, a opinião pública inclinou-se mais e mais em favor do escravo, permitindo-lhe ampliar, em alguma medida, a solidariedade às suas lutas e reivindicações contra seus senhores (COSTA, 1998:340).

Inseridos em um meio social que, em maior ou menor medida legitimava a escravidão, não era nada fácil a defesa dos interesses do escravo, mesmo que tutelados pelo direito. Mesmo assim, a existência de uma legislação penal que pretendia conferir-lhes alguma proteção contra excessos cometidos pelos seus senhores representava um avanço em relação à legislação do colonizador que autorizava expressamente punições cruéis contra o elemento cativo. As Ordenações Filipinas (Livro V, Título 62, § 1º), por exemplo, permitiam que o escravo fosse açoitado e torturado para que confessasse. As Ordenações (Livro III, Título 1) autorizavam, igualmente, a mutilação de membros do escravo. O Alvará de 3 de março de 1741 permitia a aplicação de marcas de ferro quente no escravo para registrá-lo como propriedade de alguém.

Por outro lado, se não resta dúvida de que a sociedade brasileira aceitou o exercício da violência contra o ser humano escravizado, tendo aderido de corpo e alma ao sistema escravista, é igualmente verdadeiro que, pouco a pouco, as transformações ocorridas no âmbito da economia, da política e das mentalidades no curso do século XIX contribuíram para amenizar o tratamento violento conferido ao cativo. Mesmo no longínquo ano de 1846, um parlamentar pernambucano, vale dizer, um representante de uma província economicamente bastante dependente da mão de obra escrava, no período histórico de maior intensidade do tráfico negreiro intercontinental, protestou e pediu providências em plena Câmara dos Deputados contra senhores de engenho que mataram seus

escravos quando estes tentaram empreender fuga de sua propriedade (CARVALHO, 2010:304).

O fato é que, ao final e ao cabo, o tratamento dispensado pelo Código Criminal do Império (1830) ao castigo aplicado pelo senhor ao escravo como exercício regular do direito – "crime justificável", na terminologia da época – simplesmente chancelou, no âmbito do sistema penal imperial, o tratamento conferido ao problema da escravidão pela Constituição do Império (1824). Na verdade, não poderia ter sido diferente, haja vista que todo sistema de produção baseado no trabalho compulsório se apoia na coerção física. Em outras palavras, a conservação e reprodução do mencionado sistema depende da perene possibilidade de utilização da violência física destinada a constranger o escravo a trabalhar. Toda e qualquer relativização deste princípio fundamental da exploração da mão de obra cativa, embora possa contribuir sua manutenção do sistema escravista no curto prazo, acaba por enfraquecê-lo com o passar do tempo. A mera existência de leis destinadas à proteção do escravo constitui um claro indício de que, em tempos futuros, sua condição servil se extinguirá. Nesse sentido, não se pode deixar de concordar, em boa parte, com o entendimento de que, no sistema escravista brasileiro, quaisquer benesses porventura obtidas pela população escravizada "não eram realmente concessões dos senhores, mas conquistas dos negros, pois raramente eram gestos unilaterais dos proprietários" (CARVALHO, 2010:291).

O Código Criminal do Império (Título II, Capítulo I) admitia as seguintes penas: pena de morte (artigo 38), de prisão perpétua (artigo 34, 2ª parte), galés (artigo 44), prisão com trabalho (artigo 46), prisão simples (artigo 47), banimento (artigo 50), degredo (artigo 51), desterro (artigo 52), multa (artigo 55), suspensão de emprego (artigo 58), perda de emprego (artigo 59) e açoites (artigo 60), contudo, as únicas aplicáveis aos escravos eram as penas de morte, de galés e de açoites, sendo esta última a pena mais frequentemente empregada aos cativos criminosos. Entendia o legislador penal, não sem razão, que, como a submissão do escravo ao trabalho compulsório suprimia completamente sua liberdade de ir e vir, a aplicação ao cativo criminoso de qualquer espécie de pena de prisão seria inócua, razão pela qual fazia-se necessária a previsão legal da pena corporal. O mesmo raciocínio aplicava-se à pena pecuniária, razão pela qual a pena de multa não era aplicada ao escravo, ainda que este tivesse patrimônio suficiente. O Aviso de 13 de abril de 1855 determinava que se o cativo viesse a ser condenado pela prática de um crime cuja pena em abstrato fosse a de multa, esta última seria substituída pela pena de açoites. Por outro lado, a pena de morte podia ser aplicada indistintamente a homens livres e a escravos. Seja como for, a pena corporal, cruel e atentatória à dignidade do cidadão, não podia ser imposta a homens livres por expressa vedação constitucional (artigo 179, XIX).

A pena capital era executada por enforcamento que, por sua vez, era precedido de certas formalidades. O Aviso de 17 de junho de 1835 estabeleceu que a forca utilizada na execução da pena de morte deveria ser recolhida por determinação do Juiz Municipal para que não permanecesse continuamente às vistas do público. Pretendia o legislador imperial combinar publicidade e discrição no processo de execução da pena máxima. Se, por um lado, o enforcamento acontecia em lugar público e o condenado caminhava pelas ruas, diante de todos, até o patíbulo, por outro, ele permanecia vestido com suas próprias roupas e não de maneira degradante. Ademais, a legislação proibia execuções nos finais de semana, nos dias santos ou de festa nacional. Dessa maneira, a legislação esforçou-se para assegurar a intimidação, visando à prevenção geral de crimes e a discrição então exigida pela sensibilidade social, pela religião e pela própria dignidade do condenado.

Foi por pouco que o Código Criminal do Império não expurgou a pena capital do ordenamento jurídico nacional. Enquanto parlamentares abolicionistas argumentaram em favor da abolição da pena de morte em razão da Constituição Imperial ter proscrito as penas cruéis, a exemplo da tortura e da marca de ferro, conservacionistas aduziram, em sentido contrário, mais realisticamente, que a pena máxima era indispensável, não tanto para punir o homem livre, mas para intimidar o escravo naquelas hipóteses em que a pena corporal não se revelasse suficiente nesse sentido. Recordaram, ainda, a possibilidade de comutação da pena de morte pelo titular do Poder Moderador, no caso, pelo Imperador, que, segundo eles, decerto faria justiça ao caráter pacífico e dócil do povo brasileiro (GARCIA, s.d.: 121; MACHADO NETO, 1977:13). Sob o peso de tais argumentos, o humanitarismo liberal sucumbiu diante das imposições socioeconômicas de natureza estrutural. Na opinião dos conservacionistas, a pena de morte, concretizando uma espécie de coação psicológica, seria indispensável ao controle da massa escravizada. Mesmo assim, quanto aos escravos, os abolicionistas conseguiram importante vitória ao obterem, na hipótese do crime de insurreição, a previsão da aplicação da pena capital apenas aos líderes do movimento. Fora essa hipótese, escravos, assim como homens livres, poderiam ser condenados à pena de morte apenas pela prática dos crimes de latrocínio e homicídio, mas somente quando a condenação por esses ilícitos penais atingisse o grau máximo. Por último, concordaram os legisladores penais em excluir a possibilidade de aplicação da pena de morte aos autores de crimes políticos, proposta que conquistou ampla adesão tanto dos parlamentares liberais como dos conservadores (SLEMIAN, 2008:195-197).

Na realidade, como era de se esperar, a introdução da pena capital do catálogo de penas do Código Criminal do Império não extinguiu as discussões no

âmbito jurídico acerca da conveniência de sua existência. Em 1866, Malheiros (1866:21) afirmava que "a abolição da pena de morte, não somente em matéria política, mas absolutamente, é uma ideia que já tem passado do domínio da ciência para a legislação de diversos Estados contemporâneos, e que tende a propagar-se". Antes dele, Azevedo (1851:187) assinalava, em 1851, que a pena de morte "fere os primeiros instintos da natureza, e a vergonha de o ver punir com sangue do criminoso". Nas últimas décadas do Império, o sentimento abolicionista exacerbou-se ainda mais e, em 1877, Pessoa (1877:86) proclamava que a pena de morte deveria ser "abolida de todos os Códigos civilizados" por ser "repugnante como é a todo sentimento generoso".

Contudo, o argumento sentimental ou humanitário não foi o único a ser utilizado pelos penalistas opositores da pena de morte no Império, pois afirmava-se que essa espécie de pena era incapaz de produzir os efeitos que dela se esperava. Pessoa (1877:87-88), por exemplo, dizia que em toda sua carreira de magistrado somente chegou a vê-la ser aplicada em duas escassas oportunidades em consequência da ojeriza manifestada pelo Júri a seu respeito, registrando que, mesmo assim, elas foram comutadas em pena de galés perpétuas, em decorrência de recurso apresentado pela defesa. De resto, assinalava o jurista imperial, o Poder Moderador também se empenhava em comutar a pena de morte sempre que isso fosse possível, tornando-a letra morta. Por último, recordava o autor do disposto no artigo 29, § 1º, da Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, que restabeleceu o conteúdo do artigo 332, do Código do Processo de 1ª Instância, que exigia decisão unânime do Júri para imposição da pena de morte ao acusado. Por sua vez, Azevedo (1851:290) criticou a pena capital por sua ineficiência em termos de prevenção geral negativa:

> Entre nós, e entre todos os povos, aonde as execuções são espetáculos, muitos concorrem a vê-los, e mesmo homens de certa ordem segundo a condição do padecente: todos por espírito de curiosidade; mas nenhum pelo interesse de meditar sobre o exemplo; porque o aparato fere, e espanta no momento; mas os espectadores voltam, e ficam sempre tais, quão eram antes.

De fato, a opinião doutrinária de Pessoa ecoava a realidade, pois, com o passar do tempo, a pena capital, embora prevista na lei penal, deixou de ser aplicada no Brasil imperial, passando a ser comutada em galés perpétua, refletindo, assim, a oposição generalizada à mesma por parte das camadas mais ilustradas da sociedade e do próprio Imperador.

Dentre as demais penas aplicadas aos escravos, a pena de galés também se destacava por sua severidade, tendo sido, assim como a pena de morte, combatida durante todo o período imperial. A pena de galés, além de privar o infrator

de sua liberdade de ir e vir, o sujeitava a locomover-se acorrentados e com argola de ferro fixada em seu tornozelo. O condenado era submetido a trabalho forçado em obras públicas, de acordo com o artigo 44, do Código Criminal do Império. Acrescente-se, porém, que as mulheres (artigo 45, § 1º), os menores de vinte e um e os maiores de sessenta anos (artigo 45, § 2º), condenados à pena de galés beneficiavam-se com sua substituição pela pena de prisão com trabalho, mesmo se fossem escravos, de acordo com a doutrina (MALHEIROS, 1866:18). Quanto aos homens livres, embora também pudessem ser condenados à pena de galés, também podiam ter a pena substituída pela pena de prisão com trabalho, mas desde que existisse Casa de Correção que permitisse o cumprimento da sanção penal substitutiva (artigo 311). No entanto, a substituição no caso de condenados adultos do sexo masculino não era permitida quando o condenado fosse escravo (artigo 60, do Código Criminal do Império e Aviso de 9 de agosto de 1860) (PEREIRA, 1869:104).

Em suma, a pena de galés terminou por ser aplicada exclusivamente aos escravos e, assim mesmo, as autoridades públicas enfrentaram dificuldades para executá-la, haja vista que "nem sempre convinha ao senhor que seu escravo ficasse detido nas cadeias públicas ou encarcerado", considerando-se que "o maior prejudicado, na realidade, era o senhor, que perdia seu instrumento de trabalho" (COSTA, 1998:351-352).

No tocante à pena de açoites, aplicada exclusivamente aos escravos, o artigo 60 do Código Criminal do Império estabelecia o seguinte:

> Se o réu for escravo, e incorrer em pena que não seja a capital ou de galés, será condenado na de açoites, e, depois de os sofrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro pelo tempo e maneira que o juiz o designar.

Em todo caso, determinava o referido dispositivo legal, "o número de açoites será fixado na sentença, e o escravo não poderá levar por dia mais de cinquenta".

Posteriormente, o Aviso 30, de 09 de março de 1850, reafirmou que a pena de açoites deveria também condenar o escravo criminoso a trazer ferro ao pescoço. Lamentavelmente, se no plano jurídico-penal havia a previsão de limitação das chibatadas a serem aplicadas ao escravo condenado, sobretudo no interior das propriedades rurais "os fazendeiros pouco se importavam, considerando o escravo como uma propriedade absoluta" (COSTA, 1998:342).

Manifestando-se a respeito da pena de açoites, Pessoa (1877:113) afirmava, em 1877, que se tratava de uma punição bárbara que deveria ser abolida. Malheiros (1866:21), um dos maiores estudiosos da instituição da escravidão no Brasil imperial, assinalava igualmente que ela

> deve ser riscada das nossas leis penais, por anacrônica, desigual, improfícua para uns, excessiva para outros, imoral, ofensiva ao pudor, senão do próprio escravo ou escrava, ao menos e com certeza da sociedade, bárbara enfim, podendo conduzir à morte contra a manifesta intenção do legislador.

Mesmo assim, em seus comentários acerca da pena de açoites, esses mesmos juristas, opositores de sua existência legal, não se furtavam a orientar a respeito de sua aplicação. Pessoa (1877:110), por exemplo, afirmou o seguinte:

> Deve-se sempre graduar a pena, conforme a idade e a robustez do réu, na inteligência de que, segundo afirmam os facultativos, quando o número de açoites excede a duzentos, é sempre seguido de funestas consequências; suspendendo-se o castigo, logo que o paciente a juízo médico não o puder mais suportar sem perigo.

Por seu turno, Malheiros (1866:17) alertava para o fato de que a legislação era falha no que diz respeito à contenção do arbítrio na execução da pena de açoites. Referindo-se ao número de chibatadas diárias aplicadas ao escravo condenado, Malheiros sustentava que o castigo

> deve ser exercido com toda prudência e humanidade, de modo que não exceda uma justa punição, e degenere em pena mais grave do que a lei assim quis impor, como seria se o castigo fosse tal que dele proviesse ou pudesse provir à morte.

As manifestações de aconselhamento doutrinário, no que diz respeito à execução da pena de açoites, tinham respaldo legal, uma vez que o Aviso 365, de 10 de julho de 1861, reconhecendo o perigo representado pelo número excessivo de açoites aplicados ao escravo, dispunha que o magistrado deveria observar a idade e a robustez do condenado na execução da pena. O fato é que, apesar da lei e da opinião dos juristas imperiais e das pessoas mais sensíveis à terrível sorte dos cativos, a pena corporal era indispensável à conservação e manutenção do sistema escravocrata no Brasil. Assim, somente quando o emprego da mão de obra escrava se tornou, para muitos, um entrave ao desenvolvimento nacional e a luta abolicionista conquistou, em definitivo, corações e mentes de parcela considerável da sociedade, é que o quadro descrito anteriormente pôde ser alterado com sucesso. Em 1822, ano da independência do Brasil, a população escrava correspondia a 30% da população total do país. Em 1873, havia "somente" 1.500.000 cativos, número correspondente a 15% daqueles que habitavam o território nacional. Em 1887, ou seja, um ano antes da abolição da escravidão, o número de escravos não passava de 723.000, vale dizer, 5% do total de brasileiros

(CARVALHO, 2001:47). Por conseguinte, na medida em que a escravidão se enfraquecia em todos os sentidos, aumentavam as críticas à referida instituição, inclusive por parte dos juristas imperiais.

