

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 26 • vol. 141 • mar. / 2018

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 26 • vol. 141 • mar. / 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, Clécio Lemos, Daniel Leonhardt, Gabriel Divan, Pedro Castro 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 (Universidad de Salamanca – Espanha); Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminología – Espanha); Antonio Garcia-Pablos de Molina (Universidad Complutense de Madrid – Espanha); Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP); Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP); Antonio Vercher Noguera (Universidad de Salamanca – Espanha); Bernardo del Rosal Blasco (Universidad 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 (Goethe-Universität Frankfurt am Main – 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 Gimenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – ESADE – Espanha); Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá); Fernando Santa Cecilia Garcia (Universidad 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); Jesús-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 Rodríguez (Universidad 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/RJ); Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal); Olga Spinoza (Universidad de Chile – Chile); Pilar Gomes Pavón (Universidad Complutense de Madrid – Espanha); Raúl Cervini (Universidade de la República – 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 (Universität Bonn – Alemanha); Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME – CHAMADA GERAL)

Alexei Choi Caruncho (Fempar – Curitiba/PR); Alexis Couto de Brito (Mackenzie – São Paulo/SP); Ana Cristina Gomes (USAL – Salamanca/Espanha); André Machado Maya (TJRS – Porto Alegre/RS); André Szesz (Unipositivo – Curitiba/PR); Andrei Zenkner Schmidt (PUCRS – Porto Alegre/RS); Artur César de Souza (UFPR – Curitiba/PR); Camila Cardoso de Mello Prando (UnB – Brasília/DF); Carolina Costa Ferreira (UniCEUB – Brasília/DF); Christiano Falk Fragoso (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Cristina Rego de Oliveira (FDUCP – Lisboa/Portugal); Davi Tangerino (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); David Leal da Silva (PUCRS – Porto Alegre/RS); Décio Franco David (UFPR – Curitiba/PR); Denise Hammerschmidt (UENP – Jacarezinho/PR); Eduardo Saad-Diniz (USP – Ribeirão Preto/SP); Érica Babini Lapa Machado (UFPE – Recife/PE); Fábio Gomes de França (PMPB – João Pessoa/PB); Felipe Cittolin Abal (UPF – Passo Fundo/RS); Felipe da Veiga Dias (Faculdade Meridional – Passo Fundo/RS); Felipe da Silva Freitas (UnB – Brasília/DF); João Paulo Orsini Martinelli (UFF – Rio de Janeiro/RJ); José Danilo Tavares Lobato (UFRRJ – ICHS – Seropédica/RJ); Leandro Ayres França (PUCRS – Porto Alegre/RS); Luciano Anderson de Souza (USP – São Paulo/SP); Luis Carlos Honório de Valois Coelho (TJAM – Manaus/AM); Luis Antônio Bogo Chies (UCPEL – Pelotas/RS); Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (MPMG – Belo Horizonte/MG); Marcelo Almeida Ruivo (Universidade de Coimbra – Coimbra/Portugal); Marcelo Mayora Alves (UFJF – Juiz de Fora/MG); Marco Aurélio Nunes da Silveira (UPF – Passo Fundo/PR); Marcus Alan Gomes (ENFAM – Belém/PA); Mariana Barrêto Nóbrega de Lucena (PUCRS – Porto Alegre/RS); Marina Pinhão Coelho (UNIP – São Paulo/SP); Moyses Pinto Neto (ULBRA – Porto Alegre/RS); Ney Fayet Jr. (PUCRS – Porto Alegre/RS); Pablo Rodrigo Alfien (UFRGS – Porto Alegre/RS); Patrick Cacicedo (USP – São Paulo/SP); Paulo Thiago Fernandes Dias (Unisinus – São Leopoldo/RS); Priscilla Placha Sá (PUCPR – Curitiba/PR); Rafael Lima Ribeiro (PUC Minas – Belo Horizonte/MG); Renata Antão (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Ruy Celso Barbosa Florence (Uniderp – Campo Grande/MS); Selma Pereira de Santana (UFBA – Salvador/BA); Susana Maria Aires de Sousa (Universidade de Coimbra – Portugal); Taiguara Libano Soares e Souza (IBMEC-RJ/UFF-RJ); Thiago de Jesus (PUCRS – Porto Alegre/RS); Waldirene Daufemback (Departamento Penitenciário Nacional – Brasília/DF)

AUTORES (DESTE VOLUME)

Bruno Tadeu Buonicore (Goethe Universität Frankfurt am Main – Alemanha); Claudia Maria Dadico (PUCRS – Porto Alegre/RS); Dani Rudnicki (Uniritter – Porto Alegre/RS); Gustavo de Souza Preussler (UFGD – Dourados/MS); Isabela Tarquinio Rocha Câmara (OAB – Salvador/BA); Joana Coelho da Silva (Uniritter – Porto Alegre/RS); Narciso Leandro Xavier Baez (Universidade do Oeste de Santa Catarina – Chapecó/SC); Octavio Augusto da Silva Orzari (UnB – Brasília/DF); Priscila Vargas Mello (Uniritter – Porto Alegre/RS); Roger Raupp Rios (TRF – Porto Alegre/RS); Rosivaldo Toscano Jr. (UFRN – Natal/RN); Thaís Janaina Wenczenovicz (UERGS – Vacaria/RS)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.



Revista Brasileira de Ciências Criminais

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

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 26 • vol. 141 • mar. / 2018

Coordenação (editora-chefe)

MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 26 • vol. 141 • mar. / 2018

Presidência

CRISTIANO ÁVILA 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 dos conceitos emitidos em seus trabalhos.



Diagramação eletrônica: WK Editoração Gráfica Ltda., CNPJ 13.342.196/0001-44

Impressão e encadernação: Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49.

© edição e distribuição da

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

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 8 h às 17 h)

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: [03-2018]

Profissional

Fechamento desta edição: [18.01.2018]



Diretoria da Gestão 2017/2018

Diretoria Executiva

PRESIDENTE

Cristiano Avila Maronna

1º VICE-PRESIDENTA

Eleonora Rangel Nacif

1º SECRETÁRIO

Renato Stanziola Vieira

2º SECRETÁRIO

Carlos Roberto Isa

1º TESOUREIRO

Edson Luis Baldan

2º TESOUREIRO

Bruno Shimizu

DIRETOR NACIONAL DAS

COORDENADORIAS REGIONAIS E

ESTADUAIS

André Adriano Nascimento da Silva

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 Biazzi

BIBLIOTECA

Renato Watanabe de Moraes

BOLETIM

Fernando Gardinali Caetano Dias

COMUNICAÇÃO

Gabriel de Freitas Queiroz

CONCESSÃO DE BOLSAS DE ESTUDOS E

DESENVOLVIMENTO ACADÊMICO

Silvio Luiz de Almeida

CONVÊNIOS

João Paulo Martinelli

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 Fragozo

SISTEMA PRISIONAL

Paulo Cesar Malvezzi

22º CONCURSO DE MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS
CRIMINAIS – IBCCRIM
Frederico Normanha de Almeida

24º SEMINÁRIO INTERNACIONAL
Sílvio Luiz Almeida

GRUPO DE ESTUDOS

GRUPO DE ESTUDOS SOBRE CIÊNCIAS CRIMINAIS
E DIREITOS HUMANOS
César Mortari Barreira
GRUPO DE ESTUDOS SOBRE ESCOLAS PENAS

Natália Macedo Sanzovo
COMISSÃO ESPECIAL 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
NÚCLEO DE COMUNICAÇÃO
SUPERVISÃO

Cristina Uchôa
EQUIPE
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore
Vitor Munis da Silva

NÚCLEO DE EDUCAÇÃO

SUPERVISÃO
Allyne Andrade
EQUIPE
Andreza Martiniano da Silva

Ana Paula da Silva
Hegle Borges da Silva
Tânia Andrade

NÚCLEO DE PUBLICAÇÕES

SUPERVISÃO
Willians Meneses
EQUIPE
Taynara Lira

Rafael Vieira
Natalí de Lima Santos
Simone Camargo Nogueira

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 26 • vol. 141 • mar. / 2018

Diretora de Operações de Conteúdo

JULIANA MAYUMI ONO

Editorial: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Luciana Felix, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

Assistente Editorial: Francisca Sena

Produção Editorial

Coordenação

IVIE A. M. LOUREIRO GOMES

Lider Técnica de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Moura

Analistas de Operações Editoriais: André Furtado de Oliveira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, 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 e Revisão Ortográfica: Carina Xavier, Claudia Helena Carvalho, Daniela Medeiros Gonçalves Melo e Maria Cecilia Andreo

Estagiários: Angélica Andrade, Miriam da Costa e Sthefany Moreira Barros

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Brenno Stolagli Teixeira

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

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Rafael da Costa Brito

SUMÁRIO

DIREITO PENAL

- Direito penal e possibilidade: o neurodeterminismo e seu *déficit* de normatividade para a fundamentação da culpabilidade
Criminal Law and possibility: the neurodeterminism and the normative deficit for the fundament of culpability
BRUNO TADEU BUONICORE..... 15
- O tipo subjetivo do injusto econômico: breve ensaio sobre o equívoco da integração hermenêutica do dolo eventual a partir da teoria do domínio do fato e da cegueira deliberada
White-collar crimes and mens rea: a misguided delimitation of the subjective aspect of a criminal offense through the foreign doctrine of the willfull blindness and roxin's theory of participation
ISABELA TARQUINIO ROCHA CÂMARA 61
- O princípio da taxatividade e a inelegibilidade por condenação criminal
The lex certa principle and inegibility caused by criminal conviction
OCTAVIO AUGUSTO DA SILVA ORZARI 93
- Sobre a compreensão e a justificação dos crimes de ódio contra a vida (*hate crimes*) no direito brasileiro: reflexões a partir do debate estadunidense
On the understanding and justification of hate crimes in Brazilian law: reflections from the debate in the USA
ROGER RAUPP RIOS e CLAUDIA MARIA DADICO 119

CRIME E SOCIEDADE

- Violência institucional, violência estrutural e os jurados no banco dos réus
Institutional violence, structural violence, and the juries in the dock
GUSTAVO DE SOUZA PREUSSLER..... 159

<i>Ser agente na prisão feminina: entre a assistência, a disciplina e o respeito</i> <i>Being a prison officer in the female prison: between care, discipline and respect</i>	
JOANA COELHO DA SILVA, PRISCILA VARGAS MELLO e DANI RUDNICKI.....	187
 <i>Qual a sua droga? Maconha, hipocrisia ou isonomia</i> <i>What's your drug? Marijuana, hypocrisy or isonomy</i>	
ROSIVALDO TOSCANO DOS SANTOS JÚNIOR.....	213
 <i>Violência infantil indígena: reflexões à luz da contemporaneidade</i> <i>Indigenous children's violence: reflections in the contemporaneity</i>	
THAÍS JANAINA WENCZENOVICZ e NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ	239
 ÍNDICE ALFABÉTICO–REMISSIVO	261
 POLÍTICA EDITORIAL – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS.....	269
 DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS.....	279
 CONDIÇÕES BÁSICAS PARA SUBMISSÃO (CHECKLIST).....	283
 EDITAL I – DOSSIÊS TEMÁTICOS 2018	285

DIREITO PENAL E POSSIBILIDADE: O NEURODETERMINISMO E SEU DÉFICIT DE NORMATIVIDADE PARA A FUNDAMENTAÇÃO DA CULPABILIDADE

CRIMINAL LAW AND POSSIBILITY: THE NEURODETERMINISM AND THE NORMATIVE DEFICIT FOR THE FUNDAMENT OF CULPABILITY

BRUNO TADEU BUONICORE

Doutorando em Direito Penal (Doutorado Pleno) pela Universidade de Frankfurt – Alemanha, como bolsista integral do DAAD – Deutscher Akademischer Austauschdienst (Serviço alemão de intercâmbio acadêmico). Mestre em Ciências Criminais, Especialista em Ciências Penais e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pesquisador visitante junto ao Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Instituto Max Planck para Direito Penal Estrangeiro e Internacional) – Alemanha. Advogado criminalista.
bruno.buonicore@gmail.com

Recebido em: 07.08.2017

Aprovado em: 10.10.2017

Última versão do autor: 01.11.2017

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Fundamentos do direito

RESUMO: A presente investigação tem como objeto a perspectiva naturalista da liberdade individual e suas consequências para a culpabilidade jurídico-penal, especialmente no espaço do *neurodeterminismo*. O objetivo central, além de apresentar os pormenores deste pensamento, é sustentar a tese de que tal perspectiva naturalista provoca um *déficit de normatividade* na fundamentação da culpabilidade jurídico-penal e que, por isso, não é ela adequada para direito penal no Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal – Culpabilidade – Fundamentos – Liberdade – Neurociência.

ABSTRACT: The present research aims at the naturalistic perspective of individual freedom and its consequences for criminal-legal culpability, especially in the space of neurodeterminism. The central objective, besides presenting the details of this thought, is to support the thesis that this naturalistic perspective causes a lack of normativity in the foundation of criminal-legal culpability and that therefore it is not suitable for criminal law in the Democratic State of Law.

KEYWORDS: Criminal Law – Guilt – Fundaments – Freedom – Neuroscience.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O *neurodeterminismo*. 3. Compatibilismo, incompatibilismo e ceticismo – Delimitação conceitual. 4. A relação entre a percepção da consciência e a atividade neuronal. 5. Uma nova figura de homem para o direito penal?. 6. O experimento de

Libet (início da década de 1980) – O *potencial de prontidão* inconsciente. 7. O papel do sistema límbico na tomada de decisões (Roth). 8. O argumento da incompatibilidade entre a perspectiva externa (em terceira pessoa) e a liberdade individual (Singer). 9. A busca por uma compatibilidade entre o *neurodeterminismo* da perspectiva externa e um mínimo de liberdade individual naturalista. 10. Liberdade e autodeterminação em Pauen. 11. A *teoria do veto* de Libet. 12. Reflexões sobre as consequências jurídico-penais e criminológicas do *neurodeterminismo*: defesa social, periculosidade e direito penal do autor. 13. Conclusões. 14. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A normatividade jurídico-penal – *dever ser* – pressupõe, necessariamente, uma realidade indeterminada como objeto – um *ser* provável e/ou possível, mas que não é certo ou determinado. Tomemos como exemplo o tipo penal do homicídio. A proibição do homicídio só faz sentido porque nossa experiência mostra que um homem é capaz de tirar a vida de outro homem e, ao mesmo tempo, capaz de não tirar a vida de outro homem. O direito penal só ganha significado na indeterminação – a norma jurídico-penal encontra razão de ser porque ela pode ser violada e, ao mesmo tempo, pode também não ser violada.¹

Uma realidade empírica descritível pelo método naturalista e determinada pelas leis naturais da causalidade – um *ser* que não encontra possibilidade de *não ser* – não pode ser objeto da normatividade jurídico-penal porque isso representaria uma tripla aporia que se apresenta em três diferentes planos: (1) plano epistemológico: o método descritivo das ciências naturais não é capaz ainda de acessar e esclarecer uma realidade indeterminada, já que é da própria constituição de seu modelo explicativo trabalhar com o binômio causa-efeito – determinação.² A exceção de tal afirmação pode até hoje somente ser encontrada no mundo subatômico e ainda assim a física quântica não consegue elucidar suficientemente o fenômeno do comportamento indeterminado das moléculas dentro do átomo – algo escapa à epistemologia empírico-naturalista nesse ponto;³ (2) plano lógico: um *dever ser* que aponta para um *ser* que invariavelmen-

1. Sobre a possibilidade de rompimento da norma como elemento constitutivo fundamental do direito penal, conferir: FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 401; FARIA COSTA, José Francisco de. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 20.

2. Sobre isso, ver: HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. München: C.H. Beck Verlag, 1990. p. 230 e ss.

3. Sobre o tema, conferir: BRÖCKERS, Boris. *Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit*. Baden-Baden: Nomos, 2015. p. 27 e ss.

te sempre é, contraria o pensamento lógico. Não há logicamente como algo que *não pode ser diferente* – algo realmente determinado pelas leis naturais e, portanto, imutável – *dever ser diferente*. Tomemos um exemplo básico. A experiência nos mostra que não há como o ser humano respirar e viver sem emitir gás carbônico pelas narinas. Se essa realidade é imutável – não existe nenhuma possibilidade e/ou probabilidade até hoje do homem respirar sem emitir gás carbônico na atmosfera – seria ilógico que ela fosse objeto de um postulado normativo, já que não há como exigir algo impossível; (3) plano ético: não faz sentido um *ser* imutável – ligado à determinação e não à possibilidade – ser objeto de um juízo ético. Não há como considerar justa ou injusta uma realidade natural que não pode ser diferente. Tomemos o exemplo da condição humana como ser mortal. Não há como considerar o fato de que todo homem vai morrer justo ou injusto porque tal fato é imutável e reflete um *ser* determinado que invariavelmente sempre é – uma realidade que exclui qualquer signo de possibilidade e/ou probabilidade. A ideia de possibilidade está intimamente ligada à ideia de normatividade – não há normatividade sem possibilidade e sem indeterminação. Precisamente nesse sentido, a recente tese de Möllers: “normas são compreendidas como possibilidade [...] normas remetem a um evento possível [...]. Não faz sentido o impossível ser objeto da norma [...] somente é possível falar em normatividade onde o mundo poderia ser diferente”.⁴

O *neurodeterminismo*⁵ – pressuposto dos recentes achados da neurociência na teoria do conhecimento⁶ – trabalha com uma perspectiva externa do agir humano. A partir do observador da empiria naturalista resta a vontade humana – assim como a própria noção de subjetividade – reduzida a processos biológicos causais passíveis de serem verificados e/ou medidos pelas ciências naturais.⁷ A ação humana torna-se, assim, um fato natural determinado no

4. Tradução nossa, *in verbis*: “Normen sind, so die Annahme, für die ich im Folgenden argumentieren werde, als positiv markierte Möglichkeiten zu verstehen. Normen verweisen auf einen möglichen Zustand oder ein mögliches Ereignis. Unmögliches zum Gegenstand einer Norm zu machen, ist sinnlos. Die positive Markierung einer Möglichkeit zeigt an, dass diese sich verwirklichen soll. Von Normativität ist also nur dort die Rede, wo unterstellt wird, dass die Welt anders sein könnte [...]” (MÖLLERS, Christoph. *Die Möglichkeit der Normen*. Frankfurt: Suhrkamp, 2015. p. 13).

5. Sobre a relação entre Direito Penal e Neurociência na Doutrina brasileira, ver a obra coletiva: BUSATO, Paulo César. *Neurociência e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

6. Sobre o termo: VÁZQUEZ, Ramos. La pregunta por la libertad de acción. In: CRESPO; CALATAYUD (Org.). *Neurociencias y derecho penal*. Buenos Aires: BdeF, 2013. p. 144.

7. Sobre isso, ver: SINGER, Wolf. *Ein neues Menschenbild?* Frankfurt: Suhrkamp, 2003. p. 20 e ss.

qual não há espaço para a subjetividade. Desde uma perspectiva externa é a subjetividade corporificada (corpo da biologia) e, por estar ligada à dimensão interna, taxada como um fenômeno que se encontra fora da experiência científica⁸ – algo muito próximo ao que é observado em v. Liszt.

Trata-se, de fato, de um processo de reificação do sujeito no qual o mesmo é reduzido a um objeto da empiria naturalista, equiparável aos demais acontecimentos da natureza e submetido as suas leis. As consequências do *neurodeterminismo* para os conceitos de responsabilidade subjetiva e de culpabilidade jurídico-penal são, em linhas gerais, as seguintes: (1) considerando que tanto a noção de retribuição, quanto a noção de prevenção geral pressupõem o signo da possibilidade como justificativa – não fazem sentido dentro de uma noção de homem determinado pelas leis naturais –, inviabiliza o *neurodeterminismo* um direito penal da culpabilidade, ainda quando a liberdade individual, que deve ser o seu fundamento, for pressuposta e/ou atribuída para atender fins político-criminais de prevenção geral como ocorre no funcionalismo.⁹ O que resta é a prevenção especial, sobretudo a negativa – ligada à noção de periculosidade e de defesa social –,¹⁰ tornando-se o direito penal um direito da medida de segurança como regra em que precisamos nos defender de determinado indivíduo como nos defendemos de um acontecimento natural;¹¹ (2) se a partir do *neurodeterminismo* a intenção for a de manter ainda uma ideia de respon-

8. HILLENKAMP, Thomas. Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht. ZStW, 127/1, 2015. p. 37 e ss.

9. O funcionalismo jurídico-penal trabalha com uma perspectiva agnóstica em relação ao conhecimento da liberdade individual. Ele não se convence nem de sua existência, nem de sua inexistência e, a partir disso, atribui liberdade individual quando é preciso – um *como se* necessário. Trata-se de um ceticismo cognitivo em nível epistemológico. Sobre isso, conferir: BUONICORE, Bruno Tadeu. Liberdade e reconhecimento: contributo ao estudo da fundamentação da culpabilidade – Reflexões iniciais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 127, 2017. p. 57.

10. Sobre a periculosidade e as funções e os fundamentos da medida de segurança, ver: ESER, Albin. Zur Entwicklung von Maßregeln. *Festschrift für Heinz Müller-Dietz*. 2001. p. 213 e ss.; FRISCH, Wolfgang. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung. ZStW, 102/2, 1990. p. 343 e ss. Sobre a ideologia da defesa social e sua relação com os novos achados da neurociência, conferir: RUSKE, Alexander. *Ohne Schuld und Sühne*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. p. 15 e ss. e p. 332 e ss.

11. Sobre esse resultado da neurociência no direito penal, defendendo uma incompatibilidade entre o direito penal da culpabilidade como censura ética e o neurodeterminismo, ver: DETLEFSEN, Grisha. *Grenzen der Freiheit*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 336 e ss.

sabilidade individual, tratar-se-á invariavelmente de uma responsabilidade de caráter objetivo, o que representaria uma clara afronta ao princípio constitucional do *nulla poena sine culpa*.

2. O NEURODETERMINISMO

A discussão que envolve a tese determinista não só sobre os acontecimentos do mundo e da natureza de uma forma geral, mas também sobre a ação humana e suas consequências no conceito de responsabilidade pessoal não é nova. O polêmico debate entre a escola clássica (Binding) e a escola moderna (v. Liszt) – entre metafísica e ciências naturais –, no final do século XIX na Alemanha, vale como exemplo dessa discussão já na área do direito penal.¹²

Nos últimos anos, entretanto, impulsionada pelos novos achados da neurociência, ressurgiu tal discussão com força total.¹³ Assumindo o papel de ciência natural competente para enfrentar tal debate na atualidade,¹⁴ a neurociência pretende colonizar as ciências humanas e sociais. Isso significa explicar e esclarecer os fenômenos subjetivos e intersubjetivos pela metodologia do observador da empiria naturalista – pelos pressupostos das leis naturais.¹⁵ Tal pretensão, no que diz respeito ao significado da liberdade individual, produz o *neurodeterminismo*, concepção que passa a ser em seguida analisada em todos os seus pormenores e facetas.

3. COMPATIBILISMO, INCOMPATIBILISMO E CETICISMO – DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

Para além dos argumentos anteriormente sustentados, podem ser os resultados apresentados pelo *neurodeterminismo*, assim como também as suas consequências práticas para o direito penal, interpretados de diferentes maneiras. Tais interpretações são fundamentalmente constituídas pela posição que ado-

12. Sobre isso, conferir: KORIATH, Heinz. *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. p. 594 e ss.

13. BRÖCKERS, Boris. *Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit*. Baden-Baden: Nomos, 2015. p. 17.

14. Conferir: DREHER, Eduard. *Willensfreiheit*. München: C.H. Beck Verlag, 1987. p. 261 e ss.

15. Sobre isso, como exemplo da intenção exposta, ver: PAUEN, Michael; ROTH, Gerhard. *Freiheit, Schuld und Verantwortung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008. p. 69-71; PAUEN, Michael. *Illusion Freiheit?* Frankfurt: S. Fischer Verlag, 2005. p. 175 e ss.

tam na relação entre o determinismo e a liberdade individual. O dilema entre a presença de leis causais naturais – “nós precisamos do determinismo para absolutamente poder compreender os acontecimentos deste mundo” – e a necessidade da indeterminação do comportamento humano – “ao mesmo tempo precisamos claramente do indeterminismo para podermos nos compreender como seres responsáveis”¹⁶ – foi objeto da terceira antinomia da razão apresentada por Kant em *A crítica da razão pura*, em 1787. Dentro de seu pressuposto dualista – *natureza-causalidade-descrição* de um lado e *razão-liberdade-normatividade* do outro –, Kant defendeu a tese de que: “a causalidade segundo as leis da natureza não é a única a partir da qual os fenômenos do mundo como um todo podem ser derivados. É necessário admitir ainda uma causalidade mediante liberdade para poder explicá-los”.¹⁷ A partir disso, Kant fundamentou a liberdade individual em um plano livre das leis naturais, um plano em que a causalidade da empiria naturalista não poderia tocar a indeterminação da ação humana – o plano transcendental.¹⁸

Em face do *neurodeterminismo*, torna-se a problemática apontada por Kant na terceira antinomia da razão mais atual do que nunca, de modo que serão aqui delimitadas as principais opções teóricas no enfrentamento do problema que, grosso modo, se dividem em compatibilistas e incompatibilistas, sendo o ceticismo uma maneira de compatibilismo (essa delimitação é de suma importância para a compreensão e o desenvolvimento dos próximos passos do artigo):

(1) O determinismo das leis naturais existe para os fenômenos naturais, mas não atinge a liberdade humana, que encontra o seu fundamento em ou-

16. Tradução nossa, *in verbis*: “Wir benötigen den Determinismus, um das Geschehen auf dieser Welt überhaupt verstehen zu können [...] Gleichwohl aber benötigen wir offenbar auch den Indeterminismus, um uns als verantwortliche Wesen verstehen zu können [...]” (BRÖCKERS, Boris. *Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit*. Baden-Baden: Nomos, 2015. p. 257-258).

17. Tradução nossa, *in verbis*: “Die Kausalität nach Gesetzen der Natur ist nicht die einzige, aus welcher die Erscheinungen der Welt insgesamt abgeleitet werden können. Es ist noch eine Kausalität durch Freiheit zur Erklärung derselben anzunehmen notwendig” (KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*. 1787. p. 472). Sobre isso, ver também: GERLACH, Stefan. *Wie ist Freiheit möglich?* Marburg: A. Francke Verlag, 2010. p. 194 e s.

18. KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*. 1787. p. 472 ss. Sobre a terceira antinomia da razão apontada por Kant, conferir também: SCHÖNECKER, Dieter. *Kants Begriff transzendentaler und praktischer Freiheit*. Berlin: De Gruyter, 2005. p. 1 e ss.; LLOMPART, Jose. *Dichotomisierung in der Theorie und Philosophie des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993. p. 189 e ss.

tro plano metodológico incompatível com as ciências naturais. Trata-se, por exemplo, da forma de incompatibilismo encontrada na tese dualista kantiana, um incompatibilismo não naturalista em relação à liberdade;¹⁹

(2) o determinismo das leis naturais atinge a liberdade humana e a neutraliza, ou nega. A ideia de liberdade individual e o determinismo que é comprovado pela neurociência são incompatíveis e o direito penal da culpabilidade e da responsabilidade subjetiva está com os seus dias contados. Trata-se de um incompatibilismo naturalista;²⁰

(3) o determinismo das leis naturais atinge a liberdade humana, mas não a anula, assim como não inviabiliza nem nega a noção de culpabilidade jurídico-penal e/ou de responsabilidade subjetiva. Esse modo de compatibilismo trabalha com um mínimo de liberdade individual naturalista que julga ser compatível com o determinismo e os achados da neurociência e, ao mesmo tempo, com o conceito de culpabilidade e/ou de responsabilidade subjetiva;²¹

(4) o determinismo da neurociência atinge a liberdade individual apenas no sentido de refutar a liberdade como um elemento ontológico e/ou transcendental dado. Essa opção trabalha com o método naturalista até o ponto de afirmar que a liberdade da vontade não pode ser comprovada empiricamente e que por isso representa uma ilusão metafísica. Porém, apesar disso, também não resta convencida tal corrente de que a liberdade individual não possa existir e, com base em um argumento consequencialista, atribui liberdade ao indivíduo quando isso é socialmente necessário. O significado da liberdade individual torna-se em tal ceticismo consequencialista, o que se precisa que ele se torne para manter a organização social, um verdadeiro *como se* utilitarista. Esse modo de compatibilismo é observado no funcionalismo jurídico-penal

19. No âmbito do direito penal, pode-se dizer que a teoria de Welzel (liberdade ontológica) e a de Figueiredo Dias (liberdade ontológico-existencial) também desenvolvem esse caminho, claro que com particularidades que se afastam de Kant, mas que, ao mesmo tempo, não deixam de ser muito influenciadas por ele. Sobre isso, ver: WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. Berlin: Gruyter, 1969. p. 140 e ss.; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade, culpa, direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 19 e ss. A autora Wulff, com a tese de uma liberdade ontológica fundamentada na filosofia de Heidegger, também pertence a esse grupo. Conferir: WULFF, Agnes. *Die Existenziale Schuld*. Berlin: Lit, 2008. p. 274 e ss.

20. Exemplo desse caminho, entre outros, é Singer. SINGER, Wolf. Keiner kann anders als er ist. *FAZ*. 2004. p. 33; SINGER, Wolf. *Ein neues Menschenbild?* Frankfurt: Suhrkamp, 2003. p. 13.

21. Exemplo dessa opção é Pauen. Ver: PAUEN, Michael; ROTH, Gerhard. *Freiheit, Schuld und Verantwortung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008. p. 165 e ss.

(Jakobs/Roxin), que refuta o argumento finalista do ontológico *poder-de-agir-de-outra-maneira*;²²

(5) nem a liberdade humana, nem a própria natureza encontram-se sob o signo da causalidade. Essa opção está ligada à física quântica e a algumas correntes da teoria do caos e aqui é a causalidade dos fenômenos – o determinismo – que é retratada como uma ilusão de nossa mente;²³

A seguir, serão analisados os caminhos de n. 2 e de n. 3, que retratam fundamentalmente a atual concepção naturalista da liberdade individual.²⁴

4. A RELAÇÃO ENTRE A PERCEPÇÃO DA CONSCIÊNCIA E A ATIVIDADE NEURONAL

Pode-se dizer que a relação que se estabelece entre o que é percebido pela consciência de um sujeito desde sua perspectiva interna (a própria representação do *eu* e a experiência da individualidade) e o que se deixa verificar objetivamente dessa percepção, desde a perspectiva externa de um terceiro sujeito, retrata, em seus fundamentos metodológicos essenciais, a relação que se coloca entre as ciências naturais e as ciências do espírito, ou humanas.²⁵ Trata-se de duas diferentes maneiras de compreender o real que nos circunda.²⁶ A neuro-

22. Não estaria errado aproximar também Klaus Günther, em parte, desse caminho, já que o autor pressupõe também uma operação de atribuição no acesso à liberdade individual, porém, com a diferença fundamental de que procura trabalhar com argumentos não consequencialistas no processo de atribuição, sempre a partir da teoria da ação comunicativa de Habermas. Conferir: GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit*. Frankfurt: Klostermann, 2005. p. 2 e ss.

23. Sobre esse caminho, em que a causalidade seria uma ilusão, mesmo na natureza, conferir: HELLER, Karl. *Ernst Mach – Wegbereiter der modernen Physik*. Wien: Springer, 1964. p. 50. Sobre o indeterminismo observado na física quântica, ver: CASSIERER, Ernst. *Determinismus und Indeterminismus in der modernen Physik*. Hamburg: Meiner, 2004. p. 131 e ss.

24. Sobre os dois caminhos, o que existe de mais instrutivo é o recente artigo de Hillenkamp, de mais de 90 páginas. Nele o autor trabalha tanto ideias compatibilistas, como ideias incompatibilistas ligadas à neurociência e à liberdade individual. Ver: HILLENKAMP, Thomas. *Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht*. ZStW, 127/1, 2015, p. 1-96.

25. Nesse sentido, conferir o autor Singer, que liga claramente postulados filosóficos à experiência interna: SINGER, Wolf. *Ein neues Menschenbild?* Frankfurt: Suhrkamp, 2003. p. 10-11.

26. Sobre tal diferença fundamental e os desafios da neurociência nesse ponto, na compreensão de realidades subjetivas e tradicionalmente acessadas pelas ciências do

ciência – na qualidade de ciência natural – sustenta uma opção metodológica pela linguagem descritiva própria da perspectiva empírico-externa (livre de valores e sentidos)²⁷ e, com isso, pressupõe em sua investigação realidades e fenômenos “que são explicados por processos que são representáveis no sistema de descrição das ciências naturais”.²⁸ A questão é que o objeto da neurociência – do *neurodeterminismo* – é representado justamente pelos fenômenos que percebemos como atividade de nossa consciência, como produto de nosso *eu* individual.²⁹ Nesse sentido, a perspectiva externa da neurociência concorre com a perspectiva interna (própria da filosofia do sujeito e da metafísica) pelo significado de tais fenômenos.³⁰

A liberdade individual se apresenta, em tal contexto meta-dogmático e/ou de fundamentação, como o principal desses fenômenos no conflito metodológico que se coloca entre a perspectiva interna (experiência da consciência) e a perspectiva externa (observação de dados empíricos pela neurociência). Não se trata apenas de diferentes linhas argumentativas para descrever o mesmo fenômeno, trata-se em realidade de fenômenos distintos em si. Tanto é assim que os resultados do que é experienciado pela perspectiva interna e do que é observado pela perspectiva externa carregam qualidades bem diversas – são caminhos diferentes que chegam a resultados diferentes:

espírito, conferir: OESER. Die beiden Grundproblemen der Neuropsychologie. In: F. PESCHL; BATTHYANY (Hrsg.). *Geist als Ursache?* Würzburg: Königshausen, 2008. p. 67 e ss. Ver, também: DEECKE. Ist Geist neurophysiologisch fassbar? In: F. PESCHL; BATTHYANY (Hrsg.). *Geist als Ursache?* Würzburg: Königshausen, 2008. p. 121 e ss.

27. Sobre essa pretensão de neutralidade e de objetividade por parte da neurociência, sustenta o autor Singer, no que respeita à relação entre as ciências humanas e as ciências naturais: “As ciências naturais investigam, ao contrário disso, objetos desprovidos de sentido.” Tradução nossa, *in verbis*: “Die Naturwissenschaft dagegen untersucht sinnfreie Gegenstände” (SINGER, Wolf. *Ein neues Menschenbild?* Frankfurt: Suhrkamp, 2003. p. 11).
28. Tradução nossa, *in verbis*: “[...] durch Prozesse erklären, die in naturwissenschaftlichen Beschreibungssystem darstellbar sind” (SINGER, Wolf. *Ein neues Menschenbild?* Frankfurt: Suhrkamp, 2003. p. 16).
29. Conferir: ROTH, Gehard. Worüber dürfen Hirnforscher reden? In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. 2004. p. 66 e ss.
30. Sobre isso: DETLEFSEN, Grischa. *Grenzen der Freiheit*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 321 e p. 342 e ss.; HELD, Carsten. Drei Desiderata für eine empirische Wissenschaft vom Bewusstsein. In: F. PESCHL; BATTHYANY (Hrsg.). *Geist als Ursache?* Würzburg: Königshausen, 2008. p. 83 e ss.

De fato, existem aqui conflitos. A suposição, por exemplo, de que nós seríamos responsáveis por aquilo que nós fazemos porque nós poderíamos ter feito de maneira diferente é da perspectiva neurobiológica insustentável, já que processos neuronais estão sob o signo do determinismo.³¹

A partir de uma série de experimentos sobre o funcionamento do cérebro realizados na área da neurobiologia e da neuropsicologia,³² a liberdade de escolha individual, que é experienciada subjetivamente por nossa consciência como uma realidade viva, recebe a explicação causal de um complexo conjunto de processos neuronais passíveis de serem medidos pela avançada tecnologia desenvolvida pela neurociência.³³ A grande questão que se coloca nesse cenário, entre a perspectiva interna e a externa, é a concorrência pela anterioridade do estímulo do comportamento humano. Aqueles que sustentam a perspectiva interna e defendem a capacidade do homem ser o último responsável pela cadeia causal que ele inicia – *causa sui* –, podendo assim escolher entre possibilidades alternativas, trabalham com a ideia nuclear de que o estímulo do comportamento parte da consciência e, somente após isso, provoca os seus efeitos no nível neurobiológico e/ou causal observável pela empiria naturalista.³⁴ Já aqueles

-
31. Tradução nossa, *in verbis*: “In der Tat gibt es hier Konflikte. Die Annahme zum Beispiel, wir seien voll verantwortlich für das, was wir tun, weil wir es ja auch hätten anders machen können, ist aus neurobiologischer Perspektive nicht haltbar. Neuronale Prozesse sind deterministisch” (SINGER, Wolf. *Ein neues Menschenbild?* Frankfurt: Suhrkamp, 2003. p. 20). Ver, também: SINGER, Wolf. *Verschaltungen legen uns fest*. In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004. p. 36-37.
32. Sobre esses experimentos, em linhas gerais, conferir: MERKEL, Grischa; ROTH, Gehard. *Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe*. In: GRÜN; FRIEDMAN (Hrsg.). *Entmoralisierung des Rechts*. Vandenhoeck e Ruprecht, 2008. p. 59 e ss.; STADLER, Michael. *Der freie Wille, die Zeit und die Verantwortlichkeit*. In: HEILINGER (Hrsg.). *Naturgeschichte der Freiheit*. Berlin: Walter de Gruyter, 2007. p. 124 e ss.
33. Ainda sobre os experimentos, em uma perspectiva ética, ver: BREITSAMETER, Christof. *Freiheit und Schuldfähigkeit*. Münster: Aschendorff, 2011. p. 35 e ss. Em outra direção, ver também: ROTH, Gehard. *Wir sind determiniert*. In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004. p. 219.
34. Essa maneira de pensar reflete a de boa parte daqueles que tomam o caminho de n. 1 anteriormente apresentado, como é o caso de Kant. Defensor da perspectiva interna como fundamento do direito penal, já no atual debate com a neurociência, é Burkhardt. Conferir: BURKHARDT, B. *Freiheitsbewusstsein und strafrechtliche Schuld*. In: SCHITTENHELM; SCHUMANN; ESER (Hrsg.). *Festschrift für Theodor Lenckner*. 1998. p. 21; BURKHARDT, B. *Und sie bewegt uns doch*. *Das Magazin* 2, 2003. p. 21-24.

que sustentam a perspectiva externa e defendem que o homem é determinado em suas escolhas pelos processos neurobiológicos que se passam em seu cérebro, que por sua vez também estão ligados a uma cadeia causal biológica determinada,³⁵ trabalham com a ideia nuclear de que o estímulo não consciente dos processos neuronais antecede a escolha do *eu* consciente no comportamento humano: “nós não fazemos o que nós queremos, mas nós queremos o que nós fazemos”.³⁶ Isso significa que a neurociência reivindica a anterioridade do significado das atividades neuronais inconscientes (essencialmente bioquímicas) sobre a consciência humana nos processos de escolha ligados ao nosso comportamento e nossa ação.³⁷

Para além dos problemas dessa concepção naturalista sobre a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal e da responsabilidade subjetiva que já foram mencionados e que serão ainda apresentados no decorrer deste artigo, duas teses centrais se deixam apresentar:

(1) quanto à sustentabilidade de uma perspectiva objetivo-neutra, livre de valores e sentidos, acredita-se que pela relação epistemológica posta nas ciências naturais torna-se de fato possível (ainda que não se esteja de acordo com isso) reduzir a subjetividade do indivíduo observado a processos neurobiológicos causais (reduzir o sujeito observado a mero objeto). Porém, quanto ao observador, que continua sustentando uma posição de sujeito, não parece ser possível efetuar tal operação, já que o cérebro que observa o outro cérebro é um sujeito que carrega, necessariamente, subjetividade e que, portanto, não trabalha sob o signo da neutralidade.³⁸ Isso significa que mesmo que haja

35. ROTH, Gehard. Einführung. In: *Gehirn und Bewußtsein*. 1994. p. 8.

36. Tradução nossa, *in verbis*: “Wir tun nicht, was wir wollen; sondern wir wollen, was wir tun” (PRINZ, Wolfgang. Kritik des freien Willens. In: LUKAS (Hrsg.). *Wie frei ist unser Wille*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004. p. 198).

37. Exemplo disso: ROTH, Gehard. Das Ich ist nicht der “Herr im Hause”. *Das Magazin* 3, 2001. p. 34.

38. Sobre a transitoriedade dos significados também no espaço das ciências naturais e a consequente dependência desses significados da posição interpretativa (não neutra) sustentada pelo sujeito que observa o objeto, instrutiva é a obra de Reich. Dito de forma simples, a questão a ser sustentada aqui é a de que o sujeito jamais mantém uma posição de plena objetividade e neutralidade em sua relação com os objetos da natureza – o signo da plena neutralidade é por essência estranho ao sujeito, estranho à noção própria de subjetividade. Prova disso é a transformação dos conceitos naturais ao longo do tempo. Conferir: REICH, J. Zum Kausalitätsprinzip in der Biologie. In: HEILINGER (Hrsg.). *Naturgeschichte der Freiheit*. Berlin: Walter de Gruyter, 2007. p. 32.

uma relação empírica sujeito-objeto posta onde um indivíduo observa o outro como objeto, a subjetividade sempre vai permanecer de um lado da relação, não podendo ser reduzida a um mero processo neurobiológico natural. Se o cérebro que observa o outro cérebro também for reduzido a um acontecimento natural objetivo – e assim por diante, o cérebro que observa o cérebro que observa o cérebro etc. –, estaríamos anulando a possibilidade de realização da subjetividade humana. Estaríamos diante de acontecimentos naturais objetivos que mantêm uma relação de alguma ordem com outros acontecimentos naturais objetivos. Ocorre que sem subjetividade, sem sujeito, a relação empírico-naturalista sujeito-objeto em si não seria possível: nós nos misturaríamos totalmente com a natureza, impossibilitando assim não só a normatividade (que se acredita esteja intimamente ligada à subjetividade humana), mas também o próprio estudo da natureza como objeto;

(2) considerando que também a via da perspectiva interna não se mostra teoricamente sustentável no plano epistemológico (aporia Welzeniana), defende-se aqui a tese de que a liberdade individual que o direito penal pressupõe não ganha significado nem pela perspectiva interna (subjetiva/em primeira-pessoa), nem pela perspectiva externa (objetiva-objetificadora/em terceira pessoa) que aparecem como posições opostas nos estudos da neurociência, mas pela perspectiva intersubjetiva. Sobre isso, bastante esclarecedor é o autor Wingert, no debate com o neurocientista Singer:

O plano normativo aproxima-se de uma perspectiva que não é nem a da experiência pura subjetiva, nem a da mera perspectiva do observador [...] nela nós nos tratamos em segunda-pessoa e não nos percebemos como mera parte de um meio ambiente, mas como sujeitos frente a frente.³⁹

5. UMA NOVA FIGURA DE HOMEM PARA O DIREITO PENAL?

Um grupo de atuais neurocientistas alemães (entre os principais: Prinz, Roth, Singer e Markowitsch), convencidos de que “com os meios técnicos dos

39. Tradução nossa, *in verbis*: “An das Normative kommt man in einer anderen als der rein erlebenden oder bloß beobachtenden Perspektive heran – nämlich in einer Einstellung, in der wir uns als Gegenüber, als zweite Person, begegnen; in der wir uns nicht bloß als Teile einer Umwelt wahrnehmen, mit der wir rechnen müssen. Wir behandeln uns als zweite Person [...]” (WINGERT. In: SINGER. *Ein neues Menschenbild?*. Frankfurt: Suhrkamp, 2003. p. 22). Ver, também: NOË. Interview – Wir suchen an der falschen Stelle. *Gehirn und Geist*, n. 2, 2015. p. 22 e ss.

neurocientistas se torna possível visualizar que a liberdade não existe”, acredita estar a construir uma nova figura de homem, uma nova maneira de perceber o ser humano em sua essência.⁴⁰ A ideia central desse novo modelo de homem, a de que: “o convencimento de uma pessoa sobre a liberdade e a vontade, presentes na ação que conduz, não corresponde aos fatos”,⁴¹ provoca diretamente as bases do direito penal da culpabilidade e da responsabilidade subjetiva.⁴² O princípio da culpabilidade encontraria fundamento em uma liberdade da vontade – da decisão entre possibilidades alternativas – que “evidências empíricas da neurociência e também da psicologia” desmentem. Em face de tal reivindicação, restariam os penalistas da atualidade “obrigados a refletir e resolver essa contradição”.⁴³

Diferentemente do que ocorre com o direito civil, o direito penal demanda uma ideia de culpabilidade, e também de capacidade de culpabilidade, na qual o sujeito precisa ser reconhecido como o último responsável pela cadeia causal impulsionada por seu comportamento autodeterminado – *causa sui*: o direito penal rechaça a responsabilidade objetiva. Essa capacidade é, no entanto, refutada pela neurociência, e com ela também a possibilidade do comportamento alternativo e a capacidade do indivíduo colocar para si próprio a finalidade do que ele quer realizar no mundo, livre de mecanismos causais de natureza interna ou externa.⁴⁴ Desse modo, não havendo qualquer possibilidade de se

40. Tradução nossa, *in verbis*: “[...] mit den technischen Mitteln der Neurowissenschaften sichtbar gemacht werden, dass es Willensfreiheit nicht gibt” (HILLENKAMP, Thomas. *Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht*. ZStW, 127/1, 2015, p. 12). Sobre isso, ver também: DAS MANIFEST. Elf führende Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung. *Gehirn und Geist*. 2004. p. 35 e ss.

41. Tradução nossa, *in verbis*: “[...] dass die Überzeugung einer Person, sie habe eine bestimmte Handlung frei und willentlich ausgeführt, nicht den Tatsachen entspricht” (ROTH, Gehard. *Wir sind determiniert*. In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004. p. 219).

42. Sobre isso, ver: STRENG, Franz. *Hirnforschung*. In: DUTTGE (Hrsg.). *Das Ich und sein Gehirn*. Göttingen: Universitätsverlag, 2009. p. 97 e ss.

43. Tradução nossa, *in verbis*: “In dem Maße, in dem sich die empirischen Evidenzen der Hirnforschung und der Psychologie gegen die Existenz eines solchen Alternativismus verstärken, sind Strafrechtler gezwungen, über diesen Widerspruch nachzudenken und ihn aufzulösen versuchen” (ROTH, Gehard. *Wir sind determiniert*. In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004. p. 222).

44. SCHIEMANN, A. *Risiken und Nebenwirkungen der Hirnforschung*. In: GRÜN; FRIEDMAN (Hrsg.). *Entmoralisierung des Rechts*. Göttingen: Vandenhoeck e Ruprecht, 2008. p. 135 e s.; MERKEL, Grischa; ROTH, Gehard. *Freiheitsgefühl, Schuld*

sustentar a ideia de censura ético-pessoal – que se acredita estar intimamente ligada ao conceito normativo de culpabilidade desde Frank –, quem trabalha com esse novo modelo de homem precisa procurar alternativas para o princípio da culpabilidade, como argumentos ligados à necessidade de recuperação do indivíduo e/ou a sua neutralização (prevenção especial positiva e negativa).⁴⁵

Para compreender melhor esse modelo de homem neurobiológico, forjado pela perspectiva externa da concepção naturalista, é preciso então analisar como os processos neuronais atuam sobre os processos decisórios conscientes do ser humano em tal contexto – como o conhecimento do mundo e a motivação são representados pelo sistema nervoso. As ações e as decisões humanas seriam construídas por processos neuronais em um cenário que obedece às leis naturais. Tanto as decisões que experimentamos como conscientes, como as que são inconscientes, ou automáticas.⁴⁶ A diferença entre ambas residiria apenas na complexidade dos processos causais, já que “também as decisões conscientes percebidas como livres são sempre preparadas e influenciadas por uma infinidade de processos inconscientes.”⁴⁷ O núcleo dessa afirmação é representado pela noção de que antes de determinarmos algo, somos nós mesmos objetos da determinação de acontecimentos submetidos às leis naturais.⁴⁸ Desse modo, a simples expressão: “meu braço e minha mão pegaram a taça de café, porque eu quis fazer isto, não está correta”. Pois de fato, “não a minha vontade consciente, mas o meu cérebro é quem se decidiu”.⁴⁹

und Strafe. In: GRÜN; FRIEDMAN (Hrsg.). *Entmoralisierung des Rechts*. Göttingen: Vandenhoeck e Ruprecht, 2008. p. 75 e s.

45. Sobre essas alternativas, ver: MERKEL, Grisha; ROTH, Gehard. *Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe*. In: GRÜN; FRIEDMAN (Hrsg.). *Entmoralisierung des Rechts*. Göttingen: Vandenhoeck e Ruprecht, 2008. p. 77 e ss.; RUSKE, Alexander. *Ohne Schuld und Sühne*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. p. 15 e ss.

46. Sobre a diferença entre atos da vontade e atos ditos automáticos, ver: MELDEN, A. *Freie Handlungen*. In: BECKERMANN (Hrsg.). *Analytische Handlungstheorie*. Band I, 1985. p. 126 e ss.

47. Tradução nossa, *in verbis*: “Auch die als frei empfundenen bewußten Entscheidungen werden immer durch eine Vielzahl im Unbewußten verhandelter Prozesse vorbereitet und beeinflusst” (SINGER, Wolf. *Verschaltungen legen uns fest*. In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004. p. 52).

48. ROTH, Gehard. *Wir sind determiniert*. In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004. p. 218 e ss.

49. Tradução nossa, *in verbis*: “Mein Arm und meine Hand haben nach der Kaffeetasse gegriffen, weil ich dies so gewollt habe! nicht richtig ist [...] Nicht mein bewußter

Para a corrente naturalista, o conhecimento do homem sobre o mundo e a formação dos padrões de motivação que fundamentam a análise das variáveis e as tomadas de decisões pelo cérebro são fruto principalmente: (1) de processos biológicos de evolução, ligados ao aumento do número de células neuronais e à complexidade de suas ligações – esses processos estariam marcados em nossos genes desde o nascimento; (2) de experiências vividas após o nascimento durante o período de desenvolvimento da arquitetura neuronal do cérebro, sobretudo ligadas ao processo de educação.⁵⁰ Tais processos, porém, como se viu, ao invés de representarem um material que vai instruir as tomadas de decisões pelo *eu* consciente, retiram do espaço do *eu* consciente o centro das decisões, já que nessa figura de homem o *eu* não é o senhor de sua própria casa.⁵¹ Para a concepção naturalista, não só a liberdade da vontade é uma ilusão, mas o próprio *eu* consciente é uma ilusão: “o nosso eu que nós diretamente e concretamente percebemos como nós mesmos [...] é uma ficção, um sonho de nosso cérebro”.⁵²

Defendendo a tese, entretanto, fundamentada na convicção de Möllers apresentada no início deste artigo, de que não há normatividade sem indeterminação e sustentando que não há indeterminação sem a subjetividade do *eu* consciente – sem o *eu* consciente nos misturamos aos acontecimentos causais da natureza (que atuam sob o signo da causalidade e da determinação) –, a

Willensakt, sondern mein Gehirn hat entschieden” (ROTH, Gehard. Worüber dürfen Hirnforscher reden? In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. 2004. p. 73).

50. Conferir: SINGER, Wolf. Verschaltungen legen uns fest. In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004. p. 54 e ss. Sobre o tema, ver: RÖDER, Brigitte. Wenn das Gehirn sich formen lässt. In: MADEJA; JUNG (Hrsg.). *Hirnforschung*. 2016. p. 27 e ss.

51. Sobre isso, ver: ROTH, Gehard. Das Ich ist nicht der „Herr im Hause“. *Das Magazin* 3, 2001. p. 34. Nesse sentido, a neurociência quer provocar uma revolução pela via das ciências naturais que de alguma forma foi levada a cabo pela psicanálise freudiana no século XX, sobretudo pela teoria de que o *Ego* seria influenciado por uma série de processos inconscientes em suas vivências subjetivas, não representando mais do que uma fina camada em nossa constituição global. Ver: FREUD, S. *Das Ich und das Es*. 1923. p. 2 e ss. Em sentido aproximado e já pressupondo o conhecimento neurocientífico, ver: METZINGER, Thomas. *The ego tunnel*. 2009. p. 15 e ss.

52. Tradução nossa, *in verbis*: “Unser Ich, das wir als das unmittelbarste und konkreteste, nämlich als uns selbst, empfinden, [...] ist eine Fiktion, ein Traum des Gehirns [...]” (ROTH, Gehard. Erkenntnis und Realität. In: SCHMIDT (Hrsg.). *Der Diskurs des radikalen Konstruktivismus*. 1994. p. 253). Sobre o tema, conferir também: WEGNER, Daniel. *The illusion of conscious*. Cambridge: 2002. p. 2 e ss.

pergunta que se coloca, para além do questionamento se existe espaço para a liberdade individual dentro da figura de homem *neurodeterminista*, é “se a censura jurídico-penal pressupõe de fato um conceito de liberdade que se deixa contestar e/ou refutar pelas categorias das ciências naturais”.⁵³ Isso significa devolver a provocação aos neurocientistas: ainda que na neurociência exista de fato uma nova figura de homem,⁵⁴ precisa o direito penal necessariamente adotar essa figura? Estaria a ordem jurídico-penal condicionada a isso?⁵⁵ Acredita-se que não.

6. O EXPERIMENTO DE LIBET (INÍCIO DA DÉCADA DE 1980) – O POTENCIAL DE PRONTIDÃO INCONSCIENTE

Em que pese o neurocientista americano Libet seja considerado e se considere um dualista que acredita na autonomia da consciência e do espírito⁵⁶ – em trabalhos mais recentes o autor sustenta a *teoria do veto*, na qual a vontade consciente do sujeito seria capaz de influenciar os processos causais de ordem neuronal (essa teoria, por sua natureza compatibilista, será analisada mais

53. Tradução nossa, *in verbis*: “Ob der strafrechtliche Schuldvorwurf indes überhaupt einen Begriff der Freiheit voraussetzt, der sich solchermaßen in naturwissenschaftlichen Kategorie widerlegen lässt [...]” (WÜRFEL. *Freiheit als Grundlage der Schuld*. Frankfurt: 2008. p. 11).

54. A provocação de uma nova figura de homem, por parte da neurociência, aparece no título da obra de Singer: SINGER, Wolf. *Ein neues Menschenbild?* Frankfurt: Suhrkamp, 2003. Em sentido contrário, de que não há um novo homem, conferir: JANICH, P. *Kein neues Menschenbild*. Frankfurt: Suhrkamp, 2009. p. 177 e ss. Conferir também a crítica: BEREITHER; HASLER; STRASSER. 9 Ideen für eine bessere Neurowissenschaft. In: AYAN (Hrsg.). *Rätsel Mensch*. 2017. p. 193 e ss.

55. Sobre tal debate no direito penal, ver, entre outros: GÜNTHER, Klaus. *Verantwortlich für die eigene Tat?* 2005. p. 26 e ss.; JÄGER. Willensfreiheit, Kausalität und Determination. *GA H.1*. 2013. p. 3-14; WEISSER. Ist das Konzept strafrechtlicher Schuld nach § 20 StGB durch die Erkenntnisse der Neurowissenschaften widerlegt? *GA H.1*, 2013. p. 26-38; HIRSCH. Zur gegenwärtigen deutschen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht. *ZIS* 2, 2010. p. 62 e ss.; LÜDERSEN. Ändert die Hirnforschung das Strafrecht? In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. 2004. p. 98 e ss.; MERKEL. Nuevas intervenciones en el cerebro. In: CRESPO; CALATAYUD (Org.). *Neurociencias y derecho penal*. 2013. p. 71 e ss.; WALTER. Hirnforschung und Schuldbegriff. *Festschrift für Schroeder*. 2006. p. 131 e ss.; FRISCH. Zur Zukunft des Schuldstrafrechts. *Festschrift für Kühl*. 2014. p. 187 e ss.

56. Sobre isso, ver: ROTH, Gehard. Wir sind determiniert. In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004. p. 219.

adiante)⁵⁷ –, é o experimento por ele realizado no início da década de 1980, no qual é demonstrada a anterioridade de processos neuronais bioquímicos inconscientes sobre os processos conscientes na execução de movimentos e escolhas, que acaba marcando o início de todo o recente movimento neurocientífico em que a liberdade da vontade é questionada.⁵⁸ Libet foi um pioneiro nesse tipo de experimento e, apesar de ter realizado a experiência para comprovar empiricamente a liberdade da vontade, os resultados não foram bem os esperados.⁵⁹

Utilizando um eletroencefalograma como instrumento, o principal objetivo do experimento de Libet era medir se de fato a atividade cerebral em regiões “que guardam relação com a preparação e o controle de ações”⁶⁰ ocorreria antes ou depois da consciência por parte dos voluntários acerca da decisão tomada na direção do movimento corporal.⁶¹ Para tanto, Libet precisaria analisar a relação temporal que se coloca entre a atividade cerebral inconsciente – que se deixa verificar nessas regiões e que representa uma atividade lenta e negativa que foi denominada pelo autor de *potencial de prontidão*⁶² – e o exato momento em que o indivíduo reconhece conscientemente que a decisão foi tomada por sua vontade, o instante em que o sujeito percebe que o impulso do movimento foi enviado intencionalmente aos seus músculos:

A atividade cerebral registrável (potencial de prontidão) que precede um ato motor livremente voluntário e totalmente endógeno foi comparada

57. LIBET, BW. Do we have free will? *Journal of Consciousness Studies* 6, n. 8-9, 1999. p. 47 e ss. Sobre isso, ver também: HILLENKAMP, Thomas. Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht. *ZStW*, 127/1, 2015, p. 17-18.

58. Conferir: ROTH, Gehard. Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe. In: GRÜN; FRIEDMAN (Hrsg.). *Entmoralisierung des Rechts*. Vandenhoeck e Ruprecht, 2008. p. 59 e ss.

59. REDEMANN, Janine. *Wie frei ist der Mensch?* Lit, 2015. p. 23; ROTH, Gehard. Wir sind determiniert. In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004. p. 219.

60. Tradução nossa, *in verbis*: “[...] die mit der Handlungsvorbereitung und – kontrolle zu tun haben” (REDEMANN, Janine. *Wie frei ist der Mensch?* Lit, 2015. p. 23).

61. Conferir: LIBET, BW. Subjective referral of the timing for a conscious sensory experience. *Brain*. 1979. p. 193 ss.

62. No original *Readiness-Potential*. LIBET, BW. Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential). *Brain*, 1983. p. 624. Sobre isso, ver: LIBET, BW. *Readiness-potentials preceding unrestricted ‘spontaneous’ vs. pre-planned voluntary acts*. 1982. p. 322.

diretamente com o tempo reportado pelo investigado para o aparecimento da experiência subjetiva do querer ou do pretender agir.⁶³

O experimento foi estruturado basicamente da seguinte forma: os voluntários deveriam se sentar confortavelmente e com os seus músculos relaxados em uma poltrona em uma sala com um observador. Os voluntários deveriam olhar fixamente para um *timer osciloscópio* – uma espécie de cronômetro em que a volta completa do ponteiro levaria 2,56 s em vez de 60 s – colocado a cerca de 1,5 m de distância na linha de visão direta. A partir disso, deveriam os probantes realizar um movimento voluntário e espontâneo com as mãos e indicar no cronômetro o momento exato em que sentiram conscientemente o impulso para o movimento desejado surgir. A atividade cerebral foi registrada pelo eletroencefalograma durante toda a sucessão de acontecimentos no experimento (*potencial de prontidão*/consciência do impulso/início do movimento corporal) e os resultados foram tabulados, comparados com a experiência subjetiva dos voluntários e ordenados em diferentes gráficos.⁶⁴

O esperado seria que o impulso da vontade consciente fosse anterior ao *potencial de prontidão* que antecede o movimento dos músculos, ou mesmo coincidissem com ele.⁶⁵ Porém, ao contrário disso, foi verificado que o *potencial de prontidão* inconsciente para o movimento era anterior à percepção do impulso da vontade pela consciência dos investigados, cerca de 550 ms de diferença. Com base nisso, concluiu Libet:

Está claro que os processos neuronais que antecedem uma ação voluntária auto-iniciada, como refletido no potencial de prontidão, ordinariamente começam substancialmente antes do que a indicação do aparecimento da intenção consciente para a realização do ato específico.⁶⁶

63. Tradução nossa, *in verbis*: “The recordable cerebral activity (readiness-potential, RP) that precedes a freely voluntary, fully endogenous motor act was directly compared with the reportable time (W) for appearance of the subjective experience of ‘wanting’ or intending to act” (LIBET, BW. Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential). *Brain*, 1983. p. 623).

64. LIBET, BW. Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential). *Brain*, 1983. p. 625 e ss.

65. HILLENKAMP, Thomas. Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht. *ZStW*, 127/1, 2015, p. 15; ROTH, Gehard. Wir sind determiniert. In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004. p. 219.

66. Tradução nossa, *in verbis*: “It is clear that neuronal processes that precede a self-initiated voluntary action, as reflected in the readiness-potential, generally begin

Isto significa que “a ação é iniciada por meio de processos não conscientes ligados ao potencial de prontidão e não por meio da vontade consciente”.⁶⁷

O experimento de Libet, por demonstrar precariedades metodológicas e não dispor da atual tecnologia neurocientífica,⁶⁸ foi repetido e muito discutido por outros autores e pelo próprio Libet nas últimas décadas.⁶⁹ Existe uma tendência atual, por parte daqueles que defendem a concepção naturalista da liberdade individual, em interpretar⁷⁰ o *potencial de prontidão* inconsciente – lançando mão a uma tecnologia mais elaborada – por meio de complexos fenômenos neuroquímicos que ocorreriam em nível cortical e que estariam ligados ao sistema límbico.⁷¹

7. O PAPEL DO SISTEMA LÍMBICO NA TOMADA DE DECISÕES (ROTH)

Segundo o neurocientista Roth, o sistema límbico é formado essencialmente pelos seguintes componentes: área tegmental ventral, hipotálamo, amígdala central, septo, tálamo e córtex pré-frontal.⁷² O sistema límbico representa o conjunto de processos biológicos neuronais que é responsável pelo armazenamento

substantially before the reported appearance of conscious intention to perform that specific act” (LIBET, BW. Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential). *Brain*, 1983. p. 635).

67. Tradução nossa, *in verbis*: “[...] dass die Handlung durch das nicht bewußtseinsfähige Bereitschaftspotential und nicht durch den bewußten Willensakt eingeleitet wird” (PAUEN, Michael; ROTH, Gehard. *Freiheit, Schuld und Verantwortung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008. p. 75).

68. ROTH, Gehard. Wir sind determiniert. In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004. p. 219.

69. Exemplos: HAGGARD; EIMER. On the relation between brain potentials and the awareness of voluntary movements. *Brain*, 1999. p. 128 e ss.; LIBET, BW. *Mind and time*. London: Harvard Press, 2004. p. 2 e ss.; LIBET, BW. The timing of mental events. *C and C*, n. 11, 2002. p. 291 e ss.; HELMRICH. Wir können auch anders: Kritik der Libet-Experimente. In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. 2004. p. 92 e ss.

70. Sobre a possibilidade de diferentes interpretações do experimento, ver: DETLEFSEN, Grischa. *Grenzen der Freiheit*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 280 e ss.

71. PAUEN, Michael; ROTH, Gehard. *Freiheit, Schuld und Verantwortung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008. p. 74; HILLENKAMP, Thomas. Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht. *ZStW*, 127/1, 2015, p. 23.

72. Sobre as principais estruturas biológicas que formam o sistema límbico, conferir: ROTH, Gehard. *Wie das Gehirn die Seele macht?* Köln: Klett Cotta, 2001. p. 4. Sobre isso, ver também: ROTH, Gehard. *Kann der Mensch sich ändern?* 2012. p. 6 e ss.

de nossas experiências e memórias emocionais. Dessa maneira, nossos “desejos, intenções, planos e, com isso, os sentimentos na consciência” são diretamente influenciados por esses processos.⁷³ Tais processos são, de fato, uma cadeia causal de efeitos que age sobre nós. Acerca da relação que se estabelece entre esses processos descritos no sistema límbico e o *potencial de prontidão*, esclarece Roth: “sobre o centro de troca do tálamo é o córtex pré-motor e o suplementar-motor de tal modo ativado que, conjuntamente com a excitação que vem do córtex pré-frontal, é capaz de construir um suficientemente alto potencial de prontidão”. A cadeia de efeitos causais neuronais se completa então com a ligação entre o *potencial de prontidão* e o movimento corporal: “isso conduz então à ativação do córtex motor piriforme até o início do movimento voluntário”.⁷⁴

O papel do sistema límbico na tomada de decisões é para Roth central. Tanto é assim que, em relação aos desejos e intenções que configuram nosso comportamento, a sucessão causal desses fenômenos neuronais inconscientes possui o privilégio “da primeira e da última palavra”. O autor resta convencido de que nosso cérebro se decide pelo comportamento cerca de 1 a 2 segundos “antes de nós percebermos conscientemente essa decisão e então querermos por nossa vontade realizar a ação”.⁷⁵ Tais afirmações vindas da neurociência nos indicam “quem ou o que pois – quando não nosso eu, quando não nós mesmos – se decide, deseja e planeja no lugar de nós. Respondendo de forma simples, é o sistema límbico”.⁷⁶

73. Tradução nossa, *in verbis*: “[...] Wünschen, Absichten, Plänen und den damit verbundenen Gefühlen im Bewußtsein [...]” (ROTH, Gehard. *Gehirn, Willensfreiheit und Verhaltensautonomie*. In: JANTZEN (Hrsg.). *Gehirn, Geschichte und Gesellschaft*. 2004. p. 30). Sobre isso, conferir também: ROTH, Gehard. *Wie das Gehirn die Seele macht?* Köln: Klett Cotta, 2001. p. 4.

74. Tradução nossa, *in verbis*: “Über die thalamischen Umschaltkerne werden dann der prämotorische und supplementärmotorische Cortex so aktiviert, dass sich zusammen mit den vom präfrontalen Cortex kommenden Erregungen ein hinreichend hohes Bereitschaftspotenzial aufbauen kann. Dieses führt dann zur Aktivierung des motorischen Cortex und über die Pyramidenbahn zur Initiierung einer Willkürbewegung” (ROTH, Gehard. *Willensfreiheit und Verhaltensautonomie*. In: JANTZEN (Hrsg.). *Gehirn, Geschichte und Gesellschaft*. 2004. p. 30-31).

75. Tradução nossa, *in verbis*: “[...] das erste und das letzte Wort hat [...] bevor wir diese Entscheidung bewusst wahrnehmen und den Willen haben, die Handlung auszuführen” (ROTH, Gehard. *Willensfreiheit und Verhaltensautonomie*. In: Jantzen (Hrsg.). *Gehirn, Geschichte und Gesellschaft*. 2004. p. 31).

76. Tradução nossa, *in verbis*: “[...] wer oder was denn – wenn nicht unser Ich, wenn nicht wir selbst – statt unser wünscht, plant und entscheidet. Es ist, verkürzt gesagt,

A partir disso, sustenta Roth, de uma forma mais sofisticada e elaborada, a confirmação do experimento de Libet. Ou seja, a anterioridade de fenômenos causais determinados e determinantes sobre as escolhas conscientes em nossas decisões e comportamentos. A sucessão de fatos que percebemos como: desejo, vontade e comportamento, não passa de uma grande ilusão, já que esses fatos envolvem uma série de fenômenos neuronais inconscientes que os determinam: “o que nós experienciamos como a concretização de nossa vontade ligada a um desejo, é apenas uma imagem consciente simplificada de incontáveis acontecimentos neurobiológicos e musculares”.⁷⁷ A ideia da autoria consciente do comportamento humano, com isso, é retratada como uma ilusão.⁷⁸ Isso significa que o homem, desde uma perspectiva naturalista externa, não é livre, mas determinado em seu comportamento por um conjunto neurobiológico sobre o qual nossa vontade consciente não tem qualquer poder.⁷⁹ Nesse quadro teórico em que prevalece uma figura de homem neurobiológica – *Homo neurobiologicus*⁸⁰ –, a noção de que o indivíduo é responsável por aquilo que ele faz não passa de um sentimento subjetivo interno e ilusório, ligado a ideia de autoatribuição que é também controlada pelo sistema límbico. A consciência da liberdade e da responsabilidade em relação a pensamentos, sentimentos e ações – “como se nós fossemos de fato os seus autores e sobre os quais nós nos sentimos responsáveis e eventualmente culpados – é para Roth apenas o reflexo de uma ilusão deixada para trás pela realidade controlada pelos neurônios”.⁸¹

das limbische System” (HILLENKAMP, Thomas. *Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht*. ZStW, 127/1, 2015, p. 23). Sobre o sistema límbico em Roth, ver também: ROTH, Gehard. *Fühlen, Denken, Handeln*. Frankfurt: Suhrkamp, 2003. p. 256.

77. Tradução nossa, *in verbis*: “Was wir also bei der willentlichen Verwirklichung eines Wunsches erleben, ist nur ein bewusstes, verkürztes Abbild der vielfältigsten neurobiologischen und muskulären Geschehnisse” (ROTH, Gehard. *Willensfreiheit und Verhaltensautonomie*. In: JANTZEN (Hrsg.). *Gehirn, Geschichte und Gesellschaft*. 2004. p. 33).

78. ROTH, Gehard. *Willensfreiheit und Verhaltensautonomie*. In: JANTZEN (Hrsg.). *Gehirn, Geschichte und Gesellschaft*. 2004. p. 33-35. Ver, também: HILLENKAMP, Thomas. *Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht*. ZStW, 127/1, 2015, p. 23-24.

79. Sobre isso, ver: ROTH, Gehard. *Willensfreiheit, Verantwortlichkeit und Verhaltensautonomie des Menschen aus Sicht der Hirnforschung*. *Festschrift für Joachim Lampe*. 2003. p. 54.

80. ROTH, Gehard. *Fühlen, Denken, Handeln*. Frankfurt: Suhrkamp, 2003. p. 560.

81. Tradução nossa, *in verbis*: “[...] als wären wir ihre Urheber und über das wir uns für unser Tun verantwortlich, ja gegebenenfalls schuldig fühlen, ist nach Roth nur der Spiegel

8. O ARGUMENTO DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE A PERSPECTIVA EXTERNA (EM TERCEIRA PESSOA) E A LIBERDADE INDIVIDUAL (SINGER)

A linha argumentativa que sustenta a incompatibilidade entre a liberdade individual e a perspectiva externa do observador,⁸² ligada aos novos achados empíricos da neurociência – o caminho incompatibilista de n. 2 anteriormente apresentado –, concentra-se de forma muito clara no pensamento do neurocientista Singer. Algumas frases e declarações do autor sobre a liberdade humana demonstram isso: (1) “ela é incompatível com aquilo que nós aprendemos sobre as funções de nossos cérebros”;⁸³ (2) “pela perspectiva em terceira pessoa, própria do modo de descrição das ciências naturais, fenômenos como este não existem”;⁸⁴ (3) “a vontade livre, ou melhor, a experiência de possuir uma tal liberdade [...] não é uma ilusão do tipo de uma alucinação, mas da perspectiva das ciências naturais resulta o fato, incompatível com a percepção pessoal, de que a vontade não pode ser livre”;⁸⁵ (4) “nós deveríamos parar de falar em liberdade”.⁸⁶

einer der neuronengesteuerten Wirklichkeit nachhinkenden Illusion” (HILLENKAMP, Thomas. *Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht*. ZStW, 127/1, 2015, p. 23). Sobre o impacto da concepção acerca do sistema límbico na ação humana, ver também: HILLENKAMP, Thomas. *Das limbische System: Der Täter hinter dem Täter?* In: HILLENKAMP (Hrsg.). *Neue Hirnforschung - Neues Strafrecht?* 2006. p. 85 e ss.

82. Sobre o observador do cérebro na neurociência (externo), em todos os seus pormenores e detalhes técnicos, conferir: SINGER, Wolf. *Der Beobachter im Gehirn*. Frankfurt: Suhrkamp, 2002. p. 144 e ss.
83. Tradução nossa, *in verbis*: “[...] sie ist inkompatibel mit dem, was wir über die Funktionen unserer Gehirne gelernt haben” (SINGER, Wolf. *Ein neues Menschenbild?* Frankfurt: Suhrkamp, 2003. p. 13).
84. Tradução nossa, *in verbis*: “In der Dritte-Person-Perspektive der naturwissenschaftlichen Beschreibungsweise existieren diese Phänomene nicht” (SINGER, Wolf. *Ein neues Menschenbild?* Frankfurt: Suhrkamp, 2003. p. 25).
85. Tradução nossa, *in verbis*: “Der freie Wille, oder besser, die Erfahrung, einen solchen zu haben [...] ist sie also keine Illusion, wie etwa eine Halluzination. Aber aus Sicht der Naturwissenschaft ergibt sich die mit der Selbstwahrnehmung unvereinbare Schlussfolgerung, dass der Wille nicht frei sein kann” (SINGER, Wolf. *Ein neues Menschenbild?* Frankfurt: Suhrkamp, 2003. p. 58-59).
86. Tradução nossa, *in verbis*: “Wir sollten aufhören, von Freiheit zu sprechen” (SINGER, Wolf. *Verschaltungen legen uns fest*. In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004. p. 30). Sobre a impossibilidade da liberdade desde uma perspectiva neurocientífica, ver também: SINGER, Wolf. *Keiner kann anders als er ist*. FAZ, 2004. p. 33.

Considerando que Singer compreende a liberdade individual como fruto de uma experiência subjetiva interna,⁸⁷ o argumento da incompatibilidade entre os recentes resultados da neurociência e a noção de liberdade individual pode ser percebido em seu modelo de fundamentação como uma consequência direta da incompatibilidade entre a perspectiva em primeira pessoa (subjetiva) e a perspectiva em terceira pessoa (objetiva).⁸⁸ Isso quer dizer que no pensamento incompatibilista do autor a negação da liberdade individual, por meio de processos neuronais deterministas,⁸⁹ encontra sua raiz na secular oposição metodológica entre ciências do espírito e ciências naturais.

Sustenta-se que Singer fica preso em uma visão dicotômica de mundo e de homem que não lhe permite desenvolver a perspectiva em segunda pessoa – a perspectiva intersubjetiva. O autor concentra todos os seus esforços na análise da contraposição entre a perspectiva interna (subjetiva/metafísica) e a externa (objetiva/empírico-naturalista), não reconhecendo outro caminho na significação da liberdade individual. O autor afirma que a liberdade individual seria uma construção cultural (claro, incompatível com a concepção naturalista),⁹⁰ mas não oferece meios para uma construção propriamente intersubjetiva de seu significado, já que suas ponderações oscilam sempre entre a perspectiva em primeira pessoa e a perspectiva em terceira pessoa.

Quando o processo comunicativo aparece ligado ao significado da liberdade e da individualidade, ele surge como uma mera comparação de experiências internas – algo próximo ao que ocorre em Welzel⁹¹ – e não como o fruto de uma relação intersubjetiva a partir da qual tais fenômenos ganham o seu significado pela experiência comunicacional: “eu sei que você sabe o que eu sei”.

87. SINGER, Wolf. *Ein neues Menschenbild?* Frankfurt: Suhrkamp, 2003. p. 24-25 e 50.

88. Conferir: SINGER, Wolf. *Verschaltungen legen uns fest*. In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004. p. 34 e ss.; SINGER, Wolf. *Zum Problem der Willensfreiheit*. In: RAINER ROSENZWEIG (Hrsg.). *Sinneskanäle, Hirnwindungen und Grenzen der Wahrnehmung*. 2009. p. 233 e ss. Sobre a temática, ver também: HARDEGGER, J. *Willenssache*. Lit, 2009. p. 80-81.

89. Sobre isso, as palavras do autor: “[...] considerando que todos os comportamentos estão assentados sobre funções cerebrais e que com isso estão submetidos a leis deterministas ligadas a processos físico-químicos [...]”. Tradução nossa, *in verbis*: “[...] dass alles Verhalten auf Hirnfunktionen beruht und somit den deterministischen Gesetzen physiko-chemischer Prozesse unterworfen ist [...]” (SINGER, Wolf. *Verschaltungen legen uns fest*. In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004. p. 37).

90. SINGER, Wolf. *Ein neues Menschenbild?* Frankfurt: Suhrkamp, 2003. p. 13.

91. WELZEL, H. *Das deutsche Strafrecht*. Berlin: Gruyter, 1969. p. 152-153.

Aqui a experiência de liberdade permanece subjetiva e anterior ao “diálogo entre os cérebros”.⁹² O que é comunicado é uma experiência interna já vivida e pressuposta no outro porque o outro é igual a mim. É a experiência interna (subjetiva) de liberdade que sustenta o diálogo entre os cérebros e não a relação intersubjetiva entre os *sujeitos* que sustenta a experiência de liberdade – caminho que este autor pressupõe. Isso ocorre em Singer justamente porque ele trabalha apenas com duas realidades: a de dentro e a de fora do indivíduo, não desenvolvendo suficientemente a realidade que se coloca entre os indivíduos, não entre cérebros, não entre a soma de objetos observáveis pela neurociência que é forjada pela evolução biológica, mas entre *sujeitos* autônomos que só são autônomos porque se comunicam e estão em comunidade – nesse caso a experiência intersubjetiva é constitutiva da experiência de liberdade individual em uma linguagem em segunda pessoa.

A principal consequência do privilégio cognitivo da perspectiva externa defendido por essa concepção naturalista incompatibilista no plano epistemológico, sobre o plano ético em que a culpabilidade jurídico-penal se move, é para Singer a insustentabilidade do direito penal da culpabilidade, pressupondo o autor um verdadeiro direito da medida de segurança ligado à noção de periculosidade: “Eu acredito que nós vamos desistir do conceito de culpa e censura. A nova proposta é a que a sociedade simplesmente precisa se proteger dos fora-da-lei, independentemente da questão da culpabilidade”.⁹³

A concepção neurocientífica de Singer, ao negar a liberdade individual, nega também a culpabilidade jurídico-penal, que não pode mais ser sustentada como um centro normativo autônomo de legitimidade e limites da intervenção criminal, já que o juízo de culpabilidade teria que recair sobre as funções neuronais que determinam nosso comportamento e não mais sobre o sujeito.⁹⁴

92. Tradução nossa, *in verbis*: “Dialog zwischen Gehirnen [...] ich weiß, dass du weißt, was ich weiß” (SINGER, Wolf. *Ein neues Menschenbild?* Frankfurt: Suhrkamp, 2003. p. 58).

93. Tradução nossa, *in verbis*: “Ich glaube, wir werden vom Schuld-und-Sühne-Konzept abkommen. Die neue Lesart wird sein, dass die Gesellschaft sich einfach von ihren Outlaws schützen muss – unabhängig von der schwer zu beantwortenden Schuldfrage” (SINGER, Wolf. *Ein neues Menschenbild?* Frankfurt: Suhrkamp, 2003. p. 51). Sobre isso e sobre a falta de escolha do homem que comete um ilícito, neste quadro, ver também: SINGER, Wolf. Wann und warum erscheinen uns Entscheidungen als frei? Ein Nachtrag. In: Krüger. *Hirn als Subjekt?*. Berlin: Gruyter, 2007. p. 135 e ss.

94. SINGER, Wolf. Zum Problem der Willensfreiheit. In: Rainer ROSENZWEIG (Hrsg.). *Sinneskanäle, Hirnwindungen und Grenzen der Wahrnehmung*. 2009. p. 233.

9. A BUSCA POR UMA COMPATIBILIDADE ENTRE O *NEURODETERMINISMO* DA PERSPECTIVA EXTERNA E UM MÍNIMO DE LIBERDADE INDIVIDUAL NATURALISTA

Existe um grupo de atuais autores influenciados pelo movimento neurocientífico que defende uma concepção naturalista da liberdade individual – na qual os pressupostos do *neurodeterminismo* são aceitos – e, ao mesmo tempo, sustenta a possibilidade da responsabilidade subjetiva e da culpabilidade jurídico-penal. Tais autores refutam, em sua grande maioria, a ideia da possibilidade de uma escolha alternativa da vontade frente ao ilícito-típico – a liberdade da vontade como *poder-de-agir-de-outra-maneira* –, mas trabalham, porém, com um mínimo de liberdade individual naturalista (uma ideia fraca de autodeterminação) que acreditam ser suficiente para a manutenção do direito penal da liberdade e da culpabilidade. Serão aqui analisados os seguintes autores, que seguem, em linhas gerais, o caminho de n. 3 anteriormente delimitado: Pauen e Libet, por sua *teoria do veto*.

10. LIBERDADE E AUTODETERMINAÇÃO EM PAUEN

O principal objetivo da tese compatibilista de Pauen é desenvolver uma teoria da liberdade individual que, iluminada por uma espécie de *naturalismo esclarecido*, permita a verificação do fenômeno pelo método empírico característico da neurociência.⁹⁵ Para tanto, desenvolve o autor uma noção de autodeterminação que acredita ser compatível com a atual tese *neurodeterminista*: um conceito minimalista de liberdade individual que encontra sua raiz no paradigma causal-determinista: “também uma ação determinada pode ser livre, caso ela seja determinada pela própria pessoa”.⁹⁶

95. Tal declaração apreze de forma muito clara na obra produzida em coautoria com Roth, embora a intenção compatibilista de Pauen já tenha sido defendida anteriormente e continue a ser defendida em trabalhos posteriores. Sobre isso, conferir: PAUEN, Michael; ROTH, Gerhard. *Freiheit, Schuld und Verantwortung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008. p. 9 e 165; PAUEN, Michael. *Illusion Freiheit?* Frankfurt: S. Fischer Verlag, 2005. p. 38 e ss.; PAUEN, Michael; WELZER, H. *Autonomie*. Frankfurt: S. Fischer, 2015. p. 33 e ss.

96. Tradução nossa, *in verbis*: “Auch eine determinierte Handlung kann frei sein, sofern sie durch die Person determiniert ist” (PAUEN, Michael; ROTH, Gerhard. *Freiheit, Schuld und Verantwortung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008. p. 133). Conferir, também: p. 7 e ss.

O autor sustenta então a tese de que o indeterminismo representaria uma perda de liberdade e não um ganho, pois vincularia a realização da ação humana ao acaso e não ao sujeito. É evidente que aqueles que defendem o indeterminismo ligado à liberdade humana acreditam que a ação é determinada, de algum modo, por um elemento da subjetividade humana. Essa razão determinista é da própria constituição da ideia indeterminista da liberdade e sua realização: o indivíduo possui a liberdade e a capacidade de (auto)determinar sua ação de acordo com sua vontade e a determinação da ação é impulsionada justamente pela indeterminação que nasce no sujeito. A atribuição por parte de Pauen de um indeterminismo radical relacionado ao caos e ao acaso à teoria tradicional da liberdade (a teoria filosófica da perspectiva interna), na qual a ação seria totalmente incondicionada e, portanto, não poderia ser atribuída ao sujeito,⁹⁷ representa um argumento retórico e arbitrário do autor que não procede. Um olhar atento à teoria ontológica de Welzel mostra isso. A concepção filosófica do autor não pressupõe a indeterminação total, nem tampouco a possibilidade de escolhas infinitas, mas pressupõe a indeterminação da vontade que, claro, por sua vez, determina e condiciona a ação humana ligada ao fato.⁹⁸

Entende-se que com seu modelo argumentativo Pauen obscurece a questão e se esquia do verdadeiro debate com a perspectiva interna que contrapõe. O ponto de tensão que se estabelece entre a perspectiva interna e a externa não está em saber se um elemento da subjetividade humana determina e condiciona a ação ou não e sim em saber se tal elemento é ele também determinado pelas leis naturais ou, ao contrário, goza do signo da possibilidade e da indeterminação. Defende-se que a contraposição fundamental que se coloca entre a construção de Pauen e a dita teoria tradicional radica no fato de que o elemento de indeterminação, que determina a ação, não é para o autor a vontade ligada ao fato – como ocorre, por exemplo, em Welzel –, mas sim a personalidade ligada a preferências, desejos e características pessoais. Isto significa, como se demonstrará a seguir, que Pauen apenas desloca o elemento de indeterminação para um momento pretérito de constituição da personalidade, conceito que passa a assumir um papel central no processo de responsabilização para ele, a exemplo do que ocorre também com Figueiredo Dias, já nos quadros da concepção ontológica.⁹⁹

97. PAUEN, Michael; ROTH, Gerhard. *Freiheit, Schuld und Verantwortung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008. p. 10 e ss.

98. WELZEL, H. *Das deutsche Strafrecht*. Berlin: Gruyter, 1969. p. 145-146.

99. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade, culpa, direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 155-156.

O caminho compatibilista percorrido por Pauen para construir seu conceito minimalista de autodeterminação pessoal – de liberdade individual – encontra guarida em dois princípios fundamentais: (1) autonomia – o princípio da autonomia está ligado ao fato de que a ação não pode estar condicionada totalmente à coação e/ou à coerção de circunstâncias externas: “está claro que quando a ação é realizada dessa maneira ela não poderia, de modo algum, ser compreendida por nós como livre”;¹⁰⁰ (2) autoria – a noção de autoria guarda relação em Pauen com o vínculo que se estabelece entre a ação e a personalidade. Enquanto o princípio da autonomia se opõe à coação externa, o princípio da autoria se opõe à coincidência e ao acaso. A ação não deve ser atribuída ao acaso, mas sim aos elementos que configuram a personalidade do agente e que ligam o agir à personalidade.¹⁰¹ É exatamente nesse ponto que se encontra o argumento determinista de Pauen, na oposição ao acaso: “tentativas de alcançar ou aumentar a liberdade por meio de um abandono da ideia de determinação ofendem, em regra, o princípio da autoria”.¹⁰²

O conceito minimalista de autodeterminação se opõe tanto à noção de liberdade da vontade como possibilidade de escolhas alternativas ligadas a fatos,¹⁰³ como à noção de que o sujeito pode ser considerado o último responsável pela cadeia causal que ele autonomamente inicia – *causa sui*.¹⁰⁴ O argumento da existência de escolhas alternativas fundadas no objetivo final da ação, que o sujeito colocaria para si próprio, é retratado por Pauen como um flerte com o acaso: “a interpretação da exigência de possibilidades alternativas para a ação é errada porque ela pressupõe uma verdadeira escolha entre duas possibilidades onde em realidade impera o acaso”.¹⁰⁵ Com isso, Pauen defende que a ideia da

100. Tradução nossa, *in verbis*: “Doch Wenn eine Handlung auf diese Weise zustande gekommen ist, dann würden wir sie in keinem Falle mehr als frei bezeichnen” (PAUEN, Michael. *Illusion Freiheit?* Frankfurt: S. Fischer Verlag, 2005. p. 61).

101. Acerca de uma reconstrução do conceito minimalista de Pauen, conferir: DETLEFSEN, Grischa. *Grenzen der Freiheit*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 73 e ss.

102. Tradução nossa, *in verbis*: “Versuche, Freiheit durch eine Aufhebung der Determination zu steigern, verletzen in der Regel das Prinzip der Urheberschaft” (PAUEN, Michael. *Illusion Freiheit?* Frankfurt: S. Fischer Verlag, 2005. p. 60).

103. PAUEN, Michael; ROTH, Gerhard. *Freiheit, Schuld und Verantwortung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008. p. 49 e ss.

104. DETLEFSEN, Grischa. *Grenzen der Freiheit*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 73.

105. Tradução nossa, *in verbis*: “[...] dass die vorliegende Interpretation der Forderung nach alternativen Handlungsmöglichkeiten unzutreffend ist, weil sie eine echte Wahl

liberdade da vontade como alternativa de escolhas, diante de ações e fatos, ao contrário de promover a liberdade, a anula, impedindo a realização do segundo princípio, o da autoria. O que o autor parece não perceber em tal linha argumentativa é que existe um sujeito que indetermina a liberdade da vontade: a indeterminação ligada à possibilidade de escolhas alternativas é determinada por um sujeito – o sujeito determina a ação por meio de sua vontade e não o acaso.

Considerando que o primeiro princípio (autonomia) que configura o conceito de autodeterminação aqui desenvolvido é meramente negativo, a possibilidade de encontrar um elemento positivo no conceito de liberdade de Pauen exige ainda uma análise mais apurada do segundo princípio (autoria). O princípio da autoria é centrado na noção de personalidade: é a personalidade que controla a ação voluntária e é ela que vincula a ação ao sujeito. É também o conceito de personalidade, nesse contexto, que possibilita a ponte com o *neurodeterminismo*, ao passo em que a personalidade representaria o produto de sofisticadas redes neuronais e fenômenos bioquímicos.¹⁰⁶

Até aqui, chegamos à seguinte equação: uma ação é livre quando não é produto de uma coação externa e, ao mesmo tempo, quando ela pode ser atribuída à personalidade do sujeito, às suas características pessoais que determinam os processos neuronais que, por sua vez, determinam o comportamento. O cérebro se decide pelo comportamento de acordo com as *preferências pessoais* que ao longo da história do sujeito forjaram sua personalidade, fazendo com que se construa o pensamento de que o indivíduo não pode agir de forma diferente nas situações fáticas porque ele está condicionado por sua própria personalidade a agir daquela maneira. Tais *preferências pessoais*, que configuram o cerne da personalidade, são para Pauen configuradas por desejos, convencimentos e características íntimas que fazem o sujeito ser quem ele de fato é.

Além de se registrar que o conceito de *preferências pessoais* desenvolvido pelo autor é um conceito claramente normativo, que se afasta da empiria naturalista, é preciso ainda dizer que ele carrega uma carga de indeterminação – ligada ao sujeito por detrás das preferências – que não pode ser explicada pelo *neurodeterminismo*: as características pessoais constitutivas da personalidade

zwischen zwei Alternativen dort unterstellt, wo in Wirklichkeit der Zufall regiert” (PAUEN, Michael; ROTH, Gerhard. *Freiheit, Schuld und Verantwortung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008. p. 50).

106. PAUEN, Michael; ROTH, Gerhard. *Freiheit, Schuld und Verantwortung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008. p. 105 e ss. Sobre o papel do cérebro na formação da consciência do eu, instrutivo: METZINGER, Thomas. *The ego tunnel*. 2009. p. 1 e ss.

devem ser produto de escolhas livres do sujeito, estando sob o seu controle e não sob o controle das leis naturais. Do contrário, não caberia falar em autoria, mas sim em um evento natural em que as *preferências pessoais* que determinam a vontade, que, por sua vez, determina a ação, seriam também fruto de determinações ligadas às leis naturais, não havendo espaço para o sujeito. Pauen enfrenta essa questão e sustenta que para dissolver a aporia bastaria que a liberdade de escolha sobre as próprias características estivesse em estado latente: “importaria apenas se uma pessoa poderia abandonar uma preferência quando ela decidisse abandonar”.¹⁰⁷ De fato, isto significa claramente um *poder-de-escolher-preferências-pessoais-de-outra-maneira*. Ao estabelecer, uma vez mais, o conceito de *preferências pessoais*, o autor demonstra isso claramente: “preferências pessoais se distinguem pelo fato de que uma pessoa as possui mesmo quando ela poderia ter escolhido de forma efetiva contra elas”.¹⁰⁸

Concluindo a análise do compatibilismo desse autor, as seguintes questões se deixam perceber: (1) de um lado, Pauen permanece ancorado a uma noção de liberdade meramente formal e negativa, própria da concepção naturalista; (2) de outro lado, ele efetua uma quebra normativa que não pode ser explicada pelo *neurodeterminismo*. O *neurodeterminismo* explica que processos neuronais ligados à personalidade humana determinam a vontade que, por sua vez, determina a ação, não podendo o sujeito agir de outra maneira na situação fática. Porém, não explica o fenômeno da indeterminação do sujeito que tem a capacidade de *poder-escolher-preferências-pessoais-de-outra-maneira*: trata-se de uma realidade regida pelo signo da possibilidade e não pelo signo da causalidade, que não é elucidada pelo *neurodeterminismo*. Defende-se aqui que o autor, a exemplo do que ocorre com outros compatibilistas naturalistas, apenas desloca o elemento de indeterminação – onde o sujeito se diferencia da natureza – para um ponto pretérito, abrindo espaço para uma margem de compatibilidade com a neurociência na cadeia causal dos fenômenos que culminam na ação, mas não atingindo a indeterminação do sujeito por detrás

107. Tradução nossa, *in verbis*: “[...] muß man nur verlangen, dass die Einstellungen mögliche Gegenstände wirksamer freier Entscheidungen sind [...] Es kommt also darauf an, ob die Person eine Präferenz aufgeben kann, wenn sie sich entscheidet, sie aufzugeben” (PAUEN, Michael; ROTH, Gerhard. *Freiheit, Schuld und Verantwortung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008. p. 36).

108. Tradução nossa, *in verbis*: “Personale Präferenzen ihrerseits zeichnen sich dadurch aus, daß eine Person sie besitzt, obwohl sie sich wirksam gegen sie entscheiden könnte” (PAUEN, Michael; ROTH, Gerhard. *Freiheit, Schuld und Verantwortung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008. p. 46).

dessa cadeia (no caso, por detrás das *preferências pessoais*): Pauen apenas retira o sujeito detrás da vontade e o coloca atrás das ditas *preferências pessoais*, o que não só não resolve a aporia da liberdade individual como cria outros problemas ligados ao direito penal do autor.

11. A TEORIA DO VETO DE LIBET

Na qualidade de neurocientista que não duvida da força do *eu* e da autonomia do espírito – um dualista como se viu –, Libet se questiona, diante de seus experimentos, se a consciência representaria de fato um fenômeno totalmente secundário em relação aos processos neuronais inconscientes nas tomadas de decisões que tocam o comportamento humano.¹⁰⁹ O autor indaga então qual seria o papel desempenhado pela vontade consciente nesses processos: “existe algum papel para a vontade consciente?”.¹¹⁰

Na busca por uma evidência empírica do papel da consciência na autonomia da vontade, Libet está convencido de que apesar da vontade consciente surgir apenas depois do *potencial de prontidão* inconsciente, haveria ainda um lapso temporal de aproximadamente 100 a 200 ms entre o momento em que a vontade se torna consciente e o início do movimento corporal,¹¹¹ de modo que no decorrer desse intervalo seria a consciência capaz de confirmar ou vetar a cadeia causal neurobiológica que leva ao movimento corporal: “a vontade consciente poderia decidir permitir o processo volitivo até ele estar completo, relutando no ato motor. Ou, a vontade consciente poderia bloquear ou vetar esse processo, não havendo mais o ato motor”.¹¹² Isto significa que mesmo não podendo desejar o comportamento em si, a vontade consciente poderia

109. Sobre tal questionamento, ver: DETLEFSEN, Grischa. *Grenzen der Freiheit*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 295.

110. Tradução nossa, *in verbis*: “Gibt es irgendeine Rolle für den bewußten Willen?” (LIBET, BW. Haben wir einen freien Willen? In: GEYER (Hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*. 2004. p. 276). Tal pergunta de Libet permanece, em verdade, até os dias de hoje aberta na neurociência: MAGRABI. Die Wiederentdeckung des Willens. In: AYAN (Hrsg.). *Rätsel Mensch*. Berlin: Springer, 2017. p. 204.

111. Conferir: LIBET, BW. *Mind and time*. London: Harvard Press, 2004. p. 136 e ss. Ver, também: RUSKE, Alexander. *Ohne Schuld und Sühne*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. p. 185.

112. Tradução nossa, *in verbis*: “The conscious will could decide to allow the volitional process to go to completion, resulting in the motor act itself. Or, the conscious will could block or veto the process, so that no motor act occurs” (LIBET, BW. *Mind and time*. London: Harvard Press, 2004. p. 138).

influenciar os processos inconscientes já iniciados, confirmando-os ou não, podendo então vetá-los.¹¹³

A possibilidade de tal veto da vontade consciente sobre os processos neuronais seria para Libet uma realidade incontestável, sendo sua existência demonstrada em experimentos realizados sobre manifestações patológicas em ambiente controlado bem como em experiências de nosso dia a dia.¹¹⁴ O questionamento que o próprio Libet levanta, entretanto, é se o veto consciente não teria a sua origem igualmente em processos neuronais inconscientes, estando também a eles submetido.¹¹⁵ A sua resposta é que não, defendendo o autor que “o veto consciente não exige necessariamente processos inconscientes, nem deles resulta diretamente”.¹¹⁶ O controle da consciência teria a característica de ser relativamente independente dos processos neuronais inconscientes no que diz respeito à possibilidade do veto. Dito de forma simples: nós não teríamos a liberdade de escolher a ação e o fato, mas teríamos a liberdade de confirmar ou não a escolha de nosso cérebro pela ação e pelo fato.¹¹⁷

Entende-se que com essa construção Libet introduz nitidamente um elemento de indeterminação na cadeia causal neurobiológica que leva ao comportamento humano. Acredita-se que tal elemento de indeterminação possa ser interpretado basicamente de duas maneiras: (1) o elemento de indeterminação fundamenta a liberdade da vontade, mas não é coerente com a metodologia da concepção naturalista.¹¹⁸ Libet sobrepõe dois níveis de vontade diferentes em que uma seria determinada pelos processos neuronais e a outra – a liberdade do veto e/ou do controle do primeiro nível – gozaria da liberdade da consciência. Nesse caso, estaríamos diante de uma verdadeira liberdade da vontade – de uma capacidade de *poder-de-agir-de-outra-maneira* em que o controle último do

113. LIBET, BW. Haben wir einen freien Willen? In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. 2004. p. 277 e 282.

114. LIBET, BW. Haben wir einen freien Willen? In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. 2004. p. 277-278; LIBET, BW. *Mind and time*. London: Harvard Press, 2004. p. 136 e ss.

115. LIBET, BW. *Mind and time*. London: Harvard Press, 2004. p. 145 e ss.

116. Tradução nossa, *in verbis*: “[...] dass das bewusste Veto keine unbewussten Prozesse erfordert oder deren direktes Resultat ist” (LIBET, BW. Haben wir einen freien Willen? In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. 2004. p. 279).

117. Conferir: LIBET, BW. Haben wir einen freien Willen? In: GEYER (Hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*. 2004. p. 282 e s.

118. Sobre isso, ver: RUSKE, Alexander. *Ohne Schuld und Sühne*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. p. 186.

comportamento pertenceria à vontade consciente. O problema dessa primeira interpretação é que Libet não dá conta de esclarecer a existência do elemento de indeterminação dentro dos quadros teóricos da concepção naturalista,¹¹⁹ de modo que os experimentos que demonstram a existência do veto estariam ligados também a experiências vividas em primeira pessoa.¹²⁰ Poderia se questionar, por exemplo, como se estabeleceria a relação entre tal elemento de indeterminação da consciência e os processos neuronais que obedecem às leis naturais, essencialmente deterministas. O elemento de indeterminação estaria muito mais para uma pressuposição metafísica como ocorre com a pretensão ontológica, do que para uma evidência empírica demonstrada pelas ciências naturais, ao passo em que toda problemática da demonstração empírica da liberdade da vontade teria apenas saltado do primeiro nível para o segundo. Em relação ao problema da fundamentação da culpabilidade jurídico-penal nada mudaria nesse caso; (2) O elemento de indeterminação é muito fraco para sustentar uma liberdade da vontade ligada ao fato. A liberdade consciente de vetar os processos neuronais que levam ao comportamento não pode ser considerada propriamente uma liberdade da vontade e da escolha pelo fato. Não poderia ser dito nesse caso que o fato no mundo exterior é causado pela vontade consciente do indivíduo, já que desejar algo e impedir algo que já foi desejado inconscientemente não são realidades que se equivalem.¹²¹ Estaríamos diante de um conceito de liberdade muito fraco – lembrando a vontade sem conteúdo de v. Liszt¹²² – que não seria capaz de servir como alicerce para o juízo normativo de censura jurídico-penal que se coloca em face do ilícito-típico, nada mudando no debate que envolve seus fundamentos.¹²³

119. RUSKE, Alexander. *Ohne Schuld und Sühne*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. p. 186.

120. Sobre isso, ver: HILLENKAMP, Thomas. Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht. ZStW, 127/1, 2015, p. 18.

121. Sobre o conceito fraco de liberdade em Libet, Ruske sustenta: “[...] os experimentos de Libet demonstram apenas a possibilidade de interromper uma ação, não demonstram a possibilidade de sobrepor a liberdade consciente frente aos processos inconscientes que dão início à ação”. Tradução nossa, *in verbis*: “Auch das, von Libet angeführte, Experiment führt nicht wirklich weiter, es wird damit nur die Möglichkeit bewiesen, eine Handlung geplant abzubrechen, nicht aber eine unterbewusst eingeleitete Handlung entgegen diesen unterbewussten Prozessen bewusst zu unterbinden” (RUSKE, Alexander. *Ohne Schuld und Sühne*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. p. 186).

122. V. LISZT. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 2. Auf. Berlin: Gruyter, 1884. p. 105.

123. Ao contrário do que sustentamos, defende Libet que seu conceito de liberdade seria suficiente sim para fundamentar juízos éticos ligados a fatos. LIBET, BW. Haben wir einen freien Willen? In: GEYER (Hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*. 2004. p. 282.

12. REFLEXÕES SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PENAI E CRIMINOLÓGICAS DO *NEURODETERMINISMO*: DEFESA SOCIAL, PERICULOSIDADE E DIREITO PENAL DO AUTOR

Embora o princípio da culpabilidade – *nulla poena sine culpa* – seja considerado um postulado constitucional decisivo na constituição do Estado Social e Democrático de Direito e na promoção da dignidade da pessoa humana, pelo qual a violência estatal fica condicionada à existência da culpabilidade pessoal do agente que causa o ilícito-típico, a concepção naturalista traz como consequência, como já pode ser observado, o abandono desse princípio. Não havendo a liberdade de autodeterminação da decisão individual em face do ilícito-típico – um conceito forte de liberdade individual no qual exista de fato a possibilidade de uma escolha alternativa entre o fato lícito e o ilícito de acordo com a vontade pessoal do indivíduo que age –, não há que se falar mais em princípio da culpabilidade como censura pessoal pelo comportamento ilícito-típico.

Diante disso, o *neurodeterminismo* encontra argumentos alternativos ao princípio em tela, ligados sempre à ideia de defesa social, de periculosidade e de culpabilidade pela personalidade ou pelo próprio caráter. Tais argumentos, no entanto, culminam invariavelmente ou em um direito penal da mera prevenção especial – um direito da medida de segurança como regra – ou em um direito penal do autor, enfraquecendo e/ou anulando assim a categoria da culpabilidade normativa pelo ilícito-típico e contrariando claramente as orientações constitucionais no que diz respeito à legitimidade e aos limites do direito penal bem como à figura de homem pressuposta pelo Estado Social e Democrático de Direito. A recente decisão proferida no Tribunal Constitucional Alemão sobre o tema mostra isso claramente:

O princípio da culpabilidade – o *nulla poena sine culpa* – pressupõe necessariamente a auto-responsabilidade ou responsabilidade própria do homem que determina o seu próprio comportamento e que de acordo com sua própria liberdade da vontade pode se decidir entre o lícito e o ilícito. A proteção da dignidade da pessoa humana está ligada a uma representação de homem como entidade ético-espiritual que se autodetermina em liberdade. Por isso determina o art. 1 da Constituição Alemã que [...] toda punição exige culpabilidade [...] Com a pena é o agente censurado por um comportamento que representa uma transgressão ético-social.¹²⁴

124. Tradução nossa, *in verbis*: “Der Grundsatz „Keine Strafe ohne Schuld“ (*nulla poena sine culpa*) setzt die Eigenverantwortung des Menschen voraus, der sein Handeln selbst

O abandono do princípio da culpabilidade – a substituição da ideia de culpabilidade pessoal pela de periculosidade – nos leva a um cenário em que o fundamento da intervenção criminal resta submetido apenas aos interesses e finalidades preventivas da sociedade, que pretende se proteger do perigo¹²⁵ representado pelo indivíduo: “se a pena não encontrar mais fundamento na culpabilidade, resta apenas a proteção e a prevenção da coletividade como sua finalidade”. Os perigos de tal assimetria entre direitos e garantias individuais e a proteção dos interesses do grupo são graves e evidentes, já que “a necessidade de proteção da coletividade pode variar muito de acordo com determinadas situações sociais e o clima político”.¹²⁶ De fato, frente a uma figura de homem determinista, o questionamento em nível normativo acerca da legitimidade e dos limites da intervenção criminal resta enfraquecido: a punição fica condicionada ao sentimento de medo e de ódio em face de determinado indivíduo (ou grupo de indivíduos) sobre o qual paira o estigma da periculosidade, sem falar nos interesses políticos que podem influenciar tendenciosamente o juízo de periculosidade – exemplos de arbitrariedades nesse sentido não faltam na história recente do direito penal.

Nessa linha, levanta então Klaus Günther a seguinte ponderação: “se a pena não servir mais para a proteção da mesma liberdade (noção de autodetermina-

bestimmt und sich kraft seiner Willensfreiheit zwischen Recht und Unrecht entscheiden kann. Dem Schutz der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, sich in Freiheit selbst zu bestimmen und zu entfalten. Deshalb bestimmt Art. 1 Abs. 1 GG auf dem Gebiet der Strafrechtspflege die Auffassung vom Wesen der Strafe und dem Verhältnis von Schuld und Sühne sowie den Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt. Mit der Strafe wird dem Täter ein sozialetisches Fehlverhalten vorgeworfen” (Decisão do Senado n. 2 – Entscheidung des 2. Senats vom 15.12.2015, 2 BvR 2735/14). Fica registrado que infelizmente nosso STF não tratou desse tema.

125. Sobre a noção de periculosidade, sua imprecisão e seus efeitos de estigmatização, conferir: ANDRÉS-PUEYO. *Peligrosidad criminal*. In: CRESPO; CALATAYUD (Org.). *Neurociencias y derecho penal*. Buenos Aires: BdeF, 2013. p. 483 e ss. Ver, também: KRAUTH, S. *Die Hirnforschung und der gefährliche Mensch*. Westfälisches Dampfboot, 2008. p. 134 e ss. Sobre uma alegoria na literatura nacional sobre as consequências nefastas de um processo higienista ligado ao signo do doente e/ou do perigoso, ver: MACHADO DE ASSIS. *O Alienista*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.
126. Tradução nossa, *in verbis*: “Würde sich die Strafe nicht mehr auf Schuld gründen, bliebe nur noch der Schutz der Allgemeinheit als Strafzweck [...] Die Schutzbedürfnisse der Allgemeinheit können zudem je nach gesellschaftlicher Lage und politischem Klima sehr verschiedenen sein [...]” (GÜNTHER, Klaus. *Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff*. KJ 2. 2006. p. 130).

ção anulada pela neurociência), que é assegurada juridicamente, qual finalidade permanece?”. A resposta do autor no que tange a um direito penal que deixa de lado o princípio da culpabilidade é uma contundente crítica à concepção naturalista:

[...] permanece apenas um interesse de sobrevivência da maioria sobre a minoria – da maioria de cérebros sobre a minoria de cérebros [...] pena ou medida de segurança contra cérebros perigosos seria um meio de luta contra a existência [...] justo seria apenas o direito do mais forte.¹²⁷

A relação entre as ciências naturais e o conceito de periculosidade que sustenta o paradigma ideológico da defesa social na criminologia e no direito penal não é nova, antes encontra apenas uma roupagem mais moderna e tecnológica no *neurodeterminismo*, assim como também ocorre com as pesquisas relacionadas à genética humana.¹²⁸ Ao sustentar o incompatibilismo dos achados da neurociência com a noção de autodeterminação, autores como Singer e Roth transformam a ideia de medida de segurança, que deve ser a exceção no Estado Social e Democrático de Direito, em regra, retomando assim a ideologia da escola positivista italiana do final do século XIX, que avançou também pelo século XX.¹²⁹ O compatibilismo de Pauen, de outro lado, também se aproxima dessa corrente, claramente ligada ao direito penal do autor, já que ao defender uma ideia minimalista de autodeterminação, na qual a liberdade do sujeito está ligada apenas a escolhas sobre si mesmo e não a ações e fatos, o autor substitui o binômio vontade/ilícito pelo binômio personalidade/ilícito, fazendo com que

127. Tradução nossa, *in verbis*: “Wenn die Strafe nicht mehr dem Schutz rechtlich gesicherter gleicher Freiheit dient – welche Zwecke bleiben dann noch übrig? [...] bliebe nur das nackte Überlebensinteresse einer Mehrheit gegenüber einer Minderheit (genauer: einer Mehrheit von Gehirnen gegen eine Minderheit von Gehirnen) [...] Strafe oder eine sichernde Maßnahme gegen gefährliche wäre dann nicht anders als ein Mittel im Kampf ums Dasein [...] gerecht wäre das Recht des Stärkeren” (GÜNTHER, Klaus. *Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff*. KJ 2. 2006. p. 130-131).

128. Sobre a relação entre pesquisas genéticas e direito penal, ver: ERLINGER, R. *Strafrechtliche Grenzen genetischer Untersuchungen*. In: DIERKS; WIENKE; EBERBACH; SCHMIDTKE; LIPPERT (Hrsg.). *Genetische Untersuchungen und Persönlichkeit*. Springer, 2003. p. 71 e ss. Sobre a relação entre genética e processo penal, ver: FELIX, Yuri; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Novas tecnologias de prova no processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

129. Sobre tal movimento teórico na criminologia, conferir: BARATTA, A. *Criminologia critica e critica del diritto penale*. Bologna: il Mulino, 1982. p. 30 e ss. Ver também: SBRICCOLI, M. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Tomo I. 1972/2007. p. 549 e ss.

a responsabilidade recaia sobre o agente pelo que ele é – pelas escolhas e *preferências pessoais* que configuram a sua personalidade – e não pelo que ele faz.¹³⁰

A exemplo do que ocorreu com v. Liszt e do que ocorre com o atual *neurodeterminismo*, os italianos Lombroso,¹³¹ Ferri¹³² e Garofalo¹³³ pretendiam se livrar de postulados metafísicos e/ou transcendentais e se orientar pelo conhecimento empírico ligado ao signo da causalidade: “os acontecimentos causais deveriam determinar não apenas o mundo externo, a estrutura social e as relações sociais, mas também aqueles movimentos individuais do espírito humano”.¹³⁴ Dessa maneira, entretanto, também a liberdade individual é anulada, concentrando-se os fundamentos da punição na prevenção especial e na defesa social em face do indivíduo que é significado pelo grupo como perigoso e temido:

O livre-arbítrio é negado. A fisio-psicologia positiva destrói o fundamento do livre-arbítrio e da liberdade moral [...] se trata aqui de uma mera ilusão [...] o critério da pena se mede pela temibilidade do delinquente [...] a prevenção assume um papel central.¹³⁵

Assim como ocorre com a escola positivista, o *neurodeterminismo* não aceita a proposição central de que o crime é causado pela indeterminação da vontade

130. PAUEN, Michael; ROTH, Gehard. *Freiheit, Schuld und Verantwortung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008. p. 22 e ss.

131. Lombroso utilizou o método empírico-indutivo das ciências naturais para desenvolver uma antropologia criminal na qual são levadas em conta características morfológicas/biológicas para uma classificação do agente. LOMBROSO, C. *L'uomo delinquente*. Torino: Fratelli Bocca, 1897. p. 2 e ss.

132. Ferri procurou desenvolver ligações entre o conceito biológico de evolução darwinista e aspectos da vida social. FERRI, E. *Socialismo e scienza positiva*. Roma: Casa Italiana, 1894. p. 129 e ss. Sobre isso, ver também: GRETENER, Xavier. Ursprung und Bedeutung der soziologischen Schule des Strafrechts. *Festschrift für Binding*. 1911. p. 469 e ss.

133. GAROFALO, B. R. *Di un criterio positivo della penalità*. L. Vallardi, 1880. p. 2 e ss.

134. Tradução nossa, *in verbis*: “Diese kausalen Geschehensabläufe sollten nicht nur die äußere Welt, die gesellschaftlichen Strukturen und sozialen Verhältnisse bestimmen, sondern auch jede individuelle Einzelregung des menschlichen Geistes” (RUSKE, Alexander. *Ohne Schuld und Sühne*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. p. 22).

135. Tradução nossa, *in verbis*: “Il libero arbitrio viene negato. La fisio-psicologia positiva, si dice, ha tolto ogni fondamento alla fiducia nel libero arbitrio e nella libertà morale. Si tratta di semplici illusioni che vengono dall'osservazioni psicologia soggettiva. [...] Il criterio della pena si misura sulla temibilità del delinquente [...] La prevenzione assume un ruolo primario [...]” (SBRICCOLI, M. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Tomo I. 1972/2007. p. 550).

do agente que livremente determina seu comportamento e se decide pelo ilícito-típico, buscando explicações causais de ordem físico-biológicas ligadas à constituição do sujeito para tanto. Se na concepção funcionalista a assimetria entre interesses individuais e interesses do grupo se dá pela via da prevenção geral, na concepção naturalista é a prevenção especial que assume esse papel central, de modo que os maiores riscos da visão determinista de homem para o Estado Social e Democrático de Direito são os seguintes: (1) o sujeito que comete um delito é etiquetado como um anormal e o método empírico-indutivo próprio do determinismo cria uma classe de indivíduos ontologicamente diferente dos demais. O argumento da diferença ontológica entre seres humanos está relacionado ao direito penal de estados totalitários e também ao racismo;¹³⁶ (2) o indivíduo é responsabilizado criminalmente pelo que ele é, pelas características de sua personalidade e não por uma escolha que ele faz em relação ao ilícito-típico, já que o mesmo não possui a capacidade de se decidir ou não livremente pelo ilícito-típico de acordo com sua vontade. O argumento da culpabilidade pela personalidade, que conduz a um direito penal

136. Nessa linha, Klaus Gunther se questiona se não seria o *neurodeterminismo*, com sua noção de periculosidade – que substitui a ideia de culpabilidade e de responsabilidade pessoal –, um instrumento adequado para uma ideologia racista. O autor relembra então casos de abusos nesse sentido na histórica recente do direito penal. Conferir: GÜNTHER, Klaus. *Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff*. KJ 2, 2006. p. 130. Vale registrar, também, que a diferença ontológica entre seres humanos é objeto de crítica pela teoria do etiquetamento, que está bastante ligada, da mesma forma, a crítica do processo pelo qual se dá a atribuição do *status* de perigoso e/ou de criminoso pelo grupo. Sobre isso, conferir: BECKER, H.S. *Outsiders*. Free Press, 1963. p. 5 e ss.; BARATTA, A. *Criminologia critica e critica del diritto penale*. Bologna: Il Mulino, 1982. p. 30 e ss. Também Foucault sustenta uma ligação crítica entre a ideologia da defesa social e a ideologia racista. Tal crítica é certa no direito penal quando o criminoso é considerado portador de características neurobiológicas anormais e/ou possuidor de uma personalidade desviante que explica e determina a ação ilícita-típica: “Nós temos que defender a sociedade contra todos os perigos biológicos dessa outra raça, essa sub-raça [...] A temática racista aparece nesse momento não mais como um instrumento de luta de um grupo social contra o outro, mas como estratégia global interna de conservadorismo social”. Tradução nossa, *in verbis*: “Nous avons à défendre la société contre tous les périls biologiques de cette autre race, de cette sous-race [...] La thématique raciste va, à ce moment-là, non plus apparaître comme instrument de lutte d’un groupe social contre un autre, mais elle va servir à la stratégie globale des conservatismes sociaux” (FOUCAULT, M. *Il faut défendre la société*. 1975/1976. *Cours du 21 janvier*. 1976.) Na mesma direção, ver as obras do autor: FOUCAULT, M. *La société punitive*. Ehes, 1972/1973; FOUCAULT, M. *Surveiller et punir*. Paris, 1976.

do autor, também está relacionado a orientações ideológicas que se afastam bastante do Estado Social e Democrático de Direito, em que o agente é punido pelas escolhas íntimas que faz sobre seu próprio *ser*, por suas preferências religiosas, culturais e afetivas, enfim, por suas *preferências pessoais*;¹³⁷ (3) não havendo de fato liberdade de autodeterminação de acordo com a vontade pessoal do indivíduo não há Estado Social e Democrático de Direito. A noção de autodeterminação e/ou de liberdade individual representa um dos postulados centrais na edificação do Estado Social e Democrático de Direito, que por meio do asseguramento e da promoção dos direitos fundamentais deve garantir sua concretização. Ao sustentar uma figura de homem que não é capaz de autodeterminar seu comportamento de acordo com sua vontade, o *neurodeterminismo* retira o fundamento e impede a concretização do princípio mais básico do Estado Social e Democrático de Direito: a liberdade individual (um conceito forte de liberdade que pressupõe a capacidade de escolhas conscientes diante de ações e fatos). Sem tal conceito, não há como imaginarmos atitudes básicas que o Estado Social e Democrático de Direito exige de seus membros, como proferir uma decisão judicial, votar, participar de um processo legislativo etc. Em verdade, um conceito fraco de liberdade individual produz não só a negação e/ou o enfraquecimento da culpabilidade jurídico-penal, mas a negação do próprio Estado Social e Democrático de Direito.¹³⁸

13. CONCLUSÕES

Do que foi neste artigo desenvolvido em relação aos recentes achados da neurociência sobre a liberdade individual, em nível metadogmático, e seus efeitos sobre a culpabilidade jurídico-penal, em nível dogmático – o *neurodeterminismo* e suas consequências na legitimidade e nos limites da intervenção criminal –, acredita-se que os seguintes pontos foram conquistados:

(a) Uma realidade que se deixa ser descrita pela empiria naturalista, que resta submetida às leis naturais e que se encontra sob o paradigma da determinação e da causalidade – um fato natural – não pode ser objeto de um postulado normativo. O argumento para essa afirmação é simples e objetivo:

137. Sobre isso, em uma visão crítica e alertando sobre os riscos de uma nova criminologia biológica fundada no *neurodeterminismo*, conferir: KRAUTH, S. *Die Hirnforschung und der gefährliche Mensch*. Westfälisches Dampfboot, 2008. p. 112 e ss.

138. No sentido de que a concepção naturalista da liberdade individual retira o sentido de todo o ordenamento jurídico, conferir: GÜNTHER, Klaus. *Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff*. KJ 2, 2006. p. 116-117.

normatividade pressupõe subjetividade e com ela uma realidade que se encontra sob o signo da indeterminação e da possibilidade. A intenção de ligar um postulado normativo a uma entidade da natureza encontra barreiras epistemológicas, éticas e lógicas intransponíveis no abismo que se coloca entre o fato natural (*ser da natureza*) e o *dever ser* pressuposto pelo direito penal.

(b) A perspectiva objetivo-externa (em terceira pessoa) da neurociência nega a liberdade individual e também a subjetividade humana – que se encontram invariavelmente sob o signo da possibilidade e da probabilidade –, já que ao se tornar objeto da empiria naturalista essas realidades se misturam ao *ser da natureza*, sendo por ele determinadas e controladas.

(c) A principal consequência do *neurodeterminismo* para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal é um *déficit de normatividade* em relação ao ilícito-típico: “se nossas escolhas e ações são totalmente determinadas por processos causais neuronais, não há espaço para liberdade da vontade. Se a vontade não é livre, não há como um agente ser responsável pelo fato ilícito”¹³⁹ – não há como censurar um fato natural. A culpabilidade, se houver na concepção naturalista, ou não será normativa ou irá reprovar invariavelmente a própria personalidade e não a ação ilícita-típica. Não podendo sustentar a culpabilidade pelo ilícito-típico como um centro normativo autônomo de legitimidade e limites da intervenção criminal, a concepção naturalista abandona o princípio *nulla poena sine culpa* e trabalha com alternativas inconstitucionais e contrárias ao Estado Social e Democrático de Direito tais como: direito penal do autor, medida de segurança como regra, culpabilidade pelo próprio caráter ou pela personalidade, responsabilidade objetiva e a consequente sobreposição da ideologia da defesa social sobre as garantias e interesses do indivíduo,

139. Tradução nossa, *in verbis*: “Wenn unsere Entscheidungen und Handlungen durch neurologische Prozesse kausal vollständig vorherbestimmt sind, bleibe für die Willensfreiheit keine Raum – und wenn der Wille nicht frei ist, dann könne ein Täter für eine Straftat auch nicht verantwortlich sein [...]” (GÜNTHER, Klaus. *Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff*. KJ 2, 2006. p. 116.) No mesmo sentido: “Em nível de processos neuronais não possui a vontade experienciada subjetivamente entretanto qualquer função [...] Sendo tal premissa da função de iniciativa da vontade aniquilada, anula-se então também a ponte que uma imputação normativa da vontade humana deve possibilitar [...]”. Tradução nossa, *in verbis*: “Auf der Ebene neuronaler Prozesse hat der subjektiv erlebte Wille jedoch keine Funktion [...] Wird auf die Prämisse einer solchen Initiativfunktion des Willens verzichtet, dann entfällt aber auch die Brücke, die eine normative Zurechnung zum menschlichen Willen ermöglichen soll [...]” (DETLEFSEN, Grischa. *Grenzen der Freiheit*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 336).

que é significado pelo grupo como anormal e/ou perigoso. Ao anular e/ou negar a liberdade individual, o *neurodeterminismo* nega também a possibilidade de um direito penal da liberdade, de um direito penal adequado ao Estado Social e Democrático de Direito. Um conceito de liberdade individual fraco representa, necessariamente, legitimidade e limites fracos frente à intervenção criminal – representa um conceito de Estado também fraco, em que os interesses da sociedade se sobrepõem aos interesses do próprio Estado, que inclui o indivíduo.

(d) Em termos dogmáticos mais estritos e práticos, o *neurodeterminismo* apresenta as seguintes insuficiências: (1) não oferece um conceito de liberdade positivo que permita legitimar a responsabilidade pessoal pelo ilícito-típico em termos gerais. A liberdade individual meramente formal e negativa é uma característica inerente à concepção naturalista. Em uma análise sobre as teorias que pertencem a esse modelo explicativo de liberdade individual, Honneth sustenta: “em nenhum desses casos é a liberdade do indivíduo suficiente para permitir que o mesmo coloque para si próprio a finalidade do que ele quer realizar no mundo [...]. Ao contrário disso, o conceito de liberdade negativa é retirado da libertação externa da ação, já que a finalidade da ação permanece submetida ao jogo das forças causais” – a finalidade do comportamento é atribuída a elementos causais de natureza interna que precedem a consciência do *eu*,¹⁴⁰ (2) em que pese a empiria naturalista possa vir a auxiliar na identificação de patologias que venham a orientar o juízo de imputabilidade (desde que passe, claro, por um filtro normativo), ela não é capaz de explicar qualquer excludente de culpabilidade de natureza não empírica, como a inexigibilidade de conduta diversa, os elementos não empíricos da imputabilidade e o estado de necessidade desculpante; (3) já fora do espaço da culpabilidade, mas a ele intimamente ligado, não é capaz tal modelo de explicar a culpa em sentido estrito e nem mesmo o dolo como fenômenos ligados à vontade do sujeito. Noções essenciais para o direito penal e constituidoras de tipos jurídico-penais, como: *animus necandi*, *deanimus furandi*, *animus laedendi*, *animus fraudandi* etc., seriam não mais do que fenômenos neurobiológicos determinados por processos cerebrais e não o fruto de decisões pessoais do agente.

140. Tradução nossa, *in verbis*: “In keinem dieser Fälle reicht die Freiheit des Individuums bis in das Vermögen hinein, sich selbst die Zwecke zu setzen, die es in der Welt realisieren will [...] hebt der Begriff der negativen Freiheit vollkommen auf die „äußere“ Befreiung der Handlung ab, während deren Ziele dem Spiel kausal wirkender Kräfte überlassen bleiben” (HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2011. p. 57).

14. REFERÊNCIAS

- ANDRÉS-PUEYO. Peligrosidad criminal. In: CRESPO; CALATAYUD (Org.). *Neurociencias y derecho penal*. Buenos Aires: BdeF, 2013.
- BARATTA, A. *Criminologia critica e critica del diritto penale*. Bologna: Il Mulino, 1982.
- BECKER, H.S. *Outsiders*. Free Press, 1963.
- BEREITHER; HASLER; STRASSER. 9 Ideen für eine bessere Neurowissenschaft. In: AYAN (Hrsg.). *Rätsel Mensch*. 2017.
- BREITSAMETER, Christof. *Freiheit und Schuldfähigkeit*. Münster: Aschendorff, 2011.
- BRÖCKERS, Boris. *Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit*. Baden-Baden: Nomos, 2015.
- BUONICORE, Bruno Tadeu. Liberdade e reconhecimento: contributo ao estudo da fundamentação da culpabilidade – Reflexões iniciais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 127, 2017.
- BURKHARDT, B. Freiheitsbewusstsein und strafrechtliche Schuld. In: SCHITTENHELM; SCHUMANN; ESER (Hrsg.). *Festschrift für Theodor Lenckner*. 1998.
- BURKHARDT, B. Und sie bewegt uns doch. *Das Magazin* 2, 2003.
- BUSATO, Paulo César. *Neurociência e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014.
- CASSIERER, Ernst. *Determinismus und Indeterminismus in der modernen Physik*. Hamburg: Meiner, 2004.
- DAS MANIFEST. Elf führende Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung. *Gehirn und Geist*. 2004.
- DEECKE. Ist Geist neurophysiologisch fassbar?. In: F. PESCHL; BATTHYANY (Hrsg.). *Geist als Ursache?* Würzburg: Königshausen, 2008.
- DETLEFSEN, Grischa. *Grenzen der Freiheit*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.
- DREHER, Eduard. *Willensfreiheit*. München: C.H. Beck Verlag, 1987.
- ERLINGER, R. Strafrechtliche Grenzen genetischer Untersuchungen. In: DIERKS; WIENKE; EBERBACH; SCHMIDTKE; LIPPERT (Hrsg.). *Genetische Untersuchungen und Persönlichkeit*. Springer, 2003.
- ESER, Albin. Zur Entwicklung von Maßregeln. *Festschrift für Heinz Müller-Dietz*. 2001.
- FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- FARIA COSTA, José Francisco de. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

- FELIX, Yuri; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Novas tecnologias de prova no processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- FERRI, E. *Socialismo e scienza positiva*. Roma: Casa Italiana, 1894.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade, culpa, direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- FOUCAULT, M. Il faut défendre la société. 1975/1976. *Cours du 21 janvier*. 1976.
- FOUCAULT, M. *La société punitive*. Ehes, 1972/1973.
- FOUCAULT, M. *Surveiller et punir*. Paris: 1976.
- FREUD, S. *Das Ich und das Es*. 1923.
- FRISCH, W. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung. ZStW, 102/2, 1990.
- FRISCH, W. Zur Zukunft des Schuldstrafrechts. *Festschrift für Kühl*. 2014.
- GAROFALO, B. R. *Di un criterio positivo della penality*. L.Vallardi, 1880.
- GERLACH, Stefan. *Wie ist Freiheit möglich?* Marburg: A. Francke Verlag, 2010.
- GRETENER, Xavier. Ursprung und Bedeutung der soziologischen Schule des Strafrechts. *Festschrift für Binding*. 1911.
- GÜNTHER, Klaus. Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff. KJ 2. 2006.
- GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit*. Frankfurt: Klostermann, 2005.
- GÜNTHER, Klaus. *Verantwortlich für die eigene Tat?*. 2005.
- HAGGARD; EIMER. On the relation between brain potentials and the awareness of voluntary movements. *Brain*, 1999.
- HARDEGGER, J. *Willenssache*. Lit, 2009.
- HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. München: C.H. Beck Verlag, 1990.
- HELD, Carsten. Drei Desiderata für eine empirische Wissenschaft vom Bewusstsein. In: F. PESCHL; BATTHYANY (Hrsg.). *Geist als Ursache?* Würzburg: Königshausen, 2008.
- HELLER, Karl. *Ernst Mach – Wegbereiter der modernen Physik*. Wien: Springer, 1964.
- HELMRICH. Wir können auch anders: Kritik der Libet-Experimente. In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. 2004.
- HILLENKAMP, Thomas. Das limbische System: Der Täter hinter dem Täter? In: HILLENKAMP (Hrsg.). *Neue Hirnforschung - Neues Strafrecht?*. 2006.
- HILLENKAMP, Thomas. Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht. ZStW, 127/1, 2015.

- HIRSCH. Zur gegenwärtigen deutschen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht. *ZIS* 2. 2010
- HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2011.
- JÄGER. Willensfreiheit, Kausalität und Determination. *GA H.1*. 2013.
- JANICH, P. *Kein neues Menschenbild*. Frankfurt: Suhrkamp, 2009.
- KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*. 1787.
- KORIATH, Heinz. *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
- KRAUTH, S. *Die Hirnforschung und der gefährliche Mensch*. Westfälisches Dampfboot, 2008.
- LIBET, BW. Haben wir einen freien Willen? In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. 2004.
- LIBET, BW. Do we have free will? *Journal of Consciousness Studies* 6. n. 8-9. 1999.
- LIBET, BW. *Mind and time*. London: Harvard Press, 2004.
- LIBET, BW. *Readiness-potentials preceding unrestricted 'spontaneous' vs. pre-planned voluntary acts*. 1982.
- LIBET, BW. Subjective referral of the timing for a conscious sensory experience. *Brain*. 1979.
- LIBET, BW. Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential). *Brain*, 1983.
- LIBET, BW. The timing of mental events. *C and C*, n. 11, 2002.
- LLOMPART, Jose. *Dichotomisierung in der Theorie und Philosophie des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.
- LOMBROSO, C. *Luomo delinquente*. Torino: Fratelli Bocca, 1897.
- LÜDERSEN. Ändert die Hirnforschung das Strafrecht? In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. 2004.
- MACHADO DE ASSIS. *O Alienista*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.
- MAGRABI. Die Wiederentdeckung des Willens. In: AYAN (Hrsg.). *Rätsel Mensch*. Berlin: Springer, 2017.
- MELDEN, A. Freie Handlungen. In: Beckermann (Hrsg.). *Analytische Handlungstheorie*. Band I, 1985.
- MERKEL, Grischa; ROTH, Gehard. Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe. In: GRÜN; FRIEDMAN (Hrsg.). *Entmoralisierung des Rechts*. Vandenhoeck e Ruprecht, 2008.
- MERKEL, Grischa; ROTH, Gehard. Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe. In: GRÜN; FRIEDMAN (Hrsg.). *Entmoralisierung des Rechts*. Göttingen: Vandenhoeck e Ruprecht, 2008.

- MERKEL. Nuevas intervenciones en el cerebro. In: CRESPO; CALATAYUD (Org.). *Neurociencias y derecho penal*. 2013.
- METZINGER, Thomas. *The ego tunnel*. 2009.
- MÖLLERS, Christoph. *Die Möglichkeit der Normen*. Frankfurt: Suhrkamp, 2015.
- NOË. Interview – Wir suchen an der falschen Stelle. *Gehirn und Geist*, n. 2, 2015.
- OESER. Die beiden Grundproblemen der Neurophilosophie. In: F. PESCHL; BATTHYANY (Hrsg.). *Geist als Ursache?* Würzburg: Königshausen, 2008.
- PAUEN, Michael; ROTH, Gehard. *Freiheit, Schuld und Verantwortung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008.
- PAUEN, Michael; WELZER, H. *Autonomie*. Frankfurt: S. Fischer, 2015.
- PAUEN, Michael. *Illusion Freiheit?* Frankfurt: S. Fischer Verlag, 2005.
- PRINZ, Wolfgang. Kritik des freien Willens. In: Lukas (Hrsg.). *Wie frei ist unser Wille*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004.
- REDEMANN, Janine. *Wie frei ist der Mensch?*. Lit, 2015.
- REDEMANN, Janine. *Wie frei ist der Mensch?*. Lit, 2015.
- REICH, J. Zum Kausalitätsprinzip in der Biologie. In: HEILINGER (Hrsg.). *Naturgeschichte der Freiheit*. Berlin: Walter de Gruyter, 2007.
- RÖDER, Briggite. Wenn das Gehirn sich formen lässt. In: MADEJA; JUNG (Hrsg.). *Hirnforschung*. 2016.
- ROTH, Gehard. Erkenntnis und Realität. In: SCHMIDT (Hrsg.). *Der Diskurs des radikalen Konstruktivismus*. 1994.
- ROTH, Gehard. Einführung. *Gehirn und Bewußtsein*. 1994.
- ROTH, Gehard. Das Ich ist nicht der „Herr im Hause“. *Das Magazin* 3, 2001.
- ROTH, Gehard. *Wie das Gehirn die Seele macht?*. Köln: Klett Cotta, 2001.
- ROTH, Gehard. *Wie das Gehirn die Seele macht?*. Köln: Klett Cotta, 2001.
- ROTH, Gehard. *Fühlen, Denken, Handeln*. Frankfurt: Suhrkamp, 2003.
- ROTH, Gehard. Willensfreiheit, Verantwortlichkeit und Verhaltensautonomie des Menschen aus Sicht der Hirnforschung. *Festschrift für Joachim Lampe*. 2003.
- ROTH, Gehard. Gehirn, Willensfreiheit und Verhaltensautonomie. In: Jantzen (Hrsg.). *Gehirn, Geschichte und Gesellschaft*. 2004.
- ROTH, Gehard. Willensfreiheit und Verhaltensautonomie. In: Jantzen (Hrsg.). *Gehirn, Geschichte und Gesellschaft*. 2004.
- ROTH, Gehard. Wir sind determiniert. In: Geyer (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004.
- ROTH, Gehard. Worüber dürfen Hirnforscher reden?. In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. 2004.