As legislações penal e processual imperial, evidentemente, não poderiam ter deixado de sofrer as consequências do enfraquecimento do próprio instituto da escravidão no país. Num derradeiro esforço destinado a compatibilizá-lo com as transformações em curso na sociedade imperial, o legislador abrandou a desumanidade da repressão penal contra a massa escravizada. Com tal desiderato, o artigo 1º da Lei 3.310, de 15 de outubro de 1886, revogou o artigo 60, do Código Criminal do Império e a Lei 4, de 10 de junho de 1835, extinguindo finalmente a famigerada pena de açoites.[2] Nesse caso, uma vez mais, a lei penal ajustou-se às transformações na esfera socioeconômica e cultural da sociedade. Se, durante a maior parte do século, as marcas de castigos físicos estigmatizavam os "maus" escravos, nas últimas décadas, pelo contrário, passaram a revelar quem eram os senhores perversos (COSTA, 1998:344). Revelava-se, assim, por intermédio da pena do legislador imperial, a lenta, mas irreversível transformação ocorrida na mentalidade da população brasileira no que diz respeito ao instituto da escravidão.

A Lei 3.310, de 15 de outubro de 1886, comprovando a relevância da pena de açoites para a conservação do sistema, estimulou tanto as alforrias como as fugas empreendidas pelos cativos, neste último caso, sem que seus senhores conseguissem reprimi-los com eficiência. Sem o chicote, o sistema escravista já não poderia funcionar a contento.

4. O controle social não repressivo da massa escravizada: as estratégias de dominação negociada entre o senhor e o cativo

No período imperial da história brasileira, a resistência escrava às arbitrariedades e aos castigos cruéis praticados pelos senhores de escravos não se traduziu apenas em rebeliões e fugas coletivas ou individuais, mas, também, em inúmeras ações cotidianas de oposição que somente há pouco tempo foram

2. "Ao réu escravo serão impostas as mesmas penas decretadas pelo Código Criminal e mais a legislação em vigor para outros delinquentes, segundo a espécie de delitos cometidos, menos quando forem essas penas de degredo, de desterro ou de multa, as quais serão substituídas pela de prisão; sendo nos casos das duas primeiras por prisão simples pelo mesmo tempo para elas fixado, e no de multa, se não for satisfeita pelos seus respectivos senhores, por prisão simples, ou com trabalho, conforme se acha estabelecido nos artigos 431, 432, 433 e 434, do Regulamento 120, de 31 de janeiro de1842".

percebidas e valorizadas por alguns historiadores. Dentre esses atos de resistência, alguns tangenciaram o sistema imperial, outros, porém, ocorreram no seu interior. Essas manifestações de desafio à ordem jurídica imperial sem dúvida colidem com a concepção tradicional esposada por alguns dos maiores estudiosos de que a coisificação do escravo no Brasil teria eliminado praticamente toda e qualquer possibilidade deste último ter agido como sujeito autônomo do seu próprio destino, como se a supressão puramente jurídica de sua condição de sujeito de direitos no âmbito civil acarretasse automaticamente a extinção de sua personalidade natural.

Em conhecido estudo no qual desmente o mito da formação democrática da sociedade gaúcha, Cardoso (1997:125-126) defendeu o ponto de vista de que, na sociedade brasileira, o escravo era definido como coisa tanto juridicamente como socialmente. Sua coisificação era total, ou seja, implicava igualmente em sua completa despersonalização. Tal processo, de acordo com o autor, tornou-se necessário porque

> a dominação senhorial e o trabalho escravo organizado só se mantinham pela coação; a coação, por sua vez, legitimava-se diante do código moral cristão, graças à racionalização permitida pela desqualificação do escravo da categoria de pessoa.

Mais detalhadamente:

> A forma de realização do processo de produção, porém, fazia necessária estrita disciplina que acabava realmente por transformar o escravo em instrumento passivo da população, impedindo, ao mesmo tempo, o êxito da reforma possível. Os senhores, agindo no interesse imediato de manter a produção, impediam, na realidade, graças aos rígidos controles, que o desejo de liberdade se modificasse em ação pela liberdade e assim agindo encobriam a si próprios e aos escravos a realidade do escravo. Percebiam-no como coisa que trabalha; incapaz de reagir às condições de trabalho, e convertiam-no efetivamente em mero instrumento de trabalho. Paralelamente, a sociedade escravocrata dispunha de mecanismos pelos quais moldava a personalidade do escravo, impedindo a formação de atitudes capazes de orientar sua ação para a concretização dos ideais de libertação.

Portanto, de acordo com esse ponto de vista, interiorizando sua inferioridade, o escravo tornava-se uma coisa, não apenas de direito, mas, também, de fato, convertendo-se em um instrumento de trabalho exatamente como qualquer outro. Reduzido a essa condição miserável, despido de qualquer vestígio de consciência em relação à sua situação, não podia empreender qualquer

ação minimamente consistente em favor de sua libertação. O escravo, assim, caracterizava-se pela completa passividade diante do poder senhorial.

No mesmo sentido, em outro estudo clássico acerca da condição escrava, afirma-se ser incorreto enxergar o "escravo com direitos protetores registrados em lei e respeitados pelo aparelho judiciário, dispondo de espaço social e legal para 'negociar' com o senhor" (GORENDER, 1991:205). Por conseguinte, a coisificação do escravo não seria, nesses termos, meramente jurídica, mas também subjetiva (pessoal ou humana). Na realidade, o escravo somente poderia ser considerado pessoa por possuir uma individualidade que não era anulada, exceto em casos patológicos, pela escravidão, porém, ao mesmo tempo, ele vivenciava a contradição de ser socialmente uma coisa, um ser destituído de autonomia (GORENDER, 1991:22-23).

Para alguns, a alternativa do escravo contra a violência da sociedade escravocrata brasileira era a completa submissão, a passividade resignada, a humildade. Em suma, restava-lhe a aceitação passiva de sua condição social desfavorecida, pois o tratamento relativamente humano dispensado pelo senhor ao seu escravo dependia justamente desse último ser um "bom escravo", vale dizer, um escravo adaptado à sua condição. Portanto, "a inserção do escravo, sua aceitação pelos homens livres numa sociedade fundamentada no trabalho servil, dependerá estritamente da resposta que o trabalho escravo dá a seus senhores no plano da fidelidade, da obediência, da humildade" (MATOSO, 1990:102). Em síntese, seria "difícil admitir que o cativo tornado escravo possa adquirir uma personalidade, mesmo se está inserido e ocupa nela, aparentemente, seu lugar na esfera dessas relações de dominação senhor/escravo" (MATOSO, 1990:102).

Em contrapartida, autores, desafiando o ponto de vista dominante na historiografia, têm insistido, com base em pesquisas documentais, que as relações entre homens livres, senhores de escravos e cativos era bem mais complexa do que aparentava ser. Reis e Silva (1989:7), por exemplo, afirmam que "ao lado da sempre presente violência, havia um espaço social que se tecia tanto de barganhas quanto de conflitos". Velasco (2004:21-22), igualmente, diz que, nas relações entre senhor e escravo, "as situações de domínio necessitavam manter uma base de legitimidade (...) e alguma forma de reciprocidade e negociação com a massa de excluídos das arenas decisórias do Estado, fossem eles os homens livres pobres, os mestiços e negros libertos ou os setores médios emergentes, que apresentavam padrões mais sistemáticos de busca de participação e intervenção na esfera política" e também, "como vários trabalhos recentes têm demonstrado, de modo inequívoco, a imensa massa de escravos". Por fim, examinando a escravidão no Recife no recuado período de 1822 a 1850, ou seja, da independência do Brasil à proibição legal do tráfico de escravos, época em que predominava a população

escrava de origem africana, e não brasileira, Carvalho (2010:11) conclui, baseado em sólidas evidências documentais, que os cativos

> foram agentes de sua própria história, mas não agiram isolados e, apesar da relação escravo-senhor ter sido marcante em suas vidas, havia outro conjunto de situações e de contextos relacionais nos quais estavam inseridos, e sobre os quais também atuavam como sujeitos históricos.

Por fim, mesmo Cardoso (1997:150), suavizando sua tese, mas sem relativizá-la, reconheceu existir certa "valorização social" do escravo urbano-artesão, decorrente das exigências do próprio processo de produção que, no entanto, nada mais representaria que o "reconhecimento da capacidade de uma ferramenta mais aperfeiçoada render mais trabalho". Seja como for, segundo o autor, a preocupação dos senhores em limitar os maus tratos e excesso de trabalho dos cativos artesãos acarretava, em alguma medida, uma "possibilidade de reconhecimento social da existência humana do escravo".

De fato, há evidências empíricas suficientes capazes de sustentar a tese de que o ser humano escravizado conservou sua personalidade social, sua capacidade de agir de modo autônomo, diante das vicissitudes de sua existência, inclusive, em diversos momentos, amparado pelo sistema jurídico imperial. Frequentemente, a historiografia nacional e, na sua esteira, os estudiosos do funcionamento do sistema penal imperial, enfatizam apenas os aspectos mais caracteristicamente repressivos do controle exercido sobre a camada escravizada da população brasileira. Entretanto, faz-se necessário observar que, ao lado da repressão escancarada e violenta que constituiu, sem sombra de dúvida, a modalidade fundamental e decisiva de coerção que viabilizou o trabalho escravo, a classe senhorial desenvolveu estratégias alternativas destinadas a assegurar a reprodução social do sistema escravocrata.

Por razões bem compreensíveis, a historiografia nacional e, no mesmo diapasão, os estudiosos do passado do nosso direito penal, emprestaram ênfase aos aspectos mais caracteristicamente repressivos do funcionamento das instâncias oficias e não oficiais de controle social da população cativa. Não obstante, ao lado da repressão escancarada e amiúde violentíssima, que consistia na modalidade fundamental e decisiva de coerção da massa escravizada, estratégias alternativas destinadas à reprodução social da escravidão foram desenvolvidas pela classe senhorial. Mecanismos de controle social de natureza não violenta foram concebidos e progressivamente aperfeiçoados com a finalidade de amortecer a resistência dos cativos ao lhes proporcionar condições materiais mínimas de existência. Exigências decorrentes da própria economia escravista, o progresso moral e as pretensões civilizatórias da população brasileira livre contribuíram,

com o passar do tempo, para moderar a violência punitiva exercida contra o escravo tanto pelo aparelho repressivo do Estado imperial quanto pelas instâncias informais (senhoriais) de controle social. Dessa maneira, o sistema escravista incorporou uma série de estratégias destinadas a reduzir as inevitáveis tensões existentes entre população livre e escravos decorrentes do domínio praticamente absoluto do cativo pelo seu senhor. Em resumo, pode-se dizer que "o combate à autonomia e indisciplina escrava no trabalho e fora dele, se fez através de uma combinação da violência com a negociação, do chicote com a recompensa" (REIS; SILVA, 1989:32). Mesmo autores que opinam no sentido de que o escravo brasileiro foi socialmente coisificado por intermédio de sua completa submissão legal à violência física irrestrita, admitem a existência de certo "comportamento paternalista" nas relações entre senhor e escravo destinado a proporcionar a "estabilização do sistema" (GORENDER, 1991:27). Portanto, em última análise, o sistema escravocrata brasileiro não se mantinha somente através da violência, mas também por intermédio de concessões feitas à massa escravizada.

Assim, não era raro, por exemplo, que os senhores permitissem aos escravos o cultivo de parcelas individuais de terra durante o dia de folga semanal, estratégia que contribuía para aliviar as tensões dos cativos, proporcionando-lhes a oportunidade de amealhar algum dinheiro que poderia ser gasto para satisfazer suas necessidades ou, quem sabe, para formar um pecúlio, além de estimular a produção de gêneros de primeira necessidade destinados a alimentar a escravaria.[3] Ademais, à semelhança dos homens livres, muitos escravos eram remunerados pelo trabalho desempenhado, sobretudo quando empregados em atividades especializadas que exigiam certo nível de capacitação técnica. De forma geral, escravos eram melhor tratados pelo quando se dedicavam a atividades complexas, como no caso da produção de açúcar, pois havia o temor de que pudessem causar dano ao equipamento industrial em prejuízo do processo produtivo. Por derradeiro, a relativa liberdade religiosa concedida aos cativos foi, igualmente, um fator capaz de desafogar as tensões da massa submetida ao trabalho compulsório, razão pela qual era, em regra, tolerada ou mesmo estimulada pelos seus proprietários.

Esse conjunto de benesses proporcionado aos escravos pela sociedade escravocrata não servia somente para confortá-los em relação à sua difícil condição, mas estimulava-os a esforçar-se, cada vez mais, para conservá-las e ampliá-las

3. A formação do pecúlio era costumeiramente deferida ao escravo pelo senhor. Em que pese ter sido reconhecido ao escravo o direito ao pecúlio apenas em 1871, na prática ele sempre existiu como um modo de possibilitar sua libertação por meio do esforço pessoal.

progressivamente, tanto por meio da rebelião, individual ou coletiva, quanto por intermédio da negociação e barganha. Ao lado da repressão pura e simples, empregaram-se mecanismos dulcificados muito sutis e consensuais de dominação no controle social da massa escravizada. Embora Nabuco (1999:134) tenha proclamado a verdade elementar de que "a escravidão só pode existir pelo terror absoluto infundado na alma dos homens", não se pode deixar de reconhecer, na esteira do pensamento de estudiosos recentes do problema da escravidão, que "o sistema escravista não poderia, evidentemente, viabilizar-se apenas pela força" (REIS; SILVA, 1989:31). Exigia-se, na realidade, certa flexibilidade dos senhores de escravos no sentido de proporcionar à massa escrava algum tipo de alívio para suas agruras e de seus familiares, estratégia que facilitava a conservação e reprodução do próprio sistema social escravocrata.

5. A criminalidade escrava e o sistema jurídico imperial: a lei e a resistência contra a escravidão

Cardoso (1997:153) afirma que

> sempre que o abrandamento das relações entre os dominados e dominadores poderia pôr em risco o sistema escravocrata, ou que as condições de exploração do trabalho escravo exigiam o enrijecimento das formas de interação social e o aumento da distância social entre senhores e escravos, as relações entre as duas camadas redefiniam-se, deixando transparecer o fundamento real do sistema escravista de dominação: a escravidão funda-se em relações de violência.

De fato, tal fenômeno pode ser facilmente verificado a partir do exame da relação existente entre as reformas legislativas no terreno do direito penal e do direito processual penal imperial – em particular, o advento da Lei 4, de 10 de junho de 1835 – e as insurreições escravas ocorridas na primeira metade do século XIX.

Rebeliões escravas, incluindo insurreições de maior ou menor envergadura, traduziram reações contra a opressão do sistema escravocrata.[4] Diante do silêncio da Constituição do Império, a legislação infraconstitucional permitia

4. Existiram dois tipos essenciais de rebeliões escravas: revoltas reivindicatórias e insurreições contra a ordem escravocrata. As primeiras visavam à conquista de melhores condições de vida para os escravos, enquanto as segundas visavam à subversão da ordem social escravista, ou seja, libertar o negro da condição de escravo (REIS; SILVA, 1989).

a existência de pessoas destituídas de cidadania que podiam ser compradas, vendidas, obrigadas a trabalhar sem receber salário e castigadas por seu senhor tão somente por terem cometido faltas mínimas. Ao arrepio da lei, essas pessoas podiam sofrer castigos físicos excessivos capazes de matá-las e toda sorte de arbitrariedades.