- ROTH, Gehard. Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe. In: GRÜN; FRIEDMAN (Hrsg.). *Entmoralisierung des Rechts*. Vandenhoeck e Ruprecht, 2008.
- ROTH, Gehard. *Kann der Mensch sich ändern?*. 2012. p. 06 e ss.
- RUSKE, Alexander. *Ohne Schuld und Sühne*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010.
- SBRICCOLI, M. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Tomo I. 1972/2007.
- SCHIEMANN, A. Risiken und Nebenwirkungen der Hirnforschung. In: GRÜN; FRIEDMAN (Hrsg.). *Entmoralisierung des Rechts*. Göttingen: Vandenhoeck e Ruprecht, 2008.
- SCHÖNECKER, Dieter. *Kants Begriff transzendentaler und praktischer Freiheit*. Berlin: De Gruyter, 2005.
- SINGER, Wolf. *Der Beobachter im Gehirn*. Frankfurt: Suhrkamp, 2002.
- SINGER, Wolf. *Ein neues Menschenbild?* Frankfurt: Suhrkamp, 2003.
- SINGER, Wolf. Keiner kann anders als er ist. *FAZ*. 2004.
- SINGER, Wolf. Verschaltungen legen uns fest. In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004.
- SINGER, Wolf. Verschaltungen legen uns fest. In: GEYER (Hrsg.). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004.
- SINGER, Wolf. Wann und warum erscheinen uns Entscheidungen als frei? Ein Nachtrag. In: Krüger. *Hirn als Subjekt?*. Berlin: Gruyter, 2007.
- SINGER, Wolf. Zum Problem der Willensfreiheit. In: RAINER ROSENZWEIG (Hrsg.). *Sinneskanäle, Hirnwindungen und Grenzen der Wahrnehmung*. 2009.
- STADLER, Michael. Der freie Wille, die Zeit und die Verantwortlichkeit. In: HEILINGER (Hrsg.). *Naturgeschichte der Freiheit*. Berlin: Walter de Gruyter, 2007.
- STRENG, Franz. Hirnforschung. In: Duttge (Hrsg.). *Das Ich und sein Gehirn*. Göttingen: Universitätsverlag, 2009.
- V. LISZT. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 2. Auf. Berlin: Gruyter, 1884.
- VÁZQUEZ, Ramos. La pregunta por la libertad de acción. In: CRESPO; CALATAYUD (Org.). *Neurociencias y derecho penal*. Buenos Aires: BdeF, 2013.
- WALTER. Hirnforschung und Schuldbegriff. *Festschrift für Schroeder*. 2006.
- WEGNER, Daniel. *The illusion of conscious*. Cambridge, 2002.
- WEISSER. Ist das Konzept strafrechtlicher Schuld nach § 20 StGB durch die Erkenntnisse der Neurowissenschaften widerlegt?. *GA H.1*. 2013.
- WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. Berlin: Gruyter, 1969.
- WINGERT. In: SINGER. *Ein neues Menschenbild?*. Frankfurt: Suhrkamp, 2003.
- WULFF, Agnes. *Die Existenziale Schuld*. Berlin: Lit, 2008.
- WÜRFEL. *Freiheit als Grundlage der Schuld*. Frankfurt: Peter Lang, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- A medida de segurança como a pior opção: por que os neurocientistas não devem dizer sobre como punir?, de Regina Geni Amorim Juncal – *RBCCrim* 130/399-426 (DTR\2017\666);
- Liberdade da vontade, neurociência e culpabilidade, de Maria Luiza Gorga e Guilherme Lobo Marchioni – *RBCCrim* 114/99-129 (DTR\2015\9160); e
- Notas sobre o neurodireito penal e a neurocriminologia, de Jéssica Ferracioli – *RBCCrim* 132/17-37 (DTR\2017\1423).

O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE E A INELEGIBILIDADE POR CONDENAÇÃO CRIMINAL

THE LEX CERTA PRINCIPLE AND INELEGIBILITY CAUSED BY CRIMINAL CONVICTION

OCTAVIO AUGUSTO DA SILVA ORZARI

Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo – USP. Pós-graduado em Ciência Política pela Universidade de Brasília – UnB. Pós-graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca. Professor voluntário de prática penal na UnB. Advogado de carreira do Senado Federal.
octavio.orzari@gmail.com

Recebido em: 01.05.2017

Aprovado em: 09.07.2017

Última versão do autor: 08.11.2017

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual; Eleitoral

RESUMO: O artigo trata do princípio da taxatividade e sua aplicação à atividade legislativa e ao tema da inelegibilidade por condenação criminal. Contempla pesquisa sobre os debates legislativos que levaram à ampliação do rol de crimes que geram a inelegibilidade e sobre a ausência de exposição e fundamentação dos critérios para a nova redação da inelegibilidade por condenação criminal dada pela Lei Complementar 135/10 – Lei da Ficha Limpa. Registra as dificuldades doutrinárias e jurisprudenciais para a delimitação dos crimes que geram inelegibilidade aos condenados e constata, a partir de exemplos do novo dispositivo, que tal imprecisão interpretativa foi agravada com a nova redação trazida pela Lei da Ficha Limpa. Traz ponderações acerca da necessária observância da taxatividade em tema de imbricação de normas penais incriminadoras e restrições a direitos políticos.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da taxatividade – Lei da Ficha Limpa – Processo legislativo – Inelegibilidades – Consequência do delito.

ABSTRACT: The article deals with the *lex certa* principle and its application in the legislative process and in the ineligibility caused by criminal conviction. Contemplates research about legislative discussions that led to the increase of the list of crimes that cause ineligibility and the absence of demonstration and fundamentation of the criteria for the legal text change given by the Complementary Law 135/10. The article also points out the jurisprudential and doctrinal difficulties in delimiting the exactly crimes which cause the ineligibility and verifies that such interpretive imprecision has been aggravated by Complementary Law 135/10. Points out considerations about the necessary observance of the *lex certa* in such legal theme which links criminal rules and limitations of political rights.

KEYWORDS: *Lex certa* principle – Complementary Law 135/10 – Legislative process – Ineligibility – Crime consequence.

SUMÁRIO: 1. *Lex certa*: atividade legislativa e segurança jurídica. 2. A inelegibilidade por condenação criminal e rol de crimes: debates legislativos. 3. O rol de crimes da inelegibilidade: uma nova categoria de delitos. 4. A referência a outros crimes em uma consequência do delito. 4.1. Dificuldades doutrinárias quanto à taxatividade na Lei das Inelegibilidades. 4.2. Dificuldades jurisprudenciais na Lei das Inelegibilidades. 5. Lei da Ficha Limpa e crimes contra o meio ambiente: exemplo de potencial ofensa à taxatividade. 6. Considerações conclusivas. 7. Referências bibliográficas.

1. *LEX CERTA*: ATIVIDADE LEGISLATIVA E SEGURANÇA JURÍDICA

A norma da alínea *e* do inciso I do art. 1º da LC 64/90, com a redação da LC 135/10, estabelece relação entre o Direito Penal e o Direito Eleitoral, na medida em que versa sobre uma causa de inelegibilidade decorrente de uma condenação criminal.¹⁻²

Sabe-se que o Direito Penal é regido pelo princípio da legalidade, do qual defluem algumas consequências, entre elas a necessidade de que o tipo penal incriminador observe a taxatividade ou *lex certa*, derivada do *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. A taxatividade-determinação, essencial em um ramo do Direito que tanto impacta na liberdade, preconiza que as normas devem ser

-
1. A Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, chamada de Lei das Inelegibilidades, foi alterada pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, apelidada de Lei da Ficha Limpa. Segundo a nova redação do art. 1º, I, *e*:

São inelegíveis para qualquer cargo: os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando.

2. Em voto no Recurso Ordinário 1697-95, do Tribunal Superior Eleitoral, publicado na sessão de 02.12.2010, asseverou o ministro Marco Aurélio Mello: “reafirmo o que tenho sustentado quanto à Lei Complementar 135/2010, quer sob o ângulo da anterioridade – artigo 16 da Constituição Federal –, quer quanto à retroação, com o reforço de que, no caso, a alínea ‘e’ muito embora discipline questão eleitoral, possui contornos de lei penal, ao emprestar consequências a um ato reputado como crime”.

prescritas com a máxima clareza de modo a minimizar eventuais dúvidas interpretativas, sendo, por conseguinte, vedadas incriminações vagas e imprecisas.³

Assim, os destinatários da norma teriam condições de saber, com maior precisão, o alcance da restrição e a delimitação da ação estatal persecutória, de modo a se realizar a função de comunicação e motivadora da norma, inibindo-se condutas criminosas (caráter de prevenção geral negativa da sanção penal, embora seja questionável e de difícil mensuração a efetiva capacidade de influência da norma sobre os comportamentos), e de modo a se concretizar papel orientador e pedagógico da norma penal. Com a implementação da taxatividade, ainda, perfazer-se-ia a função-garantia do tipo penal, que congrega as demais funções da tipicidade atribuídas pela doutrina (de comunicação, motivadora, dogmática e sistemática) em prol da concretização dogmática do princípio da legalidade.⁴

O princípio da taxatividade anuncia a exigência de segurança jurídica do Estado democrático constitucional e deve irradiar efeitos sobre toda a atuação estatal, notadamente sobre a atividade de produção de normas, desenvolvida preponderantemente pelo Poder Legislativo.

Cuida-se de princípio que tem o legislador com um de seus destinatários⁵ e, como consequência, normas que geram repercussões sobre a liberdade do

3. O princípio da legalidade, que já tinha referências embrionárias na Magna Carta de 1215, na *Bill of Rights* das colônias inglesas norte-americanas e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, é sintetizado na expressão cunhada por Feuerbach no início do século XIX: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta e certa*.

A elaboração do princípio da legalidade, que constou do Código Bávaro de 1813, redigido por Feuerbach, teve relação, juntamente com o liberalismo político de que seu autor era precursor com vistas à limitação do poder estatal, com a teoria da coação psicológica de Feuerbach. Por tal teoria, o delinquente potencial ficaria inibido de praticar conduta cuja punibilidade esteja prevista em lei, ou seja, deixaria de praticar o delito por entendê-lo não vantajoso (ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução do direito penal e ao direito processual penal*. Trad. Eugênio Pacelli de Oliveira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 67).

4. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e o princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 85, jul.-ago. 2010. p. 219-235.

5. “O princípio diz respeito à técnica de elaboração da lei penal, que deve ser suficientemente clara e precisa na formulação do conteúdo do tipo legal e no estabelecimento da sanção para que exista real segurança jurídica” (LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. São Paulo: RT, 1999. p. 83).

indivíduo – seja por uma imputação penal, administrativa, política, eleitoral, trabalhista etc. – devem ser as mais exatas possíveis e transmitir segurança e previsibilidade.

É de se esperar, portanto, que uma regra que verse sobre inelegibilidade, tal qual a alínea *e* do inciso I do art. 1º da LC 64/90 (que, ademais, reúne aspectos de Direito Penal), observe a nitidez necessária à cidadania em homenagem à taxatividade e à estrita legalidade.

Muñoz Conde e García Arán, referindo-se aos tipos penais incriminadores e a seus elementos objetivos, explicam a relação da taxatividade e da segurança jurídica ao ponderarem que “La exigencia de clara *determinación* de las conductas punibles se expresa en el denominado *principio de taxatividad* o mandato de certeza, cuyo cumplimiento plantea uno de los problemas más áridos del manejo correcto de la técnica legislativa”.⁶ Registram que o Tribunal Constitucional espanhol afirmou que a taxatividade é uma exigência dos princípios da legalidade e da segurança jurídica (Sentença 62/1982), ao passo que reconhecem a dificuldade do legislador para filtrar os fenômenos da vida real e transcrevê-los em elementos integradores do tipo penal. O reconhecimento dessa dificuldade se dá, por exemplo, segundo os autores, com o termo “violência” do delito de roubo, cuja amplitude – quase impossível de se evitar – não ofende a taxatividade.

Miguel Reale Júnior apresenta reflexão sobre a vagueza da linguagem e o modo pelo qual tal característica da comunicação pode causar imprecisões nos textos que sintetizam normas jurídicas. Sem olvidar da imanente vagueza linguística, salienta que a taxatividade reclama ao legislador que evite, na construção dos tipos penais, a utilização de elementos normativos de ordem cultural e extrajurídicos que demandem a valoração por parte do intérprete. Observa, ademais, citando Luigi Ferrajoli, que figuras típicas elásticas abrem espaço para arbitrariedades,⁷ observação que possivelmente não se aplica so-

6. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 105-106.

7. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 35-39. Citando Marinucci e Dolcini (*Corso de diritto penale*. Turim: Giuffrè, 2001. p. 150), afirma o autor que a imprecisão no texto pode decorrer, entre outros aspectos, das fórmulas de “compromisso encontradas no Parlamento para superar o desencontro de opiniões, transferindo-se ao juiz a tarefa de definir o significado da norma” (REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., p. 39). Preocupado com a “reação anti-iluminista” que estaria se proliferando no campo penal, ressalta Luigi Ferrajoli que a função garantista da legalidade estrita “reside no fato de que os delitos estejam

mente às figuras incriminadoras, mas também àquelas que versem sobre ilícitos administrativos e eleitorais.

Sobre a determinação ou precisão dos pressupostos da punibilidade, preleciona Roxin que:

Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para um reproche de culpabilidad.⁸

Nota-se que a taxatividade decorrente do princípio da legalidade é preponderantemente estudada no âmbito da doutrina de Direito Penal, mas, por ser dirigida ao legislador, pode e deve informar toda a técnica legislativa, ou legística, sem se restringir à descrição abstrata de condutas tipificadas como delitos.⁹

Assim, a futura norma discutida política e juridicamente nas casas legislativas, seja de um ramo do Direito que se tenha convencionado delimitar como administrativo, eleitoral ou penal, deve se pautar pela preocupação com a sua aplicação e com uma eventual transferência da vontade do legislador para a vontade do administrador ou do julgador, o que acarreta consequências ao campo da segurança jurídica e ao próprio prestígio da atividade legislativa.

predeterminados pela lei de maneira taxativa, sem reenvio (ainda que legal) a parâmetros extralegais, a fim de que sejam determinados pelo juiz mediante asserções refutáveis e não mediante juízos de valor autônomos” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2010).

8. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 2006. t. I: Fundamentos: la estructura de la teoría del delito. p. 169.

9. De acordo com o art. 11, II, da Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis:

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: [...] II – para a obtenção de precisão: a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma; [...] c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto; d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais; [...].

Em outras palavras, quando o legislador não preza pela taxatividade – *lex certa* – ou quando não consegue entregar o resultado que a taxatividade exigiria (as casas legislativas são plurais e dependem de debates e consensos), abre espaço para ser substituído pelo administrador ou julgador, sobretudo no caso de remanescerem dúvidas sobre aplicação de normas sancionatórias.¹⁰

A Lei Complementar 135/10, apelidada de “Lei da Ficha Limpa”, teve uma peculiar forma de tramitar no Congresso Nacional, desde sua propositura inicial – assinaturas levadas à Câmara dos Deputados – até a celeridade imprimida como tentativa de aplicação às eleições de 2010.

Dadas as sutilezas que permeiam a atividade legiferante e as minúcias que percorrem o desenvolver do debate, algumas questões quanto à taxatividade das causas de inelegibilidade podem ser suscitadas, tais como a prolixidade do texto e a consequente judicialização da sua interpretação, com destaque, neste trabalho, para a inelegibilidade por condenação criminal.

2. A INELEGIBILIDADE POR CONDENAÇÃO CRIMINAL E ROL DE CRIMES: DEBATES LEGISLATIVOS

A Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, com o fito de dar eficácia ao § 9º do art. 14 da Constituição da República de 1988,¹¹ previu serem inelegíveis:

10. Franck Süß traz ponderações e hipóteses sobre a falta de vigência fática do mandado de determinação. Reflete sobre o pretexto de impossibilidade técnica e linguística; a falta de investimentos e recursos na ciência da técnica legislativa; a renúncia, por parte do legislador, até mesmo por comodidade, em adotar decisões legislativas unívocas relegando para a jurisprudência realizar a determinação ao orientar o caso concreto; desprezo na formação e na prática das profissões jurídico-penais; preferência por leis imprecisas, uma vez que só elas podem reagir a comportamentos puníveis sem esperar o lento e laborioso processo legislativo democrático (o que implicaria na aceitação da eliminação do legislador e da instrumentalização e desformalização do Direito Penal para se buscar a punição); a crença do legislador no Direito Penal como superinstrumento de política social e econômica, crença essa compartilhada por grupos de interesse e pela jurisprudência; a antecipação da proteção penal, que se revela no caráter dissuasivo das medidas processuais, e não só da condenação; o declínio dos valores jurídico-penais liberais, que se manifestam no mandado de determinação no asseguramento da divisão dos poderes e da liberdade, em face de uma pretendida luta contra o delito (SÜß, Franck. *El tracto actual del mandato de determinación*. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (Coord.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 232-240).
11. O poder constituinte originário estabeleceu que “§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a

[...] os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crimes contra a economia popular, *a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena* (art. 1º, I, e).

Nota-se que, originalmente, o legislador exigiu expressamente o trânsito em julgado da decisão condenatória e descreveu crimes de acordo com a denominação de capítulos do Código Penal e da legislação extravagante, que levam em consideração o bem jurídico preponderantemente afetado.¹²

O projeto de iniciativa popular que recebeu assinaturas de diversos deputados federais e foi por eles apresentado, tendo recebido a designação, na Câmara dos Deputados, de Projeto de Lei Complementar – PLP 518, de 29 de setembro de 2009, propunha a ampliação do rol de crimes e estabelecia a condenação

normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”, e a Emenda Constitucional de Revisão 4, de 1994, que “§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, *a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato*, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

12. Tendo em vista a reconhecida função do Direito Penal de tutela de bens jurídicos, a função sistematizadora dos tipos penais e a tradição das codificações, as denominações dos delitos, dos capítulos do Código Penal e das leis penais esparsas são influenciadas pelo bem jurídico afetado preponderantemente, embora dois ou mais bens jurídicos penalmente relevantes possam ser atingidos. Sobre bem jurídico penal, v. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

Sobre a organização da Parte Especial do Código Penal de 1940, afirma Sérgio de Oliveira Médici que “Conquanto tenha tomado o Código Rocco como modelo, o Código Penal brasileiro não seguiu a mesma ordem do estatuto penal italiano de 1930. Assim, o título inicial da Parte Especial do Código de 1940 é dedicado aos crimes contra a pessoa e seu primeiro capítulo conceitua os crimes contra a vida, evidenciando a primazia do ser humano sobre os outros bens jurídicos. Nesse aspecto, o Código revelou-se perfeitamente adequado aos princípios instituídos pela Constituição Federal de 1988, que, ao contrário das Cartas anteriores, fez uma clara opção pela salvaguarda aos direitos individuais e coletivos nos seus capítulos iniciais” (MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Teoria dos tipos penais: parte especial do direito penal*. São Paulo: RT, 2004. p. 189).

em primeira ou única instância e o recebimento de denúncia por órgão judicial colegiado como marcos processuais geradores da inelegibilidade.¹³

Em 5 de outubro de 2009, o projeto foi apensado ao PLP 168/93, de autoria do Poder Executivo, que congregava diversos outros projetos apensos. O referido projeto, que, em tese, tinha a força de projeto de iniciativa do Executivo, chegou a ser deliberado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, em 2001, mas apenas recebeu impulso com o apensamento de diversos projetos, em 2009, especialmente o PLP 518/09.¹⁴

Conforme o texto do PLP 168/93, o Poder Executivo propôs a manutenção do rol da alínea *e* vigente na redação da LC 64/90, mas retirava a exigência expressa de trânsito em julgado.¹⁵

Em razão do deferimento de requerimento para inclusão na ordem do dia do Plenário da Câmara dos Deputados,¹⁶ o projeto de lei foi discutido e recebeu

13. Segundo a redação, eram inelegíveis “os que forem condenados em primeira ou única instância ou tiverem contra si denúncia recebida por órgão judicial colegiado pela prática de crime descrito nos incisos XLII ou XLIII do art. 5º da Constituição Federal ou por crimes contra a economia popular, a fé pública, os costumes, a administração pública, o patrimônio público, o meio ambiente, a saúde pública, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e drogas afins, por crimes dolosos contra a vida, crimes de abuso de autoridade, por crimes eleitorais, por crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, pela exploração sexual de crianças e adolescentes e utilização de mão de obra em condições análogas à de escravo, por crime a que a lei comine pena não inferior a 10 (dez) anos, ou por houverem sido condenados em qualquer instância por ato de improbidade administrativa, desde a condenação ou o recebimento da denúncia, conforme o caso, até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; [...]”.

14. Conforme informações disponíveis em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ficha-detramitacao?idProposicao=21571]. Acesso em: 30.04.2017.

15. Quando a lei preceituar “condenação criminal” sem qualquer referência ao trânsito em julgado, o entendimento a ser atribuído, ao menos na análise de compatibilidade com o texto constitucional, sobretudo quando há afetação de um direito fundamental da democracia tal qual o *ius honorum*, há de ser o de que, ainda que não escrito, deve haver o trânsito em julgado, em face do princípio da presunção de inocência e à necessária interpretação em favor do réu dele decorrente, pois a Constituição é expressa ao dizer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII). Assim, ainda que se suprimisse a expressão “trânsito em julgado” a interpretação que deveria ser dada, em consonância com o texto constitucional, é a de que a condenação criminal pressupõe o trânsito em julgado para a produção de efeitos.

16. Segundo o art. 114, XIV, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: Art. 114. Serão verbais ou escritos, e imediatamente despachados pelo Presidente, os

28 emendas. Uma vez oferecidas emendas em plenário, o projeto retornou à comissão temática,¹⁷ qual seja, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJC.¹⁸

Cerca de 20 dias após a citada discussão em plenário, foi apresentado o parecer do relator na referida comissão.¹⁹ Levando em consideração algumas emendas, inclusive a emenda substitutiva global apresentada a partir de texto trabalhado por parlamentares em grupo específico sobre o tema, foi estabelecido o rol de crimes na forma como passou a vigorar com a LC 135/10. Ainda, buscando uma “maior proporcionalidade entre o campo das condutas indevidas e a fixação da inelegibilidade”, foi mantida a “regra de que apenas crimes dolosos e definidos pela lei como não sendo de menor potencial ofensivo” podem gerar a inelegibilidade.²⁰

Tem-se, assim, que o rol de delitos da alínea e, objeto do presente texto, foi definido pela CCJC da Câmara dos Deputados, pois, no Senado Federal, não houve emenda que o alterasse.²¹ Como resultado final, foi significativamente

requerimentos que solicitem: [...] XIV inclusão em Ordem do Dia de proposição com parecer, em condições regimentais de nela figurar; [...].

17. Segundo o art. 121 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: Art. 121. As emendas de Plenário serão publicadas e distribuídas, uma a uma, às Comissões, de acordo com a matéria de sua competência. Parágrafo único. O exame do mérito, da adequação financeira ou orçamentária e dos aspectos jurídicos e legislativos das emendas poderá ser feito, por delegação dos respectivos colegiados técnicos, mediante parecer apresentado diretamente em Plenário, sempre que possível pelos mesmos Relatores da proposição principal junto às Comissões que opinaram sobre a matéria.
18. Sobre a atribuição da CCJC da Câmara dos Deputados, dispõe o Regimento Interno: Art. 32. São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade: [...] IV – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania: *a*) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões; [...] *d*) assuntos atinentes aos direitos e garantias fundamentais, à organização do Estado, à organização dos Poderes e às funções essenciais da Justiça; *e*) matérias relativas a direito constitucional, eleitoral, civil, penal, penitenciário, processual, notarial; [...].
19. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21571]. Acesso em: 30.04.2017.
20. Parecer do deputado José Eduardo Cardozo, apresentado em 28.04.2010. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B3337A326E-4130351DA0B448D92752F6.proposicoesWeb2?codteor=760830&filename=Tramitacao-PLP+168/1993]. Acesso em: 30.04.2017.
21. No Senado Federal, houve nove emendas, todas rejeitadas, e uma emenda considerada de redação, que foi aprovada. A emenda de redação, oferecida pelo senador

ampliado o rol de crimes com relação à legislação anteriormente vigente e foi mantida no texto normativo a forma de remissão a tais crimes.

3. O ROL DE CRIMES DA INELEGIBILIDADE: UMA NOVA CATEGORIA DE DELITOS

Como visto, a LC 135/10 ampliou o rol de crimes da alínea e do art. 1º, I, da LC 64/90, por vezes informando o bem jurídico principalmente afetado, com uma tentativa de referência a algum capítulo da Parte Especial do Código Penal ou a uma lei específica, por outras vezes indicando o *nomen juris* do delito.

Os debates legislativos não informam a justificativa ou algum critério de seleção de crimes para inclusão no rol e o mote parece ter sido de máxima abrangência de crimes que seriam incompatíveis com o exercício de um mandato eletivo, embora muitos de tais crimes não se correlacionem diretamente com o exercício de funções públicas. Não foram abordados aspectos acerca da

Francisco Dornelles (PP-RJ) para, segundo ele, “evitar incongruência com os outros dispositivos do projeto”, alterou os tempos verbais constantes das alíneas *h*, *j*, *m*, *o* e *q* para a aplicação da inelegibilidade às pessoas citadas nas alíneas (respectivamente, de “condenados”, “tenham sido condenados”, “tenham sido condenados”, “tenham sido demitidos” e “tenham sido aposentados” para “que forem condenados”, “que forem condenados”, “que forem excluídos”, “que forem demitidos” e “que forem aposentados”) (Tramitação do Projeto de Lei da Câmara – PLC 58/10. Disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96850]. Acesso em: 30.04.2017).

Houve, nitidamente, o objetivo de afastar dúvidas sobre a aplicação retroativa da inelegibilidade em coerência com as demais alíneas do art. 1º, I, do projeto, e, assim, garantir-se a segurança jurídica e a não retroação de norma sancionatória.

No que tange à alínea *e*, sua redação, desde a Câmara dos Deputados, prescrevia a inelegibilidade aos que “forem condenados” pelos crimes arrolados. O STF, contudo, nos julgamentos conjuntos das ADCs 29 e 30 e da ADI 4.578, entendeu que fatos anteriores à LC 135/10 que ensejaram qualquer das hipóteses do inciso I do art. 1º podem ser aplicados aos candidatos. Tal posicionamento se deu por considerar que todas as inelegibilidades são “condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos”.

No entanto, para nós, com o devido respeito à posição adotada, a alínea *e* tem a natureza jurídica de uma consequência do delito (sanção) e muito claramente se insere entre as sanções criminais, devendo seguir, portanto, os princípios regentes do Direito Penal, entre eles a cláusula pétrea de que “não há pena sem prévia previsão legal”.

No tocante à celeridade empregada no processo legislativo, caso houvesse emenda aprovada no Senado que não de redação, a tramitação do projeto levaria mais tempo, pois deveria retornar à casa iniciadora.

suposta finalidade preventiva da coerção jurídica, tampouco foi apresentado algum balizamento teórico ou empírico.

Criou-se, por conseguinte, uma nova categoria de delitos, qual seja, a dos crimes que aqueles que pretendem ser candidatos não podem ter praticado. Tal rol seria composto por delitos que seriam mais graves do que aqueles crimes que não integram o rol, posto que contam com um adendo sancionatório.²²

Entretanto, o rol se apresenta de tal forma amplo e fluido, por exemplo no que diz respeito às espécies delitivas dele constantes e à diversidade da quantidade de pena cominada em abstrato, que parece ter havido a pretensão de transformar a inelegibilidade em uma sanção ordinariamente aplicada aos condenados criminalmente.

Sem uma visão sistêmica e precisa sobre o alcance da norma, pode haver incerteza quanto ao cumprimento das funções de garantia e informativa dos tipos penais fluidamente indicados no texto da norma e quanto à proporcionalidade.²³

Ainda que tenha ocorrido a exclusão dos delitos culposos, de menor potencial ofensivo e de ação penal de iniciativa privada,²⁴ o texto legislativo enumerou uma grande quantidade de crimes e preferiu citar cada uma das espécies

22. Pedro Henrique Távora Niess busca os motivos da seleção dos crimes para integrarem o rol, na redação original da LC 64/90: “[a lei] tem por fim, indiscutivelmente, proteger as eleições do abuso de poder, por isso que seleciona alguns crimes, deixando sem a mesma punição outros mais graves: não é a gravidade do delito que a faz pinçá-lo, mas a sua natureza. O legislador buscou na sua experiência a escolha das infrações que o fizessem cumprir o fim perseguido pela Constituição: a defesa da normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na Administração direta ou indireta. Por isso que a essa restrição não se sujeitam os crimes contra a pessoa, desvinculados de qualquer conotação eleitoral ao menos em princípio; por isso, outrossim, incluem-se os traficantes de entorpecentes entre os que causam grandes malefícios às eleições, sobretudo pelo poderio econômico ilegal que representam” (NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos, condições de elegibilidade e inelegibilidades*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 67).

23. No dispositivo legal em exame, há dezenas de espécies delitivas de variadas matizes e gravidades: há delitos contra a vida e contra o meio ambiente (os primeiros vão do homicídio qualificado à instigação ao suicídio; os segundos vão desde desmatar ou incendiar florestas a conspurcar, sujar, manchar edificação urbana); há o crime de tráfico internacional de drogas e o furto simples; há o delito de branqueamento de capitais e crimes contra a economia popular; há o estupro e o aborto provocado pela gestante; há a entrega ao consumo de substância nociva à saúde e o peculato; há a reprodução de selo ou peça filatélica e a corrupção ativa e passiva, e inúmeros outros.

24. Art. 1º, § 4º, da LC 64/90.

legislativas a criar um critério geral, que poderia ser, por exemplo, a referência à pena mínima ou máxima.

Em última análise, o texto legislativo parece assumir uma falha da democracia representativa brasileira ao positivizar a ideia – paternalisticamente –²⁵ de que o voto popular não é filtro ou instrumento de seleção apto para a escolha de representantes.

Como o eleitor não conhece a biografia dos candidatos, não participa ativamente da vida política e as restrições de tempo e modo dos debates não permitem que se chegue a pormenores, além de vários e complexos fatores que não cabem aqui discutir, positiva-se uma solução que não enfrenta as reais causas da eleição de mandatários com vida pregressa criminalmente questionável.

Solução essa que é buscada no Direito Penal, que exsurge, dessa vez, como panaceia para os problemas da representação política. Ainda que permeada por louváveis intenções, há uma quebra de paradigmas específicos do Direito Penal agregada à delegação ao Poder Judiciário de realização de seleção que deveria ocupar a soberania popular.

4. A REFERÊNCIA A OUTROS CRIMES EM UMA CONSEQUÊNCIA DO DELITO

No texto da inelegibilidade por condenação criminal, não se verificam vaguezas ou imprecisões linguísticas substanciais, mas sim uma referência aberta a outros conceitos jurídicos que, em si mesmos, não solucionam de imediato a dúvida que pode permear o intérprete (por exemplo, quais seriam com exatidão os crimes contra a administração pública, contra o patrimônio privado, contra o patrimônio público, contra a economia popular, contra o meio ambiente, contra a saúde pública, de terrorismo e os praticados por quadrilha ou organização criminosa?).²⁶

25. Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto, inspirados em Thaler e Sustein, explicam que o paternalismo sinalizado pela LC 135/10 em muito difere do ideal de “paternalismo libertário”, em que o Estado visa a propiciar informação e orientação para a decisão do povo sem expropriação de seu poder decisório (com viés liberal tal como a Constituição de 1988 e que teria influência sobre outros temas, como a descriminalização de certos tipos de drogas e classificação indicativa de programas veiculados em meios de comunicação, apenas para lembrar de exemplos mais evidentes) (CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a Lei da ficha limpa. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí: Univali, v. 9, n. 1, 2014. p. 135).

26. Não se pretende exaurir todos os elementos normativos (espécies de delitos) constantes da causa de inelegibilidade, mas apenas suscitar alguns questionamentos quanto à taxatividade da norma.

Quando o texto se refere a crimes “praticados por quadrilha ou organização criminosa”, quer dizer a condenação específica pelo revogado crime que era chamado de “quadrilha” (art. 288 do CP) ou, considerando que o texto fala em “praticados por quadrilha”, quer significar a condenação por qualquer crime – inclusive não previsto nas alíneas – em concurso de crimes com o revogado crime de quadrilha?

As perplexidades não param por aí, pois, com a Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, o delito de quadrilha ou bando passou a ser denominado de “associação criminosa” (art. 288 do CP) e ser configurado com o envolvimento de três ou mais pessoas, ao passo que, na redação antiga, a quadrilha exigia no mínimo quatro pessoas. Estaria, com isso, em uma interpretação benéfica para o réu, derogada a inelegibilidade para tais casos?

A mesma lei prevê o conceito legal de organização criminosa, no art. 1º, § 1º, inexistente ao tempo da LC 135/10, conceito que pressupõe que a organização criminosa seja integrada, no mínimo, por quatro pessoas com estrutura ordenada e divisão de tarefas. Considerando que a lacuna quanto ao conceito legal constituinte de “organização criminosa” e o tempo dos fatos ocorridos no caso concreto, poderia ser questionado se pode haver aplicação da inelegibilidade para alguém que integrava ou financiava organização criminosa (art. 2º da Lei 12.850/13).²⁷

Outro exemplo diz respeito aos crimes contra o patrimônio. A causa de inelegibilidade se refere ao patrimônio privado e ao público e, quanto a este último, não se encontra capítulo ou lei específica com a rubrica “patrimônio público”. O Código Penal contém capítulo dos crimes contra o patrimônio, que, em sua maioria, versam sobre a tutela do patrimônio privado.

Contudo, o “problema alcança o desafio de definir quais são os delitos que realmente podem ser designados como *crimes contra o patrimônio*”, sendo “essa questão complicadíssima, considerando, inclusive, as sucessivas alte-

27. No julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4.578, o STF decidiu, por maioria, pela retroatividade a fatos anteriores à vigência da LC 135/10, sob o eufemismo de “retrospectividade”. É importante, contudo, lembrar da corrente minoritária dos ministros que entendeu não ser constitucional a retroação, e da crítica doutrinária, que deve ser sublinhada quando se trata de inelegibilidade decorrente de condenação criminal tendo em vista o princípio da anterioridade penal, segundo a qual retroagir a fatos pretéritos “fere o princípio da segurança jurídica, o princípio da não surpresa e, como maior razão, o princípio da dignidade da pessoa humana” (COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral: teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 141).

rações normativas” e tendo em vista a pluriofensividade imanente a muitos delitos.²⁸

Nota-se que se trata de uma previsão legal que comina uma relevante consequência ao cidadão – restrição ao direito político passivo (*ius honorum*) em um regime democrático –, que requer interpretação para a delimitação de seu alcance. *Mutatis mutandis*, é como se fosse uma norma penal em branco em que não se pode, de plano, identificar a norma complementadora de modo a se concluir exatamente qual a lacuna existente.

No entanto, não se trata de uma necessidade de complementação do preceito primário da descrição típica, composto de elementos objetivos, subjetivos e normativos, mas de um preceito secundário – consequência de um delito – que depende de integração mediante o retorno a normas penais incriminadoras.

Apenas como observação derradeira, sob o crivo da taxatividade, pode-se questionar até mesmo se a referência no texto legal a “órgão judicial colegiado” abrange o tribunal do júri. Ou seja, as dúvidas interpretativas acerca da grave consequência sobre a participação política imposta a uma ampla gama de crimes vão além do rol de crimes e atingem todo o dispositivo que prevê a inelegibilidade, exigindo que os tribunais enfrentem a imprevisibilidade da norma diante de cada caso a eles submetidos.²⁹

Embora os objetivos da norma sejam os mais relevantes, pode-se verificar que o texto não fornece de modo indene de subjetivismo, em tema fulcral da

28. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 16.

Anota o autor que, diante da assessoriedade conceitual entre o Direito Penal e o Direito Civil, até mesmo a definição do que seria patrimônio, propriedade, posse e outros institutos jurídicos é complexa. Prepondera a postura intermediária para se empregar no Direito Penal, na medida do possível, os conceitos jurídicos tais como se apresentam aos civilistas (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Op. cit., p. 33). No presente estudo – paralelamente ao que se constata nos crimes contra o patrimônio entre o Direito Penal e o Direito Civil, nas dificuldades do tratamento dogmático decorrente dessa relação entre distintos ramos jurídicos e nos objetivos que permeiam as propostas de intervenções estatais –, percebe-se interessante imbricação do Direito Penal com o Direito Eleitoral e do direito fundamental à liberdade com os direitos políticos.

29. Por diversos argumentos, não sendo caso de aprofundamento neste texto, a tendência da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral tem sido aplicar a inelegibilidade nas condenações pelo corpo de jurados, apesar das divergências. V. Recurso Ordinário RO 2634-49-São Paulo-SP, relator originário ministro João Otávio de Noronha, redatora para o acórdão ministra Maria Thereza de Assis Moura, publicado na sessão de 11.11.2014.

estrutura de aquisição do poder democrático, todos os elementos exigíveis do ponto de vista da segurança jurídica e impessoalidade para a aplicação da restrição política.

4.1. *Dificuldades doutrinárias quanto à taxatividade na Lei das Inelegibilidades*

Antes da ampliação do rol de delitos com o advento da LC 135/10, em um universo mais reduzido de crimes, a doutrina já apresentava dificuldades para definir todos os tipos penais mencionados.

Para José Jairo Gomes, os crimes presentes no art. 1º, I, e, da LC 64/90 estariam previstos:³⁰ *a)* nas Leis 1.521/51 (economia popular) e 8.137/90 (ordem econômica e relações de consumo); *b)* no Código Penal: artigos 289 a 311 (fé pública), artigos 312 a 359-H (Administração Pública), e artigos 155 a 180, que tenham por objeto bem integrante do erário; *c)* nas Leis 4.728/65 e 7.492/86 (sistema financeiro); *d)* na Lei 11.343/06 (tráfico de entorpecentes); *e)* no Código Eleitoral – artigos 289 a 354 – e nas leis eleitorais esparsas.³¹

Ainda sob a égide da redação original da LC 64/90, em que o rol de delitos era menor e, assim, supostamente de mais simples determinação, advertia Joel J. Cândido que:

[...] o *numen juris* do delito indica, a princípio, a sua natureza, mas nem sempre, porém, pelo nome ou pela ementa da lei, sua natureza fica clara. E é a natureza do crime que aqui importa para se saber os que geram, ou não, a inelegibilidade, sendo a objetividade jurídica da norma, em última instância, o elemento que irá dizer se é o caso, ou não, da incidência da sanção política da inelegibilidade.

30. Prevía a redação revogada que eram inelegíveis: “os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena”.

31. GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 170. Marino Pazzaglini Filho também fala que os delitos da Lei 11.343/06 estariam abarcados na alínea (*Lei de inelegibilidade comentada*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 34). Contudo, para acrescentar dúvidas à redação legal com afronta à taxatividade, a alínea se refere ao crime de “tráfico de entorpecentes e drogas afins”, enquanto que a Lei de Drogas prescreve dezenas de condutas delituosas a par do clássico delito de tráfico, como associação e financiamento para o tráfico, condução de embarcação ou aeronave após o uso de drogas e outros.

E prossegue o autor, admitindo que: “[...] é ingrata, por outro lado, a tarefa de se apontar o elenco das leis determinantes do apenamento político especial, mesmo porque a lista atualizada de hoje poderá estar ultrapassada amanhã, com a edição de novos textos.”³²

4.2. Dificuldades jurisprudenciais na Lei das Inelegibilidades

A questão não ficou adstrita à doutrina.³³ Imagine-se quantos embates podem ser travados, por exemplo, nos autos de uma ação de impugnação de

32. CÂNDIDO, Joel J. *Inelegibilidades no direito brasileiro*. Bauru: Edipro, 2003. p. 166. Diferentemente de José Jairo Gomes, revelando a “*íngrata*” tarefa doutrinária e a imprecisão normativa, indica Joel J. Cândido (o autor usa o verbo indicar, que revela a fluidez e maleabilidade da interpretação doutrinária acerca da alínea *e* do art. 1º, I, da LC 64/90, que resvala em indesejável insegurança jurídica) alguns diplomas dos quais constariam os chamados crimes contra a economia popular: Lei 1.521/51, que “altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular”, conhecida como lei da economia popular; Lei 4.591/64, que “dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias”; Decreto-Lei 73/66, que “dispõe sobre o sistema nacional de seguros privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências”; Lei 6.435/77, que “dispõe sobre as entidades de previdência privada, e dá outras providências”; Lei 8.078/90, que “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências” – Código de Defesa do Consumidor; Lei 8.137/90, que “define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências”; Lei 8.176/91, que “define crimes contra a ordem econômica e cria o sistema de estoques de combustíveis”; e Lei 8.245/91, que “dispõe sobre as locações de imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes” (CÂNDIDO, Joel J. Op. cit., p. 166).

Comprovando a inexistência gerada pelo texto normativo, afirma o mencionado autor que “Evidente que podem existir outras leis contendo figuras típicas criminais, nominal ou ontologicamente contra a economia popular, tendo nós elencado aqui apenas as mais conhecidas. O importante, porém, para o intérprete, é que, independentemente da ementa da lei, para que se considere a inelegibilidade, o crime deverá ser, sem dúvida e de forma direta e restrita, sem analogias ou construções, contra a economia popular, bem jurídico que, às vezes, aparece na lei: ou está oculto no texto, ou, ainda, surge com outra denominação” (CÂNDIDO, Joel J. Op. cit., p. 166-7).

33. O julgamento a seguir comprova os graves problemas ocasionados pela redação legal. A alínea *e* não menciona “crimes contra a ordem econômica”, mas o Tribunal Superior Eleitoral interpretou crime previsto na Lei 8.176, de 8 de fevereiro de 1991 (define crimes contra a ordem econômica e cria o sistema de estoques de combustíveis), como crime contra a economia popular.

“Recurso Especial Eleitoral. Registro de Candidatura. Eleições de 2012. Prefeito. Condenação. Órgão Colegiado. Crime contra a economia popular. Inelegibilidade.

registro de candidatura – ação que visa a expurgar o futuro candidato do pleito caso seja detectada uma inelegibilidade, entre outras causas de pedir – ao se discutir se a condenação por determinado delito integra ou não o rol da alínea *e* do inciso I do art. 1º da LC 64/90. Cabe observar a pertinência da perquirição se a Justiça Eleitoral seria a instância mais adequada para decidir caso a caso, passando a ocupar o espaço interpretativo deixado pelo legislador.

Para ilustrar a celeuma, o Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, ainda sob a égide da redação original da Lei das Inelegibilidades,³⁴ entendeu que os crimes constantes do Decreto-Lei 201, de 27 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a responsabilidade de prefeitos e vereadores, estariam enquadrados nos “crimes contra a administração pública e patrimônio público” ditos no dispositivo legal e, assim, no caso concreto, considerou presente a inelegibilidade.

Caminhando por um temerário casuísmo e interpretando para além do estabelecido no texto legal, com o uso de analogia *in malam partem* no campo das inelegibilidades, independentemente da crítica à qualidade do texto legislativo em si e da eventual real gravidade da conduta apurada no caso concreto, prevaleceu a tese de que os crimes contra o patrimônio público abarcam “as mais diversas modalidades, dispersas pelo Código Penal e por diversas leis extravagantes, como as que protegem a fauna, a flora, o sistema financeiro, as jazidas minerais etc., todos os bens que integram o patrimônio público”.³⁵

Caracterização. Não provimento. 1. São inelegíveis, nos termos do art. 1º, I, e, 1, da LC 64/90, os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por crime de adulteração de combustível, tipificado no art. 1º, I, da Lei 8.176/91, pois configura crime contra a economia popular. [...]” (REspe – Recurso Especial Eleitoral 22.879 – Fernão/SP, rel. min. Nancy Andrichi, unânime, publicado na sessão de 21.10.2012).

34. Recurso Especial Eleitoral 12.902/RS, relator ministro Eduardo Alckmin, votação por maioria, publicado em sessão de 01.10.1996. Acompanharam o relator os ministros Ilmar Galvão, Moreira Alves, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro, com votos vencidos de Diniz de Andrada e Marco Aurélio Mello. Esse precedente serviu de fundamento para o Recurso Especial Eleitoral 14.073/RS, relator ministro Nilson Naves, publicado na sessão de 01.10.1996, que também inseriu o Decreto-lei 201/67 no dispositivo da inelegibilidade por condenação criminal por crime contra a administração pública.
35. Voto-vista do ministro Ilmar Galvão. O referido posicionamento é criticado por Joel J. Cândido (Op. cit., p. 174), autor que critica a incoerência e falta de método da escolha dos crimes inseridos no rol da alínea *e* e que sugere que outras condutas sejam incluídas, tais como os crimes hediondos (Lei 8.072/90), remetendo a outro rol de crimes que também é passível de discussão, e como os crimes contra a segurança nacional (Lei 7.170/83), o que comprova a divergência, insegurança e imprecisão

Em seu voto, ao discorrer sobre a questão, o ministro Ilmar Galvão aduziu que os delitos previstos nos incisos I a XI do art. 1º do Decreto-lei 201/67³⁶ seriam “desenganadamente praticados contra a Administração Pública”.

O caso levado a julgamento, contudo, versava sobre o inciso XIV do referido dispositivo³⁷ e, assim, o ministro passou a analisar se seria caso de crime praticado contra a Administração Pública, tendo ponderado, para ao final concluir afirmativamente pela hipótese geradora da inelegibilidade, que:

[...] para tanto, basta examinar o objetivo da norma e o sujeito passivo do ilícito. Está-se, no caso, diante de norma penal em branco, por via da qual foi imputada ao recorrente a violação do disposto no art. 37, § 1º, da CF. Um exame do referido texto revela que está ele inserido no Capítulo VIII do Título III, da CF, que organiza e disciplina justamente a Administração Pública, não havendo como negar que tem ela por objeto a Administração Pública, no

interpretativas no âmbito doutrinário. Embora o autor tenha atuado no caso como advogado da parte vencida, vale o registro prático e doutrinário acerca da possibilidade de mutabilidade do rol do art. 1º, I, alínea *e* da LC 64/90.

36. Os incisos mencionados preveem as seguintes condutas:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: I – apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio; II – utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos; III – desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas; IV – empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com os planos ou programas a que se destinam; V – ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes; VI – deixar de prestar contas anuais da administração financeira do Município a Câmara de Vereadores, ou ao órgão que a Constituição do Estado indicar, nos prazos e condições estabelecidos; VII – deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação de recursos, empréstimos subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título; VIII – contrair empréstimo, emitir apólices, ou obrigar o Município por títulos de crédito, sem autorização da Câmara, ou em desacordo com a lei; IX – conceder empréstimo, auxílios ou subvenções sem autorização da Câmara, ou em desacordo com a lei; X – alienar ou onerar bens imóveis, ou rendas municipais, sem autorização da Câmara, ou em desacordo com a lei; XI – Adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei; [...].

37. Art. 1º, XIV – negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente; [...].

caso, em seus aspectos patrimonial e moral, e como sujeito passivo a Municipalidade, além do particular eventualmente prejudicado.³⁸

Chama atenção, no voto supratranscrito, a interpretação para se aplicar a inelegibilidade por condenação criminal, tendo o ministro partido da análise do “objetivo da norma” e do “sujeito passivo do ilícito”.

A necessidade da construção da referida interpretação pode ser atribuída ao texto impreciso da alínea *e* do inciso I do art. 1º e pode revelar que a escolha de determinados crimes para gerarem a inelegibilidade e a tradução dessa escolha em texto legislativo é tarefa mais complexa do que a genérica referência ao sujeito passivo do delito ou nome de capítulo em que se inserem delitos no Código Penal.³⁹

A partir dos precedentes que entenderam que a condenação com fulcro no Decreto-Lei 201/67 acarreta a inelegibilidade e acrescentando o argumento de semelhança com o delito do art. 337-A do Código Penal, que se situa no título dos crimes contra a administração pública, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu que os delitos do art. 1º, incisos I e II, da Lei 8.137/90, ofendem a administração pública e, portanto, acarretam a inelegibilidade.⁴⁰

Vê-se que, jurisprudencialmente, o rol do art. 1º, I, *e*, da LC 64/90, ganhou interpretação elástica, e não restritiva.

38. Acórdão do REspE 12.902, publicado na sessão do TSE de 30.09.1996.

39. É reconhecido o fenômeno denominado de “expansão” do Direito Penal, que trata da crescente quantidade de tipos penais nos ordenamentos jurídicos. Sobre tal fenômeno, v. SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal*. Madri: Edisofer S. L., 2011.

Ao tratar da função de garantia da tipicidade penal em vista da legalidade, Alamiro Velludo Salvador Netto lembra da complexidade social “cuja estrutura não mais são tranquilamente descritas” e que a “própria proliferação dos institutos jurídicos contribui no aprofundamento deste problema” (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e o princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 85, jul.-ago. 2010. p. 222).

40. Eleições 2006. Registro de candidatura. Deputado federal. Condenação. Crime tributário. Art. 1º, I e II, da Lei 8.137/90 c.c. o art. 71 do Código Penal. Inelegibilidade do art. 1º, I, *e*, da LC 64/90. Crime contra a administração pública. Caracterização. Recurso ordinário improvido. Para efeito da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, *e*, da LC 64/90, considera-se crime contra a administração pública aquele cometido em infração ao art. 1º, I e II, da Lei 8.137/90 (Recurso Ordinário 1.284-SP, relator ministro Cezar Peluso, votação unânime, DJ de 11.12.2006. p. 215).

As dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais que circundam o rol de crimes da inelegibilidade por condenação criminal apontam para uma ofensa à taxatividade da norma sancionatória, que não parece estar ancorada no preceito que pressupõe e exige segurança jurídica, apanágio do Estado Democrático de Direito.

5. LEI DA FICHA LIMPA E CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE: EXEMPLO DE POTENCIAL OFENSA À TAXATIVIDADE

A técnica legislativa adotada na alínea *e* do inciso I do art. 1º da LC 64/90, na redação da LC 135/10 – que enfatiza o bem jurídico tutelado, o *nomen iuris* do delito, os capítulos do Código Penal e legislação penal extravagante como critérios de agrupamento – deixa em aberto quais são exatamente os delitos causadores da inelegibilidade, tendo em vista o grande número de condutas penalmente típicas no mosaico legislativo brasileiro.

Quando o art. 1º, I, *e*, item 3, remete aos “crimes contra o meio ambiente”, a discussão permeia a subárea chamada por alguns de Direito Penal Ambiental. Os exemplos de dúvidas interpretativas concernentes à abrangência dessa subárea, todavia, podem ser estendidos às demais categorias criminais previstas na alínea *e*.

O que parece ser claro, em homenagem à segurança jurídica e à imperiosa e inescapável taxatividade de uma norma que prevê uma sanção que atinge o *ius honorum*, é a necessidade de uma delimitação da previsão legislativa.

Essa necessidade pode ser observada diante da dificuldade constatada ao se investigar mais profundamente quais seriam os crimes contra a administração pública, contra o patrimônio privado, contra o patrimônio público, os praticados por quadrilha ou organização criminosa, contra a economia popular, contra a saúde pública e de terrorismo referidos no texto do art. 1º, I, *e*, da LC 64/90, com redação da LC 135/10.

Apenas como exemplo pinçado do texto normativo, parece pertinente, assim, perquirir quais seriam os crimes contra o meio ambiente referidos no dispositivo.

A proteção constitucional do meio ambiente é a diretriz que, para alguns autores, faz com que seja “legítimo exigir que os representantes políticos do povo mantenham um compromisso consistente, permanente e verdadeiro com a manutenção das bases físicas, químicas, biológicas e culturais essenciais à vida individual e coletiva”.⁴¹

41. SOARES JÚNIOR, Jarbas; SOARES, Cristiana Nepomuceno de Sousa; ALVARENGA, Luciano José. Inelegibilidade decorrente de condenação por crimes ambientais.

A importância atribuída ao meio ambiente pelo constituinte originário pode ter sido a premissa para a aceitação da inclusão de crimes contra o meio ambiente na alínea *e* e da própria criminalização de condutas ofensivas ao meio ambiente, ainda que se possa questionar se a alocação de um bem jurídico na Constituição deva acarretar necessariamente a tipificação de condutas destinadas a oferecer tutela penal.

Vale registrar, contudo, que nos debates ocorridos no processo legislativo, e oficialmente registrados, não há detalhamento ou fundamentação acerca de parâmetros ou motivações para a escolha legislativa quanto aos crimes que gerariam a inelegibilidade, embora o Poder Legislativo seja instância deliberativa legitimada a formular e implementar a política criminal e embora o anteprojeto de iniciativa popular apresentado tenha trazido uma ampla gama de delitos.

A Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, dispõe sobre os crimes contra o meio ambiente e, a princípio, deve-se fazer uma remissão à referida lei para a delimitação dos crimes que geram a inelegibilidade por condenação por crime ambiental, apesar de poder haver uma interpretação ampliativa do que seria o meio ambiente.

Em outras palavras, havendo legislação específica com a previsão de crimes destinados à tutela de um bem jurídico específico, deve-se preferir a delimitação de aplicação da alínea *e* nos limites da legislação remetida, sem se buscar outros delitos que poderiam se supor enquadrados dentro do bem jurídico citado na alínea sob análise.

A remissão direta à lei específica parece ser a interpretação mais consentânea com o princípio da taxatividade e legalidade, sobretudo quando se trata de interpretação que recai sobre uma consequência do delito.

Assim, um conceito doutrinário de delito contra o meio ambiente, tal como o que explica que “são considerados crimes ambientais aqueles cometidos contra o meio ambiente, em razão de condutas transgressivas à proteção de seus elementos constitutivos (fauna, flora, recursos hídricos etc.), bem assim aqueles praticados contra o ordenamento urbano, o patrimônio cultural e a administração ambiental, na forma da Lei Federal 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, e de outras leis atinentes à tutela penal do meio ambiente”,⁴² deve ser

In: REIS, Márlon Jacinto; CASTRO, Edson Resende; OLIVEIRA, Marcelo Roseno (Coord.). *Ficha Limpa interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular*. Bauru: Edipro, 2010. p. 232.

42. SOARES JÚNIOR, Jarbas; SOARES, Cristiana Nepomuceno de Sousa; ALVARENGA, Luciano José. Op. cit., p. 227.

afastado para se buscar uma delimitação mais precisa do alcance da causa de inelegibilidade.⁴³

Luiz Regis Prado salienta a tortuosidade e imprecisão na tarefa de determinação do meio ambiente como bem jurídico penal⁴⁴ e o caráter “altamente criminalizador” da Lei 9.605/98, que erigiu à categoria de delitos comportamentos que não deveriam passar de contravenções ou infrações administrativas, para que houvesse a devida concordância com os princípios da intervenção mínima e insignificância.⁴⁵

Adentrando-se nas seções da referida lei, vê-se que ela contém crimes contra a fauna, flora, diversos tipos de poluição, crimes contra o ordenamento urbano, contra o patrimônio cultural e contra a administração ambiental.⁴⁶

Estes últimos, por sua vez, não são crimes contra o meio ambiente e tampouco se enquadram na tradicional e reconhecida classificação de crimes contra a Administração Pública, que, pela letra da lei também acarretariam inelegibilidade (item 1 da alínea *e*). Pretender aplicar a inelegibilidade aos crimes contra a administração ambiental significaria uma interpretação *ultra legem*,

43. O texto citado na nota de rodapé anterior elencou apenas os crimes previstos na Lei 9.605/98 como geradores da inelegibilidade, sem fazer menção a outros delitos, apesar do conceito doutrinário amplo de delito ambiental apresentado.

44. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. São Paulo: RT, 2013. p. 113: “A ideia de bem jurídico ambiente vem a ser uma questão assaz tortuosa e de difícil determinação. De caráter poliédrico e multidimensional, o termo ambiente assume na linguagem jurídica acepções diversas, eivadas de contornos peculiares e fluidos”. Prossegue o autor: “convém observar que a lei [9.605/98] buscou dar um tratamento penal unívoco à matéria, aglutinando os vários elementos que compõem o meio ambiente, em favor de uma harmonização das normas incriminadoras e de suas respectivas penas” (PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 164).

45. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 164.

46. O Código Penal, no art. 250, § 1º, II, *h*, trata do incêndio a florestas e matas (crime contra a incolumidade pública de perigo comum), prevalecendo, pela especialidade, o crime do art. 41 da Lei 9.605/98 (Provocar incêndio em mata ou floresta: Pena – reclusão, de dois a quatro anos, e multa). O Novo Código Florestal, Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, não prevê crimes. Como sustentado, outras leis que tipificam criminalmente algumas condutas que de algum modo atingem o meio ambiente, tais como a Lei de Responsabilidade por Danos Nucleares, Lei 6.453, de 17 de outubro de 1977 (arts. 20 a 27), e a Lei de Biossegurança, Lei 11.105, de 24 de março de 2005 (arts. 24 a 29), que, em seu art. 1º, fala na “observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente”, não dão ensejo à configuração da inelegibilidade por condenação por crimes contra o meio ambiente.

que ofenderia a segurança jurídica e a taxatividade da norma sancionatória, uma vez que não se justificaria o enquadramento nos itens 1 e 3 da alínea e do inciso I do art. 1º da LC 64/90, na redação da LC 135/10.

Prioriza-se, assim, uma interpretação restritiva, haja vista que a inelegibilidade representa uma severa diminuição na esfera de direitos, sem se supor algo não escrito na lei, ao contrário da interpretação ampliativa de “administração pública” exemplificada em alguns julgados do Tribunal Superior Eleitoral.

Em suma, os crimes contra o meio ambiente referidos no item 3 da alínea e parecem ser os previstos na Lei 9.605/98, excepcionados os crimes contra a Administração Ambiental (arts. 66 a 69).

Tal discussão, ainda que se chegue à conclusão distinta, mostra-se relevante para ilustrar as dificuldades de delimitação do alcance da inelegibilidade por condenação criminal, da forma que redigida pela LC 135/10 e com a ampliação do rol de crimes que a enseja.

Como se vê, no afã de ampliar o alcance da inelegibilidade, sobretudo por ser uma norma sancionatória, o legislador pode não conseguir transmitir a almejada segurança jurídica e fazer ruir a taxatividade.

6. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

O princípio da taxatividade orienta e deve irradiar efeitos sobre a atividade legislativa e se aplica às normas de variados ramos do Direito, sobretudo aos tipos incriminadores, seja ao seu preceito primário, seja ao preceito secundário, e às demais normas que implicam cerceamento de direitos imanentes ao Estado democrático constitucional, como os direitos relativos às liberdades individuais e os direitos políticos.

A Lei das Inelegibilidades (LC 64/90) cominou inelegibilidade aos condenados por determinados crimes, por decisão transitada em julgado, e, a partir da Emenda de Revisão 4/94, que incluiu no art. 14, § 9º, da CF, a expressão “moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato”, foi editada a LC 135/10, decorrente de iniciativa popular de projeto de lei e processo legislativo premido pelo calendário das eleições, que ampliou rol de crimes que geram a limitação ao exercício da capacidade eleitoral passiva, sem mais exigir o trânsito em julgado.

O critério utilizado pelo legislador de 1990, qual seja, a previsão, no dispositivo da inelegibilidade, de tipologias de delitos consoante o bem jurídico afetado, *nomen iuris* e diploma normativo, não foi revisado pelo legislador de 2010 de modo a minimizar as imprecisões interpretativas enfrentadas pela

doutrina e pela jurisprudência quanto à delimitação dos crimes para os quais pode ser imposta a inelegibilidade.

Ao contrário, ampliação do rol acarreta mais celeumas quanto à aplicabilidade da inelegibilidade e, conseqüentemente, insegurança jurídica para o exercício do *ius honorum*, direito primordial para a existência da democracia representativa.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal. Tese de Livre-Docência. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.
- CÂNDIDO, Joel J. *Inelegibilidades no direito brasileiro*. Bauru: Edipro, 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a Lei da ficha limpa. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí: Univali, v. 9, n. 1, 2014.
- COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral: teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: RT, 2007. t. I.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2010.
- GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão de Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I, t. I.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. São Paulo: RT, 1999.
- MARAT, Jean-Paul. *Plano de legislação criminal*. Trad. Carmensita Ibaixe e João Ibaixe Jr. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Teoria dos tipos penais: parte especial do direito penal*. São Paulo: RT, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos, condições de elegibilidade e inelegibilidades*. São Paulo: Saraiva, 1994.

- PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de inelegibilidade comentada*. São Paulo: Atlas, 2014.
- PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. São Paulo: RT, 2013.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 2006. t. I: Fundamentos: la estructura de la teoria del delito.
- ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução do direito penal e ao direito processual penal*. Trad. Eugênio Pacelli de Oliveira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*. São Paulo: Atlas, 2014.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e o princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 85, jul.-ago. 2010.
- SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal*. Madri: Edisofer S. L., 2011.
- SOARES JÚNIOR, Jarbas; SOARES, Cristiana Nepomuceno de Sousa; ALVARENGA, Luciano José. Inelegibilidade decorrente de condenação por crimes ambientais. In: REIS, Márlon Jacinto; CASTRO, Edson Resende; OLIVEIRA, Marcelo Roseno (Coord.). *Ficha Limpa interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular*. Bauru: Edipro, 2010.
- SÜß, Franck. El tracto actual del mandato de determinación. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (Coord.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- A Lei da Ficha Limpa – o cavalo de troia do protagonismo do Poder Judiciário, de Marcelo Ramos Peregrino Ferreira e Orides Mezzaroba – RT 974/111-128 (DTR\2016\24517); e
- Interpretação da Constituição e a "Lei da ficha limpa", de Maria Garcia – RDCI 78/337-411 (DTR\2012\2485).

SOBRE A COMPREENSÃO E A JUSTIFICAÇÃO DOS CRIMES DE ÓDIO CONTRA A VIDA (*HATE CRIMES*) NO DIREITO BRASILEIRO: REFLEXÕES A PARTIR DO DEBATE ESTADUNIDENSE

ON THE UNDERSTANDING AND JUSTIFICATION OF HATE CRIMES IN BRAZILIAN LAW: REFLECTIONS FROM THE DEBATE IN THE USA

ROGER RAUPP RIOS

Pós-doutor pela Université Panthéon-Assas, PARIS 2, França (2013). Doutor (2004) e Mestre (2000) em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Desembargador Federal no Tribunal Regional Federal da 4ª Região em Porto Alegre. roger.raupp.rios@gmail.com

CLAUDIA MARIA DADICO

Doutoranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (ingresso em 2016). Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP (2000). Juíza Federal em Florianópolis. cdadico@gmail.com

Recebido em: 19.07.2017

Aprovado em: 08.11.2017

Última versão dos autores: 20.11.2017

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Direitos Humanos

RESUMO: A partir do debate norte-americano acerca da justificação para o tratamento normativo dos *hate crimes* como categoria própria, o trabalho busca aproximar tal discussão do direito brasileiro. Para tanto, ao examinar especificamente a questão dos crimes de ódio contra a vida, situa a discussão no campo do direito da antidiscriminação e busca fundamentação na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, nos deveres estatais de proteção em face do ódio e nos mandados de criminalização expressos e implícitos no texto da Constituição Federal. Apon-ta similaridades entre os crimes de ódio contra

ABSTRACT: From the debate in USA about the justification for the normative treatment of hate crimes as a proper category, the work seeks to approximate such a discussion of Brazilian law. To that end, in specifically examining the issue of hate crimes against life, it places the discussion in the field of antidiscrimination law and seeks grounding in the objective dimension of fundamental rights, state duties of protection in the face of hatred, and express and implicit mandates of criminalization in the text of the Federal Constitution. It points to similarities between hate crimes against the lives of vulnerable minorities

a vida de minorias vulneráveis e o crime de genocídio. Conclui pela necessidade urgente de adoção das recomendações dos organismos internacionais de defesa dos direitos humanos e, assim, qualificar as respostas do campo jurídico à questão dos crimes de ódio.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes de ódio – Direitos fundamentais – Deveres de proteção – Crimes contra a vida – Genocídio.

and the crime of genocide. It concludes by the urgent need to adopt the recommendations of the international human rights organizations and thus to qualify the legal responses to the issue of hate crimes.

KEYWORDS: Hate crimes – Fundamental rights – Duties of protection – Crimes against life – Genocide.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os debates acerca dos *hate crimes* ou *bias crimes* no direito estadunidense. 2.1. Justificativas favoráveis à edição de leis sobre *hate crimes*. 2.2. Críticas à adoção de uma legislação sobre *hate crimes*. 2.3. Os deveres estatais de proteção e o *fair protection paradigm*. 3. Crimes de ódio no Brasil: histórico e contexto fático atual. 3.1. Fundamentos constitucionais para a criminalização da violência por ódio no Brasil. 3.1.1. Deveres estatais de proteção e mandados de criminalização. 3.1.2. Os mandados de criminalização e os crimes de ódio. 3.1.3. Os crimes de ódio e o dever estatal de proteção dos direitos fundamentais em face de crimes hediondos. 3.1.4. Deveres de proteção "reforçados?". 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Há pelo menos uma década, debate-se acerca da conceituação dos denominados *crimes de ódio* e da justificativa para sua normatização em vários países, em especial diante de crimes de homicídio. Em que pese extensa produção bibliográfica e legislativa acerca dos *hate crimes* no direito internacional e no direito comparado, no Brasil, a questão não tem sido debatida com a mesma intensidade e com semelhante abordagem.

Na doutrina brasileira, há poucos estudos sobre o tema e, em geral, com enfoques mais restritos, versando sobre crimes homofóbicos ou feminicídio. No campo legislativo, se tomarmos como hipótese argumentativa o homicídio praticado por ódio, não há – com exceção das hipóteses de feminicídio – normas específicas que incluam em elementos normativos do tipo a motivação preconceituosa ou discriminatória¹. Com o advento da Lei 12.720/12, houve tratamento normativo mais rígido, mas não em razão da motivação preconcei-

1. Há projeto de lei sobre o tema, tramitando na Câmara dos Deputados, sob o número 7582/2014, de relatoria da Deputada Maria do Rosário. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=616270]. Acesso em: 12.06.2017.

tuosa ou discriminatória, e sim pela qualidade do agente enquanto integrante de grupo de extermínio². Nos tribunais, há pronunciamentos diversos, em geral qualificados pela motivação, ora tida por fútil³, ora considerada “torpe”⁴.

Esse quadro pode ser compreendido a partir de múltiplos fatores: históricos, estruturais e conjunturais próprios da sociedade brasileira. Com efeito, se o processo de desconstrução do “mito do brasileiro cordial” já não estivesse em estado avançado por obra da atual crítica sociológica⁵, certamente a “última pá de cal” seria a revelação pela mídia e pelas redes sociais de uma habilidade até então pouco conhecida para a produção em larga escala de discursos de intolerância e incitação à violência⁶, bem como pelas estatísticas – ainda que incompletas e não sistematizadas – sobre os altos índices de crimes motivados por ódio, como será adiante exposto. O brasileiro também é intolerante, preconceituoso e discriminatório e, não raras vezes, tais sentimentos disparam manifestações de violência intensas e brutais. Há – e sempre houve – ódio em terras brasileiras, inegavelmente.

Diante dessa realidade, este artigo pretende contribuir para o debate acerca da possível justificativa para a adoção de uma legislação sobre crimes de ódio no Brasil, com enfoque específico no homicídio e sua conformidade com a Constituição Federal de 1988.

Para tanto, iniciará elencando argumentos de estudiosos estadunidenses que se dedicaram ao tema. A escolha do debate estadunidense justifica-se pela qualidade e volume da produção acadêmica⁷, pela existência de precedente da

-
2. BRASIL, Lei 12.720, de 27 de setembro de 2012. Dispõe sobre o crime de extermínio de seres humanos; altera o Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União, 28 de setembro de 2012. p. 1.
 3. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 302.954. Relatora Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, DJe 04.09.2014.
 4. SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Habeas Corpus 0043692-30.2015.8.26.0000, j. 20.08.2015.
 5. SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: Ed. Leya, 2015. p. 39-50.
 6. Disponível em: [<http://oglobo.globo.com/sociedade/brasil-cultiva-discurso-de-odio-nas-redes-sociais-mostra-pesquisa-19841017>]. Acesso em: 08.02.2017; Disponível em: [www.comunicaquemuda.com.br/dossie/intolerancia-nas-redes/]. Acesso em: 31.05.2017; Disponível em: [<http://indicadores.safernet.org.br/>]. Acesso em: 31.05.2017.
 7. São exemplo, entre outros, os seguintes textos: ALTMAN, Andrew. The democratic legitimacy of bias crimes laws: public reason and the political process. *Law and philosophy* (2001), 20 (2), p. 141-173; ALTSCHELLER, Donald. *Hate crimes: a reference*

Suprema Corte⁸ e, ainda, pela adoção de numerosas leis⁹, no plano estadual e federal, sobre a questão naquele ordenamento jurídico.

Em um segundo momento, partindo-se do pressuposto de que o programa normativo constitucional brasileiro institui o mandamento antidiscriminatório como conteúdo fundamental, o artigo busca sustentar que a adoção de um tratamento penal mais rigoroso para o crime de homicídio por ódio decorre da dimensão objetiva do direito fundamental à vida e dos deveres estatais de proteção. Para tanto, buscará identificar a possível existência, no ordenamento

handbook. 3rd ed. Santa Bárbara: ABC-CLIO, 2015; GREENAWALT, Kent. Reflections on justifications for defining crimes by the category of victim. *1993-1993 Annual Survey of American Law*. New York: New York University School of Law, 627. p. 617; HAREL, Alon; PARCHOMOVSKY, Gideon. On hate and equality. *The Yale Law Journal*, v. 109. Yale, 1999. p. 512-513; HURD, Heidi; MOORE, Michael. Punishing hatred and prejudice. *Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series*, Research paper n. 3-17, novembro 2003; JACOBS, James B.; POTTER, Kimberly. *Hate crimes, criminal law and identity politics*. Oxford: Oxford University Press; KAHAN, Dan M. Two liberal fallacies in the hate crimes debate. *Law and philosophy* vol. 20, n. 2, 2001. p. 175-193; LAWRENCE, Frederick M. Punishing hate: bias crimes under american law. *Criminal Justice Review*, Spring, 2001, v. 26(1). p. 109 (2); LEVIN, Jack; McDEVITT, Jack. *Hate crimes: the rising tide of bigotry and bloodshed*. New York: Plenum, 1993; MEYER, Doug. Resisting hate crimes discourse: queer and intersectional challenges to neoliberal hate crimes laws. *Critical Criminology* 22, 2014; TOMSEN, Stephen. Homophobic violence, cultural essentialism and shifting sexual identities. *Social & legal studies*, v. 15, n. 3, agosto 2016. p. 389-407; TORRES, Diana M. Bias crimes legislation: a constitutional rebuttal to sticks and stones..., *Akron Law Review*, v. 26: Iss. 1, Article 5, 1993. Disponível em: [www.uakron.edu/dotAsset/c2ae6912-b-203-460c-81b2-71b4293cf866.pdf]. Acesso em: 11.06.2017; WANG, Lu-In. Hate crime and everyday discrimination. Influences of and on the social context. *Rutgers Race & The Law Review*, v. 4, U. of Pittsburgh Legal Studies Research, 2002. p. 1. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1367882]. Acesso em: 11.06.2017; WANG, Lu-In. The complexities of 'hate'. *Ohio State Law Journal*, v. 60, n. 3, 1999. p. 799-867; WEISBURD, Steven Bennett; LEVIN, Brian. On the basis of sex: recognizing gender-based "bias crimes". *Stanford law and policy review*, v. 5, n. 2, junho de 1994. p. 21-48.

8. *Wisconsin v. Mitchell*, 508 U. S. 476 (1993).

9. As legislações federal e estaduais sobre crimes de ódio adotadas nos Estados Unidos estão catalogadas no seguinte relatório, produzido pelo serviço de pesquisa legislativa do Congresso Nacional estadunidense. Disponível em: [www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ah-UKEwjK5bCZpLfXAhULIpAKHXGSCJ0QFggqMAA&url=https%3A%2F%2Ffas.org%2Fsgp%2Fcrs%2Fmisc%2FRL33099.pdf&usg=AOvVaw2aHA2mQiNE-IGUaw9PmVyF]. Acesso em: 11.11.2017.

constitucional brasileiro, de mandado de criminalização de ofensas, lesões ou ameaças de lesão, por ódio, ao direito fundamental à vida. Nessa perspectiva serão examinados elementos dos homicídios por ódio e dos crimes de genocídio, realizando-se cotejo com a finalidade de verificar a possível existência de elementos comuns.

2. OS DEBATES ACERCA DOS *HATE CRIMES* OU *BIAS CRIMES* NO DIREITO ESTADUNIDENSE

As discussões acerca da necessidade de conferir tratamento normativo específico aos crimes cuja dinâmica manifesta um componente de preconceito, discriminação ou ódio, seja pela motivação do agente, pela maior culpabilidade ou maior reprovabilidade da conduta ou pelo critério de seleção das vítimas, ganhou maior densidade na cena jurídica norte-americana em meados da década de 1980¹⁰.

Como aponta Torres¹¹, há pelo menos três formas possíveis de estatuir acerca dos crimes de ódio: exacerbando as penas para crimes já existentes quando comprovada a motivação preconceituosa; explicitando e proibindo certas condutas presumidamente praticadas por motivação de preconceito, tal como a queima das cruzes e, por fim, protegendo certos direitos fundamentais de forma mais específica. As legislações norte-americanas seguiram a primeira opção lastreada no modelo proposto pela organização não governamental Anti-defamation League¹².

Assim, prevaleceu no direito norte-americano o modelo que os situa entre crimes comuns, tais como homicídio, incêndio criminoso ou vandalismo, caracterizados por um elemento adicional de preconceito ou ódio dirigido a certas pessoas em razão de seu pertencimento a grupos minoritários, o que vai resultar em sanções mais rigorosas. Ou seja, crimes de ódio, no direito norte-

10. ALTSCHILLER, Donald. *Hate crimes: a reference handbook*. 3rd ed. Santa Bárbara: ABC-CLIO, 2015. p. 5.

11. TORRES, Diana M. Bias crimes legislation: a constitutional rebuttal to sticks and stones..., *Akron Law Review*, v. 26: Iss. 1, Article 5, 1993. Disponível em: [www.uakron.edu/dotAsset/c2ae6912-b203-460c-81b2-71b4293cf866.pdf]. Acesso em: 11.06.2017. p. 101.

12. TORRES, Diana M. Op. cit., p. 101; WANG, Lu-In. Op. cit., p. 800; Anti-defamation league, hate crimes laws: a comprehensive guide. Disponível em: [www.adl.org/sites/default/files/documents/assets/pdf/combating-hate/Hate-Crimes-Law.pdf]. Acesso em: 11.06.2017. p. 2.

-americano, são aqueles praticados contra membros de um grupo específico basicamente em razão de seu pertencimento àquele determinado grupo¹³.

A adoção desse modelo é constatada, por exemplo, pela definição usada pelo FBI para fins estatísticos: “ofensa criminal contra uma pessoa ou propriedade motivada no todo ou em parte pelo preconceito do ofensor contra uma raça, religião, deficiência, orientação sexual, etnia, sexo ou identidade de gênero”¹⁴.

Os registros históricos dessa espécie de crime nos Estados Unidos remontam à época dos linchamentos de negros por máfias brancas nos Estados do Sul, no período entre as décadas de 1880 a 1930, a denominada *lynching era*¹⁵. No entanto, o termo somente foi utilizado em 1985, nas discussões parlamentares que antecederam a edição das primeiras leis federais a tratar do assunto, já na década de 1990¹⁶.

No plano dos estados, a Califórnia já havia editado uma lei aumentando penas nos crimes motivados por preconceito em 1978. Embora existam variações de conteúdo, todos os estados dos Estados Unidos, com exceção de cinco, adotaram leis específicas para crimes praticados por ódio fundado em critérios de raça, religião e etnicidade. Sendo que 31 Estados da federação norte-americana editaram leis baseadas no critério da orientação sexual e 15 possuem leis fundadas em identidade de gênero¹⁷. Além da fixação de critérios e determinação de coleta obrigatória de estatísticas e monitoramento dessa espécie de crimes, a maior parte dessas leis seguiu o modelo proposto pela ADL e estabeleceu punições mais severas para os crimes praticados com motivação de ódio.

Dessa forma, nos Estados Unidos, os condenados por *hate crimes* recebem penas de maior duração em comparação aos condenados por crimes praticados com outras motivações.

Conquanto exista um razoável acordo sobre a definição e o modelo normativo dos *hate* ou *bias crimes*, notadamente após a edição das leis federais e estaduais já mencionadas, o mesmo não ocorre no que tange à sua justificação.

13. ALTSCHILLER, Donald. *Hate crimes: a reference handbook*. 3rd ed. Santa Bárbara: ABC-CLIO, 2015. p. 4.

14. Disponível em: [www.fbi.gov/investigate/civil-rights/hate-crimes]. Acesso em: 24.03.2017.

15. WANG, Lu-In. The complexities of ‘hate’. *Ohio State Law Journal*, v. 60, n. 3, 1999. p. 799-867.

16. ALTSCHILLER, Donald. Op. cit., p. 5.

17. MEYER, Doug. Resisting hate crimes discourse: queer and intersectional challenges to neoliberal hate crimes laws. *Critical Criminology* 22, 2014. p. 114.

O desacordo gravita em torno da admissibilidade e justificativa para punições mais severas aos agentes dessa espécie de crimes, em comparação com outros crimes similares, praticados sem o elemento de preconceito ou ódio em sua contextualização.

As primeiras abordagens favoráveis à demanda de sanções diferenciadas para os *hate crimes* tinham como fundamento, essencialmente, a maior reprovabilidade moral dos crimes motivados por preconceito ou ódio em comparação com os demais crimes isentos de tal motivação ou, ainda, o maior grau de culpabilidade do agente, o que legitimaria a exasperação da pena.

Os oponentes à punição com maior severidade dos crimes motivados por preconceito ou ódio argumentam que inexistente diferença ontológica entre essa espécie de crimes e os demais e rechaçam a ideia do grau mais acentuado de culpabilidade, em comparação com os demais crimes praticados sem tal motivação, se presentes outras motivações moralmente reprováveis tais como o vício, o ciúme, o desprezo ou o puro sadismo.

Outras abordagens focadas na finalidade de maior proteção às vítimas buscaram superar as deficiências conceituais e argumentativas do paradigma *maior reprovabilidade e maior culpabilidade*. Assim, à consideração de que algumas pessoas, em razão de seu pertencimento a determinados grupos, são mais expostas aos riscos de crimes, desenvolveram-se argumentações centradas no dever do Estado de prestar uma justa proteção a esses cidadãos, como imperativo das teorias de justiça.

A seguir serão apresentados de forma sintética os principais argumentos de cada uma dessas visões acerca da legitimidade do tratamento dos *hate crimes* ou *bias crimes* como categoria específica.

2.1. *Justificativas favoráveis à edição de leis sobre hate crimes*

Os defensores da normatização dos crimes de ódio como categoria própria apresentam justificativas também fundadas em estudos empíricos, como já visto, bem como argumentos radicados nas ciências sociais, na psicologia social, abordagens filosóficas e nas bases históricas e jurídicas do direito da antidiscriminação.

As justificativas baseadas em estudos empíricos¹⁸ apontam que as vítimas de crimes de ódio apresentam maiores índices de depressão e ansiedade em

18. HEREK, Gregory M.; GILLIS, J. Roy; COGAN, Jeanine C; GLUNT, Eric K. Hate crime victimization among lesbian, gay, and bisexual adults. *Journal of Interpersonal Violence*, 1997, v.12(2). p. 212.

comparação com vítimas de outros crimes violentos. Outros acentuam que a prática dos crimes de ódio e sua ampla divulgação pelos meios de comunicação acabam por provocar o denominado *chilling effect*, ou seja, o efeito silenciador nas comunidades afetadas, modificando seus hábitos, seu comportamento e, no limite, seu modo de ser e sua espontaneidade¹⁹.

Há ainda correntes que defendem as legislações sobre os *hate crimes* ao argumento de que sua adoção demonstra a preocupação de toda a sociedade com os direitos das minorias vulneráveis. Alguns cientistas sociais defendem que as leis sobre os *hate crimes* são portadoras de valores simbólicos e sua adoção tem, ainda, o potencial de garantir segurança e respeito por todos os cidadãos.

De acordo com alguns juristas, as leis acerca dos *hate crimes* possuem analogia com as leis do movimento *civil rights*, uma vez que estabelecem sanções à violência também por critérios fundados em raça, gênero, etnia, religião, entre outros fatores imutáveis.

Outros ainda consideram que a violência direcionada contra um integrante de grupo vulnerável, em razão de seu pertencimento a esse grupo, caracteriza uma forma de *opressão ao grupo* justificando, por essa razão, a adoção pelo Estado de sanções mais severas.

Quanto às oposições dos filósofos liberais, em especial aquelas direcionadas à crítica da valoração dos motivos do crime para a exasperação das penas, Dan Kahan²⁰ salienta que tal prática é frequente nos domínios do direito penal norte-americano, seja no que tange à definição dos demais crimes, seja no que tange a benefícios em favor do réu, tal como no caso das normas sobre a legítima defesa ou aos benefícios concedidos ao réu que comete a ação motivada por relevante valor moral.

Em verdade, sustenta Kahan, a crítica dos filósofos liberais às legislações que disciplinam os *hate crimes* origina-se da constatação de que os valores por elas representados ainda não estão suficientemente estabelecidos nas democracias liberais. São valores emergentes, em sua visão. Dessa forma, a legislação acerca dos *hate crimes* reflete valores progressistas e que ainda sofrem resistências por setores mais conservadores.

19. ALTSCHILLER, Donald. Op. cit., p. 39. Aplicado à liberdade de expressão e discursos de incitação ao ódio: FISS, Owen F. *A ironia da liberdade de expressão*. Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 47-49.

20. KAHAN, Dan M. Two liberal fallacies in the hate crimes debate. *Law and philosophy*, v. 20, n. 2, 2001. p. 175-193.

Andrew Altman também endossa os argumentos favoráveis à legislação dos *hate crimes* e o faz exatamente com base no paradigma liberal de John Rawls. Segundo Altman,

[...] o ponto focal deve se situar em que o dano dos crimes de ódio tem um impacto distributivo que põe em questão o princípio da igualdade de cidadania: o dano ameaça minar esse princípio. Tal é o tipo de dano que, a partir da perspectiva da razão pública (Rawls), pode fornecer suficiente força normativa para justificar até leis que envolvam a estigmatização de certos valores e crenças políticas. E é o tipo de dano que pode explicar por que as leis antidiscriminatórias são razoáveis de uma perspectiva pública: essas leis estigmatizam, mas são cruciais para evitar o tipo de dano que perpetua ou cria o *status* de cidadãos de segunda classe para certos grupos sociais²¹.

2.2. Críticas à adoção de uma legislação sobre *hate crimes*

Tradicionalmente, a justificação utilizada para fundamentar a necessidade de uma punição mais rigorosa aos *hate crimes* nos Estados Unidos prende-se aos seguintes argumentos: (1) maior culpabilidade do agente, (2) maior grau de reprovabilidade da conduta; (3) maior brutalidade no resultado, com maiores sequelas físicas e psicológicas nas vítimas em comparação com outros crimes não motivados por preconceito.

Os critérios da maior culpabilidade e do maior grau de reprovabilidade partem da premissa de que os crimes praticados em razão de preconceito são moralmente mais reprováveis que outros crimes motivados por outras razões²². Para além das críticas derivadas de uma inadequada penetração da moral nos domínios do direito, o argumento ainda é criticado por se mostrar falho, segundo seus oponentes. Esses estudiosos apontam que a motivação lastreada em preconceito pode apresentar-se tão moralmente reprovável quanto a motivação fundada em compulsão, vício, ciúmes, desprezo ou puro sadismo²³.

Já o critério fundado na maior brutalidade dos crimes motivados por ódio é defendida por Levin e McDevitt, com base em estudos empíricos²⁴. No en-

21. ALTMAN, Andrew. The democratic legitimacy of bias crimes laws: public reason and the political process. *Law and philosophy*, v. 20, n. 2, 2001. p. 141-173.

22. HAREL, Alon; PARCHOMOVSKY, Gideon. On hate and equality. *The Yale Law Journal*, v. 109. Yale, 1999. p. 512-513.

23. MURPHY, Jeffrie G. Bias crimes: what do haters deserve? *Criminal Justice Ethics*, v. 11, 1992. p. 23.

24. LEVIN, Jack; McDEVITT Jack. *Hate crimes: the rising tide of bigotry and bloodshed*. New York: Plenum, 1993.

tanto, tal justificativa também sofre críticas na medida em que os antagonistas dessa visão contestam os estudos por ausência de comparação com o percentual de crimes brutais praticados sem motivação preconceituosa, o que não autorizaria chegar à conclusão de que os crimes de ódio ou de preconceito são “brutais” por definição e, portanto, merecem ser sancionados mais duramente pelo Estado.

A brutalidade da conduta criminoso, em verdade, deveria ser critério de exasperação da sanção penal para todos os crimes, independentemente da motivação, segundo afirmam os críticos dessa tese.

Uma perspectiva semelhante foi adotada pela Suprema Corte norte-americana no caso *Wisconsin v. Mitchell* no qual se afirmou que os crimes de ódio são “mais propensos a infligir diferentes danos emocionais em suas vítimas”. Wiesburd e Levin²⁵ defendem o mesmo posicionamento com base em estudos da National Institute Against Prejudice and Violence (NIAPV), nos quais são apontados danos psicológicos e emocionais mais intensos nas vítimas de crimes de ódio. Mais uma vez, os críticos da abordagem diferenciada para crimes de ódio apontam que o critério do dano emocional mais intenso também é falho, na medida em que os estudos não realizaram as necessárias comparações entre as vítimas dos crimes de ódio e as vítimas de crimes “comuns”, vale dizer, não motivados por preconceito ou ódio a grupos.

Outra justificativa apontada para a abordagem diferenciada dos crimes de preconceito reside em seu impacto em terceiros, tanto nos integrantes do grupo ao qual pertence a vítima, quanto na sociedade em geral. Nesse sentido, Greenawalt destaca que a tolerância para com a prática dessa categoria de crimes pode “ameaçar e humilhar outros membros da comunidade” e, ainda, “reforçar divisões sociais e fomentar o ódio”²⁶.

Novamente, os críticos dessa abordagem apontam para a insuficiência do critério, já que outros crimes não motivados por ódio ou preconceito também lançam efeitos em terceiros e na sociedade em geral, tal como, o sequestro e assassinato de uma criança. O impacto sobre a família, a comunidade e a sociedade, em geral, são enormes e não se diferenciam, segundo os críticos, dos crimes motivados por ódio.

25. WEISBURD, Steven Bennett; LEVIN, Brian. On the basis of sex: recognizing gender-based bias crimes. *Stanford law and policy review*, v. 5, n. 2, jun. 1994. p. 21-48.

26. GREENAWALT, Kent. Reflections on justifications for defining crimes by the category of victim. *1993-1993 Annual Survey of American Law*. New York: New York University School of Law, 627. p. 617.

Há ainda objeções fundadas nas consequências sociológicas e criminológicas da adoção das legislações específicas sobre os *hate crimes*. Jacobs e Potter²⁷ apontam que o termo *hate crimes* introduz políticas identitárias nos domínios da lei penal, o que reputam inapropriado por tornar o agente do crime um foco de lutas entre grupos, em razão de raça, gênero, sexualidade e religião. Dessa forma, a previsão de sanções diferenciadas seria responsável por uma crescente “politicização” do problema, contexto que contribuiria para acentuar a polarização social, colocando um grupo contra outro, acentuando as divisões de uma sociedade já gravemente fraturada.

No plano filosófico, adeptos das teorias liberais sustentam que as legislações específicas sobre *hate crimes*, ao punir de forma específica o preconceito, acabam por estabelecer uma quebra da neutralidade que o Estado liberal deve manter em relação aos indivíduos e suas particulares concepções de moralidade, o que é requisito fundamental para a democracia²⁸.

Representativo, nesse sentido, é o pensamento de Heidi Hurd²⁹ para quem a adoção de legislações *hate crimes*, mesmo nos restritos termos em que adotada, por exemplo, no Estado de Wisconsin e discutida no precedente *Wisconsin v. Mitchell*, consiste em um “desvio” do requisito da neutralidade que deve definir um estado liberal, em sua visão.

Hurd refuta as principais teses que endossam as justificativas para a adoção de legislações para os *hate crimes* com os seguintes argumentos: (1) a *wrong-doing thesis*, segundo a qual os *hate crimes* provocam danos múltiplos à vítima (sequelas psiquiátricas, p. ex.), espalha o medo em sua comunidade de pertencimento e ameaça a ordem social, carece de respaldo conceitual e consistência moral; (2) a *expressivist thesis*, segundo a qual, uma sentença que impõe penas mais duras ao perpetrador do *hate crime* consiste em uma legítima “denúncia” de rejeição a esse tipo de conduta desrespeitosa à comunidade também não se sustenta. Para Hurd, o ato criminoso, num *hate crime*, dificilmente permite a leitura de uma mensagem estável a ensejar uma resposta jurisdicional precisa.

Por fim, Hurd refuta a tese de que os *hate crimes* traduzem maior culpabilidade do agente contestando o uso da legislação penal para *punir vícios ou cultivar virtudes*.

27. JACOBS, James B.; POTTER, Kimberly. *Hate crimes, criminal law and identity politics*. Oxford: Oxford University Press. p. 41-42.

28. BAMFORTH, Nicolas; MALIK, Maleiha; O’CINNEIDE, Colm. *Discrimination law: theory and context*. Text and materials. London: Sweet and Maxwell, 2008. p. 501.

29. HURD, Heidi; MOORE, Michael. Punishing hatred and prejudice. *Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series*, Research paper n. 3-17, nov. 2003. p. 112.

Conclui que:

[...] talvez a lei seja uma ferramenta muito eficaz para realizar o aperfeiçoamento pessoal para negar seu uso àqueles que podem mostrar que males como o racismo, o sexismo e a homofobia e outras formas de ódio e preconceito podem ser reduzidos sem custos significativos para aspectos do caráter que nós valorizamos. Mas o ônus reside naqueles que operariam sobre as personalidades das pessoas com o instrumento mais poderoso do Estado para nos assegurar de que deles extraiam somente aquilo que está doente³⁰.

Outras críticas situam-se não propriamente nas justificativas para a adoção das legislações *hate crimes*, mas mais precisamente em seus efeitos, no contexto do sistema judiciário e carcerário norte-americano. Nesse sentido, Doug Meyer³¹ sustenta que a despeito do relevante objetivo de reduzir o preconceito e a discriminação contra as vítimas dos crimes de ódio, tais legislações, ao conferir aos acusadores a possibilidade de impor aos condenados penas extraordinariamente duras, em associação com os mecanismos do *plea bargain* e do *sentencing guidelines*, acabaram por expandir demasiadamente o poder de controle estatal, a ponto de encorajar réus a aceitarem acordos, mesmo por crimes que não cometeram, agravando o problema de alto índice de encarceramento nos Estados Unidos. Conclui Meyer que, na prática judiciária norte-americana, as legislações *hate crimes* acabaram muito mais por reforçar, do que diminuir as desigualdades sociais, conduzindo movimentos sociais tidos por progressistas, tais como as organizações LGBT, ao equívoco de aderir ao movimento punitivo *tough on crime* que emergiu na década de 1980, durante a era Reagan, paralelamente à consolidação das políticas econômicas neoliberais.

2.3. Os deveres estatais de proteção e o fair protection paradigm

Entre as várias correntes que buscam justificar o maior rigor na punição dos crimes motivados por preconceito, destacam-se aquelas situadas no âmbito do direito da antidiscriminação, tal como a *fair protection paradigm*.

Alon Harel e Gideon Parchomovsky³², com base nas teorias da justiça de matriz liberal de Rawls, Dworkin e Joseph Raz, defendem que o *fair protection*

30. HURD, Heidi M. Why liberals should hate 'hate crimes legislation'. *Law and philosophy*, v. 20. Berlim: Springer, 2001. p. 215-232.

31. MEYER, Doug. Resisting hate crimes discourse: queer and intersectional challenges to neoliberal hate crimes laws. *Critical Criminology* 22, 2014. p. 114.

32. HAREL, Alon; PARCHOMOVSKY, Gideon. On hate and equality. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 109, 1999. p. 507-539.

paradigm constitui justificação conceitual e filosófica mais consistente que as justificativas ancoradas nos paradigmas da maior reprovabilidade/culpabilidade, da magnitude dos danos ou da brutalidade empregada na execução dos *hate crimes*.

Segundo os autores, a proteção contra o crime é um bem produzido pelo sistema de justiça criminal o qual, assim como os demais bens produzidos pelo Estado, devem ser distribuídos de forma igualitária. Desse modo, como consequência dessa visão, aqueles que estão em situação de particular vulnerabilidade em face do crime, devem merecer maior proteção. As normas acerca dos crimes de ódio ou de preconceito, dessa forma, são concebidas para prover maior proteção àqueles que sofrem discriminação em razão de algum dos critérios de diferenciação relativos ao sexo, raça, etnia, deficiência, orientação sexual, situação de rua, origem ou qualquer outro critério que acarrete em uma experiência de subordinação diante de grupos dominantes.

De acordo com o *fair protection paradigm*,

[...] diferentes sanções não discriminam entre criminosos em igual situação. Ao contrário, reflete as diferentes obrigações por parte do Estado de dar proteção a vítimas que diferem em sua vulnerabilidade ao crime. Assim como um pai possui maiores obrigações de proteção em relação a seus filhos não pode ser percebida como discriminatória, assim também os maiores deveres do Estado na proteção de seus membros mais vulneráveis tampouco podem ser descritos como discriminatórios. O paradigma da *reprovabilidade-culpabilidade* não considera tais preocupações porque o conceito de igualdade no qual se assenta é insuficiente para capturar a complexidade das interações humanas³³.

Assim, ao editar uma lei que trate de forma mais rígida os crimes de ódio, com base no entendimento de que semelhante medida irá acarretar uma melhor distribuição da tutela penal entre os cidadãos, o *fair protection paradigm* acaba por fornecer concepção mais abrangente dessa espécie de crime, uma vez que o critério predominante para sua aplicação não mais residirá na motivação do agente, mas sim na qualidade da vítima. Dessa forma, o paradigma amplia o campo de aplicação das normas “antiódio”, na medida em que há diversas situações em que os integrantes dos grupos estigmatizados são vitimados por crimes de ódio sem que, no entanto, a motivação preconceituosa seja a verdadeira causa, ou, ao menos, a causa determinante da prática criminosa.

33. HAREL, Alon; PARCHOMOVSKY, Gideon. Op. cit., p. 525-526, destaque dos autores.

É o que acontece, por exemplo, nos casos em que o agente escolhe a vítima não em razão de preconceito ou ódio, mas apoiado na crença de que tais crimes não são investigados ou punidos com a mesma eficácia pelo sistema de justiça.

Ou ainda, nos casos denominados por Frederick M. Lawrence³⁴ como *violent show-off*, fenômeno no qual o perpetrador do crime intenciona atacar a vítima de forma a impressionar seus amigos. Nas palavras de Lawrence:

Para ele, não é importante que a própria maneira de proceder exija a seleção discriminatória de uma vítima. Embora a dimensão racialmente discriminatória do ato violento do *show-off* não esteja relacionada com o propósito de sua conduta, ele age com o conhecimento do preconceito de seus amigos³⁵.

Dessa forma, constata-se que as construções teóricas inerentes ao *fair protection paradigm* apoiam-se no dever estatal de prestar maior proteção aos grupos em situação de maior vulnerabilidade, em razão dos critérios de sexo, raça, sexualidade, gênero, situação de rua, religião, etnia, deficiência, entre outros.

O *fair protection paradigm* também não é isento de críticas. Richardson e May³⁶ e Tomsen³⁷ apontam que o reconhecimento de que as vítimas dos *hate crimes* são mais merecedoras de proteção estatal do que outras reproduz estereótipos, à medida que, implicitamente, atribui-lhes uma desvalia. De outro lado, a visão de que os perpetradores dos *hate crimes* são pessoas mais violentas e capazes de atos de extrema crueldade também pode ser um “tiro pela culatra”, já que os agentes dos crimes em melhor situação econômica poderão contratar defesa tecnicamente mais competente e os agentes de menor poder aquisitivo correrão o risco de ver-se “rotulados” no âmbito de um sistema criminal tendente a reproduzir representações negativas já presentes no imaginário social, associando o suposto caráter violento do agente às características de classe, raça, sexo, gênero e orientação sexual, em detrimento dos mesmos grupos cuja legislação dos *hate crimes* se propõe a proteger.

Essa é a argumentação desenvolvida, por exemplo, por Doug Meyer para quem o discurso dos *hate crimes* deve ser desafiado pelos movimentos *queer* e

34. LAWRENCE, Frederick M. Punishing hate: bias crimes under American law. *Criminal Justice Review*, Spring, v.26(1), 2001. p. 74.

35. LAWRENCE, Frederick M. Op. cit., p. 75.

36. RICHARDSON, Diane; MAY, Hazel. Deserving victims? Sexual status and the social construction of violence. *Sociological Review*, v. 47, n. 2, jan. 2017. p. 308-331.

37. TOMSEN, Stephen. Homophobic violence, cultural essentialism and shifting sexual identities. *Social & Legal Studies*, v. 15, n. 3, ago. 2016. p. 389-407.

interseccionais por se fundar na crença de que pessoas cometem violência porque “odeiam” outras pessoas e não porque as estruturas sociais estão dispostas de forma desigual³⁸.

O argumento é rebatido, entre outros, por Lu-In Wang³⁹, Professora da Universidade de Pittsburg, que após analisar pesquisas empíricas e históricas dos crimes da era dos linchamentos e dos crimes contra gays cometidos na segunda metade do século XX, concluiu que tais manifestações de violência contra integrantes dos grupos estudados não poderiam ser examinadas sob a moldura restrita da motivação por ódio, mas, exatamente como propugna Meyer, inserida no contexto amplo das estruturas sociais que criam facilidades para tais práticas – desde o menor empenho das autoridades na investigação e punição, a complacência de pais e educadores e todo o tipo de recompensas obtidas historicamente com a prática reiterada de atos de violência por ódio – reforços de autoestima, ritos de passagem, até mesmo econômicas como a pressão pelo abandono de territórios para a compra posterior, na época dos linchamentos de negros nos Estados do Sul dos Estados Unidos. Entretanto, afirma a pesquisadora, a complexidade das manifestações da violência por ódio não retira a validade das leis *hate crimes* nem a justificação para sua adoção. Antes, em vez de questionar a permanência dessas leis, o esforço dos pesquisadores do tema, segundo ela, deve ser o de apontar deficiências para aprimorar sua eficácia, sem o abandono da ideia de uma categoria normativa própria.

3. CRIMES DE ÓDIO NO BRASIL: HISTÓRICO E CONTEXTO FÁTICO ATUAL

O estudo do contexto histórico dos crimes de ódio nos Estados Unidos não pode passar ao largo do período escravista e da terrível era dos linchamentos. No Brasil, do mesmo modo, não se pode iniciar o estudo dos crimes de ódio sem destacar os genocídios indígenas e o fato de se tratar do último país do mundo a abolir a escravidão negra⁴⁰. Durante o período em que a escravidão ainda era uma prática incorporada ao sistema jurídico pátrio, há abundantes

38. MEYER, Doug. Op. cit., p. 123.

39. WANG, Lu-In. The complexities of ‘hate’. *Ohio State Law Journal*, v. 60, n. 3, 1999. p. 799-867; WANG, Lu-In. Hate crime and everyday discrimination. Influences of and on the social context. *Rutgers Race & The Law Review*, v. 4, U. of Pittsburgh Legal Studies Research, 2002. p. 1. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1367882]. Acesso em: 11.06.2017.

40. MOURA, Clóvis. *Os quilombos e a rebelião negra*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1981. p. 12.

registros históricos da dura repressão aos quilombos, expedições nas quais se praticavam os crimes mais brutais contra homens, mulheres, crianças e idosos negros, indistintamente.

Essa herança histórica ainda molda o tempo presente, como evidenciam os dados acerca do altíssimo número de homicídios de jovens negros, descrito pelos movimentos sociais e por organizações internacionais de direitos humanos como *genocídio da juventude negra*⁴¹.

Esse contexto de violência, fartamente documentado em estatísticas e relatórios de organizações não governamentais, elaborados a partir de dados coletados em órgãos públicos, também vitimiza integrantes de outras minorias.

O relatório anual do Grupo Gay da Bahia (GGB) contabilizou 318 homicídios de gays, travestis e lésbicas no ano de 2015⁴², o que equivale a uma morte violenta a cada 27 horas. No ano de 2012, a cifra alcançou o número de 338 mortes, um assassinato a cada 26 horas.

A situação se repete no que tange às pessoas em situação de rua⁴³, índios⁴⁴, mulheres⁴⁵, negros adultos⁴⁶ etc. Em todos os relatórios consultados, há menção à prática da subnotificação, o que é sugestivo de que talvez tais cifras sejam

41. O relatório da Organização das Nações Unidas sobre Minorias, do ano de 2016, publicou números alarmantes acerca das mortes violentas de jovens negros no Brasil: mais de 23.000 no ano. Disponível em: [<https://nacoesunidas.org/brasil-violencia-pobreza-e-criminalizacao-ainda-tem-cor-diz-relatora-da-onu-sobre-minorias/>]. Acesso em: 25.03.2017.

42. Disponível em: [<http://pt.calameo.com./read/0046502188e8a65b8c3e2>]. Acesso em: 29.06.2016.

43. De janeiro a junho de 2013 foram registrados 190 homicídios de moradores de rua no Brasil. Disponível em: [<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2014-07/violencia-e-mortes-de-moradores-de-rua-sao-temas-de-programa-da-tv>]. Acesso em: 29.06.2016.

44. O Conselho Indigenista Missionário relata que em 2014 foram 138 assassinatos de indígenas. O relatório sobre os números da violência contra indígenas encontra-se disponível em: [www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=publicacoes&cid=30]. Acesso em: 29.06.2016.

45. O Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil foi elaborado pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso), com o apoio do escritório no Brasil da ONU Mulheres, da Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde (OPAS/OMS) e da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM) do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos apontou que em 2013 foram contabilizados 4.762 homicídios de mulheres, ou seja, 13 feminicídios diários em 2013. Relatório disponível em:

ainda maiores, além da ausência de critérios uniformes para a formatação de estatísticas oficiais.

Os dados evidenciam que o ódio não é uma entidade abstrata, ou um sentimento fictício, não condizente com a altura dos nossos tempos⁴⁷. O ódio permeia as relações sociais e a cultura vigente no Brasil, cujo resultado se expressa nos números alarmantes da violência acima referidos.

Tal contexto de violência, estampado nos dados e relatórios acima referidos, tem por objetivo demonstrar que, para além das taxas de criminalidade que normalmente caracterizam os países de capitalismo tardio, é possível constatar a existência de cidadãos brasileiros que, em virtude de seu pertencimento a determinados grupos sociais, são ainda mais expostos ao crime. São *cidadãos de segunda classe*, nas palavras de Andrew Altman anteriormente reproduzidas.

Como visto, a experiência estadunidense demonstra que o volume da produção acadêmica, os debates no campo da política e do sistema judicial, além da organização de registros estatísticos oficiais criaram um cenário propício para o melhor entendimento do complexo fenômeno da violência por ódio.

De igual forma, as discussões das normas acerca dos *hate crimes* nos domínios da criminologia e do direito da antidiscriminação não apenas contribuíram para fornecer suporte jurídico-filosófico para sua evolução conceitual, com vistas à proporcionalidade das sanções penais para tais crimes, como também para a alteração dos padrões de coleta de dados estatísticos⁴⁸, modificação

[www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/violencias/feminicidio/#feminici%C2%A-Ddio-no-brasil]. Acesso em: 29.07.2016.

46. “O Atlas da Violência 2016 mostra que aumentou em 18,2% a chance de um negro ser assassinado, ao passo que ocorreu uma redução de 14,6% na taxa de homicídios de pessoas brancas, amarelas e indígenas. No que chama de ‘questão da violência por raça’ que ‘toma proporções inacreditáveis’, o estudo apresenta ainda um perfil etário dos que mais são vítimas de homicídio no Brasil” (Disponível em: [www.geledes.org.br/agora-e-com-eles-promotoras-legais-populares-da-restringa-convocam-os-homens-para-falar-sobre-violencia-contra-mulher/]. Acesso em: 29.07.2016).
47. ORTEGA Y GASSET. *La rebelion de las masas*. 3. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1981. p. 62.
48. Os relatórios periódicos produzidos pelo FBI (disponível em: [www.fbi.gov/news/stories/2015-hate-crime-statistics-released]. Acesso em: 11.11.2017) e pelo Bureau of Justice Statistics (Disponível em: [www.bjs.gov/index.cfm?ty=tp&tid=37]. Acesso em: 11.11.2017) projetam uma média anual de 260.000 ocorrências relacionadas a crimes de ódio nos Estados Unidos. Os relatórios também fornecem um panorama compreensivo sobre as diversas modalidades criminosas, os grupos vitimizados, os agentes dos crimes e as razões para a subnotificação. Tais relatórios têm auxiliado as autoridades

dos protocolos de atuação e maior capacitação das forças de segurança pública, além da alocação de recursos para o desenvolvimento de políticas públicas de educação para o respeito e a tolerância.

O real impacto da adoção dessas legislações nesses anos após sua vigência ainda é alvo de discussões, sobretudo se essa avaliação se resume ao decréscimo numérico nas taxas da criminalidade por ódio.

A despeito da persistência das críticas ao discurso legitimador das leis acerca dos *hate crimes*, tanto por setores mais conservadores, quanto por parte de setores mais progressistas da cena jurídica norte-americana, como já sintetizado na primeira parte deste trabalho, as medidas governamentais e legislativas relatadas, acompanhadas pela atuação de diversos setores da sociedade civil⁴⁹, indicam a adoção de uma estratégia consolidada sobre as bases de uma cultura de enfrentamento à criminalidade por ódio e que não dá mostras de abandono, a despeito das preferências dos governantes do momento.

Como destacam Hardy e Chakraborti:

[...] hoje sabemos mais sobre crimes de ódio do que jamais soubemos antes: sabemos mais sobre as pessoas que são vítimas de crimes de ódio assim como sobre aquelas que os cometem; mais sobre a natureza, a extensão e o impacto da opressão; e mais sobre a eficácia – ou a falta dela – das diferentes intervenções. Esses desenvolvimentos moldaram a compreensão ao longo de várias disciplinas acadêmicas, incluindo a criminologia, a psicologia, a sociologia, a história, as ciências políticas e os estudos jurídicos; dentro dos setores estatutários, voluntários e privados; e desde figuras consagradas da esfera política e da justiça penal, até ativistas, defensores e voluntários que fazem trabalho de base nas comunidades⁵⁰.

do sistema penal na condução das políticas públicas de enfrentamento à violência por ódio. A despeito disso, a discrepância entre os dados das duas agências governamentais e, ainda, entre os dados governamentais e aqueles coletados e sistematizados por organizações não governamentais (Disponível em: [www.splcenter.org/hatewatch/2016/11/15/update-more-400-incidents-hateful-harassment-and-intimidation-election], acesso em 11.11.2017) é alvo de críticas, diante dos indícios de manipulação por razões políticas. Confirma-se, neste sentido: [www.brennancenter.org/blog/combathate-crimes-we-first-need-know-how-many-there-are]. Acesso em: 11.11.2017.

49. Exemplificativamente: Anti-defamation league ([www.adl.org/]); Southern Poverty Law Center ([www.splcenter.org/]); Movement Advanced Project ([http://www.lgbt-map.org/]).

50. HARDY, Stevie-Jade; CHAKRABORTI, Neil. *Crimes de ódio*. In: CARLEN, Pat; FRANÇA, Leandro Ayres (Org.). *Criminologias alternativas*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017. p. 346.

Nesse sentido, a contribuição estadunidense no “estado da arte” sobre o tema é extremamente relevante, justificando-se o exame do conhecimento ali produzido e acumulado para os que se dispõem a analisar a temática em outros ordenamentos jurídicos. Assim, nos limites propostos para este artigo, que não permitem adentrar de forma mais consistente nos complexos debates criminológicos sobre o acerto dessa decisão, cumpre indagar se o ordenamento constitucional brasileiro dá respaldo a uma eventual opção legislativa que defina os crimes de ódio como categoria jurídica própria e, quiçá, busque sancioná-los de forma mais rígida, na esteira da experiência norte-americana.

Tal análise partirá do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

3.1. *Fundamentos constitucionais para a criminalização da violência por ódio no Brasil*

Partindo-se da premissa de que a Constituição Federal de 1988 elegeu como um de seus pilares o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*) e estabeleceu como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das diferenças sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I, III e IV), fica claro que o programa normativo constitucional institui o mandamento antidiscriminatório como conteúdo fundamental do direito brasileiro. Daí inclusive a constatação da importância do Direito da Antidiscriminação, domínio específico da teoria dogmática e da prática jurídica que:

[...] fornece ao direito constitucional (com repercussões em todos os ramos do ordenamento jurídico) categorias e instrumentos em favor da força normativa da Constituição, desvelando, concretizando e desenvolvendo potencialidades e efeitos ora esquecidos, ora pouco desenvolvidos, pertinentes à compreensão corrente do princípio da igualdade⁵¹.

A afirmação é corroborada, ainda, à luz do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal que abre o catálogo de direitos fundamentais aos regimes protetivos decorrentes de Tratados Internacionais, contexto no qual é possível localizar o conceito de discriminação nos textos da Convenção Internacional sobre a Eli-

51. RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 13.

minação de todas as Formas de Discriminação Racial⁵² e na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher⁵³. Em especial, a reprovação da discriminação foi consagrada pela incorporação, como norma com estatutura constitucional formal, em virtude da aprovação, na forma do art. 2º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, cujos termos definem discriminação como:

[...] qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro.

No domínio do direito antidiscriminatório, ganha realce a perspectiva da antissubordinação, que impõe a adoção de tratamentos diferenciados cujo objetivo é superar situações de discriminação. Sua preocupação primordial é com os efeitos sofridos por grupos subordinados em razão de práticas recorrentes, desprovidos ou não de intencionalidade⁵⁴, abrindo espaço para:

[...] medidas específicas, requeridas pela situação de grupos subordinados, como leis penais aumentando a pena de homicidas racistas ou sexistas, bem como deveres de acomodação em face de dias de observância obrigatória para membros de religiões minoritárias.⁵⁵

Verifica-se, assim, que a adoção de um tratamento penal mais rigoroso para o crime de homicídio por ódio é amparada pela perspectiva de antissubordinação, na medida em que tais normas seriam justificadas pela necessidade de

52. Aprovada pela Organização das Nações Unidas em 21.12.1965 e ratificada pelo Brasil em 27.03.1968. Preceitua seu artigo 1º, I: Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

53. Aprovada pelas Nações Unidas em 18.12.1979, ratificada pelo Brasil em 31.03.1981. Enuncia seu art. 1º, ao definir discriminação: toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

54. RIOS, Roger Raupp. Op. cit., p. 36-41.

55. Idem.

proteção especial a grupos vitimizados por manifestações específicas de violência, determinadas por critérios de pertencimento a minorias.

Além disso, essa perspectiva guarda afinidade com o *fair protection paradigm* anteriormente exposto. De acordo com esse paradigma, a distribuição da segurança pública, enquanto bem provida pelo Estado, comportaria uma espécie de ação afirmativa, no sentido de direcionar maior proteção aos grupos que dela mais necessitam, inclusive pelo recurso à lei penal.

Mas não só. A justificação para a tutela penal de maior intensidade voltada aos grupos vitimizados por homicídios de ódio decorre de sua natureza discriminatória em grau máximo. De fato, no homicídio motivado por ódio, não se está diante de distinção ou restrição de acesso de determinado grupo a espaços ou bens públicos. Está-se diante de conduta voltada à aniquilação, ao extermínio do grupo objeto do preconceito do agente, o que traduz grave injustiça e contrariedade ao direito em grau máximo. Trata-se de lesão intencional a direitos humanos materializada em ato discriminatório, ditada por ódio funcionalizado e destinada a retirar, excluir aquele determinado grupo do espaço democrático de convivência institucional, com base em critérios de raça, cor, etnia, deficiência, situação de rua, sexo, gênero, orientação sexual, origem nacional ou regional etc.

Dessa forma, se o direito da antidiscriminação consagra o direito fundamental de não sofrer discriminações contrárias ao direito em razão de critérios de pertencimento a determinada minoria vulnerável, com muito mais razão é possível afirmar que o direito constitucional impõe deveres estatais “reforçados”, com vistas à proteção ao direito de não ser privado de vida por crime de ódio, expressão máxima de atentado aos direitos e liberdades fundamentais cuja punição por lei é imperativa em face do que dispõe o artigo 5º, XLI, da Constituição Federal.

O reconhecimento de que os direitos fundamentais também apresentam uma dimensão objetiva, além da dimensão subjetiva conferida ao titular do direito fundamental, não é novo⁵⁶. A dimensão subjetiva atribui ao titular

56. SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 141-155; GRIMM, Dieter. *A função protetiva do Estado*. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 155-159; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Ed RT, 2007. p. 118-121; SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 41-43.

do direito fundamental, em razão de seu *status* na relação jurídica jus-fundamental o direito a resistência legítima contra intervenções estatais em sua esfera de direitos. Já o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais vai além. Uma das principais referências apontada pela doutrina para dar suporte a essa formulação decorre da decisão proferida na década de 1950 pelo Tribunal Constitucional alemão referente ao Caso “Luth”, na qual se reconheceu que:

[...] a Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, funda, no título dos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores, por meio da qual se expressa um [...] fortalecimento da validade [...] dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito; legislação, administração e jurisprudência recebem dele diretrizes e impulsos⁵⁷.

A dimensão objetiva agrega às funções tradicionalmente reconhecidas aos direitos fundamentais “uma espécie de mais-valia jurídica, no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais”⁵⁸. Disso decorrem importantes desdobramentos na dogmática dos direitos *fundamentais*, entre os quais se destacam, para os fins dessa reflexão, os deveres estatais de proteção⁵⁹, a seguir analisados.

3.1.1. Deveres estatais de proteção e mandados de criminalização

Os deveres estatais de proteção aos direitos fundamentais podem ser definidos como *imperativos de tutela*⁶⁰ consistentes na obrigatoriedade de atuação positiva das entidades públicas para a “criação e manutenção dos pressupostos de fato e de direito necessários à defesa ou satisfação do direito fundamental”⁶¹.

57. BverfGE 7, 198(205) – apud SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 42.

58. SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 144.

59. GRIMM, Dieter. Op. cit., p. 159-165.

60. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a Constituição penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 88.

61. CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 139.

O dever estatal de atuar na proteção dos direitos fundamentais pode materializar-se de diversas formas.

Canotilho e Moreira referem à criação de medidas sancionatórias, sobretudo de natureza penal, às medidas policiais e às medidas diplomáticas⁶². De fato, os deveres estatais de proteção têm sido invocados em precedentes da jurisdição constitucional para reconhecer, em situações especiais, a obrigação de criminalizar determinadas condutas ofensivas a direitos fundamentais. Tal “dever constitucional de criminalização” foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional alemão⁶³ ao decidir sobre a legitimidade constitucional da despenalização do aborto e, quase dez anos depois, pelo Tribunal Constitucional da Espanha⁶⁴, em decisão também relacionada à mesma temática.

Dessa forma, uma vez reconhecida a obrigatoriedade de tutela dos direitos fundamentais, inclusive com recurso ao Direito Penal, têm lugar os denominados *mandados de criminalização*, ou seja, hipóteses em que a efetiva proteção de direitos fundamentais reclama o uso do direito penal como garantia de sua efetividade⁶⁵.

Resta delimitar, para os fins deste artigo e sem pretensão de exaurir tema de tal densidade, os critérios para o reconhecimento dessas hipóteses.

Como referem Canotilho e Moreira, a penalização sempre carece de justificação já que as penas, por seu caráter restritivo de outros direitos fundamentais, sempre consistirão no uso de uma “arma pesada” que só deve ser utilizada quando tal estratégia se mostre *necessária, adequada e proporcionada à defesa do direito fundamental que visam defender*⁶⁶.

No direito constitucional brasileiro, há hipóteses em que a criminalização decorre de texto constitucional expresso, tal como sucede, exemplificativamente, nos casos de prática de racismo (art. 5º, XLII, da CF/88), dos crimes de tortura, tráfico de drogas, terrorismo e crimes definidos como hediondos (art. 5º, XLIII, da CF/88), além da ação de grupos armados, civis ou militares, con-

62. CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 140.

63. BverfGE 39, 1, apud FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 88.

64. STC 53/1985, apud FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 89.

65. Como refere Palazzo, com apoio em Jeschek, a valorização constitucional do direito penal permite sua compreensão não apenas como limite à liberdade, mas, também, como *instrumento de liberdade* individual contra as agressões provenientes do Estado ou de particulares (PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Um estudo comparado. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989. p. 18).

66. CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 140.

tra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, da CF/88). São os denominados *mandados expressos de criminalização*.

No entanto, há casos em que o dever estatal de proteção dos direitos fundamentais, via penalização, ocorre de forma implícita⁶⁷. Um exemplo pode ser deduzido a partir da criminalização da retenção dolosa do salário do trabalhador (art. 7º, X, da CF/88). Se a remuneração do trabalhador possui caráter alimentar e, em última análise, tem por finalidade preservar-lhe a vida – bem como a vida de seus dependentes – não haveria sentido que o próprio direito fundamental à vida não fosse protegido pelo direito penal.

Conclui-se, com Feldens, que:

[...] sustentar a taxatividade dos deveres de proteção jurídico-penal, atrelando-os exclusivamente aos mandados explícitos de penalização, seria tanto como admitir que o Direito está primordialmente posto à defesa do *objeto* (patrimônio), e não do *sujeito* de Direito (vida), conclusão inequivocamente indesejável em um regime de Estado de Direito que encontra na dignidade humana a sua *ratio essendi*⁶⁸.

Assim, com exceção das hipóteses em que há mandados de criminalização expressos, nos demais casos, a verificação da ocorrência *de mandados de criminalização implícitos* demanda a necessidade de complementação “com outros critérios, como a hierarquia do bem jurídico constitucionalmente protegido e a intensidade da ameaça que contra ele se produz”⁶⁹.

De posse desses critérios e com o intuito de evitar o subjetivismo que “apenas alimentaria a arbitrariedade e enfraqueceria a validade da construção teórica”⁷⁰, Feldens afirma a existência de um consenso valorativo-social sobre três pontos que parecem exigir, em seu entorno, alguma proteção penal: a vida extrauterina, a dignidade humana e a liberdade⁷¹.

Assim, passa-se à análise da suposta existência de mandado de criminalização nas hipóteses de crimes de ódio que atingem o direito fundamental à vida de membros de grupos sociais vulneráveis, em virtude de seu pertencimento a esses grupos.

67. PALAZZO, Francesco C. Op. cit., p. 105; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001. p. 437.

68. FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 94, destaques do original.

69. FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 92.

70. FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 97.

71. FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 97.

3.1.2. Os mandados de criminalização e os crimes de ódio

A despeito da inexistência de consenso a respeito da conceituação de crimes de ódio ou mesmo de eventual possibilidade de incorporação dessa categoria ao direito brasileiro, adotaremos, para os fins desta reflexão, o conceito adotado no âmbito do Conselho Ministerial da Organização para a Seguridade e Cooperação da Europa (OSCE). Consoante seus termos, são definidos como *crimes de ódio*:

[...] toda infração penal, incluídas as cometidas contra as pessoas ou a propriedade, onde o bem jurídico protegido se elege por sua, real ou percebida, conexão, simpatia, filiação, apoio ou pertença a um grupo. Este grupo se baseia em uma característica comum de seus membros, como sua “raça”, real ou percebida, a origem nacional ou étnica, a linguagem, a cor, a religião, a idade, a deficiência, a orientação sexual ou outro fator similar⁷².

Para fins de análise, tomemos como exemplo hipotético, um crime de homicídio, em que se tenham como absolutamente comprovados os fatos de que a escolha da vítima e a motivação do agressor deram-se, exclusivamente, por razões raciais.

Em tal caso, não há dúvidas de que o direito fundamental à vida da vítima mereceria proteção estatal, por meio de tutela penal, segundo os critérios acima expostos.

Todavia, a dinâmica dos crimes de ódio revela maiores complexidades, uma vez que se encontram implicados outros direitos fundamentais também dignos de proteção.

Assim, no exemplo figurado neste artigo, diante da comprovação de que o critério determinante para a seleção da vítima de homicídio foi tão somente sua raça, fica exposta, inequivocamente, lesão ao direito fundamental de não ser discriminado em razão de raça (artigo 3º, IV e artigo 5º, *caput*, da CF/88). Dessa forma, se pensarmos numa gradação entre preconceito (percepção mental negativa), discriminação (materialização no plano concreto de uma atitude)⁷³ e ódio (conduta voltada à eliminação do diferente)⁷⁴, exsurge de forma

72. Decisão 4/03 da OSCE.

73. RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação*. Discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 15. A gradação aqui proposta para fins argumentativos não ignora que a distinção entre preconceito e discriminação é complexa. Como aponta Guimarães, a diferenciação pode muitas vezes resultar numa indulgência a situações claras de discriminação, refugiando-se

clara o dever estatal de não permitir que alguém venha a ser discriminado por razões de ódio, a ponto de perder a própria vida por tal critério.

De outro lado, não se pode ignorar que a prática de crime de ódio ultrapassa a esfera de direitos fundamentais do indivíduo atingido e também adquire dimensão coletiva, ao ferir a dignidade do grupo por ela integrado. A violência por ódio dirigida contra um integrante de minoria ou grupo protegido veicula mensagem de menosprezo, ultraje, estigmatização, intimidação e medo direcionada a todo grupo, evidenciando seu caráter supraindividual. Não é por outra razão que alguns doutrinadores norte-americanos estudam o fenômeno da violência por ódio à luz da 1ª Emenda⁷⁵.

Esta dimensão supraindividual dos crimes de ódio é bem explicitada por Wang no seguinte excerto:

Cientistas sociais e juristas explicaram que crimes de ódio têm efeitos que são diferentes e mais prejudiciais do que aqueles em que não há o componente de discriminação. A vítima individual sofre um maior prejuízo emocional e psicológico e adota estratégias comportamentais extremamente defensivas a fim de evitar um encontro semelhante no futuro. No entanto, são os efeitos que se estendem para além da vítima individual que distinguem mais claramente o crime de ódio daquele não motivado por preconceito. Em particular, as formas pelas quais os crimes de ódio influenciam a percepção dos observadores – tanto daqueles que se identificam com a vítima, quanto daqueles que são capazes de se diferenciar da vítima – servem para reforçar o contexto social que coloca sob mira grupos raciais ou outros, ao influenciar expectativas sobre certos grupos, como serão tratados. Os membros do grupo social da vítima que não foram alvo de crimes de ódio, no entanto, se entenderão vulneráveis a essa violência devido ao *status* de grupo compartilhado. Eles, também, podem se sentir isolados ou temerosos e adotar estratégias comportamentais defensivas para evitar se tornarem alvos eles próprios. Essas estratégias de evitação podem exigir que eles sofram barreiras e inconvenientes substanciais, bem como renunciar a

na explicação de que se trata de mero preconceito. Nesse sentido: GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Racismo e antirracismo no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Ed. 34, 2012. p. 42.

74. KHALED JR., Salah H. *Discurso de ódio e sistema penal*. Belo Horizonte: Casa do Direito, Letramento, 2016. p. 48; MIRA Y LÓPEZ. *Quatro gigantes da alma*. O medo. A ira. O amor. O dever. 13. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1988. p. 97-98.

75. TORRES, Diana M. Op. cit., p. 104-105.

benefícios e oportunidades significativos. [...] Os crimes de ódio também contribuem para a percepção geral de que alguns grupos são alvos esperados para a violência.⁷⁶

Nesse passo, a dimensão supraindividual, revelada pela dinâmica dos crimes de ódio, permite aproximá-los aos crimes de genocídio, considerando seu contexto e motivação.

De fato, como ensina Laplaza:

[...] ocasionar a morte do negro Jack ou do judeu Samuel são fatos suscetíveis de ser reprimidos como sendo homicídios, simples ou agravados segundo as modalidades e circunstâncias. Porém matar negros por serem negros e judeus por serem judeus, sem que importe em absoluto a identidade pessoal determinada, pode constituir genocídio porque o que aqui se ataca não são pessoas humanas concretas, senão o grupo racial ao qual pertencem. É destruir um vínculo de sangue ou de espírito mediante a destruição das pessoas vinculadas⁷⁷.

Assim, se constatada a intenção do agente de eliminar um integrante do grupo, mas seguir repetindo os atos sobre o grupo ou subgrupo escolhido é perfeitamente possível cogitar-se da hipótese de crime de genocídio⁷⁸. Com efeito, o direito fundamental atingido pela conduta criminosa, na hipótese aventada, não se limitaria à eliminação da vida da vítima⁷⁹, mas, igualmente,

76. WANG, Lu-In. *Hate crime and everyday discrimination*, cit., p. 14.

77. LAPLAZA, Francisco P. *El delito de genocidio o genticidio*. Buenos Aires: Depalma, 1954. p. 76.

78. GIL, Alicia Gil. Los crímenes contra la humanidad y el genocidio em el Estatuto de la Corte penal internacional a la luz de los elementos de los crímenes. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Org.). *O direito penal no estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do tribunal penal internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 252-253; VIEIRA, Gustavo José Correia. *Do genocídio e etnocídio: povo, identidade cultural e o Caso Yanomami*. São Paulo: Conceito, 2011. p. 95.

79. Nesse sentido, já decidiu o STJ, no caso do “Massacre de Haximú” (Recurso Especial 222.653 – Roraima, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 5ª Turma, j. 12.09.2000), no qual o órgão julgador decidiu que no caso – assassinato de 12 integrantes de tribo da etnia Yanomami por garimpeiros – o bem jurídico atingido não se resumia à vida individualmente considerada dos índios assassinados, “a vida em comum dos homens, na comunidade dos povos”. A afirmação foi o fundamento para reconhecer a competência do juízo singular para o julgamento da causa, afastando-se o júri

tem por motivação a supressão da *ideia de pluralidade e diversidade humanas*⁸⁰, organizadora do Estado Brasileiro (art. 3º, IV, da CF/88), estruturante das relações internacionais (art. 4º, II, da CF/88) e incorporada à ordem jurídica como norma supralegal, por força do artigo 5º, § 2º, da CF/88 e Decreto 30.822/52 que assimilou ao direito interno a Convenção das Nações Unidas para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio.

Aqui possivelmente se encerraria nossa busca por um mandado expresso ou implícito de criminalização de semelhante conduta, já que o texto constitucional obriga o Estado à criminalização dos crimes definidos pela lei como “hediondos”⁸¹ e a Lei 8.072/90, artigo 1º, em seu parágrafo único, incluiu em seu âmbito o genocídio, na forma tentada ou consumada.

De qualquer sorte, a investigação deveria prosseguir caso essa intenção não fosse comprovada e a conduta se direcionasse “apenas” à eliminação de uma vítima, eleita por sua característica de pertencimento ao grupo.

A par dos posicionamentos doutrinários minoritários que reconhecem a possibilidade de configuração do delito de genocídio mesmo quando comprovada a intenção de eliminar apenas um integrante do grupo⁸², nessa hipótese, não seria despropositado buscar-se, pela via da hermenêutica constitucional, a definição de “hediondez” das condutas criminosas, uma vez que a expansão ou o esvaziamento do conceito pela via infraconstitucional poderia incidir no mesmo equívoco consistente na fragilização teórica do instituto dos mandados de criminalização, apontado linhas atrás.

federal. O reconhecimento de bem jurídico diverso no genocídio, além das vidas individualmente consideradas, também por afirmada pelo Supremo Tribunal Federal (RE 351.487, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03.08.2006, DJ 10.11.2006). No caso, o Ministro Peluso chegou a afirmar a existência de concurso formal entre genocídio e os homicídios individualmente considerados, o que não foi aplicado em razão da ausência de recurso do órgão acusatório.

80. CANEDO, Carlos. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 186.

81. Art. 5º, XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

82. Para Heleno Fragoso, é possível configurar-se o crime de genocídio “ainda que um só seja vítima, desde que atingido em caráter impessoal, como membro de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso” (FRAGOSO, Heleno. *Genocídio*. www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo59.pdf). Acesso em: 12.06.2017).

3.1.3. Os crimes de ódio e o dever estatal de proteção dos direitos fundamentais em face de crimes hediondos

O art. 5º, XLIII, da Constituição Federal de 1988 contém mandamento constitucional de criminalização expresso nos seguintes termos: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia... os crimes definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Ainda que a norma constitucional tenha remetido ao legislador a tarefa de definir quais crimes poderiam ser considerados como “hediondos”, é certo que não se pode admitir que a definição do sentido da norma constitucional seja entregue de forma ampla e irrestrita ao legislador infraconstitucional.

Como afirma Canotilho:

[...] [a] leitura da constituição de baixo para cima. Justificadora de uma nova compreensão da constituição a partir das leis infraconstitucionais pode conduzir à derrocada interna da Constituição por obra do legislador e de outros órgãos concretizadores, e à formação de uma constituição legal paralela.⁸³

Em outra passagem da mesma obra, Canotilho rejeita a possibilidade da fixação do sentido da norma constitucional através de interpretação “autêntica” por parte do legislador:

[...] uma interpretação autêntica da constituição feita pelo legislador ordinário é metodicamente inaceitável. Por um lado, o legislador não pode pretender “fixar” o sentido de uma norma constitucional tal como o faz em relação às leis por ele editadas. Neste caso, ele é o seu “criador”, admitindo-se que, se ele pode criar e revogar uma lei, por maioria de razão a poderá interpretar. [...] Todavia, em relação às normas constitucionais o legislador não está nesta situação privilegiada. Ele é um dos destinatários das normas constitucionais (e, em relação a algumas normas, o destinatário por excelência), cumprindo-lhe concretizar a constituição, mas não é “dono” das normas constitucionais para poder, *ex voluntate*, fixar o sentido dessas normas⁸⁴.

A problemática de uma “interpretação autêntica” da Constituição por obra do legislador ordinário é ainda mais sensível nos domínios do direito penal,

83. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 1993. p. 232.

84. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 233.

o que levou Figueiredo Dias a afirmar que a ordem jurídico-constitucional constitui “o quadro obrigatório de referência e, ao mesmo tempo, o critério regulativo da actividade punitiva do Estado”⁸⁵.

Assim, não se poderia conceber como “hediondo” para fins de definição do alcance do mandamento constitucional de criminalização sob análise, a inclusão de condutas não relacionadas à dignidade humana, ao direito fundamental à vida ou ao direito fundamental à integridade física dos cidadãos. Ainda que o legislador ordinário tivesse por escopo, em determinado momento histórico, conceder tutela penal mais gravosa a crimes contra o patrimônio, não se poderia conceber sua inclusão no rol de crimes hediondos se nesse mesmo rol não estivessem elencadas condutas ofensivas à vida, à integridade física ou à dignidade humana.