Afirma-se que a relativamente pequena quantidade de rebeliões escravas ocorridas no Brasil imperial pode ser explicada pela coisificação social do escravo. A maioria deles nem se rebelou nem fugiu, permanecendo na sua condição social até a morte. Todavia, a adoção deste tipo de atitude não indica que tenham aceitado passivamente a escravidão, afinal, muitos cativos decerto optaram, alternativamente, por tornarem-se maus escravos, como comprovam atitudes de relaxamento no cumprimento de suas tarefas, de incúria, de trato ruinoso dos animais e das ferramentas, de sabotagem, dentre outros (GORENDER, 1991:34-35). Porém, na realidade, tudo somado, os episódios de resistência escrava foram muito mais numerosos do que geralmente se acredita. Ademais, as diversas modalidades de rebeliões escravas certamente não evidenciam todo o potencial rebelde da massa escravizada. Muitos escravos, por exemplo, não se furtaram em participar ativamente – e ruidosamente – das revoltas que eclodiram em Pernambuco nas décadas imediatamente posteriores à independência do Brasil. A esse respeito, recorda Carvalho (2010:209),

> na mesma medida em que os brancos buscaram conduzir suas relações com os cativos da forma que lhes fosse mais conveniente, os negros tentavam fazer o mesmo, direcionando o melhor possível as suas ações no sentido de conquistar espaços [e] abrir brechas econômicas e sociais no sistema.

Enfim, muito embora as agitações promovidas pelos escravos nem sempre tenham se destinado a atingir as bases da ordem social escravocrata, indiretamente, sempre provocaram abalos em sua estrutura.

Entre 1829 e 1831, inúmeras rebeliões escravas eclodiram em Pernambuco, tendo, inclusive, contribuído para a formação de quilombo, comunidade autônoma de escravos refugiados. Na Bahia, as rebeliões também foram frequentes nas primeiras décadas do século XIX, sendo a mais importante a denominada revolta dos Malês ocorrida em 1835.

A insurreição dos Malês congregou diversas parcelas da população escrava, tendo sido liderada por escravos islamizados. Na verdade, a religião islâmica constituiu-se numa "poderosa força ideológica e organizacional, e articulou politicamente a ira de escravos e libertos africanos contra os beneficiários da exploração de classe e da opressão étnica" (REIS; SILVA, 1989:112). Porém, além dos

escravos islamizados de origem africana, a insurreição contou com a participação de crioulos e libertos.[5] Os insurretos, em número de seiscentos, partiram de Salvador com a intenção de unir-se aos escravos do recôncavo baiano, mas antes que conseguissem foram subjugados pelas forças da ordem após um duro combate. Apesar da ampla adesão ao movimento, a rivalidade entre africanos e crioulos afetou de maneira considerável a insurreição.

Devido a sua dimensão, a revolta dos Malês assustou consideravelmente a população livre das províncias e, particularmente, a da Corte. Temeroso que o Brasil experimentasse o que havia ocorrido no Haiti, onde os escravos libertaram-se da escravidão por meio do assassinato em massa da população branca livre, o governo imperial não somente tomou medidas policiais, administrativas e disciplinares contra a população cativa, mas também adotou providências repressivas no âmbito do direito penal e do direito processual penal. O artigo 1º da Lei 4, de 10 de junho de 1835, estabeleceu a pena capital para escravos e escravas que cometessem homicídio, ministrassem veneno ou provocassem lesões corporais em seus senhores e esposas, bem como em seus descendentes e ascendentes, caso residissem em sua companhia, mas também quando os referidos crimes fossem cometidos contra os seus administradores, feitores e suas respectivas esposas, desde que estas morassem consigo. Tratando-se de lesões leves, a pena de açoites em número proporcional às circunstâncias agravantes e atenuantes do caso seria aplicada aos escravos agressores.

Em seu artigo 2º, a lei determinava que todos os delitos praticados por escravos punidos com a pena de morte e o crime de insurreição seriam julgados por Júri convocado extraordinariamente pelo Juiz de Direito com tal finalidade. A pena de morte seria decidida por dois terços dos votos dos Jurados; no caso das demais, apenas pelo voto da metade. Regulamentando esse aspecto da legislação repressiva, o Aviso de 14 de fevereiro de 1851 estabeleceu que a votação por dois terços seria exigida não apenas para o fato principal, mas também para decidir acerca das circunstâncias requeridas pela lei para a condenação à pena de morte, inclusive quanto à exigência ou não de prova adicional à mera confissão de autoria do réu desacompanhada de provas (CORDEIRO, 1861:143).

Por fim, o artigo 4º da Lei 4, de 10 de junho de 1835, suprimiu o duplo grau de jurisdição ao proibir os escravos condenados pela prática dos crimes nela

5. Escravos nascidos no continente africano eram chamados de "pretos" (a designação "negros" era evitada para não causar confusão). Os "pretos" dividiam-se em "boçais" (africanos recém-chegados) e "ladinos", (africanos aculturados e falantes do idioma português). Os crioulos eram escravos nascidos no Brasil.

mencionados de recorrerem na esperança de terem suas sentenças reformadas. Posteriormente, a citada proibição foi mantida tanto pela Lei de 3 de dezembro de 1841 como pelo Decreto 1.310, de 2 de janeiro de 1854. Porém, conservou-se ao escravo condenado à pena de morte a possibilidade de recorrer à graça do Imperador, consoante a Lei de 11 de setembro de 1826, que determinava que nenhuma sentença à pena capital poderia ser executada senão após ter-se esgotado o recurso da graça (ALVES JÚNIOR, 1883:312). Registre-se, também, que a Lei 4, de 10 de junho de 1835, não revogou dispositivos do Código Criminal do Império (1830) que previam a existência do "crime justificável", o que, por exemplo, em tese, permitia ao escravo matar em legítima defesa qualquer um que o agredisse injustamente, inclusive seu senhor. Da mesma maneira, graças ao Código Criminal do Império, conservou-se a possibilidade do reconhecimento de circunstâncias atenuantes em favor do escravo que cometesse crimes referidos na Lei 4, de 10 de junho de 1835 (MALHEIROS, 1866:18).

Em que pese o advento da Lei 1.310, de 2 de janeiro de 1854, restabelecendo o duplo grau de jurisdição na hipótese da prática dos crimes elencados na Lei 4, de 10 de junho de 1835, a doutrina penal nacional continuou a considerar insuportável seu rigor contra o escravo. Não obstante, a referida legislação somente veio a ser revogada pela Lei 3.310, de 10 de outubro de 1886, ou seja, às vésperas da abolição, tendo permanecido em vigor por mais de cinquenta anos, demonstrando, assim, que a classe senhorial a considerava indispensável à conservação do regime escravista.

Porém, independentemente do nível mais ou menos elevado de repressão da legislação penal e processual penal imperial, a situação do escravo diante do sistema penal variou em conformidade com determinadas circunstâncias pessoais como o fato do infrator tratar-se de um africano ou de um crioulo; com circunstâncias de lugar, isto é, o fato do criminoso viver no meio rural ou no urbano e, por último, com circunstâncias relacionadas ao tempo, pois, na medida em que o sistema escravista se enfraqueceu, também debilitaram-se as modalidades tradicionais de controle social mais violentas do comportamento da massa escravizada. O fato indiscutível é que, no curso do século XIX, "as 'ideologias escravistas' [...] viriam a se tornar cada vez mais acuadas, fragmentárias, a espelhar o progressivo esgotamento da escravidão" (FRAGOSO; CASTRO; VAINFAS, 1988:55). Existe, na realidade, uma abundância de evidências empíricas de natureza judicial a demonstrar que, sobretudo na segunda metade do século XIX, o escravo jamais coisificou-se, tendo, pelo contrário, se comportado como uma pessoa tanto no sentido, digamos assim, humano (subjetivo ou pessoal) como no social. Em outras palavras: o cativo se conduziu na vida social, malgrado as inúmeras restrições decorrentes de sua condição, exatamente como o homem livre o faria. Ele

lutou, coletiva ou individualmente, em defesa de seus interesses, tendo obtido vitórias em detrimento do interesse de seus senhores. Por outro lado, o próprio sistema judicial imperial proporcionou determinados espaços nos quais o indivíduo escravizado conseguiu se impor diante da repressão penal, como nos exemplos examinados a seguir.

Em 17 de março de 1872, na cidade do Rio de Janeiro, um grupo de cativos tentou matar o português José Moreira Veludo, proprietário de uma casa de comissões, isto é, de um estabelecimento comercial dedicado à compra e venda de escravos. A vítima, após jantar, dirigiu-se ao dormitório dos escravos para fazer um curativo em um deles, que se encontrava em tratamento. Lá chegando, Veludo foi atacado por mais de vinte escravos liderados por um baiano chamado Bonifácio. Mas foi o escravo Marcos quem, tomando uma palmatória de Tomé, escravo da casa, começou a espancar a vítima, tendo sido acompanhado pelo escravo Constâncio e pelos demais que preferiram utilizar pedaços de madeira que, premeditadamente, tinham guardado com tal finalidade. Completamente cercado pelos atacantes, apanhando sem cessar, Veludo foi salvo por Justo, caixeiro da casa de comissões que, ajudado por um guarda-livros, armou-se de um pau comprido, arrombou a cancela do dormitório e repeliu com sucesso os agressores, conseguindo arrastá-lo para fora. Veludo sofreu várias lesões na cabeça e no restante do corpo, que foram consideradas graves pelos peritos médicos.

Em seu interrogatório, Bonifácio explicou que tinha raiva de Veludo, porque este o ameaçara, mas que os demais o atacaram por não desejarem ser vendidos para trabalhar em plantações de café, o que foi confirmado por outros cinco réus. Muitos, inclusive, declararam que, após matarem Veludo, pretendiam entregar-se à polícia. Percebendo que os escravos acusados poderiam ser condenados por tentativa de homicídio, Veludo tratou de contratar advogado para defendê-los, uma vez que o Promotor tinha pedido a pena de morte para todos eles, com fundamento no artigo 1º da Lei 4, de 10 de junho de 1835. Sem perder tempo, a defesa dos réus alegou que dois ou três dentre eles tinham causado apenas lesões corporais leves na vítima, a despeito de uma segunda perícia médica ter confirmado que aquelas tinham sido graves. Na sentença preliminar, o magistrado não apenas desclassificou a infração penal cometida pelos réus de tentativa de homicídio para lesão corporal grave, como absolveu liminarmente 13 dos 20 agressores, mediante o argumento de que não havia prova da autoria do crime contra eles. Dias depois, todos os 13 absolvidos foram libertados do cárcere por iniciativa da defesa.

Durante o julgamento, a defesa requereu a absolvição dos sete acusados restantes, tendo sustentado, dentre outras teses, que

> o embrutecimento de seus espíritos e a falta absoluta de educação, males provenientes de sua forçada condição de escravos, lhes embotou a consciência do mérito e do demérito, diminuindo-lhes consideravelmente a responsabilidade moral e a imputabilidade.

Portanto, de acordo com a defesa, os réus seriam psicologicamente fronteiriços e, consequentemente, deveria ser reconhecida sua responsabilidade penal diminuída. A sentença foi prolatada pelo Júri em 16 de julho de 1872, vale dizer, quatro meses após o crime, tendo resultado na condenação de cinco e na absolvição de dois acusados. A pena imposta aos primeiros foi de 100 açoites e aposição de ferro no pescoço por seis meses. Depois de alguns dias, Veludo requereu a soltura dos dois escravos absolvidos, mediante documento comprobatório de que ambos lhe tinham sido entregues por seus proprietários para serem comercializados (CHALHOUB, 1990:29-35).

Em dezembro de 1872, uma jovem escrava foi acusada de ter envenenado sua senhora, causando sua morte. Interrogada, a acusada negou a autoria do homicídio, tendo declarado também que a vítima lhe maltratava muito sem qualquer motivo, desferindo diariamente pancadas com um pedaço de madeira contra sua pessoa, tendo chegado a ferir seus olhos numa dada ocasião. Apesar disso, a acusada afirmou que não alimentava ódio contra a vítima, mas apenas "zanga" por ser maltratada por ela. Disse, ainda, que pedira em várias oportunidades, sem sucesso, para ser vendida, não obstante a aquiescência de seu senhor, porque a vítima se recusava a atendê-la e dizia que ela morreria no cativeiro. A acusada narrou que chegou a procurar a polícia para obter permissão para ser vendida, contudo, foi reconduzida à residência de seus senhores, onde foi castigada, tendo sido também proibida de sair de casa. Por fim, a ré contou que, sem qualquer motivo, a vítima lhe espancou com um pedaço de madeira na véspera do homicídio.

Embora, naturalmente, não existissem testemunhas presenciais do crime, um vizinho da vítima, prestando depoimento, atribuiu o crime ao sentimento de vingança da acusada em decorrência dos maus-tratos sofridos que, de tão violentos, indignavam a vizinhança. As demais testemunhas não apenas confirmaram o depoimento anterior, mas uma delas chegou a dizer que, certa vez, encontrara a acusada chorando na rua porque a vítima queria matá-la. Julgada, a acusada foi absolvida por sete votos a cinco, escapando, assim, dos rigores da Lei 4, de 10 de junho de 1835 (CHALHOUB, 1990:201-204).

Em junho de 1869, induzida por seu namorado, o escravo Jerônimo, Felisberta, escrava do Comendador Souza Breves, fazendeiro, suposto contrabandista de escravos e um dos homens mais poderosos da Corte, furtou-lhe a quantia de dois contos de réis em quatro notas de quinhentos réis.

Interrogada, a acusada disse ser amiga de Jerônimo e que este lhe pediu para furtar o Comendador porque precisava de um par de botinas, um chapéu e outras peças de vestuário. A acusada disse, ainda, que Jerônimo afirmou que o Comendador era muito rico e que a quantia furtada não lhe faria falta. Por último, a acusada afirmou que, motivada por amor nutrido por Jerônimo, aproveitou o sono do Comendador e subtraiu os dois contos de réis do bolso de sua jaqueta, tendo repassado três cédulas de quinhentos réis ao acusado e ficado com uma para si.

Jerônimo apresentou uma versão diferente do crime. Segundo ele, depois de receber o dinheiro da ré, dirigiu-se a uma alfaiataria situada na Rua do Hospício e encomendou uma calça e colete por 10.000 réis. Todavia, assustou-se quando o caixeiro lhe falou que a nota com a qual iria efetuar o pagamento valia 500.000 réis, passando, só então, a desconfiar que aquele dinheiro poderia ser produto de um furto praticado pela acusada e resolveu devolvê-lo por intermédio dela. Porém, acrescentou o acusado, a ré se limitou a devolver apenas uma pequena parte do dinheiro que lhe entregou, mesmo após ela ter padecido no tronco. O defensor do acusado trilhou caminho alternativo, tendo alegado que Jerônimo era um escravo de inteira confiança de sua senhora, usufruindo de relativa autonomia para negociar o próprio salário e as condições de trabalho com os clientes que o contratavam como pedreiro. Sua única obrigação consistia em repassar, de um ganho total que variava entre 2.000 e 2.500 réis, a quantia de 1.500 réis por dia a sua senhora. Nos domingos, o acusado tinha o dia livre e trabalhava em seu exclusivo proveito. Três testemunhas foram arroladas pelo acusado e declararam que ele era assíduo e dedicado ao trabalho. Julgado, o acusado foi absolvido por unanimidade pelo Júri, tendo sido julgada improcedente a apelação formulada pelo Promotor Público para reformar a sentença (CHALHOUB, 1990:216-219).

6. Conclusão: sistema penal imperial e exercício da autonomia da população escravizada no Brasil

Em que pese o fato de a população escravizada brasileira ser inteiramente destituída dos atributos inerentes à cidadania em decorrência de seu estatuto jurídico desfavorável, não há dúvida de que, no plano social, o escravo atuou como sujeito autônomo capaz de lutar em defesa de seus interesses, seja no plano legal, seja no extralegal, como demonstram, neste último caso, as rebeliões escravas consubstanciadas em demandas por condições de existência menos desfavoráveis ou em insurreições destinadas a modificar por completo sua condição servil.