Os crimes contra a vida por motivação de ódio a minorias podem ser considerados como crimes que, ademais de atentarem contra a vida da vítima, também atingem a dignidade do grupo. Sua inserção no conceito constitucional de crimes “hediondos” não parece despropositada, ao considerar-se que a dignidade humana não pode desempenhar a “função vaga de um guardador de lugar”, mas antes, atuar como verdadeiro sismógrafo, para sinalizar aquilo que é “constitutivo para uma ordem jurídica democrática”⁸⁶.

Dessa forma, uma vez admitida a existência de mandado de criminalização do *homicídio por ódio*, seja por assimilação ao crime de genocídio, seja pela inserção no conceito constitucional de crime hediondo, outra questão se coloca: é possível pensar-se numa gradação de intensidade dos deveres de proteção? A ofensa concomitante de múltiplos bens jurídicos ou de bens jurídicos de caráter supraindividual poderia ensejar um dever “reforçado” de proteção?

3.1.4. Deveres de proteção “reforçados”?

Como visto na exposição acerca da disciplina dos *hate crimes* no direito norte-americano, a legislação federal e, da mesma forma, as legislações de muitos estados norte-americanos preceituaram penas mais severas, quando constatados os pressupostos configuradores de crime por ódio. Ou seja, na existência de crime por ódio, o ordenamento jurídico norte-americano organizou-se no

85. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*. Parte Geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. t. 1. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime, p. 120.

86. HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da Europa*. São Paulo: Ed. UNESP, 2012. p. 17.

sentido de recrudescer as punições já existentes para os demais crimes, pelas razões já expostas na primeira parte deste trabalho.

Cotejando a opção normativa do direito estadunidense com o ordenamento constitucional brasileiro, seria lícito pensar que as esferas de direitos fundamentais atingidas por crimes de ódio contra minorias ensejariam deveres de proteção mais intensos, por parte das autoridades estatais brasileiras? É possível falar-se em gradações de intensidade nos deveres de proteção dos direitos fundamentais?

Ao tratar dos deveres de proteção, Feldens enuncia que sua análise decorre da “dinâmica equação” entre critérios de hierarquia do bem jurídico atingido e a intensidade da ameaça. Assim, nesse primeiro momento, deve ser averiguada a posição do bem jurídico em uma relação hierárquica abstrata⁸⁷. Num segundo momento, em operação de ponderação, investiga-se o peso concreto dos bens e interesses envolvidos diante da intensidade da ameaça⁸⁸.

O resultado dessa equação determina a necessidade, ou não, do recurso ao direito penal como medida protetiva do direito fundamental lesionado ou sob ameaça de lesão. Assim, a posição hierárquica dos bens jurídicos, segundo tal concepção, é um dos critérios determinantes da forma e intensidade da proteção a que se encontra obrigado o Estado.

Cabe observar, em relação a mandados de criminalização expressos, que algumas determinações de penalização são particularmente intensas. No que tange à prática do racismo e à ação de grupos armados (art. 5º, XLII e XLIV, da CF/88, respectivamente), o texto constitucional acrescenta à obrigatoriedade de penalização, a imprescritibilidade e a inafiançabilidade. Quanto à tortura, tráfico de entorpecentes, terrorismo e crimes hediondos (art. 5º, XLIII) o texto refere à inafiançabilidade e vedação à concessão de graça ou anistia. O abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente deverão receber punições severas, segundo a literalidade do art. 227, § 4º, da CF/88. Já a determinação de criminalização da retenção do salário do trabalhador, constante do artigo 7º, X, da CF/88 não foi acompanhada de nenhum “reforço” protetivo.

87. No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 402; STRECK, Lenio; FELDENS, Luciano. *Crime e constituição: a legitimidade investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 44-45.

88. FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 92.

A análise conjunta de tais mandamentos de criminalização parece indicar que a posição hierárquica dos bens jurídicos protegidos corresponde à existência de deveres de proteção “reforçados” com cláusulas adicionais de insuscetibilidade de graça ou anistia; imprescritibilidade ou inafiançabilidade.

Assim, embora a doutrina aponte que os mandados de criminalização se limitam a estabelecer *standarts* mínimos de tutela⁸⁹, é certo que esses padrões mínimos partem de níveis diferenciados de proteção, a depender da posição hierárquica ocupada pelo direito fundamental protegido.

Diante da existência de um grau variável nos *standarts* mínimos de tutela constitucional, não parece desarrazoado afirmar que uma hipotética conduta criminosa que venha a ofender, simultaneamente, o direito fundamental à vida e à dignidade coletiva – dimensões individual e supraindividual – deve desencadear deveres de proteção “reforçados”, impondo ao legislador parâmetros mínimos de maior rigor, na comparação com outras condutas lesivas a direitos fundamentais de caráter individual ou, ainda, em relação a outros direitos fundamentais situados fora do eixo – dignidade – vida – integridade física – liberdade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise e a compreensão do debate norte-americano acerca dos *hate crimes* mostram-se relevantes para o amadurecimento do debate jurídico nacional, guardadas, por suposto, as especificidades não apenas jurídicas, mas igualmente históricas, sociais e criminológicas do contexto brasileiro.

Em tal cenário, pode-se concluir que a discussão do fenômeno da criminalidade por ódio à luz da teoria constitucional e do direito da antidiscriminação contribui em campo do saber ainda pouco explorado, a par das discussões já existentes no campo da criminologia, em temas afins, como a criminalização do racismo, do feminicídio e da possível criminalização da homofobia.

Ainda que a opção pela edição das leis sobre *hate crimes* no direito norte-americano sofra críticas, os avanços não podem ser desprezados, tais como os decorrentes da obrigatoriedade de controle estatístico específico e a ampla discussão sobre as causas e efeitos da violência por ódio, tanto nos momentos que antecederam a edição das leis federal e estaduais, quanto no momento posterior em relação aos resultados alcançados.

89. FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 84.

Se for certo que a adoção de leis penais mais severas não pode, por si só, alterar a realidade nem representar, sozinha, medida eficaz de controle da criminalidade violenta, dada a multiplicidade de causas e fatores que a determinam, também é certo que a discussão acerca dos deveres estatais de proteção ao cidadão em face do ódio e o cumprimento dos correlatos mandamentos de criminalização merece ser enfrentada.

Nessa linha, urge que o direito nacional atente para as recomendações dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos, tais como aquela apontada no mais recente relatório acerca da violência contra grupos LGBT, em que a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (Recomendação 27) exorta as nações a:

[...] adotar legislação acerca de crimes de ódio – seja através de reformas à legislação já existente, seja através da edição de novas leis – para identificar, processar e punir a violência fundada em preconceito contra pessoas em razão da orientação sexual percebida ou atual, bem como em razão da identidade de gênero⁹⁰.

Isso sem esquecermos o artigo 4º da Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, que atribui aos Estados signatários os deveres de:

[...] prevenir, eliminar, proibir e punir, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, todos os atos e manifestações de discriminação e intolerância, inclusive: [...] iii. violência motivada por qualquer um dos critérios estabelecidos no Artigo 1.1; iv. atividade criminosa em que os bens da vítima sejam alvos intencionais, com base em qualquer um dos critérios estabelecidos no Artigo 1.1.

Com efeito, o desenvolvimento da compreensão dos crimes de ódio mediante a aproximação do contexto e das motivações presentes na legislação criminalizadora do genocídio, demonstra que a discussão vai além da mera opção por impor ou não sanções mais rigorosas; busca-se, em verdade, contribuir para o aprimoramento de sua percepção como fenômeno social e histórico complexo e qualificar as respostas do campo jurídico à questão.

A construção de uma sociedade justa e solidária passa necessariamente pelo debate dos instrumentos jurídicos de enfrentamento à discriminação contrária ao direito, inclusive nos campos penal e constitucional.

90. Disponível em: [www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/ViolenciaPessoasLGBTI.pdf].

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALTMAN, Andrew. The democratic legitimacy of “bias crimes” laws: public reason and the political process. *Law and philosophy* (2001), 20 (2).
- ALTSCHILLER, Donald. *Hate crimes: a reference handbook*. 3rd ed. Santa Bárbara: ABC-CLIO, 2015.
- BAMFORTH, Nicolas; MALIK, Maleiha; O’CINNEIDE, Colm. *Discrimination law: theory and context*. Text and materials. London: Sweet and Maxwell, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.
- CANEDO, Carlos. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 1993.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a Constituição penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*. Parte Geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. t. 1. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime.
- FISS, Owen F. *A ironia da liberdade de expressão*. Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.
- FRAGOSO, Heleno. *Genocídio*. Disponível em: [www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo59.pdf]. Acesso em: 12.06.2017.
- GIL, Alicia Gil. Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte penal internacional a la luz de los elementos de los crímenes. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Org.). *O direito penal no estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do tribunal penal internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GREENAWALT, Kent. Reflections on justifications for defining crimes by the category of victim. *1993-1993 Annual Survey of American Law*. New York: New York University School of Law.
- GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

- GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Racismo e antirracismo no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Ed. 34, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da Europa*. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.
- HARDY, Stevie-Jade; CHAKRABORTI, Neil. *Crimes de ódio*. In: CARLEN, Pat; FRANÇA, Leandro Ayres (Org.). *Criminologias alternativas*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.
- HAREL, Alon; PARCHOMOVSKY, Gideon. On hate and equality. *The Yale Law Journal*, v. 109. Yale, p. 512-513, 1999.
- HURD, Heidi; MOORE, Michael. Punishing hatred and prejudice. *Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series*, Research paper n. 3-17, novembro 2003.
- JACOBS, James B.; POTTER, Kimberly. *Hate crimes, criminal law and identity politics*. Oxford: Oxford University Press.
- KAHAN, Dan M. Two liberal fallacies in the hate crimes debate. *Law and philosophy*, v. 20, n. 2, p. 175-193, 2001.
- KHALED JR., Salah H. *Discurso de ódio e sistema penal*. Belo Horizonte: Casa do Direito, Letramento, 2016.
- LAPLAZA, Francisco P. *El delito de genocidio o genticídio*. Buenos Aires: Depalma, 1954.
- LAWRENCE, Frederick M. Punishing hate: bias crimes under American law. *Criminal Justice Review*, Spring, v. 26(1), 2001.
- LEVIN, Jack; McDEVITT, Jack. *Hate crimes: the rising tide of bigotry and bloodshed*. New York: Plenum, 1993.
- MEYER, Doug. Resisting hate crimes discourse: queer and intersectional challenges to neoliberal hate crimes laws. *Critical Criminology* 22, 2014.
- MOURA, Clóvis. *Os quilombos e a rebelião negra*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- MURPHY, Jeffrie G. Bias crimes: what do haters deserve? *Criminal Justice Ethics*, v. 11, p. 20-23, 1992.
- MIRA Y LÓPEZ. *Quatro gigantes da alma*. O medo. A ira. O amor. O dever. 13. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1988.
- ORTEGA Y GASSET. *La Rebelion de las Masas*. 3. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1981.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Um estudo comparado. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989.
- RICHARDSON, Diane; MAY, Hazel. Deserving victims? Sexual status and the social construction of violence. *Sociological review*, v. 47, n. 2, p. 308-331, janeiro de 2017.
- RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação*. Discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- RIOS, Roger Raupp; MELLO, Lawrence Estivalet de. Direito da antidiscriminação, criminalização da homofobia e abolicionismo penal. *Revista Crítica do Direito*, São Paulo, n. 5, v. 65, 2015.
- SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. 4. tir. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.
- SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: Ed. Leya, 2015.
- STRECK, Lênio; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TOMSEN, Stephen. Homophobic violence, cultural essentialism and shifting sexual identities. *Social & legal studies*, v. 15, n. 3, p. 389-407, agosto 2016.
- TORRES, Diana M. Bias crimes legislation: a constitutional rebuttal to sticks and stones..., *Akron Law Review*, v. 26: Iss. 1, Article 5, 1993, Disponível em: [www.uakron.edu/dotAsset/c2ae6912-b203-460c-81b2-71b4293cf866.pdf]. Acesso em: 11.06.2017.
- VIEIRA, Gustavo José Correia. *Do genocídio e etnocídio: povo, identidade cultural e o Caso Yanomami*. São Paulo: Ed. Conceito, 2011.
- WANG, Lu-In. Hate crime and everyday discrimination. Influences of and on the social context. *Rutgers Race & The Law Review*, v. 4, 2002; U. of Pittsburgh Legal Studies Research. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1367882]. Acesso em: 11.06.2017.
- WANG, Lu-In. The complexities of 'hate'. *Ohio State Law Journal*, v. 60, n. 3, p. 799-867, 1999.
- WEISBURD, Steven Bennett; LEVIN, Brian. On the basis of sex: recognizing gender-based bias crimes. *Stanford law and policy review*. v. 5, n. 2, p. 21-48, junho de 1994.

Sites consultados

- [http://oglobo.globo.com/sociedade/brasil-cultiva-discurso-de-odio-nas-redes-sociais-mostra-pesquisa-19841017]. Acesso em: 08.02.2017.
- [http://oglobo.globo.com/sociedade/brasil-cultiva-discurso-de-odio-nas-redes-sociais-mostra-pesquisa-19841017]. Acesso em: 08.02.2017.
- [http://pt.calameo.com./read/0046502188e8a65b8c3e2]. Acesso em: 29.06.2016.
- [www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/violencias/feminicidio/#feminici%C2%ADdio-no-brasil]. Acesso em: 29.07.2016.

- [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=616270]. Acesso em: 12.06.2017.
- [www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=publicacoes&cid=30]. Acesso em: 29.06.2016.
- [www.comunicaquemuda.com.br/dossie/intolerancia-nas-redes]. Acesso em: 31.05.2017.
- [www.geledes.org.br/agora-e-com-eles-promotoras-legais-populares-da-restinga-convocam-os-homens-para-falar-sobre-violencia-contramulher/]. Acesso em: 29.07.2016.
- [www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/ViolenciaPessoasLGBTI.pdf].
- [<https://nacoesunidas.org/brasil-violencia-pobreza-e-criminalizacao-ainda-tem-cor-diz-relatora-da-onu-sobre-minorias/>]. Acesso em: 25.03.2017.
- [www.adl.org/sites/default/files/documents/assets/pdf/combating-hate/Hate-Crimes-Law.pdf]. Acesso em: 11.06.2017.
- [www.fbi.gov/investigate/civil-rights/hate-crimes]. Acesso em: 24.03.2017.
- [www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjK5bCZpLfXAhULIpAKHXGSCJ0QFgg-qMAA&url=https%3A%2F%2Ffas.org%2Fsgp%2Fcrs%2Fmisc%2FRL33099.pdf&usq=AOvVaw2aHA2mQiNE-IGUaw9PmVyF]. Acesso em: 11.11.2017.
- [www.fbi.gov/news/stories/2015-hate-crime-statistics-released]. Acesso em: 11.11.2017.
- [www.brennancenter.org/blog/combat-hate-crimes-we-first-need-know-how-many-there-are]. Acesso em: 11.11.2017.
- [<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2014-07/violencia-e-mortes-de-moradores-de-rua-sao-temas-de-programa-da-tv>]. Acesso em: 29.06.2016.
- [www.splcenter.org/hatewatch/2016/11/15/update-more-400-incidents-hateful-harassment-and-intimidation-election]. Acesso em: 11.11.2017.
- [<http://indicadores.safernet.org.br/>]. Acesso em: 31.05.2017.
- [www.bjs.gov/index.cfm?ty=tp&tid=37]. Acesso em: 11.11.2017.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A responsabilização internacional do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo crime de genocídio contra a população negra brasileira, de João Pedro Duarte Bacelar – *RBCCrim* 139/171-214 (DTR\2017\7104);

- Discriminação sexual e a necessidade de tutela penal, de Maria Luiza Gorga – *RBCCrim* 113/41-76 (DTR\2015\3611); e
- Um retrato do genocídio cultural no campo jurídico internacional, de Karhen Lola Porfirio Will – *RT* 969/111-130 (DTR\2016\21675).

VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL, VIOLÊNCIA ESTRUTURAL E OS JURADOS NO BANCO DOS RÉUS

INSTITUTIONAL VIOLENCE, STRUCTURAL VIOLENCE, AND THE JURIES IN THE DOCK

GUSTAVO DE SOUZA PREUSSLER

Doutor em Direito Penal pela UERJ (2013). Mestre em Ciência Jurídica (2009).
Professor Adjunto de Processo Penal e Criminologia da Universidade Federal da Grande Dourados.
gustavopreussler@ufgd.edu.br

Recebido em: 28.04.2017

Aprovado em: 23.09.2017

Última versão do autor: 04.10.2017

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual; Direitos Humanos

RESUMO: O presente artigo visa a demonstração da violência institucional e estrutural e como esta é replicada em um sistema etnoseletivo e racista de Justiça Criminal, especialmente no que se refere aos indígenas em Mato Grosso do Sul, onde o classismo e racismo encontram nas entranhas do Poder Punitivo a mesma função vingativa. Apesar da criminologia crítica limitar-se à abordagem da luta de classes, sem a preocupação das minorias étnicas como vítimas do sistema punitivo, essa violência existe e deve ser enfrentada como verdadeira contradição. Para Eugênio Raúl Zaffaroni, trata-se de uma forma de racismo de alta intensidade, também denominado de *massacre em conta-gotas*. Por fim, o artigo demonstra como a sociedade é racista ao ponto da necessidade de um processo judicial ser desafiado por preconceitos e prenoções da população diante da questão indígena.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia – Racismo – Violência institucional – Violência estrutural – Etno-criminalização.

ABSTRACT: This paper aims to demonstrate the institutional and structural violence and how this violence is replicated in an ethno-selective and racist criminal justice system, especially when it refers to the indigenous people of Mato Grosso do Sul, where classism and racism find, in the legal punishment system, the same revenge function. Although critical criminology limits itself to class struggle studies, without paying attention to ethnical minorities as victims of the punitive system, this violence exists and must be confronted as a real contradiction. To Eugenio Raúl Zaffaroni, it is a very intense form of racism, also named *dropper massacre*. Finally, this paper demonstrates how society is racist to the point that a jury trial must have its venue changed because of the prejudices of the population towards the indigenous people issue.

KEYWORDS: Criminology – Racism – Institutional violence – Structural violence – Ethno-criminalization.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sobre a violência do Estado. 2.1. Prolegômenos da violência do Estado. 2.2. Sobre a forma de violência produzida pelo sistema de justiça penal hegemônico. 2.3. A violência estrutural econômico-financeira. 3. A violência institucional e a justiça penal hegemônica. 3.1. Os jurados no banco dos réus. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

O caráter do Sistema de Justiça Penal é outro. Não se trata da Prevenção e Punição do crime, mas sim da gestão e do controle dos despossuídos.

Michelle Alexander¹

By relying on the alleged “race-blindness” such laws, black people are surreptitiously constructed as racial subjects, thus manipulated, exploited, and abused, while the structural persistence of racism – albeit in changed forms – in social and economic institutions, and in the national culture as a whole, is adamantly denied.

Angela Davis²

1. INTRODUÇÃO

A Criminologia, em especial a Criminologia Crítica, foi relegada a mero processo de tradução-traidora dos saberes do *centro*. Logo, desconsidera as necessidades de enfrentamento dos problemas da periferia do capitalismo.

Eugenio Raúl Zaffaroni já alerta para a necessidade da busca por um saber criminológico-marginal. Interpretarmos a questão criminal a partir da periferia do capitalismo videofinanceiro, que atropela os direitos e garantias das populações mais carentes e são alvos da violência punitiva, se faz essencial.

Vem o presente trabalho contribuir para a análise da violência estrutural e institucional do sistema penal etnosseletivo sob a ótica da violência estrutural contra os indígenas no segundo maior conglomerado de povos tradicionais da *terra brasilis* e de como essa violência estrutural se torna institucional, desembocando em verdadeira forma de (in)justiça *racial*, pela qual – como alegoria exposta no laudo antropológico mencionado ao final deste trabalho – os próprios jurados são colocados nos bancos dos réus em suspeição de imparcialidade. Como alerta Zaffaroni, chegou a hora de escutarmos nossos mortos: por mais paradoxal que seja, isso é um alerta do verdadeiro voto de silêncio que a

1. ALEXANDER, Michele. *The new Jim crow: mass incarceration in the age of color-blindness*. São Paulo: Boitempo, 2017 (no prelo).

2. DAVIS, Angela. Criminalization and race. In: MORRISON, Toni; DAVIS, Angela; WEST, Cornel. *The house that race built*. New York: Vintage Books, 1997. p. 265-266.

Criminologia Crítica produziu quando o assunto é o racismo, convertendo-se em verdadeiro racismo epistemológico, reduzido à questão da luta de classes.

Trata-se de narrativas que, apesar de parecerem diversas, se interseccionam na metanarrativa da violência etnosseletiva capitalista do Estado.

2. SOBRE A VIOLÊNCIA DO ESTADO

2.1. *Prolegômenos da violência do Estado*

Toda violência proveniente do Estado contra o sujeito é uma violência política. Toda pessoa rotulada como criminoso é um criminoso político em termos genéricos³. O crime não é: ele se torna⁴. O criminoso não existe, ele é selecionado.

Max Weber, um dos pais da Sociologia e teórico da Economia Política, definiu que o Estado possui o monopólio da violência legítima. Violência esta que somente pode ser exercida por comunidades plenamente desenvolvidas. A violência é exercida por aparatos em um verdadeiro *sistema penal ativo* responsável pelo direito vivo, ou *sistema penal dinâmico*.

Acreditar no conceito de violência legítima e desconsiderar todo e qualquer terrorismo penal institucionalizado e imposto pelo sistema capitalista é uma forma ingênua de considerar que existe igualdade material em nossa sociedade. A legitimação da violência perde força e sentido a partir do momento em que a reivindicação de direitos dos movimentos de povos tradicionais é respondida com violência generalizada pelo Estado⁵.

A violência na relação entre o Estado e os movimentos indígenas (ou indígenas isoladamente) pode ser definida, na visão de Jacques Derrida⁶ e Walter Benjamin⁷, como a *violência institucional* (legítima ou do Estado) e a *violência an-*

3. BATISTA, Nilo. Entrevista: todo crime é político. *Revista Caros Amigos*, São Paulo, ano VII, n. 77, ago. 2003.

4. CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2011 (Col. Pensamento Criminológico, v. 17). p. 15-16.

5. SOUSA SANTOS, Boaventura. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Trad. Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.

6. DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

7. Segundo Walter Benjamin: “A tradição dos oprimidos nos ensina que ‘o estado de exceção’ em que vivemos é, na verdade, a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, perceberemos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de exceção; com isso, nossa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que

ti-institucional (ilegítima ou não pertencente ao Estado). A lógica dos massacres e a chave da impunidade pertencem em parte aos próprios conceitos abstratos.

Os protestos sociais se apresentam no senso comum criminológico como atos de sedição. No entanto, trata-se de uma forma de violência que pretende romper com a violência sistêmica dita *legítima* do Estado. A ruptura entre legítimo ou ilegítimo em termos de violência é tão clara nas democracias latino-americanas que o direito penal brasileiro tipificou o crime de autotutela de direito, em que protestos sociais e atividades de movimentos sociais são considerados atos subversivos, mesmo após a Constituição de 1988.

Como exemplo, podemos trazer fatos relatados de atentados contra lideranças indígenas, registrados no relatório do CIMI – Conselho Indigenista Missionário:

Um ataque contra a comunidade do tekoha Potrero Guasu deixou três Guaraní Nhandeva feridos a tiros de arma de fogo. “O cacique Elpídeo Pires foi alvejado na perna esquerda, Meterio Morales no braço e Celso Benites recebeu três tiros nas costas. O ataque começou e eu estava a uns 100 metros da nossa área sagrada de reza. Tinha um grupo de fazendeiro. Alguns deles atiraram contra a gente, então, eu fui atingido. Queria matar eu. Essa tragédia, essa injustiça. O fazendeiro judia do índio, massacra a gente. Sinto vergonha. Governo parece dizer: ‘isso, mata e ataca esses índios. Vamos ver se desistem. Eu digo que não vamos desistir não. Morre tudo aqui, pede pra Funai trazer caixão’”, relatou Elpídeo⁸.

A transgressão dos indígenas não é somente pela reivindicação de seus direitos, mas uma forma de *violar* os indevidos direitos adquiridos por grande quantidade de fazendeiros. Assim, essas mesmas elites econômicas que produzem cadáveres edificam a política criminal de derramamento de sangue.⁹

O sistema político capitalista seria, nas democracias de massas, quase um sinônimo de corrupção. Isso se dá, segundo Vincenzo Ruggiero, porque “a buro-

seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerado como uma norma histórica. O assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção de história da qual emana semelhante assombro é insustentável” (BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas 1: magia e técnica, arte e política*. 10. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996. p. 226).

8. RELATÓRIO – Violência contra os povos indígenas no Brasil – Dados de 2015 Conselho Indigenista Missionário – CIMI, p. 70.

9. BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos* (Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, v. 5/6, n. 5/6, p. 77-94, 1998.

cracia, que ideologicamente pretende a regularidade no exercício profissional, pode tornar-se independente de sua função original”¹⁰. Essa independência acaba gerando a confusão entre o público e o privado, reproduzindo os interesses das classes dominantes. Basta verificarmos que muitos dos pistoleiros que ameaçam os indígenas utilizam armas de uso restrito da Polícia Militar, por exemplo, as de bala de borracha.¹¹

A violência política do Estado também se capilariza na própria construção da lei penal (criminalização). Se buscarmos a definição de crime, encontraremos algo parecido com uma categoria de atos puníveis. No entanto, a questão-chave que Willen Bonger – um dos precursores do estudo das relações econômicas com a criminalidade – traz em sua obra *Criminalidade e condições econômicas* é que a problemática não é *o que é crime*, mas sim *de quem são*, através da pergunta: *os atos puníveis são de quem?* A resposta residiria na percepção de que não se constrói a criminalização para um indivíduo ou grupo de indivíduos, mas, sim, para um setor social, muitas vezes – senão todas – de determinada raça/etnia. Logo, a *punição*, em um sentido impróprio da palavra, teria a conotação de vingança de uma raça – branca, burguesa, masculina e heterossexual – em face de outra¹².

O crime, assim – violência política direcionada a um grupo de pessoas –, seria, segundo Willen Bonger, um ato antissocial, um ato que representa um considerável degrau de interesses de certo grupo de pessoas¹³, em que o *Rule Penal Law* na verdade é uma *Class Rule Penal Law*¹⁴.

10. RUGGIERO, Vincenzo. *Delitos de los débiles y de los poderosos: ejercicios de anticriminología*. Trad. Carlos Gradin e Juan L. Finkelstein Nappi. Buenos Aires: AD-HOC SRL, 2005. p. 138.

11. Segundo consta no relato de atentado na comunidade Guarani Kaiowá: “Pistoleiros atacaram a comunidade Guarani e Kaiowá do tekoha – lugar onde se é – Pyellito Kue/Mbaraka’y. Poucas horas antes, contam as lideranças indígenas, capangas avisaram que ‘todos seriam mortos’. De acordo com as lideranças, dez indígenas ficaram feridos, incluindo uma gestante e um rezador. Como em Nhandaru Marangatu, os Guarani e Kaiowá denunciam o uso de balas de borracha no ataque, classificadas como de uso restrito, além das habituais armas de fogo” (RELATÓRIO – Violência contra os povos indígenas no Brasil – Dados de 2015 Conselho Indigenista Missionário – CIMI, p. 70).

12. BONGER, Willen. *Criminality and economic conditions*. Londres: Indiana University Press, 1969. p. 21.

13. BONGER, Willen. *Criminality and economic conditions*. Londres: Indiana University Press, 1969. p. 23.

14. Sobre essa lógica: “Se seguir a orientação de que todas as sociedades se dividem em uma classe dominante e uma classe dominada, e que a lei penal tenha sido constituída

2.2. Sobre a forma de violência produzida pelo sistema de justiça penal hegemônico

A produção e a reprodução da violência se dividem em duas grandes formas: a *violência estrutural* e a *violência institucional*. A primeira reporta-se à relação de produção e de trabalho, enquanto a segunda está ligada ao funcionamento das *estruturas de poder de Estado*, ou seja, dos *aparelhos ideológicos e repressivos do Estado*. No entanto, no âmbito penal, não há como se cindir analiticamente as formas de violência. Isso porque todas as formas de violência institucional – produzidas pelo sistema de justiça penal e pelos seus aparelhos repressivos – são reproduções do sistema de violência estrutural, próprio do sistema econômico.

Se verificarmos a construção histórica da maioria dos litígios penais, em que o Estado e suas estruturas de opressão são autores de delitos, notaremos que ela acaba expressando a concepção econômica e o modo de produção capitalista. A economia da pena é a mesma economia da opressão penal, seja excluindo os miseráveis, seja distribuindo imunidades a quem tem poder econômico¹⁵. Rusche e Kirchheimer sintetizam essa ideia afirmando que “todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção”¹⁶. O pensador marxista Louis Althusser aponta alguns pontos sobre a questão da reprodução e o papel dos *aparelhos ideológicos e repressivos do Estado*:

1. Todos os aparelhos do Estado funcionam ora através da repressão ora através da ideologia, com diferença, de que o Aparelho (repressivo) do Estado funciona principalmente através da repressão enquanto que os Aparelhos Ideológicos do Estado funcionam principalmente através da ideologia.

conforme a vontade da primeira, devemos acrescentar que nem sempre as prescrições penais são dirigidas contra as classes dos governados, mas, na maioria das vezes, são prejudiciais a ambas as classes (por exemplo, homicídio, estupro etc.). Esses atos, sem dúvida, continuariam a ser crimes se o poder fosse transferido para as mãos dos governados. No entanto, em cada Código Penal existente, praticamente nenhum ato é punido se não lesar os interesses da classe dominante [...]” (BONGER, Willen. *Criminality and economic conditions*. Londres: Indiana University Press, 1969. p. 24) (tradução nossa).

15. CHAPMAN, Dennis. *Sociology and the stereotype of the criminal*. Londres: Tavistock, 1968.
16. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004. p. 20.

2. Ao passo que o Aparelho (repressivo) do Estado constitui um todo organizado cujos diversos componentes estão centralizados por uma unidade de direção, a da política da luta de classes aplicada pelos representantes políticos das classes dominantes, que detêm o poder do Estado, – os Aparelhos Ideológicos do Estado são múltiplos, distintos e relativamente autônomos, susceptíveis de oferecer um campo objetivo às contradições que expressam, de formas ora limitadas, ora mais amplas, os efeitos dos choques entre a luta das classes capitalista e proletária, assim como de suas formas subordinadas.

3. Enquanto que a unidade do Aparelho (repressivo) do Estado está assegurada por sua organização centralizada, unificada sob a direção dos representantes das classes no poder, executantes da política da luta de classes das classes no poder – a unidade entre os diferentes Aparelhos Ideológicos do Estado está assegurada, geralmente de maneira contraditória, pela ideologia dominante, a da classe dominante.

Tendo em conta estas características, podemos representar a reprodução das relações de produção da seguinte maneira, segundo uma espécie de “divisão do trabalho”:

O papel do aparelho repressivo do Estado consiste essencialmente, como aparelho repressivo, em garantir pela força (física ou não) as condições políticas da reprodução das relações de produção, que são em última instância relações de exploração. Não apenas o aparelho de Estado contribui para sua própria reprodução (existem no Estado capitalista as dinastias políticas, as dinastias militares etc.), mas também, e sobretudo o Aparelho de Estado assegura pela repressão (da força física mais brutal às simples ordens e proibições administrativas, à censura explícita ou implícita etc.) as condições políticas do exercício dos Aparelhos Ideológicos do Estado.

Com efeito, são estes que garantem, em grande parte, a reprodução mesma das relações de produção sob o “escudo” do aparelho repressivo do Estado. É neles que se desenvolve o papel da ideologia dominante, a da classe dominante, que detém o poder do Estado. É por intermédio da ideologia dominante que a “harmonia” (por vezes tensa) entre o aparelho repressivo do Estado e os Aparelhos Ideológicos do Estado e entre os diferentes Aparelhos Ideológicos do Estado é assegurada.¹⁷

No Brasil, bem como nos demais países de capitalismo tardio – de opressão videofinanceira –, a violência estrutural está presente na estrutura de classes sociais, pela qual o bloco dominado está oprimido pelo bloco dominante. Assim, “a violência estrutural compreende toda violência ligada às relações de

17. ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*. Trad. Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985. p. 74-75.

produção dominantes [...]”¹⁸. No contexto brasileiro, a *violência etnoseletiva* dos massacres contra indígenas e o seu encarceramento demonstram uma violência institucional e estrutural dos Aparelhos Repressivos do Estado contra determinada etnia.

É cifra oculta declarar quantos são os indígenas encarcerados no Brasil. Isso ocorre porque são postos juntos no cárcere com outras pessoas condenadas, sem qualquer distinção de natureza do delito ou pelo fato de serem indígenas.

Os Estados que apresentam as maiores populações indígenas também são os que apresentam grandes índices no agronegócio. Nota-se, assim, que existe uma relação entre a polarização da riqueza e a violência. Logo, onde há maior concentração das riquezas na mão de poucos (criminalizadores), há maior distribuição da violência contra muitos (criminalizados).

Dentro da violência estrutural, podemos apontar duas grandes modalidades de manifestação: a primeira é a violência estrutural econômica (produção de mercadorias); e a segunda consiste na violência estrutural financeira (distribuição dos bens da sociedade e sua desigualdade).

Para E. B. Pachukanis, o direito penal deve ser considerado como um elemento integrante da superestrutura do Estado Capitalista. Desse modo, aquele está subordinado a uma forma básica de interação nesta sociedade: a relação de troca equivalente. O direito penal não se limita, contudo, às relações jurídicas abstratamente consideradas, mas, sim, integra o macrossistema que engloba a jurisdição penal como encarnação da luta de classes. Afirma o autor que “quanto mais aguda e encarniçada se torna esta luta, tanto mais a dominação de classe encontra dificuldades em se efetivar no interior da forma jurídica”. Prossegue o autor afirmando que, nesses casos, a justiça penal imparcial, “com as suas garantias jurídicas, é rechaçada, e toma frente uma organização direta da violência de classe, cujas ações são conduzidas unicamente por considerações de oportunidade política”.¹⁹

2.3. A violência estrutural econômico-financeira

A forma com que as estruturas de poder agem é de modo a privilegiar as classes dominantes em detrimento dos povos tradicionais. Como expressões

18. SANTOS, Juarez Cirino. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 86.

19. PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988. p. 126.

da violência estrutural econômico-financeira, os indígenas demonstram como a aplicação da lei é privilegiada.

Como exemplo, as expulsões e reintegrações de posse permanecem. Ordens possessórias, originárias do Poder Judiciário, ultrapassam o limite do razoável, deixando muitas vezes o direito originário à terra de lado, tal como expressa o Supremo Tribunal Federal no enunciado da Súmula 650: “Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”.

Somente entre 2010 e 2015, foram registrados, pelo Conselho Indigenista Missionário, 77 conflitos relativos a direitos territoriais; 310 invasões possessórias, exploração ilegal de recursos naturais e danos diversos ao patrimônio de terras indígenas; e 972 casos de omissão e morosidade na regularização de terras²⁰.

O próprio Poder Judiciário, em grau superior, reconhece a situação precária dos indígenas. Como exemplo, o Tribunal Regional da 3ª Região dispõe que “as aldeias indígenas do Mato Grosso do Sul estão superlotadas, condição que cria para os indígenas um estado de confinamento, impedindo o desenvolvimento de sua forma de vida tradicional, expondo-os a graves problemas, como o alcoolismo, a violência e o suicídio”²¹. De outro lado, em primeira instância, determinou reintegração de posse e apoiou a continuidade da Força Nacional na Região, não com o intuito de defender os indígenas, mas sim para defender os invasores não indígenas: a região em conflito “conta, hoje, com vigilância das forças castrenses, tanto da Polícia Militar do Estado do MS, como da Força Nacional de Segurança e da Polícia Federal. Tais forças visam a obter, por seus meios, a pacificação social, pelo menos por ora, da região conflituosa”²². A

-
20. RELATÓRIO – Violência contra os povos indígenas no Brasil – Dados de 2015 Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2010; RELATÓRIO – Violência contra os povos indígenas no Brasil – Dados de 2015 Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2011; RELATÓRIO – Violência contra os povos indígenas no Brasil – Dados de 2015 Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2012; RELATÓRIO – Violência contra os povos indígenas no Brasil – Dados de 2015 Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2013; RELATÓRIO – Violência contra os povos indígenas no Brasil – Dados de 2015 Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2014; RELATÓRIO – Violência contra os povos indígenas no Brasil – Dados de 2015 Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2015.
21. TRF 3ª Região, Gabinete do presidente, SLAT – Suspensão de liminar ou antecipação de tutela – 2921 – 0035201-82.2010.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Presidente, julgado em 09.01.2013, e-DJF3 Judicial 1. Data: 04.02.2013.
22. Vara Federal de Naviraí. Autos 0001074-43.1999.4.03.6002. Disponibilização Diário Eletrônico de decisão em 28.06.2016, p. 740.

questão é: *pacificação social para quem?* Segundo Michel Foucault: “O objetivo da polícia é o controle e a responsabilidade dos homens na medida em que essa atividade possa constituir um elemento diferencial no desenvolvimento das forças do Estado. [...] É a atividade do homem como elemento constitutivo da força do Estado”²³. Essa atividade transportada para a nossa realidade na *terra brasilis* é a ocupação para o agronegócio capitalista e não a recolocação dos indígenas nas terras que lhes pertencem.

Assim, o que podemos trazer de modo sintético é que o poder punitivo do Estado é o poder organizado criminalizador da classe dominante. Quando essa se mantém no poder por muito tempo, seus interesses se tornam normas jurídicas aceitas pelos restantes integrantes do Estado²⁴ ou se convertem em súmulas vinculantes.

A justiça, em especial a penal, é uma organização que reproduz a violência estrutural no âmbito institucional. Isso se dá como uma forma evidente de luta de classes. A justiça penal reflete os anseios econômico-financeiros e políticos da classe dominante, considerando, inclusive, atrocidades como algo banal, cujos verdadeiros responsáveis nunca são responsabilizados²⁵.

Como forma de verificar a reprodução da violência, basta levarmos em consideração o caso da Terra Indígena Paso Piraju, onde, em decorrência da morosidade estatal, acabou por se implantar um turbilhão de violência, suicídios em massa e conflitos interétnicos dos Kaiowá de Mato Grosso do Sul. O passo burocrático é o seguinte:

23. FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 432-433.

24. Petr Ivanovich Stucka afirma: “Todo o ordenamento jurídico é um amplo sistema de relações de poder geradas (*sich heraus gebildet haben*) internamente numa nação no decorrer de seu desenvolvimento histórico [...]. Os interesses das classes dominantes, se seu poder se mantém durante muito tempo (*Wenn sie sich behaupten*), transformam-se em direitos e normas jurídicas *aceitas* pelos restantes membros do Estado como um dado objetivo. Se estas relações de poder mudam em um determinado tempo, os direitos e as normas jurídicas perdem o seu fundamento natural e voltam novamente ao estado de interesses e de luta de interesses” (STUCKA, Petr Ivanovich. *Direito e luta de classes: teoria geral do direito*. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 54).

25. No mesmo sentido, afirma Juarez Cirino dos Santos: “A reprodução do modo capitalista de produção é disciplinada pelo Direito (na forma do Direito livre e igual) e garantida pelo Estado, como a organização política do poder das classes e categorias sociais que compõem o bloco dominante, manifestada em seus aparelhos de força ou de repressão (forças armadas, polícia, justiça, prisão, burocracia etc.)” (SANTOS, Juarez Cirino. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 91).

[...] quando os índios apontam uma terra tradicional, a Funai instaura um processo administrativo, seguindo o que determina o Decreto mencionado. A primeira fase se inicia com a formação de um GT, um Grupo de Trabalho, coordenado por um antropólogo. Depois, um resumo do relatório antropológico é publicado e se abre o contraditório administrativo. Segue-se a isto, a Declaração através da publicação de uma Portaria assinada pelo Ministro da Justiça. Depois, a demarcação física da área. Em seguida, a Homologação da área pelo Presidente da República e, finalmente, dos registros em cartórios. No caso em tela, a Terra Indígena Paso Piraju, os índios Kaiowa, ao tempo dos fatos relativos aos crimes que lhe foram imputados, esperavam avidamente pela formação do GT de identificação e delimitação. No que tange ao GT, em conformidade com a Portaria MJ/14/96, as tarefas mais relevantes desta equipe seriam identificar quais grupos familiares extensos pertenceriam à terra reclamada, quais os seus limites físico-geográficos, qual a história e os laços dos índios com essa terra, como se dá a produção econômica deste grupo humano. Todo estudo é realizado dentro de rigor metodológico preconizado pela antropologia.²⁶

Mas o que vem a ser luta de classes e qual a sua relação com o direito e o direito penal? Um autor socialista soviético chamado Petr Ivanovich Stucka afirma que o direito – incluído o direito penal – é correspondente ao interesse da classe dominante. Interesse é a busca do que é “útil ou vantajoso para um indivíduo ou grupo de indivíduos, em contraposição com o vantajoso ou útil para outros indivíduos”²⁷. A lei é algo que é útil ou vantajoso para a classe hegemônica.

Classe, por sua vez, é conceituada como um grupo de pessoas cuja diferença em relação às outras se dá pelo *status* que ocupa na cadeia de produção social historicamente determinada, tal como são as lutas por terras tradicionais.

3. A VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL E A JUSTIÇA PENAL HEGEMÔNICA

A próxima abordagem será sobre a violência institucional. Os conceitos que foram mencionados acima têm como intenção preparar o estudo para entender-se a estrutura da Justiça e do Estado como de dominação e sujeição. É a total aplicação do direito penal, ou, nas palavras de Richard Quinney, a “justiça

26. FERREIRA LIMA, Marcos Homero. *Laudo pericial do Ministério Público Federal*. Nota Técnica – Antropologia/MSMJ 02/2014/ 36p. Dourados: MS, 2014. p. 3.

27. STUCKA, Petr Ivanovich. *Direito e luta de classes: teoria geral do direito*. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 40.

capitalista [...] se concretiza na aplicação da ordem legal”²⁸. Relembre-se que direito é considerado o interesse de classe. Em uma análise muito próxima a Richard Quinney, Lola Aniyar de Castro esclarece sobre a relação do conceito de delito e o modo de produção capitalista:

O delito é um fenômeno dependente do modo de produção capitalista. É o que se deve interpretar [...] sobre a utilidade do crime (o crime produziria, segundo Marx, lições de Direito Penal, professores e livros, todo o sistema de controle social – juízes, policiais, jurados –, métodos de tortura; teria feito evoluir procedimentos técnicos datiloscópicos, químicos e físicos, para detectar as falsificações; favoreceria, assim, a fabricantes e artesãos, romperia a monotonia da vida burguesa, enfim, daria desta maneira, “um estímulo às forças produtivas”). Isto quer dizer que o crime é funcional ao sistema de produção capitalista, mas não, como pretende Merton, funcional a qualquer sistema social. Por sua vez, isto significaria que a abolição de um sistema criminógeno de dominação e controle, a abolição das injustiças da produção baseada na mais-valia, produziriam a abolição do crime. Este é um ponto controvertido, teríamos que fazer uma análise histórica da realidade dos sistemas socialistas existentes, sua fidelidade ao marxismo originário, seus vícios e aberrações, para verificar se é possível realizar-se, na perspectiva de um marxismo humanista autêntico, a profecia de Marx²⁹.

A tradição política marxista expõe que – segundo Nicos Poulantzas – “o Estado se reduziria à dominação política no sentido em que cada classe dominante produziria seu próprio Estado à sua medida e à sua conveniência, e manipulá-lo-ia à sua vontade, segundo seus interesses”³⁰.

Esse pensamento reafirma a ideia de que o direito proveniente do Estado nasce com o intuito de satisfazer o interesse de determinada classe social (dos criminalizadores). Trata-se, assim, da “emanação da vontade da classe dominante”³¹. Essa emanação clara no texto legal reproduz a estrutura político-ideológica; cite-se Nicos Poulantzas:

28. QUINNEY, Richard. *Class, state and crime: on the theory and practice of criminal justice*. New York: David MacKay Company, 1977. p. 4.

29. ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 152-153.

30. POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. 4. ed. Trad. Rita Lima. Rio de Janeiro: Graal, 2000. p. 10.

31. POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. 4. ed. Trad. Rita Lima. Rio de Janeiro: Graal, 2000. p. 11. Ainda afirma o mesmo autor: “Se as relações de produção

As relações de produção e as ligações que as compõem (propriedade econômica/posse) traduzem-se sob a forma de *poderes* de classe que são organicamente articulados às relações políticas e ideológicas que os consagram e legitimam. Estas relações não se sobrepõem simplesmente a relações de produção já existentes, não atuam sobre elas retroativamente numa relação de exterioridade de princípio ou num ritmo de *a posteriori* cronológico. Estão presentes, de maneira específica a cada modo de produção, na formação das relações de produção. As relações políticas (e ideológicas), contudo, não intervêm simplesmente na reprodução das relações de produção segundo o conceito atual e corrente da palavra reprodução, em que a reprodução oculta a formação das relações de produção, introduzindo diretamente as relações político-ideológicas, conservando nas relações de produção sua pureza original de autogeração. Deste dado fundamental decorre a presença do Estado, específica para cada modo de produção, o qual concentra, materializa e encarna as relações político-ideológicas nas relações de produção e reprodução³².

traçam o campo do Estado, este desempenha contudo um papel autônomo na formação dessas relações. A ligação do Estado às relações de produção constitui a primeira relação do Estado com as classes sociais e a luta de classes. No que diz respeito ao Estado capitalista, a separação relativa das relações criadas pelas relações de produção constitui o fundamento organizacional de sua ossatura orgânica e revela sua ligação com as classes sociais e a luta de classes sob o capitalismo. O processo de produção é fundamentado na *unidade* do processo de trabalho e nas relações de produção (elas mesmas incluindo uma dupla relação – a de propriedade econômica e a de posse). Esta unidade é realizada pelo *primado* das relações de produção sobre o processo de trabalho, frequentemente chamado de ‘forças produtivas’, incluindo a tecnologia e o processo técnico. Contrariamente ao economicismo tradicional que leva diretamente ao tecnicismo e que vê apenas nas relações de produção a simples cristalização e voltório-reflexo de um processo tecnológico das forças produtivas como tais (assim, sendo importante na origem do processo de produção a concepção das relações entre base e superestrutura reflexa), é primado das relações de produção sobre as forças produtivas que dá à sua articulação a forma de *processo* de produção e de reprodução. Embora as forças produtivas possuam uma materialidade própria que não se pode ignorar, elas se organizam, contudo, segundo relações de produção dadas (o que não exclui nem as contradições entre elas, nem seu desenvolvimento desigual no seio de um processo que é consequência deste primado). Não é a passagem do moinho a vapor que explica a passagem do feudalismo ao capitalismo. Toda a obra de Marx o comprova, apesar das ambiguidades que contém, fruto da influência da ideologia do progresso técnico da filosofia Iluminismo, que o acompanha até nos trabalhos de sua maturidade. Deste primado decorre a presunção das relações políticas (e ideológicas) no seio das relações de produção” (POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. 4. ed. Trad. Rita Lima. Rio de Janeiro: Graal, 2000. p. 11).

32. POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. 4. ed. Trad. Rita Lima. Rio de Janeiro: Graal, 2000. p. 25-26.

A ideologia punitiva no sistema de *justiça penal hegemônica* não é somente um conjunto de sistemas de ideais ou de representações, mas compreende também “[...] uma série de ‘práticas materiais’, extensivas aos hábitos, aos costumes, ao modo de vida dos agentes, e assim se molda como cimento no conjunto de práticas sociais, aí compreendidas nas práticas políticas e econômicas”.³³ O sistema de capitalismo tardio pode ser dividido em estruturas e superestruturas, e estas, por sua vez, podem ser subdivididas em campos.

A concepção dessas diversas infraestruturas ou campos é atribuída a Pierre Bourdieu. Este conceituou o campo burocrático – uma subcategoria de campo *lato sensu* – como um “espaço fragmentado que disputa a definição e a distribuição de bens públicos”³⁴, no qual existem diversos capitais que geram determinada formação social, em que se destaca o “capital jurídico como a forma objetificada e codificada de capital simbólico”³⁵. Este capital capacita o Estado a monopolizar a definição oficial de identidades e a administração da justiça³⁶.

Quando se faz pesquisa de campo e dentro da própria experiência jurídica, nota-se que os atores que pertencem ao campo jurídico tendem a agir com excesso dogmático e burocrático. Além desses, a morosidade da justiça também tem seu potencial de violência institucional, bem como o excesso de recursos procrastinatórios que levam casos de demarcação de terras ou violação de direitos dos indígenas ao esquecimento.

O tratamento judicial brasileiro, principalmente na justiça penal, cujos criminalizados são na maioria das vezes os negros pobres³⁷, demonstra claramente como os costumes e demais formas de opressão dos mais débeis consolidam uma verdadeira classe, a classe judiciária dominadora. Dentro da lógica etnos-seletiva, os indígenas são vistos pelo sistema punitivo como uma subclasse de uma subclasse e, na lógica racial, encontram nas entranhas do sistema punitivo uma versão daninha aos proprietários de terras e aos agrogenocidas.

Pelo fato de o Estado não poder usar a violência nua para impor o controle e a permanência da produção e reprodução econômica, ele faz uso da ideolo-

33. POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. 4. ed. Trad. Rita Lima. Rio de Janeiro: Graal, 2000. p. 27.

34. WACQUANT, Loïc. Apêndice teórico: um esboço do Estado neoliberal. *Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro, ano 15, n. 17/18, 1º e 2º semestre de 2010. p. 138.

35. BOURDIEU, Pierre. *A miséria do mundo*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

36. WACQUANT, Loïc. Apêndice teórico: um esboço do Estado neoliberal. *Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro, ano 15, n. 17/18, 1º e 2º semestre de 2010. p. 138.

37. FANON, Franz. *Os condenados da Terra*. Juiz de Fora: Editora da UFJF, 2006.

gia para legitimar a repressão de determinados grupos excluídos mediante a produção do consenso de uma grande massa alienada. Legitima-se, assim, a violência institucionalizada pela ideologia³⁸. A impunidade dos atos violentos contra indígenas é uma expressão dessa ideologia. Vejamos os números:

Tabela 1³⁹ – Violência contra povos indígenas no Brasil (2010-2015)

	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Abuso de poder	1	1	15	6	16	54
Ameaça de morte	152	10	30	14	29	31
Ameaças várias	398	140	90	35	27	18
Assassinato	60	51	60	53	70	12
Homicídio culposo	15	12	21	13	20	25
Lesões corporais dolosas	1.015	19	8	8	18	12
Racismo e discriminação étnico-culturais	15	12	14	3.618	19	8
Tentativa de assassinato	27	94	1.024	328	31	13
Violências sexuais praticadas contra indígenas no Brasil	22	39	12	10	18	9
Total	1.705	378	1.274	4.085	248	182

Sobre essa lógica, Lola Aniyar de Castro, em sua obra *Criminologia da reação social*, ao tratar da criminologia marxista, esclarece:

A lei penal é uma estrutura dependente do sistema de produção (infraestrutura econômica). Significa a legitimação, pela força, da violência econômica exercida por quem detém o poder. Com efeito, uma análise dos códigos penais permite identificar, claramente, a ideologia que serve de base, tanto na ordenação dos capítulos, como na seleção dos ilícitos penais e na desproporção e tipos de sanções em relação aos ilícitos que violam interesses protegidos de maneira diferenciada.

38. POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. 4. ed. Trad. Rita Lima. Rio de Janeiro: Graal, 2000. p. 27.

39. RELATÓRIO – Violência contra os povos indígenas no Brasil – Dados de 2015 Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2010; RELATÓRIO – Violência contra os povos indígenas no Brasil – Dados de 2015 Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2011; RELATÓRIO – Violência contra os povos indígenas no Brasil – Dados de 2015 Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2012; RELATÓRIO – Violência contra os povos indígenas no Brasil – Dados de 2015 Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2013; RELATÓRIO – Violência contra os povos indígenas no Brasil – Dados de 2015 Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2014; RELATÓRIO – Violência contra os povos indígenas no Brasil – Dados de 2015 Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2015.

[...]

O direito, pois, é ideologia e não ciência. E os que trabalham o Direito como objeto central ou ponto de referência, assumindo sua verdade como um dogma, são instrumentos desta ideologia e não cientistas. A perspectiva burguesa parte, ao contrário, como dissemos do princípio do consenso social rousseauiano, como elemento basilar da ordem social⁴⁰.

O jurista Austin Turk reforça esse entendimento ao expor que o processo político de organização da autoridade culmina no controle sobre sentimentos, bem como sobre ações. A autoridade e a subjetividade apresentam uma relação de interdependência em termos sociais de dominação e sujeição⁴¹. Essa lógica integra um sistema de sujeição da própria *justiça penal* (violência estrutural) para que ela exerça dominação (violência institucional) contra os criminalizados que farão parte de uma grande ciranda grotesca⁴², ou seja, aqueles que não têm a imunidade própria das classes mais abastadas.

Ideologia dominante é um poder essencial da classe criminalizante, que invade os *aparelhos de Estado* e na sua organização é responsável pelo exercício da violência física legitimada. Como dito anteriormente, essa legitimação da violência dos aparelhos do Estado (violência institucional) capacita o Estado a “disciplinar e consumir corpos dos seus súditos”, assim como introduz “na própria corporalidade dos súditos objetos a violência do Estado”⁴³.

É impossível por meio do binômio repressão-ideologia definir o domínio do poder sobre as massas dominadas e oprimidas sem cair numa concepção policial ou idealista do poder. O Estado dominaria as massas, quer pelo

40. ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 153.

41. TURK, Austin T. *Political criminality: the defiance and defense of authority*. Sage Library of Social Research. v. 136, Beverly Hills/Londres/Nova Delhi: SAGE Publications, 1982. p. 27.

42. Segundo Massimo Pavarini: “Ainda que firmando-nos na estimativa mais prudente, podemos calcular que, se 30 milhões de homens se dão as mãos, criam uma longa fila de cerca de 60 mil quilômetros. Sobre a linha do Equador, percorre-se quase duas vezes o Mundo. Se a esta fila agregam também aqueles que são penalmente limitados na liberdade, esta [fila] poderia abraçar quatro-cinco vezes a Terra. Uma gigantesca ciranda que abraça o Mundo, uma espécie de gira-mundo penitenciário” (PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino dos Santos. Curitiba: ICPC, 2012. p. 65).

43. POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. 4. ed. Trad. Rita Lima. Rio de Janeiro: Graal, 2000. p. 28.

terror policial ou pela repressão interiorizada – pouco importa aqui –, quer pela impostura e pelo ilusório. O Estado defende – proíbe e/ou ilude, pois, precavendo-se de identificar ideologia e “consciência errada”, o termo ideologia só faz sentido se admitir que os procedimentos ideológicos comportam uma estrutura de ocultação-inversão. Acreditar que o Estado só age assim é completamente errado: a relação das massas com o poder e o Estado, no que se chama especialmente de *consenso*, possui sempre um *substrato material*. Entre outros motivos, porque o Estado, trabalhando para a hegemonia de classe, age no campo de equilíbrio instável do compromisso entre as classes dominantes e dominadas. Assim, o Estado encarrega-se ininterruptamente de uma série de medidas materiais positivas para as massas populares, mesmo quando estas medidas refletem concessões impostas pela luta das classes dominadas. Eis aí um dado essencial, sem o qual não se pode perceber a materialidade da relação entre o Estado e as massas populares, se fosse considerado o binômio repressão-ideologia. O que é igualmente, em última instância, o fundamento, com a tônica sobre o aspecto consentimento, de toda a série das atuais concepções do poder, particularmente as que se desenvolvem em torno do fenômeno fascista. É pela imagem do Estado-poder, segundo o binômio repressão-ideologia, que se tenta explicar a base de massas do fascismo: as massas teriam “desejado” a repressão ou teriam sido mistificadas pela ideologia fascista. Considerar como únicas categorias do Estado repressão-interdito e ideologia-encobrimento leva forçosamente a *subjetivar* as razões do consentimento (porque se diz sim ao interdito) e a situá-las seja na ideologia (no sentido de ilusão: os fascistas iludiram as massas), seja pelo desejo de repressão ou amor ao Senhor. Ora, mesmo o fascismo foi obrigado a tomar uma série de medidas positivas para as massas (reabsorção do desemprego, mas manutenção e às vezes melhoria do poder real de compra de certas categorias populares, legislação dita social), o que não exclui, bem ao contrário, o aumento na exploração das massas (por meio da mais-valia relativa). Que o aspecto ideológico-engodo esteja sempre presente, isto não altera o fato de que o Estado também age pela produção do substrato material do consenso das massas em relação ao poder. Se o substrato difere de sua apresentação ideológica no discurso do Estado, não é, contudo, redutível a mera propaganda.⁴⁴

A violência institucional, produzida pelos *aparelhos de repressão do Estado*, exprime a luta de classes e realiza o *processo de criminalização*. Este, segundo a perspectiva de *criminalização secundária* que aqui é objeto de pesquisa, con-

44. TURK, Austin T. *Political criminality: the defiance and defense of authority*. Sage Library of Social Research. v. 136, Beverly Hills/Londres/Nova Delhi: SAGE Publications, 1982. p. 29-30 (tradução nossa).

siste no conjunto de procedimentos, rituais e cerimônias que levam a marcar como criminosos determinadas pessoas ou grupos, mesmo que sejam vítimas.

A produção de etiquetas e rótulos pela lógica da luta de classes inserida no capitalismo tardio não passou despercebida por Austin Turk:

Se as autoridades decidirem que é melhor não definir um desafio como sendo explicitamente político, elas podem punir o criminoso mais indiretamente (como com a demora desordenada nos processos de entrega de passaporte, frequentes auditorias fiscais, manipulação de informações de crédito) e/ou mais diretamente. A punição direta pode variar de rotina de perseguição policial (diferindo apenas entre policial e classes perigosas) à prisão formal em si e adjudicação para ofensas comuns não políticas das quais o indivíduo pode ou não ser culpado. O ponto nestas definições criminais convencionais pode ser usado para justificar o tratamento coercitivo de pessoas cujo atributo mais significativo aos olhos das autoridades é a sua resistência à autoridade policial. Leis de crimes convencionais têm sido aplicadas politicamente onde os assuntos têm lutado contra os termos de sua sujeição econômica, racial ou política, uma vez que estes aparecem em várias combinações complexas. Além disso, em uma área cinzenta entre leis de crimes convencionais e leis explícitas de crimes políticos, corpos de leis especializados têm sido criados definindo os termos dos “rótulos” das relações de trabalho, de raças e relações políticas convencionais. Cada arena de luta tem proporcionado várias ilustrações do uso de ambos os tipos de leis convencionais, criminais e especializadas. [...] Desumanizar os outros menos favorecidos parece tornar mais fácil para os mais avantajados do que suportar os encargos do poder e do privilégio. Onde a linha entre autoridades e assuntos foi desenhada em cores, um ciclo foi definido em movimento pelo qual os efeitos da repressão política e econômica sobre os subordinados grupos raciais são considerados como sendo os efeitos de suas características raciais. As marcas da opressão tornaram-se a justificativa para mais repressões amparadas em leis designadas a proteger os grupos dominantes de cores “civilizadas” daqueles grupos subordinados, por vezes, ingratamente rebeldes.⁴⁵

-
45. TURK, Austin T. *Political criminality: the defiance and defense of authority*. Sage Library of Social Research. v. 136, Beverly Hills/Londres/Nova Delhi: SAGE Publications, 1982. p. 40-44 (tradução nossa). Afirma ainda o mesmo autor: “Em uma arena de sobreposição de conflitos, a resistência de minorias raciais ao tratamento explorador, degradante e até mesmo genocida veio tipicamente de encontro com a repressiva legal, dado um ímpeto extra por crenças e medos racistas. O termo ‘racista’ faz referência comumente ao estereótipo branco-preto no qual as diferenças comportamentalmente genéticas são imputadas com base em um atributo físico externamente

A violência institucional, ao contrário da abstração da violência estrutural, alcança um patamar de concretização produzida claramente por instituições políticas e jurídicas do Estado. O processo cíclico de massacres contra os indígenas é composto, via de regra, pela permeabilidade que essas instituições políticas e jurídicas apresentam com a violência estrutural da programação criminalizante da política do capitalismo.

Isso adentra no sistema de justiça penal, pois é o principal instrumento de controle social ou um modo de impor o lugar dos miseráveis em uma sociedade desigual. O acesso à justiça é opaco. É aquilo que o jurista argentino Carlos María Cárcova aponta como a *disponibilidade do direito* por parte dos cidadãos. A estratégia política e econômica da ignorância serve para dissolver vínculos, expulsando do sistema social milhões de almas, privando-as de seus direitos, através da incompreensão do direito⁴⁶. Outras vezes, além de incompreensível,

observado. Deveria ser reconhecido, entretanto, que as visões racistas têm se tornado historicamente elementos da ideologia da dominação de classes. Ou em suas variantes indígenas ou coloniais, as classes altas inglesas, por exemplo, têm sido irremediavelmente medíocres: ‘natureza’ não apenas dos abomináveis irlandeses, mas também dos seus menos privilegiados companheiros ingleses (canadenses, americanos ou quaisquer outros)”.

46. Completa o jurista argentino: “Já se analisou que o informe geral da UNICEF denunciava que as crianças mais desprotegidas e exploradas na Argentina, em relação com seu trabalho pessoal, eram de origem boliviana ou paraguaia. Mas detenhamo-nos, por um momento, nos impactos da ordem não econômica que a desocupação gera nos indivíduos e em suas famílias. Gabriel Kessler tem estudado minuciosamente essa questão (1996, 111 ss.) através de um trabalho baseado em entrevistas qualitativas aos desempregados e informantes caracterizados e observações participantes em grupos de autoajuda para desempregados. Suas investigações são similares a outras já clássicas desenvolvidas na Europa ocidental e nos Estados Unidos, em três momentos diferentes: o primeiro corresponde à crise europeia dos anos vinte e à Grande Depressão norte-americana dos anos trinta; o segundo, o impacto da automatização da indústria, de princípios dos anos sessenta; e o terceiro, que se inicia nos anos oitenta e segue em frente, com o aumento maciço do desemprego, tanto na Europa como na América do Norte. Uma das primeiras observações relevantes mostra que os afetados não podiam compreender a natureza do fenômeno que os implicava, que em uma primeira etapa é vivido como circunstancial e transitório, mas que, com o passar do tempo, se transforma em um mecanismo de autorreprodução e de culpabilização própria que paralisa, confunde e conduz muitos a situações extremas (alcoolismo, ilegalismo etc.). Produzem-se consequências graves no plano do psiquismo, que Vicente Galli e Ricardo Malfé têm investigado de maneira específica. Eles sustentam que o desaparecimento do modelo de Estado assistencial, em que muitos dos desempregados de hoje tinham socializado, tem significado para os mesmos a eliminação de uma expressão de poder

o direito é ilusório, pois a classe subalterna é tratada como algoz mesmo quando é vítima.

Segundo Alessandro Baratta, “[...] o Direito Penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes e a imunizar o processo de criminalização dos indivíduos pertencentes às ditas classes e ligados funcionalmente às exigências de acumulação capitalista, e dirige tal processo, principalmente, para formas de conduta desviante tipicamente das classes subalternas”⁴⁷. Essa lógica se dá por dois princípios opostos ao mito da igualdade penal e que orientam a violência institucional: no primeiro, “o direito penal não defende todos os cidadãos e tão-somente os bens nos quais têm igual interesse todos os cidadãos e, quando penaliza as ofensas dos bens essenciais, o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário”⁴⁸. O segundo princípio apontado por Alessandro Baratta é que “a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso aplica-se de modo desigual aos sujeitos, independentemente do dano social de suas ações e da gravidade das infrações à lei penal realizada por eles”⁴⁹.

As classes dominadas, a partir do momento em que passam de *força de trabalho* para *subproletariado*, perdem, ao mesmo tempo, a condição de cidadania e passam para a situação de objetos inaptos a produzir mais-valia (reificação). Assim, tornam-se refugos humanos, que devem ser retirados do corpo social. Pode-se afirmar que “esses segmentos crescentes de marginalizados sociais são massacrados, destruídos ou eliminados, sem qualquer consequência legal, pela violência do aparelho policial do Estado”⁵⁰.

O controle social faz com que a desigualdade sistematizada e o desnivelamento de classe se perpetuem. Uma das formas de consolidação é feita pelo Estado duplo ou ambíguo, que, segundo José M. Simonetti, é aquele que tem

das instituições (políticas, econômicas, jurídicas, religiosas, inclusive acadêmicas e profissionais) ‘imaginárias’ (ilusoriamente às vezes e outras nem tanto) como uníssonas, despóticas etc. Mas, ao mesmo tempo, tem verificado também o desaparecimento de certa classe de proteção aos azares da subsistência” (CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2006. p. 57) (tradução nossa).

47. BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política criminal alternativa. *Revista de Direito Penal*, 23, 1978. p. 11.

48. BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política criminal alternativa. *Revista de Direito Penal*, 23, 1978. p. 10.

49. BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política criminal alternativa. *Revista de Direito Penal*, 23, 1978. p. 10.

50. SANTOS, Juarez Cirino. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 107.

um lado “visível, legal, e outro paralelo e clandestino, no qual não regem os fundamentos da democracia política, do Estado de Direito, e onde se derrubam a representação e os princípios da legalidade, publicidade, visibilidade, controlabilidade e responsabilidade dos poderes públicos”⁵¹. Essa forma subterrânea de se apresentar o poder do Estado se relaciona com o poder econômico e com as representações dos conflitos sociais.

A Justiça Penal, por ser um fragmento da política (hegemônica), acaba refletindo todo o conteúdo subterrâneo que esta possui, inclusive a busca incessante de criminalização dos pobres. Isso é um exemplo do uso ilegal do aparato institucional para reafirmar seu *status quo*.

Geralmente, associa-se o uso ilegal do aparato institucional às ditaduras militares. Porém, cabe destacar que essas práticas também são realizadas em Estados autodenominados *democráticos*, desde que exista um grupo hegemônico que faça uso dessa estratégia⁵².

Muitas vezes, os poderes hegemônicos potencializam seus objetivos por vias supostamente lícitas. Pode-se, na penumbra da ausência de direitos e acesso a esses direitos, enxergar que o sistema econômico produz os pobres para depois encontrar nesse refugio humano um inimigo certo ou potencial⁵³. A título de exemplo, ao analisar estatisticamente os condenados por crime contra o patrimônio, provenientes das classes subalternas e dos condenados de colarinho branco, verifica-se que existe no sistema punitivo uma distribuição desigual de imunidades e de estereótipos.

A produção de criminalizações secundárias e o processo de menos-valia (estigmatização) dos condenados (mercadorias) justificam o consumo destes pelo *sistema penal dinâmico*. Na periferia do capitalismo, o discurso jurídico-penal socialmente falso, que deveria produzir um *saber penal*, acaba revelando-se sem legitimidade, falso e que demonstra a sua face mais perversa. Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, “se torce e retorce, alucinando um exercício de poder que oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício de poder”.⁵⁴ Assim co-

51. SIMONETTI, José. *Ilegalidad del poder, crimen, política, economía y exclusión: hechos y valores*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010. p. 2 (tradução nossa).

52. SIMONETTI, José. *Ilegalidad del poder, crimen, política, economía y exclusión: hechos y valores*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010. p. 11.

53. SIMONETTI, José. *Ilegalidad del poder, crimen, política, economía y exclusión: hechos y valores*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010. p. 16.

54. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 1998. p. 23 (tradução nossa).

mo “não é verdadeiro um discurso jurídico-penal quando as agências policiais, judiciais, do ministério público, os meios sociais de comunicação das massas, etc. contemplam passivamente o homicídio de milhares de habitantes”.⁵⁵

No processo de massacre dos indígenas e de interpretação do *sistema penal dinâmico* como justiça penal hegemônica, as agências institucionais são: a polícia (poder criminalizante investigatório-detentivo) e a justiça (poder criminalizante analítico-condenatório). O foco é analisar esses aparelhos e seus supostos objetivos ocultos em sua pretensão subterrânea.

A primeira agência (ou aparelho) tem uma organização hierarquizada e em geral se submete a um comando único. O aparelho policial tem como objetivo a contenção de multidões famintas e expropriadas de qualquer direito. Essa contenção controla as desordens públicas através da violência legítima e, inclusive, justifica seus massacres sob o argumento de proteção da lei e da ordem. Por outro lado, seu real objetivo é dar ação à vontade tanatológica (pulção de morte) das classes dominantes. Como afirma Juarez Cirino dos Santos, “o aparelho policial não foi, na sua origem, nem na atualidade (e jamais poderá ser), uma instituição ‘neutra’, mas, uma instituição de garantia violenta da estrutura de classes da sociedade, a serviço do bloco dominante organizado no poder político do Estado [...]”⁵⁶.

3.1. Os jurados no banco dos réus

No dia 1º de abril de 2006, três policiais dirigiram-se até Porto Cambira, onde fica a região indígena de Dourados (Estado de Mato Grosso do Sul), denominada de Paso Piraju, para buscar um indígena suspeito de homicídio. Adentraram várias fazendas, sem êxito de encontrar o suspeito. Quando voltavam para a cidade de Dourados – MS, havia uma obstrução na rodovia. Quando saíram do veículo, foram atacados por indígenas, sendo que dois policiais foram assassinados e um, gravemente ferido.

Do fato, gerou-se uma ação penal de competência do Tribunal do Júri Federal de Dourados – Estado de Mato Grosso do Sul. No entanto, considerando que o procedimento do júri tem como a sua segunda fase a incorporação do denominado Conselho de Sentença, integrado por pessoas da comunidade

55. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 1998. p. 23 (tradução nossa).

56. SANTOS, Juarez Cirino. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 117.

local, o Ministério Público Federal levantou a hipótese de imparcialidade da comunidade local, em razão de racismo, prenoção e preconceito.

As representações sociais sobre os indígenas na região de Mato Grosso do Sul são formadas por *não índios*. Os indígenas ainda são vistos, em concepções romantizadas, como os habitantes nativos, infiéis, atrasados, que deveriam usar arco e flecha⁵⁷. Os membros da etnia Kaiowá (etnia dos envolvidos no homicídio) “são culturalmente orientados para a pequena produção, baseados na roça de sobrevivência e na prática da coivara”.⁵⁸ De outro lado, está o progresso, formado pelo agrogenocídio que toma verdadeira forma neocolonialista, pelo qual “o Estado do Mato Grosso do Sul é líder na produção de grãos, detentor de um dos maiores rebanhos e bacia leiteira do país, com grandes potenciais para o desenvolvimento econômico”.⁵⁹ Esses grandes proprietários de terras – detentores dos meios de comunicação local – criam e divulgam essas prenoções, impregnando valores e moralidades locais e regionais, determinando os indígenas como verdadeiros *outsiders* que tanto mencionava Howard Becker. Os pré-julgamentos aparecem em trechos destacados por diversos meios de comunicação expostos no laudo antropológico, como quando este esclarece a acusação de um indígena, sob o argumento de que, pelo fato de ocupar a condição de *Capitão*⁶⁰, foi o mandante do homicídio dos policiais:

[...] há imagens que se contrapõem e que claramente colocam a sociedade envolvente contra os índios, num processo de julgamento informal, do qual os índios já saem condenados pelos crimes que cometeram, de onde são sentenciados pela criminalização pela participação nos movimentos sociais indígenas.⁶¹

Os termos usados nos veículos de comunicação sobre o fato ocorrido contra os policiais são: “foram vítimas de emboscada”, “quando chegaram ao local, os policiais teriam caído em uma emboscada”, “execuções dos policiais civis”,

57. FERREIRA LIMA, Marcos Homero. *Laudo pericial do Ministério Público Federal*. Nota Técnica – Antropologia/MSMJ 02/2014/ 36p. Dourados: MS, 2014. p. 13.

58. FERREIRA LIMA, Marcos Homero. *Laudo pericial do Ministério Público Federal*. Nota Técnica – Antropologia/MSMJ 02/2014/ 36p. Dourados: MS, 2014. p. 14.

59. FERREIRA LIMA, Marcos Homero. *Laudo pericial do Ministério Público Federal*. Nota Técnica – Antropologia/MSMJ 02/2014/ 36p. Dourados: MS, 2014. p. 14.

60. *Capitão* é o termo usando pelos não índios para determinar um líder indígena. A designação por si só mostra o racismo dentro das estruturas sociais, pois *capitão* é um conceito do *homem branco* e não dos indígenas.

61. FERREIRA LIMA, Marcos Homero. *Laudo pericial do Ministério Público Federal*. Nota Técnica – Antropologia/MSMJ 02/2014/ 36p. Dourados: MS, 2014. p. 25.

“esses índios cometeram a barbaridade”, “os policiais foram barbaramente assassinados” ou ainda, “os policiais foram mortos a tiros, facadas e pauladas”.⁶²

Considerando que os crimes seriam julgados pelo procedimento do Tribunal do Júri, nota-se que os *jurados se encontravam no banco dos réus* pela exceção de suspeição. A população da região onde foram cometidos os delitos foi considerada – na totalidade – parcial para julgar os indígenas, em razão de seu extremo racismo, como mencionado anteriormente. Cita o julgado:

Ementa. Pedido de desaforamento. Duplo homicídio e tentativa de homicídio de policiais civis. Conflito indígena. Dúvida sobre a imparcialidade do júri. Pedido procedente.

1. Trata-se de pedido de desaforamento do julgamento da ação penal 000110922.2007.403.6002, em trâmite perante a 1ª Vara Federal de Dourados/MS, para uma das Varas Federais de São Paulo/SP, nos termos do atual artigo 427 do CPP (Lei 11.689/08), segundo o fundamento da existência de fundada dúvida acerca da imparcialidade do júri na Seção Judiciária de Dourados/MS.
2. Com efeito, tratando-se de modificação de competência, o desaforamento é medida de absoluta excepcionalidade, necessitando para seu deferimento de elementos concretos a sugerir, no caso, a parcialidade do corpo de jurados.
3. A par disso, é fato notório que o conflito indígena da região do Estado do Mato Grosso do Sul, que já resultou em inúmeras vítimas, evidencia uma situação de clara anormalidade, muito bem capaz de comprometer o interesse da ordem pública ou de afetar a imparcialidade do conselho de sentença, a justificar a adoção dessa providência extraordinária.
4. A tensão atual e a extensão do conflito na região vem também comprovada pelas matérias jornalísticas nacionais e internacionais colacionadas aos autos e os recentes confrontos ocorridos entre índios e ruralistas, amplamente noticiados, nos dias 29.08.2015, no município de Antônio João/MS, e em 14.06.2016, na fazenda de Caarapó, região sul de Mato Grosso do Sul, ocasiões que culminaram na morte de dois indígenas e vários feridos, a demonstrar que continuam, ainda, presentes naquela região as condições de conflito envolvendo direitos indígenas sobre aquelas terras e que levaram à prática de atos incriminados na esfera penal.
5. Vale ressaltar que nos autos 2003.60.02.0003742, que tramitaram na 1ª Vara Federal de Dourados, no qual os denunciados foram acusados pela prática de violentos ataques contra os indígenas Guarani Kaiowá, no Município de Juti/MS, ocorridos nos dias 12 e 13 de janeiro de 2003, de que resultou a

62. FERREIRA LIMA, Marcos Homero. *Laudo pericial do Ministério Público Federal*. Nota Técnica – Antropologia/MSMJ 02/2014/ 36p. Dourados: MS, 2014. p. 25.

morte de um líder indígena, foi deferido, por esta Corte Regional, nos autos 2007.03.00.0367260, o desaforamento do julgamento para o Tribunal do Júri da 1ª Subseção da Seção Judiciária de São Paulo.

6. Visto por este ângulo, neste feito, com muito mais razão, faz-se necessário a mesma medida, vez que os indígenas, nos autos 000110922.2007.403.6002, são réus, e as vítimas, policiais civis.

7. Dessa forma, o conflito pulsante entre índios e não índios no Estado do Mato Grosso do Sul, acirrado pelos fundamentos étnicos, históricos, culturais, econômicos e etc. de ambos os lados, somado à sua repercussão regional, nacional e internacional, permitem e muito bem justificam que o julgamento seja desaforado para Foro não contíguo, onde poderão ser asseguradas todas as garantias necessárias para desejada intangibilidade do julgamento.

8. Pedido de desaforamento deferido.⁶³

Segundo consta no Laudo Antropológico, que teve como finalidade averiguar a exceção de suspeição, verificou-se que, efetivamente, os membros que possivelmente incorporariam o conselho de sentença seriam parciais. Isso decorre do racismo como expressão de violência estrutural. Isso também é reproduzido pelo fato que o Ministério Público Federal tentou denunciar maus tratos contra os índios presos e foi impedido pelo Juiz de Execuções Penais de Dourados/MS.⁶⁴

63. Pedido de desaforamento do julgamento da ação penal 000110922.2007.403.6002, 13ª Câmara do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Autos 000949609.2015.4.03.0000/MS.

64. Sobre este aspecto: “A situação dos acusados e sentenciados indígenas, de acordo com os levantamentos realizados para este estudo, indica que os presos indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul estão sendo vítimas de violações de direitos e garantias constitucionais em face da falta ou deficiência de assistência jurídica. Segundo dados do CTI (2008), do total de indígenas envolvidos em crimes na região [...], apenas 22% receberam a devida e adequada assistência jurídica, incluindo nestes dados a não presença de intérprete judicial, em cumprimento do dispositivo legal do artigo 12 da Convenção 169 da OIT, como já dito, já devidamente parte do Ordenamento Jurídico nacional. Para ilustrar o descaso, trazemos a lume a situação jurídico-penal vivenciada pelos detentos indígenas. Para este fim, é importante levar em consideração a forma que a legislação e, em especial, o Direito Penal foram ‘construídos’ e aplicados. O Direito Penal não tem acompanhado, no mesmo ritmo, as conquistas incluídas nas últimas décadas pelo Direito Constitucional e pelos Tratados Internacionais que reconhecem um pluralismo cultural, legal, linguístico e a igual dignidade de culturas. No Direito Penal há uma exclusão da cultura e modo de vida dos povos indígenas, uma vez que não se reconhece o direito indígena como outro sistema jurídico. No Brasil, como em outros países da América Latina, o Direito Penal sempre encontrou fundamento em um positivismo racionalista ocidental, com a importação de legislação e doutrina europeias (tanto nos casos de *Civil Law* como de *Common Law*) para acomodar a realidade indígena. A Fundação Nacional do Índio (Funai), criada em 1967 para substituir o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), sempre tratou

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A violência praticada pelo sistema econômico e pelo sistema de justiça criminal é forma de manifestação de criminalizações políticas contra determinados setores da sociedade. Quando esses setores atrapalham a estrutura capitalista, a justiça penal dá conta de manter as engrenagens funcionando. O racismo projeta-se para além da sociedade e tem dentro das entranhas do sistema de justiça criminal clara face; basta vermos os calabouços prisionais e notaremos que há algo muito similar aos porões dos traficantes de escravos do século XVIII.

Não é diferente no Brasil contemporâneo o tratamento empregado em face dos indígenas: os números não mentem, são massacres em conta-gotas, que obedecem a lógica das estruturas econômicas. Batalhas judiciais por demarcação de terras, assassinatos de lideranças, formação de milícias são apenas algumas formas de evidenciar o *modus operandi* desse grande moinho de gastar gente.

2. O Estado de Mato Grosso do Sul é o Estado onde há a segunda maior aldeia (confinamento) de indígenas do Brasil, ao mesmo tempo em que é um dos maiores produtores agrícolas do País. Junto com esse título, também é o que mais massacra indígenas, com o aval do discurso odioso da grande maioria da sociedade, principalmente aqueles ligados às grandes propriedades agrícolas.

3. Há uma década, três policiais adentraram em diversas fazendas procurando um indígena acusado de homicídio. Não o encontraram, mas, em passo mórbido, a morte os encontrou e, com esta, o discurso de ódio levantou-se para a condenação dos indígenas. O fato mais curioso é que uma liderança indígena for imputada como acusado – criminalizado por ser apenas liderança –, motivo pelo qual o Ministério Público Federal requereu laudo antropológico para averiguar a possibilidade de ser desaforado o processo. Ficou evidente que a sociedade do Estado do Mato Grosso do Sul não pode julgar o processo, pelo simples fato de manifestar evidentes prenoções e preconceitos raciais com os indígenas. Tal fato tornou procedente o incidente de desaforamento e os autos do processo foram deslocados para o Estado de São Paulo.

das questões pertinentes aos indígenas. Ocorre que essa Fundação, no caso do Estado de Mato Grosso do Sul, conta com um único servidor, um Procurador Federal, para atender mais de trinta áreas indígenas no cone sul do Estado. Um único agente para dar assessoria jurídica a mais de 35 mil indígenas de diversas etnias” (PACHECO, Rosely Aparecida Stefanis; PRADO, Rafael Clemente Oliveira do; KADWEU, Ezequias Vergílio. População carcerária indígena e o direito à diferença: o caso do município de Dourados, MS. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 469-500, dez. 2011. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322011000200005&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: nov. 2017).

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDER, Michele. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*. Trad. Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política criminal alternativa. *Revista de Direito Penal*, 23, 1978.
- BATISTA, Nilo. Entrevista: todo crime é político. *Revista Caros Amigos*, São Paulo, ano VII, n. 77, ago. 2003.
- BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos sediciosos* (Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, v. 5/6, n. 5/6, p. 77-94, 1998.
- BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas 1: magia e técnica, arte e política*. 10. ed. Brasília: Brasiliense, 1996.
- BONGER, Willen. *Criminality and economic conditions*. Londres: Indiana University Press, 1969.
- BOURDIEU, Pierre. *A miséria do mundo*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.
- CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2006.
- CHAPMAN, Dennis. *Sociology and the stereotype of the criminal*. Londres: Tavistock, 1968.
- CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2011. Col. Pensamento Criminológico, v. 17.
- DAVIS, Angela. Criminalization and race. In: MORRISON, Toni; DAVIS, Angela; WEST, Cornel. *The house that race built*. New York: Vintage Books, 1997.
- DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FANON, Franz. *Os condenados da terra*. Juiz de Fora: Editora da UFJF, 2006.
- FERREIRA LIMA, Marcos Homero. *Laudo pericial do Ministério Público Federal*. Nota Técnica – Antropologia/MSMJ 02/2014/ 36p. Dourados: MS, 2014.
- FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- PACHECO, Rosely Aparecida Stefanos; PRADO, Rafael Clemente Oliveira do; KADWEU, Ezequias Vergílio. População carcerária indígena e o direito à diferença: o caso do município de Dourados, MS. *Revista de direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 469-500, dez. 2011.
- PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.
- PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino dos Santos. Curitiba: ICPC, 2012.

- POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. 4. ed. Trad. Rita Lima. Rio de Janeiro: Graal, 2000.
- QUINNEY, Richard. *Class, state and crime: on the theory and practice of criminal justice*. New York: David MacKay Company, 1977.
- RELATÓRIOS – Violência contra os povos indígenas no Brasil – Dados de 2010-2015 – Conselho Indigenista Missionário – CIMI, 2010-2015.
- RUGGIERO, Vincenzo. *Delitos de los débiles y de los poderosos: Ejercicios de antecriminología*. Trad. Carlos Gradin e Juan L. Finkelstein Nappi. Buenos Aires: AD-HOC SRL, 2005.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.
- SANTOS, Juez Cirino. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SIMONETTI, José. *Ilegalidad del poder, crimen, política, economía y exclusión: hechos y valores*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.
- SOUSA SANTOS, Boaventura. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Trad. Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.
- STUCKA, Petr Ivanovich. *Direito e luta de classes: teoria geral do direito*. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- TURK, Austin T. *Political criminality: the defiance and defense of authority*. Sage Library of Social Research. v. 136, Beverly Hills/Londres/Nova Delhi: SAGE Publications, 1982.
- WACQUANT, Loïc. Apêndice teórico: um esboço do Estado neoliberal. *Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro, ano 15, n. 17/18, 1º e 2º semestre de 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 1998.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- A necropolítica criminal brasileira: do epistemicídio criminológico ao silenciamento do genocídio racializado, de Isabella Miranda – *RBCCrim* 135/231-268 (DTR\2017\5631);
- As faces do Estado punitivo brasileiro, de Debora Regina Pastana – *RT* 868/464-483 (DTR\2008\161);
- Direito penal indígena, de Luiz Flávio Borges D'Urso – *RT* 708/427-430 (DTR\1994\634); e
- O racismo do sistema penal na perspectiva da psicologia experimental – diálogos possíveis com a criminologia, de Marina Lacerda e Silva e Ricardo de Lins e Horta – *RBCCrim* 135/417-445 (DTR\2017\5638).

SER AGENTE NA PRISÃO FEMININA: ENTRE A ASSISTÊNCIA, A DISCIPLINA E O RESPEITO

BEING A PRISON OFFICER IN THE FEMALE PRISON: BETWEEN CARE, DISCIPLINE AND RESPECT

JOANA COELHO DA SILVA

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* com área de concentração em Direitos Humanos no Centro Universitário Ritter dos Reis – Rede Laureate International Universities e bacharel em Direito pela mesma instituição. Professora no curso de pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal com ênfase em Segurança Pública do Centro Universitário Ritter dos Reis (Porto Alegre e Canoas) – Rede Laureate International Universities. Advogada em Cachoeirinha. jocoelho.s@gmail.com

PRISCILA VARGAS MELLO

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* com área de concentração em Direitos Humanos no Centro Universitário Ritter dos Reis – Rede Laureate International Universities e bacharel em Direito pela mesma instituição. Professora no curso de pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal com ênfase em Segurança Pública do Centro Universitário Ritter dos Reis (Porto Alegre e Canoas) – Rede Laureate International Universities. Advogada em Porto Alegre. priscilavargasm@gmail.com

DANI RUDNICKI

Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Penal no PPGD do Centro Universitário Ritter dos Reis – Laureate International Universities. Membro do Movimento de Justiça e Direitos Humanos do Rio Grande do Sul. Advogado em Porto Alegre. danirud@hotmail.com

Recebido em: 20.06.2017

Aprovado em: 22.10.2017

Última versão dos autores: 07.11.2017

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual; Direitos Humanos

RESUMO: Pretendemos, no presente estudo, demonstrar o que significa ser agente penitenciária na principal prisão feminina do Rio Grande do Sul. Para isso buscamos, através da realização

ABSTRACT: In the present study, we intend to demonstrate what it means to be a prison officer in the main female prison in Rio Grande do Sul. For this reason we seek, through the implementation

de pesquisa empírica, utilizando várias técnicas (abordagem etnográfica, revisão bibliográfica e entrevistas), retratar como as agentes percebem sua função e os tipos de relações que desenvolvem com as presas durante o exercício de sua profissão. O campo acontece nas dependências da Penitenciária Feminina Madre Pelletier, em Porto Alegre, durante o período de abril a novembro de 2015. A partir do desenvolvimento deste trabalho, verificamos que, na visão das agentes penitenciárias, sua função vai muito além da vigilância dos corpos aprisionados. Mais que evitar fugas, elas percebem estar ali para oferecer assistência às presas, suprir suas necessidades, perceber suas angústias, dar exemplo, mostrar que existem outras possibilidades que não o crime e buscar uma relação baseada no respeito, independente de uma maior ou menor aproximação com as custodiadas.

PALAVRAS-CHAVE: Agentes penitenciárias – Prisão feminina – Vigilância – Assistência – Ressocialização – Direitos Humanos.

of empirical research, using various techniques (ethnographic approach, literature review and interviews), portraying how the agents perceive their role and the types of relationships that develop with the convict during the exercise of their profession. The field takes place in the facilities of the Madre Pelletier Women's Penitentiary, in Porto Alegre, during the period from April to November of 2015. From the development of this work, we find that, in view of the prison officers, your role goes far beyond the surveillance of bodies. More than avoiding escape, they perceive that they are there to offer care to the convict, supply their needs, perceive their anguish, set an example, show that there are possibilities other than crime and seek a relationship based on respect, regardless of a higher or lower approximation with those in custody.

KEYWORDS: Prison officers – Female prison – Surveillance – Care – Social Rehabilitation – Human Rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Segurança ou assistência. 3. Disciplina: ferramenta de trabalho. 4. Dividindo os corredores. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Neste estudo apresentamos a realidade vivida pelas agentes penitenciárias (APs)¹ lotadas na Penitenciária Feminina Madre Pelletier (PFMP), buscando conhecer a função dessas mulheres que, em busca de estabilidade e de um salário para garantir a sua subsistência, enquanto procuram outras oportunidades de trabalho, prestam concurso público para provimento de cargos de agentes penitenciárias, na maioria das vezes, desconhecendo a realidade da carreira. Assim, objetivamos demonstrar o que significa ser agente penitenciária na

1. Como o objeto do presente estudo são as agentes penitenciárias da PFMP, optamos por fazer referência a todas servidoras utilizando os termos no feminino, mesmo quando entre as envolvidas encontram-se homens. Os termos são empregados no masculino apenas quando somente homens estiverem envolvidos, ou quando constituem citações (diretas e indiretas) de outras obras ou de entrevistas.

PFMP. Para isso, retratamos como as agentes percebem a sua função e os tipos de relação que desenvolvem com as presas.

Trata-se de pesquisa empírica para cujo desenvolvimento adotamos modelo qualitativo e abordagem etnográfica. As técnicas desenvolvidas partem da revisão bibliográfica até entrevistas. O campo, realizado com agentes penitenciárias na PFMP, aconteceu durante o período de abril a novembro de 2015 e teve autorização do comitê de ética do Centro Universitário Ritter dos Reis (CAAE 39646414.6.0000.5309).

Observamos o trabalho das APs três vezes por semana, em dias alternados; o período variava de oito a dez horas por dia. Acompanhamos ainda dois plantões de 24 e dois de 19 horas. No que tange às informações colhidas, elas foram registradas em diário de campo, depois degravadas e debatidas.

As entrevistas com as APs foram realizadas após as 18 horas, fora do horário de maior movimentação, conforme solicitação da chefe de segurança. Entrevistamos 14 servidoras e um servidor, totalizando 15 agentes, sendo este número definido de acordo com o critério de saturação. As entrevistas ocorreram individualmente (todas assinaram termo de consentimento livre e esclarecido) e para proteção das identidades das participantes, utilizamos, no corpo do artigo, pseudônimos. Todas aconteceram de forma semiestruturada e foram gravadas, com evidente autorização. As perguntas foram direcionadas à obtenção de informações pessoais, profissionais (inclusive anteriores ao ingresso no cargo) e referentes a percepções e experiências após ingresso na rotina do trabalho penitenciário.

Escolhemos a Penitenciária Feminina Madre Pelletier como local para a realização da pesquisa por ser um dos três estabelecimentos prisionais destinados exclusivamente ao recolhimento de mulheres em regime fechado no estado do Rio Grande do Sul (o único na cidade de Porto Alegre).

Essa Penitenciária foi criada em 1936, quando era chamada de Casa do Bom Pastor, a partir da realização de um contrato entre o estado do Rio Grande do Sul e a Casa Provincial das Irmãs do Bom Pastor, localizada no Rio de Janeiro. Uma vez incorporada à Rede de Estabelecimentos Penais do Estado, as Irmãs e as internas mudaram-se para outra casa, pois o trabalho era realizado em um estabelecimento que reunia também um grupo de crianças e adolescentes infratores, o que não era considerado produtivo. (RIO GRANDE DO SUL, 1998, p. 21-22)

Em 1945, foi iniciada a construção da Penitenciária Feminina na Avenida Teresópolis, a partir da realização de diversos eventos sociais beneficentes que possibilitaram o levantamento da verba necessária. Após nomenclatura diver-

sa, em 1970, foi denominada de Penitenciária Feminina Madre Pelletier, como forma de homenagear Santa Maria Eufrásia Pelletier, fundadora da Congregação das Irmãs do Bom Pastor. Em 1981, a Congregação deixou a administração da Penitenciária, a qual foi assumida pela SUSEPE (Superintendência de Serviços Penitenciários do Rio Grande do Sul). (RIO GRANDE DO SUL, 1998, p. 22-23)

Atualmente, nessa instituição, o efetivo é, em média, de 40 agentes penitenciárias divididas em quatro grupos que realizam plantões de 24 horas de trabalho por 72 horas de descanso (24h/72h). No que tange à escala de plantões das APs da PFMP, o número varia entre 9 e 11 agentes para o total de 220 presas em média, ou seja, 22 presas para cada agente penitenciária.² As agentes do plantão se dividem em sete postos: Portaria; Portão Administrativo; Posto Bravo (também chamado de posto B, responsável pelo primeiro andar da Penitenciária que engloba as galerias B1, B1 salão, B2, B2 salão, B3 e B4, o acesso para o Protocolo de Ação Conjunta Conceição e para o salão de beleza); Enfermaria (ou UBS, onde funciona a Unidade Básica de Saúde); Posto Delta (também conhecido como posto D ou CD, que é responsável pelas galerias C e D); Posto da Unidade Materno Infantil (UMI ou Creche); e Sala de Revista (esta somente funciona nas quartas-feiras e finais de semana).

As relações e fatos expostos são fundamentados no que presenciamos, de forma que poderiam ter sido diferentes se a pesquisa ocorresse em condições distintas, ou seja, se realizada em outras datas, ou se intermediada por outra direção, se realizada com outras agentes ou, até mesmo, as mesmas agentes em situações diferentes das relatadas.

Por fim, destacamos a escassez de estudo na área. Tanto a instituição policial quanto a prisional está relegada no âmbito dos estudos do Direito a um segundo plano. Nessa disciplina, os extremos do sistema penal ficam esquecidos, valorando-se tão somente os estudos dogmáticos. Há um ignorar a realidade da vida, ou, no caso, do sistema penal. Mais esquecidos ainda ficam os servidores públicos que atuam nesse sistema.

Finalmente, na academia, as poucas pesquisas são desenvolvidas a partir da ótica de agentes penitenciários do sexo masculino. Questão de gênero. Raros

-
2. A referida proporção encontra-se abaixo da recomendação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), que, em sua Resolução 1, de 9 de março de 2009, estabelece que o Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN) deve, ao analisar os projetos para construção de novas unidades prisionais, observar o requisito mínimo de uma agente para cada cinco presas.

estudos versam sobre as presas e as APs femininas, o que resulta em maior invisibilidade para quem já é minoria.

O presente estudo demonstra em um primeiro momento o ingresso das agentes penitenciárias da PFMP na profissão, como essas servidoras compreendem sua função, bem como algumas atividades integrantes de sua rotina. Em um segundo momento apresenta-se a disciplina como uma ferramenta para o desenvolvimento do seu trabalho na instituição e, especialmente, manutenção da ordem desejada. Por fim, aborda-se a definição do método que cada AP utilizará para construir sua forma de trabalhar e a importância do respeito para a manutenção das relações e da segurança das agentes.

2. SEGURANÇA OU ASSISTÊNCIA

Nos corredores da PFMP encontramos mulheres que não sonharam em ser agentes penitenciárias. Elas, na maioria dos casos, sem saber ao certo as atribuições de sua profissão no momento da decisão, optaram por realizar concurso público para exercê-la e acabaram tomando gosto. São pessoas que vislumbraram, na estabilidade do concurso público ou em um cargo da segurança, uma oportunidade e a efetivaram, de forma que hoje se consideram satisfeitas com o que fazem.

Elas, majoritariamente, entendem que o curso de formação, oferecido pelo Estado quando ingressaram na carreira, pouco contribuiu para a sua atuação prática. Portanto, dizem que aprenderam suas funções no dia a dia, uma vez que enfrentaram problemas em seus cursos e também no momento de seu ingresso no sistema penitenciário. Sem preparação suficiente, *largadas* e expostas aos riscos do sistema, terminaram por aprender o ofício com colegas mais antigas.

Trata-se de APs que enfrentaram medos e dúvidas nos primeiros dias de plantão, uma vez que as mulheres consideradas perigosas pela sociedade circulavam livremente ao seu lado. No entanto, com o desenvolvimento do trabalho, passaram a apreciar o contato diferenciado que a PFMP proporciona e o trabalho que pode ser desenvolvido através dela. Cabe salientar que relatos apontam para o fato de a Madre Pelletier não possuir *estrutura de cadeia*, eis que construída por freiras nos moldes de um convento e inaugurada em 1949. Dessa forma, diferente de outras penitenciárias, na PFMP as detentas e as APs dividem os corredores e outros espaços durante o expediente diário.

Quando questionadas sobre o que é ser agente penitenciária, a resposta mais indicada refere-se à assistência. As APs entendem sua função estar mais vinculada a (re)construção social do indivíduo aprisionado através do cuidado, do

que à vigilância propriamente dita. Não que evitar fugas seja secundário para o trabalho, porém, a primeira resposta, na maioria dos casos, está vinculada ao *cuidar* das presas. “Ser agente é dar atenção a essas pessoas” (AP Luíza). Ou: “Olha, basicamente é assistencial. Eu falo por mim assim e pelas gurias que trabalham comigo, geralmente. A gente faz tudo que a gente pode, às vezes até o que a gente não pode pra atender elas, ou pra conseguir um atendimento social ou tentar acalmar de certa forma. [...] Realmente a gente é funcionária delas. A gente tem que. Elas chamam, tu tem que ir lá ver o que tá acontecendo, porque a gente tá aqui pra atender elas, né? Fazer a ponte entre elas e a enfermaria e os técnicos, e tentar organizar isso pra que tenha uma segurança pra elas, aqui na cadeia, né? Pra elas transitarem. Então eu acho que é fundamental assim. O nosso papel assistencial ele é fundamental” (AP Marcela).

No mesmo sentido, “Assim, eu vejo como... é um auxílio que a gente dá aos presos. Eu acho que não é... O nosso trabalho não é só tá ali abrindo e passando preso de um lado pro outro, sabe? Eu acho que elas tão aqui, eu acho que elas já tão, elas já tão fechadas, elas já tão cumprindo a pena delas, então até um ‘bom dia’ que tu dá, parece que já alegre, digamos assim, o dia delas, entendeu? Então, a gente tem essa coisa de... não vejo como reeducar, como eles pedem tanto pra gente fazer, mas acho que talvez fazer elas pensarem um pouco que existem pessoas que dão atenção pra elas também. Que elas estão aqui dentro presas, mas elas não são um lixo jogado assim pela sociedade” (AP Isabela).

A agente como *babá de presa* também é uma expressão recorrente. Tal visão está corroborada pela percepção de Tânia Regina Armani Nery (2012, p. 96), no sentido da invisibilidade do trabalho de agente perante a sociedade. A função por elas exercida visa à prisão e à tutela de presos, resultando no senso comum da atividade laboral das agentes ser a de *cuidadoras de presas*.

Um agente, antigo, fala sobre o comportamento de algumas presas, que mudam com o tempo, *acalmam-se*. Ele diz: “Aqui, a gente mais ajuda do que é cadeia”; no sentido de que o papel do guarda e da prisão é mais de atendimento a algumas necessidades das presas do que de segurança e punição. Percebemos dessa forma que, para as agentes, o *ser agente na PFMP* representa uma função não só relacionada à segurança, mas, de certa forma, assistencial. Elas estão ali para servir às presas, para encaminhá-las ao local que precisam ir e necessitam estar sempre atentas, não só à possibilidade de fuga, mas também à presa em si.

Observar se ela está ou não bem, pois as agentes, representantes do Estado, são as responsáveis pela preservação da integridade física e psicológica das mulheres privadas da liberdade. Elas também realizam funções para além da segurança do local, como tarefas de psicólogas, enfermeiras e assistentes sociais.

A coordenadora da Unidade Materno Infantil reafirma essa posição, conta que, como ela, as agentes só têm a certeza de que precisam vir trabalhar todos os dias; o que acontecerá no plantão, não se sabe. Diz que respeita muito o trabalho das agentes penitenciárias, pois elas têm que lidar com diversas situações. E exemplifica com casos, como de uma presa gestante originária de Carazinho³ que recebeu a liberdade às oito horas da manhã de domingo e não tinha dinheiro para retornar a sua cidade; as agentes ligaram para a coordenadora e juntas buscaram solução para o caso.

Nesse sentido, um agente que namora com uma colega, lembra que nas festas de família e demais locais que frequentam, ela sempre está preocupada em juntar os talheres descartáveis que sobram com o objetivo de levá-los para a PFMP, para que as presas que chegam tenham com o que comer: “E daí compramos um sorvete, não é sorvete, um iogurte de sorvete, uma coisa assim, e aí veio as colherinhas e nós sentamos pra comer, eu, a AP Helena e a minha filha. E aí quando nós terminamos, a AP Helena disse: ‘Não, me dá’. Aí eu disse pra ela: ‘Tá. Pra que tu vai levar essas colheres pra casa? O que tu vai fazer?’; ‘Ah! Eu vou levar’; eu digo: ‘Não, levar pra que? Usar no que?’; a AP Helena: ‘Vamos levar lá pro presídio, porque chega lá amanhã no plantão, as presas não têm pra comer’. E aí eu digo: ‘Poxa vida, tu vê, até isso acontece, né?’ Apesar da gente levar essa fama de que não...de que é insensível com os presos e tal, pelo contrário, a gente acaba... acaba se preocupando. É a mesma coisa aquela história que eu digo assim, que o agente acaba sendo um pouco de tudo. Um pouco de social, um pouco de psicólogo, um pouco de advogado. [...]” (AP Carlos). Assim, tanto dentro da instituição quanto fora, as agentes continuam pensando nas necessidades das presas. Mesmo quando não estão em horário de serviço, assumem atitudes que indicam o comprometimento com o bem-estar de mulheres que se encontram privadas da liberdade. Enquanto realizávamos o campo, não foram poucas as vezes que presenciamos as servidoras lidando com problemas de saúde das apenadas.

Ainda que o zelo quanto à vida e à integridade física das pessoas privadas da liberdade constitua função inerente à condição de agente penitenciária, importante considerar que presenciamos as APs comprometidas não só com o bem-estar ou situação de saúde das apenadas, mas, especialmente, com o objetivo de compreender a melhor forma de lidar com esse problema, para fins de qualificar o atendimento para a situação em si e, também, em ocorrências futuras.

3. Carazinho é um município do interior do estado do Rio Grande do Sul, distante 284 quilômetros da capital Porto Alegre.

Presenciamos, no mesmo sentido, elas contatarem a família das apenadas para que providenciassem medicamentos que não estavam disponíveis na instituição. Trabalho este normalmente realizado pelo setor administrativo, que compra o remédio, ou pela assistente social responsável pela comunicação com a família. Tais elementos indicam que o *ser agente penitenciário* também se vincula a atividades e gestos que almejam, dentro do possível, humanizar as relações no cárcere. Não se trata, apenas, de *vigiar e punir* os sujeitos que ocupam esses espaços, mas, também, oportunizar, por meio de relações, a estima de ser reconhecido como alguém que detém humanidade e o direito de se constituir como sujeito autônomo independentemente de suas escolhas.

A ambiguidade da relação entre as funções das agentes penitenciárias de cuidar e vigiar é levantada por Mariana Barcinski, Bibiana Altenbernd e Cristiane Campani (2013). Elas entendem que as agentes acabam incorporando o dilema da instituição prisional, de cuidar e punir simultaneamente. Em virtude de suas atribuições, previstas na Lei Complementar 13.259/2009, as APs precisam lidar com essa ambiguidade em seus papéis. Necessitam vigiar, fazer escoltas, evitar fugas e, ao mesmo tempo, ser uma espécie de exemplo para as presas; precisam ser *modelos de inspiração de responsabilidade*: “A falta de clareza do que seria, na prática, o cumprimento de suas atribuições resulta em um entendimento parcial e fragmentado por parte do agente na sua implícita responsabilidade (re)socializadora. Além disto, uma análise acurada da descrição de tais funções nos faz questionar acerca do preparo deste profissional para o pleno exercício delas. Que tipo de formação e de perfil garantiria a um profissional a habilidade e a legitimidade de atuar, por exemplo, como modelo inspirador do ‘senso de responsabilidade’ dos detentos?”. (BARCINSKI; ALTENBERND; CAMPANI, 2013, p. 2248)

Nas falas, percebemos que algumas agentes realmente acreditam na possibilidade de ressocialização das presas dentro da prisão. As agentes entendem que o seu trabalho, dotado de um *olhar de atenção*, de tratamento da apenada como um ser humano, contribui para que elas saiam de lá na condição de pessoas melhores. Pensam que, conversando com as presas, estas podem enxergar as possibilidades que a vida proporciona; sendo, dessa forma, ressocializadas: “O agente penitenciário, ele tá aí pra prestar, lógico, né? Os serviços básicos necessários que as presas precisam e para ressocializar o preso, né? O que é um trabalho bem difícil. Mas estamos aí para, pelo menos, tentar fazer isso o melhor que a gente pode” (AP Fernanda).

A AP Renata, quando fala sobre sua função, menciona o *incentivo à ressocialização* como forma de as presas vislumbrarem possibilidades: “Possibilidades de acertar, de não ir para um caminho errado, de talvez voltar, porque muitas

voltam. E que daí elas chegam aqui e se arrependem. Fazer, às vezes, algum momento em que elas tiverem com a gente ali, fazerem elas... fazer uma reflexão do que, por que que elas voltaram e o que elas estão fazendo aqui, né? Eu procuro fazer muito isso, de uma forma, né? Ou de outra, conversar, orientar, dentro daquilo que a gente pode também, né?”.

Dar exemplo, tentar *converter* essas mulheres a largarem a vida do crime, convencê-las a nunca retornar para esse local de dor e sofrimento, são funções assimiladas pelas agentes na realização de suas tarefas, que não se resumem a abrir e fechar grades. A valorização do seu papel como agente ressocializadora, como responsável por aquelas pessoas que ali se encontram e para que se mantenham longe da prisão, está presente em suas falas, assim como a limitação de seu papel nesse aprendizado, manifestada pela expressão utilizada pela agente: “dentro daquilo que a gente pode”.

A colocação da presa em uma posição infantilizada, que necessita de um modelo de educação e disciplina, ou seja, da prisão como instituição responsável por oportunizar a educação e a socialização de pessoas e, consequentemente, da agente como instrumento de ressocialização, fazem-se presentes nos discursos das APs (BARCINSKI; ALTENBERND; CAMPANI, 2013, p. 2252). Nesse sentido, ao ser questionada sobre o que é ser agente penitenciária: “[...] Então, eu acho que a nossa função é no sentido de, eu acho assim, o meu papel, eu pra mim, é cuidar delas para que elas possam... possam ser um processo de aprendizado esse tempo em que elas estiverem aqui. Para que quando elas saiam, porque ninguém fica aqui para sempre, sejam pessoas melhores, entendeu? Até, eu sou bem a favor desses PACs que têm aí. Esses dias, eu estava conversando com as gurias com relação ao ensino superior, que diz que já teve aqui. É uma coisa que seria legal se alguma universidade investisse nisso porque [...] sair com a capacitação que tu possa buscar alguma coisa lá fora e não voltar para aquele mundo do crime que elas estavam assim. É bem complicado, é difícil tu recuperar alguém, né? Mas, o que eu posso, o meu papel como agente, o que eu posso fazer e conversar, eu estou sempre fazendo, né? Quando elas vêm falar as coisas, eu tento conversar e dizer como é que de repente, que essa vida realmente não vale de nada, que uma hora ou outra tu vai cair. Essas coisas assim, acho que basicamente é esse nosso papel, né? Que a gente tem que fazer” (AP Camila).

Quando questionada sobre seu discurso de prisão como elemento ressocializador, se ela realmente acredita nisso, uma agente se emociona ao afirmar que sim e justifica dizendo que verifica a ressocialização nas presas, eis que observou a queda dos casos de reincidência na sua rotina diária. Ela destaca que a maior parte das presas sai e não retorna, estão conseguindo emprego, estão se esforçando para manter sua liberdade.

As APs parecem precisar acreditar nisso para que sua função na instituição tenha sentido: “[...] tu tem que ter a vontade de que aquelas pessoas mudem, porque eu acho que se tu for uma agente e tu achar que o preso, que a presa, não vai mudar nunca, então não faz sentido tá aqui, né? Tá aqui pra quê? Pra abrir uma grade e entregar um pote de comida, abrir pra ir pra escola, abrir pra ir pro trabalho, sai do seu plantão e tchau. [...]” (AP Fernanda).

No que tange ainda à questão de a agente ser um exemplo para a presa, tal afirmativa encontra amparo na Regra 48 das Regras Mínimas para o Tratamento de Pessoas Presas: “Todos os membros da equipe devem, o tempo todo, portar-se e executar suas atividades de maneira que o seu exemplo tenha boa influência sobre os prisioneiros e mereça o respeito destes” (BRASIL, 2009, p. 22). E essas afirmações são reiteradas durante as entrevistas: “Então, assim, eu acho que isso aí, a gente tá servindo até de professor, porque, muitas vezes, uma maneira ou outra, né? De uma maneira de agir ou com alguma, alguma coisa assim, a gente consegue mostrar pra eles o que é o certo e o que é errado” (AP Bruna).

Nesse contexto, a questão da disciplina é vista como fundamental para o aprendizado da presa, não só para que *ela saia de lá uma pessoa melhor*, mas também por que serve de exemplo para manter a ordem na *cadeia*.

3. DISCIPLINA: FERRAMENTA DE TRABALHO

A mulher agente penitenciária gera mais surpresa ao se apresentar como tal: “Não dá pra acreditar que tu é agente penitenciária; ‘tá, mas por quê?’; ‘ai, porque tu é tão diferente;’ ‘diferente do que?’, ‘diferente daquilo que a televisão mostra’” (AP Helena), é o diálogo recorrente durante a revelação da profissão. Afinal, a atividade é vista como masculina, e a *fragilidade* da mulher não corresponde ao esperado: “Não, até eu acho assim, aqui tu diz que é agente penitenciário e as pessoas, às vezes reagem assim: ‘Ah! Trabalha no presídio, tu?’. Eles acham que a pessoa tem que ser grande, tem que ser forte, aí eles: ‘Ai! Tão pequenininha e como é que é?’, sabe? É mais ou menos essa reação que a maioria das pessoas tem comigo, né?” (AP Laura).

A surpresa quanto ao desempenho do papel de coragem é a representação clássica da dominação masculina, afinal os papéis sociais são bem delimitados em função do gênero. Dessa forma, ao masculino compete a realização de tarefas “breves, perigosas e espetaculares”; enquanto ao feminino, “todos os trabalhos domésticos, ou seja, privados e escondidos, ou até mesmo invisíveis e vergonhosos” (BOURDIEU, 2011, p. 41).

Para Pierre Bourdieu (2011, p. 43), uma vez que as mulheres são “simbolicamente voltadas à resignação e à discrição”, a elas o exercício do poder só é permitido quando aceitam o seu papel de subordinação ou “voltando contra o forte sua própria força”. As instituições são androcêntricas e os homens são utilizados como seus modelos, por sua vez, as mulheres detentoras de poder precisam exercê-lo de forma semelhante aos homens (FACIO MONTEJO, 1992). Ainda, no que tange ao sistema prisional: “A prisão, na Modernidade, tem sido utilizada por excelência como a principal forma de punição pela prática de delitos e tem respondido a uma lógica masculina, tanto em relação ao processo de criminalização quanto em suas práticas específicas” (WOLFF, 2007, p. 16).

Para Vera Regina Pereira de Andrade (2012, p. 145), “(...) o sistema penal é androcêntrico porque constitui um mecanismo masculino de controle para o controle de condutas masculinas, regra geral, praticadas pelos homens e só residualmente feminino”. Soraia da Rosa Mendes (2014) sustenta que a perversidade do sistema de justiça criminal para a mulher está no fato de que ele desconsidera as relações de poder que se desenvolvem no espaço privado, neutralizam as histórias de vida, as ameaças e as pressões responsáveis pelos ciclos de violência a que as mulheres são diariamente submetidas.

Logo, espera-se que as *carcereiras* ajam como tais. Substitutas dos antigos *carrascos* – responsáveis pela promoção dos *suplícios* (FOUCAULT, 2011) – a expectativa é de que essas mulheres se apresentem como sujeitos brutos, cruéis e violentos: “Além disso, em relação a uma prisão de mulheres, o estereótipo é reforçado com a pecha homossexual – ‘mulher para ser guarda de presídio feminino só pode ser lésbica’ – comentário repetido por diversas vezes” (LEMGRUBER, 1999, p. 82). Percebe-se aqui uma associação comum e equivocada entre o gênero e a orientação sexual.

Dessa forma: “Para chegar realmente a conseguir uma posição, uma mulher teria que possuir não só o que é explicitamente exigido pela descrição do cargo, como também todo um conjunto de atributos que os ocupantes masculinos atribuem usualmente ao cargo, uma estrutura física, uma voz ou aptidões como a agressividade, a segurança, a ‘distância em relação ao papel’, a autoridade dita natural etc., para as quais os homens foram preparados e treinados tacitamente enquanto homens” (BOURDIEU, 2011, p. 78).

Sendo a prisão uma instituição fundamentalmente masculina, espera-se que as agentes penitenciárias exerçam suas funções reproduzindo a expressão de gênero masculina. As pessoas presumem que as APs sejam a representação do estereótipo de descaso e violência que acreditam e/ou desejam que ocorra na prisão. Assim, quando se apresentam de forma diversa do imaginário social, as agentes causam surpresa em seus interlocutores.

Perante a *humanização* do direito penal pela substituição das penas corporais, a disciplina torna-se a base para o funcionamento de uma prisão. Ela é a ferramenta para que a administração e a guarda controle um grupo de mais de duzentas presas. Michel Foucault (2011, p. 133) define disciplina como: “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’”.

Pode-se criticá-la, eis que configura forma de dominação e estabelecimento de regras e hierarquia rígida na prisão, em que o preso ocupa o papel de submissão/de inferioridade perante a opressão/superioridade do Estado, realizada por meio de práticas que o despersonaliza, mas é a forma de poucos controlarem muitos em uma instituição total (IT)⁴.

Os procedimentos das ITs promovem a chamada *mortificação do eu*, uma espécie de despersonalização do indivíduo, que tem sua aparência usual despidida e seus hábitos alterados, é obrigado a agir como os demais internos, observando sempre o padrão de referência obrigatória, perdendo a privacidade e a autonomia (GOFFMAN, 2010, p. 24-40). Assim, ao chegar à prisão, as presas são orientadas sobre como se portar e se dirigir às funcionárias. Aprendem que devem andar nos corredores (de braços cruzados) e se dirigir às agentes. O termo indicado é *senhora*; mas, por questão cultural típica do Brasil ou como forma de resistência, elas se referem às APs como *Dona Fulana* ou *Dona Fulaninha*, chamando-as por apelidos.

Para Julita Lemgruber (1999, p. 83-84), o papel do guarda é manter a disciplina e seu recurso para isso é o registro das faltas disciplinares. Esse entendimento é compartilhado por Augusto Thompson (2002) e Gresham M. Sykes (2007). Todos entendem que os registros dessas faltas devem ser utilizados com cautela.

Nesse sentido, em maio de 2015, uma presa, em vez de retornar para a galeria após atendimento pela enfermaria, burlou a segurança e foi até o local onde sua irmã se encontrava. Uma AP ordenou que ela retornasse à galeria, mas ela oferece resistência. Verificamos que, após longo debate entre a supervisora, a chefe de segurança e a detenta, as agentes fizeram uso da ponderação quando poderiam fazer a presa responder a um Processo Administrativo Disciplinar

4. O conceito Instituição Total (IT) é definido por Erving Goffman (2010, p. 11) como: “um local de residência e de trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por um período considerável de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada”. Para o autor, o caráter total é dado diante de seu fechamento para relações sociais com o mundo externo e pela proibição de saída, considerando, assim, a prisão como uma IT (GOFFMAN, 2010, p. 16-17).

(PAD) e prejudicar a execução da sua pena. De acordo com a LEP (artigo 50, incisos IV e V, cumulado com o artigo 39, inciso II), a desobediência ao servidor constitui falta grave, motivo pelo qual a presa em questão estaria sujeita a punição. Ainda assim, tudo se resolveu, não sendo permitido que ela falasse com a irmã em razão de sua conduta, pois poderia instigar outras presas a cometerem atos semelhantes. Há sempre receio por parte das agentes de serem condescendentes ao comportamento indisciplinado das apenadas, por poderem as detentas confundir a compreensão de uma situação excepcional com fraqueza e levar à perda de comando da instituição.

Durante o período de observação, presenciamos apenas registros de ocorrências de faltas que fossem definidas (pela lei) e consideradas (pelas APs) como graves. São exemplos dessas, o porte de celulares e drogas, furtos e brigas. As presas que cometem faltas consideradas *mais leves* costumam receber advertências verbais das agentes, nada sendo registrado nessas situações.

Outra forma de punir refere-se ao poder de APs e dirigentes, para evitar atos de indisciplina ou neutralizar lideranças, fazer uso do isolamento nas solitárias ou de transferência para outros presídios (SYKES, 2007, p. 41). Essas práticas são comumente utilizadas nas casas prisionais e embora o isolamento hoje seja bem diverso do da década de 50, na PFMP, isso não é diferente. Hoje, a medida mais *eficaz* parece ser a ameaça da transferência.

Em 2011, com a inauguração da Penitenciária Estadual Feminina de Guaíba (PEFG), grande parte das apenadas da PFMP foram transferidas para a nova instituição. Ela não é considerada boa pelas presas, que querem distância dessa instituição. Nela, hoje, encontram-se presas consideradas de maior periculosidade e com maiores condenações. “Apesar da estrutura física adequada ao cumprimento da pena a PEFMG nunca foi vista como um lugar bom para ‘puxar cadeia’ no conceito das detentas [...]” (RUDNICKI e NEUBÜSER, 2015, p. 118).

Dessa forma, quando os castigos aplicados às faltas cometidas pelas presas implicam em transferência provisória ou definitiva para outra instituição, elas são encaminhadas para Guaíba. O *Inferno de Guaíba* permeia a vivência das presas na Madre Pelletier. Em 2012, durante reuniões de grupo de extensão⁵, as presas se queixaram sobre a ameaça de serem *embaladas*⁶ para Guaíba:

5. Projeto de extensão universitária intitulado *Penitenciária Feminina Madre Pelletier: uma interlocução através da teia do acesso à justiça entre a Universidade e a Comunidade*, que o Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter) desenvolve na instituição, com coordenação da professora Simone Schroeder, cujo objetivo é promover o acesso à justiça das presas.

6. No vocabulário da prisão, *embalar* consiste em transferir a detenta para outra instituição.

“Mulheres que ora vão e ora vem, da PFMP e para PEFG. Casas prisionais femininas que mantêm uma relação muito estreita para acolher estas mulheres. Porém na opinião carcerária casas que podem ser a diferença entre um cumprimento de pena com mais assistência familiar e a falta deste. Também temos que levar em conta a execução das ações do dia a dia que são exercidas com mais rigidez e segurança na PEFG do que na PFMP. Tudo isso leva diferentes sentimentos que são colocados até mesmo na maneira como denominam estas casas prisionais: A Casa da Barbie e o Inferno de Guaíba” (NEUBÜSER, 2015, p. 20). As transferências entre as duas são comuns e isso ocorre em ambas as direções, ou seja, presas da PFMP são mandadas para a PEFG e vice-versa. No dia oito de julho de 2015, na portaria da Madre, as agentes fazem revista em seis presas que vão para Guaíba. Oito serão transferidas, mas, como só cabem seis na viatura, duas serão conduzidas na próxima viagem. Duas das presas transferidas fazem questão de contar que pediram transferência e justificam o pedido como forma de evitar brigas com outras detentas e outras situações que possam prejudicá-las nesse momento, quando sua liberdade está iminente. Uma terceira chora muito, não quer ser transferida; questiona as agentes se existe possibilidade de a chefe de segurança da PFMP aceitá-la de volta. Elas informam não saber e a aconselham a tentar.

Essa ameaça de transferência, não emitida de forma verbal por agentes penitenciárias às detentas, mas enquanto prática realizada entre as instituições, não deixa de ser uma ferramenta utilizada para a manutenção da disciplina e *docilização dos corpos*. Consiste, assim, em uma forma de manutenção do bom comportamento, prevenindo e reprimindo as condutas que desviam do idealizado para a PFMP. Nesse sentido, a ordem, disciplina e tranquilidade da Madre, pois, depende da *crueldade* de Guaíba. O gerenciamento da vida na instituição prisional abandona o uso da força física e hoje se pauta na violência simbólica, sutil, discreta. A eficácia aumenta a segurança também e ainda resta o consolo de se acreditar em uma relação melhor entre os grupos que vivem no ambiente carcerário.

4. DIVIDINDO OS CORREDORES

A partir de ensinamentos dos cursos e de colegas mais experientes, cada AP constrói sua forma própria de trabalhar, considerando idiosincrasias, valores pessoais, experiências de vida e contato com as detentas. Assim, as APs afirmam que aprendem a respeitar a forma das colegas trabalharem e a construir a sua, a usar o bom de cada exemplo e a ser diferente de todos os outros.

No que tange à relação entre agentes e presas, verificamos, no cotidiano, que elas ocorrem de formas distintas. Tomamos como exemplo as APs mais

antigas; umas são mais fechadas e bem respeitadas, outras brincam bastante, conversam e são igualmente respeitadas. Percebemos distintas formas de interação e aproximação entre agentes penitenciárias e presas.

Não foi presenciado, durante a pesquisa, nenhum tipo de violência física contra as presas da PFMP, todavia percebemos que algumas agentes têm dificuldade em ver a presa como uma pessoa, tratando-as como um ser inferior, tal como ocorre na sociedade. A *frieza da prisão*⁷ não é só verificada pela sua temperatura, mas também se reflete e reflete algumas relações. A falta de reconhecimento dos direitos das presas como algo relevante é perceptível nessas servidoras. Aham que as detentas possuem direitos demais e realizam suas tarefas contrariadas.

É possível que tal comportamento esteja vinculado à questão de as agentes não se identificarem com a função que exercem ou com o decorrer do tempo desacreditarem da ideia de ressocialização das presas. Elas presenciam o retorno frequente de determinadas apenadas e perdem a esperança de que as presas não voltem. Um agente até brinca, em alguns casos, referindo-se às presas que saem em liberdade: *Até breve*.⁸

Existem APs que expressam não gostar de presas. Importante ressaltar que essas são minoria e são criticadas pelas colegas.

Em um plantão no mês de julho de 2015, as agentes comentam sobre os desvios de função que ocorrem. Agentes penitenciárias desempenhando funções de agentes administrativas na SUSEPE. Uma AP comenta revoltada que no curso de formação uma colega falava que desempenharia funções na parte administrativa após a formatura. Comenta que, enquanto elas precisam de gente para trabalhar nos presídios, ainda ocorrem desvios de função dos servidores. Outra relata que havia quem desconhecesse a função e uma terceira diz: “Existem colegas que acham que são polícia, querem fazer e acontecer”. E acrescenta: “Se queriam ser policiais, tinham que fazer outro concurso, a função de agente é a custódia do preso, não prender”.

Em um segundo grupo encontram-se agentes que não se permitem ter interações com as presas, não criam proximidade, mas se esforçam para atender

7. Durante plantão em junho de 2015, na sala de revistas em dia de visita, uma familiar de uma detenta questiona outra: “Por que será que esses lugares de sofrimento sempre são tão frios?”.

8. RUDNICKI (2012, p. 61) também percebe tal fala em pesquisa desenvolvida no Presídio Central de Porto Alegre: “Nessas breves interações, há sempre uma oposição, uma desconfiança, como quando, ao permitir a passagem de um liberto, o PM diz: ‘Até segunda’”.

à demanda. Algumas são rígidas no trato com as detentas, porém, ao mesmo tempo, procuram suprir todas as suas necessidades e fazem o possível para atender aos pedidos, dos mais simples (papel higiênico e absorvente; medicamentos; cobertores; colchões) aos mais complexos (atendimentos emergenciais): “Eu não sou muito de conversar com as presas. No caso, se elas me pedirem uma coisa, eu vou falar, conversar, vou ver se posso. Depende do que, tem presas que eu vejo, assim, que tão precisando de um atendimento, que não foram atendidas, que faz tempo. Eu sempre procuro, eu vejo realmente que precisa... eu procuro sempre dar atenção. Mas eu não sou uma pessoa de ficar ali, conversar assim direto com presa, né? Elas vêm até mim pra pedir alguma coisa, um atendimento, ou qualquer outra coisa na cadeia, né? O meu relacionamento é assim com elas” (AP Laura).

Em 28 de abril de 2015, o posto B liga para o CD e pergunta se pode mandar cinco presas que trocaram de galeria no dia anterior para buscarem objetos pessoais que esqueceram nas celas da galeria D. A agente autoriza, mas pede para que enviem uma de cada vez, pois ela estava sozinha. Comenta, também, que se fosse outra agente poderia não deixar que as presas fossem buscar o que haviam esquecido, pois, deveriam ter levado tudo consigo quando saíram.

Em um terceiro grupo, encontramos agentes que permitem estabelecer uma aproximação com as presas. Entre essas, verificamos a realização de diálogos e brincadeiras que demonstram interação entre os grupos.

No que tange à personalidade das APs, elas relatam a importância de cada uma manter a sua e a utilizar na construção de sua forma de trabalhar. Assim refere uma agente ao mencionar que a colega pediu para ela nunca perder seu jeito na execução do trabalho: “É, eu acho que eu não construí ainda, acho que ainda tenho muito que construir, com a vivência que eu tenho agora é muito pouco. Eu ainda estou aprendendo, mas, claro que eu já estou vendo que têm coisas que eu já estou levando para mim. Tem um momento assim da minha chegada aqui, que eu não entendi e que hoje eu entendo. Que uma colega, já veterana, disse: ‘Renata, eu queria te pedir uma coisa’, aí eu já fiquei assim, ‘Eu queria que tu nunca perdesse a tua personalidade, o teu jeito, a tua identidade’, eu não entendi o que ela quis dizer com aquilo. Eu te confesso que eu fiquei assim ‘o que ela quis dizer com aquilo, será que estou fazendo alguma coisa errada?’ Hoje, eu entendo, ela quis dizer para mim não deixar, para mim manter minha personalidade, meu jeito de tratar. E elas já devem ter percebido meu jeito de tratar, então isso eu quero manter, claro que eu sou rígida, que eu tenho todo um jeito de tratar com as presas, mas tudo dentro de uma educação, de até onde eu posso ir, o que as presas têm que fazer, então eu nunca trato elas assim, com sei lá, com falta de educação. Eu trato elas com respeito,

então e procuro sempre fazer isso, então hoje eu entendo o que ela quis dizer [risos]” (AP Renata).

Existem algumas que, mesmo rígidas, dizem que não há como vetar as interações e as brincadeiras. Nesse sentido, corrobora a agente: “Não. Eu sou bastante rígida. Inclusive elas... Eu acho até por essa... Eu sou muito fechada. Então, acho assim... até o jeito que eu falo, elas sempre acham que eu tô brava. Tem dias que elas me dizem assim: ‘Ai! A senhora tá muito brava hoje. Por quê?’. Eu digo: ‘Não, eu não tô brava, tô a mesma coisa, só que hoje tá me achando que eu tô mais brava’. Então elas já têm aquela... Eu acho até por esse meu jeito, elas já têm aquela concepção, que eu sou muito rígida com elas. Então eu não sei se isso causa um medo, um certo medo nelas, e elas têm muito respeito comigo. Eu, assim, não tive problema até hoje com nenhuma presa dentro da cadeia, de querer me prejudicar ou alguma coisa desse tipo assim. Sempre costumo tratar elas bem, com respeito, sem gritaria e sempre deu certo” (AP Vitória).

A mesma agente, quando questionada sobre se permitir brincar com as presas, diz ser difícil, evitar essas interações: “[...] de vez em quando, dar uma risada, às vezes, elas falam umas coisas engraçadas. Às vezes, tu tá na confrência, elas fazem tu dar risada” (AP Vitória). Mas afirma que isso não afeta a relação profissional da agente com a presa, que a postura adotada será respeitada, mesmo que se permita fazer uma brincadeira. As presas sabem como cada funcionária se comporta e isso não modifica o trabalho.

A rigidez da postura de algumas agentes não afasta as presas. Elas confiam mesmo nessas APs; compartilham com elas problemas que acontecem nas galerias. Assim, conta uma agente que possui a característica de ser delicada e tratar as presas sempre com educação, até nos momentos de repreensão a condutas indisciplinadas: “Porque assim, a AP Marcela consegue ter essa intimidade, não é intimidade, mas um certo, não sei, uma abertura com as presas. Só que ao mesmo tempo que elas chegam e questionam algumas coisas dela e ela fala até onde ela pode falar. Até o que ela quer falar, né? Mas elas chegam, às vezes, até pra colocar coisas pra ela do que tá acontecendo na galeria, entendeu? ‘Ah! Eu quero falar com a senhora sobre uma coisa’, entendeu? Que não fala nem pra chefe de segurança, mas que esses dias falou pra ela” (AP Isabela).

No que tange à intensidade das relações/interações entre agentes e presas, não há como se afirmar que isso ocorra com maior intensidade quando as APs são mais antigas ou mais novas. Presenciamos um número maior dessas relações com agentes antigas do que com novas, talvez porque convivem há mais tempo e conhecem melhor as presas. Entendemos que isso tenha relação com a personalidade da agente e com a forma que ela enxerga as presas. Essas

interações também se tornam mais frequentes quando envolvem as presas que trabalham na cozinha das funcionárias, vez que estas possuem mais contato com as agentes do que as demais.

Esses momentos de interação são observados de forma recorrente na rotina das APs. No plantão de 23 de abril de 2015, uma presa chega do atendimento da defensoria e pergunta: “Posso ir pro salão [de beleza] dona Fulana? Porque já tive uma notícia péssima hoje”. A agente pergunta: “O que foi?”. A presa responde: “Ah, a senhora sabe como minha vida é difícil, né?”. As duas riem e a agente a acompanha e abre o portão de acesso ao salão. Esse diálogo, apesar de breve e singelo, demonstra a *liberdade* que as presas têm para conversar com as agentes; a possibilidade de gracejar.

Outra presa, dizendo que teria audiência, passa o dia perguntando se o Núcleo de Escoltas já havia chegado para buscá-la. Desconhece-se o porquê de ela achar que iria ao Foro, pois nada havia sido agendado no sistema e o Núcleo não a solicitara. Essa presa, irritada, dá um soco na janela da cela e se corta. As agentes, ao ouvirem o estouro, correm e entram na galeria, sem saber o que acontece, pensando que pode ser briga, levando consigo apenas o rádio e uma algema. Saem com a presa, um pano enrolado na mão e a encaminham para a enfermaria.

Por causa do ocorrido, outra presa chega, aguarda a agente para entrar na galeria e diz brincando: “Se tu não abrir pra mim, eu vou me cortar!”. A agente responde: “Se tu te cortar, eu não tenho nem agulha pra te costurar”. Todas riem.

A presa que se cortou retorna com um curativo. Quando a agente vai *guardá-la*, ela diz que vai tentar se matar. As agentes registram no livro o ocorrido e informam à Chefe de Segurança sobre a ameaça. Esta deve definir as providências e, então, a presa é chamada para conversar com a psicóloga.

Ela retorna. Uma AP percebe sentada na cama, conversando com outra presa, *bem tranquila*, pergunta se está melhor e ela afirma que sim, “tem que ficar”. Acrescenta: “A senhora sabe da minha situação, né? Puxou toda a cadeia comigo”. A AP responde: “Então, eu ainda tenho mais doze anos e estou aqui”. As duas riem.

No dia 12 de junho, ao descer as escadas, encontramos as presas que trabalham na cozinha, uma delas está chorando. A agente para e pergunta, preocupada, o que houve. A presa não quis responder e disse que está tudo bem. A agente pergunta se está bem mesmo e a presa diz que sim.