Naturalmente, a capacidade do escravo de resistir aos desmandos de seus senhores e de agir em defesa de seus interesses variou em função das condições de tempo e de lugar em razão das transformações mais amplas de natureza

econômica, social e cultural da própria sociedade escravocrata. Na segunda metade do século XIX, por exemplo, as chances de resistência eram maiores que no período imediatamente anterior. Escravos urbanos tinham maiores possibilidades de defenderem-se contra abusos do que os cativos que trabalhavam em propriedades rurais. Enquanto os primeiros podiam contar, com alguma sorte, com o apoio de uma opinião pública cada vez mais sensível à abolição e com a presença das autoridades públicas obrigadas a atuar de acordo com o direito, os últimos permaneceram quase inteiramente desassistidos praticamente até as vésperas da extinção do sistema escravocrata.

Porém, seja como for, os cativos, embora definidos como coisas pela legislação civil, não o foram pela legislação penal, e o que é mais importante, sobretudo em se tratando dos escravos urbanos na segunda metade do século XIX, eles tinham plena consciência de seu estatuto social e lutavam no sentido de transformar favoravelmente as condições de sua existência. Se o escravo não passava de uma coisa sob o ponto de vista do direito civil, em termos sociais ele era, de fato, uma pessoa que se esforçava para articular uma série de estratégias, inclusive legais, que lhe permitiam expandir sua autonomia. Por vezes, como nos exemplos trazidos pelo texto, o próprio sistema penal imperial servia como cenário, onde travava-se, com maior ou menor sucesso, a luta pela liberdade. Ao conservar sua capacidade de interação com indivíduos livres na sociedade escravocrata, os escravos conservaram sua personalidade social, sua condição de sujeito histórico, conseguindo, em alguns casos, resistir com sucesso contra a repressão do sistema escravocrata.

7. Referências

ALVES JÚNIOR, Thomaz. *Annotações theoricas e practicas ao Código Criminal*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1883.

AZEVEDO, Manuel Mendes da Cunha. *O Código Penal do Império do Brasil*. Recife: Typographia Commercial de Meira Henriques, 1851.

CAMARGO, Joaquim Augusto de. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Capitalismo e escravidão no Brasil meridional*: o negro na sociedade escravista do Rio Grande do Sul. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CARVALHO, Marcus J. M. *Liberdade*: rotinas e rupturas do escravismo no Recife (1822-1850). 2. ed. Recife: Editora Universitária UFPE, 2010.

CHALHOUB, Sidney. *Visões da liberdade*: uma história das últimas décadas da escravidão na Corte. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CORDEIRO, Carlos Antônio. *Código Criminal do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Quirino e Irmão, 1861.

COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república*: momentos decisivos. 6. ed. São Paulo: UNESP, 1988.

COSTA, Emília Viotti da. *Da senzala à colônia*. 4. ed. São Paulo: UNESP, 1998.

FARIAS, Juliana Barreto; GOMES, Flávio dos Santos; SOARES, Carlos Eugênio L.; ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira de. *Cidades negras*: africanos, escravos e crioulos e espaços urbanos no Brasil escravista do século XIX. 2. ed. São Paulo: Alameda, 2006.

FLORENTINO, Braz. *Lições de direito criminal*. Brasília: Senado Federal, 2003.

FRAGOSO, João Luís Ribeiro; CASTRO, Hebe Maria Mattos de; VAINFAS, Ronaldo. Novas perspectivas acerca da escravidão no Brasil. In: Ciro Flamarion Cardoso (Org.). *Escravidão no Brasil*: novas perspectivas. Rio de Janeiro: Zahar, 1988.

GORENDER, Jacob. *A escravidão reabilitada*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1991.

GRINBERG, Keila; BORGES, Magno Fonseca; SALLES, Ricardo. Rebeliões escravas antes da extinção do tráfico. In: Keila Grinberg; Ricardo Salles (Org.). *O Brasil imperial*: 1808-1831. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. v. 1.

MACHADO NETO, Zahidé. *Direito penal e estrutura social*: comentário sociológico ao Código Criminal de 1830. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1977.

MALHEIROS, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil*: ensaio histórico-jurídico-social. Direito sobre escravos e libertos. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1866, parte 1.

MATOSO, Kátia M. de Queirós. *Ser escravo no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

PEREIRA, João Batista. *Código Criminal do Império anotado*. Rio de Janeiro: Editor E. A. de Oliveira, 1869.

PESSOA, V. A. de Paula. *Código Criminal do Império do Brasil anotado com leis, decretos, jurisprudência dos tribunais do país e avisos do governo até o fim de 1870*. Rio de Janeiro: Livraria Popular, 1877.

REIS, João José; SILVA, Eduardo. *Negociação e conflito*: a resistência negra no Brasil escravista. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

SLEMIAN, Andréa. A nação independente, um novo ordenamento jurídico: a criação dos Códigos Criminal e do Processo Penal na primeira década do Império do Brasil. In: RIBEIRO, Gladys Sabino (Org.). *Brasileiros e cidadãos*: modernidade política (1822-1830). São Paulo: Alameda, 2008.

VELASCO, Ivan de Andrade. *As seduções da ordem*: violência, criminalidade e administração da Justiça: Minas Gerais – século 19. Bauru: EDUSC, 2004.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A situação da justiça penal no Brasil do século XIX, de Roberto Chacon de Albuquerque – *RBCCrim* 66/118-156 (DTR\2007\310); e
- Legislação penal da escravidão, de Luiz Guilherme Moreira Porto – *RT* 777/485-504 (DTR\2000\417).

Freitas, Ricardo. Criminalidade escrava no Brasil imperial e estratégias da população escravizada diante da ordem jurídica do Império (1822-1889). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 148. ano 26. p. 517-548. São Paulo: Ed. RT, outubro 2018.

Controle social, punição e racismo: os casos encaminhados ao Centro de Referência em Direitos Humanos da DPE/RS

Social control, punishment and racism: a view of the Human Rights Reference Center of the DPE/RS

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo

Doutor em Sociologia pela UFRGS. Professor Titular da Escola de Direito da PUCRS. Bolsista de Produtividade em Pesquisa nível 1 do CNPq. Membro do Fórum Brasileiro de Segurança Pública e líder do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal – GPESC/PUCRS. Pesquisador associado e membro do Comitê Gestor do Instituto Nacional de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos – INCT-Ineac.
rodrigo.azevedo@pucrs.br

Luíza Correa de Magalhães Dutra

Mestranda em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Especialista em Segurança Pública, Cidadania e Diversidade pela UFRGS. Bacharela em Ciências Sociais pela UFRGS. Integrante do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal da PUCRS. Integrante do Grupo de Pesquisa Violência e Cidadania da UFRGS. Assistente Jurídica do Grupo de Assessoria a Imigrantes e Refugiados – SAJU/UFRGS.
luiza.dutra15@gmail.com

Osmar Antônio Belusso Júnior

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Integrante do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal da PUCRS. Advogado do Grupo de Estudos e Intervenção em Matéria Penal SAJU/UFRGS. Assessor Jurídico do Projeto Cada Jovem Conta! do Centro de Prevenção às Violências, vinculado à Secretaria Municipal de Segurança Pública e Cidadania de Canoas/RS.
osmarbelusso@hotmail.com

Recebido em: 16.06.2017
Aprovado em: 12.03.2018
Última versão do (a) autor (a): 27.03.2018

Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de; Dutra, Luíza Correa de Magalhães; Belusso Júnior, Osmar Antônio. Controle social, punição e racismo: os casos encaminhados ao Centro de Referência em Direitos Humanos da DPE/RS. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 148. ano 26. p. 549-577. São Paulo: Ed. RT, outubro 2018.

Áreas do Direito: Direitos Humanos; Penal

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo trazer ao debate o modo como o racismo estrutural no Brasil foi mantido e reproduzido após o fim da escravidão, através da adoção de novas formas, pensamentos e mecanismos, nem sempre sutis, influenciando, inclusive, a formação e o *modus operandi* das agências policiais do Estado. A partir da revisão bibliográfica da literatura sobre o tema da racialização na abordagem policial, realizamos análise documental dos procedimentos de apuração de danos individuais que são instaurados no Centro de Referência em Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Mais do que denunciar a existência dessas violências ou apontar que a polícia é truculenta e dirige sua abordagem de forma seletiva, é preciso analisar o contexto em que elas ocorrem, para que seja possível pensar em mecanismos de visibilidade e apuração do cometimento dessas violações, bem como a respectiva responsabilização.

Palavras-chave: Polícia – Racismo – Violência policial – Defensoria Pública – Segurança pública.

Abstract: This paper aims to examine the way in which structural racism in Brazil was maintained and reproduced long after the end of slavery, through the adoption of new pratices and mechanisms that have an effect on the formation and the *modus operandi* of the police institutions. At first it was conducted a bibliographical review of the specialized literature on the topic of racialization in the police approach, to then present the empirical research data based on analysis of individual damages, investigating procedures that are established in the Human Rights Reference Center of the Public Defense of the State of Rio Grande do Sul. More than just report the existence of such violence and point out that police truculence is directed mainly to a parcel of the population, it is necessary to analyze the context in which they are practiced, in order to think investigation and visibility mechanisms of such violations, as well as their respective accountability.

Keywords: Police – Racism – Police violence – Public Defense – Public security.

Sumário: 1. Introdução. 2. Formação da polícia brasileira e o racismo institucional velado. 3. A escola positiva italiana e a polícia brasileira: breve debate sobre a influência do positivismo criminológico no Brasil. 4. O imaginário racista brasileiro: o mito da democracia racial e a negação do funcionamento racista estatal. 5. Os processos do centro de referência em direitos humanos da DPE/RS e as vítimas de violência policial. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

Há pelo menos três décadas enfrentamos, no Brasil, um período de transição, com a passagem do período ditatorial para a democracia. A elaboração de uma Constituição democrática representou um momento fundamental para a afirmação dos direitos civis e políticos. Porém, apesar desse movimento, é possível perceber a permanência de um modelo autoritário de administração de conflitos, dificultando a construção de canais efetivos de acesso à justiça e à cidadania. Coloca-se em questão a existência de uma democracia substantiva para grandes parcelas da população.

Nota-se a existência de barreiras que criam um grande desafio para a democratização das instituições que deveriam garantir o cumprimento dos direitos civis e políticos para a população brasileira. As dinâmicas de estruturação e funcionamento das polícias acabam por dar visibilidade a esses obstáculos. As relações entre agentes de segurança pública e cidadãos ainda são caracterizadas pelo abuso de poder e pela falta de critérios para o uso da força. Esses resquícios de um modelo autoritário de polícia acabam por produzir taxas extremamente elevadas de mortes praticadas pela polícia e de vitimização policial.

Apesar da Carta de 88 afirmar a criação de um Estado democrático de direito, nota-se, na sociedade brasileira, a existência de processos sociais conflitivos marcados por uma violência difusa, e a incapacidade das instituições para lidarem de forma adequada com estes conflitos. Ou seja, uma crise do contrato social com a ruptura nos laços sociais. Como explica Tavares dos Santos:

> [...] dentre as novas questões sociais mundiais, constitui-se uma crise da sociabilidade, chegando, no limite, às manifestações de violência, fenômenos que adquirem novos contornos e passando a disseminar-se por toda a sociedade, uma violência difusa (SANTOS, 2009, p. 11).

As práticas de violência começam a ser entendidas como uma norma social de diferentes grupos, presentes nas distintas esferas da vida econômica e social. Observa-se, para Tavares dos Santos (2007), a existência de uma pluralidade de condutas sociais que são marcadas por diferentes linguagens e padrões de conduta incompatíveis e divergentes. Assim, questiona-se: apesar da existência desta transição democrática, teríamos assegurado, de fato, os direitos civis a todos os cidadãos e cidadãs?

> A violência seria a relação social, caracterizada pelo uso real ou virtual da força ou coerção que impede o reconhecimento do outro – pessoa, classe, gênero ou raça – provocando algum tipo de dano, configurando o oposto das possibilidades da sociedade democrática (SANTOS, 2009, p. 16).

Dentre os tipos de violências corriqueiras em nossa sociedade, possui destaque o racismo institucional velado. Demarca-se a urgência do debate sobre a atuação de agentes policiais no contexto da violação cotidiana de direitos humanos, especialmente em relação à racialização da escolha de abordagem pelo próprio policial.

Evidencia-se que o sistema penal brasileiro é amparado e construído a partir de um ideal racista e classista de funcionamento, apesar da existência de uma negação de tal panorama e do esforço para construir uma imagem no sentido contrário (FLAUZINA, 2006). Como bem destaca Zaluar, a persistência de graves

violações de direitos humanos é resultado de uma "violência endêmica, radicada nas estruturas sociais, enraizada nos costumes, manifesta quer no comportamento de grupos da sociedade civil, quer no dos agentes incumbidos de preservar a ordem pública" (ZALUAR, 2007, p. 65-66).

Assim, reforça-se a necessidade de melhor compreender a complexidade do sistema de justiça brasileiro e, especificamente, da ação policial no Estado do Rio Grande do Sul, levando em conta o contexto histórico de produção das desigualdades raciais, bem como a formação e o funcionamento das instituições policiais. O presente artigo se propõe a investigar a possível existência do elemento racial como marcador importante da violência policial, passível de recorrentemente ser invisibilizada pela própria dinâmica estatal de (não) esclarecimento dos casos.

Como forma de melhor abordarmos esse tema e de verificar sua relevância e impacto social no atual contexto do Rio Grande do Sul, foi realizada uma pesquisa empírica a partir da análise documental dos procedimentos de apuração de danos individuais (PADINs) que são instaurados no Centro de Referência em Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Buscou-se, de tal modo, a partir de um estudo de caso, analisar os tipos de violências praticadas pelas polícias, bem como os perfis das vítimas e dos agressores, fazendo o recorte na questão de raça e relacionando com a construção histórica da discriminação racial contra o negro no Rio Grande do Sul.

2. Formação da polícia brasileira e o racismo institucional velado

As instituições policiais latino-americanas são caracterizadas por terem se consolidado em um passado (não tão distante) autoritário. A história de ditaduras e períodos autoritários que marcaram os países latino-americanos caminha lado a lado com as tentativas de mudanças sociais que estes países realizam.

Para Pinheiro (1997), existe uma tradição na América Latina que se caracteriza por uma cultura policial que combina o uso excessivo da força contra alguns grupos sociais determinados, além de possuir uma lógica de proteção das elites e do Estado. O controle da violência é embasado em um discurso de manutenção da ordem social, justamente por nunca ter se efetivado a universalização dos direitos e da cidadania.

O surgimento da polícia nos Estados europeus, desde a produção do Estado Moderno, data, aproximadamente dos séculos XVII e XVIII. Com o intuito de controle e permanência da ordem, essa instituição estatal se concretiza em bases burocratizadas e segregadoras. A polícia, então, é entendida como a expansão dos poderes do Estado nos principais Estados europeus marcados pelo Absolutismo.

> Será a partir de fins do século XVII que começará a se desenrolar o quadriculamento policial das grandes cidades, com comissariados em cada bairro, inspetores, que perambulam e detém as prostitutas, os homossexuais, etc. [...] Não se trata somente de prevenir eficazmente os atentados contra a propriedade, mas se pretende impor uma nova disciplina social [...] (CURBET, 1983, p. 53-54).

É notável, por conseguinte, nesse andar histórico, a dupla característica da polícia, qual seja: uma instituição de proteção social e a principal expressão de autoridade. Para a polícia seria delegado o exercício da coerção física legítima e o desempenho de uma função social marcada pelo consenso (SANTOS, 1997, p. 159). A instituição policial apareceria como uma disciplinadora dos indivíduos em um dado meio social, algo como um poder sobre determinados corpos – suas subjugações – e um controle das populações.