Algumas agentes novas demonstram estar carregadas dos preconceitos do senso comum no que tange à concepção das *bandidas* e um tanto *amedrontadas*, evitando qualquer tipo de relação e aproximação. A expectativa é de que a

partir do convívio com *as criminosas*, elas percebiam que ali se encontram seres humanos, mulheres como elas, que possuem vidas fora das grades, famílias e problemas para resolver. Nesse sentido, comenta a agente sobre sua relação com as presas: “Mas antes não, era uma coisa mais restrita. Não queria saber da vida delas. Não queria saber de nada, sabe? Não queria conversar com elas. Só aquela questão, agora chamaram lá, vai aqui, não sei o que, era isso. Hoje não, hoje não tenho medo de andar entre elas, né? E de conversar, a questão de conversar com elas e tudo mais, e saber como é que estão, o que está acontecendo e tudo mais. Pra mim é tranquilo assim, sabe? Não tem... Dificilmente altero a voz com uma ou que outra, só em momento de conflito mesmo é que a gente vai ter que fazer. Mas acho que assim é um relacionamento bem mais tranquilo do que já foi, exatamente porque a gente vai aprendendo e tem esse acúmulo de aprendizado e tudo mais. A gente vai vendo o que que pode o que que não pode e tudo mais. É como eu digo, a gente não vai ser amigas e tudo mais, mas a questão de... Elas me contarem a vida delas é tranquilo, eu não vou contar a minha vida pra elas. Isso não.” (AP Luíza).

O compartilhamento de informações acaba sendo uma via de mão única. As presas contam sobre sua vida (intra e extramuros) às agentes, mas estas, por motivos de segurança, não compartilham suas informações pessoais, evitam responder sobre esses assuntos e, quando o fazem, são breves e genéricas.

Também percebemos a dificuldade de uma agente nova, que tenta seguir a impessoalidade solicitada no curso de formação, mas ainda se importa muito com as pessoas (presas). No dia 24 de abril de 2015, as detentas que estavam na triagem voltaram da enfermaria e aguardavam no portão. Ela estava incomodada em deixá-las esperando no pátio sem informação. Então, avisa que o jurídico pediu cinco minutos para terminar um trabalho, pede para aguardarem.

No mesmo plantão, a mesma agente chega de uma escolta com fome e vai lanchar. Ao retornar, conta que tinha bolachas na bolsa quando estava no hospital, fazendo escolta e ficou com pena da presa. Ela pensou em oferecer bolachas para a presa e lembra-se das recomendações de que é vedado fornecer alimentos ou bebidas durante as escoltas. As APs repreendem a colega novata e dizem, maternalmente, para ela nunca fazer isso, ou ficariam tristes com ela.

Retomamos essa questão com a AP Renata durante as entrevistas. Nesse momento, ela disse não se recordar do fato, mas que a justificativa deveria ser quanto à questão de ser “boazinha demais com a presa”. Fala sobre a necessidade de estabelecer um limite na relação. Como a presa não pediu nada, nem mencionou estar com fome, ela não deve se adiantar e oferecer. E complementa: “E também elas percebem como tu é, né? E aí tu pode dar alguma coisa para ela, na escolta, e ela passar mal também, tem tudo isso. E aí alegar

algumas coisas, que tu deu e que tá favorecendo. Então, tudo isso a gente tem que ter esse olhar crítico. Se eu ofereço alguma coisa, é porque eu quero que ela ofereça também, né? Tem todo esse jogo, essa troca, tem que ter esse cuidado também” (AP Renata).

Certa vez, uma agente nova, enquanto abria a galeria para *guardar* a presa, ouve: “Eu vou sentir saudade da senhora”. Ela diz ficar sem reação, trata-se de uma presa tranquila. Hoje, a AP analisa: “Não se pode julgar as presas pelo que a gente conhece, ela não parece ser uma pessoa ruim, parece ter tido uma fase ruim”. Confessa que não aguentaria ficar presa, sem autonomia, que deve ser horrível viver pensando que por causa de um erro cometido se está ali. Porém, acrescenta não saber se teria coragem de se matar, como algumas fazem.

As agentes precisam lidar com o cotidiano e a ambiguidade de suas posturas, por mais que busquem ser rígidas no trato e evitar interações, não há como se manter indiferente às presas. Nesse sentido, *risadas* fazem parte do cotidiano de tensão: “[...] eu brinco, eu cobro aqui, eu dou um xingão, um grito, mas aí depois eu vou ali e dou uma risada e faço uma brincadeira, que daí já dá aquela amenizada e tal. Tu consegue, sabe? Ter um jogo de cintura e consegue levar assim” (AP Marcela).

A rigidez excessiva acaba sendo vista por algumas APs como algo que atrapalha o desenvolvimento do trabalho. Quando questionada sobre sua relação com as presas, no que tange a necessidade de ser mais ou menos rígida e a possibilidade de realização de brincadeiras, a AP Bruna responde: “Não, dá, dá pra levar, assim, mais leve. Não precisa... E, hoje em dia, com toda essa mudança... Mudança geral no sistema, e até tem fora do sistema, essa mudança assim muito humana, mais humana, mais assim... Eu acho até melhor, porque tu ganha mais. Tu tem mais poder de ação com elas. Tu agindo dessa maneira, do que sendo mais... Rígida. Porque daí, também, tu é mais cobrada por causa disso. Não que eu não seja cobrada, mas tu é mais cobrada, porque daí surge outras questões, que tu cria mais inimizades, mais desavenças, mais conflitos. Eu acho que dá pra agir de maneira sem ter conflito, né?”.

De igual forma, independente de maior ou menor interação entre elas, isso não afeta o desempenho das funções de segurança enquanto agentes. Quando há necessidade de chamar a atenção da presa por um ato de indisciplina ou ilegalidade, elas o farão e também o necessário para manter a segurança e o cumprimento das normas dentro do estabelecimento. “Tu pode conversar, tu pode sorrir, tu pode mostrar que tu tá ali, que tu não é um... Tu não tá ali pra elas terem medo de ti. Elas têm que ter respeito por ti. É diferente. E é uma coisa que eu observo no momento que eu tenho que chamar a atenção. Eu chamo a atenção e elas ouvem. Elas: ‘Oh! A funcionária aí. Vamos respeitar. Vamos

respeitar que a funcionária é legal'. Agora, então, é isso que eu acho importante. Tu ser bacana com as pessoas, dar o melhor tratamento que tu puder. Agora, aonde tu já tem, tu sente um cheiro de droga, tu vê que tem um problema. Tu vai chegar, entrar, fazendo o que tiver que fazer, se tiver que entrar abrindo porta, botando presa pra fora, tu vai fazer porque esse é o teu trabalho e deu. Não interessa se ela é querida contigo, no momento ela tá fazendo o que é errado ali... Enquanto ela é querida contigo, tu vai ser querida. Ela pisou na bola, o teu trabalho é, o meu trabalho, no caso, é chegar lá e se tiver que botar cela abaixo, como a gente já botou várias vezes, pra procurar celular, pra procurar droga, a gente vai fazer isso e deu. E elas sabem que esse é o nosso trabalho" (AP Fernanda).

A existência de uma linha limítrofe entre os lados de cada grupo dentro da prisão permanece como pano de fundo dessas relações, com maiores ou menores interações: "Tu pode brincar, mas tu tem que dar o limite da brincadeira. Ela tem que... Assim, eu sempre friso bem a listinha. Eu brinco, mas eu não passo. Assim como não deixo passar. Ninguém passa. Eu não passo pra lá, ela não passa pra cá. É o meu lema. Elas sabem disso. Mas eu brinco, dou risada delas e, quando tem que impor as coisas, eu imponho do meu jeito e é tranquilo" (AP Tatiana).

Apesar da correria e do ambiente, o clima é bom. As agentes conhecem bem as presas, sabem para quem elas podem dar algumas *liberdades* (no sentido de, por exemplo, permitir ir a outros lugares antes de voltar para a galeria, quando solicitado) e de quem elas precisam cobrar mais, pedir para sair de perto das janelas, *segurar* mais um pouco. São comportamentos que a convivência ensina.

Em sua maioria, as APs definem sua relação com as presas com base no respeito mútuo. Procuram tratá-las com educação, sem alterar a voz. Acreditam que agindo assim receberão o mesmo tratamento. Como afirma a AP Juliana: "Eu tento agir com elas, naturalmente, nesse sentido assim, sem alterar a voz, sem... porque você não precisa... pra ser firme, você não precisa ser mal educada ou grosseira. Então, eu tento tratar elas bem". A alteração no tom de voz e o tratamento de forma ríspida são vistos pelas agentes como exceção, quando o desrespeito parte da presa e tal atitude se faz necessária. No que tange às conversas, quando ocorrem, são restritas àquele contexto, evitam falar de sua vida pessoal, mas acabam ouvindo desabafos por parte das presas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez que a prisão é uma instituição masculina, espera-se que as agentes exerçam suas funções reproduzindo características histórica e socialmente

entendidas como pertencentes ao gênero masculino. Imagens de servidoras corruptas e violentas; associação ao estigma do servidor pública como alguém que não trabalha; carcereiras; batedoras de grades; pessoas sem sentimentos; e, em especial, no caso das mulheres, servidoras grandes e fortes, desleixadas com a aparência, mal-humoradas, homossexuais e assemelhadas ao gênero masculino.

Assim, as *carcereiras* – ao contrário das policiais e delegadas – são sempre representadas pela mídia de forma a contribuir com a manutenção de um estereótipo e causam surpresa quando se apresentam na vida real, fugindo do retrato midiático.

De toda forma, não há como desvincular a violência e o autoritarismo inerentes ao ambiente prisional do trabalho que realizam. Ocorre que privar alguém de sua liberdade é um ato de violência, permitido pela Constituição Brasileira e pelo Código Penal. Casos de tortura na prisão são noticiados pelos meios de comunicação, mas se percebem isolados e não devem ou deveriam denegrir a imagem de toda uma profissão.

Não há como negar que as situações presenciadas e a forma como executadas se distinguem muito do imaginário social. Nesse sentido, em vez de carrascas responsáveis pela realização dos suplícios, encontramos servidoras públicas interessadas nas presas, em auxiliá-las e bem tratá-las. Para elas, ser agente penitenciária não é apenas vigiar, evitar fugas, mas também tentar executar uma função assistencial. Declaram estar ali para servir às presas, para possibilitar todo o atendimento necessário e contribuir com uma ilusória ressocialização. Pretendem dar o exemplo, mostrar que existe também o lado do bem, que existe alternativa ao crime.

Acreditamos não ter, através do presente estudo, apresentado uma visão docilizada da relação entre agentes e presas. Errôneo seria colocar toda a classe de agentes no lugar de vítimas e as presas no posto de vilãs, ou o contrário. Entendemos que qualquer tipo de generalização precisa ser evitado.

São mulheres vigiando e cuidando de mulheres. São mulheres trabalhando com mulheres e lidando com o cotidiano e os problemas de mulheres. A saudade de casa; a separação dos filhos que, além de distantes, estão sob a responsabilidade de outras pessoas; a relação com a família, o distanciamento da pessoa que ama. Essas dores são sentidas por ambos os lados na prisão, por quem cumpre pena e por quem está de plantão.

Além desses fatos, ainda há a proximidade intensa com o que é considerado seu oposto. Tanto presas quanto APs dividem os mesmos corredores, transitam lado a lado em estreitos espaços e é nesse momento que o respeito que baseia as relações tem seu papel fundamental. Ele é o alicerce que permite às agentes

realizarem seu trabalho diante da insegurança que a estrutura proporciona, uma vez que presas e APs dividem os espaços de circulação em igualdade de número e desarmadas, ou adentram galerias para atender emergências sem segurança. Uma boa relação entre ambos os grupos se torna pré-requisito para a funcionalidade do ambiente perante a sua arquitetura considerada atípica.

E, lado a lado, com o respeito, está a disciplina, elemento de igual importância para o *bom andamento da cadeia*. Ela é ferramenta para que a administração e a guarda controle um grupo de mais de duzentas presas com, em média, apenas dez servidoras. A disciplina ajuda a definir quem fica na *Casa da Barbie*, ou vive o *Inferno de Guaíba*. Ademais, a prisão é um lugar despótico, o poder está nas mãos de quem custodia e não dos custodiados; não há como nela estabelecer um regime democrático.

São agentes que constroem sua forma de trabalhar, baseadas em suas características pessoais, que estabelecem os limites de suas relações com as pessoas, que se permitem, ou não, brincar. São mais ou menos rígidas e buscam o respeito – pelo outro e pela sociedade.

Ainda, além de servir às presas, de encaminhá-las para onde precisam ir, é necessário que as APs estejam sempre *ligadas*, não só na possibilidade de fuga, mas também nos *sinais da cadeia*, uma vez que são as responsáveis pela preservação da integridade física e psicológica das presas. Dessa forma, realizam outras tarefas além das relativas à segurança. Após as 18 horas e durante os fins de semana, quando os técnicos e administração não estão mais trabalhando, elas precisam estar de prontidão para desempenhar funções de enfermeira, psicóloga, assistentes sociais e administrativos. Consequentemente, há sobrecarga de trabalho e estresse decorrentes desse acúmulo de responsabilidade, que não são inerentes ao seu cargo na origem.

Da perspectiva das presas, tampouco há interesse em conflito. A pena deve ser cumprida e se houver paz na instituição, melhor para todos. Logo, uma vez que gostam da *Casa Rosa* e não querem ser transferidas, procuram colaborar, cumprindo o papel (de submissão) que delas se espera.

Por fim, cabe destacar que o Estado não fornece condições adequadas de habitação, materiais de trabalho e de higiene. Sem efetivo suficiente, sem ambiente de trabalho adequado, sem assistência adequada para as presas, as APs driblam as adversidades encontradas para realizar o seu trabalho da melhor forma possível. Para tanto, por vezes, desobedecem a recomendações e arcam com os riscos.

Por que, simplesmente, não cruzar os braços e *deixar morrer* como deseja a sociedade? Porque se importam, mesmo que não queiram demonstrar e digam

apenas: “Faço porque é o meu trabalho”. A realidade demonstra que a *carrasca* se envolve com o sofrimento das *criminosas* e se esforça para amenizá-lo dentro do que está ao seu alcance.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia, criticismo e crítica do controle penal. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2012.
- BARCINSKI, Mariana; ALTENBERND, Bibiana; CAMPANI, Cristiane. Entre cuidar e vigiar: *ambiguidades e contradições no discurso de uma agente penitenciária*. *Ciênc. saúde coletiva*, v. 19, n. 7, p. 2245-2254, julho. 2014. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/csc/v19n7/1413-8123-csc-19-07-02245.pdf]. Acesso em: 16.01.2015.
- BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.
- LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MONTEJO, Alda Facio. *Cuando el género suena cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. San José, C.R: Ilanud, 1992. Disponível em: [www.catedradh.unesco.unam.mx/webmujeres/biblioteca/Genero/Cuando%20el%20genero%20suena.pdf]. Acesso em: 11.01.2016.
- NERY, Tânia Regina Armani. Falando de Perfil. In: NERY, Tânia Regina Armani (Org.). *Da ética à poética do ser servidor penitenciário*. Porto Alegre: Companhia Rio-grandense de Artes Gráficas, 2012. p. 63-102.
- NEUBÜSER, Marili Antunes. A superlotação em presídios do Rio Grande do Sul: o caso da Penitenciária Feminina Madre Pelletier e da Penitenciária Feminina Estadual de Guaíba. 2015. 69f. Monografia (Especialização) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Curso de Pós-Graduação em Segurança Pública, Cidadania e Diversidade, Porto Alegre, 2015.
- ROSA, Lutiana Ricaldi da. Relato de Pesquisa: perfil, estresse e qualidade de vida de servidores penitenciários. In: NERY, Tânia Regina Armani (Org.). *Da ética à poética do ser servidor penitenciário*. Porto Alegre: Companhia Rio-grandense de Artes Gráficas, 2012.

- RUDNICKI, Dani. Três dias no Presídio Central de Porto Alegre: *o cotidiano dos policiais militares*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Subsecretária de edições técnicas, v. 19, n. 193, p. 49-63, 2012.
- RUDNICKI, Dani; NEUBUSER, M. A. Direitos Humanos e superlotação no presídio feminino de Porto Alegre. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 48, p. 113-138, 2016.
- SYKES, Gresham M. *The society of captives: a study of a maximum security prison*. Nova York: Princeton University Press, 2007.
- THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- WOLFF, Maria Palma. *Mulheres e prisão: a experiência do observatório de Direitos Humanos da Penitenciária Feminina Madre Pelletier*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007.

Outras referências

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm]. Acesso em: 31.08.2015.
- BRASIL. *Lei. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm]. Acesso em: 31.08. 2015.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. *Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal*. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009. Disponível em: [www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CP-CJ_-_Portuguese1.pdf]. Acesso em: 20.10.2015.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Resolução 1, de 9 de março de 2009*. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpccp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-n-o-1-de-09-de-marco-de-2009.pdf]. Acesso em: 10.10.2015.
- RIO GRANDE DO SUL. *Lei Complementar 13.259, de 20 de outubro de 2009*. Disponível em: [www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=53264&hTexto=&Hid_IDNorma=53264]. Acesso em: 29.04.2013.
- RIO GRANDE DO SUL. Secretaria da Justiça e da Segurança. Superintendência dos Serviços Penitenciários. Escola do Serviço Penitenciário. *Informe Técnico n. 5: Superintendência dos Serviços Penitenciários, 30 anos*. Porto Alegre: [s.n.], 1998.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A ressocialização do encarcerado como questão de responsabilidade social, de Viviane Coêlho de Séllos Gondim – *Ciências Penais* 6/353-378 (DTR\2007\23);
- O controle penal moderno: colonialidade do poder e aprisionamento feminino, de Camila Damasceno de Andrade – *RBCCrim* 129/69-105 (DTR\2017\394); e
- Prisionalização e sofrimento dos agentes penitenciários: fragmentos de uma pesquisa, de Luiz Antônio Bogo Chies, Ana Luisa Xavier Barros, Carmen Lúcia Alves da Silva Lopes e Sinara Franke de Oliveira – *RBCCrim* 52/309-335 (DTR\2005\10).

QUAL A SUA DROGA? MACONHA, HIPOCRISIA OU ISONOMIA

WHAT'S YOUR DRUG? MARIJUANA, HYPOCRISY OR ISONOMY

ROSIVALDO TOSCANO DOS SANTOS JÚNIOR

Doutor em Ciências Jurídicas pela UFPB. Mestre em Direito pela Unisinos.
Professor Colaborador no curso de mestrado em Direito da UFRN. Juiz de Direito em Natal.
rosivaldotoscano@hotmail.com

Recebido em: 02.03.2017

Aprovado em: 22.10.2017

Última versão do autor: 21.11.2017

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Constitucional

RESUMO: A questão do porte de drogas ilegalizadas para uso próprio está em discussão atualmente no Supremo Tribunal Federal – STF. Na verdade, é reflexo de um debate que já vem ocorrendo na própria sociedade brasileira. O paradigma reinante, do punitivismo e da abstinência, depara-se com o da redução de danos. No cenário internacional, a política de guerra às drogas vem sendo abandonada, pois comprovou gerar muito mais violência do que reduzi-la. O estudo passa pela reflexão acerca da artificialidade da criminalização seletiva de apenas determinadas drogas, e que essa escolha não tem base racional, isto é, não leva em conta o grau de risco social, mas, sim, tem mais a ver com políticas de segregação e com a dominação por meio do aparato coercitivo do Estado. A maconha se torna o maior exemplo por ser a droga ilegalizada mais utilizada no mundo e por, comprovadamente, ser menos ofensiva que as drogas não criminalizadas mais usadas. O estudo também faz as filtrações hermenêuticas constitucional e convencional, considerando a violação dos princípios da igualdade – na criminalização seletiva e discriminatória – e da intimidade – na autolesão do usuário.

ABSTRACT: The issue of the possession of illegal drugs for own use is currently under discussion in the Federal Supreme Court (STF). In fact, it is a reflection of a debate that has already occurred in Brazilian society itself. The prevailing paradigm, of punitivism and abstinence, is that antagonizes harm reduction. In the international scene, the policy of war on drugs has been abandoned, as it has been shown to generate much more violence than to reduce it. The study focuses on the artificiality of the selective criminalization of only certain drugs, and that this choice has no rational basis, that is, it does not take into account the degree of social risk, but it has more to do with segregation policies and with domination through the coercive apparatus of the state. Marijuana becomes the biggest example because it is the most widely used illegalized drug in the world and is proven to be less offensive than the most commonly used non-criminalized drugs. The study also makes the constitutional and conventional hermeneutic filtering, considering the violation of the principles of equality – in selective and discriminatory criminalization – and intimacy – in the self-harm of the user.

PALAVRAS-CHAVE: Maconha – Porte para uso próprio – Isonomia – Inconstitucionalidade – Inconvencionalidade.

KEYWORDS: Marijuana – Possession for own use – Isonomy – Unconstitutionality – Unconventionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Drogas, uma questão sistêmica. 3. Drogas ilícitas ou drogas ilegalizadas? Uma escolha racional ou política?. 4. As drogas da guerra. 5. Criminalização do porte de maconha para uso próprio: inconformidade constitucional e convencional. 6. Sobre o princípio da igualdade. 7. Punição da autolesão e controle de convencionalidade. 8. Uma óbvia objeção do senso comum. 9. Conclusão. 10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Esclarecemos, desde já, que somos abstêmios de drogas para uso recreativo porque, primeiramente, não nos apetece. Uísque, para nós, tem gosto de esmalte (talvez por isso seja costume no Nordeste adoçá-lo com água de coco). Cerveja é muito amarga. Consideramos admiráveis as pessoas que conseguem diferenciar (e geralmente pagar muito caro por isso) um vinho especial de outro comum. Detestamos cheiro de fumaça e, ainda por cima, somos alérgicos a nicotina e a tabaco. Achamos culturalmente curioso o hábito de se inalar fumaça, mas isso não é para nossos pulmões. Ademais, entendemos que o abuso de drogas recreativas causa problemas de saúde aos usuários e, não raro, afeta também os familiares dele. E falamos com conhecimento de causa porque temos um parente próximo alcoólatra.

Mas as drogas também podem salvar vidas. Em uma cultura em que a medicina é baseada na alopatia, desde que devidamente prescritas e com o acompanhamento médico necessário, drogas curam ou melhoram a qualidade de vida. Assim, as drogas não são nem heróis nem vilões. Não passam de meros compostos químicos, naturais ou artificialmente criados. São os homens que lhes dão os fins.

Somos também contra a desvirtuação para uso recreativo das drogas criadas para fins medicinais. E o motivo é muito simples: as drogas farmacológicas costumam causar prejuízos fisiológicos, psicológicos e sociais quando consumidas fora das suas indicações, não só pelas contraindicações e seus efeitos adversos como também em face do constante risco de *overdose*.

Contudo, à parte nossas posições pessoais, estamos aqui lidando com a questão do tipo penal descrito no art. 28 da Lei 11.343/2006, que sujeita quem portar drogas ilegalizadas para uso próprio ao estigma de ser um criminoso, sem contar os casos em que esses dependentes químicos são criminalizados

como traficantes de drogas. O problema aqui exposto é: há fundamentos filosóficos e normativos para sustentar a criminalização da maconha no Brasil? O tema está atualmente em discussão no Supremo Tribunal Federal, que reconheceu sua repercussão geral.

Isso já dá uma pista sobre como pretendemos abordar o tema. Trata-se de ir além da pura dogmática jurídica e do viés eminentemente formalista e prescritivo. É miopia epistêmica analisar o direito – que é um fenômeno social – apenas pela ótica da dogmática jurídica, porque o paradigma formalista abstrai dos conceitos sua pragmática, compreendendo-os soltos, sem espaço e sem história, inautenticamente, portanto. Isto é, sem considerar a materialidade das relações sociais das quais os fenômenos emergem. Para que os institutos jurídicos ultrapassem a condição de meros recursos retóricos (não raro, enganadores), somente sua consideração na realidade social é que os torna reais; é que permite serem efetivamente dimensionados, problematizados e compreendidos autenticamente.

Nesse afã, transitaremos por áreas que, na divisão epistemológica tradicional, chamamos de direito, filosofia, economia política, ciência política, geopolítica, psicologia social, criminologia e sociologia. E estamos convencidos de que não poderia ser diferente. A visão puramente jurídica dos fenômenos é, em si, uma artificialidade. A epistemologia gestada na Modernidade estratificou arbitrariamente os saberes em compartimentos e apregooou seu estudo em separado.

O direito – que está inserido no mundo da linguagem – torna-se real apenas e tão somente pela ação dos que nele creem e que há relações de poder que subjazem aos discursos de legitimação do fenômeno jurídico. O que queremos aqui deixar claro é que o direito, por si só, não transforma nada. São os homens, nas suas relações sociais, que o fazem transformador (ou não).

Entre nossos objetivos nessa reflexão estarão a contextualização da questão das drogas ilegalizadas, revelando o sistema de ideias que, seletivamente, escolhe quais as que serão criminalizadas, com enfoque na *Cannabis*, e quais as que, mesmo sendo muito mais perigosas, serão intencionalmente esquecidas. Também objetivamos expor as relações de poder que explicam essa seletividade criminal primária,¹ porque – obviamente – não há ilegalização sem uma reflexão prévia sobre quem serão seus alvos, no caso, os *outsiders*. A partir da

-
1. A criminalização ou seletividade primária começa ainda durante o processo legislativo, isto é, na escolha dos tipos penais, na seleção das condutas que serão reprovadas no âmbito penal.

identificação do paradigma reinante nas Américas, pretendemos trazer a historicidade do modelo de guerra às drogas importado dos Estados Unidos – que o vendeu como política externa –, mostrando suas contradições e as intenções subjacentes ao discurso da abstenção. Passaremos, por fim, às implicações jurídicas desse modelo proibicionista quanto ao porte para uso próprio da maconha em suas filtragens hermenêuticas constitucional e convencional.

2. DROGAS, UMA QUESTÃO SISTÊMICA

Johnnie Walker: “Keep walking” (40% de álcool).

Brahma: “Refresca até pensamento” (5% de álcool).

Biotônico Fontoura: “Bê, á, bá. Bê, e, bé. Bê, i, Biotônico Fontoura!” (9,5% de álcool – até 2001).

Itaipava: “A cerveja 100%” (4,5% de álcool).

Devassa: “Um tesão de cerveja” (4,5% de álcool).

Campari: “Só ele é assim” (42% de álcool).

Caninha 51: “Uma boa ideia” (39% de álcool).

Carlton: “Um raro prazer” (tabaco).

Conhaque Dreher: “Deu duro, tome um Dreher” (38% de álcool).

Free: “Alguma coisa a gente tem em comum” (tabaco).

Hollywood: “O sucesso” (tabaco).

Kaiser: “Uma grande cerveja” (4,5% de álcool).

Marlboro: “Venha para onde está o sabor” (tabaco).

Orloff: “Eu sou você amanhã” (38% de álcool).

Red Bull: “Red Bull te dá asas” (caféina).

Royal: “Abra a boca, é Royal” (tabaco).

Skol: “Um por todos e todos por uma” (4,7% de álcool).

Smirnoff: “Um brinde à vida real” (39% de álcool).²

Para além da letra fria das leis que versam sobre drogas ilegalizadas, há uma política que as conforma. E acima dessas políticas há uma forma de enxergar o mundo, um paradigma, que reproduz todo um sistema. E esse mesmo sistema, da forma como funciona, prestigia quem está disposto a ser mais violento. Foi assim que aconteceu nos Estados Unidos durante a lei Seca (*Dry Law*), em que

2. *Slogans publicitários de drogas industriais não criminalizadas.*

um jovem truculento de 26 anos se tornou um dos mais bem-sucedidos homens de negócio. Seu nome era Alphonse Gabriel Capone. Abordaremos essa questão com maiores detalhes mais à frente. Some-se, no caso do Brasil: a) uma sociedade marcada por profundas desigualdades sociais e repleta de paradoxos até mesmo no trato das drogas, em razão de um proibicionismo seletivo; b) a ética do sucesso (hoje materializada no fenômeno da ostentação) – erguida como valor maior a ser perseguido – e a falta de perspectivas para uma expressiva parcela da população, que percebe a impossibilidade de competição com os estratos mais elevados da pirâmide social, isto é, de alcançar o sucesso pelas vias institucionais. Mas, por ora, achamos importante tecer considerações sobre as drogas mais utilizadas.

Não dá para refletir sobre drogas sem abordar a mais danosa e amplamente utilizada. O álcool. Segundo o *Global status report on alcohol and health 2014*, da ONU,³ o uso excessivo de álcool causa 5,9% das mortes no mundo. E conforme o referido relatório, 5,1% de todas as doenças são atribuíveis à ingestão de álcool. Há mais de duzentas patologias associadas à ingestão de bebidas alcoólicas.

Com o tabaco e a nicotina, não é diferente. O relatório *Who Report on the Global Tobacco Epidemic – 2015*⁴ apontou que a diminuição do consumo de tabaco é associada à queda nas ocorrências de câncer de pulmão. O mesmo Relatório apresenta o uso do tabaco como causador de 100 milhões de mortes em todo o mundo durante o século XX e continua a ser uma séria e crescente ameaça à saúde global.⁵ Com aproximadamente 6 milhões de vidas perdidas anualmente, as doenças relacionadas ao tabaco matam mais que a combinação do HIV, da malária e da tuberculose.

A ingestão desmedida de drogas farmacológicas para fins recreativos também preocupa. Drogas criadas para combater a disfunção erétil são, hoje, mais utilizadas pelos jovens – que delas não necessitam. Outras, desenvolvidas para o tratamento do Déficit de Atenção e Hiperatividade – TDAH, são indiscriminadamente consumidas por estudantes candidatos a concursos públicos. Antidepressivos e ansiolíticos são usados como soníferos. Em um mundo mar-

3. UNITED NATIONS (UN). World Health Organization (WHO). *Global status report on alcohol and health – 2014*. Geneve: World Health Organization, 2015. p. vii.

4. UNITED NATIONS (UN). *Who report on the global tobacco epidemic – 2015*. Geneva: World Health Organization, 2015b. p. 29.

5. UNITED NATIONS (UN). *Who report on the global tobacco epidemic – 2015*. Geneva: World Health Organization, 2015b. p. 20.

cado pelo culto ao corpo, esteroides anabolizantes, indicados no tratamento de disfunção hormonal, tornaram-se de uso comum. Até mesmo compostos não descritos como drogas são vilões no quesito adição. Estudos sérios e recentes demonstram que o açúcar causa dependência análoga à cocaína.⁶ A obesidade tem se tornado um problema mundial e o açúcar é um dos principais vilões.

Mas não somente de compostos químicos as pessoas se viciam. O jogo patológico, espécie do gênero dos transtornos do controle dos impulsos, apresenta muitos dos mesmos comportamentos associados aos transtornos por uso de substâncias, como as fissuras, as necessidades de realizar o comportamento e a geração de consequências sociais negativas. Na mesma dimensão, encontram-se os transtornos relacionados aos jogos na internet e ao mundo virtual em geral (e causam mortes). A dependência de sexo e as compras compulsivas, igualmente são transtornos nos quais as pessoas por eles afetados assumem atitudes de adição.

3. DROGAS ILÍCITAS OU DROGAS ILEGALIZADAS? UMA ESCOLHA RACIONAL OU POLÍTICA?

Mas por que somente algumas drogas são tornadas ilícitas? Essa questão ganha especial relevo hoje, e uma importância para além de uma reflexão filosófica, uma vez que o Supremo Tribunal Federal discute, no Recurso Extraordinário 635.659, a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que define como crime a porte, para uso pessoal, de drogas ilegalizadas.

Trazemos, desde já, o exemplo da maconha, e uma pergunta: morrem mais pessoas atingidas por um raio,⁷ por overdose de aspirina ou por overdose de maconha? Nem vamos aqui contrapô-las com o álcool e o tabaco por ser desnecessário. Há relatos de mortes na literatura médica em razão do uso de ácido acetilsalicílico e, segundo estudos, o risco pode chegar a 10,4 em 100 mil – em se tratando de homens na faixa dos 50 anos.⁸

6. QUEENSLAND University of Technology. *Treating sugar addiction like drug abuse*. ScienceDaily. ScienceDaily, 7 April 2016. Disponível em: [www.sciencedaily.com/releases/2016/04/160407111828.htm]. Acesso em: 01.03. 2017.

7. MANAUS é a cidade com maior número de mortos por raios. *Globo.com*. Fantástico, Rio de Janeiro, 07.02.2010. Disponível em: [http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1480575-15605,00.html]. Acesso em: 01.03.2017.

8. ASPIRINriskcomparestodrivingcars,studyfinds. *Reuters*. AbaHealthNews, 08.05.2007. Disponível em: [www.reuters.com/article/us-risks-idUSN0737156120070508]. Acesso em: 01.03.2017.

E quanto à maconha? Um relatório do DEA (órgão do FBI que combate o tráfico de drogas ilícitas) estimou que para que alguém morresse de overdose de maconha, seria necessário que o usuário fumasse 680 quilos de cigarros de maconha em um intervalo de 15 minutos.⁹ Levando em consideração que um cigarro de maconha pesa em média 0,9 g, seriam necessários 775 mil cigarros. Não há, assim, na literatura médica mundial, um caso sequer de morte por overdose dos princípios ativos (THC e canabidiol) presentes na *Cannabis sativa*. Mas, a despeito das propagandas de bebidas alcoólicas diuturnamente veiculadas nos meios de comunicação social, a maconha tem sido considerada um grande mal pelo proibicionismo.

Ressonamos estudo conduzido no Reino Unido¹⁰ que, utilizando um modelo multicritério de tomada de decisões, analisou as vinte drogas mais consumidas, englobando danos físicos, psicológicos e sociais, com dezesseis parâmetros.¹¹ Os resultados: o álcool ficou em primeiro lugar, com o escore 72, seguido de longe pela heroína (55), o *crack* (54), a metanfetamina (33), a cocaína (27) e o tabaco (26). O escore da maconha foi 20.

Na verdade, pesquisas farmacológicas no Ocidente comprovam o uso medicinal da maconha em diversos tratamentos, e há drogas desenvolvidas a partir do princípio ativo canabidiol. No Oriente, sua reputação medicinal é bem antiga. O primeiro tratado de ervas medicinais que se conhece, o *Pen Tsao*, na China (há 4.700 anos), referenciava a *Cannabis*, e há registros de usos médicos em praticamente todas as civilizações antigas. Na Índia, já era utilizada quando os britânicos chegaram. O Império Britânico passou a exportar extrato de *Cannabis*, que se tornou um anestésico bastante usado contra dor de cabeça até o advento da aspirina.¹²

Os fatos apresentados põem em xeque a racionalidade, a proporcionalidade e a justeza no tratamento dado às diversas drogas – institucionalizadas ou ilegalizadas. Contudo, a questão é bem mais grave devido aos efeitos violentos

9. UNITED STATES OF AMERICA (USA). Department of Justice. *Opinions and recommended ruling, findings of fact, conclusions of law and decision of administrative law judge*. Disponível em: [www.ccguides.org/young88.php]. Acesso em: 01.03.2017.

10. NUTT, David J.; KING, Leslie A.; PHILLIP, Lawrence D. Drug harms in the UK: a multicriteria decision analysis. *The Lancet*, v. 376, nov. 2010.

11. Entre eles: danos específicos das drogas, danos relacionados ao uso da droga, dependência, deterioração do funcionamento mental, perda de bens tangíveis, perda de relacionamentos e lesão a terceiros.

12. BURGIERMAN, Denis Russo. *O fim da guerra: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas*. Ed. digital. São Paulo: Leya, 2011. posição 843.

que o paradigma punitivista ocasiona. A guerra às drogas¹³ está gerando prejuízos econômicos e humanos abissais. Não só milhares de mortes decorrentes da guerra – seletiva, destacamos – às drogas, perpetrada pelos meios coercitivos do Estado (polícias), como pelo enfrentamento de facções criminosas e pela execução de dependentes químicos que se tornam inadimplentes. A guerra seletiva às drogas atinge criminalmente apenas determinada parcela da pirâmide social – os pobres –, estigmatiza os seus alvos e causa superlotação dos estabelecimentos prisionais. O discurso de combate às drogas (apenas as ilegalizadas) e ao tráfico ilícito das mesmas, em si já é violento, pois se perfectibiliza com a ideia de guerra, de ações de exceção.

Essa ótica beligerante e desumana – essa guerra suja, sem Genebra¹⁴ – fomenta o crescimento de organizações como o Primeiro Comando da Capital – PCC.¹⁵ A psicologia social revela que quanto maior a estigmatização de um grupo, maior a coesão entre seus membros, pelo reforço das identidades.¹⁶ Assim, o encarceramento em massa, aliado às condições desumanas e a estigmatização, gera o fortalecimento de organizações criminosas e a destruição do futuro de uma parcela considerável da massa nas periferias brasileiras.

Sim, os presos na guerra às drogas têm classe. Referimo-nos à classe pobre, os *outsiders*. Trata-se de uma guerra seletiva, somente contra determinadas drogas e contra os usuários delas, ou vice-versa. A verdade é que somente descamisados são encarcerados no Brasil por causa da drogadição. Via de regra, são dependentes químicos pobres, que traficam para sustentar a dependência, porque um problema que é, primordialmente, de saúde pública, tem sido tratado pelo Ministério da Justiça e não pelo Ministério da Saúde.

Enquanto o problema das drogas ilegalizadas for de alçada das esferas coercitivas do Estado, não teremos um modelo que reduza o mal. O paradigma do enfrentamento bélico só aprofunda o problema, mas, mesmo assim, nossa

13. SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *A guerra ao crime e os crimes da guerra: direitos humanos e sistema de justiça criminal periféricos*. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

14. Referimo-nos às Convenções sobre o direito humanitário e sobre os prisioneiros em tempos de guerra, formuladas em Genebra. É a guerra limpa. A chamada “guerra suja” ignora essas regras. *Vide*: INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. *The Geneva conventions of 12 august 1949*. [Recurso eletrônico]. Geneva: International Committee of the Red Cross, [2015?].

15. BIONDI, Karina. *Junto e misturado: uma etnografia do PCC*. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2010.

16. MICHENER, H. A.; DELAMATER, J. D.; MYERS, D. J. *Psicologia social*. São Paulo: Thomson, 2005. p. 396.

política pública de drogas, refletindo o proibicionismo estadunidense, insiste na mesma tecla, e cada dia de maneira mais obtusa. O sistema atual cria mais violência e, com isso, pelo reforço do mesmo *modus operandi*, cria-se um círculo vicioso crescente. O paradigma da redução de danos, que se provou muito mais eficaz nos locais onde foi implantado (Europa em geral, Uruguai e agora também em vários estados dos Estados Unidos), continua sendo tabu por aqui.

Ao mesmo tempo, cultuamos o vinho, massificamos a cerveja, popularizamos a cachaça e elitizamos o uísque. Formam um mercado bilionário, que gera impostos e empregos, a despeito dos prejuízos que também causa aos que se excedem. Um mercado dominado por corporações multinacionais que investem centenas de milhões de reais anualmente em publicidade, somente no Brasil. Patrocinam torneios esportivos e eventos culturais e pairam sobre qualquer reflexão acerca de sua natureza de droga. Algumas bebidas remetem à história e à religião, como o vinho. O vinho da enologia, o vinho dos rituais católicos. E assim, nem mesmo o mais ferrenho proibicionista se apercebe que um brinde em um jantar sempre precede um ato de drogadição. A droga é a droga do outro – o pobre.

Assim, a relação entre o usuário, a droga não ilegalizada e a drogadição é sempre encoberta pela *normalidade*. No caso do Brasil, até mesmo uma famosa medicação infantil, que seria fortificante e antianêmica, não faz muito tempo, continha álcool em percentual mais elevado do que as marcas mais comuns de vinho de mesa.¹⁷ Curiosamente, essa mesma suposta medicação foi exportada massivamente para os Estados Unidos durante a vigência da Lei Seca. E é de bom alvitre falar sobre Lei Seca porque não há como entender a questão da ilegalização seletiva de determinadas drogas sem compreender a chamada *guerra ao crime* estadunidense.

A guerra às drogas enquanto metáfora de solução

“Quando os ricos fazem a guerra, são os pobres que morrem”.

Jean-Paul Sartre

“A guerra é a arte de destruir os homens, como a política é a de enganá-los”.

Jean le Rond D’Alembert

-
17. Somos do tempo da drogadição involuntária com Biotônico Fontoura (cuja antiga composição continha 9,5% de álcool, enquanto um vinho de mesa, segundo a Lei 10.970/2004, pode ter um mínimo de 8,4% e um fricante, um mínimo de 7%). Somente no ano de 2001, onze anos após o Estatuto da Criança e do Adolescente entrar em vigor (e em plena vigência da Lei 6.368/76 – a antiga lei de drogas), foi proibida a ministração de medicação com álcool a menores de 18 anos e, com isso, sua fórmula teve que ser alterada.

Em 1832, apontava Carl von Clausewitz¹⁸ que a guerra é simplesmente uma continuação do intercuro político, apenas com a adição de outros meios. Ele, deliberadamente, usa a frase “com a adição de outros meios”, porque também quer deixar claro que a guerra em si não suspende o intercuro político ou o transforma em algo completamente diferente. A guerra, aliás, tem se transformado em uma metáfora na implementação de soluções para problemas agudos. Quando o significante é utilizado no âmbito social e no qual o belicismo lhe retira a faceta de metáfora para transformá-lo em modo de atuação, cria-se uma cadeia de sentido que estabelece uma guerra real, mas sem as regras humanitárias a que uma guerra propriamente dita se sujeita.

Estados em que atuam políticas públicas sob uma ideia de guerra revelam, também, o déficit civilizacional de uma cultura alicerçada na barbárie, de uma totalidade social que camufla a força bruta para legitimar e naturalizar sua dominação. Voltando nosso olhar para o Brasil, o discurso belicista da guerra às drogas, suprassumo de uma política criminal genocida, tornou-se dogma em amplos setores das polícias e tem relevante acolhimento tanto na magistratura quanto no Ministério Público brasileiros.

Esse discurso reposiciona a prática policial e, em certa medida, também a judiciária, de modo a se comportarem de maneira estranha à exigível de um Poder que tem por fim ser o guardião da Constituição e dos Direitos Humanos reconhecidos nela e nos Tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Como muitas teorias e práticas aqui implantadas, é elaboração estadunidense e aqui vendida como mais uma solução enlatada.

Os Estados Unidos passaram por duas fases de guerra às drogas.¹⁹ A primeira, a da Lei Seca, também conhecida na época como *noble experiment*, que vigorou de 1920 a 1936. Mas foi em seus fracassos, reais e percebidos, que a *Dry Law* teve seu maior impacto sobre a justiça criminal e a vida social estadunidense. A Lei Seca foi a principal causa da onda de crimes dessa época, pois gerou um mercado ilegal de larga escala – o das bebidas alcoólicas –, cenário perfeito para a proliferação e o crescimento das máfias, o que levou a um debate público sobre o proibicionismo.²⁰ Com o fim da lei seca, os níveis

18. CLAUSEWITZ, Carl Von. *On war*. New York: Oxford University Press, 2007. p. 252.

19. WILLRICH, Michael. Criminal justice in the United States. In: GROSSBERG, Michael; TOMLINS, Christopher (Ed.). *The Cambridge history of law in America*. New York: Cambridge University Press, 2008. v. III. p. 195-231.

20. WILLRICH, Michael. Criminal justice in the United States. In: GROSSBERG, Michael; TOMLINS, Christopher (Ed.). *The Cambridge history of law in America*. New York: Cambridge University Press, 2008. v. III. p. 204-207.

de criminalidade violenta voltaram aos patamares anteriores e se mantiveram mais ou menos estáveis até a década de 1970, momento em que a segunda *War on Drugs* eclodiu.

Richard Nixon foi um dos principais mentores dessa segunda fase. Dentro de um clima reacionário da maioria branca à década da contracultura, das liberdades civis, feminismo, liberdade sexual e do pacifismo, Nixon precisava de um amálgama para trazer para si esse contingente milionário de eleitores. Seus estrategistas encontraram nas drogas esse catalisador discursivo. A guerra às drogas foi estratégia racista e de reação aos movimentos pelos direitos civis, permitindo a hostilidade contra as minorias raciais e os movimentos de contestação à segregação racial, ao conservadorismo sexista e homofóbico, e à guerra do Vietnã sem ter que, diretamente, confrontar as pautas dos defensores dos direitos civis.²¹ E o foco no crime elevou a sensação de insegurança, fraturando o importante apoio dos profissionais liberais, que passaram a abandonar os valores sociais reformistas – tão caros às vitórias dos movimentos pelos direitos civis nos anos antecedentes.

Internamente, a guerra às drogas protagonizou o encarceramento em massa das minorias negra e latina. Ao mesmo tempo, conseguia-se, por uma via legal, reprimir os movimentos contestatários e atingir as finalidades racistas de opressão dos mesmos negros e latinos. Mas esse novo capítulo da guerra ao crime não se restringiu às fronteiras acima do Rio Grande.²² Como uma vertente da segunda *War on Crime*, a *War on Drugs* também gerou efeitos na política externa dos Estados Unidos. Transmutada em Guerra às Drogas, tratou de ser articulada, dentro de uma estratégia de dominação geopolítica, como discurso de legitimação para interferências e intervenções tanto na América Latina quanto na Ásia.²³

E o conservadorismo protestante dominante projeta nos países estrangeiros a culpa pelo consumo interno de drogas ilícitas nos Estados Unidos. A cruzada moralista precisa olhar para fora, de modo a encobrir suas contradições inter-

21. FRAMPTON, Mary Louise; LÓPEZ, Ian Haney; SIMON, Jonathan. Introducion. In: FRAMPTON, Mary Louise; LÓPEZ, Ian Haney; SIMON, Jonathan (Ed.). *After the war on crime: race, democracy, and a new reconstruction*. New York: New York University Press, 2008. p. 7.

22. Rio que divisa os Estados Unidos do México, a fronteira geopolítica que separa a América Eurocêntrica (Estados Unidos e Canadá) da América Latina.

23. No mesmo sentido e em uma análise bem realizada sobre a questão das drogas, vide ANDRADE, Olavo Hamilton Ayres Freire de. *Princípio da proporcionalidade e a guerra contra as drogas*. 2. ed. Natal: OWL, 2015. p. 87.

nas. Enxergar no Outro a causa do *mal*. A conversão do paradigma estadunidense em resoluções da ONU, de 1961, 1971 e 1988 reforçaram, legitimaram e aprofundaram o proibicionismo no trato das drogas ilícitas.

A Convenção de 1961 foi reforçada pelo Protocolo de modificação de 1972, pelo Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e pela Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 (ambas baseadas na legislação de 1961), todas de matriz eminentemente proibicionista.

4. AS DROGAS DA GUERRA

Mas proibicionismo é seletivo. Nele não está englobada a indústria do fumo, capitaneada pelas grandes corporações do tabaco, com Philip Morris. Nem abarca, como visto anteriormente, a indústria do álcool – dominada por multinacionais – cujas mortes estimadas são de 3,3 milhões por ano, como apontado por estudo da ONU.²⁴ Assim, as drogas da guerra não são as produzidas pelas grandes corporações multinacionais. Em nome delas, pelo contrário, são feitas guerras para garantir seu consumo, como foi o caso do ópio, droga imposta à China no século XIX pelo Império Britânico à base de tiros de canhão, em nome de suas corporações, que dominavam a produção e a comercialização mundial.²⁵

As drogas da guerra são as artesanais, produzidas na periferia do mundo. A uns, o epíteto de empresários e promovedores do desenvolvimento. A outros, a alcunha de traficantes destruidores de lares e da paz pública. A uns, o Estado desenvolvido, a civilização. A outros, o Narcoestado, a barbárie. Exercendo o imperialismo, os Estados Unidos, na seara mundial, além de capitanearem há décadas na ONU, por meio de tratados internacionais, seu modelo beligerante do enfrentamento da questão das drogas, também pressionam os demais países a adotarem o mesmo paradigma de enfrentamento violento.²⁶ Isso tem gerado atritos com os enfoques menos punitivos, como o paradigma da redução de

24. UNITED NATIONS (UN). World Health Organization (WHO). *Global status report on alcohol and health – 2014*. Geneve: World Health Organization, 2015. p. 46.

25. MARX, Karl. *Acerca del colonialismo (artículos y cartas)*. Moscou: Progreso, 1972. p. 102-108.

26. Tal modelo proibicionista estadunidense teve seu nascimento ainda no início do século XX, com a Lei Harrison, fruto de um forte *lobby* moralista contra o álcool e as drogas em geral, e que culminou na ilicitude da cocaína e do ópio até hoje, e na lei seca contra o álcool, revogada esta última somente em 1933 (MUSTO, David. *The*

danos, a corrente em ascensão na Europa e cujos resultados na diminuição do consumo e nos efeitos deletérios das drogas ilícitas são qualitativamente muito superiores aos do modelo proibicionista.²⁷

Mas o proibicionismo estadunidense foi recebido sem mitigações ou questionamentos na periferia latino-americana, local do mimetismo irrefletido, da importação de soluções vindas dos centros autoproclamados de produção de conhecimento. Com o sucesso da transnacionalização da política criminal de drogas por parte dos EUA, principalmente na área de sua maior influência geopolítica, a América Latina, tal modo de enfrentamento da questão das drogas e da criminalidade em geral passou a ser delineado pelo referido horizonte de punibilidade, readequando toda a estrutura repressiva local. Isto é, moldando o sistema punitivo da periferia a um novo patamar de severidade e brutalidade.²⁸

Eventos recentes, contudo, têm demonstrado que a Guerra às Drogas está com os dias contados lá nos Estados Unidos. Alguns estados, aproveitando o processo eleitoral do final de 2016, já aprovaram via referendo, inclusive, a descriminalização do uso recreativo da maconha. A maconha tornou-se legal em oito estados (Califórnia, Alasca, Colorado, Massachusetts, Nevada, Maine, Oregon, o estado de Washington e o Distrito de Columbia, onde fica a capital).²⁹ E em mais quatro estados (Arkansas, Dakota do Norte, Flórida e Montana) foi aprovada a legalização da *Cannabis* para fins medicinais. Por aqui ainda vige o discurso da guerra. Mas é só uma questão de tempo para que se reproduza aqui na colônia o que acontece lá na metrópole. Até lá, quantas mortes, criminalidade violenta e fortalecimento de organizações criminosas teremos que suportar? No âmbito do sistema de Justiça Criminal, o que devemos esperar? É chegado o tempo de estancar o mimetismo jurídico na área das políticas

American disease: origins of narcotic control. 3. ed. New York: Oxford University Press, 1999. p. 65-68).

27. BEWLEY-TAYLOR, David; JELSMA, Martin. La internacionalización de la guerra contra las drogas: las drogas ilícitas como un mal moral y un valioso enemigo. In: CASUS belli: cómo los Estados Unidos venden la guerra. Trad. Beatriz Martínez Ruiz. Amsterdam: Transnational Institute, 2010. posição 7810.
28. CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. [Recurso eletrônico]. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 81.
29. CALIFÓRNIA, Massachusetts e Nevada legalizam uso recreativo da maconha. *Globo.com*, 09.11.2016. Mundo. Disponível em: [<http://g1.globo.com/mundo/eleicoes-nos-eua/2016/noticia/2016/11/california-aprova-legalizacao-do-uso-recreativo-de-maconha.html>]. Acesso em: 01.03.2017.

de drogas, mimetismo que é fruto do colonialismo teórico,³⁰ a partir de uma resposta hermenêutica. É isso que propomos discutir na segunda metade de nossa reflexão.

5. CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE MACONHA PARA USO PRÓPRIO: INCONFORMIDADE CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL

Devemos ter sido estafantes até agora, mas é que não dá para responder a questões complexas de forma simplista, principalmente quando essa questão ultrapassa o mero saber dogmático-penal. Não há, assim, como entender a questão do proibicionismo sem compreender sua historicidade e as relações de poder que o subjazem. Nem muito menos sem permitir a quebra do paradigma da *normalidade* das drogas nunca criminalizadas. Enfim, as drogas nunca criminalizadas estão com esse status não com base em seu grau de periclitacão à vida e à saúde humanas, mas, sim, porque por trás das mesmas existem poderosos interesses econômicos e de dominação e porque simplesmente são de uso comum e tradicional por parte das elites, que permitem e difundem às demais parcelas da pirâmide social seu uso.

Cremos que são poucos os que não reconhecem efeitos danosos na utilização recreativa das drogas em razão do risco de seu excesso (embora pesquisas demonstrem que até mesmo o álcool, em pequena quantidade, é saudável). Aliás, em se tratando de drogas não ilegalizadas, o senso comum costuma separar o uso recreativo (o *bebo socialmente*) da dependência química. Mas em se tratando de drogas ilegalizadas, a relação entre o usuário e ela sempre vem acompanhada do moralismo do vício. O usuário, de alguma maneira, é visto como alguém com desvio de personalidade, como fraco. É o viciado. Não há espaço para o uso recreativo, como ocorre com o álcool, por exemplo. Mas cabe, então, a pergunta: podemos até ser contra o uso de drogas e contra os vícios (embora nós mesmo não tenhamos poucos, embora comumente só enxerguemos o cisco no olho alheio), mas temos o direito de impedir que o outro – maior e capaz – consuma álcool, tabaco, maconha, cocaína e demais drogas?

Podemos, igualmente, proibir alguém de se intoxicar com excesso de açúcares ou com o formol na carne vermelha, ou com os hormônios nos galináceos? Podemos impor nossa moral e religiosidade ao outro? Indo para um

30. SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Juristas Colonizados? Crítica à importação de teorias jurídicas. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano 40, n. 132, 2013. Disponível em: [<http://www.ajuris.org.br/OJS/index.php/REVAJURIS/article/view/34/16>]. Acesso em: 2805.2014.

ponto mais concreto: a questão, aqui, é questionar normativamente o atual proibicionismo seletivo das drogas reinantes. Mas atendendo a um critério de proporcionalidade, haja vista o que já foi anteriormente referenciado acerca da maconha em relação às demais drogas não ilegalizadas, faço o recorte nela. E questiono: há amparo na Constituição e nos Tratados de Direitos Humanos que o Brasil ratificou para sustentar o proibicionismo seletivo quanto à maconha?³¹

A questão que se põe em jogo diz respeito à tutela da intimidade e da autodeterminação. Isto é, a proteção normativamente existente ao livre desenvolvimento da personalidade e quanto a autodeterminação do indivíduo. A utilização de drogas recreativas pode, em tese, causar lesão ao indivíduo. Mas o direito penal pode se importar com questões que não atinjam a alteridade? Além disso, não se pode esquecer o perverso efeito rotulatório da criminalização (*Labelling Approach*). A estigmatização serve para aprofundar a criminalização do usuário em razão do esvaziamento dos espaços de sociabilização.

Como alerta Salo de Carvalho:

A visão patologizada dos consumidores deflagrada pelo sistema penal produz seu isolamento e sua rotulação, impedindo qualquer tipo de escuta diversa da policalesca. O sujeito envolvido com as drogas, por força da política proibicionista, ingressa no vicioso círculo da clandestinação, fato que, em caso de dependência, inviabiliza utilização dos serviços de assistência médica e social.³²

O direito penal, em razão dos estigmas que acarreta, mesmo em situações de desencarceramento, deve ser utilizado com máxima parcimônia. Cabe, então, analisar a questão, primeiramente, sob o prisma constitucional. Com efeito, diz o art. 5º, X, da Carta de 1988: “X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O consumo recreativo de drogas hoje criminalizadas pode ser caracterizado como autolesão, assim como também o uso das drogas politicamente deixadas de lado na coerção penal. Não devem interessar ao direito penal tais condutas, sob pena de mantermos um modelo moralista que desvirtua a relação usuário-droga-drogadição, transformando um eventual sujeito em situação de

31. Há importante julgamento pendente de conclusão no Supremo Tribunal Federal, o RE 635.659/SP, cujo relator é o Ministro Gilmar Mendes.

32. CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. [Recurso eletrônico]. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 172.

vulnerabilidade, que deveria receber atenção e proteção de uma política de saúde pública, em criminoso, assujeitando-o a todos os efeitos deletérios que isso ocasiona. Essa situação se torna ainda mais extremada em se tratando de relação dependente-droga-drogadição.

A marginalização do usuário da maconha empurra-o à criminalização, notadamente quando nos referimos aos usuários mais pobres. Cria-se o traficante-usuário. Estamos lotando as cadeias com pessoas em situação de vulnerabilidade e, o pior, organizando-as, isto é, inserindo-as em organizações criminosas, pois os estabelecimentos penais superlotados são o espaço em que reinam as gangues. Quanto maior a superlotação e a submissão dos presos a um sistema desumano, selvagem e cruel – cujo Estado de Coisas Inconstitucional já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347³³ –, mais força ganham essas organizações. Precisamos falar sobre igualdade.

6. SOBRE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes dos direitos fundamentais, uma vez que é pressuposto para a uniformização do regime de liberdades individuais.

No esteio dessa relevância, a Constituição Federal traz como um dos objetivos fundamentais da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV); bem como entre os direitos e Garantias Fundamentais, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito [...] à igualdade” (art. 5º, *caput*).

Na doutrina portuguesa, tão amplamente aceita aqui, observa Canotilho³⁴ duas vertentes de aplicação desse princípio ao Estado: a) na atuação do Estado e, em especial, na concretização do direito pelos tribunais; b) na criação do direito pelo legislador.

No primeiro caso, dirigindo-se aos tribunais, impõe que na concretização dos direitos, não haja discriminações indevidas. No segundo, dirigindo-se ao legislador, impõe que a lei, ao ser criada, já deve ter sido sob o prisma da igualdade. Bem ensina Pérez Luño quando aponta:

33. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC. Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.09.2015, Processo Eletrônico DJe-031. Divulg. 18.02.2016, public. 19.02. 2016.

34. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 426.

[...] exigencia de que todos los ciudadanos se hallen sometidos a las mismas normas y tribunales. La igualdad ante la ley implica el reconocimiento de que la ley tiene que ser idéntica para todos, sin que exista ningún tipo o estamento de personas dispensadas de su cumplimiento, o sujetos a potestad legislativa o jurisdiccional distinta de la del resto de los ciudadanos.³⁵

A igualdade tem um conteúdo relacional. Determinadas características que, naquela questão, são as mais importantes para definir sua obediência ou não, é que são levadas em conta. Existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Segundo Canotilho,³⁶ o princípio de proibição do arbítrio liga-se a um fundamento material ou a um critério material objetivo. Sintetiza ele: “existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável”. Inevitavelmente há que se realizar um juízo de valor.

Para se definir a existência ou não da arbitrariedade, isto é, se há ou não violação do princípio da igualdade, deve-se avaliar a suficiência ou insuficiência do arbítrio como fundamento adequado de valoração e de comparação. Tem-se que analisar a natureza e o peso dos fundamentos ou motivos justificadores para a diferenciação.

Segundo Jorge Miranda,³⁷ a igualdade pode ser vista em dois sentidos: negativo e positivo. O primeiro sentido é o de negar, de vedar privilégios e discriminações. Isto é, ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado ou privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever. Observado a arbitrariedade, surge o dever de estancar o privilégio ou a discriminação.

No sentido positivo, visa-se recompor a igualdade por meio a) da concessão de tratamento igual em situações iguais; b) no tratamento desigual de citações desiguais, mas substancial e objetivamente desiguais e não as criadas e mantidas artificialmente pelo legislador; c) o tratamento em modos de proporcionalidade; d) o tratamento das situações não como apenas existem, mas

35. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*. 5. ed. Madri: Tecnos, 2006. p. 228.

36. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 428.

37. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. (Direitos fundamentais, t. 4). p. 253.

como também devem existir, fazendo com que a desigualdade perante a lei seja igualdade através da lei.³⁸

Assim o arbítrio, a desrazoabilidade da solução legislativa, a sua inadequação por desproporção, revelam de forma mais flagrante a preterição. Diante da situação, como no caso objeto desse escrito, em que há duas leis estabelecendo arbitrariamente tratamentos desiguais, qual das duas deverá ser eivada de inconstitucionalidade?

Proveniente da experiência do controle de constitucionalidade do Tribunal Constitucional Alemão, a jurisprudência pátria adotou a exclusão de “benefício incompatível com o princípio da igualdade”. Sobre ela, disse Gilmar Mendes:

Ponto de partida para o desenvolvimento dessa variante de decisão foi a chamada “exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade”, que se verifica quando a lei, de forma arbitrária, concede benefícios a um determinado grupo de cidadãos, excluindo, expressa ou implicitamente, outros segmentos ou setores. [...] Tem-se uma exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade, se a norma afronta ao princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos, sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas. Essa exclusão pode verificar-se de forma concludente ou explícita. Ela é concludente se a lei concede benefícios apenas a determinado grupo; e explícita, se a lei geral que outorga determinados benefícios a certo grupo exclui sua aplicação a outros segmentos.³⁹

7. PUNIÇÃO DA AUTOLESÃO E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Mas não somente a compatibilidade com a Constituição Federal deve ser analisada. Faz-se necessário realizar o controle de convencionalidade. Como explica Valerio Mazuolli:

Falar em controle da convencionalidade significa falar em compatibilidade vertical material das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país. Significa, também, falar especialmente em técnica judicial (tanto internacional como interna) de compatibilização vertical das leis com tais preceitos internacionais. Que os

38. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. (Direitos fundamentais, t. 4). p. 253.

39. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. [Recurso digital – Kobo]. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Título IV. Cap. III. Seção 3.

tribunais regionais de direitos humanos exercem o controle de convencionalidade não se tem dúvidas, eis que este é exatamente o seu papel. Porém, por decisão desses próprios tribunais regionais (v.g., da Corte Interamericana de Direitos Humanos) devem também (e em primeiro lugar) os juízes internos controlar essa mesma convencionalidade, fiscalizando a compatibilidade das normas domésticas (todas elas) com os mandamentos convencionais de direitos humanos (mais benéficos) de que o Estado é parte. Nesse sentido, não há dúvidas caber ao jurista pátrio investigar como há de se desenvolver a mecânica desse controle no plano do nosso direito interno.⁴⁰

Em termos de controle de convencionalidade, os seguintes textos são afetados à questão. Em primeiro lugar, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, promulgada no Brasil pelo Decreto 678/92 que, em seu art. 11, 2 e 3, aponta que ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, e que toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. Nesse sentido, ela repete o que diz a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 12º.⁴¹ Igualmente, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado no Brasil pelo Decreto 592/92, em seu art. 17.

Acerca da questão da autonomia individual, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no voto do juiz Sergio García Ramírez no caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, diz o seguinte:

Naturalmente o desenvolvimento do ser humano não se sujeita às iniciativas e cuidados do poder público. Numa perspectiva geral, aquele possui, mantém e desenvolve, em termos mais ou menos amplos, a capacidade de conduzir sua vida, resolver sobre a melhor forma de fazê-lo, valer-se de meios e instrumentos para esta finalidade, escolhidos e utilizados com autonomia – que é virtude da maturidade e condição de liberdade – e inclusive recusar ou rechaçar de forma legítima a ingerência indevida e as agressões a ele dirigidas. Isso exalta a ideia de autonomia e descarta tentações opressoras, que possam ocultar-se sob um suposto desejo de beneficiar o sujeito, estabelecer sua conveniência e antecipar ou iluminar suas decisões.⁴²

40. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 1. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Introdução.

41. No mesmo sentido, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948: “Artigo V. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar”.

42. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Sentença do caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, 2006. Disponível em:

Cada pessoa adulta tem autonomia individual para tomar decisões livres sobre seu próprio estilo de vida, sem que o Estado deva intervir nessa área. Não há como, em um filtro de convencionalidade, penalizar comportamentos realizados em privado que não causem perigo ou dano a outrem. Argumentos baseados em mero perigo abstrato, ou suposta moralidade pública, não passam no teste da convencionalidade. O comportamento adotado na vida privada é lícito, salvo se constituir perigo real ou causar danos à propriedade ou direitos de terceiros.

8. UMA ÓBVIA OBJEÇÃO DO SENSO COMUM

O senso comum teórico faria objeções a aplicação da isonomia. Uma delas fatalmente seria a seguinte: “ora, mas a descriminalização só aumentaria o consumo da maconha”. O que os fatos mostram é que nas regiões em que houve a descriminalização o consumo diminuiu. Inclusive de drogas mais pesadas. Ademais, estudos apontem diminuição da criminalidade violenta.⁴³ Em Portugal, à descriminalização da maconha se atribui a queda de 70 por cento do uso de heroína.

Deveríamos fazer uma pergunta: se o Estado criminaliza o usuário da maconha, cuja danosidade é reconhecidamente inferior às drogas sociais mais comuns como o álcool e, principalmente, o tabaco, não estaríamos fomentando uma discriminação que não possui um fundamento sério, que não é legítima e que estabelece uma diferenciação jurídica sem um fundamento razoável? Entendemos que essa resposta é sim. Esse tratamento discriminatório só deixa mais claro o uso do Estado como ente opressor porque o uso da maconha se concentra nos estratos economicamente desfavorecidos e a determinadas minorias que não abrangem o *Establishment*.

A opressão jamais pode confessar-se como tal: ela tem sempre a necessidade de ser legitimada para exercer-se sem encontrar oposição. Eis porque ela usará as bandeiras como as do proibicionismo, da consciência moral contra as drogas, do bem-estar da abstinência e da ordem contra os *viciados* e o *mal da droga*. Ela se negará enquanto política seletiva contra apenas determinadas drogas – as drogas da plebe – e outras não – as drogas das grandes corporações multinacionais, as usadas comumente pelos estratos superiores.

[www.direitoshumanos.usp.br/index.php/component/option,com_phocadownload/Itemid,6/download,1/id,1/view,category]. Acesso em: 01.03.2017.

43. ALENCAR, Humberto. Drogas e violência: a realidade nos países que legalizaram. *Portal Vermelho*, 25.09.2015. Geral. Disponível em: [www.vermelho.org.br/noticia/270659-10]. Acesso em: 01.03.2017.

Muitos dos arautos do proibicionismo seletivo depois irão saborear seus uísques importados, espumantes, vinhos e charutos cubanos, e dormirão os sonos dos justos. Tendo em vista que se trata de uma questão sistêmica, não o farão por maldade, mas porque estão imersos em um modo de compreensão de mundo que gera uma violência encoberta por uma carapaça de moralidade. Esse discurso jamais se revelará como tal que é – violento – visto que a violência é sempre a expressão da força nua e não da lei – e como fundar uma ordem, a não ser sobre uma lei aceita e interiorizada? A relação de força vai então desaparecer enquanto tal, será sempre coberta por uma armadura jurídica e ideológica.⁴⁴

Portanto, o melhor caminho para preservar o Estado de Direito é aplicar o princípio da igualdade e, com ele, conferir-se igual tratamento ao usuário de maconha ao que já é dado aos usuários das drogas mais nocivas e culturalmente aceitas e nunca ilegalizadas, a exemplo do álcool e do tabaco.

Assim agindo, aplicaremos com a máxima efetividade os Direitos Fundamentais, compatibilizando as duas situações através da equiparação a todos os acusados em crimes de porte ilegal de maconha para uso próprio, o que se prevê para as drogas sociais recreativas.

Por conseguinte, estanca-se o critério discriminatório de maneira positiva, isto é, tratando-se igualmente os discriminados pela lei ordinária, no caso o agente que é encontrado com maconha para uso próprio e aqueles que são adquirentes e portadores de drogas não ilegalizadas.

Manter a discriminação é ferir o princípio da igualdade, uma vez que usuários de drogas mais danosas terminam não sendo molestados por razões meramente culturais e econômicas do que os da maconha. O fundamento para discriminação não é sério, razoável e nem tem sentido legítimo.

Não é legítima a distinção. Ainda mais quando se trata de situações em que a conduta, objetivamente, é a mesma, isto é, o porte de drogas recreativas até menos danosas do que outras regulamentadas. Tendo em vista que há um público-alvo – trata-se de droga consumida por um determinado estrato da sociedade – manter a discriminação é aplicar o direito penal do autor.⁴⁵ Não existe motivo justificador para a diferenciação de tratamento. E alerta Canotilho:

44. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29.

45. Sobre a seletividade e discriminação do sistema penal, confira: SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Discurso sobre o sistema penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 861, p. 466-482, 2007.

Esta ideia de igualdade justa deverá aplicar-se mesmo quando estamos em face de medidas legislativas de graça ou de clemência (perdão, anistia), pois embora se trate de medidas que, pela sua natureza, transportam referências individuais ou individualizáveis, elas não dispensam a existência de fundamentos materiais justificativos de eventuais tratamentos diferenciadores.⁴⁶

Verificado o arbítrio injustificado que viola a igualdade, deve o Judiciário aplicar o princípio da isonomia, fazendo com que a desigualdade diante da lei (injusta) seja sanada através da submissão das duas situações a um mesmo regramento.

9. CONCLUSÃO

Como já ressaltado, as drogas não são demônios. Não passam de compostos químicos, criados natural ou artificialmente. São os seres humanos que lhes dão os fins. Antes de querermos pôr fim às drogas, mesmo que a todas, deveríamos questionar seus por quês, por qual razão as pessoas se drogam e por qual razão a perseguição a alguns drogaditos. A guerra seletiva às drogas é, acima de tudo, uma questão de poder e de dominação, como visto. É uma guerra cínica porque se projeta apenas contra a drogadição do outro. Mas não é qualquer outro. Trata-se de expiar no *outsider*, nas parcelas da população que estão nos estratos mais baixos da pirâmide social, a própria drogadição normalizada. É, acima de tudo, uma obliteração do gozo alheio, porque ao outro tal desejo não pode ser gozado.

Antes de perguntar sobre o viciado – que sempre está no outro, mas não qualquer outro, mas apenas no distante –, que tal se perguntar pelos próprios vícios? E a drogadição é imoralidade, uma rota de fuga ou a busca impossível de preencher um vazio? Quem poderá, em um átimo de sinceridade, responder *não tenho* à seguinte pergunta: qual o seu vício, a sua dependência? Para além do estigma do usuário-dependente (o viciado, no jargão comum), suspeitamos que, usualmente, o abuso na drogadição revela, apenas, uma compulsão preexistente.

Não sejamos cínicos. A cachaça é droga do excluído, assim como o uísque e o vinho, são as do incluído. No mesmo caminho, o Rivotril é o calmante do rico e do incluído; e a maconha, o do pobre e do periférico. Os usuários de um saem nas colunas sociais; os usuários da outra, nas páginas policiais. Rico sofre de depressão. Pobre não tem alternativa: corre do camburão. E todo camburão, como nos versos musicados de Marcelo Yuca, tem um pouco de

46. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 429.

Navio-Negreiro. Rico *versus* pobre. Ambos se drogam porque nosso problema é muito maior: é um problema que tem a ver com uma concepção de civilização baseada no individualismo, no imediatismo, na competição sem limites e no consumismo compulsivo e ilimitado. O Rivotril e a maconha são uma rota de fuga para o insólito desse mundo. Um pouco de gozo em meio a tanta castração em nome de valores vis.

Como resolver a questão da drogadição no outro? Punindo uma autolesão, seletiva e hipocritamente? Punir o outro imunizando-se dos seus próprios vícios ou costumes drogaditos é sintoma de uma decrepitude social. Proíba-se o baseado do maconheiro, mas não aquele *carmère* chileno ou maltado escocês tarja preta doze anos. *Keep Walking*, afinal, todo mundo é humano; ou só alguns.

Temos um problema civilizacional que não vai se resolver com o proibicionismo. Mas esse proibicionismo é bem capaz de piorá-lo – e tem demonstrado isso claramente. Enquanto continuarmos tratando uma questão de saúde pública de maneira seletiva, desarrazoada e desproporcional, através de leis penais, estaremos dando prova de nosso modo de vida esquizofrênico e egoísta; de que vivemos um *apartheid* social, porque sabemos que não se trata de uma guerra contra drogas. Essa guerra é contra pessoas. Essa guerra, para além do moralismo de impor ao outro o que não se impõe a si mesmo, não é só antiética. Também viola o núcleo do que entendemos por igualdade. O discurso da criminalização do porte da maconha é apenas um pretexto para o controle da subcidadania. E mesmo para os que ingenuamente acreditam na sua utilidade, como a cada dia essa guerra se torna mais bárbara, violenta e obtusa, vislumbramos um discurso esquizofrênico porque há uma quebra da realidade: esperar resultados diferentes fazendo sempre a mesma coisa. Mais do mesmo. E mais barbárie.

A guerra seletiva às drogas, esperamos, chegará ao fim em nosso país porque nos Estados centrais isso já está ocorrendo no seu berço: os Estados Unidos da América. A maconha é o primeiro passo porque é o *case* mais gritante. Mas não sem décadas de opressão, muitas hipocrisias, centenas de milhares de prisões, milhares de mortes e muito sofrimento para os estratos inferiores da pirâmide social e, reflexamente, para os estratos médios. Milhões de estigmatizados, milhões marginalizados e lançados à reincidência – uma profecia que se autorrealiza, surrealisticamente aplicada como agravante porque seria demais reconhecer que o sistema tem fins desumanos, de destruição de subjetividades e de banalização do mal.

Enquanto juristas, a questão se resolve hermeneuticamente. Fundamentos normativos, como demonstramos, não faltam para pôr fim a essa estúpida política criminal de guerra: sob a ótica técnico-jurídica, façamos uma filtragem hermenêutica. Declaremos a nulidade sem redução de texto do art. 28 da Lei

11.343/2006, em face da sua inconstitucionalidade, nos termos do art. 5º, *caput* e inciso X, da Constituição Federal, no primeiro caso; e, se necessário, porque não sua inconvenção, em face dos arts. 11.2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. V da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, art. 12º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, por fim, art. 17, 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Cremos ser essa a única forma de deixarmos de fazer parte do problema, para nos tornarmos parte da solução. A única forma de não fazermos parte dessa barbárie construída diuturnamente e, enquanto atores jurídicos, contribuímos para que o sistema de justiça criminal dê um passo rumo à civilização.

10. REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Humberto. *Drogas e violência: a realidade nos países que legalizaram*. Portal Vermelho, aba Geral, 25.09.2015. Disponível em: [www.vermelho.org.br/noticia/270659-10]. Acesso em: 01.03.2017.
- ANDRADE, Olavo Hamilton Ayres Freire de. *Princípio da proporcionalidade e a guerra contra as drogas*. 2. ed. Natal: OWL, 2015.
- ASPIRIN risk compares to driving cars, study finds. *Reuters*. Aba Health News, 08.05.2007. Disponível em: [www.reuters.com/article/us-risks-idUSN0737156120070508]. Acesso em: 01.03.2017.
- BEWLEY-TAYLOR, David; JELSMA, Martin. La internacionalización de la guerra contra las drogas: las drogas ilícitas como un mal moral y un valioso enemigo. In: CASUS belli: cómo los Estados Unidos venden la guerra. Trad. Beatriz Martínez Ruiz. Amsterdam: Transnational Institute, 2010.
- BIONDI, Karina. *Junto e misturado: uma etnografia do PCC*. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2010.
- BURGIERMAN, Denis Russo. *O fim da guerra: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas*. Ed. digital. São Paulo: Leya, 2011.
- CALIFÓRNIA, Massachusetts e Nevada legalizam uso recreativo da maconha. *Globo.com*, 09.11.2016. Mundo. Disponível em: [http://g1.globo.com/mundo/eleicoes-nos-eua/2016/noticia/2016/11/california-aprova-legalizacao-do-uso-recreativo-de-maconha.html]. Acesso em: 01.03.2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. [Recurso eletrônico]. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CLAUSEWITZ, Carl Von. *On war*. New York: Oxford University Press, 2007.
- FRAMPTON, Mary Louise; LÓPEZ, Ian Haney; SIMON, Jonathan. Introducion. In: FRAMPTON, Mary Louise; LÓPEZ, Ian Haney; SIMON, Jonathan (Ed.).

- After the war on crime: race, democracy, and a new reconstruction*. New York: New York University Press, 2008.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. *The Geneva Conventions of 12 august 1949*. [Recurso eletrônico]. Geneva: International Committee of the Red Cross, [2015?].
- LERNER, Mitchell B. (Ed.). *A Companion to Lyndon B. Johnson*. [S.I.]. Blackwell Publishing, 2012.
- MANAUS é a cidade com maior número de mortos por raios. *Globo.com*. Fantástico, Rio de Janeiro, 07.02.2010. Disponível em: [<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1480575-15605,00.html>]. Acesso em: 01.03.2017.
- MARX, Karl. *Acerca del colonialismo (artículos y cartas)*. Moscou: Progreso, 1972.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 1. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. [Recurso digital – Kobo]. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MICHENER, H. A.; DELAMATER, J. D.; MYERS, D. J. *Psicologia social*. São Paulo: Thomson, 2005.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. (Direitos fundamentais. t. 4).
- MUSTO, David. *The American disease: origins of narcotic control*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 1999.
- NUTT, David J.; KING, Leslie A; PHILLIP, Lawrence D. Drug harms in the UK: a multicriteria decision analysis. *The Lancet*, v. 376, nov. 2010.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Sentença do caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, 2006. Disponível em: [www.direitoshumanos.usp.br/index.php/component/option,-com_phocadownload/Itemid,6/download,1/id,1/view,category]. Acesso em: 01.03.2017.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*. 5. ed. Madri: Tecnos, 2006.
- QUEENSLAND University of Technology. Treating sugar addiction like drug abuse. *ScienceDaily*, 07.04.2016. Disponível em: [www.sciencedaily.com/releases/2016/04/160407111828.htm]. Acesso em: 01.03.2017.
- SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Discurso sobre o sistema penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 861, p. 466-482, 2007.
- SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Juristas colonizados?: crítica à importação de teorias jurídicas. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano 40, n. 132, 2013. Disponível em: [www.ajuris.org.br/OJS/index.php/REVAJURIS/article/view/34/16]. Acesso em: 28.05. 2014.

- SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *A guerra ao crime e os crimes da guerra: direitos humanos e sistema de justiça criminal periféricos*. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- UNITED NATIONS (UN). World Health Organization (WHO). *Global status report on alcohol and health – 2014*. Geneve: World Health Organization, 2015a.
- UNITED NATIONS (UN). World Health Organization (WHO). *Who report on the global tobacco epidemic – 2015*. Geneva: World Health Organization, 2015b.
- UNITED STATES OF AMERICA (USA). Department of Justice. *Opinions and recommended Ruling, Findings of Fact, Conclusions of Law and Decision of Administrative Law Judge*. Disponível em: [www.ccguide.org/young88.php]. Acesso em: 01.03.2017.
- WILLRICH, Michael. Criminal justice in the United States. In: GROSSBERG, Michael; TOMLINS, Christopher (Ed.). *The Cambridge history of law in America*. New York: Cambridge University Press, 2008. v. III.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Maconha: legalizar?! Eis a questão, de Daniele Oliveira de Melo – *RT* 964/313-331 (DTR\2016\233);
- Países baixos: o infundável debate acerca da descriminalização da maconha, de Carmela Marcuzzo do Canto Cavalheiro – *RBCCrim* 116/319-336 (DTR\2015\13605);
- Política criminal de drogas alternativa: para enfrentar a guerra às drogas no Brasil, de Katie Argüello e Mariel Muraro – *RBCCrim* 113/317-356 (DTR\2015\3615);
- Política criminal de drogas: a viabilidade da redução de danos como uma alternativa ao proibicionismo no ordenamento jurídico brasileiro, de Gustavo de Carvalho Guadanhin e Leandro de Castro Gomes – *RBCCrim* 127/263-294 (DTR\2016\24946);
- Política criminal de drogas: uma crítica à abordagem proibicionista, de Gustavo de Carvalho Guadanhin e Leandro de Castro Gomes – *RBCCrim* 123/259-300 (DTR\2016\24036); e
- Tóxicos: a maconha, seu princípio ativo, seu teor de concentração, sua dose e sua punibilidade, de Orlando Gomes – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 7/301-313 (DTR\2012\1626).

VIOLÊNCIA INFANTIL INDÍGENA: REFLEXÕES À LUZ DA CONTEMPORANEIDADE

INDIGENOUS CHILDREN'S VIOLENCE: REFLECTIONS IN THE CONTEMPORANEITY

THAÍS JANAINA WENCZENOVICZ

Docente Adjunta/Pesquisadora Sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS.
Professora Colaboradora do programa de pós-graduação *stricto sensu* em Educação da Universidade Estadual do Paraná/UNIOESTE e Direitos Fundamentais/UNOESC. Avaliadora do INEP – BNI ENADE/MEC.
Membro do Comitê Internacional Global Alliance on Media and Gender (GAMAG) – UNESCO.
thais-wenczenovica@uergs.edu.br

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

Coordenador Acadêmico-Científico do Centro de Excelência em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Pós-Doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, com estágio bolsa PDEE/Capes no Center for Civil and Human Rights, da University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos. Mestre em Direito Público. Especialista em Processo Civil. Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina.
narciso.baez@gmail.com

Recebido em: 24.04.2017

Aprovado em: 22.10.2017

Última versão dos autores: 07.11.2017

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Constitucional; Infância e Juventude

RESUMO: Para compreender a violência contra os povos indígenas no Brasil contemporâneo, faz-se necessário partir de uma análise sistêmica e de longa duração, considerando a trajetória histórica de vulnerabilização desses grupos. Em se tratando da criança indígena a situação é ainda mais grave. Em um contexto de defesa de territórios e exclusões sociais, as crianças indígenas têm sido alvo de violências baseadas na negação de Direitos Fundamentais e ataque aos Direitos Humanos, acrescidos da violência direta através

ABSTRACT: In order to understand violence against Indigenous Peoples in contemporary Brazil, it is necessary to start from a systemic and long-term analysis, considering the historical trajectory of vulnerability of these groups. When it comes to indigenous children, the situation is even more serious. In a context of the defense of territories and social exclusion, indigenous children have been subjected to perverse through infant mortality, sexual exploitation, persons trafficking and aggression of other natures, which are accentuated

da mortalidade infantil, da exploração sexual, da fome, do tráfico de pessoas e das agressões de outras naturezas que se acentuam na medida em que as comunidades afirmam o seu protagonismo político e social.

PALAVRAS-CHAVE: Comunidades indígenas – Crianças – Violência.

as they affirm their political protagonism in defense of their peoples and their rights.

KEYWORDS: Indigenous communities – Children – Violence.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Comunidades indígenas na América Latina: construção e contradição. 3. Criança indígena: discriminação, exclusão e violência(s). 4. Violência(s) e comunidades indígenas. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Impossível¹ analisar a história da América Latina sem levar em consideração a presença das comunidades indígenas. Assentados em dezenas de etnias e com matrizes linguísticas e costumes diferenciados denotam sua singularidade na composição sócio-histórica da maioria dos países latino-americanos.

Concomitantemente a sua historicidade, acompanham sua trajetória constante a luta pela sobrevivência ante a violência desencadeada pelo colonizador. Um dos maiores desafios que a América Latina enfrenta na busca pela igualdade é a inclusão dos direitos dos povos indígenas entre as prioridades enquanto políticas públicas. Inúmeros são os desafios, pois vivem na América Latina mais de 800 povos indígenas, com uma população próxima de 45 milhões e, se caracterizam por sua ampla diversidade cultural, demográfica, política, social e territorial – incluindo os povos em isolamento voluntário até a presença marcante nas áreas e assentamentos urbanos.

Em grande parte da América Latina, constata-se o quadro de omissão dos poderes públicos na efetivação dos Direitos Humanos e Fundamentais as comunidades indígenas, que associada à demora na demarcação, proteção e fiscalização das terras corroboram com a minimização cultural, resultando em violência estrutural, fome, pobreza extrema e doenças – incluindo morte prematura de crianças indígenas por falta de assistência médica adequada. A falta

1. Para esse processo de análise, faz-se necessário compreender a violência a partir da Colonialidade do Poder. Neste artigo, utiliza-se o conceito proposto pelo sociólogo peruano Aníbal Quijano e Eugênio Raúl Zaffaroni no estudo denominado *La pachamama y el humano e El Derecho latinoamericano en la fase superior del Colonialismo*.

de saneamento básico, associada à falta de água potável também estão entre as demandas de diversos países na tentativa de diminuir a violência às populações indígenas e garantir dignidade humana.

Acrescenta-se ao contexto, o percurso da história dos povos indígenas na América Latina, marcado por diferentes processos e formas de injustiça e violências institucionalizadas. Inicia pela negação da sua cultura, transita em longo tempo pela negação da trajetória histórica e chega aos dias de hoje marcado pelo limite ao exercício de direitos e, consequentemente, de cidadania.

Tratando-se de criança indígena, a situação torna-se ainda mais grave e acompanha a história desse grupo humano em diversos países uma complexa lista de violações. As crianças estão entre as principais vítimas da violência praticada contra a população indígena no mundo. De acordo com os dados apresentados pelo Ministério de Saúde (2015), a taxa de mortalidade infantil entre indígenas foi de 31,28 a cada mil nascidos vivos, índice maior que o dobro da média nacional (13,8) no Brasil. Também esse contexto, encontra-se o racismo, as doenças e a fome. Nessa direção pode-se apontar também o não acesso ao direito à educação, à terra e aos recursos econômicos.

O devido artigo divide-se em três partes. A primeira aborda elementos da trajetória histórico-política e social das comunidades indígenas na América Latina. A segunda traça elementos acerca do conceito de violência e seus desdobramentos nas comunidades indígenas em relação à criança. Na terceira e última parte são apresentados bases e dados estatísticos que envolvem as comunidades indígenas, especialmente no aspecto a violência contra crianças.

Enquanto procedimento metodológico utiliza-se do método bibliográfico-investigativo, acompanhado de documentos jurídicos como a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1989), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 143, de 25 de julho de 2002; a Declaração das Organizações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007); a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO, ratificada pelo Congresso Nacional em dezembro de 2006, e promulgada no país pelo Decreto-Lei 6.177, de 1º de agosto de 2007; a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, ratificada pelo Decreto 5.753, de 12 de abril de 2006; cartas e decretos da Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM) e a Constituição do Brasil de 1988. Para a comparação de dados e bases estatísticas, empregam-se os indicadores da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e o relatório *Violência contra os povos indígenas no Brasil: dados de 2015*, publicado pelo Conselho Indigenista Missionário (Cimi) e do

Ministério da Saúde/Brasil, especialmente no banco de dados e estatísticas do Sistema de Informação da Atenção à Saúde Indígena, que agrupa os dados epidemiológicos dos 34 distritos sanitários, o Hórus (Sistema Nacional de Gestão da Assistência Farmacêutica) e o SISABI (Sistema de Informação de Saneamento em Áreas Indígenas).

2. COMUNIDADES INDÍGENAS NA AMÉRICA LATINA: CONSTRUÇÃO E CONTRADIÇÃO

Por muito tempo, as comunidades indígenas na América Latina foram vistas como um entrave ao desenvolvimento econômico, político e sociocultural. Assolados por doenças,² perda de seus territórios e procedidos do processo de aculturação, assimilação e represamento herdaram imagens que se consolidaram com assento na violência física e simbólica e se popularizaram no imaginário contemporâneo.

Nesse contexto, cumpre-se indicar que há um componente comum: a quase extinção do povo indígena latino-americano seja ela física ou etnocultural. No primeiro caso, a população indígena, predominante na região nos tempos da colonização, hoje representa cerca de 10% da população latino-americana. Encontra-se concentrada principalmente em cinco países: Bolívia, Equador, Guatemala, México e Peru. No segundo caso, os indígenas latino-americanos passaram por um processo de aculturação tão significativo que dificilmente pode-se falar hoje de etnias e culturas indígenas autênticas. Muito se perdeu de sua identidade com a eliminação de tribos inteiras e com a assimilação da cultura do colonizador.

A esse respeito, Zaffaroni (2015, p. 7) diz:

La incorporación del humano latinoamericano a condiciones mínimamente dignas de vida – a la ciudadanía real – no llega a ser completa y su ampliación siempre fue dificultosa y en constante choque con el poder global del planeta, en el que se distinguen períodos, en especial entre el colonialismo

-
2. A saúde das populações indígenas se define no contexto histórico e particular dessas populações com a sociedade nacional, bem como a forma de ocupação de seu território e adjacências. O direito à saúde passa necessariamente pelo reconhecimento da cidadania plena dos povos indígenas e por medidas que assegurem a posse de suas terras, o respeito à sua organização político-cultural, o acesso às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde e a participação na organização, gestão e controle dos serviços e ações de saúde.

originario, producto de la revolución mercantil del siglo XV, y el neocolonialismo, producto de la revolución industrial del siglo XVIII, aunque, como toda periodización, siempre puede ser algo arbitraria.

Quijano (1997) cunhou o conceito de colonialidade como algo que transcende as particularidades do colonialismo histórico e que não desaparece com a independência ou descolonização. Essa formulação é uma tentativa de explicar a modernidade como um processo intrinsecamente vinculado à experiência colonial. Essa distinção entre colonialidade e colonialismo permite, portanto, explicar a continuidade das formas coloniais de dominação, mesmo após o fim das administrações coloniais, além de demonstrar que essas estruturas de poder e subordinação passaram a serem reproduzidas pelos mecanismos do sistema-mundo capitalista colonial-moderno. Dessa maneira, a noção de colonialidade atrela o processo de colonização das Américas à constituição da economia-mundo capitalista, concebendo ambos como partes integrantes de um mesmo processo histórico iniciado no século XVI (CASTRO-GOMEZ; GOSFROGUEL, 2007).

Considerando que todo Estado Nacional se constrói a partir da criação de uma identidade étnica única através da língua oficial, do modo de produção econômico, dentre outros, a construção das hierarquias raciais, de gênero e de modos de apropriação dos recursos naturais, pode ser vista como simultânea e contemporânea à constituição de uma divisão internacional do trabalho e dos territórios, marcada por relações assimétricas entre economias desenvolvidas, em desenvolvimento e periféricas.

Aldao Y Clerigo (2011) afirmam:

[...] los pueblos originarios no sólo son víctimas de una injusticia cultural o simbólica, sino también de una injusticia socioeconómica. La falta de consideración de sus identidades y de transferencia de sus tierras actúa conjuntamente para seguir produciendo desigualdad. Para remediarla, se requiere que las exigencias de reconocimiento cultural se integren con las pretensiones de redistribución socioeconómica. Padecen tanto la mala distribución socioeconómica como el erróneo y/o insuficiente reconocimiento cultural, sin que pueda entenderse que alguna de estas injusticias es un efecto indirecto de la otra. Por eso, ni las soluciones redistributivas ni las soluciones de reconocimiento son suficientes por sí mismas. Es decir, sólo son respetuosas de los derechos de los pueblos originarios aquellas soluciones que implican una mejor distribución de los bienes económicos y sociales, pero que a su vez, los incluyan en el proceso de toma de decisiones y se tenga en cuenta su interpretación de sus necesidades, intereses y proyectos como comunidad.

Nesse contexto, o desafio de se analisar a violência contra crianças na América Latina tendo como grupo social as comunidades indígenas passa necessariamente pela superação do modelo cognitivo baseado no regime civilizatório, tendo em vista que um regime civilizatório é muito mais que um modo de produção, posto que dá sentido ao mundo e confere autoridade à regulação estatal da vida coletiva.

Em virtude da exploração colonial, as comunidades indígenas perderam suas terras, seus costumes próprios, suas tradições milenares – fonte de sua sobrevivência. Isso acarretou uma piora sensível da sua condição de vida, colocando-os em uma severa condição de pobreza. Em alguns países, como no Brasil, o Estado demarcou reservas indígenas em todo o território nacional, na tentativa de lhes garantir a subsistência. Entretanto, a fome e as doenças assolam comunidades inteiras e atingem diretamente as crianças.

A título de exemplo, pode-se citar a morte de 599 crianças menores de cinco anos em terras indígenas brasileiras no decorrer do ano de 2015. Pneumonia, diarreia e gastroenterite são doenças perfeitamente tratáveis, mas causaram a morte de pelo menos 99 crianças menores de cinco anos. A região Norte do país concentra o maior número de óbitos, com 349 mortes de crianças menores de cinco anos, ou 58% do total dos dados parciais. Os povos indígenas mais afetados são das áreas de abrangência dos Dseí Xavante, com 79 óbitos, Alto Rio Solimões, com 77 óbitos, e Yanomami, com 72 óbitos. Esses números de mortos apontam para índices muito altos nas modalidades aqui registradas. Crianças e jovens que morrem acima dos índices aceitáveis pelas instituições oficiais nacionais e internacionais, revelam o espectro da necropolítica praticada contra os povos indígenas no Brasil. (CIMI, 2016. p. 21)

Em análise aos dados obtidos do Siasi e Sisabi,³ constata-se que as principais doenças diagnosticadas nas terras indígenas – categorizadas por meio da Classificação Internacional de Doenças em sua versão conhecida como CID 10, estão as doenças infectoparasitárias (DIP), representando 35,8% dos atendimentos e as Doenças do Aparelho Respiratório, representando 29,8%. Somente esses dois grupos de doenças corresponderam a 65,6% do total dos atendimentos. Já as doenças mais frequentes foram: DIP (helmintíase, diarreia, micose, pediculose, tuberculose e malária); doenças do metabolismo (desnutrição e

3. Sistema de Informação da Atenção à Saúde Indígena, que agrupa os dados epidemiológicos dos 34 distritos sanitários. Outros sistemas importantes são o Hórus (Sistema Nacional de Gestão da Assistência Farmacêutica) e o SISABI (Sistema de Informação de Saneamento em Áreas Indígenas).

distúrbios metabólicos); doenças do aparelho respiratório (IRA, Pneumonia, Bronquite e Asma); doenças do sangue (anemia) e causas externas (trama simples e agressão). (SIASI e SISABI, 2014)

Em consonância ao relatório da Comissão Econômica para a América Latina e Caribe, verifica-se que um dos maiores desafios que a região enfrenta em sua busca pela igualdade é a inclusão dos direitos dos povos indígenas entre as prioridades das políticas. Os desafios são significativos, se considerarmos que na América Latina, como se examina neste estudo, existem centenas de povos indígenas, com uma população próxima de 45 milhões, que se caracterizam por sua ampla diversidade demográfica, social, territorial e política, desde povos em isolamento voluntário até sua presença em grandes assentamentos urbanos. A isso se acrescenta que o crescimento econômico registrado na região é altamente dependente dos recursos naturais e de seus preços internacionais, enquanto se observa uma governança deficiente desses recursos. A reprimarização da economia provocou fortes pressões sobre os territórios dos povos indígenas e desencadeou numerosos conflitos socioambientais ainda não resolvidos. (CEPAL, 2015, p. 6).

Diversos estudos apontam para um renascimento das comunidades indígenas, nas últimas duas décadas do século passado como resultado de ações coletivas e o enfrentamento ao poder das elites econômicas. A emergência dos povos indígenas como contestadores do modelo do Estado Nacional, enquanto monoétnico e monocivilizatório, especialmente a partir do levante zapatista em Chiapas/México, colocam na pauta de discussão a necessidade de autonomia política dos povos, bem como a necessidade de mudança na estrutura cognitiva e política do Estado. (LINEIRA, 2010, p. 161).

A trajetória de luta dos povos indígenas pela defesa e reconhecimento de seus direitos foi contínua e persistente na construção da história dos países latino-americanos. Esse legado de reivindicação e reconhecimento ganhou espaço em um quadro de direitos que se fundamenta em dois grandes marcos: o Convênio sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989 (Núm. 169) da OIT, que reconhece pela primeira vez seus direitos coletivos, e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007), que propõe o direito desses povos à livre determinação. Por sua vez, o padrão mínimo de direitos dos povos indígenas, obrigatório para os Estados, articula-se em cinco dimensões: o direito à não discriminação; o direito ao desenvolvimento e bem-estar social; o direito à integridade cultural; o direito à propriedade, uso, controle e acesso às terras, territórios e recursos naturais; e o direito à participação política.

Segundo Gersem Baniwa (2006), para os povos indígenas, o território onde habitam está intimamente ligado à sua identidade e é um dos mais importan-

tes determinantes sociais da saúde. A terra não é apenas suporte para a vida material, meio de subsistência ou fator de produção, mas é também referencial do seu mundo simbólico. Portanto, todas as dimensões da vida de um povo indígena têm por base seu território físico. Para isso, os projetos e programas voltados às crianças indígenas e aos povos a que pertencem precisam ser pensados, elaborados e executados com a participação direta deles. O diálogo pode ser o único meio capaz de produzir soluções efetivas aos muitos problemas enfrentados diariamente pelas crianças indígenas no Brasil.

Em âmbito internacional, existem dois mecanismos diretos de proteção dos direitos humanos, incluindo os direitos dos povos indígenas: o sistema das Nações Unidas e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA). Neste último, as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que têm caráter vinculante para os Estados, foram relevantes no novo ordenamento jurídico internacional no tocante aos direitos dos povos indígenas. No caso das Nações Unidas, os órgãos e mecanismos de proteção adquirem uma indiscutível relevância política para o reconhecimento e aplicação dos direitos dos povos indígenas.

Nesse cenário, S. James Anaya colabora dizendo que:

El sistema internacional contemporáneo reconoce abiertamente ahora que es un imperativo de derechos humanos el dar respuesta a las demandas de los pueblos indígenas. [...] Sea como sea, lo cierto es que puede hablarse ahora de un régimen de derechos indígenas dentro del derecho internacional de los derechos humanos; un régimen todavía em desarrollo y que, en cierta medida, beneficia a los pueblos indígenas. (ANAYA, 2004, p. 30).

De uma forma objetiva, existem no sistema universal de proteção dos direitos humanos das Nações Unidas: a) mecanismos baseados na Carta das Nações Unidas, como o Conselho de Direitos Humanos, os procedimentos especiais, o exame periódico universal e órgãos assessores (como o Mecanismo de Peritos sobre os Direitos dos Povos Indígenas); b) mecanismos baseados na aplicação dos principais tratados vinculantes do direito internacional sobre os direitos humanos por parte dos países que os ratificaram. Geralmente os mecanismos que também são denominados ‘comitês’, há presença de especialistas. No aspecto acessibilidade, há diversas possibilidades para apresentar registros ao Conselho de Direitos Humanos, aos comitês e aos procedimentos especiais, garantindo assim o acesso ao sistema em casos de demandas emergenciais e urgentes.

Além dos instrumentos legais já citados, o Brasil ratificou duas convenções internacionais que protegem, direta ou indiretamente, os direitos das novas

gerações indígenas. A convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil em 2004, trouxe novidades ao aparato político e jurídico do país: reconheceu a designação de povos aos índios, categoria até então negada pelo Brasil; instituiu o direito de consentimento prévio informado para todos os casos em que ações, programas ou projetos possam vir a afetá-los; e garantiu o direito exclusivo dos índios na escolha de seus processos de desenvolvimento cultural, social, econômico e jurídico. Além disso, inovou ainda ao determinar o direito de participação dos povos indígenas dos planos e programas de desenvolvimento regional e nacional.

O Brasil é também signatário da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 26 de janeiro de 1990. Essa convenção versa igualmente sobre os direitos universais das crianças, regulamentando a Declaração Universal dos Direitos Humanos no que diz respeito aos direitos da infância, como portadores de cuidados e assistências especiais para o pleno desenvolvimento de sua personalidade e caráter, tendo como base privilegiada a família e a sociedade.

No âmbito da Criminologia, presencia-se, desde os 1960, uma *revolução de paradigmas científicos*, com a passagem do paradigma etiológico ao paradigma da reação social, além da emergência de novos temas de pesquisa, deslocando o foco *dos controlados para os controladores*. Denúncias sobre a violência institucional e a desigualdade de tratamento no sistema de justiça criminal passam a ser tematizadas, adquirindo centralidade o tema da seletividade/vulnerabilidade. (ANDRADE, 2003; BARATTA, 1999)

Zaffaroni (1991) afirma que ao agir no interior dos sistemas de justiça criminal, a seletividade operária de forma quantitativa e qualitativa, determinando as condutas a serem criminalizadas (aquelas mais frequentes entre os grupos mais vulneráveis) e as pessoas a serem etiquetadas (aqueles pertencentes a grupos vulneráveis) demonstra o caráter essencialmente desigual do sistema de justiça criminal.

Nesse contexto, insta destacar que há muito que evoluir quando se analisa a questão do acesso à justiça por parte das comunidades indígenas. É de fácil constatação que atualmente os nativos são vítimas em diversos espaços no campo das violências e conflitualidades devido à racialização dos territórios indígenas na América Latina. Sabe-se que o patrimônio indígena é composto pela terra em sua dimensão territorial e em seus usos de acordo com as normas e os costumes das sociedades nativas e, nesse aspecto há necessidade de avanço, pois estando distantes da terra ou alijados do direito de uso a violência tangencia todas as comunidades indígenas e maximiza a vulnerabilização das crianças.

3. CRIANÇA INDÍGENA: DISCRIMINAÇÃO, EXCLUSÃO E VIOLÊNCIA(S)

As crianças indígenas têm sido vitimadas por ações violentas no contexto interno e externo aos seus grupos sociais. A exclusão precedida de discriminação e violência tem assumido formas diversas, entre as quais a silenciosa/psicológica e a física. A violência experienciada pelas crianças efetiva-se de forma endógena e exógena. Entre as formas de violência direta contra as crianças indígenas, inicialmente destaca-se a negação dos direitos a uma cidadania que reconheça e garanta o pleno exercício das suas tradições culturais.

Nesse contexto, ela se dá em mesmo patamar que a violência sofrida pelos povos indígenas de todas as faixas etárias no Brasil. Entretanto, com um agravante: mais frágeis física e psicologicamente, carregam pelo resto da vida as sequelas da violência, o que termina afetando o desenvolvimento de seus ideais, sonhos, aspirações e projetos de futuro individuais e coletivos. As práticas violentas atingem meninos e meninas indígenas e se configuram de diversas formas. Por discriminação, preconceito, racismo ou ainda em situações de enfrentamento direto como conflito de terras.⁴

As crianças geralmente são indiretamente postas em condição de violência por estarem geralmente acompanhando seus pais e também vivenciarem experiências traumáticas. O relatório *Violência contra os povos indígenas no Brasil* (2016, p. 23) destaca um ato de extrema violência ocorrido em 30 de dezembro de 2015, momento em que um bebê Kaingang foi degolado enquanto era amamentado no seio de sua mãe na rodoviária de Imbituba, em Santa Catarina.

Vitor estava sendo amamentado pela mãe, Sônia da Silva, quando um homem se aproximou, acariciou seu rosto e, com um estilete, o degolou. Enquanto a mãe e o pai – Arcelino Pinto – desesperados tentavam socorrer a criança, o assassino seguiu caminhando pela rodoviária até desaparecer. Vítor faleceu em um local que a família Kaingang imaginava ser seguro. As rodoviárias são espaços frequentemente escolhidos pelos Kaingang para descansar, quando estes se deslocam das aldeias para buscar locais de comercialização de seus produtos. A família de Vítor é originária da Aldeia Kondá, localizada no município de Chapecó, Oeste de Santa Catarina. Vítor estava na rodoviária com os pais e outros dois irmãos, um de seis anos e outro de 12. (CIMI, 2016)

4. No Brasil de um total de 1.113 terras indígenas reconhecidas, em processo de reconhecimento pelo Estado brasileiro ou reivindicadas pelas comunidades, até agosto de 2016, apenas 398, ou 35,7%, tinham seus processos administrativos finalizados, ou seja, foram registradas pela União. (CIMI, 2016)

Em análise aos índices apresentados pelo Conselho Indigenista Missionário as mais de cinco dezenas de assassinatos⁵ de indígenas nos mais variados estados brasileiros no ano de 2015. Das 54 vítimas, oito eram do sexo feminino e tinham idades entre 9 e 82 anos. Uma criança do sexo feminino, de nove anos, está entre as vítimas. As outras 46 pessoas, do sexo masculino, tinham idade entre 2 e 75 anos. Do total de vítimas, incluindo homens e mulheres, nove eram menores, e tinham idade entre 2 e 17 anos. (CIMI, 2015, p. 79)

A violência contra as comunidades indígenas, em sua maioria corresponde a questões de demarcações territoriais,⁶ ataques sobre os territórios, invasões, desmatamento, destruição de patrimônio, exploração ilegal de recursos naturais, contaminação de nascentes e rios, queimadas e incêndios, caça ilegal, e contaminação por agrotóxico, entre outras ações que atingem as terras indígenas.

Soma-se a esse contexto, a desumanização, a escravização, os aldeamentos com as perdas territoriais, a depreciação semântica generalizante e a tentativa de redução linguística constituíram formas políticas violentas de negação das diferenças e práticas históricas de invisibilidade.

Corroborar com o cenário de violência as crianças indígenas à mortalidade infantil e a fome. No tocante a mortalidade infantil os números são insuficientes, já que o perfil de saúde dos povos indígenas é pouco conhecido, o que decorre da exiguidade de investigações, da ausência de inquéritos e censos, assim como da precariedade dos sistemas de informações sobre morbidade e mortalidade. Qualquer discussão sobre o processo saúde/doença das crianças indígenas, deve-se levar em consideração, além das dinâmicas epidemiológica e demográfica, a enorme sociodiversidade existente no Brasil.⁷ Porém, a uma

5. Os casos de assassinato estão relacionados em sua maioria a questão de demarcação de terras. Das 1.113 terras indígenas reconhecidas, em processo de reconhecimento pelo Estado brasileiro ou reivindicadas pelas comunidades, até agosto de 2016, apenas 398, ou 35,7%, tinham seus processos administrativos finalizados, ou seja, foram registradas pela União. (CIMI, 2016)

6. Segundo o Conselho Indigenista Missionário, a morosidade na demarcação das terras reforça o sentimento de abandono do Estado para com as comunidades afetadas. Pode-se citar o caso da Terra Indígena (TI) São Gabriel/São Salvador, do povo Kokama, localizada no município de Santo Antônio do Içá, no Amazonas, que teve seu Grupo Técnico criado em 25 de abril de 2003, mas doze anos depois, seus trabalhos ainda não foram concluídos.

7. São aproximadamente 220 etnias, falantes em torno de 180 línguas e que têm experiências de interação com a sociedade nacional as mais diversas. As estimativas quanto ao total da população indígena no país variam entre 400 (a partir das bases

constatação empírica das lideranças indígenas e ativistas sociais sobre a mortalidade infantil nas terras indígenas.

Acrescenta-se a esse dado o fato de que uma grande quantidade de crianças ainda não possui o registro civil. No Brasil, pelo menos um terço das crianças indígenas de até dez anos, não possuíam nenhum registro de nascimento, segundo o Censo Demográfico realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010.

Não havendo registro civil o acesso ao atendimento à saúde pública fica comprometido. Soma-se a esse aspecto a resistência que algumas mulheres têm de levarem seus filhos ao atendimento médico e acesso aos medicamentos (incluindo vacinas) em função da violência obstétrica sofrida e denunciada por diversas etnias no decorrer de suas vidas.

Em pesquisa realizada pelo Instituto de Ciências Sociais (IIS) da UNAM,⁸ no México há mais de seis milhões de mulheres declaradas indígenas e em sua maioria afirmam que em algum momento de sua vida sofreram violência obstétrica.⁹ O estudo acrescenta:

La situación es grave debido a que, según los datos oficiales, seis de cada 10 mujeres indígenas están en etapa reproductiva. En promedio, comienzan su vida sexual a los 16 años, aunque se reportan casos en que la edad disminuyó a los 12. Chiapas y Oaxaca son las entidades con mayor número de habitantes de lenguas originarias y son donde se reporta el índice más elevado de desabasto de herramientas de control natal. Ya de por sí, los pueblos originarios son el sector más desprotegido en el país, el que sufre más agresiones en todas sus formas, pero las mujeres con hijos son las que resientes la mayor carga de estereotipos y una cultura violenta. Su tasa global de fecundidad es de 3.23 hijos, en comparación con las no indígenas que tienen 2.1. Además, el 45.8% de las mujeres indígenas debe pedir permiso para usar anticonceptivos, contra 34.9% de otros sectores de mujeres en la misma situación. Constantemente, subrayó, se violan sus derechos humanos y reproductivos, que se expresan en burlas, ironías, regaños, insultos, amenazas, humillaciones, manipulación de la información y negación al tratamiento. (CHONG, 2014)

de dados da Fundação Nacional de Saúde – FUNASA) a 730 (dados do IBGE) mil pessoas, o que perfaz menos de 1% da população brasileira.

8. Universidade Nacional Autónoma do México (2016).

9. Entende-se por violência obstétrica nesse estudo toda conduta, ação ou omissão realizada por um profissional de saúde que, de maneira direta ou indireta, tanto no âmbito público como no privado, afete o corpo e os processos reprodutivos das mulheres.

Nesse contexto, as mulheres que são vítimas de discriminação e de violência obstétrica possuem em suas memórias o medo e reproduzem o vivido aos seus filhos. Submetidas a um processo de dupla-vitimização em suas próprias sociedades, vítimas das ações violentas de estranhos e pessoas de sua convivência, as mulheres indígenas viram as fileiras de seus agressores serem aumentadas com o passar dos anos.¹⁰ As ações de violência acompanham a trajetória histórica das crianças e mulheres indígenas, já que desde o processo de ocupação e povoamento essas são expostas a processos coletivos de desumanização de toda ordem. Acrescenta-se também o fato de reproduzirem a inferioridade social e política das mulheres na conjuntura local, bem como a ação constante do ideário do patriarcado nas áreas coloniais¹¹ e neocoloniais, onde continuam a vitimá-las.

Há quem argumente que a violência nas comunidades contemporâneas atingiu tal grau de perversidade que se naturalizou, mas independentemente da validade ou não de tal premissa, fundamental mesmo é a compreensão da extensão e gravidade desse fenômeno social. Não há como omitir que desde muito a violência permeia grande parte das relações sociais, tendo, portanto, a mesma, passado por um processo de banalização. Por um lado, a sua concretização adentra e se efetiva nas comunidades indígenas permeada de uma série de questionamentos acerca da linha entre o que é e o que não é violência.

Segundo análise dos dados do Ministério da Saúde (2011), 670 crianças indígenas morreram antes de completar um ano. Em 2013, registram-se menos nascimentos que mortes, já que 793 crianças não completaram um ano de vida antes da chegada da morte. Com isso, a taxa de mortalidade infantil indígena

10. O recorte da violência obstétrica no Brasil tem maior incidência com mulheres em situação de vulnerabilidade social. Logo, tem cor e etnia. Dados da Comissão Interamericana de Direitos Humanos apontam que pelo menos seis de cada dez mortes maternas são de mulheres negras. Mulheres pretas, pardas e indígenas representaram 65,9% da parcela submetida a algum tipo de violência obstétrica em 2014, segundo estudo publicado nos Cadernos de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz.

11. A cultura patriarcal vigente na América Colonial era indulgente para com maridos que infringiam castigos físicos a suas esposas. Marta Zambrano, em seu trabalho sobre os indígenas de Santa Fé de Bogotá entre a segunda metade do século XVI e a primeira do XVII, escreve que, quando esposos agressores eram processados judicialmente, recorriam a essa cultura. Sua defesa objetivamente envolvia a alegação de que agiram com violência por não terem sido obedecidos por *suas* mulheres. Os casos analisados pela autora não apontam para exceções, mas para o fato de que a violência era um elemento muito presente nas relações conjugais, oficiais ou não. (ZAMBRA-NO, 2008)

no Brasil (número de mortes por 1.000 nascidos vivos) passou de 31,90 para 43,46 – um número duas vezes maior do que a média dos demais menores no Brasil (15), similar ao de países como a Namíbia ou São Tomé e Príncipe. (BRASIL, 2013)

Os dados do DSEIs Mato Grosso do Sul revelam um coeficiente de mortalidade infantil duas vezes maior que o da média nacional, com 26,35 por mil nascidos vivos. A taxa de mortalidade infantil no Brasil, segundo o IBGE, é de 13,82 por mil nascidos vivos (dados de 2013). Os dados mostram ainda que o maior número de óbitos ocorreu no polo base de Dourados, com 11 mortes. (CIMI, 2016. p. 128)

Por outro lado, há que se registrar que houve um aumento expressivo da quantidade de dinheiro investido nos distritos de saúde.¹² Em 2015, os 34 DSEIs juntos receberam 1,39 bilhão de reais, 221% a mais do que os 431,5 milhões de 2011. Destarte, registra-se que uma parte significativa dessa verba (quase 90 milhões de reais) foi usada para fretar voos para atender comunidades em áreas distantes dos centros de saúde. (BRASIL, 2017)

Segundo a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO), a fome e desnutrição também assombram o cotidiano das comunidades indígenas na América Latina. Combinadas, as duas causas corresponderam a quase 20% de todos os óbitos de crianças indígenas. Apesar de possuírem um conhecimento ancestral de como garantir a produção de alimentos, os povos indígenas da América Latina, que somam cerca de 46 milhões de pessoas, são considerados o segmento populacional mais afetado pela insegurança alimentar na região. Os índices de pobreza e insegurança alimentar entre os povos indígenas são três vezes mais altos do que entre o resto da população latino-americana. Em alguns casos, essa diferença chega a ser oito vezes maior. Há

-
12. O Distrito Sanitário Especial Indígena (DSEI) é a unidade gestora descentralizada do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (SasiSUS). Trata-se de um modelo de organização de serviços – orientado para um espaço etnocultural dinâmico, geográfico, populacional e administrativo bem delimitado –, que contempla um conjunto de atividades técnicas, visando medidas racionalizadas e qualificadas de atenção à saúde, promovendo a reordenação da rede de saúde e das práticas sanitárias e desenvolvendo atividades administrativo-gerenciais necessárias à prestação da assistência, com o Controle Social. No Brasil, são 34 DSEIs divididos estrategicamente por critérios territoriais e não, necessariamente, por estados, tendo como base a ocupação geográfica das comunidades indígenas. Além dos DSEIs, a estrutura de atendimento conta com postos de saúde, com os Polos base e as Casas de Saúde Indígena (Casais).

países em que até 90% da população indígena vive na pobreza e 70% na extrema pobreza. A desnutrição infantil entre os indígenas é duas vezes maior, com exemplos alarmantes de 95% de crianças e adolescentes indígenas com até 14 anos apresentando algum grau de desnutrição. (FAO, 2016)

A condição do Brasil também confirma a violência por omissão do poder público. Entre 2001 e 2002, a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) havia registrado 32 mortes de crianças indígenas por desnutrição em Mato Grosso do Sul. Entre 2003 e 2004, os índices de desnutrição infantil nas comunidades indígenas do Estado reduziram-se de 15% para 12%, o que ainda representa mais que o dobro da média nacional. Em termos geográficos, a questão não é pontual. Há registros de mortes de crianças indígenas por desnutrição em outras regiões do Brasil, como o nordeste de Minas Gerais e o vale do Javari, no Amazonas. (FUNASA, 2016)

Como já apontado, ser uma criança e mulher indígena significa viver em uma condição de extrema fragilidade social. Para além da discussão sobre a exposição da maioria das mulheres indígenas a situações adversas relaciona-se a uma conjuntura histórica de colonialidade,¹³ já que aos olhos do colonizador, as mulheres indígenas eram marcadas por sua perversidade sexual. Sendo esses corpos perversos, automaticamente são considerados sexualmente violáveis e *estupráveis*, e o estupro de corpos considerados inerentemente impuros ou perversos simplesmente não conta.

Segundo o relatório de Comissão Pastoral da Terra/Brasil (2015), mesmo atingindo, indiscriminadamente, famílias inteiras, os conflitos no campo têm alcançado diretamente as crianças e as mulheres. Seja pela ascensão protagonista nas lutas, seja por apoiarem e continuarem a batalhada antes travada por marido e filhos, muitas vezes já mortos em ações de violência, as mulheres representaram três, dos 34 assassinatos registrados. Em uma retrospectiva, nos últimos dez anos, 2.282 pessoas sofreram ameaças de morte por questões relacionadas à terra. Destas, 382 eram mulheres. Das 338 vítimas fatais, 20 eram mulheres.

13. Em contraste com a forte natureza patriarcal das sociedades europeias antes da colonização, as sociedades indígenas, em sua maioria, não eram dominadas pelos homens. As mulheres atuavam como líderes espirituais, políticas e militares, e muitas sociedades eram matrilineares. Mesmo havendo uma divisão de tarefas entre homens e mulheres, ao trabalho da mulher e ao trabalho do homem era concedido o mesmo status. Como os homens e as mulheres vivam em harmonia, as sociedades indígenas eram, por consequência, muito menos autoritárias que suas correlatas europeias. (ANNETTE; HALSEY, 1992)

4. VIOLÊNCIA(S) E COMUNIDADES INDÍGENAS

A modernidade ocidental somada a outras formas de dominação (colonialismo, capitalismo, projeto hegemônico de desenvolvimento, neoliberalismo, globalização hegemônica) alteram profundamente a relação da humanidade com o ambiente e as relações coletivas. Ao mesmo tempo, criam-se novas formas de dominação e reelaboram-se as já existentes.

Segundo Quijano:

Hoy, la lucha contra la explotación/dominación implica sin duda, en primer término, la lucha por la destrucción de la colonialidad del poder, no sólo para terminar con el racismo, sino por su condición de eje articulador del patrón universal del capitalismo eurocentrado. Esa lucha es parte de la destrucción del poder capitalista, por ser hoy la trama viva de todas las formas históricas de explotación, dominación, discriminación, materiales e intersubjetivas. El lugar central de la “corporeidad” en este plano, lleva a la necesidad de pensar, de repensar, vías específicas para su liberación, esto es, para la liberación de las gentes, individualmente y en sociedad, del poder, de todo poder. Y la experiencia histórica hasta aquí apunta a que no hay camino distinto que la socialización radical del poder para llegar a ese resultado. Eso significa la devolución a las gentes mismas, de modo directo e inmediato, el control de las instancias básicas de su existencia social: trabajo, sexo, subjetividad, autoridad. (QUIJANO, 2000, p. 342-386)

No quesito violência infantojuvenil entra nesse contexto a disseminação de bebidas alcoólicas e outras drogas nas comunidades indígenas em reflexo ao contexto de violência. O Conselho Indigenista Missionário registrou em 2015, a título de exemplo, no Acre, adolescentes e crianças indígenas com idades entre 10 e 18 anos, consumindo bebida alcoólica ou em completo estado de embriaguez no ínterim de suas atividades cotidianas. No Amazonas, lideranças do povo Kokama denunciam a disseminação do ‘Karot’ a crianças e adolescentes.¹⁴ E no estado do Pará, devido a construção da hidrelétrica de Belo Monte houve um impulso ao deslocamento de indígenas para a cidade de Altamira para tentar atividades laborais, corroborando com o processo de desterritorialização e consequentemente a aproximação com o uso do álcool e entorpecentes.

Em levantamento realizado pela Secretaria Especial de Saúde Indígena de Mato Grosso do Sul (2015), observa-se que além da alcoolemia o uso de drogas ilícitas tem marcado presença nas comunidades indígenas de vários estados brasileiros estendendo-se e atingindo também as crianças e adolescentes.

14. Trata-se de uma bebida de baixo custo que é ilegalmente difundida dentro das comunidades.

Relatórios do Ministério Público Federal acrescentam:

Aldeias indígenas do Acre, do Amazonas e do Mato Grosso do Sul estão na rota de entrada das drogas no país. Sem policiamento, reservas próximas às fronteiras com Bolívia, Colômbia e Peru se tornaram pontos estratégicos para o narcotráfico e locais de recrutamento de mão de obra barata. Indígenas têm consumido cocaína, merla,¹⁵ crack e também oxi¹⁶. Essa realidade pode ser vista no Acre, Região Norte, alguns estados do Nordeste e do Centro-Oeste e São Paulo. (MPF/MT, 2016)

Deleuze e Guattari (1992) afirmam que a desterritorialização relativa diz respeito ao próprio *socius*. Isso significa dizer que o processo de desterritorialização acompanha a trajetória das comunidades indígenas na América Latina e também no Brasil. Induzindo as pessoas a se ver como indivíduos e não como coletividade incentivando ao desequilíbrio dos membros da comunidade que trazem em seu histórico a vida em grupo.

No contexto contemporâneo, sobretudo, brasileiro-latino-americano, observa-se que as territorialidades¹⁷ dos chamados povos ou comunidades tradicionais se reinventam constantemente tornando-se, também, nesse jogo interno e externo, cada vez mais múltiplas e fragmentadas em suas desterritorializações, conflitos, estratégias e disputas dentro do/com o Estado confluindo para a violência.

A relação que se estabelece entre desterritorialização e violência, já foram assunto e tema de estudos de diversos pesquisadores. Antropólogos, filósofos, juristas, historiadores, sociólogos, entre outros.¹⁸ Todavia, sabe-se que o reconhecimento da relação diferenciada dos povos com suas terras e sua noção de

15. A merla também pode ser encontrada nas aldeias do Acre. A merla é chamada de mel e são os mais jovens que experimentam e se viciam nessa droga segundo membros do Conselho Tutelar da região.

16. Trata-se de um subproduto da cocaína e, com efeito, mais devastador que o crack.

17. Beltrão (2014) assinala que o território é compreendido como a base socioespacial que, tradicionalmente, pertence a um grupo étnico e com a qual os membros do referido grupo mantêm laços de pertença e a partir dela se expressam cultural e socialmente retirando ou não deste território tudo, parte ou muito pouco do que é necessário para sua sobrevivência, dada a situação *colonial*. A relação de pertença ao território não é necessariamente empírica, pois alguns grupos perderam a base física em função do alargamento das fronteiras nacionais.

18. Sabe-se que o reconhecimento da relação diferenciada dos povos com suas terras e sua noção de territorialidade a partir dos referenciais do pluralismo e do direito ao reconhecimento (LIPPEL, 2014, p. 106) só foi introduzido, no Brasil, com a Constituição de 1988, e no direito internacional, a partir da Convenção 169, da OIT.

territorialidade a partir dos referenciais do pluralismo e do direito ao reconhecimento (LIPPEL, 2014, p. 106) só foi introduzido, no Brasil, com a Constituição de 1988, e no direito internacional, a partir da Convenção 169, da OIT.

Os processos de enfrentamento da violência contra as crianças indígenas são fundamentais para enfrentar as situações de risco e vulnerabilidade. Nesse contexto, é importante enfatizar que é de extrema necessidade que os Estados adotem as medidas pontuais, em conjunto com os povos indígenas, para garantir que crianças, adolescentes e jovens indígenas gozem de proteção e garantias plenas contra todas as formas de violência e discriminação. Adquire singular relevância o combate à violência física ou simbólica, tanto nos territórios afetados pela pobreza e marginalização rural, bem como nos centros urbanos.

5. CONCLUSÃO

Na tríade investigativa, comunidades indígenas, criança e violência, observa-se que, independentemente da delimitação temporal e geográfica na qual os grupos estão inseridos, a temática permanece atual. A culminação de um processo que iniciou no século XV com a constituição da América e do capitalismo colonial atrelado à ideia de poder/colonialidade permite compreender a gênese da violência exercida sobre as comunidades indígenas da América Latina. Dos diversos elementos sabe-se que ainda há muito que se avançar no processo de não violência as crianças indígenas.

Alcoolemia, drogadição, enfermidades, fome, violência doméstica, mutilação, estupro e tortura compõem a trajetória histórica das crianças e adolescentes indígenas em grande parte dos Estados brasileiros. As crianças pobres e as indígenas, em particular, têm sido o alvo. O processo de ocupação e colonização da América trouxe em si o ideário da diferença, do exotismo e dominação. Esse fato, e muitos outros, como as violências da assimilação forçada que descharacterizaram muitas comunidades, demonstram como os povos indígenas, a sociodiversidade e a formação pluriétnica da sociedade latino-americana e em especial a brasileira foram singularmente abordadas ao longo da história. Inicialmente se desencadeou o ocultamento da diversidade, posterior a regulação jurídica inicial, marcada pelo viés da invisibilidade e da negação de direitos, seguida dos processos de aculturação e assimilação – razão de uma persistente racionalidade colonialista que resulta por diversas ocasiões em confrontos diretos ao direito e à justiça, além do detrimento de toda a riqueza cultural própria.

As ações concretas em combate a violência que se veem nas terras indígenas são tímidas e conservadoras, não dando conta da complexidade do quadro apontado pelos diversos organismos que acompanham e tutelam a vasta diversidade de cenários socioculturais, ambientais e epidemiológicos nos quais se

inserem as 300 etnias indígenas reconhecidas no último censo decenal brasileiro. A realização rotineira de estudos por parte da Fundação Nacional do Índio, Conselho Indígena Missionário e demais com foco na violência indígena e a ampla disseminação de seus resultados através de relatórios e ações de outras envergaduras devem ser vistos como estratégicas para fornecer a informação necessária não apenas ao melhor conhecimento acadêmico da(s) violência(s) contra os povos indígenas, mas também para que se avance nos campos da política e do planejamento das ações de cidadania, garantia de dignidade e inclusão aos direitos humanos e fundamentais destinadas a essa população.

Além disso, o diálogo intercultural deve partir de um genuíno reconhecimento dos sistemas de saberes, cosmovisão e contexto socioantropológico dos povos indígenas, em particular das crianças, adolescentes e jovens indígenas, bem como avançar no processo de erradicação da violência. Os programas ou iniciativas estatais de erradicação da violência requerem a abertura de espaços de reflexão dessas mazelas para posteriormente enfrentar as situações de violência tão presentes no contexto identitário dos povos indígenas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALDAO, M. M.; CLÉRICO, L. Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento. *Estudios Constitucionales*, v. 9, n. 1, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2011. Disponível em: [www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art06.pdf]. Acesso em: 04.04.2017.
- ANAYA, S. James. *Los pueblos indígenas em el derecho internacional*. Trad. Luis Rodrigues-Piñero Royo; Pablo Gutierrez Veja; Bartolomé Clavero. New York, USA. Ed. Trota, 2005.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BANIWA, Gersem dos Santos. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em: [unesdoc.unesco.org/images/0015/001545/154565por.pdf]. Acesso em: 11.04.2017.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BELTRÃO, Jane Felipe. Território, terra e tradição segundo os Tembé Tenetehara em Santa Maria no Pará. In: CONGRESSO NACIONAL DE PESQUISADORES(AS) NEGROS(AS). 8. 2014. *Anais...* Belém, ABPN/Paka-Tatu, 2014.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1992.

- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Especial de Saúde Indígena. *Relatório de gestão do exercício 2013*. Brasília, Imprensa Oficial, 2014. Disponível em: [http://conselho.saude.gov.br]. Acesso em: 20.04.2017.
- BRASIL. Ministério Público Federal (MPF). *Questões indígenas*. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/questao-indigena-em-campo-grande]. Acesso em: 18.04.2017.
- BRASIL. Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI). *Legislação e dados*. Disponível em: [http://portalsaude.saude.gov.br]. Acesso em 08.04.2017.
- BRIGHENTI, Clovis A. O “desenvolvimento” versus os povos indígenas. In: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO – CIMI. *Relatório: violência contra os povos indígenas no Brasil: dados de 2014*. Brasília: Cimi, 2015.
- BRIGHENTI, Clovis A.. Colonialidade do poder e a violência contra os povos indígenas. *Revista PerCursos*, Florianópolis, v. 16, n. 32, p. 103-120, set./dez. 2015.
- CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- CASTRO-GOMEZ, Santiago; GOSFROGUEL, Ramón (Comp.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Universidad Central-IESCO, Siglo del Hombre, 2007.
- CHONG, Natividad Gutiérrez. *Víctimas de violencia obstétrica y madres indígenas*. México: UNAM, 2016. Disponível em: [www.proceso.com.mx/371799/victimas-de-violencia-obstetrica-80-de-madres-indigenas-unam]. Acesso em: 15.04.2017.
- CLÉRICO, Laura. Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural. In: A.A.V.V *La Corte y los derechos 2005/2007*. Buenos Aires, SXXI/ADC, p. 478-494. Acesso em: 25.03.2017.
- COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E CARIBE (CEPAL/ONU). *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Síntesis*. Chile: Imprensa Oficial, 2015. Disponível em: [www.cepal.org/es/publicaciones]. Acesso em: 20.03.2017.
- COMISSÃO PASTORAL DA TERRA (CPPT/Brasil). *Centro de documentação: dados e notas*. Disponível em: [https://cptnacional.org.br]. Acesso em: 03.04.2017.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO – CIMI. *Relatório: violência contra os povos indígenas no Brasil: dados 2014*. Brasília: Cimi, 2015.
- CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO – CIMI. *Relatório: violência contra os povos indígenas no Brasil: dados de 2015*. Brasília: Cimi, 2016.
- CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA (ABS). In: *CONHECIMENTOS tradicionais*. Trad. Carlos Potiara Castro. Montreal, 2012. Disponível em: [www.cbd.int/abs/infokit/revised]. Acesso em: 25.03.2017.

- DELEUZE, G. *Conversações*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.
- ESCOVAR, Marta Zambrano. *Trabajadores, villanos y amantes: encuentros entre indígenas y españoles en la ciudad letrada: Santa Fe de Bogotá (1550-1650)*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2008.
- GAYTIZOLO, Melissa. *¿Cómo se hizo 'Secuelas Perpetuas'?*. Lima/Peru, 2016. Disponível em: [http://larepublica.pe/investigacion/860394-como-se-hizo-secuelas-perpetuas]. Acesso em: 13.04.2017.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.
- HALSEY, Theresa; JAIMES, Annette M. American Indian Women: At the Center of Indigenous Resistance in North America. In: JAIMES, M. Annette (Ed.). *State of Native America*. Boston: South End Press, 1992.
- LANDER, Edgardo. Marxismo, eurocentrismo y colonialismo. In: BORON, Atílio; AMADEO, Javier; GONZÁLEZ, Sabrina (Comp.). *La teoría marxista hoy: problemas y perspectivas*. Buenos Aires: Clacso, 2006.
- LINERA, Alvaro Garcia. *A potência plebéia: ação coletiva e identidades indígenas, operárias e populares na Bolívia*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- LIPPEL, Alexandre Gonçalves. *O conceito de terras indígenas na Constituição Federal de 1988: crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol*. Curitiba: Editora CRV, 2014.
- MENEGHEL, Stela; LERMA, Betty Ruth Lozzano. Feminicídios em grupos étnicos e racializados: síntese. *Revista Opinião*. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/csc/v22n1/1413-8123-csc-22-01-0117.pdf]. Acesso em: 30.03.2017.
- MOVIMENTO DE ATINGIDOS PELAS BARRAGENS (MAB). Relatório da Comissão Especial das Barragens. In: *Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH)*. Brasília, 2010. Disponível em: [www.sdh.gov.br]. Acesso em: 25.03.2017.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Las tecnologías de la información y las comunicaciones para el desarrollo. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (A/RES/61/295)*, 2007. Disponível em: [www.un.org/es/comun/docs]. Acesso em: 13.03.2017.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Publicações ONU Mulheres Brasil*. Disponível em: [www.onumulheres.org.br]. Acesso em: 04.04.2017.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Relatório da 1ª Conferência Mundial sobre os povos indígenas*. Nova York, 2014. Disponível em: [www.onu.org.br]. Acesso em: 03.04.2017.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Convenio 169*. Disponível em: [www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/]. Acesso em: 10.03.2017.
- PEREIRA, Ana Cristina Paulo. *A proteção patentária interna e internacional: implicações do Acordo TRIPS/OMC na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- PRIORE, Mary Del. *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1999.

- QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: LANDER, Edgardo (Comp.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales: perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires Clacso, 2000.
- SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005.
- SOUSA SANTOS, Boaventura. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colômbia/ILSA-Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 1998.
- VILELA, Ana Laura Silva. A dimensão colonial da cidadania na América Latina: aportes epistemológicos. In: *Sociologia, antropologia e cultura jurídica/conpedi*. Florianópolis: Ed. Conpedi, 2015. Disponível em: [www.conpedi.org]. Acesso em: 0204. 2017.
- WALSH, Catherine. *Interculturalidad, Estado, sociedad: luchas (de) coloniales de nuestra época*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Ediciones Abya-Yala, 2009. Disponível em: [www.flacsoandes.edu.ec/interculturalidad/wp-content/uploads/2012/01/Interculturalidad-estado-y-sociedad.pdf]. Acesso em: 15.03.2017.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Fondo de Cultura Económica-Sección de Obras de Sociología, 1964.
- YAMAMOTO, Renato Minoru. *Manual de atenção à saúde da criança indígena brasileira*. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2004. Disponível em: [www.redeblh.fiocruz.br/media/mnl_crianças.pdf]. Acesso em: 11.04.2017.
- ZAFFARONI, E. Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ZAFFARONI, E. Raúl. *La pachamama y el humano*. Buenos Aires: Ediciones Mardres de Plaza de Maio, 2011.
- ZAFFARONI, E. Raúl. El Derecho latinoamericano en la fase superior del Colonialismo. In: *Revista Pensar en derecho*. FERREYRA, Raúl Gustavo. El principio de subordinación como fundamento del Estado constitucional. Su regulación en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y México. Buenos Aires, 2014.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Ato infracional e violência contra a criança e o jovem na perspectiva dos direitos indígenas, de Assis da Costa Oliveira – *RDII* 4/165-187 (DTR\2014\20997).