Porém, Tavares dos Santos (1997) aponta uma terceira característica das polícias em relação às sociedades periféricas: a inserção da violência no espaço social em que se situa a organização policial. No Brasil, a polícia possuiria "a virtualidade da violência física ilegítima enquanto prática social e implica a possibilidade do excesso de poder" (SANTOS, 1997, p. 162).

Assim, de forma resumida, Tavares dos Santos (1997) afirma que:

> Nessa perspectiva, a organização policial na sociedade brasileira vai se caracterizar por um campo de forças sociais que se estrutura a partir de três posições: o exercício da violência legítima, a construção do consenso e as práticas de excesso de poder, a violência ilegítima (SANTOS, 1997, p. 164).

Com o intuito de estudar os mecanismos, procedimentos e instrumentos de poder, que controlam e constituem o homem moderno, Michel Foucault trabalha com mecanismos de normalização disciplinar e as técnicas de biopoder, que são formas de poder que criam a objetivação e subjetivação do indivíduo. Perpassando por seus trabalhos sobre "técnicas disciplinares" e sobre as "técnicas políticas de governo", as análises foucaultianas acerca da noção de poder se desdobram e começam a ser pensadas por um viés da racionalidade política a partir da introdução do conceito de *governo*. A partir desse ponto, uma nova noção de poder começa a emergir passando para um ponto analítico do que Foucault chama de biopoder, ou um poder mais pautado sob o controle, governo e gerenciamento da vida humana.

Desde *Segurança, Território, População* (1977-1978), Foucault volta sua atenção para duas grandes questões, por assim dizer: a prática de governo em um esquema geral, ou seja, "modos de ação mais ou menos refletidos e calculados,

porém todos destinados a agir sobre as possibilidades de ação dos indivíduos. Governar, neste sentido é estruturar o eventual campo de ação dos outros" (FOUCAULT, 1995, p. 244); e para as práticas de governo político em uma esfera mais específica, que se referem à aplicação prática de procedimentos administrativos, à atuação do Estado, um melhor gerenciamento da convivência entre os indivíduos e um controle mais rígido em relação às pessoas e coisas que passam pelo território que está sob o controle de um poder estatal.

> De acordo com a análise foucaultiana, no Ocidente a ação governamental se fundaria sobre três matrizes: em uma idéia cristã de poder pastoral que se encarregaria dos indivíduos, conduzindo-os em direção à salvação, na idéia de razão de Estado que surgiria no século XVI, questão central quando se considera o fortalecimento estatal e, por fim, em uma série de instrumentos estatais que formariam nos séculos XVII e XVIII 2 Vale lembrar aqui do importante livro de Michel Senellart, "As artes de governar: do regimen medieval ao conceito de governo". Neste livro Senellart, seguindo o caminho aberto por Michel Foucault nos cursos do Collège de France e num esforço de erudição e de perspicaz análise, empreende um estudo sobre os diversos discursos e escritos elaborados desde o período patrístico até a literatura pós-maquiaveliana da razão de Estado que conduziram à transformação da noção de governo. 15 o dispositivo de polícia. A fusão destas três matrizes levaria à constituição de uma noção de governo imbuída de elementos racionalizados de condução e direção dos indivíduos, o que Foucault denomina de governamentalidade. A ocorrência da governamentalização do Estado – fenômeno astucioso que permitiu a sobrevivência do Estado frente às complexas modificações políticas e econômicas ocorridas entre os séculos XVII e XIX –, foi possível pelo concurso entre o poder pastoral, o dispositivo diplomático-militar e a tecnologia de polícia (SANTOS, 2010, p. 15).

Essa técnica governamental entendida como a polícia, criada nos séculos XVII e XVIII, seria uma técnica de governo própria do Estado dos domínios e objetivos, pautando o bem-estar do homem. Seu objeto estaria estruturado na população, atenta, sempre, a movimentação de indivíduos e mercadorias. "Este controle, além de evitar o trânsito de delinqüentes e mendigos também evitava a circulação de pestilências e doenças nocivas, fator que incidia diretamente em um alto índice de mortalidade" (SANTOS, 2010, p. 16).

No processo de passagem da prática religiosa pastoral para um modo político de governar, e com o surgimento do Estado Moderno e a necessidade de práticas racionais de governo, entre elas a polícia como um controle da população, denota-se a emergência do conhecimento para a realização de uma boa administração. Assim, a economia surge como domínio da governamentalidade, ou seja,

a "atividade que conduz os indivíduos ao longo de sua vida, colocando-os sob a autoridade de um guia responsável daquilo que eles fazem e daquilo que lhes acontece" (FOUCAULT, 1989, p. 99-100).

Assim, para Tavares do Santos:

> A governabilidade consiste, portanto, em uma série de tecnologias de poder que determinam a conduta dos indivíduos, ou de um conjunto de indivíduos, submetendo-os ao exercício das diferentes racionalidades políticas específicas que perpassam a vida em sociedade, relativas à produção, aos signos, à dominação e ao indivíduo [...] (SANTOS, 1997, p. 156).

Em relação ao poder disciplinar, coloca Foucault:

> Esses métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar as "disciplinas". Muitos processos disciplinares existiam há muito tempo: nos conventos, nos exércitos, nas oficinas também. Mas as disciplinas se tornaram no decorrer dos séculos XVII e XVIII fórmulas gerais de dominação. (FOUCAULT, 1994, p. 126).

A disciplina acaba por se constituir como organização social de distribuição dos corpos sobre o espaço, sujeitando esses corpos para objetivos específicos, sendo uma vigilância pautada no controle. Esse dispositivo disciplinar se torna responsável por uma nova microfísica do poder que, desde o século XVII, cresce fazendo parte de grande parte do meio social.

Com a mudança de regimes e novas acumulações de capital, de um novo estatuto jurídico da propriedade privada e de um novo sistema econômico, as ilegalidades populares sofrem um deslocamento, sendo necessário, agora, uma repressão rigorosa e uma intolerância sistemática e armada contra a ilegalidade.

> Essa forma de penalidade aplicada às virtualidades dos indivíduos, de penalidade que procura corrigi-los pela reclusão e pelo internamento não pertence, na verdade, ao universo do Direito, não nasce da teoria jurídica do crime, não é derivada dos grandes reformadores como Beccaria. Essa idéia de uma penalidade que procura corrigir aprisionando é uma idéia policial, nascida paralelamente à justiça, fora da justiça, em uma prática dos controles sociais ou em um sistema de trocas entre a demanda do grupo e o exercício do poder (FOUCAULT, 2005, p. 99).

Com a emergência do biopoder, um poder que se preocupa com a regulação e normatização da vida, privilegiando o corpo social, disciplinando os corpos

e regulando as populações, autores de diferentes locais começam a repensar a insurgência desse conceito em sua sociedade. Um olhar sobre a passagem da biopolítica para uma necropolítica (MBEMBE, 2006) parece-nos interessante de abordar quando do debate em relação à segurança pública no Brasil. Então, não mais seria uma forma de política direcionada para a produção da vida – mesmo que adequada à forma social –, mas sim uma política que visa à aniquilação numa grande proporção. Refere-se à "destruição material dos corpos e populações humanos julgados como descartáveis e supérfluos" (MBEMBE, 2012, p. 135).

A aproximação do debate de aniquilação da vida, ou um fazer morrer, relaciona-se visivelmente quando tratamos de uma atuação policial em um país como Brasil. Pois, nos estudos sobre as instituições policiais brasileiras, deparamo-nos com o debate sobre a naturalização da desigualdade racial no Brasil, a manutenção do conceito de subcidadãos e o não desenvolvimento de um *habitus* com conteúdo de valores democráticos e inclusivos.

Segundo dados do 9º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2015), a cada três horas, no Brasil, uma pessoa foi morta pela polícia no ano de 2014, totalizando 3.009 vítimas. Isso significa um aumento de 37,2% da letalidade em relação a 2013. Em sua edição mais recente (2016), o Anuário aponta um aumento de mortes praticadas pela polícia brasileira. Segundo a publicação, 3.320 pessoas foram vítimas letais de intervenções policiais no ano de 2015 e 17.688 pessoas foram mortas pelas polícias entre o ano de 2009 e 2015.

Em relação ao perfil dos encarcerados no Brasil, o "Mapa do Encarceramento – Os Jovens do Brasil", estudo realizado em 2015 por Sinhoretto, aponta que a maioria da população carcerária do Brasil é negra. Em números absolutos: em 2005, havia 92.052 negros presos e 62.569 brancos, ou seja, considerando-se a parcela da população carcerária para a qual havia informação sobre cor disponível, 58,4% era negra. Já em 2012, havia 292.242 negros presos e 175.536 brancos, ou seja, 60,8% da população prisional era negra. Constata-se, assim, que quanto mais cresce a população prisional no País, mais cresce o número de negros encarcerados (BRASIL, 2015).

Para Sinhoretto (2013), a composição da população carcerária confirma a existência de uma seletividade policial com base em atributos raciais dos suspeitos de crime. Segundo a autora, o incremento do policiamento ostensivo, operado pela polícia militar, a construção do seu protagonismo no controle do crime e a pressão por metas de produtividade policial acabam resultando em: a) crescimento acelerado do encarceramento; b) crescimento do número de mortos em ação policial; c) focalização do controle sobre jovens e negros.

A mesma autora aponta para a existência (e reprodução) de um racismo institucional presente na seletividade policial e no sistema penal brasileiro. Em estudo realizado na cidade de São Paulo, Sinhoretto e Schlittler, ao entrevistarem policiais, apontam:

> Contudo, ainda que a seletividade racial na ação policial seja negada entre os interlocutores, muitos dos elementos que compõem a chamada 'fundada suspeita' remetem a características específicas de grupos sociais, como faixa etária, pertença territorial, signos de um estilo de se vestir, andar e falar que reivindica aspectos da cultura negra, e que é, em muitos casos, também constituinte de uma cultura 'da periferia' (SINHORETTO; SCHLITTLER, 2014, p. 12).

O racismo institucional pode ser verificado quando ocorre a legitimação pelo próprio Estado em relação a práticas racistas presentes em diferentes âmbitos sociais. O racismo institucional conduziria a organização e ação das instituições estatais. Segundo manual produzido pelo Geledés – Instituto da Mulher Negra:

> O racismo institucional ou sistêmico opera de forma a induzir, manter e condicionar a organização e a ação do Estado, suas instituições e políticas públicas – atuando também nas instituições privadas, produzindo e reproduzindo a hierarquia racial (WERNECK, 2013, p. 17).

Essas práticas seletivas de abordagem policial podem ser entendidas, como explica Kant de Lima (1995), enquanto práticas que não foram aprendidas nas escolas de formação policial, mas sim construídas a partir das experiências do dia a dia policial. Surge, assim, a ideia de um "inimigo"[1] comum que deve ser abordado pela polícia, esta, por sua vez, entendida como a instituição protetora da "ordem social" e dos cidadãos que não são vistos como os inimigos dentro da hierarquia social.

O debate que se pretende aprofundar, portanto, seria o de retirar da invisibilidade o racismo institucional que existe em nosso país, e entender como se verifica a violência policial, com bases nos registros do Centro de Referência em Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul (CRDH).

1. A ideia de inimigo é extensamente discutida por Eugenio Raúl Zaffaroni, que compreende que essa conceituação surge da separação entre cidadãos (pessoas) e inimiga (não pessoas), onde este último possuirá um tratamento diferenciado por parte do Estado, em virtude de sua suposta periculosidade. Ao retirar-lhe a condição de pessoa, coisifica-se o inimigo, permitindo toda espécie de neutralização (ZAFFARONI, 2007).

3. A escola positiva italiana e a polícia brasileira: breve debate sobre a influência do positivismo criminológico no Brasil

A formação do pensamento social do Brasil no século XIX – período do fim da escravidão –, foi marcada pela influência da Escola Positiva Italiana, especialmente pelos trabalhos de Cesare Lombroso[2] e de seus seguidores. As concepções dessa Escola, a qual começava a se constituir como campo de conhecimento do saber científico acerca da compreensão da natureza do crime e do criminoso, foram fortemente aceitas pela intelectualidade brasileira da época, inclusive influenciando reformas legais e institucionais em âmbito nacional.

Em conjunto com Enrico Ferri, Rafaele Garofalo, e outros, Lombroso vislumbrou desenvolver uma abordagem científica do crime, criando, assim, uma oposição no interior das doutrinas penais entre a Escola Clássica[3] e a Escola Positiva[4]. De um lado, a Escola Clássica, que nunca teve a real pretensão de explicar o fenômeno criminal, mas sim transformar o direito penal: "define a ação criminal em termos legais ao enfatizar a liberdade individual e os efeitos dissuasórios da punição" (ALVAREZ, 2002, p.678). De outro, a Escola Positiva acabou por rejeitar uma definição estritamente legal, entendendo as raízes da criminalidade para além das normas penais. Assim, destacou o determinismo ao invés da responsabilidade individual em se tratando do criminoso e da defesa da sociedade.

Influenciado por teorias evolucionistas e materialistas, Lombroso (2013) defendeu uma abordagem conhecida como a do "criminoso nato". Tal teoria parte do pressuposto de que os comportamentos são biologicamente determinados, e que o "criminoso nato" é a pessoa que não completou sua evolução em uma escala evolutiva. A perspectiva evolucionista de Lombroso era pautada no atavismo, segundo o qual os criminosos são seres que possuem características físicas e mentais inferiores e primitivas. Conforme destaca Alvarez (2002, p.679): "sendo o atavismo tanto físico quanto mental, poder-se-ia identificar, valendo-se de sinais anatômicos, aqueles indivíduos que estariam hereditariamente destinados ao crime".

2. Cesare Lombroso psiquiatra, cirurgião, higienista, criminologista, antropólogo e cientista italiano. Nasceu em 1835, na Itália, e morreu em 1909 no mesmo país. Era formado em medicina.
3. Desenvolvida desde o século XVIII, a partir, principalmente, do pensamento de Cesare Beccaria (1738-1794) e Jeremy Bentham (1748-1832).
4. Escola defendida pelo próprio Lombroso, criada no final do século XIX e início do século XX, onde a causa do problema da criminalidade estava na carga biológica do delinquente.

Mesmo aderindo a um viés biológico para as explicações das causas dos crimes, Lombroso não deixou de considerar as causas sociais em suas explicações. Porém, seu pressuposto fundamental era o de que as raízes fundamentais do crime eram biológicas e, portanto, esse fenômeno seria de cunho natural, considerando o criminoso como um doente e primitivo. Seu livro considerado mais importante foi *O homem delinquente*, no qual o autor desenvolve seus principais debates sobre as raízes do crime.

> As teorias de Lombroso tiveram um grande impacto em sua época, permanecendo por muitos anos como o tema por excelência das discussões jurídicas e penais. Talvez a repercussão de suas ideias se deva tanto ao caráter reducionista e simplista dos argumentos propostos, o que deve ter facilitado a divulgação para um público mais amplo, quanto ao empenho com que ele próprio se lançou na defesa e difusão de suas teses (ALVAREZ, 2002, p.680).

Dentre os apegos científicos de Lombroso, os quais serviram de justificativa para suas teorias, estava a realização constante de pesquisas na medicina legal dos caracteres fisiológicos e físicos dos indivíduos. Por exemplo, a estrutura óssea, o tamanho da mandíbula e a conformação do cérebro. Nessa perspectiva, por razões congênitas, o criminoso é destinado a praticar o mal. Em outras palavras, ele possuiria uma tendência inata para o crime.

Portanto, o que Lombroso pretendia era a criação de uma nova ciência, uma ciência da natureza humana. Nesse sentido, suas ideias foram compartilhadas por outros autores, com destaque para Garofalo e Ferri. Esses três autores juntos são conhecidos pela criação da Escola Positiva[5], instaurando uma ciência cuja foco era estudar o homem delinquente.

Enrico Ferri opôs-se à possibilidade do livre-arbítrio e trabalhou com a Teoria Multifatorial da gênese do crime. De acordo com ele, haveria três ordens de fatores ligados à etiologia do crime: individuais (orgânicas e psíquicas), físicas (ambiente telúrico) e sociais (ambiente social). Desse modo, Ferri ampliou a tipificação de Lombroso acerca da criminalidade. Ou seja, o autor destaca os fatores sociais na origem do crime, mas nunca perde de vista os elementos físicos e individuais:

> (...) sustentava que o crime não é decorrência do livre arbítrio, mas o resultado previsível determinado por esta tríplice ordem de fatores que conformam a personalidade de uma minoria de indivíduos como "socialmente perigosa" (DE ANDRADE, 1995, p. 25).

5. Também conhecida como Escola Determinista ou Escola Italiana de direito penal.

Para esse autor, os criminosos podem ser divididos em cinco classes: insanos, natos, passionais, ocasionais e habituais.

Rafaele Garofalo, por sua vez, escreveu sobre as reformas da justiça criminal e das instituições legais. Para ele, o crime é a violação da probidade e da piedade, sentimentos morais básicos em uma sociedade. Assim, criou a expressão "crime natural". Além disso, criou também o conceito de "temibilidade do delinquente", o qual carrega a ideia do "mal" e da perversidade constante que há de se temer. Defendeu a rejeição da noção de responsabilidade moral e a ênfase na individualização da punição, tendo por direção as características particulares de cada criminoso.

> Daí a tese fundamental de que ser criminoso constitui uma propriedade da pessoa que a distingue por completo dos indivíduos normais. Ele apresenta estigmas determinantes da criminalidade.
>
> Estabelece-se desta forma uma divisão "científica" entre o (sub)mundo da criminalidade, equiparada à marginalidade e composta por uma "minoria" de sujeitos potencialmente perigosos e anormais (o "mal") e o mundo, decente, da normalidade, representado pela maioria na sociedade (o "bem").
>
> A violência é, desta forma, identificada com a violência individual (de uma minoria) a qual se encontra, por sua vez, no centro do conceito dogmático de crime, imunizando a relação entre a criminalidade e a violência institucional e estrutural.
>
> E é este potencial de periculosidade social, que os positivistas identificaram com anormalidade e situaram no coração do Direito Penal que justifica a pena como meio de defesa social e seus fins socialmente úteis: a prevenção especial positiva (recuperação do criminoso mediante a execução penal) assentada na ideologia do tratamento que impõe, por sua vez, o princípio da individualização da pena como meio hábil para a elaboração de juízos de prognose no ato de sentenciar (DE ANDRADE, 1995, p. 26).

Logo, nasce um discurso de combate ao inimigo social, visto como o "mal", em favor da sociedade, vista como o "bem", legitimado por um discurso científico com bases para a criação de uma política criminal defensivista.

Foi apenas no final do século XIX[6] que essas ideias chegaram e se disseminaram no Brasil. A Faculdade de Direito de Recife foi o polo de recebimento do pensamento criminológico positivista. João Vieira de Araújo, professor da Facul-

6. Vale ressaltar que a Escola Positiva chega no Brasil em um momento de transição social e abolição da escravidão.

dade de Direito de Recife, é considerado, para diversos autores do direito penal[7], o primeiro autor a comentar as ideias de Lombroso e a se mostrar interessado nessa temática. João Vieira de Araújo é visto como o legitimo pioneiro da Escola Positiva no Brasil, pois se dedicou a divulgar as ideias de Lombroso não só em Recife, mas em diferentes regiões de nosso país.

Através de uma difusão da chamada antropologia criminal em solo nacional, não foram poucos os autores que ganharam destaque por trabalhar com um viés determinista durante o período de implementação da República. No Brasil, buscou-se incorporar no campo criminológico, tanto os aspectos biológicos, quanto os elementos do meio social. Cabe destacar o pensamento do médico Nina Rodrigues. Em seu ensaio, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, o autor aponta a ideia de diferenças de raça no Brasil, como elas influenciam na propensão ao crime, e como não deveria se estabelecer apenas uma legislação penal para abstrair toda essa "diversidade" nacional[8] (RODRIGUES, 1938). Segundo Rodrigues (1938, p. 28), a existência de apenas uma legislação abstraiu todas as diferenças sociais e biológicas que marcavam a população brasileira:

> A concepção espiritualista de uma alma da mesma natureza em todos os povos, tendo como conseqüência uma inteligência da mesma capacidade em todas as raças, apenas variável no grau de cultura e passível, portanto, de atingir mesmo num representante das raças inferiores, o elevado grau a que chegaram as raças superiores, é uma concepção irremissivelmente condenada em face dos conhecimentos científicos modernos.

Buscava-se, desse modo, implementar estratégias específicas de controle social e estabelecer diferentes modos de tratamento jurídico-penal para distintos segmentos da população, não um aumento de igualdade para todos (ALVAREZ, 2002). Com a ideia de construção nacional, Rodrigues operou a partir de uma lógica de hierarquia racial, onde a "raça branca" era vista como superior em relação às demais. Os negros, considerados inferiores, seriam uma raça de criminosos natos, pois, como afirma Rodrigues, existiriam fases da evolução da humanidade correspondentes a criminalidades próprias e em harmonia com o grau do desenvolvimento.

7. Ver: Moraes, Antonio Evaristo de. Primeiros adeptos e simpatizantes, no Brasil, da Chamada "Escola Penal Positiva". *Archivo Judiciário*, p. 19-20, 1939.
8. Nina Rodrigues aponta, nesse ensaio, que, além das diferenças raciais, o Brasil possuía grande diversidade climática, física e étnica, e por isso se justificaria a ideia de que uma legislação penal não daria conta de tanta diversidade.

> A sobrevivência criminal é, ao contrário, um caso especial de criminalidade, aquele que se poderia chamar de criminalidade étnica, resultante da coexistência, numa mesma sociedade, de povos ou raças em fases diversas de evolução moral e jurídica, de sorte que aquilo que ainda não é imoral nem ante-jurídico para uns réus já deve sê-lo para outros (RODRIGUES, 2010, p. 300-301).

Através dessa breve discussão acerca da influência da Escola Positiva no Brasil, bem como da formação de todo um aparato judicial e policial, levanta-se a hipótese de existência de uma racialização da abordagem policial ancorada e corroborada pela ideia determinista difundida pela antropologia criminal, com a constituição de um aparato policial voltado à garantia da lei e da ordem[9].

4. O imaginário racista brasileiro: o mito da democracia racial e a negação do funcionamento racista estatal

Foram diversos estudiosos que realizaram pesquisas sobre a situação e aceitação do negro na sociedade brasileira, seja no período de escravidão, seja no período pós-escravidão. Gilberto Freyre, em sua obra *Casa-grande e senzala*, publicada em 1930, analisa a miscigenação racial brasileira como forma de favorecer a existência de um mito de harmonia das raças: "Desde logo salientamos a doçura nas relações de senhores com escravos domésticos, talvez maior no Brasil do que em qualquer outra parte da América" (FREYRE, 1963, p. 393). Ainda, aponta para a existência de um paternalismo brasileiro marcado por relações harmoniosas entre o cativo e seu senhor. Proença, analisando Freyre, escreve:

> De acordo com essa interpretação, marcada pelo paternalismo e mediada pela ação do Estado e da igreja, as relações sociais entre senhores e cativos no Brasil produziram escravos indolentes, passivos e, acima de tudo, submissos a uma grande família patriarcal (PROENÇA, 2007, p.2).

Nas décadas de 1960 e 1970, críticas ao pensamento de Freyre ganharam destaque; um dos focos desses argumentos recaiu em relação à generalização da obra do autor nos quesitos de espaço e tempo, ou seja, o autor analisou apenas a escravidão no Nordeste e estendeu a análise para todo o país (PROENÇA, 2007). Nesta perspectiva crítica, surge o enfoque da reconhecida "escola paulista" que acaba sendo representada, entre diversos autores, por Florestan Fernandes e Fernando

9. Holloway (1997) aponta para o surgimento da polícia como instituição, no Brasil, no ano de 1806 – ano da vinda da família real para nosso país. Seria a transição do controle antes exercido por hierarquias privadas para, nesse momento, passarem ao controle público.

Henrique Cardoso. A "escola paulista" debate a teoria da "coisificação do escravo", ou seja:

> [...] ideia de que as condições extremamente duras da vida na escravidão teriam destituído os escravos da possibilidade de pensar o mundo a partir de categorias e significados sociais próprios, comprometendo, inclusive, a capacidade de forjarem os laços básicos dos seres humanos – os laços familiares. Nesse sentido, por exemplo, reproduziam as representações e valores senhoriais sobre os procedimentos de alforria: introjetavam valores e visões de mundo de seus senhores, o que implicava em sua despersonalização, comprometendo suas organizações sociais, suas vontades, assim como a constituição de famílias. Além do que, conformava-se à ideia de que o melhor caminho para a liberdade era a obediência e a submissão (PROENÇA, 2007, p. 3).

É notório, nos estudos da "escola paulista", a existência de uma relação de dominação e poder existente entre o senhor e seu escravo, relação essa que fazia com que o cativo não possuísse uma consciência da sua própria situação de submissão.

Fernando Henrique Cardoso (2003) efetuou estudo no Rio Grande do Sul como forma de identificar como se dão as relações raciais no Brasil e com o objetivo de desmistificar a ideia de uma construção social democrática no sul do país. O Rio Grande do Sul foi marcado pelo uso de escravos por parte de grandes latifundiários criadores de gado e produtores de charque.

O escravo no Rio Grande do Sul era visto apenas como um objeto, usado no âmbito econômico, e não como um ser humano, fato esse que influenciou no não reconhecimento e na dificuldade de integração do negro após a abolição da escravidão e no surgimento de uma sociedade de classes. O autorreconhecimento do próprio escravo como ser humano era barrado no momento em que o mesmo era forçado a aceitar sua situação de submissão e era levado a apenas aprender as técnicas necessárias para o forte trabalho braçal que exerceria no campo (CARDOSO, 2003).

Florestan Fernandes (2008) analisa as relações raciais, realizando um estudo como forma de desmistificar a "democracia racial" do Brasil e identificar o pano de fundo histórico-social que marca a tentativa de integração do negro em nosso país. Florestan afirma que no fim da escravidão o negro liberto se viu responsável por si próprio e por seus dependentes, imerso em um contexto econômico competitivo, sem possuir o auxílio do Estado ou da Igreja, necessitando de meios materiais e morais para se sustentar e sobreviver.

Observa-se que o negro foi "libertado" às incertezas dentro de uma sociedade excludente caracterizada pela ordem social competitiva e urbanizada. O

ex-escravo acaba por viver o drama de adaptabilidade aos moldes da sociedade de trabalho livre:

> Em suma, a sociedade brasileira largou o negro ao seu próprio destino, deitando sobre seus ombros a responsabilidade de se reeducar e de se transformar para corresponder aos novos padrões e ideais de ser humano, criados pelo advento do trabalho livre, do regime republicano e do capitalismo (FERNANDES, 2008, p. 35).

Com a tendência de aumento da competitividade e da urbanização, Fernandes (2008) aponta que a posição que cada grupo étnico ou cada camada social possuía dentro da sociedade dependia da sua capacidade de participação no desenvolvimento sociocultural e no desenvolvimento econômico. A partir desse *modus operandi*, o preto[10] e o pardo se viram excluídos e marginalizados da prosperidade geral, pois não possuíam condições de bancar esse jogo e jogar através dessas regras; "em consequência, *viveram dentro da cidade, mas não progrediram com ela e através dela.* (FERNANDES, 2008, p. 120, grifo do autor).

O estado de anomia social acabou por agravar-se. Surge, assim, o chamado "déficit negro", ou seja, uma expressão que se estabelece entre a pauperização e a situação social do negro ou mulato. Entendia-se que o "déficit negro", expressão da cadeia de ferro, seria marcado por um círculo vicioso que aprisiona o homem à miséria e níveis degradantes de existência (FERNANDES, 2008).

> Daí resulta que as condições materiais e morais de vida fomentam a perpetuação do "*déficit* negro". Como este não parece ser um produto puramente demográfico, mas uma consequência da interação do negro e do mulato com as forças econômicas e sociais da comunidade urbana, ele persiste indefinidamente, através do incremento da "população de cor" e apesar da elevação do padrão de vida de alguns de seus setores! (FERNANDES, 2008, p.149).

Florestan (2008) explica que através deste "déficit negro" torna-se evidente que a população negra sofreu de maneira diferenciada, mais prolongada e com maior intensidade, certas dificuldades se comparada com outros segmentos da sociedade paulistana.

> Esse fato é que merece atenção central, porque evidencia que, quase meio século após a Abolição, o negro e o mulato ainda não tinham conquistado um nicho próprio e seguro dentro do *mundo urbano*, que fizesse daquele estagio

10. A ressignificação histórico-social da palavra "preto".

> um episódio de transição, inevitável mas transponível. Pagaram com o próprio corpo ou com a própria vida, ininterruptamente, os anseios de liberdade, de independência e de consideração que os animavam a "tentar a sorte", usufruindo magramente das compensações materiais e morais da civilização urbana (FERNANDES, 2008, p.161).

Fernandes (2008) analisa, por fim, o mito da "democracia racial" brasileira, e sustenta que foi a omissão do "branco" que acarretou na perpetuação de uma relação de dominação entre o "branco" e os "homens de cor", não existindo um medo do "branco" de ter que competir e se precaver do "negro livre", mas sim uma negação da real situação do "homem de cor" dentro do Brasil.

> Ao mesmo tempo que o "branco" não se via impelido a competir, a concorrer e a lutar com o "negro", este propendia a aceitar passivamente a continuidade de antigos padrões de acomodação racial. Graças aos efeitos sociopáticos da desorganização social permanente e da integração social deficiente, quando o "homem de cor" superava a apatia diante do próprio destino, fazia-o para aderir a um conformismo tímido e perplexo (FERNANDES, 2008, p.305).

O *modus operandi* fazia parte, então, de uma herança cultural vinda de camadas dominantes que possuíam atitudes rígidas e autoritárias em relação à "população negra". Notava-se certa repulsa no momento de tratar o homem negro de modo igualitário dentro de um regime que dizia estar se tornando "democrático". Porém, essa repulsa não se dava, como aponta Fernandes, na esfera da consciência social:

> Entende-se que nada disso nascia ou ocorria sob o propósito (declarado ou oculto) de *prejudicar o negro*. Na mais pura tradição brasileira, tal coisa não se elevava à esfera da consciência social; e, onde se descobrisse algo parecido (nas atitudes ou nos comportamentos de certos imigrantes e em discriminações anacrônicas, mantidas em determinadas instituições), desses mesmos círculos sociais partia o grito de alarma e de reprovação categórica (FERNANDES, 2008, p.308).

Fernandes (2008) atenta para os riscos que possuem uma sociedade dita "democrática" quando a mesma possui a perpetuação de diferenças aristocráticas nos costumes e na mentalidade dos homens, fazendo com que a discriminação e o racismo fiquem ocultos e sejam negados. O autor elenca uma série de elementos que foram gerados por esse "mito da democracia racial", como a de generalizar e difundir uma falsa consciência da realidade racial brasileira:

> [...] suscitando todo um elenco de convicções etnocêntricas: 1 – a ideia de que "o negro não tem problemas no Brasil"; 2 – a ideia de que, pela própria

> índole do *povo brasileiro*, "não existem distinções raciais entre nós"; [...] 5 – a ideia de que não existe, nunca existiu, nem existirá outro problema de justiça social com referência ao "negro", excetuando-se o que foi resolvido pela revogação do estatuto servil e pela universalização da cidadania – o que pressupõe o corolário segundo o qual a miséria, a prostituição, a vagabundagem, a desorganização da família etc., imperantes na "população de cor", seriam efeitos residuais, mas transitórios, a serem tratados pelos meios tradicionais e superados por mudanças qualitativas espontâneas (FERNANDES, 2008, p.312).

É notório que *as antigas estruturas de relações raciais brasileiras se renovaram incessantemente ao longo dos séculos*. A estrutura sociorracial do Brasil permaneceu tanto na sociedade brasileira como no imaginário do próprio brasileiro, mesmo se inconscientemente (FERNANDES, 2008).

Octavio Ianni (1988), outro estudioso do tema, identifica a forte exclusão sofrida por negros no Brasil: para o autor, a exclusão se pautava na medida em que as diferenças nos âmbitos sociais e culturais aumentavam. Os homens brancos não atribuiriam as mesmas possibilidades e valores socioculturais, vigentes na sociedade, aos homens negros. Ribeiro, ao analisar essa obra, aponta:

> À medida que as diferenças de classe iam aumentando havia um número cada vez menor de negros. Desta forma, o preconceito constituía-se nos âmbitos da classe e da cor. Esta segregação não se dava de forma explícita, mas implícita através do processo de socialização e da reprodução de estereótipos sobre os negros. Os estereótipos tinham como objetivo supervalorizar os brancos e deixar negros e mulatos no patamar mais baixo da escala de valores sociais (RIBEIRO, 2011, p. 6).

Estudos mais recentes, datados a partir do ano de 1980, identificam e percebem os cativos como agentes das transformações históricas ao longo do período marcado pela escravidão no Brasil. Esses estudos enfatizam a importância dos escravos como agentes de resistência social e cultural; entre os estudiosos estão: Sidney Chalhoub, Sílvia Hunold Lara e Leila Mezan Algranti. Esses autores:

> Chamam a atenção para reelaboração por parte dos cativos dos significados culturais e políticos a respeito das visões da liberdade e da conjuntura política em que estavam inseridos e a conseguinte percepção por parte deles mesmos quanto às mudanças sociais que ocorriam à sua volta (PROENÇA, 2007, p.4).

Nota-se, por conseguinte, que a escravidão, brevemente analisada, deixou marcas sociais, culturais e econômicas; marcas nas formas de interação social e em um imaginário excludente e preconceituoso no que tange à situação do negro no Brasil. Entrelaçando a análise sobre a questão racial com a análise sobre

a formação policial brasileira e seus mecanismos de abordagem, debateremos, a partir dos dados coletados no CRDH, sobre a possível racialização da abordagem policial.

5. Os processos do centro de referência em direitos humanos da DPE/RS e as vítimas de violência policial

Como forma de melhor abordarmos esse tema, e analisarmos o racismo institucional brasileiro velado que perpassa os mecanismos de funcionamento das instituições policiais, foi realizada uma pesquisa em parceria do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC/PUCRS) e o Centro de Referência em Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul (CRDH). O CRDH é uma unidade da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul que visa à construção de estratégias para enfrentar e superar a violência, afirmando os Direitos Humanos; foi criada em parceria com a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e é apoiada por diferentes entidades da sociedade civil.

Desde janeiro de 2014, o Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do RS passou a instaurar expedientes para apuração de casos de violação de direitos humanos, originados de diversas causas e instituições. Especificamente acerca das denúncias recebidas sobre violência policial, foram instaurados, até junho de 2016, um total de 290 PADINs (Procedimentos para Apuração de Dano Individual).

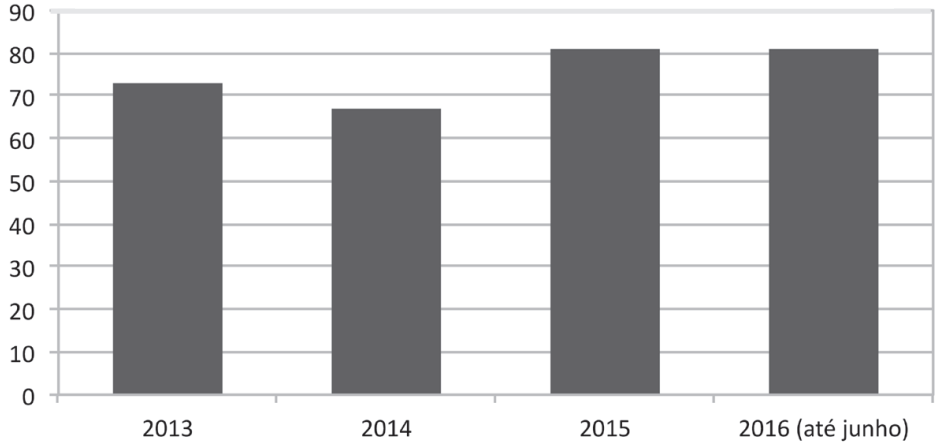
Entre os meses de maio e agosto de 2016 foram analisados, por pesquisadores do GPESC, 279 Procedimentos para Apuração de Dano Individual, instaurados durante o período de 2014 a junho de 2016 pelo CRDH. Os PADINs foram examinados e tabulados seguindo um mesmo documento-base produzido pelos pesquisadores; este documento era dividido em quatro partes: nas duas primeiras etapas buscamos traçar os perfis dos envolvidos na ocorrência (vítima e agressor), e nas partes restantes analisamos o evento da violência em si – qual tipo de violência foi realizada, em que local, quais as circunstâncias – e os encaminhamentos que foram dados após a abertura deste PADIN – quais órgãos foram oficiados, se houve resposta ou se foi necessário o reenvio.

Terminando a tabulação e análise dos PADINs, produziu-se gráficos dos resultados, que foram apresentados em Audiência Pública realizada na Assembleia Legislativa de Porto Alegre, na data de 13 de setembro de 2016. O evento propiciou um espaço para discutirmos com a sociedade civil e os diversos órgãos públicos envolvidos nas ocorrências quais as medidas que poderiam ser tomadas, em conjunto, para melhorar as dinâmicas de funcionamento das instituições policiais.

O que motivou a pesquisa foi a possibilidade de pensar os dados oriundos das demandas levadas à Defensoria Pública decorrente de violência policial. Mais do que denunciar que essas violências existem ou apontar que a polícia age, muitas vezes, de forma irregular e violenta, é preciso analisar o contexto em que essas práticas são exercidas, contribuindo para a criação e o aperfeiçoamento de mecanismos de visibilidade e apuração do cometimento dessas violações.

O primeiro dado analisado na pesquisa foi sobre o número de denúncias que chegaram até o CRDH ao longo do referido período. Em 2013, foram 73 denúncias, em 2014, ocorreu uma queda, chegando a 67 denúncias, sendo que, em 2015, as denúncias aumentaram para o total de 81. O interessante é notar que, entre janeiro e junho de 2016, as denúncias de violência policial já tinham se igualado ao número de 2015 inteiro. Ou seja, ocorreu um aumento significativo neste ano.

Figura 1: Número de Denúncias de Violência Policial



Fonte: elaborado pelos autores.

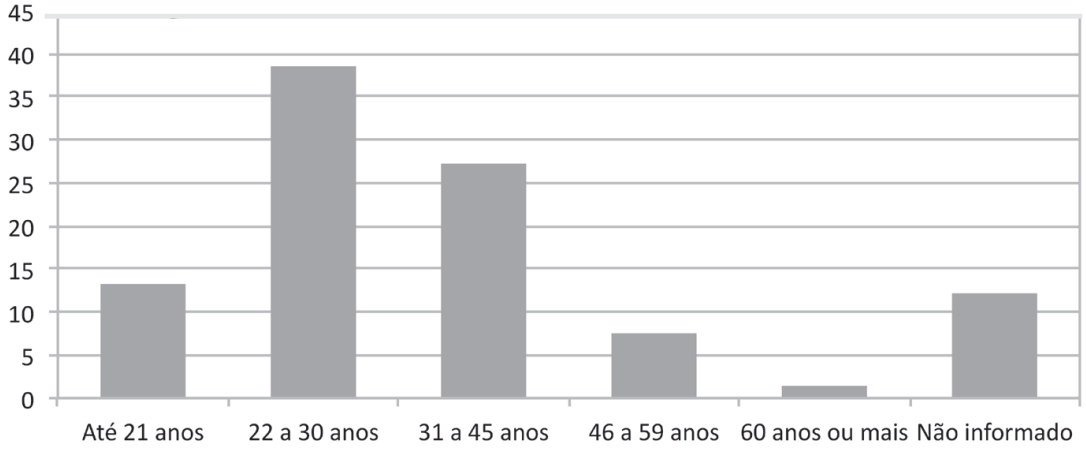
Em que pese não se possa afirmar o motivo desse alto crescimento no número de denúncias, não podemos deixar de considerar que a consolidação das audiências de custódia influenciou na percepção do fenômeno. Isso quer dizer que esse aumento nas denúncias não significa que nos anos anteriores a violência existia em menor grau ou intensidade, somente que essas violações de direitos humanos adquiriram uma maior visibilidade, uma vez que essas audiências representam um importante instrumento na fiscalização da força policial[11]. De outro lado, não

11. As audiências de custódia foram implementadas a partir da Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, e consiste na apresentação de toda pessoa presa perante uma autoridade judicial, que deverá proceder com uma análise prévia tanto acerca da legalidade e necessidade da prisão, quanto examinar se a pessoa conduzida sofreu maus tratos ou tortura (PAIVA, 2015). Assim, buscou-se de alguma forma minimizar dois

se afasta a hipótese de que a violência policial tenha de fato aumentado, em um contexto de aumento da demanda punitiva, e de fatal de preocupação do governo estadual com os mecanismos de controle sobra a polícia, fruto de uma opção política pela minimização do fenômeno.

Com relação às vítimas de violência policial, 13,98% das pessoas são mulheres e 85,30% são homens. 38,35% do total de pessoas vítimas têm entre 22 e 30 anos e 13,26% possuem até 21 anos, ou seja, mais de 50% (51,61%) das vítimas de violência policial são considerados jovens.

Figura 2: Vítimas de Violência Policial – Faixa Etária



Fonte: elaborado pelos autores.

Esses dados iniciais corroboram pesquisas, em relação a esta temática, já realizadas que mostram que a maioria das vítimas de intervenções e abordagens por partes dos policiais são homens e jovens (ANISTIA INTERNACIONAL, 2005). Uma das formas de analisarmos essa situação é através do perfil da população carcerária do Brasil, pois os inícios da maioria das investigações se dão por parte da polícia. De acordo com o Mapa do Encarceramento – Os Jovens do Brasil, a maioria da população carcerária do Brasil é representada por jovens. Segundo dados do Sistema Integrado de Informação Penitenciária (InfoPen), eles representam 54,8% da população carcerária brasileira:

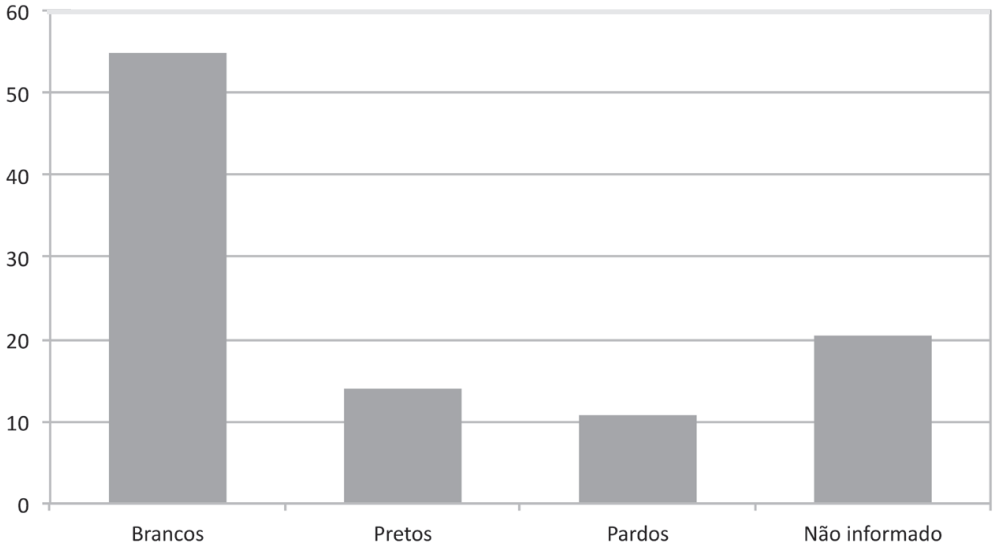
> Em 2012, para cada grupo de 100 mil habitantes jovens acima de 18 anos havia 648 jovens encarcerados, enquanto para cada grupo de 100 mil habitantes não jovens acima de 18 anos havia 251 encarcerados, ou seja, proporcionalmente o encarceramento de jovens foi 2,5 vezes maior do que o de não jovens em 2012 [...] (BRASIL, 2015, p. 35).

severos problemas do sistema penal brasileiro: o encarceramento em massa e a violência estrutural das agências policiais.

Ainda sobre o *perfil da população que sofreu violência policial*, 12,19% não constava a faixa etária, 27,24% possuíam entre 31 e 45 anos, 7,53% entre 46 e 59 anos e 1,43% possuíam 60 anos ou mais. Além disso, 43,01% trabalhava, 9,68% não trabalhava ou era estudante, enquanto 47,31% é o montante de casos em que não se obteve informação sobre a sua situação laboral. O que podemos é que existe uma grande porcentagem de dados que não estão informados em nenhum momento do inquérito policial, ou em nenhum momento do próprio processo. Existe, de fato, um descompromisso em assumir e compreender a importância desses dados para a tabulação e observação de um perfil, obstaculizando o debate aprofundado do tema. Se há um grande espaço em branco nos dados, consequentemente, isso acarretará em uma lacuna no debate público acerca da própria instituição policial e sua forma de atuação perante a sociedade civil.

Ademais, analisando os 279 PADINs, se constatou que, em relação à raça e cor, 54,84% das vítimas se autodeclararam brancas, 13,98% negras e 10,75% pardas[12], sendo que a maioria das vítimas desses procedimentos era acusada de algum(ns) crime(s) e restava privada de liberdade pelo sistema de justiça penal, via de regra em razão de prisão em flagrante. Ao todo, seriam 24,73% autodeclarados negros ou pardos. Além disso, em 20,43% dos PADINs não existia qualquer autodeclaração da pessoa envolvida na ocorrência, ou seja, novamente vemos a presença de uma lacuna nas informações prestadas pelas instituições policiais, resultando em um número significativo de pessoas sem suficiente descrição.

Figura 3: Vítimas de Violência Policial – Cor ou Raça



Fonte: elaborado pelos autores.

12. Essas denominações foram utilizadas seguindo os critérios das fichas de atendimento do Centro de Referência em Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Persiste uma importante consideração sobre o número de autodeclarados negros ou pardos que sofreram violência policial (24,73%). No Estado do Rio Grande do Sul, aproximadamente 16,3% de pessoas se autodeclaram negras e pardas, enquanto em Porto Alegre o número é de 20,2%, conforme Censo Demográfico do IBGE de 2010 (IBGE, 2010). Por outro lado, entre as vítimas de homicídios de 2014, 35,5% correspondiam à população preta, de acordo com o Mapa dos Direitos Humanos, do Direito à Cidade e da Segurança Pública de Porto Alegre de 2015 (CÂMARA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE, 2015). Portanto, a porcentagem de população negra que é vítima de homicídio ou de violência policial torna-se extremamente relevante, uma vez que aparece em proporção maior do que o total de habitantes negros em Porto Alegre e no Estado.

É notório, e não se pode negar, a existência de uma racialização na abordagem policial, na escolha do suspeito que será abordado e, eventualmente, detido, devido a diferentes fatos que possam ocorrer. O imaginário racista, excludente e preconceituoso, em relação à cor de pele de determinada pessoa, bem como os seus signos – modos de vestir, caminhar, agir – acabam sendo internalizados pelas instituições de segurança pública e renovam, incessantemente, a ideia do potencial criminoso como sendo o negro e pobre. Assim, o estereótipo do possível criminoso sendo o negro vem sendo considerado um fator fundamental na atuação da polícia. Adorno, em pesquisa realizada buscando entender o acesso diferenciado entre negros e brancos à justiça criminal na cidade de São Paulo, assim colocou:

> A maior incidência de prisões em flagrante para réus negros (58,1%) comparativamente com os réus brancos (46,6%). Indica igualmente que há maior proporção de réus brancos em liberdade do que de réus negros (27,0% e 15,5%, respectivamente). Se os réus negros parecem, ao menos na fase judicial, menos constrangidos a confessar autoria do delito, parecem mais vulneráveis à vigilância policial cerrada. [...] Os rigores da detenção arbitrária, a maior perseguição e intimidação, a maior presença de agentes policiais nas habitações coletivas onde residem cidadãos procedentes de classes populares, tudo isso contribui para que os negros sejam alvo preferencial do policiamento repressivo (ADORNO, 1995, p. 55).

A superação do regime escravista, pelo menos no âmbito jurídico-legal, ocorreu, porém, os instrumentos de regramento social em relação a esses corpos continuam, e é reestruturado através dos anos que se seguiram. No cerne da ideia, construída socialmente ao longo dos séculos, de branqueamento e superioridade das raças, é que as instituições de segurança pública estão inseridas. Na ideia da marginalização da população negra, que após a abolição foi direcionada para

as periferias das cidades, partes mais pobres das cidades, é que se constrói e se reconstrói a ideia do criminoso nato, do potencial criminoso.

> Porque é muito mais sofisticada, muito eficiente, a maneira com que o racismo se reproduz no Brasil. Há toda uma lógica interna em que a vítima é completamente presa nessa rede de que os lugares sociais estão demarcados. Tudo é classe. O problema é de pobreza, não é racial. É extremamente exaustivo desmontar esse discurso e recolocá-lo o tempo interior porque é lógico. A pobreza não é causa, é resultado. A pobreza pode ser causa de uma série de coisas, mas é fundamentalmente produto, resultado. Ninguém é pobre por natureza. As pessoas são pobres porque foram induzidas à pobreza. E o racismo existe exatamente para expropriar os grupos discriminados do acesso a todo e qualquer recurso. Um grupo que domina o poder em uma sociedade como o Brasil se apoderou de todos os recursos sociais: terra, capital, educação, serviço público, do sentido do que é belo (ROLAND, 2005, p.41).

Ana Luiza Pinheiro Flauzina (2006) ao analisar, de forma detalhada as altas taxas de homicídios em relação a população negra no Brasil e relacioná-las com o sistema penal brasileiro, assevera:

> […] Assim, seja pela ação policial, dos grupos de extermínio, dos agentes penitenciários e dos próprios presidiários, seja pela estigmatização imposta aos indivíduos após a passagem pelo aparelho penal – as promessas de vingança levadas a efeitos entre grupos de jovens traficantes e tantas outras cenas para que já sinalizamos em outra oportunidade –, o fato é que, como "os maiores gestores históricos da morte, se não considerados os exércitos, os diretores do grande espetáculo das execuções públicas", o sistema penal é, certamente, o aparelho que dá sustentação a essa amostra significativa do campo minado construído em torno da juventude negra brasileira (FLAUZINA, 2006, p. 113).

Assim, Flauzina descreve a existência de um verdadeiro genocídio da população negra, por meio do funcionamento regular das instituições de controle penal. A autora conclui que:

> Dessa maneira, o sistema penal brasileiro e toda sorte de episódios violentos que dele decorrem têm servido como instrumentos estratégicos na materialização de uma política genocida no Brasil, ancorada em grande medida nas intervenções policiais (FLAUZINA, 2006, p. 116).

A construção de um imaginário racista no cerne da sociedade brasileira, difundido em todos os âmbitos sociais, associado a um sistema penal que cria e

reproduz uma lógica da "raça criminosa" – que pode ser muito bem associada à ideia de branqueamento social – cria e corrobora a criminalização do corpo negro – corpo, pois a instituição enxerga na população negra apenas corpos sem humanidade – e o genocídio da população negra.

Por fim, resta, ainda, a análise dos resultados obtidos na coleta de dados acerca dos *encaminhamentos dados para cada caso*. Dos 279 PADINs objeto da pesquisa, 73% estavam em andamento, sem solução final. 15% desses procedimentos foram encerrados devido à ausência de elementos probatórios, via de regra pela ampla falta de informações no que diz respeito à identificação dos agentes policiais perpetradores da violência. Outros 8% corresponderam a casos em que houve ajuizamento de processo judicial, geralmente visando à indenização pelos danos causados. Em somente 4% dos casos houve arquivamento em razão de desinteresse pela parte – na verdade, o que se constatou é que essa espécie de arquivamento se dava, em regra, nas situações em que o CRDH tentava contatar a vítima, mas não lograva sucesso.

Na esfera administrativa, os órgãos que mais receberam ofícios do Centro de Referência em Direitos Humanos da DPE/RS foram as Delegacias de Polícia Civil (um total de 197 vezes de tentativa de contato), sendo seguido de perto pela Corregedoria-Geral da Brigada Militar e pelo Ministério Público Estadual (em ambos os órgãos, um total de 195 incidências). Outras instituições também figuraram como destinatárias dos ofícios expedidos: à Secretaria da Justiça e dos Direitos Humanos do estado (37), ao Instituto Médico Legal (30), à Corregedoria-Geral da Polícia Civil (12) e, enfim, à Corregedoria-Geral da Guarda Municipal (4).

Tais ofícios eram expedidos pelo CRDH no duplo intuito de: (i) relatar e informar a situação de violência sofrida por um cidadão ou cidadã, em que no polo ativo do evento figurava um agente da força policial e; (ii) demandar uma providência do órgão responsável para que proceda com a apuração do fato narrado e a consequente e adequada sanção dos policiais envolvidos, se necessário.

No entanto, nessa etapa da pesquisa, outro obstáculo se apresentou: a recorrente resposta deficitária, quando ao menos existia retorno do órgão oficiado. A Corregedoria-Geral da Brigada Militar – analisando sempre através do número de PADINs em que houve expedição de ofício ao respectivo órgão – enviou resposta em uma taxa de 55% dos ofícios enviados. As Delegacias de Polícia Civil, guardando a mesma proporção, responderam aproximadamente 57% dos ofícios. O dado mais importante – cuja relevância se dá pela sua natureza alarmante – é o índice de resposta obtida pelo Ministério Público – órgão este destinado a fiscalizar o cumprimento efetivo da lei, bem como fiscalizar a atividade policial: 14%.

Isso quer dizer que, dos 195 ofícios expedidos para o Ministério Público, no interior dos Procedimentos para Apuração de Danos Individuais, instaurados pelo CRDH, foram registradas apenas 28 repostas da instituição. Ou seja, o órgão cuja atribuição para exercer o controle externo da atividade policial é conferida pela própria Constituição Federal de 1988, especificamente no artigo 129, inciso VII, é exatamente aquele que a prática vem demonstrando ser o menos atuante, aparentando ser a sua prerrogativa de fiscalizador das instituições policiais meramente formal, havendo raros casos onde suas atribuições foram exercidas de fato – notadamente situações isoladas, guiadas por pessoas ou grupos militantes.

Desses três principais órgãos (Corregedoria-Geral da Brigada Militar, Delegacias de Polícia e Ministério Público), trazemos, também, as mais recorrentes respostas enviadas, no que diz respeito ao seu conteúdo. Das 108 respostas da Corregedoria da Polícia Militar, a maior parte, 53,7%, foi para informar que havia sido instaurado um procedimento administrativo para investigar o fato; em 17,5% houve a negativa da ocorrência do fato narrado pela vítima (ou, nos termos dos pareceres emitidos pela Corregedoria, "inexistência de indícios de indisciplina ou de crimes de natureza militar"). A Corregedoria encaminhou para outro órgão em 14,8% das ocasiões e em 13,8% requisitou ao CRDH o envio de mais informações.

Nas Delegacias de Polícia, por outro lado, das 113 respostas enviadas, o retorno com maior incidência era o encaminhamento para um terceiro órgão (62,8%). Informaram que estavam procedendo com a devida investigação em 23,8% dos casos. As demais respostas tiveram pouca incidência (requisitaram mais informações em 7,9% das situações e negaram a existência do fato em 6,1%). As respostas do Ministério Público foram, respectivamente: encaminhamento para outro órgão (39,2%); solicitação de maiores informações (28,5%); informação de que estariam investigação a situação (21,4%) e; negativa da existência do fato (10,7%). Ressaltando-se que esse percentual diz respeito a um universo de 28 retornos da instituição.

As dificuldades encontradas para dar continuidade aos casos de apuração de violência policial são indícios que reforçam o argumento de existência de invisibilidade em relação ao padrão institucional de racialização da violência policial que acaba sendo corroborado e legitimado por outros órgãos do sistema de justiça.

6. Considerações finais

Através dessa breve análise sobre a racialização da abordagem das polícias brasileiras, trazendo empíricos dados em relação à polícia do Rio Grande do Sul, evidencia-se a inevitabilidade de um maior debate sobre a atual situação das

instituições de segurança pública no Brasil. Traçamos o perfil da pessoa vítima da violência policial, cujo dado que mais se sobressai é o de que as pessoas negras figuraram em 24% das situações narradas (desconsiderando o valor aproximado de 20% de não informação referente à cor e raça da pessoa que sofreu a violência). Levando em conta a população negra de Porto Alegre (20,2%) e do Rio Grande do Sul (16,3%), se constata que é possível identificar um viés nas abordagens violentas por parte da Brigada Militar, em que pese não ser esse o único elemento que define e caracteriza a abordagem policial.

Discutir a existência da seletividade na abordagem policial é uma forma de entendimento das relações de poder e relações étnico-raciais violentas características da sociedade brasileira. O debate que se buscou travar foi o de retirar da invisibilidade o racismo institucional velado que existe em nosso país, e entender que efeitos ele produz. *Visibilizar o invisível*, furar o bloqueio que existe nesta matéria, ainda mais em se tratando da área de Segurança Pública, pode proporcionar elementos importantes para avaliar o funcionamento concreto das instituições de justiça e segurança.

7. Referências

ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. *Novos estudos*. São Paulo, n. 43, p. 45-63. nov. 1995.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Eles entram atirando*: policiamento de comunidades socialmente excluídas no Brasil (AMR 19/25/2005). Londres: Amnesty International Publications, 2005.

BRASIL. *Mapa do encarceramento*: os jovens do Brasil. Brasília: Presidência da República, 2015.

CÂMARA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE. *Mapa dos direitos humanos, do direito à cidade e da segurança pública de Porto Alegre 2015*. Porto Alegre: Stampa, 2015.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Capitalismo e escravidão no Brasil Meridional:* o negro na sociedade escravocrata do Rio Grande do Sul. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Negros em Florianópolis:* relações sociais e econômicas. Florianópolis: Insular, 2000.

COSTA, Arthur Trindade; LIMA, Renato Sérgio de. Segurança pública. In: LIMA, R. S.; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. G. (Orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

CURBET, James. Los origines del aparato policial moderno en Espana. In: RICO, José Maria (Org.). *Polícia y sociedad democrática*. Madrid: Alianza Editorial, 1983.

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1990. v. 1: Uma história dos costumes.

FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. São Paulo: Editora Globo, 2008. v. 1.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão*: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Dissertação de Mestrado do Curso do Direito – Universidade de Brasília, Brasília: 2006.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala*. Brasília: UNB, 1963.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública de 2015*. São Paulo, 2015.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública de 2016*. São Paulo: 2016.

FOUCAULT, Michel. A governamentalidade. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

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

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits*. Paris: Gallimard, 1994. t. 4.

FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. *Michel Foucault*: uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995.

FOUCAULT, Michel. *Philosophe*. Paris: Seuil, 1989.

IANNI, Octavio. *As metamorfoses do escravo:* apogeu e crise da escravatura no Brasil meridional. São Paulo: Hucitec, 1988.

IANNI, Octavio. *Escravidão e racismo*. São Paulo: Hucitec, 1988.

IBGE. *Censo Demográfico 2010*: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

LIMA, Roberto Kant de. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro:* seus dilemas e paradoxos. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MBEMBE, Achille. *Necropolitics*. Public Culture, 15, p. 11-40, 2003.

MBEMBE, Achille. Necropolítica, una revisión crítica. In: GREGOR, Helena Chávez Mac (Org.). *Estética y violencia*: necropolítica, militarización y vidas lloradas. México: UNAMMUAC, 2012.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Violência, crime e sistemas policias em países de novas democracias. *Tempo Social*: Revista de Sociologia da USP, São Paulo: v. 9, n. 1, 1997.

PROENÇA, Wander de Lara. Escravidão no Brasil: debates historiográficos contemporâneos. *Anais eletrônicos da XXIV Semana de História "Pensando o Brasil no Centenário de Caio Prado Júnior"*, UNESP/Assis, 2007.

RIBEIRO, Marcos Abraão Fernandes. As relações raciais na obra de Fernando Henrique Cardoso e a dimensão moral do racismo. *Periódicos UFES*. Espírito Santo: 2011.

ROLAND, Edna Maria Santos. Violência racial: a história precisa ser contada. *Diálogos*, ano 2, n. 2, p. 40-45, mar. 2005.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. A arma e a flor: formação da organização policial, consenso e violência. *Tempo Social*: Revista de Sociologia da USP. São Paulo: v. 9, n. 1, 1997.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. As lutas sociais contra a violência. *Revista de Sociologia Política*. Santa Catarina, 2007.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. *Violências e conflitualidades*. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2009.

SANTOS, Rone Eleandro dos. *Genealogia da governamentalidade em Michel Foucault*. Dissertação de Mestrado do Curso de Filosofia – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte: 2010.

SINHORETTO, Jacqueline et al. *A filtragem racial na seleção policial de suspeitos:* segurança pública e relações raciais. Relatório final de pesquisa. Ministério da Justiça-SENASP/UFSCar, 2013.

SINHORETTO, Jacqueline; SCHLITTLER. *A filtragem racial e a polícia militar do Estado de São Paulo*. 8º Encontro da ANDHEP. São Paulo: 2014.

WERNECK, Jurema. *Racismo institucional*: uma abordagem conceitual. São Paulo: Geledés – Instituto da Mulher Negra, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZALUAR, Alba. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública. *Estudos Avançados*, São Paulo: v. 21, n. 61, 2007.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Criminalização de uma cor: sistema punitivo como ferramenta de subjugação do indivíduo negro, de Sara Luz – *RBCCrim* 128/233-270 (DTR\2017\210);
- Filtragem racial na abordagem policial: a "estratégia de suspeição generalizada" e o (des)controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos – *RBCCrim* 135/189-229 (DTR\2017\5657); e
- Racismo e controle social no Brasil: história e presente do controle do negro por meio do sistema penal, de Luiz Phelipe dal Santo – *RBCCrim* 138/269-303 (DTR\2017\6745).